

بنك البلاد
Bank Albilad



سلسلة مطبوعات المجموعة الشرعية (٢٩)

الضمان في أعمال المصارف الإسلامية دراسة فقهية تطبيقية

د. عبد الله بن يوسف بن عبد الله الأحمد

الصَّائِلُ
فِي
الْعَمَلِ وَالْإِسْلَامِ
دِرَاسَةُ فِقْهِيَّةٍ تَطْبِيقِيَّةٍ

© دار سليمان عبد الله عمر الميمان للنشر والتوزيع، ١٤٤٧هـ

الأحمد، عبد الله بن يوسف بن عبد الله
الضمان في أعمال المصارف الإسلامية - دراسة فقهية تطبيقية. /
عبد الله بن يوسف بن عبد الله الأحمد - ط ١. - الرياض، ١٤٤٧هـ
٥٥٤ ص: ١٧ × ٢٤ سم

رقم الإيداع: ١٨٤٤ / ١٤٤٧
ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٥٥-٩٨٣٦-٦

© جميع الحقوق محفوظة للنشر

الطبعة الأولى ١٤٤٧ هجري - ٢٠٢٥ ميلادي

نشر مشترك

واتساب: +966 55 48 07111
Info@DarAlMaiman.com
www.DarAlMaiman.com
DarAlMaiman



بنك بلبلاد
Bank Albilad

الرياض هاتف: ٤٧٩٨٨٨٨٠١١ (٩٦٦) + فاكس: ٤٧٩٨٤٠٠١١ (٩٦٦) +

الموقع: www.bankalbilad.com
بريد إلكتروني: shareia@bankalbilad.com

الصف والإخراج الطباعي: دار الميمان للنشر والتوزيع

الضَّامَاتُ
فِي
أَعْمَالِ الْمُصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ
دِرَاسَةٌ فِقْهِيَّةٌ تَطْبِيقِيَّةٌ

تَأَلَّفُ
د. عَبْدَ اللَّهِ بْنُ يُوسُفَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَحْمَدِ



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، السميع البصير، الحي القيوم، الواسع العليم؛ العليم بكل شيء، المحيط بكل شيء، الذي أحصى كل شيء، فلا يخفى عليه ولا يعزب عنه في السماء والأرض شيء؛ علم الظواهر والبواطن فهو الظاهر الباطن، وعلم الأوائل والأواخر فهو الأول الآخر، وعلم الجهر ويعلم ما يخفى، بل يعلم السر وأخفى، ويعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، ويعلم المفسد من المصلح، والبرّ من الفاجر، ويعلم أهل الجنة من أهل النار، وما من غائبة في السماء والأرض إلا في كتاب مبين.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، العزيز الحكيم، الصمد الأحد السلام، الغني، ذو الجلال والإكرام، أسمع به وأبصر؛ عالم الغيب والشهادة، الواحد القهار، الملك، الكبير الغفار، كل شيء هالك إلا وجهه، ما أوسع ملكه ونعمته، وعلمه ورحمته! وما أعظم العلم به وبأسماؤه وصفاته، وأفعاله ودينه وشرعه! هو خيرٌ ثواباً وخير عُقْباً؛ فكم من ضال هداة، وكم من جاهل علمه، وكم من فقير أغناه، وكم من مريض شفاه، وكم من صغير كبره ورباه، وكم من محفوف بالخطر نجاه، وكم من عسير يسره، وكرٍ نفّسه، وهمّ فرّجه.

وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً كثيراً، أشهد أنه بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح للأمة، وجاهد في الله حق جهاده.

أما بعد:

فإن البلوى لما عمّت بالبنوك التقليدية المستنسخة من النظم الأجنبية، نشأت مصارف ذات رؤية إسلامية لتخفيف المعاملات المحظورة، حتى شاء الله تعالى أن يتبلور هذا التوجه في علم ذي قواعد وأصول مستقلة، فنضجت المؤسسات المصرفية الإسلامية وكتب الله لها القبول في كثير من البلدان، وكان تحقيق المصارف التجارية الإسلامية للمعايير الشرعية في المعاملات حسب استطاعتها سبباً في دفع الآفات والأخطار التي ترد على غيرها، ثم سُخرت في هذا العلم جهود المؤسسات العلمية، وانبرى لمسائله الباحثون وكتب فيها المصنّفون.

ولم تعد أعمال المصرفية الإسلامية حكراً على المؤسسات المصرفية الإسلامية، ولا مطلوبة عند المسلمين فحسب، بل فنّاً مستقلاً ينال اهتمام المراكز البحثية والأكاديمية والمالية العالمية، ويُعرف بعلم القانون المصرفي الإسلامي (Islamic banking law)، وقد شغل هذا العلم حيزاً في القانون المصرفي العام.

وكثير من المؤلفين اليوم في فن المصرفية الإسلامية هم علماء في الاقتصاد والإدارة المالية والقانون المصرفي، ولا يُعنون بالشأن الفقهي، ولا يعتمدون على المصادر الأصلية عند تقرير مسائل هذا العلم - علم المصرفية الإسلامية - وقواعده لأسباب متعددة؛ منها ما يعود إلى اللسان والعجمة، ومنها ما يعود إلى الديانة، ومنها ما يرجع إلى الجهل بها، وقُلْ مثله في الأقسام العلمية ومن يتولى تدريس مقررات هذا الفن في الجامعات العالمية؛ مما رغبني في دراسة مسائل هذا العلم. ووقع اختياري على مبحث الضمان لأن الضمان لا يكاد يخلو منه عقد مصرفي، كما أنني وقفتُ على تحريرات ناقصة في بيان مفهوم الضمان كتبت من قبل غير المسلمين، فلم أحصر عنوان هذه الدراسة في أعمال المصارف الإسلامية، بل جعلته عامًّا في أعمال المؤسسات المصرفية الإسلامية.

وبالنظر إلى معنى الضمان في اصطلاح الفقهاء أجد أنهم يطلقون الضمان في المعاملات المالية ويريدون به ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، ويعبر بعضهم عن معناه بأنه التزام ما وجب على غيره مع بقاءه وما قد يجب، كما يذكر الفقهاء أن الضمان شرع حفظاً للأموال والأنفس، وجبراً للضرر، وردعاً عن التفريط، ورداً للعدوان.

ويشكل الضمان بهذا المعنى، والضمان التابع في العقود كضمان البائع للسلعة وضمان المشتري للثمن، والضمان بمعنى الالتزام بالشيء والتعويض عنه والتعهد به وتأمينه وتحمل مسؤوليته؛ عنصراً أساسياً ذا أساليب متجددة في معاملات المصرفية الإسلامية، كما أنه يلعب دوراً فعالاً في عمليات إدارة المخاطر ورفع مستوى الثقة الائتمانية، لذا كان الضمان من مظاهر التنافس وعوامل الجذب والتسويق في أعمال المصرفية الإسلامية؛ الأمر الذي استدعى تجديد البحث والدراسة المقترنة بما استجد من المسائل والتطبيقات. وانطلاقاً مما ذكرْتُ، وسمتُ أطروحتي للدكتوراه بعنوان: «الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية - دراسة فقهية تطبيقية».

ولبيان ضابط الموضوع، فهو: كل التزام بمال أو عمل أو حق ناشئ عن وعدٍ أو عقدٍ يكون الكيان المصرفي الإسلامي طرفاً فيه.

وقد يطلق في العقود المصرفية على الالتزام الناشئ مصطلح تحمل المسؤولية أو التعويض ونحو ذلك، وقد يجيء صريحاً بلفظ الضمان، والعبرة بحقائق الألفاظ ومعانيها لا ألفاظها ومبانيها. ويستوي في ذلك كون الالتزام الناشئ ضماناً في اصطلاح فقهاء المسلمين، أم في اصطلاح القانونيين المعنيين بعلم القانون المصرفي الإسلامي، والذي يطلق عليه (Islamic Bankig Law). هذا، مع صرف النظر عن النتيجة التي ينتهي إليها الباحث من جهة سلامة العمل المصرفي محل الدراسة من الإشكالات الشرعية أو حاجته للإصلاح والترشيد.

وقد ظهرت أهمية الموضوع في الجوانب الآتية:

- ١- تطور أعمال المصارف عامًا بعد عام، ورواج مفهوم المصرفية الإسلامية.
- ٢- تأسيس الحاجة إلى تصحيح مسار أعمال المصرفية الإسلامية المرتبطة بالضمان.
- ٣- تشوف المصارف الإسلامية إلى بناء أعمال مصرفية تعكس قواعد الشريعة ومبادئها في باب الاقتصاد والمعاملات المالية من خلال دراسة علمية محكمة بما يواكب تطور الأدوات المالية.

ويرجع اختياري لهذا الموضوع إلى عدة أسباب، وأبرزها ما يأتي:

- ١- أهمية الموضوع التي سبق التنويه عنها.
- ٢- ظهور فجوة حادثة بين الفقهاء في الهيئات الشرعية للمصارف و مترجمي العقود الأجنبية والمنتجات من جهة أخرى، بسبب ركافة الترجمة وتهافت المخزون اللغوي لدى المترجم، والقصور في فهم المصطلحات الفقهية والعمق الدلالي للكلمة العربية.
- ٣- تسرب مفاهيم غير محررة لأعمال الضمان في علم المصرفية الإسلامية، ولا سيما في المصادر غير العربية لهذا العلم، والتي يكثر فيها العنونة بالمصرفية الإسلامية (Islamic banking).

ويرمي البحث في هذا الموضوع إلى ما يأتي:

- ١- تحرير معاني الضمان الاصطلاحية والعرفية وبيان أحكامها وتطبيقاتها المعاصرة، وحصر مواطن الأخذ بها في أعمال المصرفية الإسلامية.
- ٢- تأصيل مفهوم الضمان الفقهي، وإقامة التوصيف السليم للأعمال المصرفية المشتعلة عليه، ودراسة الحكم الشرعي للعقود المصرفية المركبة مع عقد الضمان.
- ٣- ربط قواعد الضمان وأصوله الشرعية بالواقع العملي في الضمان المصرفي.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في قوائم الرسائل وقواعد المعلومات المحلية والدولية والأقسام العلمية، وسبر ما لديّ من كتب ومصنفات؛ لم أجد عنواناً مماثلاً لموضوع هذه الدراسة. وبمكاتبة مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، ومكتبة الملك فهد الوطنية؛ أفادا بعدم عثورهما على عنوان مماثل.

ولكن وقفتُ على بعض العناوين المشابهة أو المتضمنة مباحث أو مسائل مشتركة، وهي كما يأتي:

الدراسة الأولى: رسالة دكتوراه بعنوان: الالتزام المصرفي - دراسة فقهية، للشيخ عبد الحكيم المزروع.

حيث تكونت هذه الدراسة من بايين اثنتين: حقيقة الالتزام المصرفي، وأحكام الالتزام المصرفي.

ولم أتمكن من الاطلاع عليها حيث نُوقشت رسالتي (الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية - دراسة فقهية تطبيقية) قبل طباعة رسالة الالتزام المصرفي، وقبيل مناقشة رسالة الالتزام طلب مني الشيخ عبد الحكيم نسخة من رسالتي بعد المناقشة، وأرجو أن يجد فيها ما يُتنفع به.

الدراسة الثانية: بحث تكميلي بعنوان: التعهد المصرفي - دراسة تأصيلية تطبيقية، لبدرب عبد اللطيف.

واشتمل البحث على فصول أربعة: التعهد بالشراء، والتعهد بتغطية الاكتتاب، والتعهد بالدفع، والتطبيقات المتضمنة لخطاب الضمان والاعتماد المستندي.

هذا، وقد أخذتُ في إعداد البحث بالمنهج المعتمد من قسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

وأفردتُ باباً من أبواب الرسالة للدراسة التطبيقية، وانتخبتُ من التطبيقات ما يمثل الواقع العملي للبحث؛ من العقود المصرفية المناسبة.

صعوبات البحث:

أما الصعوبات والعقبات فقد اجتمع معها من تيسير الله وتوفيقه ما أعانني الله على تسهيلها وتجاوزها، وأبرز الصعوبات ما يأتي:

أولاً: تحفُّظ الجهات المصرفية الإسلامية على عقودها وأعمالها الخاصة.

ثانياً: غموض العبارات في بعض الاتفاقيات المصرفية مع تداخل العقود وتشعبها في الاتفاقية الواحدة.

وقد اجتمع إلى ذلك ما وقفت عليه في أثناء عملي مع هيئة شرعية في أحد المصارف الإسلامية عام أربعين وأربعمائة وألف من هجرة النبي ﷺ، حيث استشعرت تلك الفجوة الواقعة بين نظر الفقهاء في الهيئات الشرعية للمصارف من جهةٍ ونظر مترجمي العقود الأجنبية والأعمال المستوردة من جهةٍ أخرى، وذلك لأسباب منها ما يعود إلى كون المترجم ناقص الأهلية

في الجوانب العلمية المتعلقة بالعلوم الخادمة، كعلم المحاسبة وعلم القانون المصرفي والفقه، إضافة إلى ضحالة المخزون اللغوي لدى المترجم، مع القصور في فهم المصطلحات الفقهية والعمق الدلالي للكلمة العربية، ثم يأتي في ترجمته والحال كذلك بما يتحرف به المعنى، ومن شأن ذلك التأثير في التوصيف الفقهي. وقد استعنت بما حصلته في أثناء ابتعائي بالخارج لمعالجة هذه المشكلة التي لا تزال قائمة في عقود المصارف وملفئة للنظر.

ثالثاً: المخارج الفقهية.

فإن المعاملة المصرفية إذا تطرق لها الإشكال ولم تكن سليمة، كان نظر الفقيه على جهتين: الحكم الفقهي، والمخرج الشرعي، كما قال أبو سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: جاء بلال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بتمرٍ بَرْنِيٍّ، فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أين هذا؟» قال بلال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كان عندنا تمرٌ رديٌّ فبعْتُ منه صاعين بصاعٍ لنطعمَ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند ذلك: «أَوْهْ أَوْهْ، عَيْنُ الرِّبَا عَيْنُ الرِّبَا، لَا نَفْعَ لَ، وَلَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعِ آخَرَ ثُمَّ اشْتَرِهِ». رواه البخاري^(١). والمقصود من استحضار هذا الحديث أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين المخرج الشرعي بعد الفتوى بحرمة المعاملة، وكونها من الربا؛ لما اشتملت عليه من مبادلة التمر بجنسه متفاضلاً.

ولأجل ذلك مكثتُ أشهراً وأنا أقلب النظر وأستخير الله تعالى في بعض المسائل وأسأله السداد والتوفيق، وأطلب من الصالحين الدعاء، وأراجع أهل العلم، وأستشير الفضلاء من طلبة العلم والخبراء والمتخصصين.

رابعاً: فقدان بعض ما دوَّنته وحررته بعد أشهر من البحث المتواصل.

فلما أيسْتُ رجعتُ أحرر ما فقدته مرةً أخرى، وعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً.. خيراً كثيراً.

تقسيمات عناصر الخطة:

انتظمت خطة البحث بعد الاختصار لغرض الطباعة في مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة وفهارس.

المقدمة

وتشتمل على أهمية الموضوع وأسباب اختياره وأهدافه والدراسات السابقة ومنهج البحث وتقسيماته.

(١) رواه البخاري في باب إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً فبيعه مردود ٢٩٩/٣ برقم ٢٣٢٣.

التمهيد

في التعريف بالضمان في أعمال المصرفية الإسلامية وبيان أهميته.

الباب الأول:

أحكام الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية

وفيه سبعة فصول:

الفصل الأول: الضمان في بيع المصرفية الإسلامية، وفيه خمسة عشر مبحثاً:

المبحث الأول: ضمان لزوم البيع بإسقاط الخيار.

المبحث الثاني: ضمان ثمن المبيع، وفيه تسعة مطالب:

المطلب الأول: ضمان تسليم ثمن المبيع في الوقت المتفق عليه بالاتفاق على شرط جزائي.

المطلب الثاني: ضمان ثمن المبيع بحبس المبيع.

المطلب الثالث: ضمان ثمن المبيع باشتراط ضمانات على المشتري.

المطلب الرابع: ضمان تسليم الثمن بإسقاط الأجل عند التخلف عن أحد الأقساط.

المطلب الخامس: ضمان تسليم الثمن بالاتفاق على فسخ العقد عند حلول الأجل وتخلف المشتري.

المطلب السادس: ضمان ثمن المبيع بسند للأمر يحرره المشتري.

المطلب السابع: ضمان ثمن المبيع بحبس ممتلكات المشتري التي تحت يد المصرف.

المطلب الثامن: التزام المشتري بفتح حساب جارٍ لدى المصرف وتعهده بأن يفي رصيده بالأقساط المجدولة.

المطلب التاسع: إجراء مقاصة مع حسابات المشتري الجارية لسداد ما التزم به.

المبحث الثالث: مسوغات تصرف المصرف في الضمانات المقدمة من المشتري.

وفيه عشرة مطالب:

المطلب الأول: عدم الوفاء بأي التزام واجب ومشمول الأداء لصالح المصرف.

المطلب الثاني: المماطلة في السداد.

المطلب الثالث: الإخلال بالإقرارات والتعهدات الواردة في الاتفاقية الأساسية.

المطلب الرابع: ظهور تزوير إحدى المعلومات الجوهرية التي قدمها المشتري للمصرف.

المطلب الخامس: إخلال المشتري بتقديم الضمانات الإضافية المطلوبة.

المطلب السادس: طرء تغير في الشكل القانوني أو الإدارة التنفيذية على المشتري دون علم المصرف وموافقته المسبقة.

المطلب السابع: الوقوع تحت المساءلة الجنائية أو القانونية أو التصرف بما يخل بالأمانة أو النزاهة أو الشرف.

المطلب الثامن: مصادرة ممتلكات المشتري أو الحجر عليها أو المنع من التصرف فيها.

المطلب التاسع: منع المشتري من ممارسة النشاط أو إلغاء ترخيصه أو سجله.

المطلب العاشر: توجيه دعاوى قضائية مالية على المشتري أو مطالبات تنفيذية، أو دخول في صلح مع الدائنين.

المبحث الرابع: علاقة ضمان المبيع بقبضه والتصرف فيه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان ما يحصل به القبض في المبيعات المصرفية.

المطلب الثاني: الاتفاق على أن يضمن المشتري المبيع من دون أن يقبضه أو يتصرف فيه.

المبحث الخامس: التزام المشتري بتقديم ضمانات بديلة إذا نَقَصَت قيمة الضمانات المقدَّمة.

المبحث السادس: ضمان المصرف للتكاليف والأضرار التي تلحق المشتري بسبب المصرف.

المبحث السابع: التزام المصرف بتعويض المشتري إذا استوفى منه خطأ قبل حلول الأجل.

المبحث الثامن: نفي مسؤولية المصرف عما يلحق المشتري بسبب ممارسة الحقوق الناشئة عن الاتفاقية.

المبحث التاسع: التعهد للمشتري بهدية عند شراء المبيع.

المبحث العاشر: بيع الضمان وأخذ العَوَض عليه.

المبحث الحادي عشر: ضمان مسوِّق الأوراق المالية للاكتتاب في عقد بيع الأوراق المالية.

المبحث الثاني عشر: الضمان في بيوع الخدمات، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الضمان في شراء خدمات تعليمية بخيار الشرط، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حق المصرف في استعادة ثمن الخدمات المدفوعة خلال مدة القبول.

المسألة الثانية: التزام الجهة التعليمية بعدم التعاقد مع أي منافس للمصرف خلال مدة الاتفاقية.

المسألة الثالثة: حق المصرف في فسخ العقد إذا أخلت الجهة التعليمية بالتزامات الاتفاقية.

المطلب الثاني: حق المصرف في فسخ عقد تقييم العقارات حال تعدي الطرف الآخر أو تفريطه أو إخلاله بالتزامات العقد.

المبحث الثالث عشر: ضمان المشتري الأول للسلعة في بيع التورق.

المبحث الرابع عشر: ضمانات المصرف في عقود المrabحة، وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: أخذ العربون من الواعد بالشراء قبل ثبوت عقد المrabحة.

المطلب الثاني: إلزام العميل الواعد بإحضار كفيل قبل ثبوت عقد المrabحة.

المطلب الثالث: إلزام العميل الواعد بإحضار رهن قبل ثبوت عقد المrabحة.

المطلب الرابع: اشتراط تأمين السلعة على العميل في عقد المrabحة.

المطلب الخامس: كون وعد العميل بالشراء في بيع المrabحة ملزماً.

المطلب السادس: اشتراط تحمل العميل لحالات عطب السلعة أو هلاكها.

المطلب السابع: تعهد العميل بتعويض المصرف عن الضرر إذا نكل عن الشراء.

المبحث الخامس عشر: بيع المrabحة من خلال فتح الاعتماد المستندي لصالح العميل.

الفصل الثاني: الضمان في الإجازات والمقاولات المصرفية الإسلامية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الضمان في الإجازات المصرفية، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ضمان العين المؤجرة تأجيراً موصوفاً في الذمة.

المطلب الثاني: ضمان صيانة العين المستأجرة، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: ضمان الصيانة الأساسية.

المسألة الثانية: ضمان الصيانة التشغيلية.

المسألة الثالثة: ضمان الصيانة الوقائية.

المطلب الثالث: ضمان حق المؤجر، وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: فرض غرامات التأخر في سداد قيمة الإجارة.

المسألة الثانية: اشتراط حلول أقساط الإجارة عند التأخر في السداد.

المسألة الثالثة: تمديد مدة الإجارة إذا كانت متتهية بالتملك.

المسألة الرابعة: حيازة موجودات المستأجر في العين المؤجرة حتى إكمال السداد.

المسألة الخامسة: فرض الشرط الجزائي على المستأجر.

المطلب الرابع: اشتراط الضمان على المستأجر.

المبحث الثاني: الضمان في عقود المقاوله لإنشاء موقع صرف آلي، وفيه ثمانية مطالب:
المطلب الأول: ضمان كفاءة العمال والمشرفين.

المطلب الثاني: ضمان سلامة العاملين.

المطلب الثالث: ضمان مطابقة الأعمال المنفذة والمواد لشروط العينات المعتمدة وأصول الصناعة.

المطلب الرابع: ضمان حسن التنفيذ والسلامة من العيوب.

المطلب الخامس: تعويض المصرف من قبل المقاول عن الأضرار إذا امتنع عن إخلاء الموقع أو تأخر في تسليمه.

المطلب السادس: توقيت مدة الضمان في عقد المقاوله.

المطلب السابع: حق المصرف في حجز موجودات الموقع من آلات ومواد لضمان حقوقه.

المطلب الثامن: حق المصرف في إيقاع شرط جزائي على المقاول لضمان التزاماته التعاقدية.

الفصل الثالث: الضمان في الشركات والتوكيلات في المصرفية الإسلامية، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: الضمان في المضاربة المصرفية، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: ضمان رأس مال المضاربة المصرفية على الهبوط وعلى الصعود.

المطلب الثاني: توصيف الوديعة المصرفية على أنها عقد مضاربة.

المطلب الثالث: الحلول المطروحة لضمان المضاربة في المصارف الإسلامية.

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: تضمين المصرف باعتباره مضارباً مشتركاً.

المسألة الثانية: تضمين المصرف في عقد المضاربة باعتباره متبرعاً.

المسألة الثالثة: التزام طرف ثالث بالضمان في عقد المضاربة.

المسألة الرابعة: تشكيل جمعية تعاونية بين المضاربين.

المطلب الرابع: الضمان في المضاربة على أساس مسؤولية المحترفين.

المطلب الخامس: محدودية المسؤولية في الشركات المصرفية القائمة على أساس المضاربة.

المطلب السادس: نقل عبء إثبات عدم التعدي أو التفريط على المصرف المضارب.

المبحث الثاني: الضمان في الشركات المصرفية المساهمة، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: ضمان الشريك للسهم بعد البيع وقبل التخصيص.

المطلب الثاني: ضمان المصرف لأموال الاكتتاب المستثمرة قبل التخصيص.

المطلب الثالث: محدودية مسؤولية الشريك في الشركة المساهمة.

المطلب الرابع: امتياز السهم، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الامتيازات المالية للسهم.

المسألة الثانية: الامتيازات غير المالية للسهم.

المطلب الخامس: ضمان السهم بعد البيع والتخصيص وقبل التداول.

المطلب السادس: ضمانات حصص المؤسسين للشركة المساهمة.

المبحث الثالث: الضمان في اتفاقية تسلم طلبات اكتتاب أسهم حقوق الأولوية.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ضمان الكيان المتسلّم تقديم الخدمات بكفاءة.

المطلب الثاني: ضمان الكيان المتسلّم لسلامة البيانات وسريتها.

المطلب الثالث: مسؤولية الكيان المتسلم عن دعاوى العملاء ومطالباتهم.

المطلب الرابع: تعهد الكيان المتسلم بتعويض مدير الاكتتاب عن الدعاوى والمطالبات

والأحكام الصادرة عليه.

المبحث الرابع: الضمان في اتفاقية أمين الحفظ للشركات، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ضمان أمين الحفظ.

المطلب الثاني: ضمان شركة الاستثمار خلوّ الأوراق المالية من الالتزامات والمطالبات.

المبحث الخامس: الضمان في الوكالة بالاستثمار بين المصارف، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعهد الوكيل ببذل الجهد الكافي لضمان جدوى الصفقات الاستثمارية.

المطلب الثاني: تعويض الوكيل عن المصروفات والأضرار والمخاطر والخسائر.

المطلب الثالث: التزام الوكيل برد ما تبقى من مبلغ الاستثمار حال الخسارة.

المطلب الرابع: تغطية الوكيل للفارق بين الربح الحقيقي والربح المتوقع.

المطلب الخامس: تغطية الوكيل للفارق بين ما تبقى من رأس المال والربح المتوقع.

الفصل الرابع: الضمان في التحويلات والمصارفات والحسابات المصرفية، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الضمان في التحويلات المصرفية، وفيه خمسة مطالب:

- المطلب الأول: إعفاء المصرف من المسؤولية إذا لم ينفذ عملية التحويل أو تأخر فيها.
- المطلب الثاني: تحميل العميل مصروفات البنك المراسل إذا تعثر التحويل.
- المطلب الثالث: وضع حدود لكل نوع من التحويلات حسب درجة المخاطرة مع العميل.
- المطلب الرابع: سقوط الضمان بالحوالة.
- المطلب الخامس: ضمان سعر العملة مع تقلبه.
- المبحث الثاني: الضمان في الاتفاق المصرفي مع شركات التحويلات المالية السريعة.
- وفيه خمسة مطالب:
- المطلب الأول: ضمان حقوق الملكية.
- المطلب الثاني: ضمان أمن البرامج والبيانات.
- المطلب الثالث: ضمان حماية القنوات الإلكترونية والهاتف المصرفي.
- المطلب الرابع: مسؤولية الممثل المحلي المصرفي عن الخسائر.
- المطلب الخامس: مسؤولية الممثل عن أداء الطرف الثالث وضمن التزامه.
- المبحث الثالث: الضمان في الودائع المصرفية، وفيه خمسة مطالب:
- المطلب الأول: ضمان الودائع المصرفية التي لا تسهم في النشاط الاستثماري للمصرف.
- وفيه أربع مسائل:
- المسألة الأولى: ضمان الوديعة المصرفية الجارية.
- المسألة الثانية: ضمان الوديعة المستندية.
- المسألة الثالثة: ضمان الوديعة المخصصة لغرض معين.
- المسألة الرابعة: ضمان وديعة الخزائن الحديدية.
- المطلب الثاني: ضمان الودائع المصرفية التي تسهم في النشاط الاستثماري للمصرف.
- وفيه مسألتان:
- المسألة الأولى: ضمان الودائع تحت الطلب.
- المسألة الثانية: ضمان الودائع الآجلة.
- المطلب الثالث: الودائع المصرفية غير المضمونة.
- المطلب الرابع: ضمان التمويل للعميل عند نفاذ وديعته وانكشاف حسابه.
- المطلب الخامس: تدابير المصرف المركزي العامة لحماية الودائع المصرفية.
- وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: الاحتياطي النقدي القانوني.

المسألة الثانية: نسبة السيولة الداخلية.

المسألة الثالثة: الرصيد الاحتياطي.

المسألة الرابعة: نسب التمويل والتسهيلات.

المسألة الخامسة: تقييد استثمارات المصارف.

المبحث الرابع: الضمان في الحساب الاستثماري المرن، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تغطية المصرف للفرق بين العائد المحقق والمتوقع.

المطلب الثاني: ضمان المصرف للخسائر الناتجة عن تعدد أو إهمال.

المطلب الثالث: التزام المستثمر بتعويض المصرف عن الضرائب والرسوم المفروضة.

الفصل الخامس: الضمان في الودائع والبطاقات والأوقاف المصرفية، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الضمان في أجهزة الإيداع النقدي للشركات، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الضمانات المفروضة على المصرف في عقود أجهزة الإيداع النقدي

للشركات، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: ضمان صيانة جهاز الإيداع.

المسألة الثانية: تحمل تكاليف تدريب الطرف الثاني لاستخدام جهاز الإيداع.

المسألة الثالثة: المحافظة على سلامة النقد عند نقله بواسطة جهاز الإيداع.

المطلب الثاني: الضمانات المفروضة على المستفيد من جهاز الإيداع النقدي.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تحمل تكاليف إصلاح أعطال جهاز الإيداع.

المسألة الثانية: تحمل تكاليف كسر جهاز الإيداع أو محاولة فتحه عنوة.

المبحث الثاني: الضمان في البطاقات الائتمانية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التزام مصدر البطاقة الائتمانية بكفالة حامل البطاقة غرامياً أمام التاجر.

المطلب الثاني: التزام حامل البطاقة برهن حساباته لدى مصدر البطاقة.

المبحث الثالث: الضمان في الصندوق المصرفي الوقفي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حماية الأصل الموقوف في الصندوق المصرفي الوقفي.

المطلب الثاني: مسؤولية مدير الصندوق المصرفي الوقفي عن الخسائر.

- المطلب الثالث: ضمان سرعة التعامل مع مخاطر الصندوق المصرفي الوقفي.
- المطلب الرابع: مسؤوليات أمين حفظ الصندوق المصرفي الوقفي.
- الفصل السادس: الضمان في الاستثمارات المصرفية والتوثيق، وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: الضمان في الاستثمار المباشر، وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: حق المصرف في اختيار السلعة وكالة عن العميل إذا تعددت أنواعها.
- المطلب الثاني: تحمل المصرف للخسائر والأضرار الناتجة عن تعدد منه أو إهمال.
- المطلب الثالث: تعويض المستثمر للمصرف مقابل المصروفات الإضافية.
- المبحث الثاني: الرهن المصرفي، وفيه سبعة عشر مطلبًا:
- المطلب الأول: رهن الحسابات الجارية.
- المطلب الثاني: رهن موجودات الحساب الاستثماري.
- المطلب الثالث: حبس المبيع ضمانًا لتقديم الرهن.
- المطلب الرابع: استثمار الرهن.
- المطلب الخامس: رهن المستندات.
- المطلب السادس: رهن الأسهم والمحافظ.
- المطلب السابع: رهن نماء الأسهم.
- المطلب الثامن: رهن نسبة معينة من قيمة الصفقة في البيع على المكشوف.
- المطلب التاسع: رهن الشهادات الاستثمارية.
- المطلب العاشر: رهن الراتب.
- المطلب الحادي عشر: رهن الأوراق التجارية، وفيه ثلاث مسائل:
- المسألة الأولى: رهن الكمبيالة.
- المسألة الثانية: رهن السند لأمر.
- المسألة الثالثة: رهن الشيك.
- المطلب الثاني عشر: رهن الصكوك المصرفية.
- المطلب الثالث عشر: إفراغ العقار للمشتري في بيع التقسيط في أثناء رهنه للمصرف.
- المطلب الرابع عشر: تحميل العميل تكلفة تقييم العقار المرهون.
- المطلب الخامس عشر: حق الراهن في تداول أسهم محفظته المرهونة.

المطلب السادس عشر: منح الشركة المصرفية الحق في بيع الأصول الضامنة عند الاقتضاء.

المطلب السابع عشر: تعزيز الأصول الضامنة إذا انخفضت قيمتها السوقية.

المبحث الثالث: خطاب الضمان، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: توصيف خطاب الضمان.

المطلب الثاني: التزامات طالب خطاب الضمان، وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: الحصول على موافقة المستفيد.

المسألة الثانية: إخلاء مسؤولية المصرف إذا رفض المستفيد خطاب الضمان.

المسألة الثالثة: التعهد بدفع المبالغ المستحقة للمصرف وكافة المصاريف.

المسألة الرابعة: السماح باستيفاء التأمين على إصدار خطاب الضمان من حسابات طالب الخطاب.

المسألة الخامسة: تفويض المصرف في خصم المبالغ المستحقة من حسابات طالب الخطاب.

المطلب الثالث: أخذ العمولة في مقابل الضمان.

الفصل السابع: الاعتمادات المصرفية، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: توصيف الاعتمادات المصرفية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: توصيف الاعتماد المصرفي البسيط.

المطلب الثاني: توصيف الاعتماد المصرفي المستندي.

المبحث الثاني: ضمانات الاعتماد المصرفي البسيط، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعهد المصرف بالدفع إذا تخلف العميل عن التزاماته.

المطلب الثاني: تجنب العميل مخاطر تقلب أسعار العملات.

المطلب الثالث: حق العميل في ترك استغلال الاعتماد.

المطلب الرابع: تمكين دائني العميل من المطالبة بتنفيذ الاعتماد.

المطلب الخامس: ضمانات المصرف في الاعتماد المصرفي البسيط، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: التزام العميل بدفع عمولة مقابل تعهد المصرف.

المسألة الثانية: التزام العميل بتقديم الضمانات العينية.

المسألة الثالثة: التزام العميل بتقديم الضمانات الشخصية.

المسألة الرابعة: التزام العميل بدفع تعويضات على المبالغ المسحوبة.

المبحث الثالث: ضمانات الاعتماد المصرفي المستندي، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ضمانات المستفيد في الاعتماد المستندي، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: التزام المصرف بأداء الثمن خلال مدة محددة.

المسألة الثانية: التزام المصرف بأن يكون الالتزام المستندي قطعياً.

المسألة الثالثة: حق المستفيد في تعزيز الاعتماد المستندي.

المسألة الرابعة: حق المستفيد في تحويل الاعتماد المستندي إلى مستفيد آخر.

المطلب الثاني: ضمانات المصرف في الاعتماد المستندي، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: ضمانات المصرف الخارجي في الاعتماد المستندي.

وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حق المصرف الخارجي في إلغاء الاعتماد المستندي.

الفرع الثاني: اعتبار الاعتماد المستندي لازماً بوصوله إلى المصرف الخارجي.

الفرع الثالث: التزام المستفيد بتنفيذ ما تضمنه الضمان من شروط وتعليمات.

المسألة الثانية: ضمانات المصرف الداخلي في الاعتماد المستندي.

وفيها أحد عشر فرعاً:

الفرع الأول: التزام المستفيد بتقديم المستندات المطلوبة.

الفرع الثاني: التزام المستفيد باستكمال المتطلبات القانونية لتصدير البضاعة.

الفرع الثالث: حق المصرف الداخلي في إلغاء الاعتماد المستندي.

الفرع الرابع: اعتبار الاعتماد المستندي لازماً ببناء خطاب الاعتماد إلى علم المستفيد.

الفرع الخامس: التزام المستورد بدفع عمولة فتح الاعتماد المستندي.

الفرع السادس: التزام المستورد بدفع عمولة على تبليغ الاعتماد وتعزيزه.

الفرع السابع: التزام المستورد بدفع فوائد على الائتمان بالنسبة.

الفرع الثامن: التزام المستورد بدفع قيمة الائتمان.

الفرع التاسع: التزام المستورد ببذل المتطلبات القانونية للموافقة على استيراد البضاعة.

الفرع العاشر: التزام المستورد بضمان تلف البضاعة أو هلاكها إذا تأخر في استلامها من عهدة المصرف الداخلي.

الفرع الحادي عشر: حق المصرف الداخلي في وضع مستندات البضاعة تحت يده حتى يستوفي قيمة البضاعة من المستورد.

المطلب الثالث: ضمانات المستورد، وفيه ثمان مسائل:

المسألة الأولى: التزام المصرف بأن يكون الاعتماد المستندي قطعياً.

المسألة الثانية: التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الاعتماد للمستفيد.

المسألة الثالثة: التزام المصرف بتسليم البضاعة في الوقت والمكان المتفق عليهما.

المسألة الرابعة: التزام المصرف بالتحقق من مطابقة مستندات البضاعة للشروط.

المسألة الخامسة: التزام المصرف بتمكين المستورد من بيع البضاعة والتصرف فيها قبل وصولها عن طريق مستنداتها.

المسألة السادسة: حق المستورد في رفض البضاعة بعد فحصها والتحقق منها.

المسألة السابعة: التأمين على بضاعة المستورد.

المسألة الثامنة: حماية سلعة المستورد عند إعساره أو إفلاسه.

الباب الثاني:

الدراسة التطبيقية للضمان في أعمال المصرفية الإسلامية

وفيه ثلاثة تطبيقات:

التطبيق الأول: اتفاقية الشروط العامة لخطابات الضمان، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له.

المبحث الثاني: الدراسة.

التطبيق الثاني: اتفاقية برنامج الاعتمادات المستندية مع صندوق التنمية الصناعية السعودية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له.

المبحث الثاني: الدراسة.

التطبيق الثالث: اتفاقية فتح حساب استثماري، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له.

المبحث الثاني: الدراسة.

الخاتمة

وتشتمل على خلاصة البحث، وأبرز النتائج، وأهم التوصيات.

الفهارس

وهي: فهرس الآيات القرآنية، وفهرس الأحاديث، وفهرس الآثار، وفهرس الأعلام المترجم لهم، وثبت المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات.

ذلك، وإني لأحمد الله تعالى الذي بنعمته تتم الصالحات وتُستكمل الطاعات، وأشكره على نعمه وأسأله المزيد من فضله؛ فهو الشكور الودود الوهاب، المحسن اللطيف التواب؛ ما من شيء إلا عنده خزائنه، وكلُّ مقاليد السماوات والأرض بيده.

فما كنت لأكتب هذه الرسالة لولا لطفه وإحسانه، وفضله وإعانتة، وهو الفتح الكريم؛ فقد أمد ربي في عمري وزاد من قوتي حتى تهيا لي مما جمعته وحررت ما أسأل الله أن يجعله علماً نافعا لي وللمسلمين، فإن العلم النافع عمرٌ ثانٍ وحياةٌ أخرى، وذلك أحق ما تنافس فيه المتنافسون، ورغب فيه الراغبون.

وإن من شكر الله تعالى شكرَ الناس، وأخص في مقامي هذا شكر فضيلة المشرف على هذه الرسالة، الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد العزيز التميمي، حفظه الله؛ فقد كان لتوجيهاته وإرشاداته، وملحوظاته ومقترحاته من الإعانة والأثر النافع ما أسأل الله أن يجزيه بها عني خيراً، ويرزقه مقعد الصدق عند الملك المقتر، هو والداه وأهله وذريته، والداي وأهلي وذريتي ومشايخي، إن ربي قريب مجيب. والدعاء موصول لأصحاب الفضيلة الذين ناقشوا هذه الرسالة، وهما الشيخان الفاضلان: أ. د. عبد الله العمراني، وأ. د. طلال الدوسري.

وأخيراً؛ لا يسعني إلا أن أذكر بما تبذله جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية مشكورةً من جهود مباركة في خدمة طلاب الدراسات العليا، وما تبذله كلية الشريعة ممثلةً في قسم الفقه وأعضاء هيئة التدريس ومن ناقش الرسالة؛ فقد خصص قسم الفقه لي مرشداً في أثناء صياغة الفكرة وإعداد الخطة، ثم عين لي مشرفاً في أثناء كتابة الرسالة، وذلك بعد مراجعة أعضاء هيئة التدريس للفكرة البحثية والخطة، ثم عين القسم مناقشين للرسالة بعد اكتمالها، ومن شأن ذلك نضج الكتابة وسلامة نتائج الرسالة وتفعيل مبدأ الشورى الذي حض عليه الشرع، وبهذا تميزت الرسائل الأكاديمية المعاصرة.

اللهم وفقني لحسن القصد، وارزقني الإخلاص وإصابة الحق، وصلِّ اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه، وسلِّم تسليمًا.

د. عبد الله بن يوسف بن عبد الله أحمد

ذو الحجة ١٤٤٥هـ

Alahmed.a@aol.com

تعلیم

مقدمة

إن لعنصر الضمان حظوة في المعاملات التجارية والمالية، وأثراً في الثقة الائتمانية، فالمصارف التجارية اليوم تستحوذ على أكثر التعاملات المالية، أصالة أو وساطة ووكالة، ولا يكاد يخلو عقد في اتفاقيات المصارف التجارية الإسلامية من ضمان بوجه ما، وقد وُلد التنافس بين المصارف الإسلامية من جهة، والمصارف الربوية التقليدية من جهة أخرى، حافزاً لتوسيع أعمال الضمان وتنويع أشكاله.

ولما دون فقهاء المسلمين قانون المعاملات في الإسلام في مدونات الفقه الإسلامي، أفردوا للضمان فصلاً مستقلة مبينين ما ينعقد به الضمان، وما يلزم الضامن والمضمون عنه، وما يبرأ به، وأتبعوا ذلك طائفة من الفروع والمسائل، كما أنهم رَجَّهَ اللَّهُ بثواب أحكام الضمان في مواضعها من أبواب المعاملات المتفرقة.

وقد جاءت هذه الرسالة متبِّعة لما وقع من الضمانات في أعمال المصرفية الإسلامية، وما تنوع من أشكال الضمان المعاصرة، وذلك لمعرفة حقائقها وتأصيل أحكامها، فإن من فضلاء فقهاء أهل هذا العصر من أغلق الاجتهاد في هذا الباب بأحكام عامة، وهذا ضرب من التشديد والتشديد كلُّ يُحْسِنُهُ^(١)، ومن فضلاء الفقهاء من سَهَّلَ وَيَسَّرَ واطَّرد في تجويز معاملات المصارف التجارية الإسلامية بناء على ما يظهر له في عنوان العقد وما يفهمه من ألفاظه، مع إغفال النظر في واقع المعاملة وعدم الإحاطة بعلم الآلة المتصلة بالمسألة محل البحث؛ كعلم المحاسبة، وعلم الاقتصاد، وعلم القانون المصرفي، وعلم القانون الدولي في باب التوريد، مثلاً، وعلم اللغات والترجمة؛ الأمر الذي يستدعي دراسة مطولة متأنية للإحاطة بجوانب العقود المصرفية وإدراك حقائقها الشرعية ولو لم تفصح الألفاظ المزبورة في العقود عن تلكم الحقائق.

والحرام في أبواب البيوع يشتهر بالحلال بما لا يكون في غيره من الأبواب، ولذلك قال آكلو الربا: ﴿إِنَّمَا أَلْبَيْعٌ مِثْلُ الرِّبَا﴾^(٢)، ولكن الأمر خلاف ذلك، فقال الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بعد قولهم هذا: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣).

(١) أصل هذه الكلمة مسندة إلى سفيان بن عيينة عن مَعْمَرٍ، ونصها: «إنما العلم أن تسمع بالرخصة من ثقة، وأما التشديد فيُحْسِنُهُ كل أحد». اهـ. الاستذكار لابن عبد البر ٢٧٥ / ٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥. (٣) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

وقد كان من عادة الأئمة في باب البيع استحضار أحاديث التقوى في المشتبهات، وجرى على ذلك أبو عبد الله البخاري رَحِمَهُ اللهُ فِي صحيحه؛ إذ استهل كتاب البيوع بأبواب في هذا المعنى، ترجم لها بقوله: بابُ الحلالِ بَيْنَ والحرامِ بَيْنَ وبينهما مشبَّهات، وباب تفسير المشبَّهات، وباب ما يتنزه من الشبهات، وباب من لم يرَ الوسوس ونحوها من المشبَّهات، وباب من لم يبالِ من حيث كسب المال^(١)، وكذلك فعل غيره من المحدثين^(٢)، والله خير الفاتحين.

ولما استقل علم المصرفية الإسلامية بنفسه صارت له مصطلحات خاصة، ومن المناسب، بعد بيان معنى الضمان ومعنى المصرفية الإسلامية، تأسيس المعنى الاصطلاحي الملائم للمصطلح الذي عنونْتُ به الرسالة، وهو مصطلح الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية.

ومعرفة معاني الضمان في لسان العرب على اختلاف إطلاقاته وسياقاته مفيدة في فقه النص المشتمل على مادة الضمان، ووضعه موضعه من الشريعة.

وسأتناول تعريف الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية من وجوه، جعلتها في مباحث ثلاثة:



(١) ينظر: صحيح البخاري ٣/ ١٥٥-١٦٦.

(٢) انظر جامع أبي عيسى الترمذي رَحِمَهُ اللهُ مثلاً ٢/ ٤٩٥.

المبحث الأول

تعريف الضمان لغةً

الضاد والميم والنون أصل صحيح في لسان العرب، يدل على جعل الشيء في شيء يحويه، وإنما سُميت الكفالة ضمانًا لأن ذمة الكفيل استوعبت المكفول، وكذلك المضامين التي نُهي عنها ويراد بها ما في أصلاب الفحول، كما قال أبو عبيدٍ والشافعي^(١).

كما يطلق الضمان في لسان العرب ويراد به الحفظ والتأمين، كما في قولهم: الضامنة من النخل، لِمَا طاف به سور المدينة من النخل، فسُميت ضامنة من باب الأمان والجرز^(٢).

كما تُطلق الضمانة في لسان العرب ويراد بها: الحب، ويراد بالضمانة أيضًا: الداء في الجسد من بلاء أو كِبَر أو كسر ونحوه، فيقال: رجل ضَمِنٌ، والجمع ضَمِنُونَ، وضمين وضمنى، كما في خبر ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ أَكْتَبَ ضَمِينًا بَعَثَهُ اللَّهُ تَعَالَى ضَمِينًا»^(٣)، والمعنى: مَنْ سَأَلَ أَنْ يُكْتَبَ فِي جَمَلَةِ الْمَعْذُورِينَ فَأَعْطِيَ مِنْ أَمِيرِ الْجَنْدِ خَطًّا بِزَمَانَتِهِ وَلَا زَمَانَةَ بِهِ، والضمان هو الداء نفسه^(٤).

(١) على أن للفقهاء قولاً آخر، وهو قول سعيد بن المسيَّب؛ قال: المضامين ما في بطون إناث الإبل. واشتهر هذا المعنى عند فقهاء المدينة ومتأخري فقهاء المذاهب، وبالنظر في كلام العرب وأشعارها يتبين أن الأصل في معنى المضامين هو القول الأول، والمعنى الذي قال به الآخرون مستعار منه. ومنشأ هذا الخلاف وغيره من العُجْمَة كما قال ابن عباس فيمن التبس عليه معنى ملازمة النساء في التنزيل، فيما يرويه الطبري وغيره عن سعيد بن جبیر، قال: اِخْتَلَفَتِ الْعَرَبُ وَالْمَوَالِي فِي الْمَلَامَسَةِ عَلَى بَابِ ابْنِ عَبَّاسٍ، فَقَالَتِ الْعَرَبُ: الْجَمَاعُ. وَقَالَتِ الْمَوَالِي: بِالْيَدِ. قال: فخرج ابن عباسٍ فقال: غُلِبَ فَرِيقُ الْمَوَالِي، الْمَلَامَسَةُ: الْجَمَاعُ. اهـ. ينظر: السنن الصغير للبيهقي ٢/ ٢٧١، وغريب الحديث ١/ ٢٠٨، وتهذيب الأسماء واللغات ٣/ ١٨٤، والموطأ ٤/ ٩٤٦، والأصل لمحمد بن الحسن ٣/ ٤٣٧، والاستذكار ٦/ ٤٢١، وتفسير الطبري ٧/ ٦٦، وفتح الباري ٤/ ٣٥٨.

(٢) ينظر: العين للخليل ٧/ ٥٢، وشرح مشكل الآثار ٥/ ٤٣٦، ومعالم السنن ١/ ١٥٦، والمفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام للدكتور جواد علي ١٣/ ٢٨، وعلى المعنى الأول الخليل بن أحمد. ومنه الحديث الذي رواه أحمد ١٢/ ٨٩ برقم ٧١٦٩، وأبو داود في باب ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت ١/ ٣٨٩ برقم ٥١٧، وغيرهما؛ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الْإِمَامُ ضَامِنٌ وَالْمُؤَذِّنُ مُؤْتَمَنٌ»؛ لأن الإمام يحفظ على القوم صلاتهم فيرعاهما ويضبط عدد ركعاتها. وقد خرجته مطوَّلاً، فانظره على قناتي في الواساب، أو على شبكة الألوكة.

(٣) أورده أبو عبيد في غريب الحديث ٤/ ٢٧٩، ولم أجده في كتب السنة.

(٤) ينظر: المحكم ٩/ ٦٧.

واتسعت إطلاقات العرب للضمان، فأطلقوه وأرادوا به العهد، كما في قول النبي ﷺ: «مَنْ مَاتَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَهُوَ ضَامِنٌ عَلَى اللَّهِ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ»^(١).

وقد نزع بعضهم إلى اشتقاق الضمان من الضمّ؛ لانضمام ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه^(٢)، ويشكل عليه أن لام فعل (ضَمَّ) ميم، واللام في الضمان نون، وشرط صحة الاشتقاق أن يكون حرف الأصل موجوداً في الفرع. وهو معنى شاذ لم أجد له أصلاً في لسان العرب، ولا تطبيقاً صالحاً لدى الأعراب اليوم في البوادي.

مع التنبيه إلى أن بعض العرب يبدلون الضاد زايًا، فيقولون: الزمانة، وهي الضمانة، بمعنى العاهة.



(١) رواه مسلم في صحيحه في باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله ١٤٩٥/٣ برقم ١٨٧٦ من حديث أبي زرعة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «تضمن الله لمن خرج في سبيله، لا يخرجه إلا جهاداً في سبيلي، وإيماناً بي، وتصديقاً برسلي، فهو عليّ ضامنٌ أن أدخله الجنة، أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه، نائلاً ما نال من أجرٍ أو غنيمة، والذي نفس محمد بيده، ما من كَلِمٍ يُكَلِّمُ في سبيل الله إلا جاء يوم القيامة كهيئته حين كَلَّمَ، لونه لون دم، وريحه مسك، والذي نفس محمد بيده، لولا أن يشقّ على المسلمين ما قعدتُ خلاف سَرِيَّةٍ تغزو في سبيل الله أبداً، ولكن لا أجد سَعَةً فأحملهم، ولا يجدون سَعَةً، ويشقّ عليهم أن يتخلفوا عني، والذي نفس محمد بيده، لو دُذْتُ أني أغزو في سبيل الله فأقتل، ثم أغزو فأقتل، ثم أغزو فأقتل». اهـ. وفي الرواية الأخرى: «تكفّل الله لمن خرج...» اهـ. وقال العيني: لفظ الضمان والتكفل والتوكّل والانتداب الذي وقع في الأحاديث كلها بمعنى تحقيق الوعد على وجه الفضل منه، وعبر ﷺ عن الله جَلَّ وعَلا بتفضيله بالثواب بلفظ الضمان ونحوه بما جرت به العادة بين الناس بما تطمئن به النفوس، وتركن إليه القلوب. اهـ. وقال صاحب الكليات: الضمان أعم من الكفالة؛ لأن من الضمان ما لا يكون كفالة، وهو عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً. اهـ. ينظر: عمدة القاري ١٤/٧٤، وكشف اللثام للسفاريني ١٦٥-١٦٦، الكليات لأبي البقاء ص ٤٨٣.

(٢) ينظر: العين للخليل ٧/٥٠.

المبحث الثاني

تعريف الضمان اصطلاحاً

للفقهاء في الضمان إطلاقان:

إطلاق خاص، وهو: شغل ذمة أخرى بالحق^(١)، أو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام دينه^(٢).

وإطلاق عام، وهو: الحفظ والصون الموجب تركه للغرم، كضمان الرهن وضمان البيع^(٣)، أو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل^(٤).

وبعض الفقهاء لا يفرق في الكلام الفقهي بين الضمان والكفالة، والشافعية والحنابلة يفرقون في الجملة بين الاصطلاحين؛ فيجعلون الكفالة في النفس، والضمان في الأموال^(٥).

ويطلق على الضمان في علم القانون المصرفي مصطلح *guaranteed warranty*^(٦).



(١) ينظر: كتر الدقائق ص ٤٤٨، والمعونة على مذهب عالم المدينة ص ١٢٣٢، والحاوي ٤٣٦/٦، والقاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب ص ٢٨١.

(٢) ينظر: المجموع ٤٣٤/١٣، الكافي في فقه الإمام أحمد ١٢٩/٢.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ١٤٢/٦، والحاوي ١٤٨/١٦، والقاموس الفقهي ص ٢٨١.

(٤) الضمان للخفيف ص ٨.

(٥) المراجع السابقة.

(٦) ينظر: Dictionary of banking terms: Thomas Fitch ص ٢٢١ و ٥٠٥، و *Standards abstracted from resolutions of sharia board of bank albilad* ص ١٠٦.

المبحث الثالث

تعريف الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية

وهذا زُبدة المبحث، وسأجمل التعريف في العبارة الآتية، وهي أنه: الالتزامات الناشئة لحفظ حقوق أطراف عقود المؤسسات المالية المسلمة المنخرطة في الأنظمة المدنية المعاصرة. وقد تبين بذلك أن أعمال المصارف الإسلامية تشمل عمل المصارف التجارية الإسلامية وغيرها من المؤسسات المصرفية الإسلامية، غير أن هذه الرسالة عُيّنت في المقام الأول بالالتزامات المصارف التجارية الإسلامية، حيث اعتمدتُ في أثناء إعداد خطة الرسالة وتفقيير مباحثها على عقود المصارف التجارية الإسلامية في المملكة العربية السعودية، ومما جرت به عادة العرب بإطلاق العام وإرادة الخاص بالقرائن المتصلة والمنفصلة.

وأعمال المؤسسات المصرفية الإسلامية لا تقف على عقد الصرف، كما يُستوحى من لفظة (المصرفية)، ولكن بما أن نشاطها الأساسي ابتدأ مع الجمهور من خلال عقد الصرف، فقد أطلق عليها المصارف، واستمرت هذه التسمية بعد اتساع نشاطها؛ من باب إطلاق البعض على الكل، والمصرفية في اصطلاح علم المصرفية الإسلامية مستعملة في القواميس الأعجمية متداولة باسم (BANKING)، وهو مصطلح يعرفونه بأنه: كل كيان يقبل الودائع ويؤمن عليها في وكالة تأمين الودائع الفيدرالية، ويقدم القروض، ويؤدي الخدمات المتصلة بالجمهور، ويتوسط بين موردي الأموال ومستخدمي الأموال^(١).

ويعرف علم المصرفية الإسلامية اليوم عالمياً باسم (Isamic banking)، وقد انتهت في تعريف المصرفية الإسلامية إلى أنها: نظام إسلامي اقتضاه نظام الدولة المدنية المعاصرة، يستقبل الأموال ويستثمرها وينوب عن ملاكها في المعاملات المالية المعاصرة^(٢).

هذا، وإن للضمان في أعمال المصرفية الإسلامية وفي عقود المصارف الإسلامية على وجه الخصوص ألفاظاً وأساليبَ متنوعة، كالالتزام، والتعهد، والائتمان، والكفالة، والتعويض، والمسؤولية، وما تصرف منها.

(١) ينظر: Dictionary of banking terms ص ٣٦.

(٢) وأما المصرف الإسلامي فهو: مؤسسة مالية تُعنى بجمع الأموال وحفظها واستثمارها لصالح المشتركين، بغية بناء المجتمع المسلم، وتحقيق التعاون الإسلامي، على وفق الأصول الشرعية. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٣٧/٢.

كما كان للضمان ألفاظ يستعملها التجار قديمًا، كالحمالة، والزعامة، والقبالة، والصبارة وما تصرف منها.



البَابُ الأوَّلُ

أحكام الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية

الفصل الأول: الضمان في بيوع المصرفية الإسلامية.

الفصل الثاني: الضمان في الإجازات والمقاولات المصرفية الإسلامية.

الفصل الثالث: الضمان في الشركات والتوكيلات في المصرفية الإسلامية.

الفصل الرابع: الضمان في التحويلات والمصارفات والحسابات المصرفية.

الفصل الخامس: الضمان في الودائع والبطاقات والأوقاف المصرفية.

الفصل السادس: الضمان في الاستثمارات المصرفية والتوثيقات.

الفصل السابع: الاعتمادات المصرفية.

الفصل الأول

الضمان في بيع المصرفية الإسلامية

ويشتمل على:

المبحث الأول: ضمان لزوم البيع بإسقاط الخيار.

المبحث الثاني: ضمان ثمن المبيع.

المبحث الثالث: مسوغات تصرف المصرف في الضمانات المقدمة من المشتري.

المبحث الرابع: علاقة ضمان المبيع بقبضه والتصرف فيه.

المبحث الخامس: التزام المشتري بتقديم ضمانات بديلة إذا نقصت قيمة الضمانات المقدمة.

المبحث السادس: ضمان المصرف للتكاليف والأضرار التي تلحق المشتري بسبب المصرف.

المبحث السابع: التزام المصرف بتعويض المشتري إذا استوفى منه خطأً قبل حلول الأجل.

المبحث الثامن: نفي مسؤولية المصرف عما يلحق المشتري بسبب ممارسة الحقوق الناشئة عن الاتفاقية.

المبحث التاسع: التعهد للمشتري بهدية عند شراء المبيع.

المبحث العاشر: بيع الضمان وأخذ العوض عليه.

المبحث الحادي عشر: ضمان مسوق الأوراق المالية للاكتتاب في عقد بيع الأوراق المالية.

المبحث الثاني عشر: الضمان في بيع الخدمات.

المبحث الثالث عشر: ضمان المشتري الأول للسلعة في بيع التورق.

المبحث الرابع عشر: ضمانات المصرف في عقود المراجعة.

المبحث الخامس عشر: بيع المراجعة من خلال فتح الاعتماد المستندي لصالح العميل.

المبحث الأول

ضمان لزوم البيع بإسقاط الخيار

العقود اللازمة، كالبيع، يرد عليها مبدأ إسقاط الخيار، في الجملة، وينسجم مع المقصود منها، بخلاف العقود الجائزة، كالوكالة والوديعة، فإن إسقاط الخيار فيها يصيرها عقوداً لازمة، وهذا مخالف للمقصود منها^(١).

والمقصود بالخيار في هذا المبحث الخيار الذي يكون بالشرط^(٢)، حيث تنص بعض العقود المصرفية المعاصرة على خيار الشرط مدة معلومة للمشتري، وتنص في بعض الأحوال على أن مدة خيار الشرط تتجدد للمشتري تلقائياً لمدة مماثلة، مرة واحدة، ما لم يبلغ المشتري البائع بعدم الرغبة في تجديد مدة خيار الشرط.

فإذا أبلغ المشتري البائع بعدم رغبته في تجديد مدة خيار الشرط سقط الخيار وضمن البائع ثبوت البيع واستقر ملك المشتري على السلعة المبيعة، وأتيح له التصرف في المبيع بما كان ممنوعاً منه في منصوص العقد، حيث ينص عقد البيع المصرفي بشرط الخيار عادةً أنه في حال ثبوت خيار الشرط للمشتري، فإنه لا يحق للمشتري التصرف في المبيع أو عرضه للبيع في مدة الخيار.

وقد يسقط خيار المشتري جبراً قبل انتهاء مدته أو إبداء رغبته في عدم تجديد مدة خيار الشرط، وذلك كما لو هلكت السلعة في يده، فحيث يُلزمه الثمن وينقطع الخيار، وليس للمشتري أن يردّها بحكم الخيار إلا كما قبضها، فإذا عجز عن ذلك سقط خياره، وتم البيع وتقرر عليه الثمن لكونه قابضاً للمبيع.

وكذلك إن أصاب السلعة عيب عند المشتري بفعله أو بفعل أجنبي أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع بنفسه؛ لأنه يعجز حيثئذ عن رد السلعة كحالها يوم قبضها، وكذلك إن اشترى من يعتق عليه بالعقد، أو اشترى أمة فولدت عنده، وكذا إن التبس المبيع بغيره، كمن ابتاع من رجلين ثوبين

(١) ومن العقود اللازمة ما لا يرد عليه خيار الشرط أصلاً، كالصرف؛ لأنه يلزم له تقابض البديلين في مجلس العقد. ينظر: الحاوي ٢٩/٥، وشرح الزركشي ٤٠٤/٣.

(٢) أما الخيار الذي ثبت بالنص، كخيار المجلس، فينظر في حكم إسقاطه: شرح التلقين للمازري ٥٢٦/٢، وفتح الباري ٣٣٥/٤، والمحزر ٢٦١/١، والمحلى ٢٤٤/٧.

بالخيار، فالتبسا، سقط الخيار، ومثل التباسهما في إسقاط الخيار: ضياع أحدهما^(١).

وفي حال كون الخيار منحصرًا في جانب المشتري، فقد نص فقهاء الحنفية على أن عرض المشتري السلعة للبيع لا يكون إلا مقرونًا بسقوط الخيار أو مضي مدته، كما أن البائع لا يجوز له التصرف فيما قبضه من الثمن، لثبوت الخيار للمشتري.

وتصرف المشتري في المبيع بمثابة اختيار الإمضاء عند الفقهاء، كما لو تصرف ببيعه أو وقفه أو إجارته أو رهنه، ولا يدل التصرف بالمبيع على الرضا به إن كان لا اختياره ومعرفة سلامته.

فلو كان المبيع جارية فوطئها، دل على رضاها وسقوط خياره؛ لأن الوطء لا يحل إلا في ملك مستقر، فإقدامه على وطئها دليل على الرضا باستقرار ملكه فيها، وذلك لا يكون إلا بعد سقوط الخيار. أما مجرد تسليم الثمن للبائع، وقبض المبيع منه، فلا يدل بمفرده على إسقاط خيار المشتري المشروط في العقد مدة معلومة^(٢).

الألفاظ الدالة على إسقاط حق الخيار في البيع:

جمع الفقهاء الألفاظ الدالة على إسقاط حق المشتري في الخيار، فمنها أن يقول المشتري: قد رضيتها؛ لأنه بالرضا يسقط حقه في الرد، ولا يلزم البائع شيء. وكذلك لو قال: أسقطت الخيار، أو أبطلته، أو ألزمت البيع، أو أوجبته، وما يجري هذا المجرى^(٣).

والأصل في الشروط بين المتعاقدين الصحة واللزوم، على التفصيل المذكور في المطلب الثالث من المبحث الثاني.

ويدل على مشروعية ذلك قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤)، وقد رضي المتعاقدان بهذا الشرط^(٥)، واتفقا على طريق إلغائه.

(١) ينظر: المبسوط ١٣/٤٤، وفتح القدير ٦/٣١٠، وحاشية ابن عابدين ٤/٥٨١، والنوادر والزيادات ٧/٢٨٠، والكافي لابن عبد البر ٢/٧٠٤، وأسهل المدارك ٢/٢٨٨، وشرح الزركشي ٣/٣٨٨، والإنصاف ٤/٣٧٣. وقد بينت حكم هلاك المبيع في أصل هذا المطبوع المودع في مكتبة قسم الفقه بكلية الشريعة في الرياض، قبل اختصاره.

(٢) ينظر: المبسوط ١٣/٤٤، وفتح القدير ٦/٣١٣ و٣٣٠، وعقد الجواهر ٢/٤٦١، والحاوي ٥/٦٨، وروضة الطالبين ٣/٤٥٨، والمجموع ٩/٢٢٣-٢٢٥، والمحزر ١/٢٦٢، وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٠.

(٣) ينظر: المبسوط ١٣/٤٤، ويدائع الصنائع ٥/٢٨٢، وفتح القدير ٦/٣١٣، والكافي لابن عبد البر ٢/٧٠٣، والحاوي ٥/٦٨.

(٤) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٥) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعًا ودراسة، أ.د. عبد السلام الحصين ص ٥٢٠.

ما يمنع فيه إسقاط الخيار:

يترتب على إسقاط خيار المشتري في بعض الصور غرر عليه وجهالة في المبيع، كما في بيع الملامسة، وهو أن يأتي الرجل بثوبه مطوياً أو في سَفَط أو تكون ظلمة، فيقول: أبيعك هذا الثوب على أن تلمسه بيدك ولا خيار لك إذا أبصرته وعرفت طوله وعرضه، فهذا بيع باطل؛ للنهي عنه، ولما فيه من الغرر لعدم النظر، ولما تضمنه الشرط من إسقاط الخيار المستحق بالعقد^(١).

وهذا من باب خيار المجلس المستفاد بالعقد أصالة، وهو مغاير للخيار المقصود في هذا المبحث، وهو خيار الشرط، والغرض من استعراضه الإفادة منه في التخريج والقياس.



(١) ينظر: الحاوي ٣٣٧/٥، وشرح النووي على صحيح مسلم ١٠/١٥٥.

المبحث الثاني

ضمان ثمن المبيع

أقرت شريعة الإسلام توثيق العقود والمعاملات بما يحفظ الحقوق ويدفع النزاع والريبة، فأمرت بالكتابة والإشهاد، ومنعت الشهود من كتمان الشهادة لإثبات الحق، وأن يضار كاتب أو شهيد.

فإن لم يكن ثم كاتب فقد شرعت وسائل بديلة تعزيراً لمبدأ التوثيق والضمان في العقود والمعاملات المالية، إشارة إلى أن الأصل في كل ما يُحفظ به الحق المشروعية.

ومن وسائل ضمان الحق - وهو هنا العوض - وتوثيقه: الرهن، والكفالة؛ ليستوفي المكفول له من الكفيل، ويستوفي المرتهن من الرهن؛ إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.

واليوم تجددت صور ضمان ثمن المبيع وأشكاله، وصار للمؤسسات المصرفية الإسلامية إجراءات تضمن بها أثمان المبيعات، وقد اجتهدت في جمعها، ونظمتها في المطالب التسعة الآتية:

المطلب الأول: ضمان تسليم ثمن المبيع في الوقت المتفق عليه بالاتفاق على

شرط جزائي

للشرط الجزائي اتصال بعقود البيع والسلم والقرض وغيرها، فجرى إلحاقه عند أول مناسبة له، وهي مناسبة الكلام على عقد البيع وما يتصل به من ضمان.

فإذا تباع المصرف الإسلامي مع العميل، فقد وجب الثمن في ذمة المشتري، وللبائع أن يستوثق حقه في الثمن بأوجه من التوثيقات والضمانات، ومن ذلك ما يسمى اليوم شرطاً جزائياً.

فالغرض من الشرط الجزائي ضمان الالتزامات التعاقدية، والدافع إليه مخافة نكول أحد الأطراف عما عقد عليه أو التزمه أو تعهد به.

وللمعاصرين في تعريف الشرط الجزائي اجتهادات، منها أنه: اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق، قبل الإخلال بالالتزام، على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخير عنه فيه^(١).

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/ ٤٧٠.

ويمكن تعريفه مختصراً بأنه: الاتفاق على التعويض المالي لقاء الإخلال بالالتزام التعاقدي. وفي الجملة، تنقسم أسباب إيراد الشرط الجزائي في عقود المصارف الإسلامية إلى سببين: السبب الأول: الديون.

حيث يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، كالقرض، أو بسبب بيع بثمن مؤجل أو مقسط كبيع المرابحة للآمر بالشراء، أو توريد سلعة، أو سلم.

فإذا تجاوز المدين المدة المسماة، ولم يؤدِّ ما عليه، كان الدائن متضرراً بتأخر حقه، وبهذا يتبين أن الشرط الجزائي في الديون ضرب من أضرب التعويض.

غير أن بعض المصارف الإسلامية قد تتخذ له أسماء أخرى؛ كغرامات التأخير، وتعويض الربحية^(١).

ومن خلال عملي في الأمانة العامة للهيئة الشرعية في مصرف الإنماء، إضافة إلى ما استعرضته في أثناء إعداد خطة الرسالة من العقود لمصرف الراجحي وبنك البلاد ومصرف الإنماء؛ لم أجد من الشروط ما يندرج تحت هذا السبب، وإنما الذي وجدته داخل في القسم الثاني، وهو الشرط الجزائي في مقابل التأخر في تنفيذ الأعمال، وهذا لا يعني تنكُّب بقية المصارف الإسلامية العالمية له.

والفقهاء المعاصرون بحثوا حكم تعويض الدائن من المدين المماطل؛ والكلام في المسألة كما يأتي:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء في الجملة على وجوب إنظار المدين المعسر إذا تجاوز الأجل إلى ميسرة، ومستند الاتفاق قول الحق تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٢).

ثم اختلف المعاصرون من الفقهاء؛ هل يجوز تعويض الدائن من المدين المليء المماطل في السداد، وهي من المسائل التي لا يُحفظ عن المتقدمين استثناءؤها من ربا الجاهلية الذي أجمع المسلمون على تحريمه^(٣).

(١) بحث الشرط الجزائي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/ ٥٦٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٣) ينظر: المبسوط ٨/ ٤٣ و ٤٨/ ٢٥، ومواهب الجليل ٦/ ٣٣٨، وشرح الخرشي ٦/ ٢٤، والأم ٣/ ٢٠٦، وفتح الباري ٤/ ٣٠٩، والمغني ٤/ ٣٣٨، وشرح الزركشي ٤/ ٨٢، ونيل الأوطار ٥/ ٢٨٧.

(٤) ينظر: الاستذكار ٦/ ٤٨٨، وقضايا فقهية معاصرة للدكتور نزيه حماد ص ٣٥١، وبحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ٤/ ٧٧، والبيع بالتقسيط لسليمان التركي ص ٣٢١، ٣٢٤.

وأقوال المعاصرين كما يأتي:

القول الأول: للدائن مطالبة المدين بالتعويض المالي عما لحقه من ضرر أو فاته من منافع نتيجة المماطلة^(١).

وهو قول بعض المعاصرين^(٢).

القول الثاني: أخذ مال من المماطل زائداً على قدر الدين يعتبر من باب العقوبة يرجع فيها إلى القضاء وتُصرف في بيت مال المسلمين، إن وُجد، أو في المصالح العامة.

وهو قول بعض الباحثين^(٣).

القول الثالث: يجوز التعويض عن الضرر الفعلي الواقع، ولا يجوز تعويض الدائن عما فاته من كسب بسبب المماطلة.

وهو قول استحضره بعض المعاصرين في هذه المسألة ونسبه إلى ابن تيمية^(٤).

القول الرابع: لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حال تأخره في الدفع عن الأجل.

وهو القول الذي انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي^(٥)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٦)، والهيئة الشرعية لبنك البلاد^(٧)، ود. نزيه حماد^(٨)، ومال إليه ابن منيع^(٩) وغيره من المعاصرين.

(١) ثم اختلف القائلون هل يكون استحقاق التعويض في منصوص العقد أو يرجع في مطالبته إلى القضاء حال المماطلة؟ وهل يقدر التعويض حسب ربح الدائن أو يقر وفق ربح المثل؟ ينظر: الاستذكار ٦/ ٤٨٨، وقضايا فقهية معاصرة للدكتور نزيه حماد ص ٣٥١، وبحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ٤/ ٧٧، والبيع بالتقسيط لسليمان التركي ص ٣٢١، ٣٢٤.

(٢) ينظر: مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ع ٢- ٩٧.

(٣) ينظر: بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ٤/ ٧٥، والمعاملات المالية للديان ٥/ ٥١١.

(٤) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٤-٢٥، وبحث رأي آخر في مطل الغني ص ١٥٦.

(٥) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٠٩) الصادر في الدورة الثانية عشرة بالرياض بشأن الشرط الجزائي ١٢/ ٦٧٠.

(٦) ينظر: المعايير الشرعية ص ٩٣ و ٣٠٢ و ٣٠٦، والمقصود بهيئة المحاسبة مجلسها الشرعي، كما أن المقصود - عند المستمع العربي - من القرية هو أهل القرية، وذلك في قول إخوة يوسف: ﴿وَسَلِّ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعَيْرَ﴾ [يوسف: ٨٢].

(٧) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٠٥)، ص ٦١.

(٨) ينظر: قضايا فقهية معاصرة ص ٣٥١.

(٩) ينظر: بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ٤/ ٧٥-٧٧، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/ ٥١١.

الأدلة:

أدلة القول الأول والثاني والثالث:

استدل أصحاب الأقوال الثلاثة الأولى على تسويغ مبدأ التعويض المالي إزاء مطل الأغنياء في المداينات، مع اختلافهم في موجب التعويض ومصرفه، بما يأتي:

الدليل الأول: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، فَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَبْغْ». رواه البخاري^(١).

وجه الدلالة: أنه إذا كان المدين المماطل ظالمًا بمطله مانعًا الدائن من حقه، كانت يد المدين الموسر على المال كيد الغاصب على المغصوب، والأعيان المغصوبة مضمونة على الغاصب في قول الشافعية والحنابلة، وهو مقتضى القول بضمان نقص سعر العملة الورقية، وضمان نقص سعر العملة الورقية قول جماعة من المحققين^(٢).

ونوقش بما يأتي^(٣):

أولاً: المماطل ظالم، ولكن لا رخصة للتعويض المالي الذي يؤول إلى الربا.

ثانياً: القائلون بضمان العين المغصوبة يشترطون أن تكون العين مما يصح أخذ العوض عنها، والنقود لا توجر؛ فلا عوض فيها عن المنافع.

ثالثاً: قياس المدين على الغاصب قياس مع الفارق، فإن الغاصب أخذ المال ابتداءً من دون إذن صاحب المال.

رابعاً: إذا اختلف العلماء في المقيس عليه فلا حجة في المقيس.

ويمكن أن يناقش: بأن الدائن إذا استوفى من الموسر زيادة على حقه، فقد سماه الله تعالى ظالمًا في قوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٤)، ويستوي في ذلك الدين المتأخر وغيره، ولما كانت الآية بعدها في حكم المدين المعسر، فقد بينت هذه الآي حكم المدين الموسر.

(١) رواه البخاري في باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة، وباب مطل الغني ظلم ٤٩/٣ و١١٨ برقم ٢٢٩٩ و٢٣٠١ من حديث أبي هريرة به مرفوعاً.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ٥/٦٣-٦٤، والإنصاف ٦/٢٠١، والفتاوى السعدية ص ٤٢٩، وبحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ١/١٨٢-١٨٣، وبحث هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن للزرقا ص ٩٤، والمعاملات المالية للديان ٥/٥١٣-٥١٤.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/٥١٤.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٧٩.

الدليل الثاني: ما رواه الخمسة إلا الترمذي^(١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لِي الْوَاجِدِ يُحِلَّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ».

وجه الدلالة: إطلاق العقوبة في الحديث، فتشمل العقوبة المالية وغيرها، ومن قصر العقوبة على الحبس فقد قيد ما أطلقه الشارع^(٢).

ونوقش بما يلي: لم يرد في الحديث ما يفيد حل مال المماطل، بل حل عقوبته، وفرق بينهما، ولم يفسر شراح الحديث العقوبة بالمال^(٣).

ويمكن أن يناقش أيضاً بما يلي: أن العقوبة في الإسلام، في هذا الحديث وغيره، مقيدة بوصف المثلية، حتى لا يرجع الدائن ظالمًا، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ

(١) رواه أحمد ٢٩/٤٦٥ و ٣٢/٢٠٦ و ٢١٤-٢١٥ برقم ١٧٩٤٦ و ١٩٤٥٦ و ١٩٤٦٣، وأبو داود في باب الحبس في الدين وغيره ٥/٤٧٣ برقم ٣٦٢٨، والنسائي في باب مطل الغني ٦/٨٩ برقم ٦٢٤٢ و ٦٢٤٣، وابن ماجه في باب الحبس في الدين والملازمة ٣/٤٩٧-٤٩٨ برقم ٢٤٢٧؛ كلهم من طريق وُبر بن أبي ذؤيب شيخ من أهل الطائف عن ابن أبي مُسيكة، عن عمرو بن الشريد، عن الشريد بن أوس الثقفي به مرفوعاً، وقال الطبراني: لا يروى عن الشريد إلا بهذا الإسناد.

هذا وقد علقه البخاري في صحيحه في باب: لصاحب الحق مقال، بصيغة التمريض، وسكت عنه في التاريخ الكبير، وصححه ابن حبان، والحاكم وأقره الذهبي، وحسنه ابن حجر والألباني، وجود إسناده ابن كثير. والخبر معلول بجهالة ابن أبي مسيكة كما قال ابن المديني، وابن حبان أورده في الثقات. ينظر: صحيح البخاري ٣/١١٨، والمعجم الأوسط للطبراني ٣/٤٦، وصحيح ابن حبان ١١/٤٨٦، والمستدرک ٤/١١٤، وتحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب لابن كثير ص ٣٦٣، وتغليق التعليق ٣/٣١٩-٣٢٠، والتلخيص الحبير ٣/٨٩-٩٠، ونيل الأوطار ٥/٢٨٧، وإرواء الغليل ٥/٢٥٩.

(٢) فالله هو التأخر، كما في قول الله تعالى: ﴿فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىَّ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوْنَا أَوْ نَعْرِضُوكَ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [النساء: ١٣٥] قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿تَلَوْنَا﴾: هو أن يلوي الإنسان لسانه بالشهادة كما يلوي الرجل دين الرجل إذا مطله، ومنه قول الأعشى:

يلوونني ديني النهارَ وأقتضي ديني إذا وقد النعاسُ الرُّقْدَا
أي: صاروا وكأنهم سكارى في النعاس.

وقال ذو الرمة:

نُطِيلُ نَ لِيَانِي وَأَنْتَ مَلِيَّةٌ وَأُخْسِنُ يَا ذَاتَ الْوَشَاحِ النَّقَاضِيَا

والواجد هو الغني، فيكون المعنى: تأخر الغني يحل عرضه وعقوبته. ينظر: الاشتقاق لابن دريد ص ٢٥، وتهذيب اللغة للهروي ٩/٢٠٣، وشرح مشكل الآثار للطحاوي ٢/٤١٠، والاستذكار ٦/٤٩٢، والنكت والعيون للماوردي ١/٥٣٥، والمعاملات المالية للديان ٥/٥٢٢.

(٣) قال ابن المبارك: يحل عرضه: يغلظ له، وعقوبته: يحبس له. اهـ. وقال الثوري: عرضه أن يقول: ظلمني حقي، وعقوبته: يسجن. اهـ. ينظر: السنن الصغير للبيهقي ٢/٢٩٥، والتمهيد ١٨/٢٨٧-٢٨٨، وشرح النووي على مسلم ١٠/٢٧٧، والمعاملات المالية للديان ٥/٥٢٤.

بِهِ^(١)، مما دل على أن لفظ العقوبة في الحديث ليس على إطلاقه، والعام في النصوص يرد إلى الخاص منها.

الدليل الثالث: القاعدة الشرعية المقررة في الحديث: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(٢).

وجه الدلالة: مشروعية رفع الضرر، وسبيل ذلك في جنب الدائن مع المدين الموسر المماطل: التعويض المالي، والغرامة المالية. فأما حبس المدين فلا يرفع ضرر تأخر الحق^(٣). ونوقش بما يأتي^(٤):

(١) سورة النحل، الآية: ١٢٦.

(٢) أصلها حديث مروي عن النبي ﷺ كما رواه أحمد ٣/ ٢٦٧ برقم ٢٨٦٧ من حديث عكرمة عن ابن عباس، وابن ماجه في باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٣/ ٤٣٠-٤٣٢ برقم ٢٣٤٠ من حديث عكرمة وحديث إسحاق بن يحيى عن عباد بن الصامت، ومالك في باب القضاء في المرفق ص ٥٦٧ برقم ١٥٠٣ من حيث عمرو بن يحيى عن أبيه مراسلاً.

وقد أعل حديث عباد بإسحاق بن يحيى بن الوليد، فقال الترمذي وابن عدي: إنه لم يدرك عباد، وبنحو ذلك قال البخاري، وأبو زرعة، وابن أبي حاتم، والدارقطني، وقال ابن عبد الهادي: إنه غير قوي. اهـ. وكذلك قال في حديث ابن عباس، وقال ابن حزم: هذا خبر لم يصح قط. ورأى الحاكم أنه على شرط مسلم، ونظره ابن عبد الهادي، وتعقبه الألباني وقال: إنه من أوهام الحاكم.

والخبر حسنه النووي، وصححه الألباني، والمعاصرون أكثرهم على طريقة ابن تيمية والنووي وابن الصلاح في تقوية طرق الحديث ببعضها، فصحبوا الحديث لغيره، قال ابن رجب: وهو كما قال ابن تيمية. اهـ. والحديث مشهور، وله شواهد كثيرة من حديث ابن عباس وحديث عائشة وحديث عباد، وحديث كثير بن عبد الله بن عوف المزني عن أبيه عن جده، وغير ذلك، حتى مال الدكتور الحسين آيت سعيد إلى القول بأنه متواتر، وذلك في دراسته على كتاب الوهم والإيهام لابن القطان.

وشهرة هذا الخبر بين الفقهاء، مع أخذهم به في الجملة، حتى قال أبو داود: إنه من الأحاديث التي يدور عليها الفقه. اهـ. إضافة إلى موافقته لأصول الشريعة وقواعدها؛ فيغني عن الوقوف على أسانيده وقوف المستريب وطلبها طلب غرائب الحديث، ولذلك استدلل به أحمد، واحتج به الشافعي في مناظرته مع محمد بن الحسن الشيباني، واحتج به مالك وجزم بنسبته إلى النبي ﷺ كما في الموطأ. وقد خرجته مطولاً في ست صفحات، وتوسعت في الكلام عليه في بحث الماجستير الموسوم بالنوازل في الرضاع.

ينظر: المراسيل لأبي داود ص ٢١٨، والمعجم الأوسط للطبراني ٥/ ٢٣٨، والكمال لابن عدي ١/ ٤٨٦-٤٩٨، والمحلى ٨/ ٣٢٦ و ٩/ ٣٦، والسنن الكبير للبيهقي ١٢/ ٢٥٤ و ٢٠/ ٣٩٥، والتمهيد ١٨/ ٤١٤، وبيان الوهم والإيهام ٣/ ٣٠ و ٤/ ٢٥١ و ٥/ ١٠٣، والمحزر لابن عبد الهادي ص ٣٣٤، وتنقيح التحقيق لابن عبد الهادي ٥/ ٦٨، وجامع العلوم والحكم ٢/ ٢٠٧-٢١٠، وإرواء الغليل ٣/ ٤٠٨-٤١٤، والنوازل في الرضاع للباحث ١/ ٧٧-٨٢.

(٣) ينظر: البيع بالتقسيط للتركي ص ٣٢٥-٣٢٦. (٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/ ٥٢٤.

أولاً: ليس كل ضرر يوجب الضمان، فالذي يوجب الضمان هو الضرر المادي الذي أصاب المضرور بتلف ماله.

ثانياً: أن مبدأ الضمان في الشريعة قائم على أساس المماثلة بين الفأث وعوضه، وتضرر الدائن بالمطل أمر محتمل، ولا مماثلة بين الفأث المحتمل وما يعاوض عليه.

ثالثاً: أن أهل الجاهلية القائلين: إما أن تقضي أو تُربي، يسوِّغون ذلك بأن المراهبة عَوْض عن التأخر، وإن لم يفرقوا فيه بين المويسر والمعير.

الدليل الرابع: أن من أسس الشريعة في تقرير الأحكام ألا تساوي بين الأمين والخائن، والعاال والظالم^(١).

ونوقش: بأن منع الغرامة لا يستلزم المساواة بين الأمين والمماطل المليء؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم سمي فعله ظلمًا، وأباح عرضه وعقوبته^(٢).

الدليل الخامس: أن الأصل في الشروط الصحة والجواز إلا ما خالف أمرًا شرعيًا، أو خالف مقتضى العقد^(٣).

ونوقش: بأن اشتراط التعويض المالي على المدين ربا صريح، والربا ممنوع في الشريعة الإسلامية^(٤).

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب القول الرابع المانعون من اشتراط البائع على المشتري شرطًا جزائيًا بدفع مبلغ من المال في حال تأخره في الدفع عن الأجل، بما يأتي:

الدليل الأول: السبر والتقسيم.

فإن المدين المتأخر في الوفاء للدائن لا يخلو من أن يكون موسرًا أو معسرًا، فالمعسر خارج عن محل النزاع ويجب إنظاره، والموسر يُخرج من ماله ويبيع إن كان غير منقول حتى يُستوفى منه، والاتفاق على الزيادة عن مقدار الدين موافق لربا الجاهلية، ولا يخرج عن صورة ربا الجاهلية: «أتقضي أم تُربي؟» وإن اختلفت المسميات، وتنوعت الصور، واختلفت مقاييس التقدير^(٥).

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/٥٢٧. (٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/٥٢٨.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/٥٢٨. (٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/٥٢٨.

(٥) ينظر: البيع بالتقسيط ص ٣٣٥، وقضايا فقهية معاصرة للدكتور نزيه حماد ص ٣٥١، وبحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ٤/٧٦-٧٧، والمعاملات المالية للديان ٥/٥٢٩، والمعايير الشرعية ص ١٠٢ و٣١٥.

ونوقش: بأن الفائدة الربوية لا تفرق بين المدين الموسر والمعسر، بخلاف التعويض^(١).

وأجيب عنه من وجهين:

الأول: أن الربا لا يختص بالمعسرين^(٢).

الثاني: أن المصارف المنتسبة إلى المصرفية الإسلامية، التي طبقت نظام التعويض المالي على المتعثرين والمتأخرين في سداد الديون، ضيقت مفهوم الإعسار، حيث لا تعتبر المعسر معسراً إلا إذا قُضي عليه بالإفلاس، ومفهوم الإفلاس ليس مطابقاً لمفهوم الإعسار في الإسلام^(٣).

الدليل الثاني: أن المطل كان موجوداً زمن النبي ﷺ، وزمن الصحابة رضي الله عنهم، ولم يُنقل عنهم أنهم استجازوا فيما بينهم تعويضاً مالياً للدائن، مع أن الداعي إليه متوافر وشائع، وهو عقود الجاهلية الربوية^(٤).

الدليل الثالث: سد ذريعة الربا.

ذلك أن التعويض المالي المفروض على المدين إن لم يكن رباً فهو وسيلة ممهدة إليه ومذلة له^(٥).

الترجيح:

هذه المسألة من أمهات المسائل في علم المصرفية الإسلامية، ومن مظاهر التمييز بين المصرف الإسلامي والمصرف غير الإسلامي.

وعذر المجيزين في الحالة السعودية أضعف منه اليوم فيما مضى، بسبب قوة الجهة التنفيذية القضائية في تحري ملاءة المدين والإحاطة بأمواله حتى الوفاء أو ثبوت الإعسار.

والقول الثالث الذي قيد جواز التعويض بصرفه في المصالح العامة خارج عن موضوع البحث؛ لأن العقوبة حينئذٍ تقام لمصلحة المجتمع في المقام الأول لا لمصلحة الدائن، فتكون من قبيل الحق العام الذي يدعي به الحاكم أو من ينييه، حفاظاً على استقامة معاملات الناس، ومحل البحث العقوبة الخاصة بين الدائن والمدين، وهو قول جارٍ على أصول الكلام الفقهي عند من يجيز التعزير بالمال لعموم النص بحل عقوبة المماطل الغني، ومع ذلك يُخشى أن يكون القول به

(١) ينظر: البيع بالتقسيط ص ٣٣٥-٣٣٦، والمعاملات المالية للديان ٥/ ٥٢٩.

(٢) ينظر: البيع بالتقسيط ص ٣٣٨.

(٣) ينظر: البيع بالتقسيط ص ٣٣٦، والمعاملات المالية للديان ٥/ ٥٣٠.

(٤) ينظر: البيع بالتقسيط ص ٣٣٤، وأحكام البيع بالتقسيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/ ٦١٥.

(٥) ينظر: البيع بالتقسيط ص ٣٣٨، والمعاملات المالية للديان ٥/ ٥٣٢-٥٣٣.

ذريعة إلى الحرام، فلا يتوجه القول به على كل حال لهذا المعنى، بل يُنظر في كل بلد إلى الأحوال والظروف المصاحبة.

والراجع، بعد عدة سنوات من التأمل والنظر، والاستخارة والمدارسة، هو القول الرابع القائل بمنع الشرط الجزائي إزاء المطل في المدائنات، وذلك لما يأتي:

أولاً: أن من أصول المعاملات في الإسلام تحريم الظلم، فإن الدائن في عقد البيع هو الذي وافق ابتداءً على مبدأ تأخير حقه في الثمن، والمدين لم تطب نفسه إلا بالثمن المسمى في العقد، ولا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه.

وبالنظر إلى المآل؛ فإن فتح باب الشرط الجزائي في الديون يزيد من نهم المصارف الإسلامية التجارية التي ستسهل لعموم المسلمين الدين ويبرمون العقود معهم، وربما احتف به شبهة الصورية بسبب كثرة المعاملات.

ومن ثمَّ يغرق الناس في الديون فيما يحتاجون وما لا يحتاجون، فيزداد الدائن الغني غنى، والمدين المعوز فقراً، وهذا من مظاهر الرأسمالية اليوم، حيث لم تفعل المصارف التجارية الإسلامية دورها في تأسيس المعاملات على طريقة مستقيمة وابتكار ما يناسب الظروف والنوازل المعاصرة ولو انخفض الربح، ولو فعلت لاستغنت عن استيراد العقود ثم ترقيعها.

ثانياً: باستقراء المسائل النظرية، فإن الموسر المماطل في أداء الحقوق لا يكلف في الإسلام بما يزيد على الحق الأصلي.

فمن ذلك: الزوج الموسر إذا قصر في النفقة على أهل بيته، ثم رجعوا عليه فيما مضى من النفقة، لم يستحقوا تعويضاً مضافاً على النفقة المقدرة.

وهذا لا يلغي حق المظلوم في مصروفات التقاضي، على القول بها؛ لأنها تقابل الأجور المصروفة في سبيل الوصول إلى الحق، وتغاير التعويض.

السبب الثاني: التأخر عن تنفيذ الأعمال.

في أواخر العهد العثماني اتسعت مجالات التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية والصنائع، وتشكلت أنواع من العقود والحقوق لم تكن معهودة.

وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعييدها المشروطة مؤثراً في الطرف الآخر أكثر مما كان قبل، فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر في تسليم المواد له في الموعد المضروب لتعطل العمل وتضرر رب العمال وصاحب العمل.

ولو أن تاجر جملة باع بضاعة لتاجر تفريد، ثم تأخر تاجر الجملة في تسليمها حتى هبط سعرها أو انصرم موسمهما، لتضرر تاجر التفريد المشتري، بالخسارة أو فوات الربح، وقل مثل ذلك في الأجير المشترك، كالصانع إذا تأخر على عملائه بسبب تخلف المورد، وكذا كل متعاقد تأخر في تنفيذ عقده عن أجله المسمى في العقد أو المعروف عرفاً.

فهل يكفي في تعويض ضرر التأخر في تنفيذ الأعمال إذا كان بلا عذر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي؟

نعم، القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، لكن ليس فيه جبر لما فات الطرف الآخر في العقد لقاء تعطل العمل أو الخسارة الواقعة بسبب الإخلال بالالتزام في حينه، فاستدعى ذلك أن تشتط المصارف التجارية اليوم، بما فيها المصارف التجارية الإسلامية، في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في الوقت المعاصر شرطاً جزائياً^(١).

ويرد الشرط الجزائي، الذي يقابل التأخر في تنفيذ الأعمال أو الإخلال بالالتزام، على أصناف من عقود المصرفية الإسلامية؛ كعقود الاستصناع، والمقاولة، والتوريد.

لذا، فالكلام عليه موسعاً سيكون في الفصل الثاني إن شاء الله عند تناول هذه العقود.

المطلب الثاني: ضمان ثمن المبيع بحبس المبيع

إذا تباع الطرفان، فلكل طرف في المبيعة حق ومستحق؛ البائع يستحق الثمن، والمبتاع يستحق المثلث.

غير أن البائع قد يخشى من تسليم المعوض للمشتري فيتخلف بعد أداء العوض، وكذلك العكس مع المشتري.

وقد أجمل ابن قدامة الكلام في هذه المسألة بما يناسب أن يكون مقدمة ممهدة لهذا المطلب، فقال: وإن اختلفا في التسليم، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن. وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، والثمن في الذمة؛ أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن...، وقال أبو حنيفة ومالك: يُجبر المشتري على تسليم الثمن لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء، كالمرتهن. ولنا: أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى. اهـ^(٢).

(١) ينظر: نظرية الشرط الجزائي ص ٢٥٠-٢٥٢.

(٢) المغني ٤/١٤٩.

ومثاله في أعمال المصرفية الإسلامية: قولهم في عقود البيع: يحق للمصرف الحجز على أي سلعة تحت يده تعود ملكيتها للعميل، وله حق التصرف فيها وبيعها بالسعر القائم في السوق دون الرجوع للعميل؛ وذلك استيفاء لأي مبالغ مستحقة له على العميل عند عدم التزامه بالوفاء بها في مواعيدها المحددة^(١).

فهذا الشرط شامل للسلعة المعقود عليها وما سواها، ومحل البحث في السلعة محل العقد بينهما قبل القبض.

وبهذا يعلم أنهم جروا على ما قرره الجمهور، وحاصل خلاف الفقهاء في مسألة حبس المبيع على ثمنه إذا كان الثمن حالاً غير معين؛ هل هو حق من حقوق البائع أم لا، ما يأتي من الأقوال:

القول الأول: للبائع حبس المبيع ما بقي له على المبتاع شيء من الثمن.

وهو مذهب الحنيفة^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، وبعض المحققين من الحنابلة^(٥).

القول الثاني: ليس للبائع حبس المبيع على ثمنه.

وهو قول الثوري^(٦)، والمشهور من مذهب أحمد عند أصحابه^(٧).

الأدلة:

استدل أصحاب القولين بأدلة نظروا فيها إلى حقيقة عقد البيع ولوازمه، وهي كما يأتي:

دليل القول الأول:

استدل القائلون بحق البائع في حبس المبيع على ثمنه بأن مقتضى عقود المعاوضة وقوع ملك واحد من الطرفين بحذاء ملك الآخر، فلا يلزم البائع رفع يده عن المبيع ما بقي له شيء من

(١) عامة ما أمثل به من الشروط والعقود في هذه الرسالة معمول به ومستعمل في عقود المصارف التجارية الإسلامية السعودية؛ كمصرف الراجحي ومصرف الإنماء وبنك البلاد، أو الشركات التابعة لهذه المصارف كشركة الإنماء للاستثمار.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١١٤، والمبسوط ٨/ ٦٢، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٥٦١.

(٣) ينظر: الخرشي على خليل ٥/ ١٥٩.

(٤) ينظر: الحاوي ٥/ ٣٠٧ و٦/ ١٨٩، وروضة الطالبين ٣/ ٤٩٦، والمجموع ٩/ ٣٤٣.

(٥) كابن القيم، وابن عثيمين. ينظر: إعلام الموقعين ٤/ ٢٦، والشرح الممتع ٨/ ٣٦٣.

(٦) ينظر: المغني ٤/ ١٤٩.

(٧) وذكروا أنه أحد قولي الشافعي. ينظر: المغني ٤/ ١٤٩، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٧، وإعلام الموقعين ٤/ ٢٦، والشرح الممتع ٨/ ٣٦٣.

الضمن المتفق عليه، ولا محذور في ذلك أصلاً ولا معنى^(١).

دليل القول الثاني:

استدل المانعون من حبس المبيع على ثمنه بأن تسليم المبيع هو موجب عقد البيع ومقتضى الوفاء بالعقد، بأن يرفع البائع يده عن المبيع حتى يتمكن المشتري من القبض ويستقر الثمن في ذمته؛ فمن أجل ذلك كان تقديم تسليم المبيع أولى^(٢).

الراجع:

يترجح القول بجواز حبس المبيع على ثمنه؛ لأن موجب حبس السلعة لدى البائع هو الوفاء بالعقد ودفع الثمن، والمال لا يحل إلا بطيب نفس، ونفس البائع لم ترخص بتأخير الثمن عن مجلس العقد، ويتأكد ذلك إذا كان حبس المبيع على ثمنه من مقتضى العرف أو شرطاً منصوصاً عليه في العقد، وأما المشتري فقد حفظ حقه في الثمن، إذا دفعه أولاً، بخيار المجلس.

وقد لا يكون للبائع بد من الأخذ بالقول المترجح في بعض الأحوال مراعاة لمقصد حفظ المال وحفظ الحق، باعتبار ضعف الذمم، أو اختلال الأمن وضعف سلطة القضاء.

كما قد يتوجه على البائع أن يأخذ بالقول الثاني تغليباً لمعنى الوفاء بعقد البيع شرعاً، إذا كان المشتري معروفاً بالملاءة والوفاء ولم تظهر قرينة على نيته بالتأخر في أداء الثمن.

وللحاكم أن ينظم مبايعات المسلمين على أحد القولين بالنظر إلى ما يحفظ حقوقهم ويراعي مصالحهم، وذلك يختلف باختلاف البلدان والأزمان.

ومن المخارج المناسبة للمتعاقدين الموافقة لمقصود الشارع: تعيين طرف ثالث في العقد يتوكل في قبض العوضين ثم تسليمهما.

هذا، وقد اطرده الجمهور القائلون بجواز حبس البائع المبيع على ثمنه، فأجازوا ذلك في باب الإجارة متى كان العمل قائماً في الشيء المستأجر عليه، فأجازوا للحائك والقصار أن يحبس الثوب بالأجر^(٣).

في حين أن بعض المانعين من حبس العين المبيعة على ثمنها أجاز حبس العين المستأجرة

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ١١٤/٣، وإعلام الموقعين ٢٦/٤.

(٢) ينظر: المغني ١٤٩/٤، والشرح الكبير مع الإنصاف ٤٧٦/١٢.

(٣) وأما الحمال والجمال والملاح فليس لهم الحبس؛ لأن الحمال حمل المستأجر عليه ولم يعمل فيه أو يُستأجر على صنعه، وكذلك الجمال والملاح، ومثاله اليوم: المرسول المستأجر في توصيل الطلبات، وعربات النقل في سوق الخضرة. ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٠٠/٣.

-من قبل الأجير المشترك- على عملها^(١).

فإن كان الثمن مؤجلاً في العقد، فإن عامة الفقهاء، إلا قولاً ضعيفاً عند الحنابلة^(٢)، على منع البائع من حبس المبيع على ثمنه؛ لأن البائع قد أقر على نفسه أنه لا يستحق تسليم الثمن بإزاء المبيع^(٣)، ومنع المشتري من المبيع بعد الاتفاق على تأجيل الثمن فيه مخالفة من البائع لشرط تأجيل الثمن، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

أما إذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهناً على ثمنه، ففي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: يجوز للبنك في المراجعة طلب ضمانات مشروعة من العميل... كرهن السلعة محل العقد حيازياً أو رسمياً، على أنه ينبغي حينذاك فك الرهن تدريجياً حسب السداد^(٤).

ومحل بسط الخلاف في هذه المسألة عند مطلب: إفراغ العقار للمشتري في بيع التقسيط في أثناء رهنه للمصرف^(٥).

المطلب الثالث: ضمان ثمن المبيع باشتراط ضمانات على المشتري

الأصل في حفظ الحقوق وما يعين على ذلك المشروعية؛ لأن الإسلام شرع الكتابة والشهادة والكفالة والرهن حفظاً لحقوق العباد، وغيرها مثلها، وشرع شهادة شاهدين مع تحمل كل واحد منهما عين ما تحمل صاحبه، فكذا كفالة الكفيلين للدين الواحد. ولأن حفظ المال ضروري من الضروريات في الإسلام؛ فالمال به قوام المعيشة وهو مكمل للجسد، وهما معاً مكملان للدين^(٦).

وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية في بنك البلاد ما نصه: يجوز أخذ الضمانات المشروعة بأنواعها... اهـ^(٧).

(١) ينظر: إعلام الموقعين ٤/ ٢٦. (٢) ينظر: الإنصاف ٤/ ٤٦٠.

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ١١٤، ومجمع الأنهر ٣/ ٣٢، ومنح الجليل ٥/ ٥٨، وروضة الطالبين ٣/ ٥٢٦، وكشاف القناع ٣/ ٢٤٠، والبيع بالتقسيط للتركي ص ٤١٨.

(٤) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٥١)، ص ٢٧.

(٥) ينظر: الفصل السادس من هذا الباب.

(٦) ينظر: المبسوط ٢٠/ ٤٢، والمدونة ٤/ ١٠٣-١٠٩، وبداية المجتهد ٣/ ١٧٩-١٨٠، ومغني المحتاج ٣/ ٢١٠، والمغني ٧/ ١٠٨، ومجموع الفتاوى ٣٢/ ٢٣١، والمحلى ٦/ ٤٠٦، ومقاصد الشريعة عند الإمام أحمد، د. محمد المقبل ص ٣٤٩.

(٧) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٠٨)، ص ٦٢.

وقد تشترط الجهة المصرفية الإسلامية على المتعاملين معها ضمانات يتعهدون بها عند التعاقد أو بعد التعاقد عند الاقتضاء، والكلام في هذا المطلب عما إذا تعددت هذه الضمانات المشترطة على المشتري في عقد البيع، سواء كان هذا التعدد على سبيل الاجتماع أو التعاقب كما سيأتي في الأمثلة المنتزعة من العقود المصرفية.

ومن أمثلة ذلك في أعمال المصارف التجارية الإسلامية ما يأتي:

المثال الأول: اشتراط المصرف على العميل في عقد البيع بالتقسيط، أنه إذا تصرف تصرفاً أو اتخذ إجراءً ينقص من قيمة الضمانات المقدمة من قبله لصالح المصرف، أو يؤثر في حقوق المصرف المترتبة عليها، فيجوز للمصرف أن يطالب العميل بتقديم ضمانات بديلة لا تقل قيمتها عن تلك الضمانات، فإن لم يف العميل فللمصرف أن يطالبه بتعجيل سداد المديونية على أن يضع عنه من الأرباح بقدر ما بقي من المدة.

المثال الثاني: التزم مالك مؤسسة العميل حال إنهاء أو انتهاء خدماته بجهة عمله أو توقف تحويل راتبه لأي سبب من الأسباب، أو في حال حدوث ما يؤثر في قوة الضمان المقدم وكفايته، بأن يستمر في سداد الأقساط الشهرية في أوقاتها المحددة دون تأخير.

المثال الثالث: كتابة تعهد إلحاقه يلتزم فيه المشتري بالآجل بتقديم ضمانات إضافية عند انخفاض قيمة الضمانات المقدمة.

واشتراط تعدد الضمانات متصل بمسألة الشروط في العقود؛ فهل الأصل فيما يشترطه العاقدان الصحة والإباحة، أم البطالان والحظر؟

من المناسب التمهيد لهذه المسألة بحكاية يوردها الفقهاء^(١) رويت عن عبد الوارث بن سعيد^(٢)، قال: حججت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط، فقال: باطل. فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى وسألته عن ذلك فقال: البيع جائز والشرط باطل. فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك فقال: البيع جائز والشرط جائز. فقلت: هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا عليّ في هذه المسألة كل الاختلاف، فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حُجته!

(١) ينظر: المبسوط ١٣/١٣-١٤، وشرح التلخين للمازري ٢/٤٧٩-٤٨٠، والاستذكار ٧/٣٥٦.

(٢) هو عبد الوارث بن سعيد بن ذُكْوَان العنبري مولا هم أبو عبيد التَّوْرِي البصري، ثقة ثبت رُمي بالقدر ولم يثبت عنه، قال البخاري: قال عبد الصمد بن عبد الوارث: إنه لمكذوب على أبي، وما سمعت منه يقول قط في القدر. وقال أبو عمر الجرمي: ما رأيت فقيهاً أفصح منه إلّا حماد بن سلمة. مات سنة ثمانين ومائة. ينظر: الجامع لعلوم الإمام أحمد ١٨/١٣٧، وسير أعلام النبلاء ٨/٣٠٠-٣٠٤.

فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه، فأعاد جوابه، فقلت: إن صاحبك يخالفانك. فقال: لا أدري ما قال؛ حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط^(١)، فدخلت على ابن أبي ليلى فقلت له مثل ذلك، فقال: لا أدري ما قال؛ حدثني هشام بن

(١) رواه الطبراني في المعجم الأوسط ٤/ ٣٣٥ برقم ٤٣٦١، والحاكم في كتاب معرفة علوم الحديث ص ١٢٨؛ من طريق عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب به، وساقا الحكاية، وأعله ابن القطان بأبي حنيفة، وقال ابن حجر: في إسناده مقال، وهو قابل للتأويل. اهـ. وقال الهيثمي: في طريق عبد الله بن عمرو مقال. اهـ. وقال ابن تيمية: حديث باطل... وإنما يروى في حكاية منقطعة. اهـ. وقال الألباني: ضعيف جدًا. اهـ. وقد استغربه النووي، وهو حديث غريب من وجهين:

الأول: من جهة إسناده؛ قال ابن تيمية: ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء؛ ذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه. اهـ. والظاهر من صنيع بعض الفقهاء أنهم لا يريدون مطلق معناه، بل يستحضرون عند إيراده ما ثبت من النهي عن بيع وسلف ونحوه ثم يختصرونه بأنه نهى عن بيع وشرط، ويؤيده ما أوردته من كلام البغوي وابن الملقن والألباني أدناه، وقد ذكره ابن تيمية في منهاج السنة في جملة أحاديث قال فيها: يصدق بعضها طائفة من الفقهاء، وبينون عليها الحلال والحرام، وأهل العلم بالحديث متفقون على أنها كذب على رسول الله ﷺ موضوعة عليه، وكذلك أهل العلم من الفقهاء يعلمون ذلك. اهـ.

الثاني: غرابة المتن؛ قال ابن القيم: لا يعلم له إسناد يصح مع مخالفته للسنة الصحيحة والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه. اهـ. وقال البغوي: والصحيح أن لا فرق بين الشرط الواحد والشرطين. اهـ. وقال بعدما أورد هذا الحديث في شرح السنة: ثم هذا النهي لا يعم جميع الشروط؛ فإن من الشروط ما لا يمنع صحة العقد، ويجب الوفاء به، كما قال النبي ﷺ: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». اهـ. وقال الخطابي: هذه الأحاديث كلها متفقة على معاني ما قدمنا من البيان في ترتيب الشرائط ولخصناه من وجوها في مواضعها. اهـ.

قال ابن الملقن: وفي الباب حديث قريب منه، وهو ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي في سننهم... من حديث عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع...»، قال الترمذي: حديث حسن صحيح. اهـ.

قال الألباني: الحديث محفوظ من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن شرطين في بيع...». فهذا هو أصل الحديث، وهم أبو حنيفة في روايته إن كان محفوظاً عنه. اهـ. ينظر: مسند أبي حنيفة ص ١٦٠ و ٢٦٦، ومعالم السنن ٣/ ١٤٦، وشرح السنة للبغوي ٨/ ١٤٦-١٤٧، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/ ٢٩٤ وما بعدها، وبيان الوهم والإيهام ٣/ ٥٢٧، ومنهاج السنة لابن تيمية ٧/ ٤٣٠، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/ ٧٩ و ٥/ ١٤٥، ومجموع الفتاوى ١٨/ ٦٣ و ٢٩/ ١٣٢، وإعلام الموقعين ٢/ ٢٤٩، ونصب الراية ٤/ ١٧، والبدر المنير ٦/ ٤٩٧-٤٩٩، وفتح الباري لابن حجر ٥/ ٣١٥، والتلخيص الحبير ٣/ ٢٧، ومجمع الزوائد ٤/ ٨٥، وسلسلة الأحاديث الضعيفة ١/ ٧٠٣-٧٠٥.

عروة بن الزبير^(١) عن أبيه عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها لما أرادت أن تشتري بريدة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أبا موالها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فذكرت ذلك لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «اشترى واشترط ليهم الولاء؛ فإن الولاء لمن أعتق»^(٢)، ثم خطب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، والولاء لمن أعتق»، فدخلت على ابن سيرين وقلت له مثل ذلك، فقال: لا أدري ما قالوا، حدثني محارب بن دثار^(٣) عن أبي الزبير^(٤) عن جابر بن عبد الله الأنصاري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة^(٥). ونزاع الفقهاء بعدهم في المسألة عائد في الجملة إلى اختلاف توجيههم للنصوص المذكورة^(٦).

غير أنهم - أي: الفقهاء - اتفقوا على أن الشروط في العقد منها ما هو صحيح ومنها ما هو باطل أو فاسد، ثم اختلفوا في أنواع من الشروط بأيّ القسمين يلحق. ولأن هذه المسألة من أمهات المسائل في هذه الرسالة فسأذكر اتفاقهم وأبين اختلافهم مفصلاً بعون الله وتوفيقه، وذلك كما يأتي:

(١) المدني أبو المنذر، تابعي ثقة، سمع من ابن عمر، وابن الزبير، ورأى جابر بن عبد الله، ورأى أباه، والزهري، وهب بن كيسان، ومما رواه عن عمه عبد الله بن الزبير أنه قال: رأيت عبد الله بن الزبير بمكة يصعد المنبر يوم الجمعة وفي يده عصا، فيسلم، ثم يجلس على المنبر ويؤذن المؤذنون، فإذا فرغوا من أذانهم قام فتوكأ على العصا فخطب، فإذا فرغ من خطبته جلس من غير أن يتكلم، ثم يقوم فيخطب، فإذا فرغ من خطبته نزل. وروى عنه: الثوري، ومالك بن أنس، وشعبة، وابن عيينة. مات في مدينة السلام ببغداد عند أمير المؤمنين أبي جعفر في صحابته عام ١٤٦ هـ. ينظر: التاريخ الكبير للبخاري ٩٣/١٠، وتاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٤٢-٣٦/١٤.

(٢) رواه البخاري في باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ٧٣/٣ برقم ٢١٦٨، ورواه في غيره من المواضع. (٣) من بني سُدُوس بن شَيْبَانَ بن ذُهَل بن بكر بن وائل، ويكنى أبا مَطَرَف، ولي قضاء الكوفة، وثقه أحمد وكان حجة، وليس حديثه بكثير، وتوفي في ولاية خالد بن عبد الله القسري سنة ١١٦ هـ، وذلك في خلافة هشام بن عبد الملك. ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٨/٤٢٤، والجامع لعلم الإمام أحمد ١٩/١٠٩، وسير أعلام النبلاء ٢١٨-٢١٧/٥.

(٤) هو محمد بن مُسلم بن تَدْرُس القرشي، كان ثقةً كثير الحديث يروي عن جابر بن عبد الله، وابن عباس، وابن عمر، وعبد الله بن عمرو، وأبي الطفيل، وابن الزبير؛ إلا أن شُعبة تركه لشيء زعم أنه رآه فعله في معاملة. قال الذهبي: وقد عيب أبو الزبير بأمور لا توجب ضعفه المطلق، منها التذليس. قال عطاء: كان أبو الزبير أحفظنا. وأخرج له البخاري في صحيحه مقروناً بغيره، وأخرج له مسلم كثيراً. مات سنة ثمان وعشرين ومائة، ولم يذكره له مولداً. ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٨/٤٢، وسير أعلام النبلاء ٣٨٠-٣٨٦.

(٥) سيأتي تخريجه قريباً.

(٦) ينظر: بداية المجتهد ٣/١٧٧-١٧٨.

أولاً: حُكي اتفاق الفقهاء على جواز اشتراط كل شرط ورد به نص^(١) أو حُكي فيه إجماع معتبر؛ كالشروط التي هي من مقتضى العقد^(٢)، أو مما يلائمه^(٣)، أو هي من مصلحة العقد، كالخيار والأجل والكتابة، واشتراط صفة مباحة في المبيع ونحوه كاشتراط كون العبد كاتباً أو صانعاً، أو اشتراط طول الثوب^(٤).

وبعض ما مثلت به يصح أن يدخل في أكثر من سبب، كأن يكون مما جاء به النص ومن مصلحة العقد أيضاً، كالكتابة.

ثانياً: اتفق الفقهاء على بطلان كل شرط مخالف لنص^(٥) أو إجماع أو أصل شرعي^(٦)، أو

(١) كشرط الأجل في الثمن، والمثلن في السلم، وشرط الخيار؛ لأنه وإن كان لا يقتضيه العقد قد ثبت تصحيحه شرعاً بما لا مرد له. ينظر: فتح القدير ٦/٤٤٢-٤٤٣، والمقدمات الممهدة ٦٦/٢.

(٢) كشرط البائع تسليم الثمن، وشرط المشتري تسليم المبيع، واشتراط سلامة المبيع، واشتراطه إذا باع عبداً أن يحسن المشتري إليه ولا يكلفه من العمل ما لا يطيقه، واشتراط المستأجر على المؤجر تسليمه العين أو تمكينه من الانتفاع بها، واشتراط الطالب على الجامعة الأهلية أن يُمنح شهادة عند اجتيازه، وما أشبه ذلك من الأمور التي يجب عليه أن يفعلها، وكذلك لو قال له: بعثك هذه الدار على أن تسكنها أو تسكنها من شئت أو تكريها وتصرف فيها بيعاً وهبة، وما أشبه ذلك مما للمشتري أن يفعله فيما ملك؛ فهذا شرط لا يقدر في العقد؛ لأن وجوده ذكر له وعدمه سكوتاً عنه في الحكم سواء، ولأن ما يقتضيه العقد مؤكّد لموجب العقد. قال ابن قدامة: هذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً، ولا يؤثر في العقد. اهـ. إلا أن أهل الظاهر لم يسوغوا اشتراط ما هو من مقتضى العقد حتى يرد به النص. ينظر: فتح القدير ٦/٤٤٢، والمقدمات الممهدة ٦٦/٢، ومعالم السنن ٣/١٤٢، والحاوي ٥/١٣، والمغني ٤/٧٣، ومجموع الفتاوى ٢٩/١٢٦-١٢٧، والمحلى ٧/٣١٩-٣٢١.

(٣) كأن يشتري شيئاً بشرط أن يعطي للبائع كفيلاً بالثمن أو رهناً بالثمن، وما يلائم العقد مصطلح عند الحنفية يدل على ما هو من مصلحة العقد عند غيرهم. ينظر: المبسوط ٢/٥٠، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٨/٢١٨.

(٤) وكذلك اشتراط الأجير على المستأجر ضماناً لتسليم الأجرة له، واشتراط المستأجر على الأجير أن ينجز العمل خلال يومين، واشتراط المستأجر على الأجير تأجيل دفع الأجرة، واشتراط المسافر على شركة الطيران أن يركب في الدرجة الأولى، ونحو ذلك وما شاكله مما هو لازم بالشرط دون العقد إذ كان إطلاق العقد لا يقتضيه واشتراطه في العقد لا ينافيه. ينظر: فتح القدير ٦/٤٤٢-٤٤٣، والمقدمات الممهدة ٦٦/٢-٦٧، والحاوي ٥/١٣، والمغني ٤/٧٣، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٩، ومجموع الفتاوى ٢٩/١٣٢، وإعلام الموقعين ٣/١٠٧ و ٤/١٦٣.

(٥) ولا يمنع اتفاقهم على هذا القدر من اختلافهم بعد ذلك فيما يشمله النص من الشروط.

(٦) كاشتراط السلف في عقد البيع، واشتراط الفسخ في عقد البيع ونحوه، واشتراط عدم تحديد الثمن، واشتراط أن تكون الجارية صانعة للخمر، واشتراط الوضعية على المضارب في عقد المضاربة، وكل شرط يؤول إلى غرر أو فساد. ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ١١/٢٩٤ برقم (٢١٣٧٦)، وبدائع الصنائع ٥/١٧٢، وفتح القدير ٨/٤٥٣، والتمهيد ١٦/٣٣٤، والمقدمات الممهدة ٦٦/٢-٦٧، وشرح صحيح البخاري لابن بطل ٦/٢٣٩، ومعالم السنن ٣/١٤٢، ومجموع الفتاوى ٣١/٢٨.

مناف لمقصود العقد^(١).

ومن أمثلة الشروط الجامعة لهذه المنازع المبطلّة ما وقع في المدينة زمن النبي ﷺ من تمييز بعض الشركاء عن بعض في المغنم والمغرم، قال رافع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً، وكان أحدها يكرّي أرضه فيقول: هذه القطعة لي وهذه لك، فربما أخرجتْه ولم تخرجْه، فنهاهم النبي ﷺ، رواه البخاري^(٢)؛ ذلك أن الأصل في باب الشركة الاشتراك في المغنم والمغرم، ومقصود الشركاء الاشتراك في الربح والخسارة بحيث يعين بعضهم بعضاً في الربح ويخفف بعضهم عن بعض في الخسارة، فنهوا عن اشتراط ما يخالف ذلك إذ كان ذريعة إلى ظلم الشركاء.

ثالثاً: اختلف الفقهاء في الشروط التي لم ينص الشارع على صحتها وإباحتها مما لا يكون مشتملاً على مقتضى من مقتضيات العقد ولا مصلحة من مصالحه؛ هل الأصل في هذه الشروط الجواز والصحة أم التحريم والبطلان؟^(٣)

كما اختلفوا بعد تععيد الأصل في القيود الواردة على الأصل الذي قرره والاستثناءات

(١) كأن يقول البائع: بعتك هذه الدار على ألا تسكنها ولا تؤاجرها، أو بعتك هذه الماشية على أن نتاجها ولبنها لي دونك، وكذلك اشتراط الرجل على مكاتبه ألا يخرج من بلده إلا بإذنه فالشرط يبطل لأنه خلاف موجب العقد؛ فإن مالكية اليد تثبت له حق الاستبداد بالخروج إلى حيث شاء، والمقصود من عقد المكاتبية تمكُّنه من ابتغاء المال، وذلك بالضرب في الأرض. وكذلك اشتراط صاحب المدرسة النظامية الأهلية على الطالب المسجل ألا يدرس بعد الثانوية في الجامعة، واشتراط الراهن على المرتهن أن الرهن لا يباع لاستيفاء ثمن الدين إذا حل الأجل بأي حال. ينظر: المبسوط ٢٠٩/٧-٢١٠، والحاوي ١٣/٥، والمغني ٧٣/٤-٧٤، وزاد المستقنع بتحقيق الجماز ص ٢٢٧، وتمويل الخدمات للدميجي ص ١٦٢.

(٢) ٣١١/٣ برقم ٢٣٤٣.

(٣) كما لو كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، ولا يخالف مقصوده، كاشتراط البائع انتفاعه من المبيع مدة معلومة، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكانها شهراً، أو جملاً ويشترط ظهره إلى مكان معلوم، أو عبداً ويستثنى خدمته سنة؛ فالمصلحة المشترطة فيما سبق للبائع، وقد تكون المصلحة للمشتري، ومثاله: أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع البيت، وحجة البائع في ذلك قوله: أنا أعرف أن هذا الرجل محتاج إلى بيت وأريد أن أبيع بيتي، ولكن أعرف أن الرجل لا يحسن التصرف، يمكن أبيع عليه في الصباح ويبيعه هو في آخر النهار، وأنا إنما أريد أن أبيع عليه من أجل أن ينتفع به ويسكنه، فأقول له: لا أبيعك هذا البيت إلا بشرط ألا تبيعه، فيلتزم بهذا، فهذا من مصلحة العاقد المشتري. وقد ذكر هذا المثال ابن عثيمين ورجح جواز هذا الشرط؛ لأن فيه مصلحة تتعلق بالعاقد أو بالمعقود عليه. ومثال ما يخالف مقتضى العقد في باب الإجارة: اشتراط مؤجر الدار على المستأجر ألا ينزل فيها ضيفاً، واشتراط الحاج على الحاملة أن يكون طعامه وتنقله عليهم. ينظر: المغني ٧٣/٤-٧٤، الشرح الممتع ٢٤٣/٨-٢٤٤.

منه والتطبيقات بما لا يحيط به كتاب، وأكثرهم اختلافاً واضطراباً واستثناءً من جنح إلى المنع والإبطال^(١).

وحاصل كلام الفقهاء في ذلك مجملٌ في أقوال ثلاثة:

القول الأول: الأصل في الشروط الصحة والإباحة ما لم يدل نص أو أصل شرعي على منعه. وهو قول طائفة من التابعين^(٢)، وظاهر مذهب المالكية^(٣)، والحنابلة^(٤)، واختيار جمع من المحققين^(٥)، وعليه العمل عند المعاصرين^(٦).

القول الثاني: الأصل في الشروط البطلان والمنع ما لم يجز به عمل الناس^(٧).

فصححوا اشتراط الرهن والكفالة في عقد البيع، ومنعوا من اشتراط الحوالة بأن يحيل المشتري البائع بالثمن على غريم من غرمائه، ومنعوا من الضمان في عقد البيع الذي هو بمعنى أن يشترط البائع أن يضمن المشتري الثمن لغريم من غرماء البائع؛ فهذا باطل عندهم أو فاسد^(٨).

(١) حتى قال ابن رشد في أقسام الشروط في البيوع التي ينسبها المالكية إلى مالك: وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير. اهـ. ينظر: بداية المجتهد ١٧٨/٣، والحاوي ١٣/٥.

(٢) كابن سيرين وحماة بن أبي سليمان، وظاهر قول شريح وعطاء وعمرو بن دينار وسفيان الثوري. ينظر: المبسوط ١٣/١٣-١٤، وشرح التلحين للمازري ٤٧٩/٢-٤٨٠، والحاوي ٣١٢/٥.

(٣) وقد خالف بعض أصحاب مالك في ذلك، ويسمون ببيع الشروط: ببيع الثنبا. ينظر: المقدمات الممهدة ٦٦-٦٧/٢، ومواهب الجليل ٥١٩/٤، ومجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩.

(٤) وقد خالف بعض أصحاب أحمد في ذلك؛ لأن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس، ولأن عامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط يشته بدليل خاص من أثر أو قياس. قال ابن تيمية: وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة؛ فقال بذلك وبما في معناه قياساً عليه. اهـ. ينظر: المغني ٧٣-٧٤/٤، ومجموع الفتاوى ١٢٦-١٢٧/٢٩ و١٣٢-١٣٣.

(٥) كابن تيمية وابن القيم وغيرهما. ينظر: مجموع الفتاوى ١٤٥-١٤٦/٢٩، وإعلام الموقعين ٣٠٢-٣٠٣/٣.

(٦) ينظر: الشرح الممتع ٢٤٣-٢٤٤/٨، وشرح عمدة الأحكام لابن جبرين ٤٨/٣، والمعاملات المالية للديان ٥٢٨/٥، وإجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة للسعدي ص ١٤٥، وتمويل الخدمات ص ١٦٢، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٠/٦، وانتهى بعض المعاصرين إلى أن هذا هو قول جمهور الفقهاء. ينظر: تذبذب قيمة النقود الورقية في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣٧٧/٥.

(٧) كما إذا اشترى ثوباً - أي: قماشاً - على أن يخطط البائع له قميصاً به، أو اشترى جراباً على أن يخزئه له البائع خفّاً أو ينعل خفه، وخالف فيه زفر، وأصحاب القول الأول يوافقون الحنفية عليه. ينظر: بدائع الصنائع ١٧٢/٥، والمغني ٧٣-٧٤/٤.

(٨) بدائع الصنائع ١٧٢/٥، وعلل بأنه شرط لا يقتضيه العقد، والشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين مفسد للعقد إلا إذا كان في تقرير موجب العقد وتأكيده.

وهو ظاهر مذهب الحنفية^(١).

القول الثالث: الأصل في الشروط البطلان والمنع.

وهو ظاهر مذهب الشافعية^(٢) والظاهرية^(٣).

على أنهم اختلفوا في تحقيق المناط لاختلاف أصولهم في بعض الأبواب فيما هو من الشرع أم لا، أو ما هو من مقتضى العقد أو العرف أم لا.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

الدليل الأول: حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه كان يسير على جمل له قد أعيأ، فمر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فضربه فدعا له، فسار يسير ليس يسير مثله، ثم قال: «بِعْنِيهِ بوقية»، قلتُ: لا، ثم قال: «بِعْنِيهِ بوقية»، فبعته، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، وفي رواية للبخاري: فبعته على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة، فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على إثري، قال: «ما كنتُ لأخذُ جملك، فخذُ جملك ذلك، فهو مالك»^(٤).

(١) ينظر: الأصل ٩٨/٥، المبسوط ٥٠/٢، بدائع الصنائع ١٧٢/٥، فتح القدير ٦/٤٤٢-٤٤٣.

(٢) وهو مفهوم ما نقل عن الحسن البصري وابن أبي ليلى والنخعي وأبي ثور، وإطلاق نسبة القول إليهم محل نظر، ويحاجة إلى مزيد بحث، ويحتمل أنهم أرادوا شرط السلف مع البيع. ينظر: مصنف عبد الرزاق ٨/١٩٣-١٩٤، والمبسوط ١٣/١٣-١٤، وشرح التلخين للمازري ٢/٤٧٩-٤٨٠، والحاوي ١٣/٥ و٣١٢، وفي مصنف ابن أبي شيبة ٤/٥١٣ سبب ورود لما أبطله الحسن البصري من الشرط، حيث أبطل الشرط في واقعة رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة وضمنه إياه، وبطلان هذا الشرط في القراض خارج عن محل النزاع؛ لأنه ربا متفق على تحريمه.

(٣) وقد حصر ابن حزم الشروط الجائزة في البيع بسبعة شروط ثبت فيها النص، في قوله: اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى، واشتراط تأخير الثمن إن كان دنائير أو دراهم إلى أجل مسمى، واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلًا، واشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معًا ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة، واشتراط أن لا خلافة، وبيع العبد أو الأمة فيشترط المشتري مالهما أو بعضه مسمى معينًا أو جزءًا منسوبًا مشاعًا في جميعه، سواء كان مالهما مجهولًا كله أو معلومًا كله أو معلومًا بعضه مجهولًا بعضه، أو بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده، فيشترط المشتري الثمرة لنفسه أو جزءًا معينًا منها أو مسمى مشاعًا في جميعها؛ فهذه ولا مزيد. وسائر باطل... كمن باع مملوكًا بشرط العتق، أو أمة بشرط الإيلاد، أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة - قلت أو كثرت - أو إلى مكان مسمى قريب أو بعيد، أو دارًا واشترط سكنها ساعة فما فوقها، أو غير ذلك من الشروط كلها. اهـ. المحلى ٧/٣١٩-٣٢١.

(٤) رواه البخاري في باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ٣/١٩٠ برقم ٢٧١٨، ورواه في مواضع آخر، ومسلم ٣/١٢٢١ برقم ٧١٥.

ونوقش: بأن البيع لم يكن مقصوداً؛ لأن النبي ﷺ أعطاه الثمن ورد عليه الجمل، وقال: «أتراني إنما ما كسبتك لا أخذ جملك، خذ جملك ودرهمك فهو لك»^(١)؛ فدل على أن النبي ﷺ إنما أراد منفعته لا مبايعته^(٢).

ويمكن أن يجاب بما يأتي:

الإجابة الأولى: أن النبي ﷺ قبض الجمل لما أتاه جابر به فنقده ﷺ ثمنه، ثم تفرقا بعد التقابض، فدل على استقرار ملكه ﷺ للجمل، ولما تملك النبي ﷺ الجمل احتاج في تملكه جابراً إلى التصريح بما يفيد الهبة، فأرسل في أثره وقال: «خذ جملك».

الإجابة الثانية: أن المشتري قد يقصد في المبايعة نفع البائع والإحسان إليه والسماحة معه، وهذه النية الصالحة لا تعود على عقد البيع بالإبطال بالاتفاق، بل هي عمل صالح مشروع يعود على المشتري بالبركة والأجر والنماء بإذن الله.

الدليل الثاني: القياس على النذر.

وجه القياس: أن الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر. فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزم بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط، فمقاطع الحقوق عند الشروط. وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط؟ بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر^(٣).

الدليل الثالث: عمل المسلمين.

فإن المسلمين لم يزلوا يتشارطون في مبايعاتهم من غير نكير عليهم، إلا ما خالف كتاب الله، أي: حكم الله.

ومما يدل على هذا المعنى حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْآنْف، وحديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا الْآتِي في اشتراط ثمرة النخلة المؤبرة المبيعة، ومنه ما روي عن الشعبي في امرأة جاءت إليه فقالت: إن ابنتي بيعت على شرط ألا تباع؟ قال: ابتك على شرطها. اهـ^(٤)، والشواهد والأخبار في هذا لا تدخل تحت الحصر.

(١) هذا لفظ مسلم المخرج آنفاً. (٢) ينظر: الحاوي ٣١٣/٥.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٣٠٢-٣٠٣.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في باب من قال: المسلمون عند شروطهم ٤/٤٥٠ برقم ٢٢٠٢٥ من طريق وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد به.

أدلة القول الثاني:

أولاً: الدليل على أن الأصل في الشروط البطلان والمنع:

الدليل الأول: حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «لا يحل سَلَفٌ وبيعٌ، ولا شرطان في بيعٍ، ولا تبعٌ ما ليس عندك». أخرجه أبو داود، والترمذي وقال: حديث حسن صحيح^(١).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن المقصود بالشرطين في البيع ما وقع فاسداً، كما لو اشترى أمة على أنه لا يبيعها من أحد وأنه لا يطؤها، أو على أن البائع أحق بها بالثمن، وأن تخدمه سنة. قال ابن قدامة: ظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النحو. اهـ^(٢).

المناقشة الثانية: أن تفسير السنة بالسنة أولى من غيره، وبهذا يجتمع كلام النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا يضرب بعضه ببعض، والشرطان في البيع أشبه بنهيهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن صفقتين في صفقة، وعن بيعتين في بيعة^(٣).

(١) ينظر: المغني ٤/١٦٩، والحديث سيأتي تخريجه قريباً.

(٢) ينظر: المغني ٤/١٦٩.

(٣) رواه الترمذي ٥٢٤/٢ برقم ١٢٣١ في باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، وابن حبان ٣٤٧/١١ برقم ١٢٣١ في باب المنهي عنه، والنسائي ٦٧/٦ برقم ٦١٨٣ في باب بيعتين في بيعة، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً وبمائتي درهم نسيئة؛ من حديث محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة، قال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيعتين في بيعة. اهـ. ثم قال الترمذي: في الباب عن عبد الله بن عمرو، وابن عمر، وابن مسعود، حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وقد فسر بعض أهل العلم قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة، ونسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقته على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على أحد منهما، قال الشافعي: ومن معنى نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك وجب لك داري. وهذا يفارق عن بيع بغير ثمن معلوم، ولا يدرى كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقته. اهـ. كلام الترمذي، وحكم الحاكم وابن الملحق بصحة الحديث كذلك، ونقل البيهقي في السنن الصغير عن الشافعي ما يفيد أنه يرى استيعاب النهي عن البيعتين في بيعة ما سبق من الصور؛ قال الشافعي في نهيه عن بيعتين في بيعة: أن أبيعك على أن تبيعني، ومنه أن أقول: سلعتي هذه لك بعشرة نقداً أو بخمسة عشر إلى أجل. اهـ. وبهاتين الصورتين قال الخطابي، وزاد: ومن هذا الباب أن يقول: بعتك هذا الثوب بدينارين على أن تعطيني بهما دراهم صرف عشرين أو ثلاثين دينار. اهـ. وهذه الصورة تشبه توجيه سفيان لأثر ابن مسعود في أن الصفقتين في صفقة ربا؛ قال سفيان: يقول: إن باعه بيعاً، فقال: أبيعك هذا بعشرة دنانير، وتعطيني بها صرف دراهمك. اهـ. وهذه الصورة محرمة عند العلماء سوى مالك، وحكى ابن عبد البر أن أحد أوجه تفسير حديث =

= النهي عن بيعتين في بيعة عند مالك: العينة، وكذلك قال ابن تيمية وألحق بها التورق، فقال: مثل أن يتفقا على أن يبيعه إلى أجل بمئة، ويبتاعها بثمانين، فتعود السلعة إلى ربها بالبيع الثاني، ويعطي الطالب ثمانين، فليس له أن يطالبه إلا بالأوكس، وهو الثمانون، وكذلك لو كان رب السلعة هو المحتاج، مثل أن يحتاج الجندي أو الفلاح أو نحو ذلك إلى القرض، فيقول: اشتر فرسي أو ثوري بثمانين حالة ثم بعني بمئة مؤجلة، فليس له إلا الثمانون. والشرط المتقدم على العقد كالمقارن له ما لم يفسخه، والشرط العرفي الذي جرت به العادة بمنزلة اللفظي، والمقاصد في العقود معتبرة، فإنما الأعمال بالنيات. وكذلك إذا اتفقا على أنه يشتري سلعة من غيره بثمانين حالاً، ثم يبيعه إياها إلى أجل بأكثر من ذلك الثمن، ثم إن المشتري يعيدها إلى صاحب الحانوت، فهذه الحيلة الثلاثية، ومتى درى صاحب الحانوت بقصدتهما كان شريركهما في الربا. اهـ. وقصرها ابن القيم على صورة العينة، وقال المعلمي: البيعتان في بيعة: أن يقول: بتك هذا بعشرة من هذا النقد، أو خمسة عشر من هذا النقد الآخر. اهـ.

ورواه أبو داود في باب نهى من باع بيعتين في بيعة ٣٢٨/٥ - ٣٢٩ برقم ٣٤٦١، وابن حبان ١١/٣٤٨ برقم ٤٩٧٤ من الطريق الأنف الذكر بلفظ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»، قال الخطابي في «معالم السنن»: لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بظاهر هذا الحديث أو صحح البيع بأوكس الثمنين إلا شيء يحكى عن الأوزاعي، وهو مذهب فاسد، وذلك لما تضمنه هذا العقد من الغرر والجهالة، وإنما المشهور من طريق محمد ابن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. اهـ. وقال ابن القيم: فله أوكسهما أو الربا هو منزل على العينة بعينها، قاله شيخنا؛ لأنه يبعان في بيع واحد، فأوكسهما الثمن الحال، وإن أخذ بالأكثر، وهو المؤجل، أخذ بالربا، فالمعنيان لا ينفكان من أحد الأمرين؛ إما الأخذ بأوكس الثمنين أو الربا، وهذا لا يتنزل إلا على العينة. اهـ. ويشكل على كلام ابن القيم ما زوي عن بعض السلف مما أورده عبد الرزاق في المصنف ٨/١٣٧ برقم ١٤٦٣٢ عن سفيان الثوري، قال: إذا قلت: أبيعك بالنقد إلى كذا، وبالنسيئة بكذا وكذا، فذهب به المشتري؛ فهو بالخيار في البيعين ما لم يكن وقع بيع على أحدهما، فإن وقع البيع هكذا فهذا مكروه، وهو بيعتان في بيعة، وهو مردود، وهو الذي ينهى عنه، فإن وجدت متاعك بعينه أخذته، وإن كان قد استهلك فلك أوكس الثمنين وأبعد الأجلين. اهـ.

ورواه أحمد ١٥/٣٥٨ و١٦/١٣٤ و٣١٧ برقم ٩٥٨٤ و١٠١٤٨ و١٠٥٣٥ من الطريق الأنف الذكر بلفظ: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن لبستين: أن يشتمل أحدهم الصماء في ثوب واحد، أو يحتوي بثوب واحد ليس بينه وبين السماء شيء. اهـ.

ورواه أحمد ٦/٣٢٤ برقم ٣٧٨٣ من حديث شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه، قال: نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة. اهـ. قال سماك: الرجل يبيع البيع فيقول: هو بنساء بكذا وكذا وهو بنقد بكذا وكذا. اهـ. وقال الزار: هذا الحديث أسنده شريك بهذا الإسناد. اهـ. مشيراً إلى تفرد شريك به، وغرابة إسناده إلى ابن مسعود مرفوعاً، ولذلك رواه ابن خزيمة ١/٩٠ برقم ١٧٦ وابن حبان ٣/٣٣١ برقم ١٠٥٣ موقوفاً على ابن مسعود بلفظ: الصفقة بالصفقتين ربا، وأمرنا رسول الله ﷺ بإسباغ الوضوء. اهـ. قال العقيلي: «صفقتان في صفقة» موقوف. اهـ.

ورواه ابن حبان في باب الربا ١١/٣٩٩ برقم ٥٠٢٥ من حديث شعبة عن سماك بسند أحمد، ولفظه: لا تحل صفقتان في صفقة، وإن رسول الله ﷺ لعن أكل الربا وموكله وشاهديه وكتابه. اهـ.

= ورواه الترمذي في باب ما جاء في أن مطل الغني ظلم ٥٩١/٢ برقم ١٣٠٩ من حديث نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أحلت على مليء فاتبعه، ولا تبغ بيعتين في بيعة»، قال البزار: هذا الحديث لا نعلم رواه عن نافع إلا يونس. اهـ. ويونس بن عبيد هذا أعل البخاري الحديث مبيّناً أن يونس لم يسمع من نافع، وفي نسبة الحديث إلى جامع الترمذي مقال، حيث لم يشر المزي في تحفة الأشراف إليه، ولا ابن عساکر في الأطراف، ولم يستدرکه ابن حجر ولا العراقي.

وقد تقدم قريباً حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلفٌ وبيعٌ، ولا شرطان في بيع...». قال الترمذي: حديث حسن صحيح. اهـ. وأحد ألفاظه عند أحمد والنسائي: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك». وهو - والله أعلم - قول الترمذي بعاليه: وفي الباب عن عبد الله بن عمرو. قال الخطابي: قوله: «لا يحل سلف وبيع» فهو من نوع ما تقدم بيانه فيما مضى من نهيه عن بيعتين في بيعة، وذلك مثل أن يقول: أبيعك هذا العبد بخمسين ديناراً على أن تسلفني ألف درهم في متاع أبيعك منك إلى أجل، أو يقول: أبيعك بكذا على أن تقرضني ألف درهم، ويكون معنى السلف: القرض، وذلك فاسد؛ لأنه إنما يقرضه على أن يُحاييه في الثمن، فيدخل الثمن في حدّ الجهالة، ولأن كل قرض جر نفعاً فهو رباً. اهـ.

وروي النهي عن بيعتين في بيعة موقوفاً؛ فرواه أحمد ٢٦٩/٦ برقم ٣٧٢٥ عن ابن مسعود، قال: لا تصلح صفقتان في صفقة، وإن رسول الله ﷺ لعن أكل الربا وموكله وشاهده وكتبه. اهـ. وروى عبد الرزاق ١٣٨/٨ و١٣٩ برقم ١٤٦٣٦ وابن أبي شيبة ٣٠٧/٤ برقم ٢٠٤٥٤ و٢٠٤٥٥ أنه قال: الصفقتان في الصفقة ربا، ثم قال عبد الرزاق: قال سفيان: يقول: إن باعه بيعاً فقال: أبيعك هذا بعشرة دنانير، تعطيني بها صرف دراهمك. اهـ. ولفظه عند ابن أبي شيبة: صفقتان في صفقة ربا؛ أن يقول الرجل: إن كان بنقد فبكذا، وإن كان بنسيئة فبكذا. اهـ. قال ابن القيم: هذا التفسير ضعيف؛ فإنه لا يدخل الربا في هذه الصورة ولا صفقتين هنا، وإنما هي صفقة واحدة بأحد الثمنين. اهـ.

ويرد على كلام ابن القيم أنهم كانوا في الصدر الأول يتوسعون في إطلاق الربا على ما لا يحل من المعاملات، ثم إن المقصود من عبارتهم أن يقول البائع للمشتري إذا حان الأجل المتفق عليه: ادفع قيمة المبيع نقداً بكذا - يسمي ما أمضيا عليه البيعة - أو أنظرك وتدفك كذا وكذا زيادة على النقد المتفق عليه فيربي؛ يدل له: ما قال البيهقي في السنن الكبير: قرأت في كتاب أبي سليمان رحمه الله - يعني الخطابي - في تفسير هذا الحديث: يشبه أن يكون ذلك حكومة في شيء بعينه، كأنه أسلف ديناراً في قفيز بُر إلى شهر، فلما حل الأجل وطالبه بالبر، قال له: بعني القفيز الذي لك عليّ بقفيزين إلى شهرين؛ فهذا بيع ثانٍ قد دخل على البيع الأول، فصار بيعتين في بيعة؛ فيردان إلى أوكسهما وهو الأصل، فإن تبايعا البيع الثاني قبل أن يتناقضا البيع الأول كانا مربيين. اهـ. وهذا والله أعلم هو معنى قولهم: بنقد بكذا وبنسيئة بكذا، وبه يجاب على الإشكال الذي ورد على ابن القيم، وعند البزار ٣٨٣/٥ أن ابن مسعود قال: لا يصلح صفقتان في صفقة. اهـ. وعن ابن عباس: لا بأس أن يقول للسلعة: هي بنقد بكذا وبنسيئة بكذا، ولكن لا يفترقا إلا عن رضا. اهـ.

كما روي النهي عن بيعتين في بيعة مقطوعاً عن بعض التابعين؛ فروى عبد الرزاق عن شريح، قال: من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا. اهـ. وروى ابن أبي شيبة عن ابن سيرين أنه كان يكره أن يستام الرجل بالسلعة؛ يقول: هي بنقد بكذا، وبنسيئة بكذا. اهـ. وروى عن الزهري: أنه سمع سعيد بن المسيب ينهى عن =

وقد فُسرَت البيعتان بأن يقول: خذ هذه بعشرة نقدًا، وأخذها منك بعشرين نسيئة، وهي مسألة العينة بعينها، وهو المعنى المطابق للحديث^(١).

الدليل الثاني: ما روي^(٢) أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع وشرط^(٣). ونوقش بما يأتي:

= البيعتين يجرهما الصفقة. اهـ. وعن إبراهيم النخعي والحكم وحماد أنهم كانوا لا يرون بذلك بأسًا إذا تفرق على أحدهما.

وكل ما تقدم من الصور وأوجه المعاملات من اختلاف التنوع في تفسير البيعتين في بيعه، ولذلك حكى ابن عبد البر أن عيسى بن دينار سأل ابن القاسم عن تفسير بيعتين في بيعه؟ فقال: بيعتين في بيعه أكثر من أن يبلغ لك تفسيره. اهـ. إلا إذا لم يدل العرف اللغوي ولا العرف الشرعي على أن المعاملة من البيعتين في بيعه كالبيع بالتقسيط؛ قال شعيب الأرناؤوط في تحقيق مسند أحمد: وقد جانب الصواب من لافقه عنده من ظاهرية هذا العصر، فاستدل بحديث أبي داود هذا على منع زيادة الثمن في بيع التقسيط، فإنه لا يدل على المنع لا من قريب ولا من بعيد. وجواز البيع بالتقسيط بأزيد من بيع المعجل هو مذهب الأئمة الأربعة وغيرهم، ولا يعلم لهم كبير مخالف، وقد قال علماؤنا من قبل: إن للزمن حصة في الثمن. والذي يبيح السلم يلزمه أن يجوز زيادة الثمن في مقابل الأجل؛ إذ لا فرق بينهما. اهـ. وحكى ابن تيمية الإجماع على جواز بيع الأجل وهو التقسيط، في جواب له حين سئل عن رجل محتاج إلى تاجر عنده قماش، فقال: أعطني هذه القطعة. فقال التاجر: مشترها بثلاثين، وما أبيعها إلا بخمسين إلى أجل.

هذا وإن مراجعة تقارير الفقهاء في مبحث التخريج الحديثي مفيد إذا ترتب عليه مناقشة المتن، أو الاستغناء عن سند حديث، ونحو ذلك مما يفيد حديثًا وقرره العلماء في فن المصطلح. فالخلاصة أن اللفظ المحفوظ من حديث أبي هريرة هو أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيعتين في بيعه، كما رواه الترمذي، وليس فيه: فله أو كسهما أو الربا.

ينظر: مسند أحمد ٦/٢٧٢، ومصنف عبد الرزاق ٨/١٣٧-١٣٨، ومصنف ابن أبي شيبة ٤/٣٠٧، والبحر الزخار ٥/٣٨٤ و١٢/١١٤، والمعجم الأوسط للطبراني ٢/١٦٩، والمستدرک ٢/٥٢، والاستذکار ٦/٤٤٩-٤٥٣، ومعالم السنن ٣/١٢٢-١٢٤ و١٤٠-١٤٦، والسنن الكبير للبيهقي ٥/٥٦١ و٦/١١٧، والسنن الصغير له ٢/٢٦٨، ومجموع الفتاوى ٢٠/٣٥٠ و٢٨/٧٤ و٢٩/٤٣٢-٤٣٣ و٤٩٩-٥٠٠، وجامع المسائل لابن تيمية ١/٢٢٥، وإعلام الموقعين ٣/١١٩ و١٤٥، وعون المعبود مع حاشية ابن القيم ٩/٢٤٠ و٢٤٧، والبدر المنير ٦/٤٩٦، ونصب الراية ٤/٢٠-٢١، ورسالة شفاء الغليل في حكم زيادة الثمن لمجرد الأجل للشوكاني، وآثار العلامة المعلمي ١٧/٨٧٣، والسلسلة الصحيحة ٣/٢١٣ و٤/٧٢ و٥/٤٢٠، وإرواء الغليل ٥/١٤٨-١٥٠.

(١) ينظر: تهذيب السنن ٥/١٤٩.

(٢) حديث غريب، تقدم تخريجه قريبًا.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٥/١٧٦، وبه استدلل الشافعية أيضًا لاتفاقهم على أصل الحظر في الجملة. ينظر: الحاوي

المناقشة الأولى: أن الحديث ضعيف جداً، قال ابن تيمية: ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يُعرف. اهـ^(١).

وقال ابن القيم: لا يعلم له إسناد يصح مع مخالفته للسنة الصحيحة والقياس، ولا انعقاد الإجماع على خلافه. اهـ^(٢).

المناقشة الثانية: أن هذا الحديث مخالف للأحاديث الصحيحة الدالة على صحة الاشتراط، ومن ذلك: ما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «مَنْ ابْتاع نخلاً بعد أن تُؤبَّرَ فمَرَّتْهَا للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، وَمَنْ ابْتاع عبداً وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»^(٣)؛ فهذا الشرط ليس من مقتضى العقد ولا مصلحته، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولكنه لا ينافي مقصود العقد، فغيره مقيس عليه.

قال ابن تيمية: الأحاديث الصحيحة تعارضه، وأجمع الفقهاء المعروفون من غير خلاف أعلمه من غيرهم، أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه كاشتراط كون العبد كاتباً أو صانعاً، أو اشتراط طول الثوب أو قدر الأرض ونحو ذلك: شرط صحيح. اهـ^(٤).

ثانياً: الدليل على صحة اشتراط ما جرى عليه عمل الناس:

أن قياسه على الاستصناع أولى من قياسه على ما لا يقتضيه العقد^(٥).

أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بأن الأصل في الشروط بين المتعاقدين الحظر والبطان، ولو دل عليه عرفٌ، بما يأتي:

الدليل الأول: حديث عائشة^(٦) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً

(١) مجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩.

(٢) إعلام الموقعين ٢/٢٤٩.

(٣) رواه البخاري في باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ١١٥/٣ برقم ٢٣٧٩، ومسلم ١١٧٣/٣ برقم ١٥٤٣.

(٤) مجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩.

(٥) ينظر: فتح القدير ٦/٤٤٢-٤٤٣.

(٦) رواه البخاري في غير باب، ومنها: باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ٩٨/١ برقم ٤٥٦ ولفظه: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله؛ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له، وإن اشترط مائة مرة»، ومسلم ١١٤٢/٢ برقم ١٥٠٤ واللفظ له.

ليست في كتاب الله؛ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»^(١).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن الحديث «ما كان من شرط ليس في كتاب الله» معلوم أنه ليس المراد به القرآن قطعاً، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن، بل علمت من السنة، فعلم أن المراد بكتاب الله: حكمه، كقوله: ﴿كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ﴾^(٢)، وقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في كسر السن: «كتاب الله القصاص»^(٣)؛ فكتابه سبحانه وتعالى يطلق على كلامه وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلاً، فإذا كان الله ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد حكم بأن الولاء للمعتق، فشرط خلاف ذلك يكون شرطاً مخالفاً لحكم الله، ولكن أين في هذا أن ما سكت عن تحريمه من العقود والشروط يكون باطلاً حراماً؟^(٤)

المناقشة الثانية: أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم؛ فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾^(٥) عام في الأعيان والأفعال؛ وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، وأيضاً فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه. اهـ^(٦).

المناقشة الثالثة: أن الله ذم المشركين الذين شرعوا من الدين ما لم يأذن به الله وحرّموا ما لم يحرمه الله، فإذا حرّمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله، بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به الله، فإن الله قد حرم أن يُشرع من الدين ما لم يأذن به^(٧).

الدليل الثاني: أن هذه الشروط لا تخلو أن تكون على البائع أو على المشتري؛ فإن كانت على البائع فقد منعت من استقرار ملكه على الثمن وآل إلى جهالة فيه، وإن كانت على المشتري فقد منعت من تمام ملكه للمبيع وأضعفت تصرفه فيه، فبطل العقد بكل واحد منهما^(٨).

(١) ينظر: المحلى ٣١٩/٧-٣٢٠، ومجموع الفتاوى ١٢٦/٢٩-١٢٧.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٤.

(٣) رواه البخاري من حديث أنس في باب الصلح في الدية ١٨٦/٣ برقم ٢٧٠٣، وفي ثلاثة مواضع آخر.

(٤) ينظر: إعلام الموقعين ١/٢٦٢. (٥) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

(٦) مجموع الفتاوى ١٥٠/٢٩. (٧) مجموع الفتاوى ١٥٢/٢٩.

(٨) ينظر: الحاوي ٣١٣/٥.

ونوقش: بأنه لا وجه له؛ لأنه إن جرى مجرى الشروط الجائزة فينبغي أن يجوز وإن كان مائة شرط، وإن ترتب على عدم الوفاء به انفساخ العقد كالخيار، وإن كان الشرط فاسداً فينبغي أن يبطل وإن كان شرطاً واحداً^(١).

الترجيح:

من المناسب التقديم بمقدمتين ممهدين للترجيح:

المقدمة الأولى: تبين مما سبق في عرض المسألة أن القول ببطلان العقود بالشروط المقترنة بها، كاشتراط حملان البعير المبيع وثمر النخلة المؤيرة المبيعة وما جرى مجراهما، لم يكن معروفاً في زمن النبي ﷺ والصحابه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، بل قبل النبي ﷺ في مباحته الجمل اشتراط ما ليس من مقتضى العقد ولا مصلحته، وكان ﷺ يقر شروط المسلمين في عقودهم في مثل قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(٢)، ولم يستثن من الشروط بين المتعاقدين إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وبذلك قضى عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقال: «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(٣).

بل قد روي عنه ﷺ أنه أجرى ذلك في مبيعاته، فقد روى عبد المجيد بن وهب أن العداء بن خالد بن هوذة، قال له: ألا أفرئك كتاباً كتبه لي رسول الله ﷺ؟ قال: قلت: بلى. فأخرج لي كتاباً: «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله ﷺ، اشترى منه عبداً، أو أمة، لا داء ولا غائلة»^(٤)، ولا خبثة^(٥)، بيع المسلم المسلم»^(٦)، فانظر كيف اشتملت

(١) ينظر: الحاوي ٣١٣/٥، والمغني ٤/ ١٧٠.

(٢) رواه الترمذي وصححه في باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ٢٨/٣ برقم ١٣٥٢، وسيأتي مخرجاً إن شاء الله في المطلب السابع من هذا المبحث.

(٣) سيأتي تخريجه قريباً.

(٤) قال الطحاوي في شرح مشكل الآثار ٤/ ٢٨٧: «تأملنا هذا الحديث فوجدنا الأدواء معقولة أنها الأمراض ووجدنا الغوائل معقولة أنها غوائل المبيع من الأخلاق المذمومة التي يكون فيها من الإباق ومن السرقات وسائر الأحوال المذمومة التي يغتال بها من سواه، ومن ذلك قيل: قتل فلان فلاناً قتل غيلة».

(٥) قال الطحاوي في شرح مشكل الآثار ٤/ ٢٨٧: «وجدنا الخبثة قد قال الناس فيها قولين: أحدهما: أنه الشيء المذموم وهو سبي ذوي العهود الذين لا يحل استرقاقهم، ولا يقع الإملاك بذلك عليهم. والآخر: أن الخبثة هي الأشياء الخبيثة، ومن ذلك قول الله: ﴿الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ وَالْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ﴾ [النور: ٢٦]، ومنها قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِي خَبَتْ لَا يُخْرِجُ إِلَّا نَكِداً﴾ [الأعراف: ٥٨] قالوا: فكل مذموم فهو خبيث».

(٦) أورده البخاري معلقاً بصيغة التمریض ٣/ ١٦٩ في باب إذا بين البعان ولم يكتما ونصحا، ورواه الترمذي وحسنه في باب ما جاء في كتابة الشروط ٢/ ٥٠٣ برقم (١٢١٦) من حديث عباد بن ليث عن عبد المجيد به، ورواه النسائي في باب كتابة الشروط ١٠/ ٣٥٩ برقم (١١٦٨٨)، وابن ماجه في باب شراء الرقيق ٣/ ٣٦٠ =

المبايعة على شرط انتفاء الغائلة من المبيع، وشرط انتفاء الداء، وشرط انتفاء الخبث، وشرط إجراء ما يعتبر من الأحكام والأعراف في بيوعات المسلمين، وذلك في قوله: «بيع المسلم المسلم».

المقدمة الثانية: خلصت في بحث المسألة إلى أن ما روي من النهي عن البيع والشرط والنهي عن الشرطين في البيع غير مفيد في هذه المسألة؛ إما لعدم ثبوته عن النبي ﷺ، أو لأن محله في مسألة أخرى غير هذه المسألة، وإسقاطه على هذه المسألة سببه الخطأ في فهم النص. قال ابن القيم: للشرط عند الشارع شأن ليس عند كثير من الفقهاء؛ فإنهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساد، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشرط من العقود وما لا يقبله؛ فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل. اهـ^(١).

لذا، ولما سبق في الأدلة والمناقشات، فالراجع من الأقوال القول بأن الأصل في الشروط المقترنة بالعقود الصحة والإباحة إلا ما دل الدليل على منعه أو فساد، قال ابن تيمية: هذا القول هو الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي. اهـ^(٢).

وقال: فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشرط والمواثيق والعقود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد، إلا ما أباحه الشرع، لم يجز أن يأمر بها مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس... وكذلك الصدق في الحديث مأمور به وإن كان قد يحرم الصدق أحياناً لعارض ويجب السكوت أو التعريض، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشرط؛ إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة. اهـ^(٣).

وقال: وآثار الصحابة توافق ذلك كما قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: مقاطع الحقوق عند الشروط. اهـ^(٤).

= برقم (٢٢٥١)، والحديث حسن غريب كما قال الترمذي لتفرد عباد به، وحسنه ابن حجر في الفتح ٣٦٧/١٢ وقال في التلخيص ٣/٢٢٠: «وقد تتبع طرق هذا الحديث من الكتب التي عزوتها إليها فاتفقت كلها على أن العداء هو المشتري، وأن النبي ﷺ هو البائع»، ولم يرَ الذهبي في إسناده بأساً كما في كتابه المذهب الذي اختصر فيه سنن البيهقي ٤/٢٠٩٤.

(١) ينظر: إعلام الموقعين ٣/٣٠٢. (٢) مجموع الفتاوى ٢٩/١٣٨.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/١٤٥-١٤٦.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في باب من قال: المسلمون عند شروطهم وباب الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ٣/٤٩٩ و٤/٤٥١ برقم ١٦٤٩٩ و٢٢٠٣١ من حديث عبد الرحمن بن غنم به موقوفاً، وأورده البخاري = معلقاً في باب الشروط في المهر عند عقد النكاح ٣/١٩٠ بلفظ: إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما

وجماع ذلك كله في قول ابن القيم: هاهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل، كائناً ما كان.
والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه، وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط فهو لازم بالشرط.

ولا يُستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليهما كتاب الله تعالى وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ واتفاق الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ...، ولا تبعاً بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع. اهـ^(١).

وقد يشكل على الناظر والمتفقه اضطراب متأخري الفقهاء في هذه المسألة، وجنوح كثير منهم إلى عدم تصحيح الشروط، إضافة إلى عدم استقرار المذاهب على جادة في تقرير المسألة، وهذا، في حقيقة الأمر، يدعو إلى بذل الجهد واستفراغ الوسع لتحرير المسألة بجمع ما اتفقوا عليه والترجيح فيما اختلفوا فيه مع اعتبار ما كان عليه حال السلف من النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ والتابعين لهم بإحسان، وقد كان أئمة المذاهب يأمرؤن الناس بالمصير إلى كتاب الله وسنة الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعمل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ولو خالف قولاً قالوا به.

وفي هذا قال الشيخ سليمان بن عبد الله معلقاً على كلام الأئمة في تقديم الكتاب والسنة على أقوالهم وما أحدثه بعض المتأخرين من الجمود على أقوالهم والاستناد إليها في تقرير الأحكام الشرعية: فخالف المقلدون ذلك، وجمدوا على ما وجدوه في الكتب المذهبية، سواء كان صواباً أم خطأ، مع أن كثيراً من هذه الأقوال المنسوبة إلى الأئمة ليست أقوالاً لهم منصوباً عليها، وإنما هي تفريعات ووجوه واحتمالات وقياس على أقوالهم، ولسنا نقول: إن الأئمة على خطأ، بل هم إن

شرطت. اهـ. وفي باب الشروط في النكاح ٧/ ٢٠؛ قال الألباني: وصله جماعة بإسناد صحيح. اهـ. وروى الأثرم في سبب وروده: أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر، فقال: لها شرطها. اهـ. فقال الرجل: إذن يطلقنا. فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط. اهـ. وقال ابن تيمية: إن رجلاً تزوج امرأة بشرط ألا يتزوج عليها، فرفع ذلك إلى عمر فقال: مقاطع الحقوق عند الشروط. اهـ. وقال ابن حجر: أما أثر عمر فقال سعيد بن منصور:.. عن عبد الرحمن بن غنم قال: كنت مع عمر حيث تمس ركبتى ركبته، فجاءه رجل فقال: يا أمير المؤمنين، تزوجت هذه وشرطت لها دارها، وإنني أجمع لأمرى، أو لسانى، أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا. فقال: لها شرطها. اهـ. فقال: هلكت الرجال، إذن لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت. فقال عمر: المسلمون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم. اهـ.

ينظر: مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٩، وتعليق التعليق ٤/ ٤١٩، وإرواء الغليل ٦/ ٣٠٢.

شاء الله على هدى من ربهم، وقد قاموا بما أوجب الله عليهم من الإيمان بالرسول ﷺ ومتابعته، ولكن العصمة منتفية عن غير الرسول...؛ فما العذر في اتباعهم وترك اتباع الذي لا ينطق عن الهوى؟!^(١)

ونظرًا لفشو التعامل بالمحرمات، وغلبة ثقافة البنوك الرأسمالية، وعدم انفكاك المؤسسات المصرفية الإسلامية عن التعامل مع المؤسسات المصرفية الربوية، فقد انتهت الهيئة الشرعية لبنك البلاد إلى تقييد الأصل المترجح في الشروط من الصحة والإباحة في الوقت المعاصر، بأن يكون موضوع التعاقد مباحًا، وأن تكون الوثائق خالية من شروط خمسة ابتلي بها الناس اليوم، وهي: شرط احتساب الفوائد الربوية، وشرط احتساب غرامات التأخير ولو كانت تصرف في وجوه الخير، وشرط ضمان عائد الاستثمار، وشرط الأجل في معاملات النقود والذهب والفضة، وشرط التحاكم إلى غير الشريعة الإسلامية أو إلى قوانين تتضمن ما يعارضها^(٢).

ثمرة الخلاف:

ترتب على الخلاف في المسألة ثمار في فروع كثيرة، منها:

(١) تيسير العزيز الحميد في شرح كتاب التوحيد للشيخ محمد بن عبد الوهاب، باب من أطاع العلماء والأمراء في تحليل الحرام وتحريم الحلال، ص ٤٧٢-٤٧٥، وقال في شروط الاجتهاد عند الأصوليين: هذا إن صح، فمراهم بذلك المجتهد المطلق، أما أن يكون ذلك شرطًا في جواز العمل بالكتاب والسنة، فكذب على الله وعلى رسوله ﷺ وعلى أئمة العلماء، بل الفرض والحث على المؤمن إذا بلغه كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وعلم معنى ذلك في أي شيء كان، أن يعمل به ولو خالفه من خالفه، فبذلك أمرنا ربنا تعالى ونبينا ﷺ، وأجمع على ذلك العلماء قاطبة إلا جهال المقلدين وجفاتهم، ومثل هؤلاء ليسوا من أهل العلم، كما حكى الإجماع على أنهم ليسوا من أهل العلم أبو عمر ابن عبد البر وغيره، قال الله تعالى: ﴿اتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ﴾ [الأعراف: ٣]، وقال تعالى: ﴿وَأَنِ اتَّبِعُوا تَهْتَدُوا وَمَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ﴾ [النور: ٥٤]؛ فشهد تعالى لمن أطاع الرسول ﷺ بالهداية، وعند جفاة المقلدين أن من أطاعه ﷺ ليس بمهتد إنما المهتدي من عصاه، وعدل عن أقواله، ورغب عن سسته إلى مذهب أبو شيخ ونحو ذلك، وقد وقع في هذا التقليد المحرم خلق كثير ممن يدعي العلم والمعرفة بالعلوم، ويصنف التصانيف في الحديث والسنن، ثم بعد ذلك تجده جامدًا على أحد هذه المذاهب، ويرى الخروج عنها من العظام. وفي كلام أحمد إشارة إلى أن التقليد قبل بلوغ الحجة لا يذم، إنما المذموم المنكر الحرام الإقامة على ذلك بعد بلوغ الحجة، نعم وينكر الإعراض عن كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ والإقبال على تعلم الكتب المصنفة في الفقه استغناء بها عن الكتاب والسنة، بل إن قرؤوا شيئًا من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ فإنما يقرؤون تبركًا لا تعلمًا وتفقهًا، أو لكون بعض الموقفين وقف على من قرأ البخاري مثلاً، فيقرؤونه لتحصيل الوظيفة لا لتحصيل الشريعة.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٥٩٧)، ص ١٨٢.

الفرع الأول: البيع بشرط ألا يبيعه المشتري.

قال في المبسوط: إذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا، وقال ابن أبي ليلى: البيع جائز والشرط باطل. وقال ابن سيرين: البيع جائز والشرط صحيح. اهـ^(١).

الفرع الثاني: ضمان الربح في المبيع ونحوه مما لا يقتضيه العقد أصالةً.

قال في الحاوي في أنواع الشروط: أما الذي ألزم البائع ما ليس بواجب، فهو أن يقول: قد بعتك هذه الجارية على أن لا خسارة عليك في ثمنها أو على أنني ضامن لك مائة درهم من ربحها، أو بعتك هذا النخل على أنني كفيل - أي: ضامن - بمائة وسق من ثمرها، أو بعتك هذه الأرض على أنني قيم لعمارتها وزراعتها. وبه قال جمهور الفقهاء. اهـ^(٢).

الفرع الثالث: اشتراط البراءة في البيع.

حيث أجاز الحنفية اشتراط البائع البراءة من العيوب مطلقاً من دون تخصيص عيب أو تسميته، علم البائع بالعيب أم لم يعلمه. وقال ابن أبي ليلى وسفيان الثوري وأحمد في رواية: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يسميه ويعلم به المشتري، وقال مالك: لا يبرأ إلا من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة. ومنع منه الشافعية مطلقاً^(٣).

فمع اتفاق أصحاب القول الثاني وأصحاب القول الثالث في أصل المنع من الشروط في العقود، إلا أن هذا الخلاف أظهر اختلافهم في التفريع وفي تحقيق المناط، واختلاف أصولهم في بعض الأبواب.

بل إن الحنفية في هذه المسألة أجازوا شرطاً لا يجيزه أصحاب القول الأول الذين قرروا كون الصحة هي الأصل في الشروط بين المتعاقدين، والسبب في منعهم هنا ليس انخراص أصلهم في أن الأصل في الشروط الصحة، بل لدليل خارجي.

الفرع الرابع: اشتراط توصيل السلعة.

وهو فرع يبين أثر العرف في تصحيح الشرط عند الحنفية في بلد دون بلد، قال في الأصل: المشتري إذا اشترط على بائع الطعام أن يوفيه إياه في منزله فالبيع فاسد، قال: غير أنني أستحسن

(١) المبسوط ١٣/١٣.

(٢) الحاوي ١٣/٥.

(٣) واستظهروا في الموسوعة الفقهية الكويتية أن قول الشافعي يوافق قول مالك خلافاً للشافعية. ينظر: بدائع الصنائع ٥/١٧٢، والمدونة ٣/٣٦٤، والحاوي ٥/٢٧١ وما بعدها، والمهذب ٢/٥٦-٥٧، والمغني ٦/٢٦٤-٢٦٥، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/١٢٥.

فيه خصلة إذا كان في مصر أجزناه، وإذا كان خارجاً من مصر كان فاسداً لا يجوز البيع فيه. اهـ^(١).

سبب الخلاف:

من أسباب الخلاف في المسألة ما يأتي:

السبب الأول: القفز إلى الاستدلال قبل تقرير نوع المسألة من حيث كونها من باب العبادات أو العادات والمعاملات.

السبب الثاني: غياب النص عن بعض الفقهاء.

حيث خفيت بعض النصوص التي اشتملت على شروط مشروعة على الفقهاء الذين قرروا أن الأصل في الشروط الحظر^(٢)، إضافة إلى أن بعض ما استندوا إليه في تقرير أصلهم لم يثبت عند النقاد، كالنهي عن بيع وشرط.

وقد لخص هذا المعنى ابن تيمية في قوله عن الإمام أحمد: كان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة؛ فقال بذلك وبما في معناه قياساً عليه، وما اعتمده غيره في إبطال الشروط من نص فقد يضعفه أو يضعف دلالته، وكذلك قد يضعف ما اعتمده من قياس. اهـ. مقررًا أنه ليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد، ويليهِ مالك^(٣).

المطلب الرابع: ضمان تسليم الثمن بإسقاط الأجل عند التخلف عن أحد الأقساط

تعتمد بعض المصارف الإسلامية في عقود البيع بالتقسيط إلى سياسة السداد المبكر مع العميل المماطل، للوفاء بضمن المبيع كاملاً، فتشترط على المشتري أنه إذا حل نجم ولم يؤد قسطه أن جميع الدين حال عليه، وقد عده بعض الباحثين من الشروط الجزائية^(٤)، ولا مشاحة في الاصطلاح.

ومن العبارات الدارجة بشأن هذا الشرط في عقود بيع العقار بالتقسيط التي تبرمها المصارف مع عملائها ما نصه: إذا تأخر العميل عن سداد قسط من الأقساط المستحقة عليه بموجب العقد، في الوقت المحدد؛ فإن للمصرف المطالبة بدفع ما تبقى من المديونية.

(١) الأصل ٩٨/٥-٩٩.

(٢) ولذلك صرح بعض الشافعية بقوله: وكل شرط في بيع على ألا يقبض اليوم فلا يجوز إلا أن يصح حديث جابر عن النبي ﷺ في الشرط في البيع. ينظر: معرفة السنن والآثار للبيهقي ١٤٣/٨.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/١٣٢-١٣٣.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/٥٣٥.

هذه المسألة مما وقع فيها الاختلاف بين المجامع العلمية والهيئات الشرعية المعاصرة، والأقوال الفقهية فيها كما يأتي:

القول الأول: الجواز.

وهو ما نص عليه بعض فقهاء الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢)، واختاره مجمع الفقه الإسلامي^(٣)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية^(٤)، وجمع من المعاصرين^(٥).

القول الثاني: المنع.

وهو رأي اللجنة الدائمة برئاسة الشيخ عبد العزيز بن باز^(٦)، والهيئة الشرعية لبنك البلاد^(٧)

(١) قال الكاساني: لو جعل المال نجومًا بكفيل أو بغير كفيل، وشرط أنه إن لم يوفه كل نجم عند محله، فالمال حال عليه، فهو جائز على ما شرط؛ لأنه جعل الإخلال بنجم شرطًا لحلول كل المال عليه، وأنه صحيح. اهـ. بدائع الصنائع ٤٥/٦.

(٢) قال ابن القيم: إن خاف صاحب الحق ألا يفي له من عليه بأدائه عند كل نجم كما أجله؛ فالحيلة أن يشترط عليه أنه إذا حل نجم ولم يؤد قسطه فجميع المال عليه حال، فإن نجّمه على هذا الشرط جاز، ويمكن من مطالبته به حالًا ومنجّمًا. اهـ. إعلام الموقعين ٣١/٤.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٣٢١، حيث جاء في الفقرة الخامسة من القرار رقم (٥١) الصادر بشأن البيع بالتقسيط في دورة مؤتمره السادس ما نصه: يجوز شرعًا أن يشترط البائع بالأجل لحلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المدين المماثل رقم (٣) ص ٩٤، ومعيار الضمانات رقم (٥) ص ١٣٤، ومعيار فسخ العقود بالشروط رقم (٥٤) ص ١٢٧٤، حيث قرروا في معيار المدين المماثل ما نصه: يجوز اشتراط حلول الأقساط جميعها إذا تأخر المدين المماثل عن سداد قسط منها، والأولى ألا يطبق هذا الشرط إلا بعد إشعار المدين ومضي مدة مناسبة، وذلك ما لم توجد ظروف طارئة. اهـ. وقيدوا هذا الإجراء في معيار فسخ العقود بالشروط بملاءة المدين وتخلفه في قسطين فأكثر، كما قيدوه في معيار الضمانات بعدم وجود ظروف قاهرة.

(٥) ينظر: تغير الأجل وأثره في الديون للدكتور مرضي العنزي ص ١٨٠-١٨٤.

(٦) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/ ١٨٢، حيث جاء في الفتوى رقم (١٨٧٩٦) ما نصه: الشرط المذكور، وهو حلول المبالغ المؤجلة بكاملها دفعة واحدة عند تأخر المدين في تسديد أحد الأقساط خلال مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ الاستحقاق، غير صحيح.

(٧) حيث أجازوا إثبات المديونية دون المطالبة بما لم يحل من الأقساط؛ ففي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: يجوز للبنك أن يشترط على العميل إذا كان مماطلًا أن تحل الأقساط قبل مواعيدها؛ لغرض إثبات كامل المديونية أمام القضاء، وليس له المطالبة إلا بسداد الأقساط المتأخرة، وبقدر عددها من الأقساط التي لم تحل. الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٢١)، ص ٤٠.

ومصرف الإنماء^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على جواز اشتراط حلول الأقساط على المماطل بما يأتي:

الدليل الأول: الحديث: «لِيُؤْجِدَ يُحِلُّ عَرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»^(٢).

وجه الدلالة: أن حلول الأقساط بالشرط من العقوبات المشروعة^(٣).

الدليل الثاني: الحديث: «المسلمون على شروطهم»^(٤).

وجه الدلالة: أن شرط حلول الأقساط بالتخلف عن السداد مما لا يُحِلُّ حراماً ولا يحرم حلالاً؛ فوجب الوفاء به عند الاتفاق عليه بالتراضي^(٥).

الدليل الثالث: أن هذا الشرط فيه مصلحة للعقد ومصلحة للعاقد.

أما مصلحة العقد فإن مثل هذا الشرط يحول المدين على الالتزام بسداد الديون بأوقاتها، وهذا احترام لنص الالتزام الذي تضمنه العقد.

وفيه منفعة للعاقد، من جهة أن من ماطل في سداد قسط واحد، فقد يحمله ذلك على المماطلة في سداد بقية الأقساط، فلأن يُطالب مرة واحدة بسداد جميع الأقساط أهون من مطالبته في كل مرة يتأخر فيها عن سداد القسط^(٦).

الدليل الرابع: الأصل في الشروط الصحة والجواز.

فإذا رضي المدين بهذا الشرط عند التعاقد فإنه يلزمه؛ لأن هذا الشرط لا ينافي مقصود العقد، وفيه مصلحة للعاقد، فاقتضت القواعد صحته^(٧).

ويمكن أن يُستدل لمقدمة رضا المتعاقدين بعموم قول الحق سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٥) بشأن اشتراط حلول الأقساط عند التخلف عن السداد، ٥٢/١.

(٢) الخبر تقدم تخريجه في المبحث الثاني من هذا الفصل، في المطلب الأول منه.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٨٨/٦.

(٤) رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح، ويأتي إن شاء الله تخريجه قريباً في المطلب السابع من هذا المبحث.

(٥) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥٣٦/٥.

(٦) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥٣٦/٥.

(٧) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥٣٦/٥، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٠/٦.

لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا تَجَرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ^(١) حيث رضي المشتري بالشرط عند التعاقد.

الدليل الخامس: أن الأجل حق للمدين، فله التنازل عنه مطلقاً، أو بالتعليق على تأخره في السداد لتقوية الدين، وتمكين الدائن من المطالبة بجميعة بدلاً من الانتظار لحلول قسط بعد آخر^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على المنع بما يأتي:

الدليل الأول: أن اشتراط حلول المبالغ المؤجلة بكاملها دفعة واحدة عند تأخر المدين في تسديد أحد الأقساط؛ ينافي مقتضى العقد، وهو التأجيل الذي استحققت به الزيادة، وإذا كان المدين معسراً فإنه يجب إنظاره^(٣).

الدليل الثاني: أن مآل هذا الشرط الجهالة في الأجل، والجهالة من الأسباب المعبرة شرعاً لإبطال العقود والشروط، سواء أكانت في الثمن أو المثل أو الأجل.

ويمكن مناقشة شبهة الجهالة: بأن هذه الجهالة لا تضر بعقد البيع إذ كانت تؤول إلى العلم^(٤)، وعلمها يكون بالفعل، وهو التخلف عن السداد بماطلة، فلم تصر بهذا إلى الجهالة المطلقة، ولو أطلق شرط حلول الأقساط في العقد بدون قيد صدق وصف الجهالة، والله أعلم.

الدليل الثالث: القياس على قول البائع: أبيعك هذا على أن تقضيني بعد شهر أو بعد ثلاثة أشهر، على التردد، وهذا البيع لا يصح للجهالة في الأجل^(٥).

الدليل الرابع: أن اشتراط حلول الأقساط كاملة منافع للعدل الواجب شرعاً، والذي يقتضي

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الضمانات رقم (٥)، ص ١٤٥.

(٣) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/ ١٨٢، ومال إليه د. بشار عواد معروف، وكانت له فيه نظرة مقاصدية، حيث جاء في مشاركته فيما جاء في مداوات مجمع الفقه الإسلامي بشأن بيع التقسيط: الأصل في البنوك الإسلامية أنها قائمة على أساس التجارة، أي على أساس الربح والخسارة... فلا بد لها أن تخسر. اتجاه البحوث في كثير من المسائل وكان البنوك لا بد أن تبيع ولا يمكن أن تخسر في أية مسألة من المسائل... إذا كان هو يربح ٩٠٪ من معاملاته فلماذا لا يخسر في بعض الأحيان نتيجة سوء تقديره أو لعدم معرفته بالشخص الذي تعاقد معه من كونه ماطلاً... فهل نعطي سلاحاً بيد البنك أو بيد أي شخص آخر لاستحقاق جميع الدين على مثل هذا المدين؟ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٣٠٠.

(٤) ينظر: الروض المربع ٢/ ٨٦٣.

(٥) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٣٠٣.

استفادة العميل من تأجيل الأقساط مقابل استفادة المصرف من الربح الذي يُجعل في مقابل الأجل^(١).

الترجيح:

قواعد الباب المذكورة في الأدلة تدل على رجحان القول الأول بجواز اشتراط إسقاط الأجل عند تخلف المشتري عن أداء الثمن في نجومه؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢). على أن إسقاط الأجل لا يستلزم تسويغ المطالبة والملازمة بما بقي من الأقساط في كل حال.

نعم، الأصل في استيفاء الدين من الموسر المماطل الملازمة والمطالبة، لكن يقابله أصل آخر في استيفاء الدين من المعسر، وهو الإنظار حتى اليسار، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٣).

وقد سعت بعض المصارف التجارية الإسلامية إلى توثيق حقوقها والاحتياط في ذلك، بما لا يوازى التسهيلات الائتمانية، وكثرة العقود المبرمة مع أوساط الناس من دون تحري الراشد من السفه؛ فكان التسهيل في الدين يقابله التشديد في الاستيفاء، مستغلة الثقة الحكومية مع حاجة الناس وانغماس بعضهم في الدنيا، ووقع الإشكال بعد ذلك في مراعاة أحكام المعسرين وإنظارهم إلى ميسرة.

وينبغي أن يأخذ المصرف التجاري الإسلامي بمبدأ الإنظار، ومبدأ العفو، الذي قال الله فيه: ﴿وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٤).

وإذا ثبت إعسار العميل وجب إنظاره إجماعاً^(٥)؛ للآية السابقة، وإذا وجب الإنظار في الدين الحال فلا ينبغي في الدين المنجّم من باب أولى.

غير أنه ينبغي أن يؤخذ في تقرير الحكم الشرعي لمسألة حلول الأقساط المنجمة إذا تخلف

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٥) بشأن اشتراط حلول الأقساط عند التخلف عن السداد، ٥٠/١ - ٥١.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٩٩/٦.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٦) ينظر: المسبوط ٤٣/٨ و ٤٨/٢٥، ومواهب الجليل ٣٣٨/٦، وشرح الخرخشي ٢٤/٦، والأم ٢٠٦/٣، وفتح الباري ٣٠٩/٤، والمغني ٣٣٨/٤، وشرح الزركشي ٨٢/٤، ونيل الأوطار ٢٨٧/٥.

العميل عن دفع الأقساط، ما جد من عمل المصارف التجارية في هذا الزمن من المبالغة في أثمان الدور والمراكب المبيعة بالتقسيط بما لم يكن معروفاً لدى الفقهاء الذين سوَّغوا حلول الأقساط المنجمة إذا حلَّ نجم ولم يؤد فيه المشتري ما عليه؛ الأمر الذي لا يناسب معه إطلاق نسبة القول إليهم بالجواز في الصور المعاصرة.

فالأولى تقييد رجحان القول الأول بالحط من أرباح البائع بقدر المدة المتبقية بعد تاريخ السداد الفعلي.

ولذا يحتمل أن فتوى اللجنة الدائمة واردة على ما كان تعجيل ثمن المبيع فيه بالقيمة الآجلة، من دون أن يحط البائع من الثمن بقدر ما يرضى به المشتري لو اشترى السلعة بثمن حال، وهذا ظاهر من دليلهم الأول الذي استندوا إليه في تقرير ما بعده.

ومن المخارج الشرعية: تأسيس العقد على ثمن حال ذي قيمة سوقية عادلة، مع عدة البائع للمشتري أن يتبرع بإنظاره مدة مؤقتة شريطة التزامه بدفع جزء مسمى من الثمن في أنجم مؤرخة. فإن هذه الصياغة أقرب في الوقت المعاصر إلى عدم مفاحشة المصارف التجارية في الثمن، وأوضح في تصور المشتري وأبعد عن التغرير به.

المطلب الخامس: ضمان تسليم الثمن بالاتفاق على فسخ العقد عند حلول الأجل وتخلّف المشتري

الأصل في العقود شرعاً للزوم؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها^(٢).

إذا تقرر هذا الأصل، فإن الانفساخ يكون بداعي الشرع^(٣)، وبداعي القضاء^(٤)، وبداعي

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) ينظر: الذخيرة ٢٠/٥، وشرح الزرقاني على الموطأ ٤٧٩/٣.

(٣) ومما يرد عليه الفسخ من العقود رعاية لحق الشرع، كفسخ العقد الفاسد لإزالة سبب الفساد من جهالة بالثمن أو المثلث أو الأجل، واحترام ضوابط الشرع أو شرائطه التي قررها في العقود، وحماية للمصلحة العامة أو الخاصة، ودفعاً للضرر، ومنعاً للمنازعات التي تحدث بسبب مخالفة الشروط الشرعية. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣٢/٣٢.

(٤) الفسخ القضائي يكون إما رعاية لحق الشرع، وإما إحقاقاً للحق ورفعاً للظلم الذي يقع على أحد المتعاقدين بسبب إضرار العاقد الآخر، وإصراره على منع غيره من ممارسة حقه في الفسخ، لوجود عيب في المبيع أو استحقاق المبيع أو الثمن مثلاً، وحق القاضي في الفسخ ناشع من ولايته العامة على الناس، أو لأنه يجب عليه رقابة تنفيذ أحكام الشرع. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣٢/٣٢.

التراضي^(١)، ومن الفسخ بالتراضي: الإقالة، والاتفاق على الفسخ أو تعليق الفسخ بشرط، والفسخ بالتراضي والاتفاق هو المقصود من هذا المطلب.

والأصل الشرعي في الفسخ بالاتفاق والتراضي أحاديث الخيارات والإقالة، وما روي مرفوعاً: «المسلمون على شروطهم»^(٢).

ويرد اليوم في عقود البيع لدى المؤسسات المصرفية الإسلامية شرط انفساخ العقد إذا تخلف المشتري عن أداء الثمن في أجله، وربما أفرد لهذا الشرط ملحقاً خاصاً به، يلحق بالعقد أثناء التعاقد ويوقع عليه العميل المشتري، ليضمن البائع حقه في تملك السلعة والتصرف فيها إذا لم يتمكن المشتري من دفع ثمنها، بحيث يتمكن من تسهيل ماله واستثماره لثلا يبقى معلقاً.

وهذه المسألة تلحق بمسألة عند بعض الفقهاء تسمى خيار النقد، وهي أن يقول البائع: بعثك بكذا لوقت كذا وعلى أن تأتيني بالثمن في وقت كذا، فإن لم تأت به في ذلك الوقت فلا بيع بيننا^(٣).

وأقوال الفقهاء المنقولة في المسألة كما يأتي:

القول الأول: لا يصح البيع بخيار النقد إلا إلى ثلاثة أيام.

وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما وأبي ثور^(٤)، وذهب إليه الحنفية استحساناً وجعلوه بمنزلة خيار الشرط^(٥)، وقال محمد بن الحسن: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر^(٦)، ونسب إلى مالك أنه يجوز ذلك في اليومين والثلاثة ونحوها، وإن كان عشرين ليلة ففسخ البيع^(٧).

(١) ينظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة (٧١٨)، ص ١٣٦، ومنح الجليل ٢٥٢/٥، ونهاية المحتاج ١٦٦/٨، والكافي لابن قدامة ٢/٣٣٥، والفروسية لابن القيم ص ٣٥٣.

(٢) رواه الترمذي وصححه في باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس ٢٨/٣ برقم ١٣٥٢، وسيأتي تخريج الحديث في المطلب السابع من هذا المبحث.

(٣) الفرق بين خيار النقد وخيار الشرط: أن الأصل في العقد مع خيار الشرط اللزوم إذا مضت مدته ولم يعدل عنه من كان له الخيار. أما خيار النقد فالأصل في البيع معه عدم اللزوم، فإذا لم ينقد الثمن في المدة المسماة ألغى البيع إذا بقي المبيع على حاله. وقد يطلق أحدهما على الآخر إذا تفرقا. ينظر: الضوابط المستخلصة ص ١٩-٢٠.

(٤) ينظر: المغني ٣/٥٠٤، ويأتي قريباً أثر ابن عمر إن شاء الله.

(٥) ينظر: الأصل ٩/١٣٨، والمبسوط ٢/٢٦، وفتح القدير ٦/٣٢٧، والبنية شرح الهداية ٨/٥٢، وجاء في مسائل إسحاق: قلت: سئل سفيان عن رجل باع شيئاً، فقال: إن لم تحمله غداً فلا بيع بيني وبينك؟ قال: لا أرى هذا شيئاً، والبيع جائز. قال أحمد: هو على شرطه. اهـ. قال إسحاق: هو كما قال أحمد. مسائل أحمد لإسحاق ابن راهويه ٦/٣٠٢٥.

(٦) ينظر: البيان والتحصيل ٨/٢٨١-٢٨٢.

(٧) ينظر: البنية ٨/٥٣.

القول الثاني: صحة البيع وبطلان الشرط.

وهو قول محكي عن سفيان الثوري^(١)، ومالك مع كراهة هذا البيع ابتداءً^(٢)، وهو ما قرره الحنفية في غير الاستحسان^(٣)، وهو المعتمد عند بعض المالكية، فإذا جاء الأجل في البيوع الآجلة ولم يأت المشتري بالثمن طُلب به، ولا يُفسخ البيع إذ لم يأت به فيه^(٤).

القول الثالث: صحة البيع والشرط.

وهو قول الثوري وإسحاق^(٥)، وحكي عن مالك^(٦)، وهو مذهب الحنابلة^(٧)، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية^(٨)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية^(٩).

القول الرابع: لا بيع بينهما، ويفسخ البيع.

وهو قول محكي عن مالك^(١٠)، وقول الشافعية ويحكمون ببطلان البيع^(١١)، وبه قال ابن حزم^(١٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول الذين صححوا البيع بخيار النقد، كأصحاب القول الثالث، إلا أنهم قيدوا بثلاثة أيام، بأدلة، وهي كما يأتي:

- (١) ينظر: مسائل أحمد لإسحاق بن راهويه ٦/ ٣٠٢٥.
- (٢) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ١٧٥.
- (٣) ينظر: المبسوط ٢٦/ ٢.
- (٤) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ١٧٦.
- (٥) ينظر: المجموع ٩/ ٣٧٩.
- (٦) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ١٧٥.
- (٧) ينظر: المغني ٣/ ٥٠٤، وإعلام الموقعين ٣/ ٢٨٢، وقال: فإن وفاه وإلا انفسخ البيع وعادت السلعة إلى ملكه، وهذه حيلة حسنة مخلصة لغرضهما من غير مفسدة ولا تضمّنٍ لتحرير ما أحل الله، ولا لتحليل ما حرم الله. اهـ. والإنصاف ٤/ ٣٥٨-٣٥٩، وقال: إن مضى الزمن الذي وقته له ولم ينقده الثمن؛ انفسخ العقد، على الصحيح من المذهب. وقيل: يبطل البيع بفواته. اهـ. بمعنى أن إلغاء العقد إما أن يكون بطريق الانفساخ أو البطلان من دون الحاجة إلى الفسخ. والروض المربع ٢/ ٧٥٧، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٠، والدرر السنية ٤٢/ ٦، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢/ ١٣٢.
- (٨) ينظر: مجلة الأحكام العدلية ص ٦٣، مادة ٣١٣.
- (٩) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الضمانات رقم (٥)، ومعيار فسخ العقود بالشرط رقم (٥٤)، ص ١٣٤ و ١٢٧١، ونصه في معيار الضمانات: يحق للبائع أن يشترط على المشتري بالأجل أنه إذا لم يسدد الثمن خلال مدة معلومة بعد حلول الأجل فله فسخ العقد حمايةً لحقه دون الرجوع إلى القضاء. اهـ. واشترطوا للفسخ انتفاء الموانع في معيار فسخ العقود بالشروط.
- (١٠) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ١٧٦.
- (١١) ينظر: المجموع ٩/ ٣٧٩.
- (١٢) ينظر: المحلى ٧/ ٢٦٠ وما بعدها.

الدليل الأول: أن الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرراً عن المماثلة^(١).

الدليل الثاني: قول الصحابي.

وهو ما روي عن ابن عمر^(٢) أنه أجاز بيع جارية على أنه إن لم يُنقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع، ولم يرد عن أحد من نظرائه خلافه^(٣).

ويمكن أن يناقش: بأنه إذا ثبت في ثلاثة أيام، فلأن يثبت فيما هو قريب من الثلاثة أيام كذلك.

دليل القول الثاني:

استدل من أمضى العقد ببطان الشرط بأن خيار المشتري لا يمنعه من التصرف في المبيع، والبيع تام لازم من جانب البائع، فإن مضت الأيام الثلاثة قبل أن ينقده الثمن فلا سبيل للبائع على المبيع، ولكنه يتبع المشتري بالثمن^(٤).

أدلة القول الثالث:

استدل المصححون للعقد مع شرط خيار النقد بما يأتي:

الدليل الأول: قول الصحابي.

فإن هذا يروى عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٥).

الدليل الثاني: القياس على شرط الخيار.

وجهه: تعليق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار، فجاز، كما لو شرط الخيار.

وذلك أنه كما يحتاج إلى التروي في البيع، هل يوافقه أو لا؟ يحتاج إلى التروي في الثمن، هل يصير منقوداً أو لا؟ فهما سريان في المعنى، متغايران في الصورة، إلا أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ، وهاهنا يفسخ إذا لم ينقد؛ لأنه جعله كذلك^(٦).

الدليل الثالث: القياس على الصرف.

فإن عقد الصرف ضربٌ من البيع، فجاز أن يفسخ البيع بخيار النقد بتأخير القبض، كالصرف^(٧).

(١) ينظر: البناية ٥٣/٨.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في باب الرجل يبتاع من الرجل الشيء ٥/٤ برقم ٢٣١٧٢ عن سليمان، مولى البرصاء، قال: بعث من ابن عمر سلعة أو بيعاً، فقال: إن جاءت نفقتنا إلى ثلاث فالسلعة لنا، وإن لم تأت نفقتنا إلى ثلاث فلا بيع بيننا وبينك، فسنستقبل فيها بيعاً مستقبلاً. اهـ.

(٣) ينظر: البناية ٥٤/٨. (٤) ينظر: الميسوط ٢/٢٦.

(٥) ينظر: المغني ٣/٥٠٥، هكذا في النسخة، ولعله تصحيف عن ابن عمر.

(٦) ينظر: المغني ٣/٥٠٥. (٧) ينظر: المغني ٣/٥٠٥.

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب القول الرابع بأن هذا البيع في معنى تعليق فسخ البيع على غرر، فلم يصح، كما لو علقه بقدوم زيد^(١).

الترجيح:

مقتضى النظر في حقائق العقود ومعانيها أن البيع بخيار النقد أو بشرط الفسخ إذا لم يوف المشتري الثمن، أنه في معنى البيع المعلق انعقاده على الوفاء بالثمن، كما لو قال: إن نقدتني الثمن في وقت كذا، ويسمي مدة معلومة، فقد بعثك؛ فهو وعدٌ بالبيع وليس بيعاً، ولذلك لا يمكن البائع المشتري فيه من قبض المبيع قبض تملك، والسلعة من ضمان البائع.

وليس هناك ما يمنع من هذه الصورة، حيث لا يحل المبيع للمشتري إلا بطيب نفس من البائع، والبائع لم يرض ببث البيع من غير نقد الثمن.

ولهذا البيع نظائر في صفقات السلف؛ مثاله: ما روي عن عطاء في رجل اشترى من رجل سلعة، قال: إن لم آتكَ بالثمن إلى كذا وكذا وإلا فلا بيع بيني وبينك، قال: ليس ببيع. اهـ^(٢)؛ أي: أن البيع لم ينعقد بعد.

وكذلك ما روى ابن سيرين، قال: اشترى رجل من رجل بيعاً، فقال: إن جئتني بالنقد إلى يوم كذا وكذا، وإلا فلا بيع بيني وبينك، فجاءه من الغد، فاخصمما إلى شريح، فقال شريح: أنت أخلفته. اهـ^(٣)، فرأى شريح أن المشتري لم يأت على ميعاد البائع، ولم يلزم البائع بالبيع قضاء؛ لأنه لم يعتبر مطلق الوعد عقداً. وهل يلزم البائع بإطلاق البيع إذا نقده المشتري الثمن في المدة المسماة بينهما؟ هذه مسألة حكم لزوم الوفاء بالعدة عند الفقهاء، وهي مبحوثة بتوسع في المبحث الحادي عشر من هذا الفصل.

وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد^(٤) ما نصه: لا مانع من اتفاق الطرفين على اشتراط انفساخ العقد تلقائياً بمجرد انتهاء مدة خيار الشرط، إذا لم يبلغ من له الخيار الطرف الآخر بإمضاء العقد.

أما لو قال البائع: بعثك هذه السلعة بكذا، واشترط عليه الفسخ إن لم يوف الثمن، فقبل

(١) ينظر: المجموع ٣٧٩/٩، والمغني ٥٠٤/٣.

(٢) رواه عبد الرزاق في باب الاشتراء على الرضى، وهل يكون خيار أكثر من ثلاث؟ ٥٣/٨ برقم ١٤٢٨٠، وابن أبي شيبة في باب الرجل يبتاع من الرجل الشيء ٤/٥ برقم ٢٣١٧١.

(٣) رواه عبد الرزاق في باب الاشتراء على الرضى، وهل يكون خيار أكثر من ثلاث؟ ٥٣/٨ برقم ١٤٢٧٩.

(٤) الضابط (١٥)، ص ٢٠.

المشتري وقبض المبيع وتفرقا على ذلك، ومضت مدة، والبيع مستكمل لشروطه الشرعية، ثم لم يوف المشتري الثمن للبائع، فقال البائع: لا يبيع بيننا؛ فهذه المسألة من قبيل مسائل خيار الشرط عند الفقهاء، وقد بحثتها بتوسع عند الكلام على الوقائع الألتصق بها من أعمال المصرفية الإسلامية في المبحث الثاني عشر من هذا الفصل، وعنوانه: الضمان في بيع الخدمات^(١).

وفي الجملة: إن مقصود عقد البيع انتقال ملك المبيع إلى المشتري، واستحقاق البائع للثمن، ولو لم يقبضه، فهو مستقر في ذمة المشتري وورثته حتى يؤدي للبائع، واشتراط فسخ العقد منافي لذلك ما لم تكن مدة خيار الشرط قصيرة عرفاً، ولا تنتظم عقود المسلمين والمتبايعين في الأسواق مع إطلاق تسويغ اشتراط انفساخ العقود الملزمة للجانبين عند إخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، وقد تتناقل الأيدي المبيع بعد المشتري، وتقدم في المطلب الثالث من هذا الفصل القول ببطالان الشروط المنافية لمقصود العقد، وبطلان هذا الشرط لا يمنع من صحة العقد^(٢)، ولا يمنع من مطالبة البائع للمشتري بالثمن.

المطلب السادس: ضمان ثمن المبيع بسند لأمر يحرره المشتري

السند لأمر وثيقة معاصرة معتبرة في إثبات الدين الحال أو المؤجل، ويسمى السند الإذني، وهو من الأوراق التجارية، وقد يكون مستحقّ الوفاء لدى الاطلاع.

وعُرف بأنه: صك يتعهد بموجبه محرّره بأن يدفع مبلغاً معيناً في تاريخ معين، أو قابل للتعين أو بمجرد الاطلاع، إلى شخص آخر يسمى المستفيد، وهو الدائن غالباً.

ولا بد في الحالة السعودية من اشتماله على: شرط الأمر أو عبارة سند الأمر، وتعهد - غير معلق على شرط - بوفاء مبلغ معين من النقود، وميعاد الاستحقاق، ومكان الوفاء، واسم من يجب الوفاء له أو لأمره.

ولا يعتبر صحيحاً إذا خلا من هذه البيانات، حسب ما نص عليه نظام الأوراق التجارية السعودي، إلا في أحوال استثنائية^(٣).

- (١) في المطلب الأول، وهو: الضمان في شراء خدمات تعليمية بخيار الشرط.
- (٢) لحديث بريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا المتقدم قريباً في المطلب الثالث، حيث أبطل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشرط الفاسد ولم يبطال العقد؛ لأن الأصل في العقود اللزوم والوفاء والتصحيح كلما أمكن ذلك، وهذا هو المشهور عند الفقهاء المتقدمين؛ كالحسن البصري، والشعبي، والنخعي، والحكم، وابن أبي ليلى، وأبي ثور. ينظر: المغني ١٧١-١٧٢.
- (٣) ينظر: نظام الأوراق التجارية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) وتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣ هـ، المواد (٨٧-٨٨)، وأحكام الأوراق التجارية للدكتور سعد الخثلان ص ٤٨-٤٩ و ١٣١ و ٢٨٦، وأبحاث هيئة كبار العلماء ٣٤٢/٥، ومجلة البحوث الإسلامية ع ٤٨/٤٠-٥٢.

ومن أمثلة ضمان ثمن المبيع بالسند لأمر في عقود المصرفية الإسلامية: ما تحرره المصارف التجارية الإسلامية من أسانيد الأمر التي يوقعها العميل عند التعاقد على البيع بالأجل أو البيع بالتقسيط وغير ذلك من العقود، وتشتمل الأسانيد بمجموعها على قيمة العقد كاملاً، بما يسمى سقف العقد، ويتعهد المصرف ألا يستخدم المصرف هذا السند إلا بمقدار المبلغ المستحق على العميل.

والسند لأمر وسيلة ضمان مشروعة في البيوع الآجلة وعموم المدينيات^(١)؛ لأن الله سبحانه وتعالى أمر بتوثيق الديون كتابةً، فقال: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَأَكْتُبُوهُ﴾^(٢)؛ سواء أكانت الكتابة بمستند عادي، أم مستند عرفي رسمي، حيث لم تحدد الشريعة طريقة معينة للكتابة المأمور بها، والعرف معتبر في شكل الكتابة.

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة الصادر برقم (٦٤) في شأن البيع بالتقسيط ما نصه: الأوراق التجارية (الشيكات، السندات لأمر، سندات السحب) من أنواع التوثيق المشروع للدين بالكتابة. اهـ^(٣)، وبذلك صدر معيار الضمانات من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، غير أنهم اشترطوا ألا يمنع النظام من ذلك^(٤)، وألا تستخدم هذه الأوراق التجارية للاستيفاء إلا في مواعيدها ودون زيادة على مقدار الحق محل الاستيفاء^(٥). حتى ولو كانت السندات لأمر حالة^(٦).

(١) وذلك ما لم يكن التقابض في المبايعه شرطاً كبيع الذهب بالفضة، ومثله ما يقوم مقام النقدين كالريال السعودي يباع بالجنه المصري، فإذا كان كذلك لم يجز تحرير أحد العوضين أو كليهما بسند الأمر؛ لاشتماله على تأجيل أحد البديلين وهما ربويان، فقد حدث عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبُرُّ بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء» رواه البخاري في مواضع، منها: باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ٦٨/٣ برقم ٢١٣٤. ينظر: أحكام الأوراق التجارية ص ١٣٢-١٣٣، والمعاملات المالية للديان ١٣/٥٨٩-٥٩٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/٧٣٦.

(٤) وفي هذا المعنى قرر الفقهاء أن السلطان إذا منع المعاملة بجنس القرض الذي اقترضه المقرض، فإن للمقرض القيمة. ينظر: زاد المستقنع بتحقيق الجواز ص ٢٢٣، والدرر السنية ٦/٢٠٨.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الضمانات رقم (٥)، ص ١٣٥ و ١٤٦.

(٦) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٣)، ص ٢٩، والأحكام والضوابط الشرعية لمنتجات الإنماء وخدماته المستخلصة من قرارات اللجنة الشرعية، الضابط رقم (٤٣٦ و ٤٣٧) ص ١٨٥، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٥) بعنوان: إجازة نموذج سند لأمر بضمان ونموذج سند لأمر بدون ضمان، ١/٢٦.

وهذه القيود كُتبت بناء على ملازمة للواقع وإشكالاته ومعايشة لمبايعات المصارف وعقودها، وهي محل تقدير واجتهاد، إلا أن اشتراط عدم استخدام هذه الأوراق التجارية للاستيفاء إلا في مواعيدها، وألا يكتب الدائن في السند مبلغاً زائداً على مقدار الحق محل الاستيفاء؛ محل اتفاق ومن المسلمات؛ لأن الدائن إن استخدم السند قبل الميقات المتفق عليه كان معتدياً ظالماً، وإن زاد في قيمة المبلغ المكتوب كان مرايياً ومخالفاً لقول الله تعالى في آية الدين: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾^(١).

وقد وقفتُ من خلال عملي في مجال المحاماة على قضايا استعجل فيها المصرف بتنفيذ الأسانيد وتقديمها لمحكمة التنفيذ قبل حلول أجل الدين؛ مما ترتب عليه إيقاف خدمات العميل، وبمراجعة المصرف اعتذر وتبين أن الأسانيد قُدمت خطأ.

المطلب السابع: ضمان ثمن المبيع بحبس ممتلكات المشتري التي تحت يد المصرف

المقصود من هذا الضمان استيفاء ثمن المبيع من ممتلكات المشتري بعد بيعها أو نقل ملكيتها.

ومثاله في أعمال المصرفية الإسلامية: ما تشترطه المصارف التجارية الإسلامية في عقود البيوع الآجلة من أن لها الحق في الحجز على أرصدة العميل وعلى أي سلعة تحت يده تعود ملكيتها للعميل، وأن لها حق التصرف فيها وبيعها بالسعر القائم في السوق دون الرجوع للعميل؛ لاستيفاء المبالغ المستحقة على العميل عند عدم التزامه بالوفاء بهذه المبالغ في مواعيدها المحددة.

والحبس قد جرى على ألسنة الفقهاء في مسألة نماء الرهن المتصل؛ فإنهم عدوا النماء محبوباً بالدين^(٢). والحبس الذي يكون بالاتفاق في عقود المصرفية الإسلامية، كما في المثال المذكور في صدر المطلب، يقابله الحجر الذي ذكره الفقهاء وأناطوه بالقاضي أو الحاكم، وذلك بناء على ما يرفعه إليه صاحب الحق^(٣)، على أنهم لم يلتزموا اشتراط حكم الحاكم في بعض الفروع؛ كحجر الأب على ابنه السفیه بدون حكم الحاكم، وحجر الابن على أبيه إذا أصابه الخرف^(٤).

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢. (٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٣.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٧٢، وشرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢٩٩، والحاوي ٦/٣٤١، والمغني ٤/١٥٠، والشرح الممتع ٩/٢٧٥.

(٤) والآيات التي جاءت بالحجر على السفیه واليتامى خوطب فيها عموم الأولياء والأوصياء من دون اشتراط حكم الحاكم، وذلك في مثل قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْثِرُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥].

وبالنظر في دواعي الحجر المشروع، فإن الفقهاء اجتهدوا في عدّ أسبابه، وذكر طائفة منهم أن من أسباب حجر الحاكم: ركوب الدين ومطل الغني^(١).

وحجز أملاك الطرف الآخر مذكور عند الفقهاء في معاملات الناس القائمة على أساس المعاوضة ولكن بصيغة الحبس، والحبس يكون بغير اتفاق مع الطرف الآخر؛ كما قال البهوتي: إن حبس الثوب على أجرته فتلف ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان، كالغاصب. اهـ^(٢).

فهذا الثوب ليس للخياط، ومع ذلك حازه وحبسه عنده لضمان الثمن من دون إذن مالكة، فأشبهه ما يحوزه المصرف من ممتلكات وأموال العميل المشتري، وعلى هذا لو تلفت المحجوزات في يد المصرف هل يضمنها؟ الأشبه أنه لا يضمنها لإذن مالكةا بذلك في العقد المبرم بينهما.

وفي تفويض العميل للمصرف بالتصرف والبيع، مقصد معتبر عند المصرف، وهو عدم اللجوء إلى القضاء لإنهاء إجراءات الحجز والبيع. وفي اعتبار هذا المقصد يقول ابن القيم: ولا ريب أن هذا خيرٌ للراهن والمترهن من تكليفه الرفع إلى الحاكم، وإثباته الرهن، واستئذانه في بيعه والتعب الطويل الذي لا مصلحة فيه سوى الخسارة والمشقة^(٣).

غير أن إطلاق الحجز على أرصدة العميل والحجز على أي سلعة تحت يد المصرف قد يلحقه شبهة الاعتداء والظلم إذا لم يقيد بالضوابط الشرعية. وبيان ذلك كما يأتي:
أولاً: الحجز على الأرصدة ينبغي أن يقيد بما لا يزيد على قيمة المطالبة، فما زاد عليه لا يحال بينه وبين صاحب الحساب.

ثانياً: الحجز على السلع إذا كانت قيمتها السوقية أكبر من الدين، فلا يستمر الحجز مدة تزيد على المدة التي يمكن في مثلها عادة البيع واستيفاء الحق، حتى لا تتعطل مصالح العميل في ماله ولا تفوته منافعه.

والمثال المذكور في مقدمة المطلب مشتمل على إذن المشتري للمصرف بالمقاصة لاستيفاء الدين عند حلول أجله، والمقاصة هي: سقوط أحد الدينين بمثله جنساً وصفة^(٤)، وفي المعايير الشرعية أنها: إسقاط دين مطلوب لشخص من مدينه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لمدينه^(٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٢/٦، وفتح القدير ٢٥٤/٩، ومجمع الضمانات ص ٤٢٢ وما بعدها، والتاج والإكليل ١٩٥/٥، ونهاية المطلب ٤٤٠/٦ وما بعدها، والمغني ٣٥٣/٤، وحاشية الروض لابن قاسم ١٦٢/٥ وما بعدها ١٨١.

(٢) الروض المربع ٩٦٨/٣. وينظر: الحاوي ٣٠٥/٦، والإنصاف ٧٧/٦، ومتهى الإرادات ١١٨/٣.

(٣) ينظر: إعلام الموقعين ٣٤٣/٥.

(٤) ينظر: إعلام الموقعين ٢٤٢/١.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المقاصة رقم (٤)، ص ١١٣.

والمواعدة على إجراء المقاصة فيما ينشأ، أو ما قد ينشأ، من الديون المستقبلية بين المؤسسة المصرفية وعملائها أو المؤسسات الأخرى لا حرج فيه، لما يأتي من الأدلة على مشروعيتها:

الدليل الأول: الكتاب، وفيه ثلاث آيات:

الأولى: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١).

وجه الاستدلال: إذن الله عز وجل لولي اليتيم في حال الفقر والحاجة أن يأكل من مال يتيمة لقيامه عليه، على وجه الاعتياض على عمله وسعيه له^(٢).

الثانية: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِنْ أَرْزَاقِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَابْتُمْ فَمَّا تَأْتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَرْزَاقُهُمْ فَمِثْلَ مَا أَنْفَقُوا﴾^(٣)؛ قال الشافعي: يعني من مهرهن، إذا فاتت امرأة مشرك أئتنا مسلمة قد أعطاها مائة في مهرها، وفاتت امرأة مشركة إلى الكفار قد أعطاها مائة حسبت مائة المسلم بمائة المشرك؛ فقيل: تلك العقوبة. اهـ^(٤)، أي: المعاقبة من قوله تعالى: ﴿فَعَابْتُمْ﴾، وصرح بعض الشافعية بأن المعاقبة هي المقاصة^(٥).

الثالثة: قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٦)؛ إذ فسرت بمقاصة دية الحر ودية العبد، ودية الذكر ودية الأنثى، في قتل العمد، إن اقتُص للقتل من القاتل، والتراجع بالفضل والزيادة بين ديتي القتل والمقتص منه المتباينتين في المقدار، روي عن ذلك عن علي وجماعة^(٧).

الدليل الثاني: السنة، وفيه أحاديث:

الحديث الأول: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الرهْنُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلِبْنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيُشْرَبُ النِّفَقَةُ»^(٨)، فالمقصود بقوله: «بِنَفَقَتِهِ»: مقابل نفقته، فدل استعمال المرهون مقابل الإنفاق عليه من دون عقد مستقل بذلك من مالك المرهون المركوب، على مشروعية المقاصة.

قال إبراهيم النخعي: إذا انتفع من الرهن بشيء قاصه بقدر ذلك^(٩).

الحديث الثاني: ما جاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم غريمه اليهودي ليأخذ ثمر نخله بالذي له، وبوب عليه البخاري في صحيحه: باب إذا قاص أو جازفه في اللذين تمرًا بتمر أو غيره. ثم أسنده بطوله^(١٠).

(١) سورة النساء، الآية: ٦. (٢) ينظر: تفسير الطبري ٤٢٧/٦.

(٣) سورة الممتحنة، الآية: ١١. (٤) الأم ٥/٤.

(٥) روضة الطالبين ٣٤٩/١٠. (٦) سورة البقرة، الآية: ١٧٨.

(٧) تفسير الطبري ٩٨/٣ وما بعدها.

(٨) رواه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في باب الرهن عند اليهود وغيرهم ٤٢١/٣ برقم (٢٥٢٦).

(٩) رواه ابن أبي شيبة في باب الرجل يرهن عند الرجل الأرض ٤٣٧/١١ برقم (٢١٩٩٩).

(١٠) صحيح البخاري ٣/٣٤٨-٣٤٩ برقم ٢٤٠٨.

الحديث الثالث^(١): عموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون على شروطهم»^(٢).

(١) ينظر: الأصل ٨/ ٥٩-٦١، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٦٤-٢٦٥، والمدونة ٣/ ١٦٠-١٦٢، والتفريع ١/ ٣٣٠، والأم ٥/ ٦٩، ومغني المحتاج ٦/ ٥٠٩، والمغني ٧/ ٢٥٧، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٦٢، والمعايير الشرعية ص ١٢٢.

(٢) هذا الحديث من الأصول الشرعية في هذه الرسالة، وقد رواه أحمد ١٤/ ٣٨٩ برقم ٨٧٨٤ وأبو داود في باب الصلح ٥/ ٤٤٥ و ٤٤٦ برقم ٣٥٩٤ من حديث أبي هريرة مرفوعاً، ولفظه: «الصلح جائز بين المسلمين»، وزاد بعض رواته: «إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». قال أبو داود: وقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «المسلمون على شروطهم» هكذا أورده معلقاً كصنيع البخاري في صحيحه مع هذا الخبر، ورواه الشافعي معلقاً كما في السنن الصغير للبيهقي ٣/ ٨١، ورواه الدارقطني بلفظ: «الصلح جائز بين المسلمين» وقال: هكذا كان في أصله. اهـ. إشارة منه إلى أن ما زاد على هذا الحرف من المدرجات على حديث أبي هريرة، وحديث أبي هريرة مُعَلٌّ بكثير بن زيد، وقال الحاكم: رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه.. وله شاهد من حديث عائشة وأنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. اهـ. قال الذهبي: إسناده وإهـ. اهـ. وقال: ضعفه النسائي، ومشاه غيره. اهـ. وقال ابن حجر: كثير ابن عبد الله ضعيف عند الأكثر لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يَقْوُونَ أمره. اهـ.

ورواه الترمذي في باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس ٣/ ٢٨ برقم ١٣٥٢ من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»، وقال: حسن صحيح، ورواه غير الترمذي، وتعقبوا الترمذي في تصحيحه، والسبب في ذلك أن أحمد ابن حنبل كان يحمل على كثير يضعفه، وقالوا: إنه اعتبر كثرة طرده، ولذلك قال عنه الترمذي: حسن صحيح، ولم يقل: صحيح؛ لأن الصحيح أقوى عنده، والله أعلم، مما قال عنه حسن صحيح، وحسنه من هذا الطريق عبد الحق الإشيلي نقلاً عن ابن القطان، وقال ابن الملقن: إن هذا الطريق وطريق أبي هريرة هما أقوى طرق الحديث على علاقته. اهـ. بتصرف.

ورواه الدارقطني ٣/ ٤٢٦-٤٢٧ برقم ٢٨٩٤، والحاكم ٢/ ٥٧ برقم ٢٣١٠؛ من حديث أنس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المسلمون على شروطهم ما وافق الحق من ذلك»، وضعفه البيهقي وابن عبد الهادي، وقال الذهبي: لم يصح. اهـ.

ورواه الدارقطني ٣/ ٤٢٧ برقم ٢٨٩٣ من حديث عائشة أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق»، وضعفه البيهقي.

ورواه الطبراني في الكبير ٤/ ٢٧٥ من حديث رافع بن خديج به مرفوعاً، وزاد في لفظه: «فيما أحل». ورواه العقيلي في الضعفاء ٤/ ٤٨ من حديث ابن عمر به مرفوعاً، ثم قال العقيلي: وهذا يروى بإسناد أصح من هذا. اهـ. كأنه يريد حديث أبي هريرة وكثير بن عبد الله بن عمرو.

ورواه ابن أبي شيبة في باب من قال: المسلمون عند شروطهم ٤/ ٤٥٠ برقم ٢٢٠٢٢ من حديث عطاء، قال: بلغنا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المسلمون عند شروطهم»، قال الألباني: إسناده مرسل صحيح، رجاله كلهم ثقات رجال مسلم. اهـ.

وأورده البخاري معلقاً بصيغة الجزم، من غير نسبة إلى أحد من الصحابة أو التابعين، في باب أجر السمسرة؛ قال البخاري: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون عند شروطهم».

قال الحاكم: وهذا الحديث أصل في الكتاب. اه. يعني أنه أصل في تدوين العقود والعهود^(١)، وهذا الحديث يناسب الاستدلال به فيما كان من المقاصة متفقاً عليه بين الطرفين، فيما يُعرف بالمقاصة الاتفاقية.

الدليل الثالث: عمل المسلمين.

فالمقاصة مما جرى به العمل بين المسلمين، ولم يُنقل إنكارها، بل لا يُحفظ عنهم - فيما أعلم - خلاف في مشروعيتها.

= وروى موقوفاً ومقطوعاً؛ فأما الموقوف منه فقد رواه محمد بن الحسن في كتابه الأصل في باب انتقاض الإجارة ٣/ ٥٥٠، وابن أبي شيبة في باب من قال: المسلمون عند شروطهم ٤/ ٤٥٠ برقم ٢٢٠٢٣ عن عمر، ولفظه: «المسلم عند شرطه». اه. ورواه ابن أبي شيبة ٤/ ٤٥٠ برقم ٢٢٠٣٠ عن علي به موقوفاً. والمقطوع منه مروى عن شريح عند سعيد بن منصور في باب ما جاء في الشرط في النكاح ١/ ٢١٢ برقم ٦٦٥، ولفظه: «المسلمون عند شروطهم». اه. وابن أبي شيبة ٤/ ٤٥٠ برقم ٢٢٠٢٣، ولفظه: «المسلمون عند شروطهم ما لم يُعصَ الله». اه. وبرقم ٢٢٠٢٥، ولفظه: «لكل مسلم شرطه». اه. من طريق وكيع، ومروى عن الشعبي عند ابن أبي شيبة في باب من قال: المسلمون عند شروطهم ٤/ ٤٥٠ برقم ٢٢٠٢٥ من طريق وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد، قال: جاءت امرأة إلى الشعبي فقالت: إن ابنتي بيعت على شرط ألا تباع؟ قال: ابتك على شرطها. اه. ومروى عن عمر بن عبد العزيز عند عبد الرزاق من طريق معمر في باب الشرط على المكاتب ٨/ ٣٧٩ برقم ١٥٦٠٩، ولفظه: «المسلمون على شروطهم فيما وافق الحق». اه. ومروى عن عمرو بن دينار عند عبد الرزاق من طريق ابن جريج ٩/ ٢٤ برقم ١٦٢١٧، ولفظه: «المسلمون على شروطهم». اه. ومروى عن عطاء عند عبد الرزاق من طريق ابن جريج ٨/ ٣٧٧ برقم ١٥٥٩٦، ولفظه: «المسلمون على شروطهم فيما وافق الحق». اه. ومروى عن إبراهيم بن أدهم عند أبي بكر الدينوري المالكي في كتابه المجالسة وجواهر العلم ٧/ ٩٤ برقم ٢٩٧٩ من طريق أبي علي البيروني، قال: شارط إبراهيم بن أدهم رجلاً على شيء يعمل في الأرض، فعمل فيه أياماً، فأتاه صاحب الأرض فقال: أفسدت علي أرضي. قال إبراهيم: ما أفسدت عليك أكثر أم كراي؟ قال: الكرى. قال: فأطرح لك من الكرى بقدر ما أفسدت عليك؟ فقال الرجل: نعم. فولى إبراهيم فقيل للرجل: هذا إبراهيم بن أدهم. فأتاه؛ فقال له: خذ كراك وافياً وأجعلك في حل مما أفسدت من أرضي. فقال إبراهيم: لا حاجة لي في الكرى، المسلمون عند شروطهم. اه.

هذا، وقد احتج به المحققون من أهل العلم، كابن عبد البر في كتابه التمهيد، ونسبه إلى النبي ﷺ معلقاً كما فعل البخاري، وهو حديث مشهور، وقال الشوكاني في أسانيده: أقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً. اه. وصححه الألباني لغيره.

ينظر: سنن الدارقطني ٣/ ٤٢٦، والمستدرک ٢/ ٥٧، والسنن الكبير للبيهقي ٧/ ٤٠٦، والتمهيد ١٨/ ١٧٠، وبيان الوهم والإيهام ٣/ ٥٢٧، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٧، وتنقيح التحقيق لابن عبد الهادي ٤/ ٤١، وتنقيح التحقيق للذهبي ٢/ ٨٠، والبدر المنير ٦/ ٥٥٢، وفتح الباري ٤/ ٤٥١-٤٥٢، وإرواء الغليل ٥/ ١٤٢-١٤٦.

فمن ذلك ما يأتي من الأمثلة والوقائع:

الواقعة الأولى: قول ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في سَمَّاكَ عليه لرجل خمسون درهماً، فكان السماك يهدي إلى الرجل الدائن السمك، فأتى ابن عباس فسأله عن ذلك، فقال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: قاصه بما أهدى إليك. اهـ^(١).

وفي هذا رُوي عن الحكم^(٢) أنه كان يكره أن يأكل الرجل من بيت الرجل وله عليه دين، إلا أن يحسبه من دينه. اهـ، وفي رواية أخرى قال: يقاضه. اهـ^(٣).

الواقعة الثانية: ما رُوي عن إبراهيم بن أدهم أنه شارط رجلاً على شيء يعمله في الأرض، فعمل فيه أياماً، فأتاه صاحب الأرض فقال: أفسدت علي أرضي. قال إبراهيم: ما أفسدت عليك أكثر أم كراي؟ قال: الكرى. قال: فأطرح لك من الكرى بقدر ما أفسدت عليك؟ فقال الرجل: نعم. فولى إبراهيم، فقيل للرجل: هذا إبراهيم بن أدهم. فأتاه فقال له: خذ كراك وإفياً وأجعلك في حل مما أفسدت من أرضي. فقال إبراهيم: لا حاجة لي في الكرى، المسلمون عند شروطهم. اهـ. فانظر كيف أقرأ المقاصة بين قيمة إصلاح الفاسد في العمل من جهة وما بقي من قيمة الكرى من جهة أخرى، بحيث إذا أخذ المستأجر، صاحب الأرض، قيمة إصلاح الفساد من الأجرة مقاصةً أعطى الأجير إبراهيم ما بقي من قيمة الأجرة، وهي الكرى أو الكراء^(٤).

الواقعة الثالثة: قول مالك في رجل باع سلعة بثمن مؤجل، ثم اشتراها بثمن مؤجل: إذا حل الأجل قاصه مائة بمائة. اهـ^(٥).

الواقعة الرابعة: قول محمد بن الحسن في رجلين بينهما دينان متفاضلان ومختلفان جنساً: إن قاصه بالدينار الذي له عليه وأخذ بالفضل بيعاً دقيقاً أو غيره فهو جائز. اهـ^(٦).

الواقعة الخامسة: قول أحمد في رجل له على رجل عشرة دراهم وللآخر عليه عشرة دراهم، فلقية فقال: العشرة التي لي عليك بالعشرة التي لك علي: هو جائز، قد قضاه حين صارت له عليه

(١) رواه البيهقي في باب كل قرض جر منفعة فهو ربا ٢٩٣/١١ برقم ١١٠٣٥.

(٢) هو الحكم بن عتيبة الكندي، وهو عالم أهل الكوفة في زمانه، ثقة ثبت فقيه، صاحب سنة واتباع، من كبار أصحاب إبراهيم النخعي وعد في أقرانه، روى عن مجاهد وعكرمة وعطاء وخلق سواهم، وروى عنه الأعمش والأوزاعي وشعبة وآخرون، توفي عام ١١٣هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ٢٠٨/٥-٢١٣.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في باب الرجل يكون له على الرجل دين فيهدي له أيحسبه من دينه؟ ٣٢٦/٤ برقم ٢٠٦٧٧، ثم قال: حدثنا وكيع عن شعبة عن أبي إسحاق عن أبي عمر قال: يُقاضه. اهـ. وأبو عمر كنية للحكم بن عتيبة الكندي.

(٤) ينظر: المجالسة وجواهر العلم لأبي بكر الدينوري المالكي ٩٤/٧ برقم ٢٩٧٩ من طريق أبي علي البيروتی به.

(٦) الأصل ٣/٤٦٩.

(٥) المدونة ٣/١٣٠.

عشرة. اهـ. وقال في واقعة أخرى: يأخذ منه الدراهم التي أصابها في حسابه^(١).

بل إن الفقهاء منعوا المدين من اشتراط نفي المقاصة على الدائن إذا باعه شيئاً، فقرروا أن الدائن المشتري يحسم الدين من ثمن السلعة^(٢).

واختلفوا في مسائل من المقاصة، وهي: شرط رضا الطرفين، وشرط اتحاد جنس الدين، وإذا كان الدينان أو أحدهما دينَ سلم^(٣).

الدليل الرابع: النظر.

فإن المقاصة تحقق مقصود الشارع في أداء الحقوق إلى أصحابها، وبراءة الذم في أيسر طريق دون تكلف الأخذ والإعطاء، فتنبُّب المقاصة إلى الأخذ والإعطاء من ذرائع المظل وأسابيه. نعم، من عادة الشريعة التشديد في حرمة مال المسلم، لكنها تسهّل فيما يكون بين الخطاء الذين تتعاقب بينهم الحقوق، فأذنت الشريعة للزوجة أن تأخذ من زوجها بالمعروف وإن لم يأذن^(٤)، وأذنت أن يأكل الرجل من بيت قريبه أو صديقه أو كل ما ملك مفتاحه من البيوت، ونزل في هذا آية تتلى إلى يوم الدين^(٥).

(١) ينظر: الجامع لعلوم الإمام أحمد ٩/ ٣٤٠-٣٤١، والروض المربع ٢/ ٧٥٠.

(٢) ينظر: البيان والتحصيل ٣/ ١٩٨، وتسهيل الفقه للجبرين ١٠/ ١٤٣.

(٣) ينظر: المغني ٤/ ١٣٤، وتسهيل الفقه للجبرين ١٠/ ١٤٢-١٤٣.

(٤) وذلك فيما روى البخاري في باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيل والوزن وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ٣/ ٧٩ برقم ٢٢١١ من حديث عائشة، قالت: جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة، فقالت: يا رسول الله، والله ما كان على ظهر الأرض خباء أحب إلي من أن يذلوا من أهل خيائك، وما أصبح اليوم على ظهر الأرض خباء أحب إلي من أن يعزوا من أهل خيائك، فقال رسول الله ﷺ: «وأيضاً والذي نفسي بيده»، ثم قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل مسيك، فهل عليّ حرج من أن أطعم من الذي له عيالنا؟ فقال لها: «لا، إلا بالمعروف». وفي رواية: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»، وفي رواية: «خذي بالمعروف»، ورواه مسلم ٣/ ١٣٣٨ برقم ١٧١٤ بلفظ: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك».

(٥) وهو ما جاء في قول الله تعالى: «لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْكُمْ مَفَاتِحُهُ أَوْ صَدِيقَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتاً فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبْرَكَةً طَيِّبَةً كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ» [النور: ٦١]؛ حيث نفى الله سبحانه وتعالى الجناح عن أنفسنا أن نأكل مما ظفرنا به في البيوت المذكورة، ولو لم يكن ذلك بإذن رب المال؛ لما يكون بين المذكورين من المخالطة، فنفى الله الجناح عن عباده رحمة بهم.

الدليل الخامس: الاستثناس.

حيث رأى بعض المعاصرين الاستثناس بمسألة الظفر بالحق للاستدلال على مشروعية المقاصة^(١). ومستند مشروعية الظفر بالحق حديث زوجة أبي سفيان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا الذي تقدم قريباً، وفيه: «خذي ما يكفيك وكذلك بالمعروف» متفق عليه، وحديث عتبة بن عامر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: قلنا للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إنك تبعثنا، فننزل بقوم لا يقرؤنا، فما ترى فيه؟ فقال لنا: «إن نزلتم بقوم فأمر لكم بما ينبغي للضيف فأقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حقَّ الضيف». رواه البخاري^(٢).

هذا، وإن المقاصة معمول بها اليوم في معظم المؤسسات المالية في الديون الناشئة عن البيع الآجلة بين المؤسسة والعمل، وتُعرف بمصطلح: (set-off consolidation)^(٣)، وعليها العمل لدى المصارف التجارية الإسلامية^(٤)، وقد يجرون المقاصة مع اختلاف جنس الدينين، كما قد يجرون المقاصة مع تفاوت الدينين في القدر^(٥).

وإذا نُصَّ على المقاصة في العقد، لفظاً أو معنى، فهي مقاصة اتفاقية^(٦)، حيث يتحقق فيها رضى الطرفين على مبدأ المقاصة، وقد اجتهدت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في ضبط المقاصة الاتفاقية المعاصرة بشروط، وهي كما يلي:

الشرط الأول: أن يكون كل طرف من أطراف المقاصة دائناً للطرف الآخر ومديناً له.

(١) ينظر: فتح القدير ٥٠٣/١٠، والتفريع ٢/٢٦٣، وشرح النووي على مسلم ٨/١٢، والإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملكن ١٧/١٠، وفتح الباري ١٠٨/٥، وإغاثة اللهفان ٢/٧٥-٧٩، والدرر السنية ٦/٤١٥-٤١٦، وفتاوى ابن إبراهيم ١١/٢٠٥، وشرح زاد المستقنع لمحمد المختار الشنقيطي ٤/٣٣٤، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩/١٥٩-١٦٦، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٩/٧٠٠، والمعايير الشرعية، معيار المدين المماثل رقم (٣)، ص ٩٥.

(٢) رواه البخاري في باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه ٣/١٣١ برقم ٢٤٦١ وفي موضع غيره، ورواه مسلم ٣/١٣٥٣ برقم ١٧٢٧.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المقاصة رقم (٥)، ص ١١٦.

(٤) ينظر مثلاً: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار رقم (٤٦٨) بشأن إجازة مخالصة نهائية، ١/٦٩٤، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٤١٠)، ص ١٢١.

(٥) المعايير الشرعية، معيار المقاصة رقم (٤)، ص ١١٥، حيث قرروا ما نصه: تجوز المقاصة الاتفاقية مع اختلاف الجنس والنوع والصفة والأجل؛ لأن الرضا يعد تنازلاً من كل الدائنين عن حقه في الأفضلية. وتجاوز كذلك إذا تفاوت الدينان في القدر؛ فتقع المقاصة في القدر المشترك، ويحق لصاحب الدين الأكثر مطالبة الآخر بمقدار الزيادة. وينظر: إعلام الموقعين ١/٢٩٣ وما بعدها.

(٦) عرفت المقاصة الاتفاقية بأنها: سقوط الدينين بتراضي الطرفين على انقضاء الالتزام فيما بينهما. ينظر: المعايير الشرعية معيار المقاصة (٤)، ص ١١٤.

الشرط الثاني: رضا كل واحد من طرفي المقاصة.

الشرط الثالث: ألا يترتب على المقاصة محذور شرعي، كالربا أو شبهة الربا^(١).

ويمكن أن يضاف شرط رابع، وهو: رد ما زاد على قيمة الدين للمدين بعد استيفاء الحق من المقاصة، إن كان القدر الزائد حالاً.

المطلب الثامن: التزام المشتري بفتح حساب جارٍ لدى المصرف وتعهده بأن يفي رصيده بالأقساط المجدولة

في عقود البيع التي يكون الثمن فيها آجلاً، بعضاً أو كلاً، يلتزم العميل بفتح حساب جارٍ لدى المصرف التجاري الإسلامي، على أن يكون رصيده عند استحقاق كل قسط كافياً لتغطية مبلغ القسط المستحق عليه في موعده المحدد في جدول الاستحقاق المتفق عليه بين الطرفين.

فهذا الشرط متعلق بوسيلة الأداء؛ كيف يؤدي العميل القسط الشهري؟

وحيث كانت موجودات الحساب الجاري قرصاً من العميل للمصرف فقد ناسب أن يجري المصرف مقاصة بين الدينين، فيما يُعرف لدى المعاصرين بمصطلح إطفاء الدينين^(٢)، والأصل في وسائل الغايات المشروعة الإباحة، والغاية هنا أداء الحق لصاحبه.

وليس هذا الشرط من قبيل أسلفني وأبيعك؛ لأن الحساب الجاري لم يتمحض فيه وصف عقد القرض، لا سيما في هذه الحالة، وإن كان غالباً عليه، ولأن المصرف لم يشترط على العميل أن يودع قدرًا زائداً على مبلغ القسط الشهري.

والأصل في الشروط بين المتعاقدين الصحة واللزوم؛ قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٣)، وقد تراضى المتعاقدان على ذلك.

المطلب التاسع: إجراء مقاصة مع حسابات المشتري الجارية لسداد ما التزم به

من الوسائل التي يضمن بها المصرف ثمن المبيع، اشتراطه على العميل في العقد أن يفوض المصرف دون الحاجة إلى الرجوع إليه، بخصم المبالغ المستحقة مباشرة من حسابه الجاري لدى المصرف، على أن تكون جميع حسابات العميل لدى المصرف وفروعه على اختلاف أسمائها

(١) ومن الربا: المقاصة بين الفوائد الدائنة والمدينة. ينظر: المعايير الشرعية، معيار المقاصة (٥)، ص ١١٥، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٠٦)، ص ١٨٤.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٤٦١)، ص ١٣٨.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٩.

وأنواعها، أيًا كان نوع العملة المفتوحة بها، بمثابة حساب واحد، وأن للمصرف في أي وقت يشاء الحق في إجراء مقاصة مع حسابات العميل الجارية، دون الرجوع إلى العميل، لتسوية الالتزامات الثابتة على العميل تجاه المصرف، على أن يبدأ بالحسابات التي تكون بعملة الالتزام نفسها، فإن لم تف تلك الحسابات بالتزامات العميل فللمصرف الاستيفاء من حسابات العميل بالعملات الأخرى بسعر الصرف السائد بين المصارف حين إجراء المقاصة، وبقدر ما يستوفي به المصرف ما على العميل من التزامات تجاهه.

وبناء عليه، يكون إجراء المصرف المقاصة مع حسابات المشتري الجارية لسداد ما التزم به من باب المقاصة الاتفاقية، وقد تقدم قريباً في المطلب السابع بيان معنى المقاصة الاتفاقية وأدلة مشروعيتها.

وفي معيار المدين المماثل قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: يجوز أن تشترط المؤسسة في عقد المدائنة أنه عند تأخر المدين عن السداد يحق للمؤسسة الاستيفاء من أي أرصدة في حسابات العميل لديها، سواء أكانت جارية أم استثمارية، وذلك دون الحصول على إذن من المدين^(١).

وفي حال كان الدينان مختلفين في العملة، ومنعاً للتواطؤ على الربا؛ تكون المواعدة على إجراء المقاصة بينهما بسعر الصرف السائد يوم السداد، ويستوفي الدائن دينه فور الصرف^(٢).

فإن كان كل من طرفي المقاصة دائناً للآخر ومدينًا له، والدينان متساويان جنسًا ونوعًا وصفةً، وحولاً وتأجيلاً، فالمقاصة هنا جبرية أو وجوبية، بمعنى: أن الدينين يتساقطان تلقائيًا دون حاجة إلى اتفاق أو توقف على تراضي الطرفين^(٣).



(١) ينظر: المعايير الشرعية ص ١٠٦.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٤٦١)، ص ١٣٨.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المقاصة رقم (٥)، ص ١١٣ و ١١٦.

المبحث الثالث

مسوغات تصرف المصرف

في الضمانات المقدمة من المشتري

أفرد هذا المبحث لبيان الحالات التي يأذن المشتري فيها للمؤسسة المصرفية الإسلامية، أو من ينوب عنها من شركات الاستثمار بأن تتصرف في الضمانات المقدمة لاستيفاء ثمن المبيع، سواء أكان الضمان رهناً أم سنداً لأمر أم غير ذلك، وتكون هذه الحالات مدونة في العقد المبرم بينهما، ومقرونة بما يأتي:

أولاً: مطالبة العميل بدفع ما تبقى من ثمن المبيع المؤجل عاجلاً منجزاً قبل التصرف في الضمانات.

ثانياً: التزام المؤسسة المصرفية بأن تحط من أرباح البيع الآجل بقدر المدة المتبقية من الآجل المسمى في العقد، بحيث تعامل البيعة فيما تبقى من الثمن معاملة البيع العاجل، لا الآجل الذي يُزاد معه الثمن في مقابل الآجل.

ولنما احتيج إلى إذن المشتري وتوكيله في التصرف في الضمان؛ لأن الأصل في الضمانات المقدمة إلى المضمون له أنها من ملك الضامن، والمال لا يتصرف فيه بدون إذن مالكة ولو كان مضموناً به.

ولنأخذ على ذلك مثال الرهن الذي يبذله المشتري للبائع توثقاً لثمن المبيع الآجل، فالرهن من أبرز الضمانات الفقهية والمصرفية، ومع كونه في يد المرتهن الذي هو البائع، إلا أنه لا يسوغ شرعاً أن يتصرف المرتهن ببيعه للاستيفاء منه، وذلك للنهي عن غلق الرهن، وهو المنقول عن الفقهاء من أصحاب النبي ﷺ وتابعيهم والمشهور عن الأئمة الأربعة^(١).

(١) غير أن ابن القيم أجاز بيع الراهن للرهن على المرتهن بيعاً معلقاً على شرط حلول الآجل وعدم الوفاء، بأن يقول: إن وقَّيتُك الدين إلى كذا وكذا، وإلا فالرهن لك بما عليه، وقال: فعله الإمام أحمد. اهـ. وناقش حديث «لا يغلُق الرهن» بقوله: ولا حجة لهم فيه، فإن هذا كان موجه في الجاهلية أن المرتهن يملك الرهن بغير إذن المالك إذا لم يوفه، فهذا هو غلق الرهن الذي أبطله النبي ﷺ، وأما بيعه للمرتهن بما عليه عند الحلول فلم يُنْطَلِ كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس صحيح ولا مفسدة ظاهرة، وغاية ما فيه أنه بيع عُلِقَ على شرط، ونعم فكان ماذا؟ وقد تدعو الحاجة والمصلحة إلى هذا من المرتهنين. اهـ. ويشكل عليه أن النص عام، والعبرة =

وغلق الرهن فكأكه من مالكه، وهو: أن يصير الشيء المرهون ملكاً لرب الدين، إذا لم يُدفع الدين عند الأجل^(١).

فإذا كان غلق الرهن محرماً في الإسلام، وملك صاحب العين المرهونة باقٍ على العين؛ فمتى يسوغ للمرتهن الاستيفاء من الرهن ويؤتي الرهن ثمرته؟ وكيف يمكن لجهة مصرفية أن تستوفي حقها من ألوف العملاء الراهنين بأيسر طريق؟

بين فقهاء المسلمين في باب الرهن أحوال تصرف المرتهن في الرهن، موضحين أن الأصل في الرهن أن يرد المرتهن إلى ربه ويأخذ دينه منه، وأن له أن يحبس حتى يأخذ دينه منه، وأنه ليس لأحد من الراهن والمرتهن بيع الرهن بدون رضى صاحبه، فإذا استحق المرتهن ثمن الرهن فلا يبيعه إلا بإذن من الراهن، ولو كان إذناً سابقاً، وأن الراهن لو أبى أن يبيع الرهن فرفع المرتهن أمره إلى القاضي، أجبره القاضي على البيع إذا لم يقض الدين^(٢)، فإن أصر باعه الحاكم، وأن المرتهن أحق بثمن المرهون من سائر غرماء الراهن^(٣).

فبناءً عليه، متى ما أذن الراهن للمؤسسة المصرفية المرتهنة في بيع الرهن عند حلول الحق، باعه؛ لأنه مأذون له فيه، من دون حاجة إلى تجديد الإذن من الراهن عند حلول الحق، وإن فضل عن ثمنه شيء فلمالكه، وإن بقي من الحق الحال شيء، فعلى الراهن^(٤).

= بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وأن مآل هذه الصورة إلى قلب حقيقة عقد الرهن من كونه أداة توثيق إلى أن يصير أداة معاوضة. ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ١٥٤، ومختصر اختلاف العلماء ٤/ ٣٠٥ - ٣٠٦، والاستذكار ٧/ ١٣١ وما بعدها، والأم للشافعي ٣/ ١٩٤، وروضة الطالبين ٤/ ٨٠ و٩٩، والمغني ٤/ ٢٨٧، وإعلام الموقعين ٥/ ٣٣٧ - ٣٤٣، والمعايير لشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة رقم (٣٩)، ص ٩٨٨.

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٥٤، والمقدمات الممهدة ٢/ ٣٦٢، ومعالم السنن ٣/ ١٦٢، والروض المربع ٢/ ٨٥٥.

(٢) وهذا من المواضع التي لا يراعى فيها شرط الرضى لصحة البيع؛ لأن الإكراه على البيع هنا بحق. ينظر: الاستقامة لابن تيمية ٢/ ٣٢١، وتسهيل الفقه الجامع لمسائل الفقه القديمة والمعاصرة للأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبرين ٩/ ٢٥٨ - ٢٥٩.

(٣) ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ٤/ ٥٣٧ - ٥٣٨، والأصل ٣/ ١٣٩، والمبسوط ٢١/ ٦٣، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٧٥٦)، ص ١٤٢، ومواهب الجليل ٥/ ١١، وروضة الطالبين ٤/ ٨٨، والروض المربع ٢/ ٨٤٦ - ٨٥١.

(٤) اقترح ابن القيم حيلة تخرج الراهن من صورة غلق الرهن، وهي: أن يملك المرتهن العين التي يريد أن يرهنها منه، ثم يشتريها منه بالمبلغ الذي يريد استدانته، ثم يقول: إن فتيك الثمن إلى كذا وكذا وإلا فلا بيع بيننا، فإن وفاه وإلا انفسخ البيع وعادت السلعة إلى ملكه. قال: وهذه حيلة حسنة محصّلة لغرضهما من غير مفسدة =

غير أن اشتراط بيع المرتهن للرهن لاستيفاء الحق عند عدم الوفاء، دون اللجوء إلى القضاء، قد بحثه الفقهاء، ولهم فيه قولان:

القول الأول: إن شرط^(١) أن يبيعه المرتهن صح.

وهو قول أبي حنيفة^(٢)، وظاهر قول المالكية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وهو ما انتهت إليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ولو كان المشتري هو الرهن بسعر السوق، ويستوفي المرتهن من ثمنه دينه بقدره^(٥).

القول الثاني: لا يصح.

وهو مذهب الشافعية^(٦).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

الدليل الأول: أن كلاً من الرهن والمرتهن أهل للوكالة، فصح اشتراطه؛ كالأجنبي^(٧).

الدليل الثاني: أن في هذا الشرط مصلحة للمرتهن لا تنافي مقتضى الرهن، فصح بيع المرتهن

= ولا تضمنُ لتحریم ما أحل الله، ولا لتحليل ما حرم الله. اهـ. غير أن المرتهن في هذه الحيلة قد لا يوفي بوعده مع الرهن الذي ملكه المرهون فيتخلف عن إقراضه، وفيها شبهة اجتماع عقد البيع مع القرض، فإنه أقرضه قبل أن يشتري منه ما أراد رهنه، والصورة المعمول بها في عقود المصرفية الإسلامية المشتملة على توكيل المرتهن في بيع الرهن بالقيمة السوقية العادلة عند حلول الأجل وتعذر الوفاء، أظهر في الإباحة وأبعد عن المحاذير. ينظر: إعلام الموقعين ٥/ ٣٣٧-٣٤٣.

(١) سياق المسألة في المغني يحتمل أن المشترط هو الرهن أو المرتهن.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة رقم (٣٩) المادة ٣/ ٤ / ١ و ٢، ص ٩٨٨.

(٣) وقيد بعضهم بأن يكون المرهون يسيراً مما لا يبقى مثله أو ينقص ببقائه، وإلا كره وصح. ينظر: التفریع ٢/ ٢٦٥، والإشراف ٣/ ١٥.

(٤) ينظر: المغني ٤/ ٢٨٦، والمبدع ٤/ ٢٢١.

(٥) وجاء في معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة ما نصه: يجوز للمرتهن أن يشترط على الرهن توكيل المرتهن أو وكيل المرتهن أو الشخص المتفق عليه في بيع الرهن والاستيفاء من ثمنه عند عدم الوفاء دون الرجوع إلى القضاء، ولا يملك الرهن الرجوع عن هذه الوكالة. المعايير الشرعية ص ٩٨٤، وينظر: ص ٩٨٨.

(٦) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٨٨، والمخرج عندهم ما قرره النووي بعده، فقال: ولو قال للمرتهن: يع المرهون، واستوف الثمن لي، ثم استوفه لنفسك، صح البيع. اهـ.

(٧) ينظر: الإشراف ٣/ ١٥، المبدع ٤/ ٢٢١.

له؛ كما لو شرط صفةً فيه^(١).

الدليل الثالث: أن من جاز له إمساك العين، جاز له بيعها وكالة؛ كالعدل^(٢).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بأن اشتراط إذن الراهن للمرتهن في بيع الرهن توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان؛ غرض الراهن، وغرض المرتهن، فلم يصح، كما لو وكله في بيعه من نفسه. ووجه التنافي: أن الراهن يحب أن يوفي البائع حقه قبل بيع الرهن، والمرتهن يميل إلى تعجيل حقه، وتنضيض الرهن ببيعه والاستيفاء منه^(٣).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن اختلاف الغرضين لا يضر، إذا كان غرض المرتهن مستحقاً له، وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق، وإنجاز البيع.

ثم إن الراهن إذا وكل المرتهن مع العلم بغرضه، فقد سمح له بذلك، والحق له، فلا يمنع من السماح به، كما لو وكل فاسقاً في بيع ماله وقبض ثمنه.

المناقشة الثانية: لا يُسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه.

وإن سلمنا، فلأن الشخص الواحد يكون بائعاً مشترياً، وموجباً قابلاً، وقابضاً من نفسه لنفسه، بخلاف مسألتنا^(٤).

الترجيح:

أصول الباب القاضية بتصحيح العقود والشروط بين المسلمين ما لم يكن ثمة مانع شرعي، تدل على رجحان القول الأول، فلا محذور من اشتراط بيع المرتهن للرهن وكالة عند تعذر الثمن على الراهن، بشرط أن يكون البيع بالقيمة السوقية العادلة، وأن يستوفي المرتهن الوسائل المقدور عليها لمطالبة الراهن بدفع ما تبقى من ثمن المبيع المؤجل قبل التصرف في الرهن.

والقائلون بالمنع لم يمنعوا منه لأنه محرم في ذاته، بل لأن مصلحة الوكيل متجهة في خلاف مصلحة الموكل، فصار منعهم من هذا الشرط سداً للذريعة تقصير الوكيل، إذا لم يراعِ حظ الراهن ومصلحته، فيفضي ذلك إلى النزاع، والنظر في ذلك نظر اجتهاد بحسب الظروف والأحوال على اختلاف الأزمنة والبلدان.

(١) ينظر: المبدع ٢٢١/٤-٢٢٢. (٢) ينظر: الإشراف ٣/١٥، والمغني ٤/٢٨٦.

(٣) ينظر: روضة الطالبين ٤/٨٨، والمغني ٤/٢٨٦.

(٤) ينظر: المغني ٤/٢٨٦.

وفي العقود المصرفية اليوم توسعت المصارف التجارية الإسلامية في موجبات التصرف في الضمانات المشترطة على العميل بما لم ينص عليه الفقهاء، ولم يكن واردًا عليهم، مما استدعى الوقوف على هذه الموجبات أو المسوغات مفرعة في المطالبة الآتية، مع بيان حدود هذا التصرف -عند الحاجة- والمقصود منه وما يتصل به من الأحكام الفقهية، وهي كما يأتي:

المطلب الأول: عدم الوفاء بأي التزام واجب ومشمول الأداء لصالح المصرف

يرد في بعض عقود المؤسسات المصرفية الإسلامية أن من حق المؤسسة المصرفية -المصرف التجاري مثلاً- التصرف في الضمانات التي قدمها العميل للاستيفاء من ثمنها بعد بيعها، إذا ثبت على المشتري أي التزام واجب ومستحق الأداء لصالح المؤسسة، ويكون المشتري قد فوض المؤسسة في الاتفاقية المبرمة بينهما، في بيع الرهن في هذه الحال وأذن له في الاستيفاء من ثمنه.

ومن الأمثلة على الالتزامات التي قد يخل بها المشتري فيبيع الرهن من أجلها: التزام المشتري بالأجل بدفع القسط الشهري في ميعاده، والالتزام بأن يكون تحويل راتب المشتري الشهري على حساب المشتري في المصرف وعدم نقله إلى مصرف آخر، والالتزام بكفيل.

وما ذكر اشتمل على إشكالين:

الإشكال الأول: أن الرهن المقدم سيكون في مقابل حق ثابت وهو ثمن المبيع، إضافة إلى حقوق لم تنشأ بعد، والرهن لا يكون إلا عند ثبوت الدين أو بعد ثبوته، ولا يصح قبل ثبوته^(١)، ثم إن هذا الرهن مشغول بحق ثابت فكيف يشغل بحق آخر قبل براءة ذمة الراهن من الحق الأول، كما أن هذا الشرط ذريعة إلى توسع الجهة المصرفية في التصرف بأموال المسلمين لأدنى سبب وأوهى حجة، وقد جاءت الشريعة بسد الذرائع الموصلة إلى الاستغلال، كما في النهي عن الاحتكار وتلقي الجَلْب. وسيأتي مزيد تفصيل في الفصل السادس إن شاء الله تعالى في شأن الرهن.

الإشكال الثاني: أن الالتزام بتحويل الراتب على حساب المشتري المفتوح لدى المؤسسة المصرفية إذا كانت مصرفاً تجارياً، وتعهد العميل المشتري بعدم نقل الراتب إلى مصرف آخر حتى انتهاء المديونية؛ مشكل^(٢) من جهة ما يجزئه هذا الالتزام من انتفاع الدائن براتب المدين الذي يودعه بيت المال أو رب عمل المشتري، أو من ينوبهما، في حساب المشتري الجاري، فموجودات الحساب الجاري قرض من العميل للمصرف، وللمصرف دين في ذمة العميل، وكل قرض جر نفعا مشروطاً لرب الدين فهو رباً، كما سبق معنا في تفسير بعض أهل العلم لحديث النهي عن بيعتين في

(١) ينظر: المبسوط ١٢٦/٢١، والتفريع لابن الجلاب ٢/٢٥٨، والحاوي ٦/١٧٩، ٢/٨٤٢.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٥٠)، ص ٢٦.

بيعة^(١)، بأن يقول البائع: أبيعك هذا العبد بخمسين ديناراً على أن تسلفني ألف درهم في متاع أبيعهم منك إلى أجل، أو يقول: أبيعك بكذا على أن تقرضني ألف درهم^(٢).

المطلب الثاني: المماطلة في السداد

في عقود البيع المعمول بها لدى المؤسسات المصرفية الإسلامية يعد المشتري مخلاً بشروط العقد عند المماطلة في سداد الالتزامات والمبالغ المستحقة في تواريخ استحقاقها. وحيث قد تفعل المؤسسة حقها في إسقاط الأجل بسبب تخلف المشتري عن أداء الأقساط المنجمة، وتحط من أرباح البائع بقدر المدة المتبقية.

فإذا أسقط الأجل بالشرط، فله أن يبيع الرهن بوكالة المشتري السابقة له في ذلك، من دون حاجة إلى تجديد الإذن أو التوكيل، فيستوفي البائع حقه من ثمن الرهن بعد بيعه، وإن فضل عن ثمنه شيء فلمالكه الذي هو المشتري، وإن بقي من الدين شيء، فعلى الراهن المشتري أداء ما تبقى مما حل نجمه.

وفي هذا قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: وما زاد - أي: عن ثمن المرهون - ردّه - أي: المرتهن - إلى الراهن، وهو مقتضى عقد الرهن، وإن نقص الثمن عن الدين كان للباقي حكم الدين العادي، ويرجع به على الراهن^(٣).

المطلب الثالث: الإخلال بالإقرارات والتعهدات الواردة في الاتفاقية الأساسية

تنص بعض المؤسسات المصرفية الإسلامية في اتفاقيات البيع الآجل على أن العميل يعد مخلاً بشروط الاتفاقية في حال تقصيره في تنفيذ شروط الاتفاقية المبرمة أو إخلاله بالإقرارات والتعهدات الواردة بها.

ومن الشروط التي ترد في الاتفاقيات: التزام العميل بتعويض المؤسسة عن التكاليف والمصروفات والرسوم المدفوعة في إجراءات البيع ونقل الملكية.

فإذا تخلف العميل عن أداء ما لزمه تجاه المؤسسة، ساغ للمؤسسة التصرف في الضمانات المقدمة بقدر الحق المطلوب، وذلك بناء على إذن العميل المدون في الاتفاقية المبرمة، ولأن المسلمين على شروطهم ما لم تُحل هذه الشروط حراماً أو تحرم حلالاً.

(١) رواه الترمذي ٥٢٤/٢ برقم ١٢٣١ في باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، وقال: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وتقدم تخريجه مطوّلًا في المطلب الثالث من المبحث الثاني.

(٢) ينظر: معالم السنن ٣/١٢٢-١٢٤ و١٤٠-١٤٦.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة رقم (٣٩)، ص ٩٨٨.

أما إخلال العميل بالإقرارات والتعهدات الواردة في الاتفاقية، فسيأتي التمثيل عليه في عناوين المطالب الآتية.

المطلب الرابع: ظهور تزوير إحدى المعلومات الجوهرية التي قدمها المشتري للمصرف

تنص المصارف التجارية الإسلامية في اتفاقيات البيع الآجل على اشتراط منحها الحق في التصرف بالضمانات التي قدمها العميل، لاستيفاء ما تبقى من ثمن المبيع، إذا تبين أن إحدى المعلومات الجوهرية التي قدمها العميل للمؤسسة المصرفية غير صحيحة، سواء كان تقديمه لها قبل التوقيع على الاتفاقية أو بعده.

فإذا ثبت ذلك على العميل، ساع للمؤسسة التصرف في الضمانات المقدمة بقدر الحق الثابت، وذلك بناء على إذن العميل المدون في الاتفاقية المبرمة، ولأن مقاطع الحقوق عند الشروط. على أنه ينبغي ضبط المقصود بالمعلومات الجوهرية في كل عقد بحسبه، حتى لا تتخذ المؤسسة هذا الشرط ذريعة في تنضيض أصول العملاء الضامنة، إذا احتاجت إلى السيولة. والأولى تسمية محكم عدل في العقد، يرضيان بالرجوع إليه للفصل بينهما إذا اختلفا في تزوير معلومة من المعلومات المقدمة من حيث كونها جوهرية أم لا؛ حسماً لمادة النزاع.

المطلب الخامس: إخلال المشتري بتقديم الضمانات الإضافية المطلوبة

تنص بعض المؤسسات المصرفية الإسلامية في اتفاقيات البيع الآجل على أن العميل المتعاقد معها يعد مخرلاً بشروط الاتفاقية إذا لم يقدم ضمانات إضافية، عند طلب المؤسسة لها، بسبب هلاك الرهن^(١) أو انخفاض قيمة الضمانات المقدمة عن الحد الذي يوفي بحق المؤسسة الثابت في ذمة العميل.

والفقهاء لهم تقارير في تعدد الضمانات المرتبهة في الدين الواحد وتعاقبها، ومن ذلك: نصهم في الدين الواحد على جواز الزيادة في الرهن، رهنًا بعد رهن؛ لأنه زيادة استيثاق، ثم هو كما لو رهنهما معاً^(٢).

فإذا تخلف العميل عن تقديم ما لزمه تجاه المؤسسة من ضمانات إضافية مناسبة لمقدار الحق الثابت في ذمته، ساع للمؤسسة التصرف في الضمانات المقدمة لاستدراك حقها بالاستيفاء،

(١) بأن يهلك الرهن في يد المرتهن، وهي يد أمانة على الرهن، من غير تعد منه ولا تفريط، أو يهلك في يد الراهن. ينظر: المعايير الشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة رقم (٣٩)، ص ٩٨٦.

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي مع شرحه للجصاص ١٥٩/٣، وروضة الطالبين ٥٦/٤، والمغني ٢٦١/٤.

وذلك بناء على توكيل العميل وإذنه المرصود في الاتفاقية المبرمة وملاحقها؛ لأن الأصل في الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين، برضاها، الصحة والإباحة، وال لزوم والوفاء.

وذلك ما لم يكن الانخفاض في قيمة الضمانات المقدمة طارئاً؛ فإن في التربص بأداة الضمان حيثئذ، حتى يعود سعرها إلى ما كانت عليه، مصلحة للمتعاقدين، وفي الاستعجال بيعها وتنضيضها، والحال كذلك، إضاعة للمال، فلا يسوغ العمل بالشرط في هذه الحال^(١)، ولا سيما إذا كان العميل منتظماً في أداء الأقساط المنجّمة؛ فإن المرتهن في هذه الحال لا يلحقه ضرر عاجل ولا يتأثر تأثراً مباشراً بانخفاض قيمة الرهن.

المطلب السادس: طرؤ تغيير في الشكل القانوني أو الإدارة التنفيذية على المشتري دون علم المصرف وموافقته المسبقة

في عقود المؤسسات المصرفية الإسلامية المتعلقة باتفاقيات البيع الآجل، تنص بعض المصارف التجارية الإسلامية على حقها في التصرف في الضمانات المقدمة من الجهة المتعاقدة معها، للوفاء بضمن المبيع، إذا تغير شكل الجهة القانوني^(٢)، أو تغيرت إدارتها التنفيذية دون علم المصرف وموافقته.

وذلك لما للشكل القانوني في الجهة المتعاقدة من الأثر الائتماني لدى المصرف، وكذلك الشأن فيمن يمثل هذه الجهة ويديرها من ذوي الرأي والدور القيادي؛ ففي تغيير ذلك، دون علم المصرف وموافقته، قلب للحقيقة التي بُني عليها قبول التعاقد معهم، وأمارة محتملة على تبين نية الغش والخداع، ولهذا أصل في كلام الفقهاء لما تكلموا في أسباب الحجر الذي يكون بحكم الحاكم، وذكروا منها: خوف ضياع المال بالتجارة والتلجئة، وهو إظهار عقد صوري خوفاً من جور

(١) وإن اتفقا عليه في العقد المبرم بينهما؛ لنهي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن إضاعة المال، فيما يرويه البخاري في باب قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَأْذِنُ الْبَائِسُ الْخَائِفَ﴾ [البقرة: ٢٧٣] ٢/ ٣٤٩ برقم ١٤٨٨، وفي غيره من المواضع. وهذا الشرط إذا بطل لم يعد على عقد البيع بالإبطال؛ لأن الأصل تصحيح العقود ما أمكن أخذاً بعموم الأمر بالوفاء في العقود من قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبطل الشرط الفاسد في حديث بريرة ولم يبطل العقد؛ قال ابن تيمية في حديث بريرة: وهذا الحديث الشريف المستفيض الذي اتفق العلماء على تلقيه بالقبول، اتفقوا على أنه عام في الشروط في جميع العقود، ليس ذلك مخصصاً عند أحد منهم بالشروط في البيع اهـ. ينظر: صحيح البخاري ٩٨/ ١ برقم ٤٥٦، وصحيح مسلم ١١٤٢/ ٢ برقم ١٥٠٤، وفتح القدير ٤٤٢-٤٤٣، والمقدمات الممهدة ٦٦-٦٧، والحاوي ٣١٢/ ٥، ومجموع الفتاوى ٢٨/ ٣١، والفروع ٥٠-٦٠.

(٢) كما لو كانت الجهة المتعاقدة مع المصرف شركة تضامنية، فتغير شكلها بعد التعاقد إلى شركة ذات مسؤولية محدودة، أو كان فرعها الرئيس في الرياض ثم نُقل إلى مسقط.

أو عدو، والإقرار لغير الغرماء^(١).

فإذا حصل هذا التغيير في الشكل أو الإدارة، فقد يلجأ المصرف إلى التصرف في الضمانات المقدمة بالبيع احتياطاً لما بقي من حقه الثابت في ذمة الشركة أو المؤسسة المتعاقد معها، واستلحاقاً له، عملاً بما اتفقا عليه من الشروط في العقد، والمسلمون على شروطهم ما لم يكن في الشرط تشريع لما لم يأذن به الله، أو تبديل لحكم الله تعالى.

المطلب السابع: الوقوع تحت المساءلة الجنائية أو القانونية أو التصرف بما يخل بالأمانة أو النزاهة أو الشرف

تنص بعض المؤسسات المصرفية الإسلامية في اتفاقيات البيع الآجل على أن لها حق التصرف في الضمانات المقدمة من العميل الذي أبرم معها العقد إذا لحقته مساءلة جنائية أو قانونية، أو تصرف تصرفاً مخلاً بالأمانة أو النزاهة أو الشرف.

وذلك احتياطاً من المؤسسة المصرفية لحقها الثابت في ذمة العميل، فإن المؤسسة لا تدري ما يعرض للعميل بعد مساءلته لاتهامه بالخيانة ونحو ذلك.

فيسوغ للمؤسسة حينئذ التصرف بالضمان المقدم سلفاً من قبل العميل بموجب إذن العميل في بيعه للاستيفاء منه، وتوكيله له في ذلك، فإن بقي من ثمنه شيء ردته على العميل.

المطلب الثامن: مصادرة ممتلكات المشتري أو الحجر عليها أو المنع من التصرف فيها

تنص بعض المؤسسات المصرفية الإسلامية في اتفاقيات البيع الآجل على أن لها حق التصرف في الضمانات المقدمة من العميل الذي أبرم معه العقد إذا أحيط بأمواله؛ كما لو حجر عليه، أو صودرت ممتلكاته ومنع من التصرف فيها.

وذلك أن مصادرة السلطان لأموال العميل أو منعه من تصرفه فيها والحجر عليه من قرائن تعذر الوفاء بثمن المبيع في الآجل المسمى، والمؤسسة المصرفية أحق بثمن الضمانات المقدمة من سائر غرماء العميل^(٢)، وقد اشترطت على العميل أن تتصرف عندئذ في الضمانات التي في

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٢/٦، وفتح القدير ٢٥٤/٩، ومجمع الضمانات ص ٤٢٢ وما بعدها، والتاج والإكليل ١٩٥/٥، ونهاية المطلب ٤٤٠/٦ وما بعدها، والمغني ٣٥٣/٤، وحاشية الروض لابن قاسم ١٦٢/٥ وما بعدها ١٨١.

(٢) ينظر في حق أولوية المرتهن في الرهن: المصنف لابن أبي شيبة ٥٣٧-٥٣٨، والأصل ١٣٩/٣، والمبسوط ٦٣/٢١، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٧٥٦)، ص ١٤٢، ومواهب الجليل ١١/٥، وروضة الطالبين ٨٨/٤، والروض المربع ٨٤٦/٢-٨٥١.

يدها حتى لا يضيع حقها، وهذا الشرط فيه مصلحة معتبرة في حفظ المال وأداء الحقوق وإبراء الذمم، والمسلمون على شروطهم، ما لم يشتمل الشرط على تشريع ما لم يأذن به الله، أو تبديل لحكم الله تعالى.

ويشبه الأحوال المذكورة أن يعلن العميل إفلاسه، فللمرتهن منه حيثنذ حق الأولوية في الاستيفاء من الرهن، وفي هذا قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: إذا أفلس الراهن فللمرتهن أولوية على بقية الدائنين للاستيفاء من الرهن، ويكون فيما بقي من دينه أسوة الغرماء إذا لم يكف الرهن^(١).

المطلب التاسع: منع المشتري من ممارسة النشاط أو إلغاء ترخيصه أو سجله

تنص بعض المؤسسات المصرفية الإسلامية في اتفاقيات البيع الآجل على أن لها في سبيل استيفاء ثمن المبيع حق التصرف في الضمانات المقدمة من العميل الذي أبرم معه العقد، إذا منع العميل من ممارسة نشاطه أو ألغى سجله أو ترخيصه.

وذلك أن منع العميل من ممارسة نشاطه التجاري بإيقاف خدماته أو إلغاء تراخيصه والشطب على سجلاته من قبل السلطان أو من ينوبه؛ من قرائن تغير أحوال العميل من حيث الملاءة، والمؤسسة المصرفية لا تدري ما يعرض للعميل بعد اتخاذ هذه الإجراءات في حقه، ولذلك اشترطت على العميل أن تتصرف عندئذ في الضمانات التي في يدها حتى لا يضيع حقها الثابت في ذمة العميل، والمسلمون على شروطهم ما لم يشتمل الشرط على تشريع ما لم يأذن به الله، أو تبديل لحكم الله تعالى.

وهذا يشبه ما ذكره بعض الفقهاء في الأحوال التي يتعجل فيها الدائن دينه المؤجل احتياطاً لحقه ولو خالف شرط التأجيل، وذكروا منها: إن أراد المدين سفراً فوق مسافة القصر، يحل دينه قبل قدومه منه، فلغريمه منعه، إلا برهن أو ضمين مليء؛ لأنه ليس له تأخير الحق عن محله، وفي السفر تأخير^(٢).

المطلب العاشر: توجيه دعاوى قضائية مالية على المشتري أو مطالبات

تنفيذية أو دخول في صلح مع الدائنين

تنص بعض المؤسسات المصرفية الإسلامية في اتفاقيات البيع الآجل على أن لها في سبيل استيفاء ثمن المبيع الآجل حق التصرف في الضمانات المقدمة من العميل الذي أبرم معه العقد إذا

(١) المعايير الشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة رقم (٣٨)، ص ٩٨٨.

(٢) ينظر: الكافي لابن قدامة ٢/ ٩٥، وكشاف القناع ٨/ ٣٢٧، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣٩/ ٢٠-٢٢.

رُفعت عليه دعاوى ومطالبات مالية أمام الجهات القضائية والإدارات التنفيذية، أو دخل في صلح مع دائنيه، وذلك حتى تضمن المؤسسة حق الأولوية في الاستيفاء من الأعيان المضمون بها قبل أن يسبقها إليها غيرها.

ذلك أن المؤسسة المصرفية أحق بضمن الضمانات التي قبضتها من سائر غرماء العميل^(١)، وقد اشترطت على العميل أن تتصرف حيثنذ في الضمانات التي في يدها، والعميل لم يفلس بعد، والمسلمون على شروطهم ما لم يشتمل الشرط على تشريع ما لم يأذن به الله، أو تبديل لحكم الله تعالى.



(١) ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ٥٣٧-٥٣٨، والأصل ١٣٩/٣، والمبسوط ٦٣/٢١، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٧٥٦)، ص ١٤٢، ومواهب الجليل ١١/٥، وروضة الطالبين ٨٨/٤، والمغني ٢٤٧/٤، والروض المربع ٨٤٦/٢-٨٥١.

المبحث الرابع

علاقة ضمان المبيع بقبضه والتصرف فيه

المقصود من عقد هذا المبحث بيان حكم تصرف المشتري في المبيع بالبيع والإجارة والرهن ونحوه، وذلك قبل دخوله في ضمانه. ولا بد لتقرير حكم هذه المسألة من تأصيل مقدمتين ممهدتين، وهما:

المقدمة الأولى: علاقة القبض بالضمان.

الكلام في هذه المقدمة من جهتين:

أولاً: كل ما قبضه المشتري وجب أن ينتج أثره الشرعي في السلعة، وهو هنا انتقال الضمان من البائع إلى المشتري.

ودخول المقبوض في ضمان قابضه، وهو هنا المشتري، يعني تحمله لتبعة الهلاك أو النقصان أو التعيب الذي يطرأ على المقبوض^(١).

ثانياً: هل كل ما لم يقبضه المشتري من المعقود عليه لا يدخل في ضمانه، وبناء عليه لا يملك التصرف فيه؟ أم هناك ما يضمن دون قبض، وعليه يمكن بيعه قبل قبضه؟

لا بد لتحديد هذه المسألة من التفريق بين القبض في العرف اللغوي اليدوي، والقبض في العرف الشرعي، وهو ما يجر إلى الكلام في المقدمة الأخرى، وهي:

المقدمة الثانية: العرف المعتبر في القبض.

يطلق القبض في اللغة ويراد به الأخذ والإمساك، ويطلق في اصطلاح الفقهاء فيراد به ما يراد بالمعنى اللغوي، وقد يراد به غير المعنى اللغوي، كالقبض الحكمي الذي قد يحصل بالتخلية، وقد يحصل بنقل المبيع، وقد يحصل بتسجيله باسم المشتري، وغير ذلك.

والمقصود من القبض في هذا المبحث القبض في الاصطلاح الفقهي لا العرف اللغوي، غير أن القبض اللغوي قد يجري على السنة الفقهاء ويريدون به الأخذ والإمساك، وقد يسمون سلعة، كالعقار، ويقررون جواز بيعها قبل القبض، ويقصدون بهذا القبض الأخذ والإمساك؛ لأن قبضها شرعاً حصل بالتخلية، أو بإنهاء إجراءات نقل الملكية المعاصرة.

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢/ ٢٩٢، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٨٥)، ص ٣٣.

وبعد التمهيد بهاتين المقدمتين، أذلف إلى تقرير الحكمين الآتين:

الحكم الأول: الأصل فيما لم يقبضه المشتري من المعقود عليه أنه لا يدخل في ضمانه ما لم يمكنه البائع من القبض فيقصر المشتري في القبض، وبناء عليه فالأصل فيما لم يقبضه المشتري من المعقود عليه أنه لا يملك التصرف فيه.

الحكم الثاني: الأصل في تصرف المشتري في المبيع بالبيع قبل دخوله في ضمانه هو المنع، ودخوله في ضمانه يكون بالقبض الشرعي، والقبض الشرعي لا يستلزم القبض اللغوي الذي هو الأخذ والإمسك، وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: لا يجوز بيع سلعة معينة إلا بعد تملكها وقبضها القبض المعبر شرعاً^(١).

والدليل على المنع: نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن^(٢)، وقوله ﷺ:

(١) الضابط رقم (٧٦)، ص ٣١، وينظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ٥١٦/٢.

(٢) رواه أحمد ١١/٢٠٣ و٢٥٣ و٥١٦ برقم ٦٦٢٨ و٦٦٧١ و٦٩١٨ وأبو داود في باب الرجل يبيع ما ليس عنده ٥/٣٦٣ برقم ٣٥٠٤، والترمذي في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٢/٥٢٦ برقم ١٢٣٤، والنسائي في باب شرطين في بيع وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا وإلى شهرين بكذا ٦٦/٦٦ برقم ٦١٨٠ و٦١٨١، وابن ماجه في باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن ٣/٣٠٩ برقم ٢١٨٩، والدارمي في باب النهي عن شرطين في بيع ٣/١٦٦٧ برقم ٢٦٠٢، والحاكم ٢/٢١ برقم ٢١٨٥؛ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا يَحِلُّ بَيْعُ سَلَفٍ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحٌ مَّا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَا يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»، ولفظ ابن ماجه: «لَا يَحِلُّ بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَلَا رِبْحٌ مَّا لَمْ يَضْمَنْ»، وأحد ألفاظه عند أحمد والنسائي: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك»، واللفظان عند النسائي ليس فيهما: «بيع ما ليس عندك»، وكذلك الدارمي، وفيه تقديم وتأخير عند بعضهم، وقال الحاكم: هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح... ورواه عطاء بن مسلم الخراساني عن عمرو بن شعيب بزيادة ألفاظ. اهـ. وقال الترمذي بعد روايته: هذا حديث حسن صحيح، ومن صححه: ابن تيمية وابن القيم.

والكلام فيه قليل عند المتقدمين من علماء النقد، وهو مشتهر عند علماء المسلمين متداول في مصنفاتهم، ولو قيل: إن شهرته تغني عن التماس أسانيده، لم يكن بعيداً، وممن روي عنهم: الثوري مقطوعاً عليه عند عبد الرزاق، وعند ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عمرو موقوفاً عليه، وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى ولفظه: «لَا تَأْكُلْ شَفَّ شَيْءٍ لَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانَةٌ». اهـ.

أما تنكب الشيخين له في صحيحهما، البخاري ومسلم، فلأنه والله أعلم من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال ابن عدي: عمرو بن شعيب في نفسه ثقة إلا أنه إذا روى عن أبيه عن جده... يكون مراسلاً؛ لأن جده عنده هو محمد بن عبد الله بن عمرو، ومحمد ليس له صحة، وقد روى عن عمرو بن شعيب أئمة الناس وثقاتهم وجماعة من الضعفاء، إلا أن حديثه عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ اجتنبه الناس مع احتمالهم إياه ولم يدخلوه في صحاح ما خرَّجوه وقالوا: هي صحيفة. اهـ. ولكن في هذا الحديث بخصوصه جاء =

«من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه»^(١).

= التصريح في السند باسم الجد وأنه عبد الله بن عمرو، ولذا قال ابن عدي نقلًا عن أبي عبد الرحمن الأذرمي: يقال: ليس يصح من حديث عمرو بن شعيب إلا هذا، أو هذا أصحها. اهـ. وإذا حملنا معنى الحديث على البيع قبل القبض فقد روي عند الشيخين أخبار بهذا المعنى.

وروى النسائي في باب ذكر الاختلاف على علي في المكاتب يؤدي بعض كتابته ٥٣/٥ برقم ٥٠١٠ من حديث ابن جريج عن عطاء الخراساني عن عبد الله بن عمرو بن العاصي، قال: يا رسول الله، إنا نسمع منك أحاديث أفتأذن لنا أن نكتبها؟ قال: «نعم». فكان أول ما كتب كتاب النبي ﷺ إلى أهل مكة: «لا يجوز شرطان في بيع واحد، ولا بيع وسلف جميعًا، ولا بيع ما لم يضمن، ومن كان مكاتبًا على مائة درهم فقضاها إلا عشرة دراهم فهو عبد، أو على مائة أوقية فقضاها إلا أوقية فهو عبد»، وقال النسائي: هذا خطأ؛ عطاء هذا هو الخراساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمرو، ولا أعلم أحدًا ذكر له سماعًا منه اهـ. ورواه ابن حبان في باب ذكر الأخبار عن كيفية الكتابة للمكاتب ١٠/١٦١ برقم ٤٣٢١، وعبد الرزاق ٨/٤١، برقم ١٤٢٢٢، والبيهقي ١٠/٥٤٥ برقم ٢١٦٤٠، من طريق ابن جريج عن ابن عمرو مباشرة، وقال: كذا وجدته ولا أراه محفوظًا اهـ. وذكر الألباني أن سلسلة عمرو بن شعيب سقطت من الإسناد بعد عطاء، وقال: ويؤيده أن الحاكم أخرجه من طريق... عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: قلت: يا رسول الله، إني أسمع منك أشياء... الحديث اهـ. وهو كذلك عند الحاكم ٢١/٢ برقم ٢١٨٦.

وروى ابن ماجه في باب النهي عن بيع ما ليس عند وريح ما لم يضمن ٣/٣٠٩ برقم ٢١٨٩ عن عطاء بن أبي رباح عن عتاب بن أسيد، قال: «لما بعته رسول الله ﷺ إلى مكة نهاه عن شف ما لم يضمنه»، والشف: الربح؛ قاله الجوهري وابن الأثير، وقد قال ابن عدي: غير محفوظ. اهـ.

ورواه البيهقي في السنن الصغير معلقًا من حديث عتاب، ومسندًا في السنن الكبير من حديث عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ لعتاب: إني قد بعثتك إلى أهل الله وأهل مكة فانهم عن... الحديث. اهـ. وقال: تفرد به يحيى بن صالح الأيلي، وهو منكر جدًا بهذا الإسناد. اهـ. وضعفه ابن حجر.

وروى البيهقي في باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام ٥/٥١٠ برقم ١٠٦٨١ من حديث صفوان ابن أمية عن أبيه، قال: استعمل النبي ﷺ عتاب بن أسيد على مكة، فقال: «إني قد أمرتك على أهل الله عز وجل بتقوى الله، ولا يأكل أحد منهم من ربح ما لم يضمن، وانهم عن سلف وبيع وعن الصفتين في البيع الواحد، وأن يبيع أحدهم ما ليس عنده».

ينظر: مصنف عبد الرزاق ٨/٤٧، ومصنف ابن أبي شيبة ٤/٤٥١، وأخبار مكة للفاكهي ٣/٤٨، والسنن الصغير للبيهقي ٢/٢٥٨ و٢٦٨، والسنن الكبير له ٥/٤٣٨ و٥١١، ومعرفة السنن والآثار له ٨/١٠٧، والكمال لابن عدي ٦/٢٠٥ و٩/١١٠، وتهذيب الكمال للمزي ١٩/٢٧٢-٢٨٦، وتحفة الأشراف له ٦/٣٦٢، والحسبة لابن تيمية ص ٢١٠، ومجموع الفتاوى ٢٩/٥٠٩-٥٠٨، وزاد المعاد ٥/٧١٦، والتلخيص الحبير ٣/٤٠-٤١، والبدر المنير ٦/٥٦٢، ونصب الراية ٤/١٨-١٩، والسلسلة الصحيحة ٣/٢١٢-٢١٣ وإرواء الغليل ٥/١٤٧.

(١) رواه البخاري في باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ٣/٦٨ برقم ٢١٣٣، وينظر: التمهيد ١٣/٣٣٨.

وعلة المنع عند أصحاب المذاهب: غرر الانفساخ؛ أي: ما سترتب على فسخ البائع الأول من الغرر إذا تناقلت الأيدي السلعة.

وأشار ابن تيمية إلى علة الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم، ذلك أن البائع الأول قد يسلم البائع الثاني المبيع وقد لا يسلمه، لا سيما إذا رآه قد ربح، فقد يسعى في رد البيع إما بجحد، أو باحتيال في الفسخ^(١).

غير أن المالكية رأوا أن العلة سد ذريعة الربا^(٢)؛ يريدون بذلك، والله أعلم، أن الحركة ستقتصر على الأموال والسلعة ستكون صورية في مكانها، ما لم يكن ثمة قبض وضمان، فتؤول العقود إلى مال بمال.

المطلب الأول: بيان ما يحصل به القبض في المبيعات المصرفية

اجتهد الفقهاء في بيان ما يحصل به القبض في مختلف المبيعات، وتعددت عباراتهم في ذلك، واختلفوا فيما يكون به القبض بناء على اختلاف المقبوضات، واختلاف الأعراف، واختلاف فهمهم للنصوص، ولا سيما ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ ابْتاعَ طعامًا فلا يَبِعهُ حتى يَقبِضَهُ»^(٣)، وقد اختلف الفقهاء في تعدية حكم الحديث إلى غير الطعام، والذين طردوا الحكم في

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى ٥/ ٣٩١، وأضاف بعض المعاصرين: أن في النهي عن بيع السلع قبل قبضها إيجاد فرص للعمل؛ وذلك لأن في بيع السلع قبل قبضها حرماناً لعدد كبير من العمال الذين يقومون بالكيل والحمل، ثم إننا لو أبحنا للتجار بيع السلع قبل قبضها، فإن أسعارها ترتفع وهي في مكانها فتعود الفائدة كلها إلى طبقة التجارة، ولا ينال العامل فائدة من هذه العمليات. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٣٤٥.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ٥٨١، والمهذب ٢/ ١٣، والمتقى شرح الموطأ ٤/ ٢٨٠-٢٨١، والمغني ٤/ ٨٧.

(٣) رواه البخاري في باب ما يذكر في بيع الطعام والحركة ٣/ ٦٨ برقم ٢١٣٢ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه»، ثم روى من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ ابْتاعَ طعامًا فلا يبيعهُ حتى يَقبِضَهُ»، وروى في باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبع ما ليس عندك ٣/ ٦٨ برقم ٢١٣٥-٢١٣٦ من حديث طاوس، يقول: سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول: أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله. اهـ. ومن حديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ ابْتاعَ طعامًا فلا يبيعهُ حتى يستوفيه»، زاد إسماعيل: «مَنْ ابْتاعَ طعامًا فلا يبيعهُ حتى يَقبِضَهُ».

وروى مسلم ٣/ ١١٦٣ برقم ١٥٢٨-١٥٢٩ من حديث ابن جريج، عن أبي الزبير، أنه سمع جابر بن عبد الله رضي الله عنهما يقول: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه»، ومن حديث سليمان ابن يسار عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال لمروان: أحللت بيع الربا! فقال مروان: ما فعلت. فقال أبو هريرة: أحللت بيع الصكاك، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى. قال: فخطب =

غير الطعام اختلفوا فيما يُستثنى من ذلك، وأشد الفقهاء في مسائل قبض المبيع الشافعي وطائفة من أصحابه، فإنهم جعلوا القبض اللغوي اليدوي هو الأصل في القبض الشرعي^(١).

ومن الوسائل التي اعتبروا بها القبض في المبيعات: الاستيفاء بالكيل ونحوه، والتسليم والمناولة، والتخلية بين المشتري والمبيع، والتخلية مع التمييز، ورفع الحائل، ونقل المبيع إلى مكان لا يختص بالبائع^(٢).

وتنوع وسائل القبض عند الفقهاء، بل اختلاف عباراتهم في الوسيلة الواحدة، دليل على مراعاتهم عرف الناس في الأسواق^(٣)، ومن الفقهاء مَنْ نظّر لكون العرف أصلاً فيما يعتبر به قبض المبيعات، كما قال الخطابي: القبض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها وحسب اختلاف عادات الناس فيها. اهـ^(٤)، وساق صاحب مغني المحتاج عبارة مثل هذه^(٥).

وبناء على المعنى الذي يحصل به القبض عند كل مذهب، قرروا هل يجوز بيع المبيع والتصرف فيه قبل قبضه أم لا؛ فقد يقرر الفقيه منهم جواز بيع الشيء قبل قبضه قاصداً القبض اللغوي اليدوي؛ لحصول القبض الشرعي الحكمي.

وقال ابن تيمية: على المشتري أن يقبض المبيع على الوجه المعروف المعتاد، الذي اقتضاه العقد، سواء كان القبض مستعقباً للعقد أو مستأخراً، وسواء كان جملة أو شيئاً فشيئاً. اهـ^(٦)، وقال:

= مروان الناس فنهى عن بيعها، قال سليمان: فنظرت إلى حرس يأخذونها من أيدي الناس. اهـ. قال النووي: الصكاك جمع صك، وهو الورقة المكتوبة بدين، ويُجمع أيضاً على صكوك، والمراد هنا: الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه بأن يكتب فيها للإنسان كذا وكذا من طعام أو غيره، فيبيع صاحبها ذلك لإنسان قبل أن يقبضه، وقد اختلف العلماء في ذلك، والأصح عند أصحابنا وغيرهم جواز بيعها. اهـ. شرح النووي على مسلم ١٠/١٧١.

(١) ينظر: الأم ٣/٧٢ وما بعدها، وما سيأتي في الحاشية الآتية، ولم ألتزم في ذكر الخلاف الفقهي بالمنهج المذكور في المقدمة؛ لأن المقصود الإشارة إلى الخلاف والاكتفاء بذلك حيث كانت المسألة غير مقصودة أصالة في موضوع هذه الرسالة، واستعراض كل خلاف يشار له على الطريقة المنهجية سبترتب عليه تضخم الرسالة وانقطاع تسلسل الأفكار والتقارير المرتبطة بأحكام الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية.

(٢) ومنهم من قال بأكثر من وسيلة بحسب نوع المقبوض، كأحمد، قال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد أن الذي يُمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وحده. اهـ. ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٤، وحاشية ابن عابدين ٤/٥٦٢ وما بعدها، والتمهيد ١٣/٣٣٥-٣٣٦، وبداية المجتهد ٣/١٦٣-١٦٦، وفتح الباري ٤/٣٥٠، والمغني ٤/٨٥، والتورق المصرفي عن طريق بيع المعادن لخالد المشيقح في مجلة البحوث الإسلامية ع ٧٣ ص ٢٤٣.

(٣) ينظر: القبض الحقيقي والحكمي، د. نزيه حماد، مجلة معجم الفقه الإسلامي ٦/٥٤٧.

(٤) معالم السنن ٣/١٣٦. (٥) ٢/٤٦٧.

(٦) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٦.

الأسماء منها ما له حد في اللغة كالشمس والقمر، ومنها ما له حد في الشرع كالصلاة والحج، ومنها ما ليس له حد لا في اللغة ولا في الشرع، بل يرجع إلى العرف كالقبض.^(١) وقال: وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس كالقبض المذكور في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ ابْتَنَعَ طَعَامًا فَلَا يَبْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ». اهـ^(٢).

وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بشأن القرض، ونصه: قبض الأموال كما يكون حسيًّا في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض؛ يتحقق اعتبارًا وحكمًا بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسًّا. وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضًا لها. اهـ^(٣).

كما قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في مسألة ما يتحقق به القبض أن: الأصل في تحديد كيفية قبض الأشياء العرف، ولهذا اختلف القبض في الأشياء بحسب اختلافها في نفسها، وبحسب اختلاف أعراف الناس فيها. اهـ. وجاء في معيار القبض ما نصه: يتم القبض الحكمي في المنقول المعين والمنقول الموصوف في الذمة بالتخلية بينه وبين المستحق على وجه يتمكن به من تسلُّمِه من غير مانع ولو لم يحصل النقل والتحويل؛ سواء أكان مما يتناول باليد عادة أم كان مما يشترط فيه التوفية. اهـ^(٤).

وإذا أخذنا بالعرف فيما يعتبر به القبض، فإن عرف السوق قد يتغير بتغير الزمان أو المكان، حتى فيما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد أو ذرع، ويحتمل أن يكون نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بعض المواطن من هذا الباب منبئًا على عرف السوق يومئذ، من باب السياسة الشرعية، بصفته أمير المسلمين، لا من باب السلطة التشريعية، بصفته نبيًّا^(٥)؛ حيث لم يمكن تمييز المبيع وضبطه يومئذ إلا بما أمر به صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(١) مجموع الفتاوى ٢٠/٣٤٥. (٢) مجموع الفتاوى ٢٩/١٦.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/٥٩٢.

(٤) المعايير الشرعية، معيار القبض رقم (١٨)، ص ٤٩٧ و ٤٩٨.

(٥) بمعنى أنه يجري عليه ما قرره طائفة من الفقهاء في حكم السِّلْب في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في غزوة بدر: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» رواه البخاري؛ فإن الفقهاء اختلفوا: هل يجب على كل أمير أن يقتل المقاتلين كذلك كما قال الشافعي؟ أم أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال ذلك بصفته إمام المسلمين يومئذ تشجيعاً للصحابه ومراعاة للحال، لا بصفته نبيًّا مشرّعًا لحكم شرعي؟ فاتفق أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية عنه على أن السلب من غنيمة الجيش حكمه سائر الغنيمة إلا أن يقول الأمير: من قتل قتيلاً فله سلبه؛ فيكون حينئذ له. قال مالك: ليس السلب للقاتل حتى يقول الإمام ذلك، والاجتهاد في ذلك إلى الإمام. اهـ. بتصرف يسير. ينظر: صحيح البخاري في باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلاً فله سلبه من غير أن يخمس وحكم الإمام فيه، برقم (٣١٤٢)، وشرح النووي على مسلم ١٢/٥٨-٥٩، والأصل ٧/٤٤٣-٤٤٤، والاستذكار ٥/٦٠، =

ولأجل هذا المعنى، وبما أنه ليس هناك حكمٌ مطرد فيما يحصل به القبض، فإن البخاري بَوَّبَ على حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في بيع الجمل للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقوله: باب شراء الدواب والحمير وإذا اشترى دابة أو جملاً وهو عليه هل يكون ذلك قبضاً قبل أن ينزل؟^(١).

وبناء على ما سبق، من أن العرف هو المعتبر شرعاً في قبض المبيعات المصرفية، فسأمثل له بمجموعة من المبيعات المصرفية مع بيان العرف الجاري فيما يعتبر قبضاً لها، وهي كما يأتي:

المثال الأول: قبض المعادن.

يعتبر في قبض المعادن: قبض الوثائق المشتملة على تعيين المبيع من المعادن، ويحصل قبضها أيضاً بتسجيل بياناتها في حساب باسم المشتري، وهذا من باب القبض الحكمي الشرعي لا الحسي اليدوي^(٢).

المثال الثاني: السلع الخارجية.

يعتبر في قبض عموم السلع الخارجية المشتراة: تسلُّم مستندات شحنها، وتسلم شهادة التخزين للبضائع التي جرى تعيينها في المخازن، على أن تكون إدارتها موثوقة^(٣).

المثال الثالث: السلع الداخلية.

يعتبر في قبض عموم السلع المبيعة في داخل البلاد: فرز البضاعة بمعاينة المشتري، وتسلم أوراق مشتملة على ما يثبت ملكية المشتري للسلعة مفرزة مرقمة ومسجلة باسم المشتري^(٤).

المثال الرابع: السيارة.

تقبض السيارة بعدة أمور، منها: حيازة المشتري لها، وتعيينها برقم الهيكل ولو لم يقبض المشتري البطاقة الجمركية أو يقبض السيارة قبضاً حسيّاً، وتعيين السيارة في عقد الشراء وتمكين المشتري من التصرف فيها بتسليم المفتاح ونحوه، ولا يعد قبض صورة البطاقة الجمركية قبضاً حكماً للسيارة، ولا يكفي ذلك لبيع السيارة على العميل الأمر بالشراء، وأسلم صور القبض في مزاينة السيارات حيازة المؤسسة المصرفية للسيارة في مستودعاتها قبل بيعها على العميل الأمر بالشراء^(٥).

= والمغني ٦/٤٥٦ و ٩/٢٣٨.

(١) صحيح البخاري ٣/١٨١.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٦)، ص ٣٠.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار القبض رقم (١٨)، ص ٩٨، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٧)، ص ٣٠.

(٤) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٥)، ص ٢٩.

(٥) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٨ و ٧٠ و ٧٣ و ٧٥)، =

المثال الخامس: زيت النخيل.

يعتبر في قبض الزيت في بورصة زيت النخيل: تعيينه بحصة مشاعة من صهريج معين^(١).

المثال السادس: العقار.

يحصل قبض العقار بتوقيع عقد الشراء بين مالك العقار والمؤسسة المصرفية، ولو لم يفرغ العقار لصالح المصرف؛ لأن الشراء وجب شرعاً بالإيجاب والقبول مع التفرق، وأما الإفراغ فهو توثيق للعقد^(٢).

المثال السابع: الأسهم.

يعتبر في قبض الأسهم: نقلها إلى محفظة المشتري، ولا يعد العقد الشفوي قبضاً لها، بما في ذلك الأسهم المشتراة في عقد المراجعة.

ونظراً لكثرة عمليات المراجعة بالأسهم في المصارف التجارية الإسلامية، وصعوبة التحقق منها من قبل لجان الرقابة الشرعية في المصارف، وضعف فقه العاملين فيها بأحكام البيوع، ولا سيما من كان له عمل سابق في مصرف ربوي؛ فقد انتهت الهيئة الشرعية لبنك البلاد إلى وجوب توثيق عقد بيع الأسهم بطريقة يمكن الرجوع إليها، كالتوقيع الورقي، ثم تنقل الأسهم إلى محفظة العميل^(٣).

المطلب الثاني: الاتفاق على أن يضمن المشتري المبيع من دون أن يقبضه أو يتصرف فيه

قد يعتمد المتبايعان في عقود المصرفية الإسلامية إلى النص في المبيعة على أن المبيع في ضمان المشتري من حين التعاقد ولو لم يقبض المشتري المبيع أو يتصرف فيه بما يدل على القبض، والعقد المشتمل على هذا الشرط لا يخلو من حالين:

الحال الأولي: أن يُقصد بالقبض المنفي في العقد القبض اللغوي الذي هو بمعنى الأخذ والإمساك، فهذا على ضربين:

الضرب الأول: أن يكون القبض الشرعي للمبيع لا يحتاج معه إلى القبض اللغوي اليدوي، فهذا الشرط لا بأس به شرعاً؛ لأن القبض الشرعي أوسع من القبض اليدوي.

= ص ٣٠-٣١.

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٥٩٢، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٩)، ص ٣٠.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٧٥)، ص ٣١.

(٣) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٥)، ص ٢٩.

ومن الأمثلة على هذا الضرب ما يأتي:

المثال الأول: ضمان المشتري للسيارة من حين تسجيل ملكيتها باسمه في السجلات الرسمية مع التمكين من القبض اليدوي بتسليمه المفاتيح، فتكون من ضمانه ولو لم يستلم السيارة من الصالة.

المثال الثاني: ضمان مشتري الأسهم لما تمثله الأسهم المبيعة من موجودات الشركة، بعد توقيع العقد على شراء الأسهم ثم تسجيلها باسمه وتقييدها في محفظته.

الضرب الثاني: أن يكون القبض الشرعي للمبيع لا بد فيه من الاستلام اليدوي والمناولة، فاشتراط الضمان قبل القبض في هذا النوع باطل، ولا بد من القبض اليدوي من المشتري أو وكيله. مثاله: بيع سبائك الذهب بثمن مسمى من الريالات السعودية، فلا بد من المناولة باليد في مجلس العقد، ولا يغني عنه القبض الحكمي^(١).

والدليل عليه: حديث البراء بن عازب وزيد بن أرقم، قالوا: كنا تاجرين على عهد رسول الله ﷺ، فسالنا رسول الله ﷺ عن الصرف، فقال: «إن كان يدًا بيد فلا بأس، وإن كان نساءً فلا يصلح»^(٢)، وحديث عن مالك بن أوس: أنه التمس صرفاً بمائة دينار، قال: فدعاني طلحة ابن عبيد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فتراوضا حتى اصطرف مني، فأخذ الذهب يقبلها في يده، ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يسمع ذلك، فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب رباً إلا هاء وهاء، والبر بالبر رباً إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير رباً إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر رباً إلا هاء وهاء»^(٣).

الحال الثانية: أن يُقصد بالقبض المنفي في العقد القبض الشرعي الذي يُراعى فيه العرف. فهذا شرط باطل لاغ لا يصح؛ لأن الخراج بالضمان، والفقهاء أجمعوا على اشتراط قبض المشتري للمبيع قبل بيعه ما لم يكن المشتري هو البائع^(٤)، وقد سبق في حديث.....

(١) ينظر: المبسوط ١١/١٤، وحاشية ابن عابدين ٢٥٨/٥، والمجموع ٣٩٢/٩ وما بعدها، والمبدع ٤/١٤٤ وما بعدها، والمعايير الشرعية ص ٤٩٨-٤٩٩.

(٢) رواه البخاري في باب التجارة في البر ٥٥/٣، برقم ٢٠٦٠.

(٣) رواه البخاري في باب بيع الشعير بالشعير ٧٤/٣ برقم ٢١٧٤، ورواه مسلم ١٢٠٩/٣ برقم ١٥٨٦ عن مالك ابن أوس بن الحدثان، أنه قال: أقبلت أقول: من يصطرف الدراهم؟ فقال طلحة بن عبيد الله وهو عند عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أرنا ذهبك، ثم اتبنا إذا جاء خادمننا نعطك ورقك، فقال عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كلا، والله لتعطينه ورقة، أو لتردن إليه ذهبه، فإن رسول الله ﷺ قال: «الورق بالذهب رباً، إلا هاء وهاء، والبر بالبر رباً، إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير رباً، إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر رباً، إلا هاء وهاء». هذا لفظه.

(٤) وقد تقدم قريباً سوق الدليل الذي يستند إليه هذا الإجماع. ينظر: الأصل ٧/٤٤٣-٤٤٤، والاستذكار =

عائشة^(١) أن النبي ﷺ قال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؛ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»، فلا يضمن المشتري المبيع ما لم يمكن من قبضه، وقد تقدم في بداية المبحث تأصيل قاعدة تلازم القبض مع الضمان في المبيعات.

كما أن في تضمين المشتري ما لم يتمكن من قبضه إذا تلف، من أكل المال بالباطل، وظلم المشتري، ما لا يباح معه اشتراطه، والقاعدة: أن الغنم بالغرم، فلا يجتمع على المشتري غرم تلف المبيع إن تلف مع عدم تمكنه من غنم المبيع استعمالاً وبيعاً بربح. على أن بطلان هذا الشرط لا يمنع من صحة العقد^(٢).

ومن الأمثلة على هذه الحال ما يأتي:

المثال الأول: أن يكون المبيع عملة نقدية، فتشترط المؤسسة المصرفية البائعة أن يكون المبيع في ضمان المشتري قبل القيد المصرفي لها.

المثال الثاني: أن يكون المبيع حديثاً مستورداً، فتشترط المؤسسة المصرفية البائعة أن يكون المبيع في ضمان المشتري قبل قبض المستندات الصادرة باسم القابض أو المظهرة لصالحه، مثل: بوليصة الشحن، وشهادات المخازن العمومية، وقبض مستندات القبض الحكومي للسلعة الموصوفة في المستند أو الشهادة، إذا اشتملت المستندات على ما يفيد تعيين السلعة والتمكين من التصرف فيها^(٣).

وهنا أنبه إلى أن بعض نصوص الفقهاء المشتملة على تجويز بيع المبيع قبل قبضه، أريد بها: القبض اللغوي، وقد وهم أناس وظنوا أنهم لا يشترطون القبض الشرعي، فقد يحصل القبض الشرعي الحكومي بالتخلية مثلاً، من دون قبض لغوي يدوي، وهذا هو مقصودهم.



= ٥ / ٦٠، والمغني ٦ / ٤٥٦، ٩ / ٢٣٨، وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ٢ / ٥١٣-٥١٤.

(١) رواه البخاري في غير باب، ومنها: باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ١ / ٩٨ برقم ٤٥٦ ولفظه: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله؛ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له، وإن اشترط مائة مرة»، ومسلم ٢ / ١١٤٢ برقم ١٥٠٤ واللفظ له.

(٢) لحديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا الأَنف، حيث أبطل النبي ﷺ الشرط الفاسد ولم يبطل العقد؛ لأن الأصل في العقود اللزوم والوفاء والتصحيح كلما أمكن ذلك، وهذا هو المشهور عند الفقهاء المتقدمين؛ كالحسن البصري، والشعبي، والنخعي، والحكم، وابن أبي ليلى، وأبي ثور. ينظر: المغني ١٧١-١٧٢.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار القبض رقم (١٨)، ص ٤٩٨ و ٥٠١.

المبحث الخامس

التزام المشتري بتقديم ضمانات بديلة إذا نقصت قيمة الضمانات المقدمة

تنص بعض المؤسسات المصرفية الإسلامية في اتفاقيات البيع الآجل على أن التزام العميل المتعاقد معها يعد بتقديم ضمانات بديلة إذا نقصت قيمة الضمانات المقدمة، وهذا يشبه ما تقدم قريباً في المطلب الخامس من المبحث الثالث من تعهد العميل بتقديم ضمانات إضافية عند طلب المؤسسة المصرفية، وقد ذكرت هناك ما قرره الفقهاء في مشروعية تعاقب الضمانات المرتبهة في الدين الواحد؛ لأنه زيادة استيثاق، ثم هو كما لو رهنهما معاً^(١)، وأن الأصل في الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين، برضاها، الصحة والإباحة، واللزوم والوفاء.

وينبغي تقييد التزام المشتري بتقديم ضمانات بديلة إذا نقصت قيمة الضمانات، ألا يكون نقصان الضمانات عارضاً؛ لأن الأصل في الأعيان أن تتعرض لنقص القيمة وزيادتها، ولا سيما إذا كان العميل منتظماً في أداء الأقساط المنجّمة؛ فإن المرتهن في هذه الحال لا يلحقه ضرر عاجل ولا يتأثر تأثراً مباشراً بالانخفاض المؤقت لقيمة الرهن، كما أن الدين الثابت في ذمة العميل يتناقص تدريجياً بمضي النجوم بما يجعل قيمة الرهن، وإن نقصت، مستوفية للقدر المتبقي من الدين.

فإذا ثبت النقص في قيمة الضمانات المقدمة واستقر عليه أمر السوق ثبت التزام العميل بتقديم الضمانات البديلة بقدر النقص، فإن كانت الضمانات البديلة المعلقة بالشرط مسمأة في العقد، وجاء المشتري بغيرها، فقد ناقش بعض الفقهاء هذه المسألة، ورسومها كما يلي:

مسألة: إذا سمى البائع رهناً أو ضميناً معيناً، وجاء المشتري بغيرهما؛ فهل يلزم البائع قبوله؟ للفقهاء فيها قولان:

القول الأول: يلزم البائع القبول إذا كان مثله في الثقة والوفاء، وقلة اللدد^(٢).

وهذا القول مال إليه بعض المالكية^(٣).

(١) ينظر: مختصر الطحاوي مع شرحه للجصاص ١٥٩/٣، وروضة الطالبين ٥٦/٤، والمغني ٢٦١/٤.

(٢) فيما إذا كان الرهن عبداً. (٣) ينظر: التبصرة ٩/٤٢٦٤.

القول الثاني: لا يلزم البائع قبوله من المشتري، وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط؛ مثل أن يأتي بما هو أكثر قيمة من المشروط، وحميل أوثق من المعين. وهو قول بعض المالكية^(١)، وقول الحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بأن المراد من الرهن الاستيثاق، وليس هو بمنزلة من اشترى سلعة بعينها فلا يلزمه قبول غيرها^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

الدليل الأول: أنه عقد على معين، فلم يلزمه قبول غيره، كالبيع^(٤).

ويمكن أن يناقش: بأنه وإن كان عقداً على معين، إلا أنه غير مقصود لذاته، بل مقصود لغيره، وهو توثيق الحق.

ثانياً: أن الغرض يختلف باختلاف الأعيان.

فمن الأعيان ما يسهل بيعه والاستيفاء من ثمنه، ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظاً، وبعض الذمم أملاً من بعض، وأسهل إيفاء، وقد أشعر بالتسمية والتعيين أن له غرضاً في التعيين؛ فلا يلزمه قبول غير ما عينه، كسائر العقود^(٥).

الترجيح:

الراجح، والله أعلم، هو القول بعدم لزوم قبول البائع للرهن الذي لم يسمّ؛ لأن مقاطع الحقوق عند الشروط.

وذلك ما لم يكن الرهن البديل جارياً مجرى المبدل منه ومقبولاً عرفاً، فيلزم المرتهن بقبوله حيثنذ؛ لأن الإلزام أدعى إلى تحقيق مقصد الشارع في تصحيح عقود المسلمين ما أمكن، ومراعاة لجانب الأصل المتقرر في الوفاء في العقود.



(١) ينظر: شرح التلقين للمازري ٣/ ٣٥١. (٢) ينظر: المغني ٤/ ٢٨٣.

(٣) ينظر: التبصرة ٩/ ٤٢٦٤. (٤) ينظر: المغني ٤/ ٢٨٣.

(٥) ينظر: المغني ٤/ ٢٨٣-٢٨٤، وشرح التلقين للمازري ٣/ ٣٥١.

المبحث السادس

ضمان المصرف للتكاليف

والأضرار التي تلحق المشتري بسبب المصرف

تتوكل المؤسسات المصرفية الإسلامية، ممثلة في المصارف التجارية، عن عملائها في شراء السلع وبيعها، ولا سيما في مبيعات الأسواق الدولية التي لا تتعامل مع غير المصارف، وحيث أن يلتزم المصرف في الاتفاقية المنعقدة بين المصرف والعميل بأن يكون تصرفه لمصلحة العميل، وأن يتخذ الإجراءات الكافية لحفظ حقوق العميل.

كما ينفي المصرف مسؤوليته عن الخسائر والأضرار والتكاليف والمصاريف التي قد يتحملها العميل نتيجة لشراء المصرف للسلعة أو بيعها وتصرف المصرف فيها بالنيابة عنه، وذلك ما لم تكن تلك الخسائر أو الأضرار أو التكاليف أو المصاريف نتيجة تعذر أو تقصير من قبل المصرف. فهذا الشرط الأخير هو المقصود في هذا المبحث، ومفاده: أن المصرف الإسلامي سيتحمل عن المشتري كل ما له كلفة أو ضرر ناتج عن تصرفه في السلعة نيابة عن المشتري، بشرط أن يكون في تصرفه تعذر على حق الموكّل أو تقصير فيه.

وتصرف المصرف الإسلامي في سلعة العميل، في الأكثر، إما أن يكون لتسليم السلعة للمشتري وكالة، أو لبيع السلعة التي اشتراها العميل منه آجلاً وكالة عنه ببيعها على غير نفسه^(١) وعلى غير المورد.

والتوكيل في البيع والشراء جائز في شريعة الإسلام من غير خلاف بين الفقهاء^(٢).

دل على ذلك الكتاب في قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا﴾^(٣)؛ فجوز العمل عليها، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين، وقوله تعالى: ﴿فَابْتَغُواْ أَحَدَكُمْ يَورِثُكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾^(٤)، وهذه وكالة.

(١) قال ابن قدامة في المغني ٥/ ٨٤: من وُكِّل في بيع شيء لم يجز له أن يشتريه من نفسه، في إحدى الروايتين، نقلها مهنا، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي. اهـ. وستأتي المسألة قريباً في المتن.

(٢) ينظر: المغني ٥/ ٦٣-٦٤. (٣) سورة التوبة، الآية: ٦٠.

(٤) سورة الكهف، الآية: ١٩.

ومن السنة ما روى البخاري في صحيحه^(١)، عن عروة البارقي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطاه دينارًا يشتري له به شاةً، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينارٍ، وجاءه بدينارٍ وشاةٍ، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

ومن جهة النظر: فالحاجة داعية إلى التوكيل في البيع والشراء؛ لأن الموكل قد لا يحسن البيع والشراء، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق. وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة، أو ممن يتعير بها، ويحط ذلك من منزلته، فأباحه الشرع دفعًا للحاجة، وتحصيلًا لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه^(٢).

والأصل في يد الوكيل أنها يد أمانة^(٣)، والأصل في ذمة الوكيل، وهو المصرف هنا، انفصال ذمته عن ذمم موكله من العملاء والمؤسسات من جهة الضمان والمسؤولية، إلا بموجب شرعي، ومن الموجبات الشرعية لضمان الوكيل: التفريط بترك ما يجب عليه فعله بمقتضى عقد الوكالة، والتعدي بفعل ما لا يجوز له فعله^(٤).

إذا تقرر هذا، فإن من موجبات ضمان المصارف الوكيل: الأضرار والتكاليف التي تلحق العملاء الذين وكلوه في البيع أو الشراء، وهي تكاليف لم تجرِ العادة بها، إذا كان المصرف سببًا في هذه الأضرار والتكاليف، ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

المثال الأول: إذا وكل العميل المصرف في شراء سلعة، فاشترى المصرف السلعة، ثم تأخر المصرف، تقصيرًا منه في تسليم المشتري مستندات المبيع التي يتمكن بها المشتري من التصرف في السلعة، فترتب على ذلك مصروفات تخزين إضافية؛ فإنها تكون من ضمان الوكيل، وهو المصرف. وهذا المثال وارد في الأحوال التي لا يقرر العميل فيها توكيل المصرف في بيع السلعة بعد شرائها.

المثال الثاني: إذا لم يستوفِ المصرف المطلوب لاستخراج الأوراق اللازمة حتى يكون المبيع صالحًا للاستلام والتسليم، تقصيرًا منه، حتى تلف المبيع.

(١) في كتاب المناقب، قال: (باب) وأبهم، برقم ٣٦٤٢.

(٢) ينظر: المغني ٥/٦٣-٦٤.

(٣) ولو كانت الوكالة في شراء السلعة غير معلنة، بأن تصرف الوكيل أمام الأطراف الأخرى كالأصيل وتولى الشراء باسمه. ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٨٩ و ٥٥١)، ص ٣٤ و ١٦٧.

(٤) ينظر: درر الحكام ٣/٥٤٨، والكافي في فقه أهل المدينة ٢/٧٨٩، ومغني المحتاج ٣/٢٥٥، والمغني ٥/٧٥.

فإن المصرف يضمن ثمن المبيع للمشتري.

المثال الثالث: أن يأذن العميل للمصرف في الشراء بالنسيئة، فيخالف المصرف شرط المشتري ويتبع السلعة نقدًا؛ فالشراء غير لازم للموكل، سواء اشتراه بما يساوي نقدًا أو نسيئة؛ لما فيه من التزامه تعجيل ثمن لم يأذن به.

وهكذا لو أذن له أن يشتري إلى أجل فاشتراه إلى أجل هو أقرب لم يلزم الموكل^(١).

المثال الرابع: إذا باع المصرف السلعة بأنقص من الثمن الذي عينه الموكل، بدون إذن الموكل، وسلم السلعة إلى المشتري؛ فللموكل أن يضمّنه ذلك النقصان^(٢).

المثال الخامس: أن يبيع المصرف السلعة نسيئة، والعميل الموكل لم يأذن في بيعه إلا نقدًا؛ فيفسد البيع، وللموكل مطالبة من شاء منهما، وذلك إذا كان المبيع باقيًا. فإن كان المبيع تالفًا رجع الموكل عليهما بقيمته^(٣).

المثال السادس: أن يتصرف المصرف في السلعة قبل بيعها على وجه الانتفاع، فحينئذ تنقلب يده الأمانة فتصير يد ضمان.

قال ابن قدامة: لو وكله في بيع ثوب، فلبسه؛ صار ضامنًا. فإذا باعه صح بيعه، وبرئ من ضمانه؛ لدخوله في ملك المشتري وضمانه^(٤).

المثال السابع: أن يوكل العميل المصرف في شراء سلعة موصوفة في الذمة، فيشتريها المصرف وهي غير سليمة.

فإن اشترى المصرف الوكيل معيّنًا يعلم عيبه، لم يلزم الموكل قبوله؛ لأنه اشترى غير ما أذن له فيه^(٥).

(١) ينظر: الأصل ١١/٣٣٠-٣٣١، ومواهب الجليل ٥/٢٠٤، والحاوي ٦/٥٥٦، والمغني ٧/٢٤١-٢٤٢، والموسوعة الفقهية الكويتية ٤٥/٥٧، وموسوعة الإجماع ٤/٣٤٣-٣٤٤ وفيه دراسة استقرائية انتهت إلى أن الإجماع انعقد على أن الموكل إذا قيد الوكيل لم تصح مخالفته.

(٢) وثمن المثل هو: ما تنتهي إليه الرغبات؛ قال ابن قدامة: وأما ما يتغابن الناس به عادة، فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدّر له الثمن؛ لأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل، ولا يمكن التحرز عنه. ينظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم (١٤٩٥) ص ٢٩١، ودرر الحكام ٣/٦١٠، وشرح الزرقاني ٥/٢٧٠، والحاوي ٦/٥٣٩ وما بعدها، وبداية المحتاج ١/١٦٩، والمغني ٥/٩٨، والإنصاف ١٣/٤٤٨٥، والموسوعة الفقهية الكويتية ٥/٣١٨ و٤٥/٩٨.

(٣) ينظر: المغني ٥/٧٩-٨٠. (٤) ينظر: المغني ٥/٩٠.

(٥) ينظر: الحاوي ٦/٥٥٧، والمغني ٥/١٠١.

المثال الثامن: أن يترك المصرف قبض ثمن السلعة بعد بيعها.

فيضمن المصرف الضرر الواقع على العميل، ويلزمه ثمن المبيع للعميل الموكل؛ لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالمبيع لتحصيل ثمنه، فلا يرضى بتضييعه، ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعة مفراطاً^(١).

المثال التاسع: أن يمنع المصرف الوكيل موكله من ثمن السلعة التي باعها له، مع القدرة على دفعه.

فيضمن المصرف الثمن للعميل الموكل؛ لتعديه في تأخير الحق عن صاحبه^(٢).

ذلك، وقد تكلم الفقهاء عن تصرفات الوكيل، وما ينبغي أن تكون عليه، مقررين أن كل متصرف في مال غيره بإذنه فعليه أن يتصرف بمقتضى الغبطة والمصلحة^(٣).

وبعد تقرير هذا المبدأ، ذكرنا بعض التصرفات التي يُمنع منها الوكلاء، وقد لا تكون محرمة في ذاتها، بل سداً للريعة تقديم الوكيل مصلحته على مصلحة موكله، فإن لم يكن كذلك فثلاً تلحقه التهمة بذلك.

ومما مثل به بعض الفقهاء: أن مَنْ وُكِّلَ في بيع شيء، لم يجز له أن يشتريه من نفسه؛ لأنه يجتمع له في عقده غرضان؛ الاسترخاء لنفسه، والاستقصاء للموكل، وهما متضادان، والإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره، والنائب مندوب إلى طلب الحظ لمستنيبه واستفراغ الوسع في ذلك، فإذا باع من نفسه انصرف بجبلة الطبع إلى حظ نفسه، فصار المقصود بالنيابة معدوماً فلم يجز^(٤).

ولأن المنع لا لمحرّم في ذاته، بل لغيره، فقد رخص فيه بعض الفقهاء بقيود احترازية، فروي عن أحمد الجواز بشرطين: أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء، وأن يتولى النداء غيره.

(١) ينظر: المغني ٥/٧٣-٧٤. (٢) الحاوي ٦/٥٢٣.

(٣) ينظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ٦/٤١٠، والأشبه للسبكي ١/٣١٠، وفتح الوهاب ١/٢٦٠، والفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/٣٣٦، وتعليقات ابن عثيمين على الكافي لابن قدامة ٥/١٠٦، وبحث التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن لخالد المشيقح في مجلة البحوث الإسلامية ع ٧٣ ص ٣١٩، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/٩٤ و ٤٥/٨٤.

(٤) وهو مذهب أصحاب الرأي ومالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين. ينظر: حاشية ابن عابدين ٥/٤٢٤، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/٧٩١، والحاوي ٦/٥٣٦ و ٥٣٧، والكافي لابن قدامة ٢/١٤٤، والمغني ٥/٨٤ و ٨٦، وإعلام الموقعين ٣/٢٦٩-٢٧٠، وفتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، الفتوى رقم ١٦٤٤٢)، ١٤/٢٧٥، وموسوعة الإجماع ٤/٣٦٥-٣٦٧.

حيث إن المقصود من البيع حصول الثمن، وفي الشرى حصول المشتري، ولذلك لم يلزم ذكر من له البيع والشرى، بخلاف النكاح^(١).

وكذلك لو حضر في وكالة المصرف بالبيع مَنْ يزيد على ثمن المثل، لم يجز للمصرف أن يبيع بثمان المثل؛ لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله، ولأنه وإن كان عليه أن يبيع بالمأذون فيه فإن الزيادة تنفع الموكل في البيع ولا تضره^(٢).

وفيما سبق، قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: إذا خالف الوكيل ما قيده به الموكل، ولم تكن المخالفة إلى ما هو أفضل للموكل فإن العقد موقوف على إجازة الموكل. اهـ^(٣)، واستندوا في ذلك على ما عُهد من الشريعة في تصحيح تصرف المسلم ما أمكن، وهو هنا أن يكون موقوفاً على إجازة الموكل لدرء الضرر عنه^(٤).

كما قرروا أنه: إذا خالف الوكيل بالشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل، أو بأكثر مما حدده الموكل؛ فإنه يضمن الفرق بين الثمن الذي اشترى به وثمان المثل، وإذا خالف الوكيل بالبيع فباع بأقل من الثمن الذي حدده الموكل للبيع به؛ فإنه يضمن النقص عن ثمن المثل فقط، ولا يضمن جميع النقص عن الثمن الذي حدد له البيع به. اهـ^(٥)، وذكروا أن مستند ذلك تحقيق العدل ورفع الضرر^(٦)؛ قال ابن تيمية: عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل، والنهي عن الظلم؛ دقه وجَلَّه. اهـ^(٧).



-
- (١) كالوكيل الوارث. ينظر: الحاوي ٦/ ٥٣٦-٥٣٧، والمغني ٥/ ٨٥.
 - (٢) ينظر: المغني ٥/ ٩٨-٩٩.
 - (٣) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٣)، ص ٦٢٥.
 - (٤) هذا النقل في ملحق المعيار المتعلق بالأدلة، وليس من صلب المعيار. ينظر: المعايير الشرعية ص ٦٣٥.
 - (٥) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٣)، ص ٦٢٦.
 - (٦) ينظر: المعايير الشرعية ص ٦٣٥.
 - (٧) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٨/ ٣٨٥.

المبحث السابع

التزام المصرف بتعويض المشتري إذا استوفى منه خطأً قبل حلول الأجل

جرت عادة المصارف التجارية الإسلامية أنها تستوفي أقساط المبيع بالأجل من حسابات العميل المشتري مقاصّةً، كما سبق بيانه مفصّلاً في المطلب السابق من المبحث الثاني في هذا الفصل، وهو يشبه ما ذكره ابن قدامة في قوله: وإن قال: ... اقض الثمن عني من الدين الذي لي عليك، صح.. لأنه قضاءه من الدين الذي عليه، بأمر من صاحب الدين^(١).

وقد يستوفي المصرف قسطاً من الأقساط قبل موعده خطأً، ومن ذلك ما وقفت عليه من خلال عملي في الاستشارات القضائية، حيث وردتني قضية استعجل فيها المصرف بتنفيذ سند لأمر موقع من العميل، فقدم المصرف السند إلى محكمة التنفيذ مع انضباط المشتري في مواعيد الأداء المنجّمة، مما ترتب عليه إيقاف خدمات العميل، وبمراجعة المصرف اعتذر وتبين أن الأسانيد قدّمت خطأً.

وفي هذه الحال يلتزم المصرف بتعويض المشتري، وذلك بإعادة المال عوضاً عما أخذ منه حتى يحلّ نجمه.

وهذا مقتضى الوفاء بالعقود، وأداء الحقوق، وذلك في كل ما استوفاه المصرف مما لم يحل نجمه؛ لأن ما لم يحل نجمه فليس من حق الدائن، بل من حق المدين حتى يحل نجمه.

وأما التعويض بما فوق ذلك، فلم تشتمل عليه العقود التي اطلعت عليها، والكلام فيه من جنس الكلام في الشرط الجزائي، وقد سبق الكلام مفصّلاً في اشتمال العقود على الشرط الجزائي بأنواعه في المطلب الأول من المبحث الثاني في هذا الفصل.



(١) ينظر: المغني ٥/ ٩٥، وتسهيل الفقه للجبرين، المادة (١١٥٠٧)، ١٠/ ١٤٥.

المبحث الثامن

نفي مسؤولية المصرف عما يلحق المشتري بسبب ممارسة الحقوق الناشئة عن الاتفاقية

يتناول هذا المبحث حالة من أحوال نفي الضمان في العقد، حيث تشترط بعض المصارف الإسلامية في عقود البيع والوكالة فيه أن العميل يلتزم بتعويض المصرف لقاء الخسائر أو الأضرار أو المطالبات أو التكاليف التي يتعرض لها المصرف نتيجة تصرفه بالوكالة عن العميل تصرفاً خالياً من التعدي والتقصير.

ولبيان المقصود بممارسة المصرف الإسلامي لحق من حقوقه الناشئة عن اتفاقية البيع والتوكّل فيه، سأمثل لممارسات المصرف بما يأتي:

المثال الأول: معاينة المصرف للسلعة التي اشتراها العميل ووكّل المصرف في معاينتها واستلامها ونقلها.

فقد ينشأ عن استلام المصرف للمبيع، ولا سيما إذا كان مستورداً من بلد خارجي، مصروفات إضافية تزيد على قيمة ثمن المبيع؛ كرسوم التأمين، وتكاليف الحفظ والصيانة، فالمصرف الإسلامي يطالب المشتري الموكّل بهذه المصروفات والتكاليف المدفوعة، بموجب ما بينهما من اتفاق.

وهذا لا بأس به ولا محذور فيه إن شاء الله، بالشروط الآتية:

أولاً: أن تكون ممارسات المصرف الوكيل، كالحفظ والصيانة والتأمين، مما جرى به العرف في السلع المشتراة، ولا مناص عنه.

ثانياً: أن تكون قيمة التكاليف والمصروفات المقترنة بالسلعة المشتراة قيمةً عادلة خالية من الغش والتحايل على العميل الموكّل، ولا تزيد على المعروف في السوق.

ثالثاً: ألا تشتمل الممارسات على محذور، كالتأمين التجاري، ويكون التأمين على السلعة تأميناً تعاونياً لا شبهةً قمار فيه.

وقد انتهت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى صياغة المعيار الآتي في الوكالات المقترنة بعقود المؤسسات المصرفية، ونصه: المصروفات والثلث في الوكالة بالشراء على الموكل، وعليه أن يدفع إلى الوكيل الثمن والمصروفات التي تتعلق بالمحل الموكل

به، مثل مصروفات النقل والتخزين والضرائب ونفقات الصيانة والتأمين، ولا يجوز اشتراط ذلك على الوكيل ولا تأجيل دفع هذه المستحقات إن كانت الوكالة بأجر. اهـ^(١)، ويتحمل الوكيل إذا كان شخصية معنوية المصروفات المتعلقة بموظفيه أو بأجهزته. اهـ^(٢).

المثال الثاني: أن يفقد المصرف ثمن الموكل فيه بعد بيعه.

فلا مسؤولية على المصرف ما لم يفرض في الحفظ، أو يتجاوز بفعل لا يسوغ مثله في الأمانات، كأن يتجر به.

وفي هذا قرر ابن قدامة أن الوكيل إذا قبض الثمن^(٣) كان أمانة في يده غير مضمون عليه؛ لأنه قبضه بإذن الموكل، ولم يتعد فيه. اهـ^(٤)، وقال: وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمه بتأخير؛ لأنه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك. فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه، فتلّف؛ ضمنه.. اهـ^(٥).

وفي المعايير الشرعية: يد الوكيل يد أمانة لا تضمن، وإنما يضمن الوكيل بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط الوكالة وقيودها، ما لم تكن المخالفة إلى ما هو أفضل للموكل. اهـ^(٦)، وفيها: مستند كون يد الوكيل يد أمانة هو أنه يعمل لصالح غيره، وهذا هو الشأن في تلك التصرفات، والموكل قد اختار الوكيل، وذلك ائتمان له؛ فلا يناقض قوله إلا بإثبات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط أو قيود الوكالة. اهـ^(٧).



(١) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٣)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار، رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

(٣) أي: الوكيل في البيع.

(٤) المغني ١٠٣/٥.

(٥) المغني ٨٠/٥.

(٦) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٤)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٧) المعايير الشرعية ص ٦٣٤.

المبحث التاسع

التعهد للمشتري بهدية عند شراء المبيع

إذا تعهد البائع في المعاملات المصرفية أن يعطي المشتري هدية مع المبيع، فلا يخلو الأمر من حالين:

الحال الأولي: أن تكون الهدية معلومة.

كما لو أبرز البائع عينة من الهدية، أو ذكر صفاتها النافية للجهالة.

وقد تكون الهدية خدمة معينة، كأن يقال: من اشترى كمية من الوقود حصل على زيت مجاني للسيارة مع خدمة التغير، أو تغسيل سيارته.

وفي كلا الحالتين يكون المشتري موعودًا بالهدية قبل الشراء، ويكون مقدار الهدية معلومًا.

وللمعاصرين في هذه المسألة قولان:

القول الأول: الجواز.

وبه أفتت اللجنة الدائمة للإفتاء^(١)، وهو اختيار ابن عثيمين^(٢).

القول الثاني: المنع.

وبه قال ابن إبراهيم^(٣)، وابن باز^(٤)، وابن جبرين^(٥).

الأدلة:

استدل أصحاب الأقوال بأدلة، وهي كما يأتي:

أدلة القول الأول:

استدل المجيزون: بأن الأصل في المعاملات الجواز، وقيمة السلعة لم تزد من أجل هذه الهدية أو الجائزة، والقاعدة هي: أن العقد إذا كان الإنسان فيه إما سالمًا وإما غانمًا فهذا لا بأس به،

(١) الفتوى رقم (١٣٣٠٩)، ورقم (١٣٣٢٦).

(٢) ذكر ذلك في اللقاء المفتوح. ينظر: المعاملات المالية ٤/ ٣٣٤.

(٣) ينظر: مجموع فتاوى ابن إبراهيم ٧/ ٧٧.

(٤) ينظر: فتاوى إسلامية ٢/ ٣٦٥.

(٥) ينظر: فتاوى البيوع والمعاملات لابن جبرين ص ٨٢-٩٠.

أما إذا كان إما غانماً وإما غارماً فإن هذا لا يجوز^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل المانعون بأدلة، وهي كما يأتي:

الدليل الأول: أن هذا الفعل يتسبب في نشر العداوة والبغضاء بين التجار، وما يوقع العداوة والبغضاء يُعدُّ من الميسر الذي أخبر الله عنه في قوله: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ﴾^(٢).

ونوقش: بأن العداوة إن كان سببها التعدي فلا يجوز، وإن كان الباعث عليها حب الأثرة والاستثثار، والحسد بين التجار؛ فلا تُكَلَّف بدفع مثل ذلك، والناس يتفاوتون في هذا^(٣).

قال ابن تيمية: والعدل المحض في كل شيء متعذر علماً وعملاً ولكن الأمثل فالأمثل^(٤).

الدليل الثاني: سد ذريعة تبذير المشتري وذريعة كساد سلعة التجار المنافسين والتجار المتوسطين.

فهذا العمل يغري بعض الناس على الشراء من هذا المحل دون غيره مما يؤدي إلى ترويج سلعه وكساد سلعة الآخرين، كما أنه يغري المشتري بشراء سلع ليس لهم فيها حاجة طمعاً في الحصول على الجائزة^(٥).

الترجيح:

الأصل في الحوافز التجارية الحل، وقد جمع أحد الباحثين بعض الضوابط الشرعية للحوافز التجارية، وهي كما يأتي:

الأول: أن يكون ذلك عن رضا وطيب نفس من العاقلين؛ لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٦).

الثاني: ألا توقع في الربا، وذلك بالأ تكون المسألة من مسائل ما يُعرف بمد عجوة ودرهم، كثوبين بدرهم وثوبين، أو سيارة بسيارة ومائة ألف.

(١) ينظر: فتوى اللجنة الدائمة رقم (١٣٣٠٩) ورقم (١٣٣٢٦)، واللقاء المفتوح لابن عثيمين، والمعاملات المالية ٤/ ٣٣٤.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٩١. (٣) ينظر: المعاملات المالية ٤/ ٣٣٧.

(٤) ينظر: المعاملات المالية ٤/ ٣٣٧. (٥) مجموع الفتاوى ١٠/ ٩٩.

(٦) ينظر: المعاملات المالية ٤/ ٣٣٦ و ٣٣٧.

(٧) سورة النساء، الآية: ٢٩.

الثالث: أن تكون المعاملة خالية من القمار والمخاطرة، والغرر الفاحش، والخداع والتدليس.

الرابع: ألا يؤدي ذلك إلى التغيرير بالمشتريين؛ كأن يرخص سلعة، ويزيد في أسعار السلع الأخرى عن سعر السوق.

الخامس: ألا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالسوق والإجحاف بحق صغار المستثمرين، بحيث تكون خطة من كبار التجار للقضاء على صغار التجار إذا لم يقبلوا باستحواذ الكبار عليهم أو دخولهم معهم.

السادس: أن تكون الحوافز مما أباح الله، فلا يضع حوافز تؤدي إلى الوقوع في الحرام، من ذلك صرف تذاكر للمراهقين والمراهقات للسفر إلى بلاد الكفار، أو توزيع أفلام ساقطة، أو مجلات خليعة، أو صور مجسمة، أو غيرها من المحرمات.

السابع: أن يكون التاجر ملتزماً ببذل ما وعد؛ لأن هذه العدة جزء من المعاوضة لا يجوز الخروج منها، أو التحايل على إسقاطها.

هذا، على أن توصيف هذه الهدية فقهاً بأنها هبة، كما جاء في مسمى المبحث، محل بحث، فقد يقال بأنها جزء من صفقة المبيع.

فإن كانت هبة فالهبة جائزة، والهبة الموعودة تأخذ حكم مسألة لزوم العدة، وستأتي في المبحث الحادي عشر من هذا الفصل، وإن كانت جزءاً من المبيع فهي جائزة؛ لأن المبيع معلوم بكون الهدية معلومة لا جهالة فيه^(١)، وبذلك لا يلزم من البائع بموجب عقد البيع، وبهذا يضمن المشتري ما تعهد به البائع، وهذه المسألة من مقاصد عقد هذا المبحث.

الحال الثانية: أن تكون الهدية مجهولة.

إذا كانت الهدية مستترة، بمعنى أنها مجهولة النوع والمقدار، فما حكم البيع مع وجود هذه الهدية؟

القائلون بتحريم ربط السلعة بهدية ظاهرة معلومة سيقولون بتحريم هذه من باب أولى.

وأما القائلون بالجواز، فإن حكمهم سيختلف بناء على اختلافهم في توصيف وتخريج الهدية؛ فمن خرجها على أنها هبة محضة، فإنه لا يمانع من القول بالجواز إذا كانت قيمة السلعة لم تزد بسبب الهدية؛ لأن الجهالة مغتفرة في عقود التبرعات اغتفاراً لا يكون في عقود المعاوضات، فإنها مؤثرة في صحة العقد.

(١) ينظر: القمار حقيقته وأحكامه للدكتور سليمان الملحم ص ٥٤٦، والمعاملات المالية ٤/ ٣٣٥.

وأما من خرّج من المجيزين في الحال الأولى الهدية على أنها جزء من المبيع فسيمنع من هذه المعاملة؛ لأن الجهالة بالهدية ستؤول إلى جهالة جزء من المبيع، وجهالة جزء من المبيع جهالة للمبيع كله، وإذا كان ممنوعاً لذلك؛ فإما أن نقول: إن العقد باطل لتحريمه، أو نقول بتفريق الصفقة^(١).



(١) ينظر: المعاملات المالية ٣٣٩/٤ - ٣٤٠، ينظر في تفريق الصفقة: المجموع ٣٧٩/٩.

المبحث العاشر

بيع الضمان وأخذ العوض عليه

تعد هذه المسألة من أمهات الباب في مسائل الضمان المعاصرة، وكثير من مسائل الرسالة ترجع إلى هذه المسألة، فمبدأ الضمان اليوم عنصر هام وعامل من عوامل جذب العملاء والشركاء لدى المؤسسات المصرفية الإسلامية؛ فهل لهم أخذ العوض على هذا الضمان، بحيث يكون الالتزام بالضمان سلعة أو خدمة تُشتري وتبتاع؟

تحرير محل النزاع:

أولاً: الأشياء من حيث قبولها للمعاوضة على أقسام ثلاثة^(١):

القسم الأول: قسم اتفقوا على أنه قابل للمعاوضة؛ كالبرّ والأنعام.

القسم الثاني: قسم اتفقوا على عدم قبوله للمعاوضة؛ كالدم المسفوح والخنزير^(٢).

القسم الثالث: قسم اختلف فيه هل يقبل المعاوضة أم لا؛ كالأزبال، وأرواث الحيوان من الأعيان، والأذان والإمامة من المنافع^(٣).

ثانياً: حُكي اتفاق علماء السنة على المنع من اشتراط عوض يؤخذ في مقابل الضمان^(٤)، ولم يسلم بعض المعاصرين بحكاية الإجماع في المسألة ورأوا أنه من القسم الثالث^(٥).

(١) ينظر: الفروق ٣/ ٢٩٤-٢٩٥.

(٢) وهذه من الأعيان، وأضاف لها القرافي من المنافع: القبلية والتعاقب، وكذلك النظر إلى المحاسن، وقال: ولذلك لا نوجب فيها عند الجناية عليها شيئاً؛ لأنها غير متقومة شرعاً، ولو كانت تقبل القيمة الشرعية لوجب عند الجناية عليها كسائر المنافع الشرعية. اهـ. وقال: الضمان في الذمم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه وإن كان منفعة مقصودة للقبلة، وأنواع الاستمتاع مقصودة للعقلاء، ولا تصح المعاوضة عليها؛ فإن صحة المعاوضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي، ولم يدل دليل عليه فوجب نفيه، أو يستدل بالدليل النافي لانتفاء الدليل المثبت وهو القياس على تلك الصور. ينظر: الفروق ٣/ ٢٩٥.

(٣) ينظر: الفروق ٣/ ٢٩٥.

(٤) ينظر: الذخيرة ٩/ ٢١٤، ومواهب الجليل ٤/ ٣٩١ و٥/ ١١٣، والإشراف لابن المنذر ٦/ ٢٣٠، ويبحث أخذ العوض على الضمان للدكتور سليمان الملحم، ضمن مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (٢٠)، ص ٥٣٠.

(٥) قالوا: إنه صادر ممن يتساهل في نقل الإجماع، وإن بعضها إجماعات مذهبية. ينظر: الإشراف لابن المنذر ٦/ ٢٣٠، وأخذ العوض على الضمان ص ٥٥٠-٥٥١.

وبعد، فيمكن إجمال الأقوال في حكم المعاوضة على الضمان في ثلاثة أقوال:

القول الأول: منع أخذ العوض على الضمان.

وهو قول أصحاب المذاهب الأربعة^(١)، ونسب إلى جمهور المعاصرين^(٢).

القول الثاني: جواز أخذ العوض على الضمان.

وهو قول منسوب إلى إسحاق بن راهويه^(٣)، ومال إليه السَّعدي^(٤)، واختاره من المعاصرين

ابن منيع^(٥)، وعلي الخفيف^(٦)، وغيرهما^(٧).

القول الثالث: لا يجوز أخذ العوض على الضمان إلا في الحالات التي لا يؤول فيها إلى

القرض.

وبه قال من المعاصرين د. نزيه حماد في أحد قوليهِ^(٨)، والهيئة الشرعية لبنك البلاد^(٩)،

وغيرهما، وهو قول ملفق بين القولين الأنفين.

واشترطت الهيئة الشرعية لبنك البلاد أن يلتزم المصرف بإعادة الأجرة التي حصلها من

(١) ينظر: الأصل ١٠/٤٢٥، والمبسوط ٢٠/٣٠ و٣٢، والمنتقى ٦/٨٤، والنوادر والزيادات ١٠/١٢٦ و١٣٢،
والتوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ٦/٢٩٤، والحاوي ٦/٤٤٣، والشرح الكبير للرافعي ٥/١٧٠،
والمغني ٤/٢٤٤، والإنصاف ٥/١٣٤، وفي بعض كتب المالكية أن ابن الحاجب قال: يجوز ضمان بجعل،
والظاهر من دلالة السياق أنه تصحيف. ينظر: التاج والإكليل ٧/٥٣.

(٢) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٣٣.

(٣) ينظر: الإشراف لابن المنذر ٦/٢٣٠؛ قال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله بجعل
يأخذه الحميل، لا تحل، ولا تجوز، واختلفوا في ثبوت الضمان على هذا الشرط... وقال أحمد في مسألة
الكفالة: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق. اهـ. أي: يحرم عنده أن يأخذ الضامن شيئاً بشرط أو بدون، وإسحاق
لا يرى به بأساً إذا لم يكن بشرط كما سيأتي. وقال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن. وناقش بعض
المعاصرين ذلك بأن قول إسحاق: «ما أعطاه من شيء فهو حسن» يُحمل على الإعطاء بدون شرط، بناء على
الظاهر من عبارته، ولأنه يستبعد أن ينقل ابن المنذر الإجماع على أن الحماله بجعل يأخذه الحميل لا تحل ثم
ينقضه بعد عدة أسطر. انتهى استدراكهم، ويشكل على الاستدراك الأخير أن ابن المنذر ينقل الإجماع ويورد
قول من شد عنه في مواضع من كتبه. ينظر: المعاملات المالية للديبان ٢/٦١٧-٦١٨.

(٤) ينظر: بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي ١/١٥٥.

(٥) ينظر: الفتاوى السعدية ص ٣٧٤، وبحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ١/١٤٠.

(٦) ينظر: التأمين للخبيف ٩٥-٩٦.

(٧) ينظر: بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي ١/١٤١.

(٨) ينظر: قضايا فقهية معاصرة ص ٥٧٩.

(٩) القرار رقم (٤٤). ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٠٦-١٠٧.

عميله لقاء إصدار خطاب الضمان في الحالات التي يسدد فيها المصرف مديونية العميل، وذلك في حال دفع خطاب الضمان للمستفيد؛ درءاً لشبهة الربا^(١).

الأدلة:

استدل المانعون من أخذ الأجرة على الضمان، وهي كما يأتي:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بأدلة، وقد رتبها كما يلي:

الدليل الأول: مآل الضمان إلى القرض عند وفاء الضامن عن المضمون عنه، فإذا أخذ الضامن على المضمون عنه عوضاً صار قرضاً جر نفعاً، وهو ربا.

وذلك أن الضمان تبرع، وإنما يظهر هذا حيث لا رجوع، وأما حيث ثبت الرجوع، فهو قرض محض^(٢).

ونوقش: بأن الضمان من عقود التوثيق، والقرض من عقود التمليك، والضامن يملك المال للمضمون له وليس للمضمون وهو المكفول؛ فلا يصح أن يكون المضمون مقترضاً، ولو صار مدينًا للضامن بعد الأداء عنه؛ لأن الدين أعم من القرض، وليس كل دين قرضاً. على أن أداء الكفيل عن الأصيل ليس مطرداً في جميع صور الضمان، وإنما يكون استثناءً عندما يتخلف المضمون عنه^(٣).

وأجيب عن المناقشة: بأن الضامن ينوي أن يعود إلى المكفول بما أدى عنه، فيكون ما يرجع به الكفيل إلى الأصيل بمنزلة القرض، ولا سيما أن المطل في الحقوق كثير، والواقع شاهد بذلك، وتختلف مصير الضمان إلى قرض في بعض الصور لا يرفع التحريم عن الصور المقطوع بها، وباب الربا مما سد الشارع ذرائعه؛ فالمنع المطلق من أخذ العوض على الضمان أولى من فتح الذريعة^(٤).

(١) القرار رقم (٤٤). ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٠٦-١٠٧.

(٢) ينظر: البيان والتحصيل ٢٨٩/١١، وفيه: الحاملة بجعل إنما هي بمنزلة من باع من رجل سلعة، فقال رجل أجنبي للبائع: هل لك أن تعطيني دينارين؟ على أنه إن تباع السلعة تباعةً لأحد، فأنا ضامن لتلك التباعة، فإن تمت كان الذهب بالذهب متفاضلاً، وإن لم تتم أخذ له باطلاً. اهـ. وهذه صورة التأمين التجاري، وهذا الملحظ، أي: الربا، من أدلة من رأى تحريم التأمين التجاري، والتوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ٢٩٤/٦، ٢٤١/٤-٢٤٢، والمغني ٢٤٤/٤، والإنصاف ١٣٤/٥، وأخذ العوض على الضمان ص ٥٣٤.

(٣) ينظر: بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ١/١٣١، مدى جواز أخذ الأجرة على الضمان ضمن قضايا فقهية معاصرة للدكتور نزيه حماد ص ٣٠٨.

(٤) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٣٦ و ٥٣٨.

ويرد على هذا الجواب: أن الضامن لا يأخذ عوضاً متقوماً بالزمن المقدر بمدة تأخر المضمون في الوفاء، بل يأخذ عوضاً عن التزامه بالدين المضمون؛ سواء أداه المضمون أم لم يؤده، ولذلك لو وفى المضمون إلى الدائن ولم يحتج إلى الضامن، فإنه لا يرجع إليه بما دفع له مقابل الضمان؛ لأنه لما دفع العوض ابتداءً كان ذلك في مقابل الالتزام وتوفير متطلبات الاقتراض.

كما يرد على مبدأ سد الذرائع: أن من شرط العمل بقاعدة سد الذرائع: أن يكون التوسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور كثيراً بمقتضى العادة، وأن تقوى التهمة وتظهر على قصد ذلك وإرادته.

الدليل الثاني: قياس الضامن على المقرض.

فإذا حرم على المقرض حقيقة أخذ عوض مشروط للمقرض وتمحض له، فلأن يحرم أخذ العوض على الملتزم بالإقراض عند عدم وفاء المدين، وهو الضامن، من باب أولى^(١).

ويمكن أن يناقش: بأن النظر إلى تسلسل المعاملات المالية مع ما يتخلل ذلك من العقود المختلفة، لا يتفق مع أصول النظر الشرعي في المعاملات المالية، فإذا اشترى زيد عقاراً بألف وبناه بألف ثم أجره على بائع العقار بثلاثة آلاف مدة عام، فهنا دفع زيد من النقد ألفين واستوفى ثلاثة، وليس هذا من الربا عند الفقهاء.

الدليل الثالث: كون الضمان معروفاً محضاً يُبنى على الإرفاق والمعونة والإحسان، كالقرض والجاء؛ فلما جعل الشارع ذلك من المعروف ومن فعال الخير التي لا تُفعل إلا لله، لا لكسب الدنيا، كان أخذ العوض على الضمان سحتاً، كأخذ العوض على الصوم والصلاة^(٢). ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: ليس ثمة مانع شرعاً من انقلاب الكفالة بالتراضي إلى معاوضة، كالهبة؛ فإن الهبة تنقلب معاوضة في هبة الثواب، والوديعة تنقلب إجارة إذا شرط المودع أجره^(٣).

(١) ينظر: جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٠٠٦/٢ - ١٠٠٧.

(٢) وعده بعض الحنفية رشوة. ينظر: المبسوط ٣٢/٢٠، وفتح القدير ١٦٢/٦، والتوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ٢٩٤/٦، ومواهب الجليل ٣٩١/٤، والتاج والإكليل ٥٣/٧، وشرح الخرشي ٩٤/٥، والأم ٢٣٤/٣، والمغني ٤٠٠/٤ و٤٠٦، وبحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ١٣٢/١، ومناقشات بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بشأن خطاب الضمان ١٠٢٤/٢.

(٣) ينظر: بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ١٣٢/١، ومدى جواز أخذ الأجرة على الضمان للدكتور نزيه حماد ص ٢٨٨-٢٩٠.

قال عكرمة في قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا لَّيْرُبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَزُبُّوا عِندَ اللَّهِ﴾^(١)؛ قال: الربا ربوان؛ ربا حلال و ربا حرام، فأما الربا الحلال فهو الذي يُهْدِي يَكْتُمِسُ ما هو أفضل منه. اهـ.

وكذلك روي عن ابن عباس: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا﴾: يريد هدية الرجل الشيء يرجو أن يثاب أفضل منه، فذلك الذي لا يربو عند الله ولا يؤجر صاحبه ولكن لا إثم عليه. اهـ^(٢).

وأجيب: بأن المودع إذا أخذ أجرة، فإنها تكون في مقابل عمله على حفظ الوديعة، وقد تحتاج إلى حرص فيهيئه لها، وهذا مما يصح أخذ العوض عليه خلافاً للضمان، فقياس الضمان على الوديعة في جواز اشتراط العوض قياس مع الفارق.

إضافةً إلى أن المالك المحظور المترتب على أخذ العوض على الضمان، وهو القرض بمنفعة، غير متوجّه في أخذ العوض على الهبة والوديعة^(٣).

ويرد على هذا الجواب أن الضامن يتحمل عبثاً ومسؤولية، بل يبذل عملاً في حفظ ماله بقدر الدين احتياطاً لنفسه، وحفظاً لحق المكفول له في حال الاستيفاء منه، كما أنه يبذل جاهه.

ولو لم يكن للجاه والسمعة معنى معتبر يعاوض عليه لم يترتب على القذف حد شرعي، ولا كان المؤلّف مصرفاً من مصارف الزكاة، وهو السيد المطاع في قومه، فإن لجأه تأثيراً في قومه، وذلك محل اعتبار الشارع.

وقد يحتاج حفظ المال، رعايةً لحق المكفول له، إلى تهئية ما يحزره فيه، واستخراج ما لا بد منه للضمان من الأوراق النظامية والتراخيص إذا كان الكفيل شخصية اعتبارية، إلى جانب ما يترتب على الضامن من تأخير مصالحه في الانتفاع بهذا المال أو استثماره على الأمد الطويل؛ فصحت المعاوضة على ذلك، كما صحت في بيع العربون مقابل حبس البائع للسلعة والتزامه بعدم بيعها، وقد أصبح الضمان متقوّماً في العرف التجاري اليوم.

قال السرخسي مبيناً مغبة الكفالة المالية: الكفالة، مع جوازها وحصول التوثيق بها، فلا امتناع من مباشرتها أقرب إلى الاحتياط؛ على ما قيل: إنه مكتوب في التوراة: الزعامة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة. اهـ^(٤).

(١) سورة الروم، الآية: ٣٩.

(٢) ينظر: تفسير القرطبي ٣٦/١٤.

(٣) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٤٣.

(٤) المبسوط ١٩/١٦١.

المناقشة الثانية: صح عن النبي ﷺ جواز اشتراط الأجر على الرقية بالقرآن^(١)، وهو عوض على معروف وقربة^(٢).

وأجيب: بأنه ليس في الضمان عمل واضح يؤديه الكفيل كالراقي في الرقية^(٣).
وبأن المالك المحذور المترتب على أخذ العوض على الضمان، وهو كونه قرضاً جر نفعاً، منتفٍ في أخذ العوض على هذه الأعمال^(٤).

كما يمكن أن يجاب: بأن ما أخذه الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في الرقية لم يكن متمحصاً في مقابل المعروف والرقية أصالة، بل كان استيفاءً منهم لحق لهم منعوا إياه، وهو حق الضيف، لذلك اقتسموا الغنم بالمحاصة ولم يستأثر به الراقي.

ويمكن إيراد مناقشة ثالثة، وهي: ما شرع في الأصل على مبدأ التبرع والإحسان، كالكفالة وما جرى مجراها من الهبات والبداءة بالسلام والإطعام وتعليم أحكام الإسلام؛ إذا صنعه الإنسان ليجازى عليه، فهو وإن كان لا أجر له فيه ولا زيادة عند الله تعالى إلا ما شاء سبحانه، فإنه لا إثم فيه، علاوة على أنه لا يمتنع عليه استلحاق إحدى النيتين مع الأخرى، كما رفع الله الجُناح عن الحاج في أن يتجرع مع النسك.

قال الشعبي: ما خدَم الإنسان به أحدًا ليتنفع به في دنياه، فإن ذلك النفع الذي يجزي به الخدمة لا يربو عند الله^(٥).

(١) رواه البخاري في باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب، وفي باب غيره، ٩٢/٣ برقم ٢٢٧٦ ومسلم ١٧٢٧/٤ برقم ٦٥ من حديث أبي سعيد الخدري؛ قال - واللفظ للبخاري -: انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلُدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتهم هؤلاء الرهط الذين نزلوا، لعله أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم فقالوا: يا أيها الرهط، إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال بعضهم: نعم، والله إني لأرقى، ولكن والله لقد استضعفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براقٍ لكم حتى تجعلوا لنا جُناً، فصالحوهم على قطع من الغنم، فانطلق يتفل عليه ويقرأ: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾، فكأنما نشط من عقال، فانطلق يمشي وما به قلبه، قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقسوا، فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى تأتي النبي ﷺ فنذكر له الذي كان، فننظر ما يأمرنا، فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له، فقال: «وما يدريك أنها رقية؟»، ثم قال: «قد أصبتم، اقسوا، واضربوا لي معكم سهماً»، فضحك رسول الله ﷺ.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٠٢/٣٠، وأخذ العوض على الضمان ص ٥٤٣.

(٣) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٤٣. (٤) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٤٤.

(٥) ينظر: تفسير القرطبي ٣٦/١٤ و٣٧، وطول البحث في هذا الدليل لوجاهته وكونه أقوى أدلة المانعين في نظر الباحث، وهو مقدمة شرعية للدليل الأول.

الدليل الرابع: الغرر في تردد الضامن بين الربح، أو الخسارة عند أدائه عن المكفول، مع إعسار المكفول وعجزه عن الوفاء أبداً^(١).

ويمكن أن يناقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن هذا الدليل بُني على مقدمة لا برهان عليها، وهي احتمال عجز المكفول عجزاً أبدياً، فالغالب اليوم أن الضامن يدرس حالة المضمون الائتمانية قبل الإقدام على الضمان للتأكد من استقراره المالي، وانتظام دخله أو راتبه، على أن إنظار المكفول إلى ميسرة لا يلغي أجر الكفيل في الآخرة ولا يلغي حق الكفيل على التأييد، بل متى ما حصل يسار المكفول وجب للكفيل ما له.

كما أن هذا العقد، في حال تخلف المضمون ووفاء الضامن للمضمون له بدين المضمون، يصير مركباً من جهتين منفكتين؛ جهة معاوضة على الالتزام الذي تطلبه الجهة الدائنة، وجهة إحسان بأداء الدين عن المضمون.

المناقشة الثانية: في التبرع المحض بالضمان منة تلحق المضمون، وخرج عليه في طلبه من الضامن ابتداءً، والشريعة جاءت بدفع ذلك وسد ذرائعه، وأخذ العوض على الضمان من وسائل دفع منة الضامن.

الدليل الخامس: أن الضمان ليس عملاً، فلا يستحق به الضامن جعلاً ولا أجراً يعاوض عليه به^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل المجيزون لأخذ الأجرة على الضمان بأدلة، وهي كما يأتي:

الدليل الأول: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الخراج بالضمان»^(٣)، ولفظ ابن ماجه: «قضى أن خراج العبد بضمانه».

(١) ينظر: البيان والتحصيل ١١/ ٢٩٠، والتوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ٦/ ٢٩٤، وأخذ العوض على الضمان ص ٥٤٧-٥٤٩.

(٢) ينظر: الحاوي ٦/ ٤٤٣.

(٣) رواه أحمد ٤٠/ ٢٧٢ و ١٣٧/ ٣٤٢٢٤ و ٢٥٩٩٨، وأبو داود في باب من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ٥/ ٣٦٩ برقم ٣٥٠٨-٣٥٠٩، والترمذي في باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً ٢/ ٥٧٢ برقم ١٢٨٥، والنسائي في باب الخراج بالضمان ٦/ ١٨ برقم ٦٠٣٧، وابن ماجه في باب الخراج بالضمان ٣/ ٣٥٢ برقم ٢٢٤٢، وابن حبان ١١/ ٢٩٩ برقم ٤٩٢٨، والبيهقي في باب الرد بالعيب والخراج بالضمان ٢/ ٢٦١ برقم ١٩٢٩ بلفظ: «الغلة بالضمان»، والحاكم ٢/ ١٨-١٩ برقم ٢١٧٦ وغيره من حديث مخلد بن خفاف عن عروة بن الزبير عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْخَرَجَ بِالضَّمَانِ، فرواه الحاكم وأبو داود في طريقه الثاني بروايته من حديث محمد بن عبد الرحمن عن مخلد، ورواه البقية من طريق ابن أبي ذئب.

= ورواه أبو داود ٣٧٠/٥ برقم ٣٥١٠، والترمذي ٥٧٣/٢ برقم ١٢٨٦، وابن ماجه ٣/٣٥٢ برقم ٢٢٤٣، وابن حبان في باب خيار العيب ٢٩٨/١١ برقم ٤٩٢٧، والحاكم ١٨/٢ برقم ٢١٧٦. وبهذا يتبين أن الحديث مروي عن عروة من طرق، وهي:

١- طريق محمد بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب، عن مخلد بن خفاف بن إيماء بن رَحْصَةَ الغفاري؛ ذكر البخاري أن في مخلد نظرًا، ولا يُعرف بغير هذا الحديث، وقال: هذا حديث منكر. اه. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. اه. كما في النسخ المعاصرة المطبوعة، وقال: رُوي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم. اه. وقد نقل بعض أهل العلم أن الترمذي حسنه ولم يصححه؛ كابن عبد الهادي، وابن حجر، وابن الملقن، ووهب ابن عبد الهادي صاحب الإلمام فقال: صححه ابن القطان، ووهب صاحب الإلمام في حكايته عن الترمذي تصحيحه. اه. والأشبه بالتزمذي أنه لم يصححه؛ لأن عاداته في الجامع إذا ذكر جواب البخاري ألا يخالف ما ذهب إليه.

٢- طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة، ومسلم هذا قال البخاري: إنه ذاهب الحديث، وإنه منكر الحديث، وكذلك قال أبو زرعة، وقد رواه عن مسلم رواية منهم عمر بن علي السُّقْدَمِيُّ، فسأل الترمذي البخاري عن هذا الوجه، وهو طريق عمر هذا، فاستغربه ولم يعرفه، يعني أنه غير محفوظ، وقال الترمذي: كأنه أعجبه، وهل المقصود تعجبه منه أو المقصود استحسانه له؟ محل بحث، وكلام الترمذي في جامعه يوجه الاحتمال الأول، حيث قال بعد روايته من هذا الوجه: حسن غريب. اه. وهو المثبت في تحفة الأشراف، أما المثبت في نسخة دهلي المطبوعة عام ١٣٤١هـ فهو: صحيح غريب. اه. ومنها نقل ابن القيم كما في شرحه على تهذيب السنن، وفي نسخة أحمد شاكر قال: حسن صحيح غريب. اه. والمعول على ما قرره المزي في تحفة الأشراف، ثم نسب الترمذي إلى البخاري أن الحديث ضعيف، وقال البخاري كما في التاريخ الكبير: إنه لا يصح. اه. وقال أبو داود في حديث هشام بن عروة هذا: هذا إسناد ليس بذلك. اه. وقال العقيلي: هذا الإسناد فيه ضعف. اه. وصححه الذهبي.

ورواية عمر بن علي المقدمي الحديث عن هشام بن عروة مباشرة، لا يبعد أن تكون مما تلقاه عن مسلم ابن خالد ثم دلسه، وأحمد وابن معين وأبو حاتم متفقون على أنه بدلس. ومن اللطائف أن هذا الحديث سُرق من مسلم بن خالد كما قال ابن عدي، فرواه يعقوب بن الوليد عن هشام مباشرة، وكذلك فعل خالد ابن مهران، وهو مجهول، ولم يذكر مسلمًا. وقد ضعف هذين الطريقين ابن حزم.

٣- الزهري، وهو مصنوع؛ الصَّحَقُ به بعض الرواة، قال ابن عدي: وليس هذا من حديث الزهري. اه. وخلاصة القول أن هذا الخبر غير محفوظ، وفي دلالته نزاع من جهة أن حديث المصرة المخرج في الصحيح جاء بخلاف معناه، حيث أمر المشتري بدفع صاع من تمر في حال رد المصرة ولم يكن له حبلها في مقابل ضمانها إذا تلفت وهي في يده، حتى قيل: إن حديث المصرة منسوخ بهذا الحديث، وقيل: إن التصريه إنما وُجدت من البائع، فلو كان من ذلك الباب للزمه التبريم في هذا الحديث، والتحقيق أن اللبن مبيع مع الشاة، كما قال الشافعي: حديث الخراج بالضمان وحديث المصرة واحد، وهما متفقان فيما اجتمع فيه معناهما، وفي حديث المصرة شيء ليس في حديث الخراج بالضمان، قال: وذلك أنه مبتاع الشاة أو الناقة المصرة مبتاع لشاة أو ناقة فيها لبن ظاهر، وهو كالتمر في النخلة الذي إذا شاء قطعه، وكذلك اللبن إذا شاء حلبه، واللبن مبيع مع الشاة، وهو سواها، وكان في ملك البائع؛ فإذا حلبه ثم أراد ردها بعبب التصرية ردها وصاعًا من تمر. اه. والله أعلم.

فمن تحمل وضمن شيئاً، لو تلف، كان من حقه الحصول على منفعة من الشيء المضمون، والضامن يغرم للمضمون له عند عدم وفاء المضمون؛ فمن حقه الغنم.

ومن لم يكن ضامناً للسلعة لم يستحق الربح عليها، ولذا نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يُضمن^(١)، ويفهم من هذا النهي أن الضمان سبب في استحقاق الربح^(٢).
ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: حديث الخراج بالضمان وارد على الأعيان المعقود عليها، كما هو واضح من سبب وروده، وهو أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استعمل غلامي^(٣)، فقال ﷺ: «الخراج بالضمان»، ولفظ ابن ماجه: «قضى أن خراج العبد بضمانه»^(٤).

والضمان في مسألتنا هو ضمان ما في ذمم الآخرين من ديون؛ فالنهي عن ربح ما لم يضمن يدل على أن دخول العين في ضمان المشتري شرط للاسترباح منها، ولا يدل على أن الضمان سبب لاستحقاق الربح^(٥).

المناقشة الثانية: الضمان المذكور في الحديث تابع للملك، واستحقاق الغلة فيه ليس بالضمان وحده، بل بالملك والضمان معاً، ومن القواعد الفقهية المبينة للفرق في الحكم بين المستقل والتابع القاعدة الناطقة بأنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً^(٦).

المناقشة الثالثة: أن استحقاق خراج المعقود عليه، بسبب دخوله في ضمان المشتري الأول، لا يؤول إلى قرض، ومن ثم لا يجر نفعاً للمقرض، وهذا هو المحذور في مسألة أخذ العوض على الضمان^(٧)؛ فكان الاستنباط المذكور مصادماً لقطعي، وهو حرمة الربا.

= ينظر: التاريخ الكبير للبخاري ١/ ٢٤٣، والعلل الكبير ص ١٩١، واختلاف الحديث للشافعي ص ٢٠١، ومعرفة السنن والآثار ٨/ ١٢٢-١٢٣ و ١٤٢، والكامل لابن عدي ٨/ ٩٠-٩٢، ١٩٧-١٩٨ و ٤٧١، والضعفاء للعقيلي ٤/ ٢٣٠، وعون المعبود مع حاشية ابن القيم ٩/ ٣٠٤، وتنقيح التحقيق ٤/ ٥٨-٥٩، وديوان الضعفاء للذهبي ص ٣٨٥، والبدر المنير ٦/ ٥٤١-٥٤٢ و ٦٥٥، والتلخيص الحبير ٣/ ٥١، وفتح الباري لابن حجر ٤/ ٣٦٥، ونيل الأوطار ٥/ ٢٥٢-٢٥٩، والمعاملات المالية للديبان ٧/ ٧٣-٧٥.

(١) تقدم تخريجه في المبحث الرابع من الفصل الأول، وهو عند أحمد وأصحاب السنن، وصححه الترمذي وغيره.

(٢) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة لشبير ص ٢٥٧.

(٣) ينظر: سنن أبي داود ٥/ ٣٧٠. (٤) ينظر: سنن ابن ماجه ٣/ ٣٥٢.

(٥) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٦٤-٥٦٤ و ٥٦٧.

(٦) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٦٥.

(٧) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٦٥.

الدليل الثاني: ما روي عن ابن شهاب، قال: كان عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا من أجدد أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في البيع - أي: من أسعدهم بالبيع ومن أصحاب الحظ الجيد - فكان الناس يقولون: ليتهما قد تبايعا حتى ننظر أيهما أجد.

فابتاع عبد الرحمن بن عوف من عثمان بن عفان فرساً أنثى غائبة، باثني عشر ألف درهم، إن كانت هذا اليوم صحيحة فهي مني، ولا إخال عبد الرحمن إلا وقد كان عرفها، ثم إن عبد الرحمن قال لعثمان: هل لك أن أزيدك أربعة آلاف وهي منك حتى يقبضها رسولي؟ قال: نعم.

فزاده عبد الرحمن أربعة آلاف على ذلك، فماتت، فقدم رسول عبد الرحمن، فعلم الناس أن عبد الرحمن أجدد.

قال ابن شهاب: وإن رسول عبد الرحمن وجد الفرس حين خلع رسنها قد هلك، فكانت من عثمان^(١).

حيث باع عثمان ابن عوف التزامه بضمان فرسه حتى يقبضها رسول عبد الرحمن، والمقصود هنا القبض اللغوي، الذي هو بمعنى الإمساك بقبضة اليد، فكان ثمن البيع اثني عشر ألفاً، وقيمة الالتزام بعد ذلك أربعة آلاف درهم، والمجموع ستة عشر ألفاً مقبوضة لدى عثمان.

فلما هلك المبيع قبل قبض الرسول، كان غرم هلاكه من مال الضامن، وهو عثمان، بموجب المعاوضة على الالتزام بالضمان.

فكان مجموع ما بذله عبد الرحمن لعثمان ستة عشر ألفاً، وما بذل عثمان لعبد الرحمن اثنا عشر ألفاً والفرس، ولم يرد عثمان لعبد الرحمن العوض الذي أخذه في مقابل الضمان، وقدره أربعة آلاف، ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وجرى مجرى الأصل في المعاملات، وهو الحل والإباحة^(٢).

ونوقش: بأن الزيادة في الثمن من أجل موافقة البائع على شرط المشتري، وشرط المشتري هو أن يضمن البائع المبيع حتى يقبضها وكيل المشتري، والقبض هنا بمعنى القبض باليد.

وهذا الضمان المشروط بضمان تابع غير مستقل؛ فالعقد في أصله عقد بيع، ثم زيد في الثمن مقابل شرط الضمان، وليس هذا الضمان مما يؤول إلى قرض جر نفعاً، ولا يترتب عليه محذور^(٣).

(١) رواه مالك من حديث ابن وهب، عن ابن جريج، عن ابن شهاب به. ينظر: المدونة ٣/ ٢٥٦ و ٣٢٦، ولم أجده في كتب السنن والمسانيد.

(٢) ينظر: بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ١/ ١٣٤-١٣٧، فقه المعاملات المالية والمصرفية لنزيه حماد ص ٢١٣.

(٣) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٦٨.

الدليل الثالث: تخريج أخذ العوض على الضمان، على استحقاق الربح في شركة الوجوه. فشركة الوجوه لا تقوم الشراكة فيها على المال ولا على العمل، بل يُستحق الربح فيها بالضمان لوجاهة الشركاء، كالضمان^(١).

ونوقش: بأن شركة الوجوه تعتمد على عمل ووكالة وكفالة، فالعمل هو البيع والشراء والأخذ والعطاء، والقيام بما يصلح المال بعد دخوله في ملك الشريكين؛ فالربح في شركة الوجوه لا يُستحق بالضمان وحده.

والضمان الذي يترتب عليه الربح في شركة الوجوه تابع للملك غير مستقل؛ قال ابن قدامة في شركة الوجوه: إنها تنعقد على العمل وغيره. اهـ^(٢).

ويمكن أن يجاب: بأن عقد الكفالة مشتمل على بيع الالتزام وقبض ثمنه، إضافة إلى القيام بما توجبه هذه الكفالة من الخزن والحفظ، حسب ما يتطلبه مقتضى احتياط الضامن لنفسه وقت الأداء عن المضمون، وما يحتاج إلى استيفائه وتجديده وفق الأعراف والأنظمة التجارية.

وقد أتبع الموفق ابن قدامة ما تقدم نقله عنه بما نقله عن القاضي أبي يعلى في شركة الوجوه، قال: إن الربح فيها يستحق بالضمان؛ إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما. اهـ^(٣).

الدليل الرابع: قياس أخذ العوض على الضمان على أخذ العوض على الجاه الذي نص فيه على جواز الجعل لمن يقتض بجاهه للمقترض. ذلك أن الضمان شقيق الجاه وشبيهه^(٤).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: عدم التسليم بحكم المقيس عليه؛ قال الحجاوي من الحنابلة: ولو جعل له جُعلاً على اقتراضه له بجاهه جاز، لا إن جعل له جُعلاً على ضمانه له. اهـ. ففرقوا بين المسألتين، على أن بعض الفقهاء لم يخصص في أخذ الجعل على الجاه^(٥)؛ للحديث: «مَنْ شَفَعَ لِأَخِيهِ شَفَاعَةً، فَأَهْدَى إِلَيْهِ، فَقَبِلَهَا؛ فَقَدْ أَتَى أَبَا عَظِيمًا مِنْ أَبْوَابِ الرِّبَا»^(٦)؛ وذلك لأن الشفاعة الحسنة مندوب

(١) ينظر: قضايا فقهية معاصرة للدكتور نزيه حماد ص ٢٩٢.

(٢) المغني ٥/٢٣، وينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٧٥.

(٣) المغني ٥/٢٣.

(٤) ينظر: مواهب الجليل ٤/٣٩١، ٦/٣٥٧، وتحفة المحتاج ٦/٣٦٥، وكشاف القناع ٣/٣١٩، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣٣/١٣٤، ويحث خطاب الضمان لرفيق المصري ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢/٩٤٤.

(٥) الإقناع ٢/١٤٩، وينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٧٧.

(٦) أخرجه أحمد ٣٦/٥٨٨، رقم ٢٢٢٥١، وأبو داود في باب الهدية لقضاء الحاجة ٥/٣٩٩، رقم ٣٥٤١ من =

إليها، وقد تكون واجبة، فأخذ الهدية عليها يضيع أجرها^(١).

المناقشة الثانية: كون القياس مع الفارق؛ فإن الجاه لا يغرم فيه صاحبه كالضامن في عقد الضمان، ولا يؤول إلى الربا، بل الضمان أقرب إلى القرض منه إلى الجاه^(٢).

المناقشة الثالثة: ليس محل الخلاف في مشروعية أخذ العوض على الضمان إذا كان العوض مقابل العمل والجهد الذي يصاحب الضمان، وإنما الخلاف في أخذ العوض على الضمان نفسه^(٣).

كما يمكن أن يُستدل لهم بدليلين إضافيين، وهما:

الدليل الخامس: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ﴾^(٤)، وفي قراءة سبعية: «عَاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ»^(٥)، ووجه الاستدلال: أن الله أمر بالوفاء بما تعاقدوا عليه، وقد نزلت الآية ومن شأنهم في هذا أن كل واحد من المتعاقدين كفيل عن الآخر، فيذكرون في المعاقدة: تطلب بي وأطلب بك، وتعقل عني وأعقل عنك^(٦)؛ فيكون الضمان جر للضامن نفعاً، ولم يعدّوه رباً لأنه غير مقصود أصالة في العقد.

الدليل السادس: فعل السلف الصالح.

حيث كانوا يعاوضون على الضمان؛ قال النخعي: كان بعضهم يستبضع البضاعة، فيعطى عليه الأجر لكي يضمناها. اهـ. وقال: كانوا يضمنون الأجير، حتى إن كان الرجل ليبْتَاع الشيء فيقول:

= حديث أبي أمامة به مرفوعاً، وفي سنده مقال، لكن جاء في معناه عن غير واحد من الصحابة والتابعين؛ فمن ذلك: ما روي عن مسروق، قال: سألت عبد الله - أي: ابن مسعود - عن السحت؟ قال: الرجل يطلب الحاجة فيُهدى إليه فيقبلها، وروي عن ابن عمر أن رجلاً سأله أنه تقبّل رجلاً، أي: ضمنه، فأعطاه دراهم وحمله وكساه، فقال: أرايت لو لم تقبله أكان يعطيك؟ قال: لا، قال: لا يصلح لك، قلت: وهذا صريح في المسألة، وروي أيضاً عن أبي مسعود عقبة بن عمرو أنه أتى إلى أهله فإذا هدية، فقال: ما هذا؟ فقالوا: الذي شفعت له، فقال: أخرجوها، أتعجل أجر شفاعتي في الدنيا؟! وروي عن عبد الله بن جعفر أنه كلم علياً في حاجة دهقان، فبعث إلى عبد الله بن جعفر بأربعين ألفاً، فقال: ردوها عليه، فإنا أهل بيت لا نبيع المعروف. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة، باب في الرجل يكلم الرجل في الشيء فيهدي له ٤ / ٣٤٤ برقم ٢٠٨٦٧-٢٠٨٧٠، وعمدة القاري ١٠٦/١٢.

(١) ينظر: عون المعبود ٩/٣٣١.

(٢) ينظر: دراسة حول خطابات الضمان ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢/٨٦٨، وأخذ العوض على الضمان ص ٥٧٧.

(٣) ينظر: أخذ العوض على الضمان ص ٥٧٧. (٤) سورة النساء، الآية: ٣٣.

(٥) ينظر: التيسير في القراءات السبع لأبي عمرو الداني ص ٣٣٥، وقد سقت هذه القراءة لتوضيح معنى الآية.

(٦) ينظر: عمدة القاري ١١٨/١٢.

أَسْرَحُ معك غلامي؟ فيقول: لا. فيعطيه الأجر لكي يضمن. اه^(١). وهذا مشعر بالإجماع العملي وعدم المخالف.

ويمكن أن يناقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن في هذا الدليل خلطاً بين ضمان التلف والضمان المالي الذي هو الكفالة المالية.

المناقشة الثانية: أن المقصود بالأجر الأجرة، حتى ينقلب عمل الذي استُودع البضاعة من أمين في عقد الوديعة إلى ضامن؛ لأنه حيثئذ أجير مشترك، ولذلك يروي العلماء هذا الأثر في كتاب الإجازات^(٢).

أدلة القول الثالث:

استدل المانعون سوى ما أمن فيه من الربا: بأن محض الالتزام مما يجوز المعاوضة عليه بالمال؛ لما فيه من المنفعة المقصودة، والمصلحة المشروعة.

ولذلك أجاز طائفة من الفقهاء أخذ العَوَضَ على صنوف من الالتزامات، ولو كان محلها ليس بمال؛ كالتزام الزوج لزوجته بآلا يتزوج عليها مقابل جُعل على ذلك، والتزام الزوجة بالتزول عن حقها في الوطء والقسم وغيرهما مقابل عوض مالي.

كما أجازوا بيع العربون، وهو ثمن التزام البائع بفسخ العقد إذا اختار المشتري ذلك خلال مدة مسماة.

والإجماع إن ثبت فهو محمول على العَوَضِ في الضمان الذي يؤول إلى قرض جر نفعاً، وحيث لم يسلم من أدلة المانعين إلا اجتناب الربا وسد ذرائعه، صح هذا القول^(٣).

ونوقش: بأن العوض في الصور المذكورة مقابل التنازل عن حقوق ثابتة ومتقومة^(٤).

الترجيح:

الظاهر بعد استعراض الأقوال وأدلتها والمناقشات وتأملها، أن أقوى حجة للمنع من أخذ العوض على الضمان كونه مشروعاً على سبيل الإحسان والإرفاق، كالقرض، فنظام الكفالة في الإسلام كنظام العاقلة.

(١) رواهما عبد الرزاق في المصنف ٨/ ٢٢١ برقم ١٤٩٦٦.

(٢) ينظر: الأصل ٣/ ٤٢٩، ومصنف عبد الرزاق، باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده، ٨/ ٢٢١، برقم ١٤٩٦٦.

(٣) ينظر: مدى جواز أخذ الأجرة على الضمان ضمن بحوث قضايا فقهية معاصرة ص ٢٩١، وأخذ العوض على الضمان ص ٥٧٧ وص ٥٨٨.

(٤) ينظر: أخذ العوض على الضمان ٥٨٨-٥٩٩.

إذا تقرر ذلك، فإن نقل عقد الضمان الذي هو الكفالة المالية من جانب الإحسان والإرفاق إلى جانب البيع والمعاوضة ذريعة مفضية إلى باب واسع من أبواب الربا، فالنهي عن المعاوضة في الضمان المالي من جنس النهي عن ربا الجاهلية الذي يستغل فيه المقرض المرايبي المدينين المعسرين.

والمشركون لما بدلوا مواضع بعض الأشهر الحرام مع بقاء أصل الحكم، وهو تحريم أربعة أشهر من السنة، كان ذلك من سوء أعمالهم، وزيادة في كفرهم؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحْلِلُونَ دَعَاءًا وَيُحَرِّمُونَ دَعَاءًا لِيُطِغُوا عِذَّةَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيُجْلُوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ زَيْنٌ لَهُمْ سُوءُ أَعْمَالِهِمْ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾^(١)، وشرعة العوض على الضمان من آثار المدرسة الرأسمالية الغربية، وهو مبدأ مخل بأصول الاقتصاد الإسلامي، وذريعة إلى مفسدة الربا وغيرها؛ الأمر الذي يترجح معه جانب المانعين، وبذلك أفتى ابن عمر رضي الله عنهما في رجل سأله، فقال: أتاني دهقان عظيم الخراج، فقال: تقبلني من العامل، لا أتقبله لأعطي عنه شيئاً إلا ليؤمنه عامله، ويضطرب في حوائجه، فلم ألبث إلا قليلاً حتى أتاني بصحيفتي فقلت: جزاك الله خيراً، وحملني على دابة، وأتاني درهما، وكساني، فقال ابن عمر رضي الله عنهما: أرايت لو لم تتقبله كان يعطيك؟ قلت: لا، قال: لا يصح لك. رواه ابن أبي شيبة، قال العيني: تقبل رجلاً، أي: ضمنه^(٢).

ولا يتعدى هذا الترحيح إلى العوض الذي يقابل العمل والجهد المصاحب للضمان^(٣) من غير أن يكون لقاء الضمان ذاته، والله تعالى أعلم.

ثمرة الخلاف:

أثمر الخلاف لدى المذاهب الأربعة القائلين بالمنع من أخذ العوض على الضمان في مسألة رد العوض، فقالوا: يرد الضامن ما أخذ من المضمون، وهذا عند من يصحح العقد ولا يجعل عقد الضمان بشرط العوض فاسداً^(٤).



(١) سورة التوبة، الآية: ٣٧.

(٢) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤/ ٣٤٤ برقم ٢٠٨٦٩، وعمدة القاري ١٢/ ١٠٦.

(٣) وبهذا أفتى ابن تيمية في رجل غرم بسبب مكفوله أموالاً ولحقته منه خسائر، قال: له الرجوع فيما أنفقه بسبب ضمانه، إذا كان ذلك بالمعروف. ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٥٠.

(٤) ينظر: الأصل ١٠/ ٥٧٢، والمبسوط ٢٠/ ٣٢، والمنتقى ٦/ ٨٤، والنوادر والزيادات ١٠/ ١٢٦ و ١٣٢، ومواهب الجليل ٥/ ١١٣، والشرح الكبير للرافعي ٥/ ١٧٠ و ١٠/ ٣٨٣، والإشراف لابن المنذر ٦/ ٢٣٠.

المبحث الحادي عشر

ضمان مسوق الأوراق المالية

للاكتتاب في عقد بيع الأوراق المالية

للسوق المالية مرحلة سابقة لمرحلة الاكتتاب يجري فيها إصدار الأوراق المالية، وتُعرف بالسوق الأولية، ثم يليها مرحلة أخرى لتداول هذه الأوراق، وتُعرف بالسوق الثانوية، والسوق المالية مصطلح يطلق على مجموع السوقين^(١)، وتسويق الأوراق المالية مندرج في أعمال السوق الثانوية.

وللمؤسسات المصرفية الإسلامية التي تتولى تسويق الأوراق المالية طريقتان في التسويق، ساقف عليهما قبل الكلام على ضمانها للاكتتاب في الأوراق المالية المسوّق لها، لمعرفة السياق الذي يجري فيه ضمان الاكتتاب، والطريقتان كما يلي:

الطريقة الأولى: أن يكون وسيطاً بين مصدر الأوراق المالية من جهة والمكتتبين من جهة أخرى، مقابل عمولة يتفقان عليها، من غير التزام بتغطية الاكتتاب.

ويكون عمل الوسيط هنا سمسرةً ومقدّراً بالعمل أو بالزمن؛ فإن عهدت الجهة مُصدرة الورقة المالية إلى المصرف ببيع إصداراتها من الأوراق المالية خلال مدة معينة، على أن يستحق أجره مسماة بانقضاء المدة بصرف النظر عما تم تسويقه من هذه الأوراق، فهذا تقدير بالزمن.

وإن كان عمل السمسار مقدّراً بالعمل، وهو الغالب، عهدت الجهة المصدرة إليه ببيع أوراقها المالية بأجر مسمّى عن كل ورقة مبيعة، أو بحسبان نسبة معينة من قيمة الورقة.

وليس في هذه الطريقة ضمان من السمسار للاكتتاب، وهو عقد دائر بين السمسرة والأجرة على العمل كما ذكرت.

الطريقة الثانية: أن يجتمع مع عقد التسويق تعهد المسوّق ببيع الأوراق المالية كاملة أو بيع حدٍّ أدنى مسمّى منها، وهو المعروف بالتغطية مع ضمان النتيجة، وهذه الطريقة هي المقصودة من عقد هذا المبحث.

(١) العقود المالية المركبة ص ٣١٧، والأسهم حكمها وآثارها للدكتور صالح السلطان ص ١٨-١٩.

وفي هذه الطريقة يلتزم المسوق (مدير الاكتتاب) بشراء ما تبقى من الأسهم بإحدى الصور الآتية:

الصورة الأولى: أن يلتزم بشراء ما تبقى من الأسهم المطروحة بعد اكتتاب عامة الناس فيها، بقيمتها الاسمية بدون مقابل على هذا الضمان.

الصورة الثانية: أن يلتزم بشراء ما يتبقى من الأسهم المطروحة بعد اكتتاب عامة الناس فيها بقيمتها الاسمية، مقابل مبلغ مقطوع على هذا الالتزام.

الصورة الثالثة: أن يلتزم بشراء ما يتبقى من الأسهم المطروحة بعد اكتتاب عامة الناس فيها، بأقل من قيمتها الاسمية.

الصورة الرابعة: أن يشتري جميع الأسهم المطروحة للاكتتاب قبل طرحها للاكتتاب بسعر أقل من السعر المحدد لبيعها للمكتبتين المشترين، ويمثل الفارق بين القيمتين المصروفات الإدارية إضافة إلى ربحه من شرائه للأسهم، ثم يبيعها على المكتبتين^(١).

ذلك، وليبان حكم ضمان مسوق الأوراق المالية للاكتتاب فيها، فلا بد من الوقوف على طبيعة العقد الذي ورد فيه، والمعاصرون اختلفوا في التخرج الفقهي لعمل المسوق إذا كان التسويق مصحوباً بضمان الاكتتاب على أقوال، وهي كما يأتي:

القول الأول: تخريجه على أنه عقد ضمان.

وهو ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي^(٢)، وتبعته هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات الإسلامية في معيار الأوراق المالية^(٣).

القول الثاني: تخريجه على أنه من بيع الوضعية^(٤).

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/ ٢٥-٢٨، ٤٢، وأحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة لحسان السيف ص ٧٠.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٧٧/ ٧.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الأوراق المالية رقم (٢١)، ص ٥٦٦.

(٤) وبيع الوضعية هو: المبادلة - أي: المبيعة - بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه. ويسمى بيع الوضعية بيع الحطيطة وبيع النقيصة، وهو يقابل بيع المراجعة؛ لأن بيع المراجعة مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول، وزيادة ربح معين. فإن باعه برأس المال فهو بيع التولية، وبيع المراجعة والتولية والوضعية من بيوع الأمانة التي تقابل بيع المساومة، وإنما سميت بيوع أمانة بذلك للالتئام بين الطرفين على صحة خبر رب السلعة بمقدار رأس المال. ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٣٥، والمدونة ٣/ ٢٤٨، وشرح مختصر خليل للخرشي ٥/ ١٧٥، والحاوي ٥/ ٢٧٩ وما بعدها، ونهاية المطلب ٥/ ٢٨٩، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٢.

مثال بيع الوضعية: بعثك بمثل ما اشتريت به أو بما قام عليّ، مع نقصان شيء معلوم، كعشرة دراهم، أو حطّ درهم لكل عشرة.

القول الثالث: تخريجه على أنه بيع مساومة^(١).

القول الرابع: تخريجه على أنه من باب بعثك بعض هذه الصبرة، كل قفيز بدرهم.

ذكره بعض المعاصرين، ولم يجزم به^(٢).

القول الخامس: تخريجه على أنه وكالة ذات طبيعة خاصة.

الأدلة:

استدل بعض أصحاب التخريجات بأدلة ومنازع تبين وجه التخريج ومستنده، وهي كما يأتي:

دليل القول الأول: أن المسوق قد ضمن لمصدر الأسهم بيع الأسهم؛ إما باكتتاب المستثمرين في كل الأسهم المطروحة، أو في شراء ما يتبقى منها بعد الاكتتاب^(٣).

ونوقش: بأن الضمان في هذا التخريج ضمان يؤول إلى ملك المضمون به، وليس ضماناً مجرداً^(٤).

ويمكن أن يجاب: بأن الأصل في ضمان الاكتتاب أن يجتهد السمسار في تسويق الأسهم ويستنفذ وسعه في عرضها على من هو مظنة لشرائها حتى نفادها من دون أن يملكها، فإن بقي شيء اشتراه، والوعد بالشراء منفصل عن عقد الضمان.

دليل القول الثاني: وجه كون التسويق مع شراء الأوراق المالية كلها، أو جزء منها وضعية: أن الجهة المصدرة للأوراق المالية تبيع المسوق تلك الأوراق بقيمتها الاسمية مع إنقاص نسبة محددة. وثمرة هذا التخريج أن الربح الذي يأخذه المسوق يكون جائزاً؛ لأنه ربح من بيع^(٥).

ونوقش هذا التخريج: بأن من شرط بيع الوضعية العلم بالثمن الأول، وهو سعر التكلفة على البائع، وهو ما لا يشترط في هذا العقد، وإنما يتم تحديد الثمن بالمساومة بين الطرفين، وبذلك يكون بيع مساومة لا بيع أمانة^(٦).

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية ٢/ ٢٩١.

(٢) هذا التخريج مناسب لو كان البيع ناجزاً، والأسهم المسوق لها قد يتبقى منها شيء وقد تباع جميعاً. ينظر: الخدمات الاستثمارية ٢/ ٢٩٠.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/ ٢٩-٣٠. (٤) ينظر: الخدمات الاستثمارية ٢/ ٢٨٨.

(٥) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ١٣/ ٣٤.

(٦) ينظر: الخدمات الاستثمارية ٢/ ٢٩١، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة ١٣/ ٣٥-٣٦.

ويمكن أن يناقش: بأنه تخريج ناقص من جهة أنه بيع وضيعة معلق على شرط، وهو عدم اكتتاب المساهمين.

دليل القول الخامس: أن الوكيل المسوق لا يحق له فسخ الوكالة، والوكالة العادية عقد اختيار، كما أن الموكل في عقد التسويق لا يملك حق تقييد الوكالة في أثناء العمل بالموكل فيه^(١).
الترجيح:

من المهم قبل الحكم على المعاملة المالية دراسة العقد بحيث يكون النظر في كل اتفاقية نظرًا خاصًا، فإن لكل عقد تفاصيل وشروطًا قد يتغير معها التوصيف الفقهي، وقد يصدق توصيف من التوصيفات الفقهية المتقدمة على اتفاقية دون اتفاقية، والغرض من الاتفاقية في الحلين تسويق الأوراق المالية من الأسهم والصكوك ونحوهما.

ومن حيث الجملة فإن تسويق الأوراق المالية إذا كان مصحوبًا بضمان الاكتتاب، فالصبغة الظاهرة عليه أنه عقد وكالة بأجر مع المواعدة على شراء ما تبقى بعد التسويق إن بقي شيء، والمواعدة فيه من الطرفين؛ المسوق ومصدر الورقة المالية، وليست وعدًا من طرف واحد.

والمواعدة مصطلح استعمله العرب فيما يكون فيه الوعد من الطرفين^(٢)، ودرج عليه الفقهاء، والمواعدة كالوعد من جهة أنه لا ينعقد بها عقد، ومما ذكره الحنفية في صدد تقرير أن المواعدة ليست معاهدة: أنه لما تواعد موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ مع صاحب مدين على التزويج مقابل أجره العمل لم يعين شعيب أي ابتنيه، وتعيين الزوجين شرط في عقد النكاح، وإنما كان كذلك لأنه مواعدة وليس عقدًا^(٣)، والمقصود أنهم سموا ما كان بينهما من الوعود مواعدة.

ولما كلم ربنا عَزَّوَجَلَّ موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ قال في ميعادهما عند جبل الطور: ﴿وَإِذْ وَعَدْنَا مُوسَىٰ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً﴾^(٤)، فسمّاها مواعدة؛ لأن الوعد كان من طرفين؛ من الله تعالى لموسى، ومن موسى لربه^(٥).

وفي معيار الوعد والمواعدة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات الإسلامية أن المواعدة هي: وعدان متقابلان من طرفين بإيقاع فعل من كل واحد منهما في المستقبل في محل واحد وزمن واحد. اهـ^(٦).

(١) ينظر: أعمال السمسار في بورصة الأوراق المالية ص ٤٦-٤٧.

(٢) ينظر: لسان العرب ٣/٤٦١-٤٦٤، وتفسير القرطبي ١/٣٩٤ و ١١/٢٣٠.

(٣) ينظر: عمدة القاري ١٢/٨٥، وفتح القدير ٧/١١٥.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٥١.

(٥) ينظر: تفسير الطبري ١/٦٦٣، ومدارج السالكين لابن القيم ١/٦١.

(٦) المعايير الشرعية، معيار الوعد والمواعدة، رقم (٤٩)، ص ١١٨٩.

والتواعد من الطرفين في البيع جائز، وليس من بيع الكالئ بالكالئ؛ لأن التواعد ليس بيعاً^(١)، ومما يدل على مغايرة الوعد للعقد في الحكم والمعنى: نهى الله سبحانه عن المواعدة سرّاً في زمن العدة، فقال عَزَّوَجَلَّ: ﴿لَا تُوَاعِدُوهُمْ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(٢)، ثم نهى عن المعاعدة حتى يبلغ الكتاب أجله، فقال: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ الْبَيْعِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ﴾^(٣)، فدل على التفريق بين العقد والوعد، وأن المواعدة ليست معاهدة^(٤).

واجتماع عقد الوكالة بأجر مع الوعد بالشراء، بل واجتماع العقد مع العقد، عند التحقيق، لا مانع منه شرعاً إذا لم يترتب على هذا الاجتماع محذور، والأصل الفقهي المتقرر عند جمهور الفقهاء في حكم الصفقة الواحدة التي تتضمن عقدين أو أكثر من العقود المسماة في الفقه الإسلامي الجواز والصحة، ما لم تؤل إلى محذور، وما لم يكن هناك تعارض بينهما أو مانع شرعي خاص من اجتماعها، بناء على أن الأصل المتقرر في العقود الصحة والإباحة، وهو ما يعبر عنه بعض المعاصرين بمبدأ حرية التعاقد، وأن كل معاهدة تضمنت عقوداً أو أموراً جائزة شرعاً عند الانفراد، فإنها تكون كذلك عند الاجتماع، قياساً للمجموع على أحاده^(٥)، واختلاف حقيقة كل عقد وأحكامه لا يمنع من تصحيح الصفقة^(٦).

(١) ينظر: المحلى ٧/ ٤٦٥-٤٦٦. (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥.

(٤) ينظر: مصنف عبد الرزاق ٧/ ٥٤، والعناية ٤/ ٣٤٣، وتفسير القرطبي ٣/ ١٩٠، والمتقى شرح الموطأ ٣/ ٣١٨، ومغني المحتاج ٤/ ٢١٩، والمغني ٧/ ١٤٨، وجلاء الأفهام لابن القيم ص ١٧٤، والمحلى ٩/ ١٦٧.

(٥) بحث المشاركة المتناقضة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة للدكتور نزيه حماد ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/ ٩٢١، وينظر في هذه المسألة: فتح القدير ٦/ ٤٤٧ و ٧/ ٢٢٠، ومناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها للرجراجي ٦/ ٦٣، والتوضيح لخليل ٥/ ٢٧٨، والشرح الكبير للرافعي ٨/ ٢٧٩-٢٨١، وأسنى المطالب ٢/ ٤٥، والمغني ٤/ ١٧٧-١٧٨، والنكت والفوائد لابن مفلح ١/ ٣٠٩، وكشاف القناع ٣/ ٥٤٢-٥٤٣، والعقود المالية المركبة ص ٢٢٣-٢٢٤ و ٢٥٢، وصكوك الإجارة لحامد ميرة ص ٢٥٥-٢٥٨، وإجارة الموصوف في الذمة ص ١٦٩-١٧١، وورقة بحثية في اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة في الفقه الإسلامي للدكتور نزيه حماد قدمت إلى الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي، وقد خلص فيها إلى تحرير ثلاثة ضوابط لحظر اجتماع العقود، وهي: أولاً: أن يكون الجمع بينهما محل نهى في نص شرعي. ثانياً: أن يترتب على الجمع بينهما توصل بما هو مشروع إلى ما هو محذور. ثالثاً: أن يكون العقدان متضادين وضعاً ومتناقضين حكماً. وقد بنت عليها الندوة التوصية المدونة في الحاشية الآتية.

(٦) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/ ٢٣٤، ونتائج البحوث وخواتيم الكتب لمؤسسة الدرر السنية الوقفية ٤/ ٣٢١، وانتهت الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي إلى التوصية التالية: يجوز اجتماع العقود =

فإذا كان ذلك كذلك في اجتماع العقد مع العقد، فهو أخرى في اجتماع المواعدة مع المعاقدة. وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: يجوز اجتماع أكثر من عقد في منظومة واحدة، ما لم يؤول اجتماعها إلى محرم، كالربا أو الغرر، وما نصه: لا يجوز اجتماع عقود مختلفة في شروطها وأحكامها إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار، كاجتماع عقد البيع والإجارة على عين واحدة في وقت واحد. اهـ. وبناء عليه قررنا جواز اجتماع عقد المعاوضة وعقد القرض في حال ثبوت انتفاء المحاباة في عقد المعاوضة، وإلا فالأصل المنع من اجتماعهما^(١).

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي ضمان مسوق الأوراق المالية للاكتتاب في صورته الأولى من بين الصور الأربعة المزبورة في صدر المبحث، فجاء في القرار الصادر في الدورة السابعة بشأن الأسواق المالية ما يلي:

ضمان الإصدار: هو الاتفاق عند تأسيس شركة مع من يلتزم بضمان جميع الإصدار من الأسهم، أو جزء من ذلك الإصدار، وهو تعهد من الملتزم بالاكتتاب في كل ما تبقى مما لم يكتب فيه غيره، وهذا لا مانع منه شرعاً إذا كان تعهد الملتزم بالاكتتاب بالقيمة الاسمية بدون مقابل لقاء التعهد، ويجوز أن يحصل الملتزم على مقابل عن عمل يؤديه -غير الضمان- مثل إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم. اهـ^(٢).

فغفلوا عن توصيف ضمان الإصدار الفقهي إذا اجتمع معه عمل من المسوق مقابل أجره، مع أنهم سوغوا الأجرة في هذه الحال، وهذا من أسباب عدم ترجيح القول الأول.

وصدر عن هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات الإسلامية معيار في الأوراق المالية، وقد اشتمل على ما يلي: يجوز ضمان الإصدار إذا كان بدون مقابل لقاء الضمان، وهو الاتفاق عند تأسيس الشركة مع من يلتزم بشراء جميع الإصدار من الأسهم أو بشراء جزء من ذلك الإصدار، وهو تعهد من الملتزم بالاكتتاب بالقيمة الاسمية في كل ما تبقى مما لم يكتب فيه غيره، ويجوز الحصول على مقابل عن العمل مثل إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم، سواء قام بهذه

= المتعددة في عقد واحد، سواء أكانت هذه العقود متفقة الأحكام أم مختلفة الأحكام طالما استوفى كل عقد منها أركانه وشروطه الشرعية، وسواء أكانت هذه العقود من العقود الجائزة أم من العقود اللازمة، أم منهما معاً، وذلك بشرط ألا يكون الشرع قد نهى عن هذا الاجتماع، وألا يترتب على اجتماعها توصل إلى ما هو محرم شرعاً.

(١) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٥٩٤-٥٩٦)، ص ١٨١.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/ ٥٧٧.

الأعمال المتعهد بالاكتتاب أو غيره إذا لم يكن هذا مقابلاً عن الضمان. اهـ^(١).

وعند التأمل، فإن الصورة الثانية من صور ضمان المسوّق للاكتتاب مشابهة للصورة الأولى، غير أن المسوق في الصورة الثانية يأخذ مبلغاً مقطوعاً لقاء الالتزام بشراء ما تبقى من الأسهم، ومسألة المعاوضة على الضمان قد أفردت لها المبحث التاسع عشر من هذا الفصل، وانتهت فيها إلى المنع من أخذ العوض على الضمان اعتباراً بأن الضمان شُرع لمقتضى الإحسان والإرفاق، كمشروعية العاقلة، وقررت أن أخذ العوض على الضمان من آثار المدرسة الرأسمالية الغربية، وهو مبدأ مخل بأصول الاقتصاد الإسلامي، وذريعة إلى مفسدة الربا وغيرها.

فإن التزمّ المسوق بشراء ما يتبقى من الأسهم المطروحة بعد اكتتاب عامة الناس بأقل من قيمتها الاسمية، فلا يخلو هذا الالتزام من أن يكون وعداً أو عقداً، فإن كان عقداً فهو منخرم بعدم العلم بالمبيع على وجه التعيين والتحديد، وعقد البيع لا ينعقد على مجهول، وهذه هي الصورة الثالثة، وإن كان وعداً، فلا مانع من الجهالة فيه، في الجملة؛ لأن الوعد لا ينعقد به العقد.

والمخرج الفقهي للصورة الثالثة إذا كان الالتزام بشراء الأسهم عقداً: أن يجري التعاقد على شراء جميع الأسهم بقيمة مسماة، ويشترط البائع الخيار مدة الاكتتاب، فما بقي من الأسهم بعد الاكتتاب مضت فيه البيعة، والله أعلم.

والصورة الرابعة بيع صريح، والبيعان بالخيار في الثمن، وهذه الصورة هي أن يشتري جميع الأسهم المطروحة للاكتتاب قبل طرحها للاكتتاب بسعر أقل من السعر المحدد لبيعها على المكتتبين. وإذا كان التخريج الذي انتهت إليه في مسألة المبحث في الجملة هو أنها عقد وكالة بأجر مصحوب بالوعد بشراء ما تبقى بعد التسويق إن بقي شيء، فهاهنا تنبيه ومسألة لزوم الوعد بالشراء الذي يضمن به مُصدر الأوراق المالية الاكتتاب فيها.

فأما التنبيه فهو متعلق بعقد شراء الأسهم، وما ينبغي فيه من حذر الربا بالنظر إلى العوضين، والمعوض الذي هو الأسهم يختلف باختلاف موجودات شركة المساهمة؛ فقد تكون نقوداً وحيثئذ لا يناسب أن يكون العوض نقداً تجنباً للربا بمبادلة المال بالمال، وقد تكون الموجودات أعياناً، وقد تكون منافع، وقد تكون مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، ولكل حالة حكم.

والمسألة هي: حكم لزوم وعد المسوق بشراء الأوراق المالية من مصدرها، ولزوم وعد مصدر الأوراق المالية ببيعها عليه؛ فهل لمصدر الأوراق المالية أن يلزم المسوق بشراء ما تبقى من الأسهم إذا نكل المسوق عن وعده بشراء ما لم يُكتتب فيه؟ وهل للمسوق إلزام مصدر الأوراق المالية ببيعها إذا نكل عن وعده ببيعها ما لم يُكتتب فيه؟

ورسم المسألة: حكم لزوم الوفاء بالعدة.

وصورتها لدى الفقهاء: أن يمتنع الواعد من إنجاز الوعد؛ فهل يحكم عليه بما وعد به ويلزم به جبراً وينزل الوعد حيثنذ منزلة الضمان، أم يؤمر به ولا يُحمّل عليه قضاء؟

تحرير محل النزاع: أجمع المسلمون على أن الوفاء بالوعد ديانةٌ مطلوب، وأن إخلاف الوعد مذموم، ومستند الإجماع من النقل: أن الله تعالى أثنى على رسوله ونبيه إسماعيل عَلَيْهِ السَّلَامُ بصدقه في العدة، فقال سبحانه: ﴿وَأَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَبِيًّا﴾^(١)، وهو بدليل مخالفته يفيد أن إخلاف الوعد مذموم، وهذا المفهوم قد جاء مصرحاً به في آيات من الكتاب، كما في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(٢)، وأبو إسماعيل إبراهيم عَلَيْهِمَا السَّلَامُ وفي بوعدة لأبيه، فاستغفر له ﴿عَنْ مَوْعِدَةٍ وَعَدَهَا إِيَّاهُ﴾^{(٣)(٤)}.

ومستند الإجماع من النظر: أن إخلاف الوعد مما فطر الله العباد على ذمه واستقباحه، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح^(٥).

واختلفوا في قوة المطلب الشرعي على الوفاء من حيث كونه مطلوباً على سبيل الندب أو الوجوب، كما اختلفوا في حكم الإلزام بالوعد قضاءً على أقوال ثلاثة، وهذه هي المسألة المقصودة هنا، والأقوال الثلاثة كما يأتي^(٦):

القول الأول:

يلزم الوفاء بالوعد، ويُقضى به مطلقاً.

(١) سورة مريم، الآية: ٥٤. (٢) سورة الصف، الآية: ٢.

(٣) سورة التوبة، الآية: ١١٤.

(٤) ينظر: تفسير القرطبي ٢٤٨/١ و ١٠١/٥ و ١٠٢، وتفسير الثعلبي ١١٦/١١، وأضواء البيان ٣/٤٣٨-٤٤١، وعمدة القاري ١١/٢٩٩ و ١٣/١٥٧ و ٢٥٧، وفتح القدير ٩/١٤، وحاشية ابن عابدين ٥/٦٧٨، والتمهيد ٣/٢٠٦-٢٠٧، والذخيرة ٦/٢٩٦-٢٩٧ و ١١/١٠٤، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ١٥٣-١٥٤، وفتح الباري ٥/٢٩٠، وتحفة المحتاج ٦/٣١٤، والغرر البهية ٣/٣٩٣، والمغني ٦/١٤٦، والفروع ٦/٣٥٠، وكشاف القناع ٥/١٩، وشرح منتهى الإرادات ٣/٤٠١، والمحلى ٦/٢٧٨، وفقه النوازل لبكر أبو زيد ٢/٧١.

(٥) ينظر: التمهيد ٣/٢٠٧، وإغاثة اللهفان ٢/٤٧.

(٦) على أن بعض المعاصرين فهم انحصار خلافهم في الإلزام بالعدات التي يكون موضوعها الأموال، والظاهر أن الإلزام بالوعد عند من قال به عام في العدات المالية وغير المالية، ولذلك مثله وافرعه عليه في مسائل من باب الطلاق، كما إذا قال: أنت طالق إن جئت لي بألف من الغنم، ويأتي إن شاء الله. ينظر: فقه النوازل لبكر أبو زيد ٢/٧١-٧٢.

وهو مروي عن سمرة بن جندب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، والحسن البصري، وابن الأشوع^(١١)، وعبد الله ابن شبرمة^(١٢)، وبه قضى عمر بن عبد العزيز^(١٣)، وهو ظاهر اختيار البخاري^(١٤)، وبه قال بعض الحنفية^(١٥)، وهو قول عند المالكية^(١٦)، ووجه عند الحنابلة^(١٧)، وقول طائفة من أهل الظاهر^(١٨)، واختاره ابن العربي^(١٩)، والمعلمي^(٢٠)، وابن سَعْدِي، وعبد الرحمن بن قاسم^(٢١)، وهو ظاهر اختيار شيخي ابن جبرين^(٢٢).

القول الثاني:

لا يلزم الوفاء بالوعد.

نُسب هذا القول إلى أبي حنيفة والشافعي^(٢٣)، ونُسب إلى الأوزاعي^(٢٤)، وبه قال بعض الحنفية^(٢٥)، وهو قول عند المالكية^(٢٦)، ومذهب الحنابلة^(٢٧)، وحكاه بعض أهل العلم عن أكثر فقهاء الأمة^(٢٨).

- (١) حيث قال البخاري في صحيحه: باب من أمر بإنجاز الوعد وفعله الحسن، وقضى ابن الأشوع بالوعد وذكر ذلك عن سمرة بن جندب. ينظر: صحيح البخاري ٣/ ١٨٠، وفتح الباري ٥/ ٢٩٠، وعمدة القاري ١٣/ ٢٥٨، وأضواء البيان ٣/ ٤٣٨-٤٤٠، وبحث الوفاء بالوعد للدكتور نزيه حماد ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/ ٦٠٥.
- (٢) وابن الأشوع هو سعيد بن عمرو بن الأشوع الكوفي الهمداني، قاضي الكوفة زمان إمارة خالد القسري على العراق، وذلك بعد المائة. ينظر: رجال صحيح مسلم لابن منجويه ١/ ٢٤٧، وعمدة القاري ١٣/ ٢٥٨.
- (٣) ينظر: عمدة القاري ١٣/ ٢٥٨، والفروع ١١/ ٩٢.
- (٤) ينظر: فتح الباري ٥/ ٢٩٠، وتهذيب الفروق ٤/ ٤٤-٤٥.
- (٥) ينظر: صحيح البخاري ٣/ ١٨٠.
- (٦) ينظر: مجمع الضمانات ص ٢٤٣، والفتاوى الهندية ٣/ ٢٠٩.
- (٧) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ١٥٤، وحاشية ابن الشاط ٤/ ٢٤.
- (٨) ينظر: الفروع ١١/ ٩٢. (٩) ينظر: جامع العلوم ٢/ ٤٨٥-٤٨٦.
- (١٠) ينظر: أحكام القرآن له ٤/ ٢٤٢.
- (١١) ينظر: رسالة جواب الاستفتاء عن حقيقة الربا، ضمن آثار العلامة المعلمي ١٨/ ٣٣٦.
- (١٢) ينظر: توضيح الأحكام للبسام ٧/ ٤١١.
- (١٣) ينظر: شرح أخصر المختصرات، الدرس (٦٤)، ص ٣٨.
- (١٤) ينظر: المحلى ٦/ ٢٧٨، وأضواء البيان ٣/ ٤٣٩.
- (١٥) ينظر: تفسير القرطبي ١١/ ١١٦، وأضواء البيان ٣/ ٤٣٩.
- (١٦) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٥/ ٣٣٤.
- (١٧) ينظر: تحرير الكلام للحطاب ص ١٥٤.
- (١٨) ينظر: المغني ٤/ ٢٨٣، والفروع ١١/ ٩٢.
- (١٩) ينظر: تفسير القرطبي ١١/ ١١٦، وأضواء البيان ٣/ ٤٤١، ومطالب أولي النهى ٦/ ٤٣٥، والدرر السنية ٦/ ٢٢١.

ويحتمل أن بعض من تُسبب إليه هذا القول يقول به في باب دون باب^(١)، ويحتمل أن المنقول عن بعضهم أنهم لا يوجبون الوفاء بالوعد من حيث التكليف، فاستنبط منه عدم اللزوم.

القول الثالث:

يلزم الوفاء بالعدة إن كان الوعد مقروناً بسبب، وحصل السبب، بأن دخل الموعود بسبب العدة في شيء.

كما لو قال: أعزني دابتك إلى موضع كذا. فقال: أنا أعيرك غداً^(٢).

وهو قول عند الحنفية^(٣)، وإليه ذهب مالك وأصحابه^(٤)، وحكاه ابن العربي إجماعاً^(٥).
وعُبر عن هذا القول بأنه إذا اقتضى تغريماً للموعود وجب الوفاء به^(٦)، وقال بعض المالكية: إن أدخله بالوعد في ورطة لزم الوفاء به، وإلا فلا^(٧).

ولم يشترط بعض المالكية والحنفية للزوم الوعد أن يدخل الموعود بسبب العدة في شيء، بل يكفي أن يرتبط الوعد بسبب^(٨).

الأدلة:

استدل أصحاب الأقوال بأدلة، وهي كما يأتي:

- (١) ينظر: تفسير القرطبي ١١/١١٦، والتمهيد ٣/٢٠٩.
- (٢) ينظر: المنتقى في شرح الموطأ ٣/٢٢٧، وقال: أما إذا أبهم فلا يحكم عليه بها، مثل أن يقول له: أعزني دابتك أركبها ولا يذكر له موضعاً ولا حاجة. اهـ. بمعناه.
- (٣) قالوا: إن الوعد لا يلزم إلا إذا كان معلقاً، وإذا كان في بيع الوفاء، ومثال الوعد المعلق عندهم: لو قال رجل لآخر: بعت هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك. فلم يظهر بينه وبين الوعد المقرون بسبب، عند المالكية، فرق، وفي هذا قرروا القاعدة الفقهية: المواعيد بصور التعليق تكون لازمة. ينظر: العناية شرح الهداية ٩/١٤، واللباب في شرح الكتاب ٢/٢٠٣، والأشباه لابن نجيم ص ٢٤٧، ودرر الحكام ١/٧٤٣-٧٤٤، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٨٤)، ص ٢٦.
- (٤) ينظر: التمهيد ٣/٢٠٨-٢٠٩، والبيان والتحصيل ٨/١٨، وتحرير الكلام للحطاب ص ١٥٥، وتفسير ابن كثير ٨/١٣٣.
- (٥) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤/٢٤٢، وتفسير القرطبي ٤/٢٤٢.
- (٦) ينظر: تفسير ابن كثير ٨/١٣٣، وجامع العلوم ٢/٤٨٦.
- (٧) ينظر: أضواء البيان ٣/٤٣٨.
- (٨) ينظر: الأشباه لابن نجيم ص ٢٤٧، ودرر الحكام ١/٧٤٣-٧٤٤، والتهذيب في اختصار المدونة ٣/٢٣٧، والذخيرة ٦/٢٩٦-٢٩٧، ١١/١٠٤، وتهذيب الفروق ٤/٤٤، وتحرير الكلام للحطاب ص ١٥٤، وعمدة القاري ١٣/٢٥٧.

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بلزوم العدة قضاءً بما يأتي:

الدليل الأول: عمل السلف.

حيث كان عمل السلف على القضاء بالوعد والإلزام به، من غير تكير منهم، بما يشبه الإجماع السكوتي^(١).

الدليل الثاني: ظواهر عموم النصوص الدالة على لزوم الوفاء بالوعد، ومن ذلك:

- ١ - من الكتاب؛ قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٢)، وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^{(٣)(٤)}.

فإذا لم يلتزم الواعد بوعد حمله الحاكم عليه لعموم أمر الله تعالى بالوفاء.

- ٢ - من السنة؛ ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الْعِدَّةُ دِينَ»، وفي لفظ: «عِدَّةُ الْمُؤْمِنِ دِينَ»^(٥)، وفي لفظ: «الواعد بالعدة مثل الدين أو أشد»^(٦)، وأنه صلى الله عليه وسلم قال لامرأة سألته شيئاً فلم تجده عنده فقالت: عدني؛ فقال صلى الله عليه وسلم: «الْعِدَّةُ عَطِيَّةٌ»^(٧).

-
- (١) ينظر: صحيح البخاري ٣/ ١٨٠، وفتح الباري ٥/ ٢٢٢، وعمدة القاري ١٣/ ١٥٧ و ٢٥٨، وأضواء البيان ٣/ ٤٣٨-٤٤٠، وبحث الوفاء بالوعد لتزيه حماد ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/ ٦٠٥.
 - (٢) سورة الإسراء، الآية: ٣٤. (٣) سورة المائدة، الآية: ١.
 - (٤) إلى غير ذلك من النصوص المتقدمة في تحرير محل النزاع، والمحركة في أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالوعد ديانةً، في المسألة الآتية في سبب الخلاف. ينظر: أضواء البيان ٣/ ٤٣٨.
 - (٥) أورده الديلمي في مسند الفردوس ٣/ ٤٤ برقم ٤١١٢ من حديث علي، وأورده السخاوي في المقاصد الحسنة ص ٣١١، وصاحب كنز العمال ٣/ ٣٤٧ برقم ٦٨٧٠، ونسبها إلى مسند الفردوس للديلمي. وبناء عليه يكون حديثاً منكراً هو الحديث التالي. ينظر: تخريج أحاديث الإحياء للعراقي ٣/ ١١٦٢.
 - (٦) أورده السخاوي في المقاصد الحسنة ص ٤٥٤. ينظر: تخريج أحاديث الإحياء للعراقي ٣/ ١١٦٢.
 - (٧) رواه أبو داود في المراسيل ص ٣٥٢ برقم ٥٢٢ عن الحسن: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم تسأله، فلم توافق عنده شيئاً، فقالت: يا رسول الله، عدني، فقال صلى الله عليه وسلم: «الْعِدَّةُ عَطِيَّةٌ»، قال العراقي: حديث الحسن مرسل. اهـ.

ورواه الطبراني في الأوسط ٢/ ٢٠٩ برقم ١٧٥٢ من حديث قبات بن أشيم الليثي، بلفظ: «العدة عطية»، وقال: لا يروى هذا الحديث عن قبات إلا بهذا الإسناد، تفرد به أصبغ. اهـ. وهو أصبغ بن عبد العزيز الحمصي، قال أبو حاتم: مجهول. اهـ. ضعف العراقي حديث قبات هذا في تخريجه أحاديث الإحياء، وقبات له صحبه كما ذكر البخاري في التاريخ الكبير، ورواه في الأوسط أيضاً ٤/ ٢٣ برقم ٣٥١٣ من حديث الأعمش عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود، بلفظ: «العدة دين»، وقال: لم يرو هذا الحديث عن الأعمش إلا عبد الله بن محمد ابن الأشعث الحدّاني... ولا يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بهذا الإسناد. اهـ. ولعل الطبراني قصد أنه =

ويمكن أن تناقش الأدلة الحديثة: من جهة سندها بما هو مفصل في الحاشية.

الدليل الثالث: قول ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا يعد أحدكم صبيه ثم لا ينجزه. اهـ^(١).

الدليل الرابع: حاجة الناس إلى أن تكون المواعيد لازمة^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بأن الوعد لا يُلزم به الواعد قضاءً بما يأتي:

= لا يُعرف له إسنادٌ بهذا اللفظ الذي أورده، ورواه أيضًا في الأوسط ٢٣/٤ برقم ٣٥١٤ وفي الصغير ٢٥٦/١ برقم ٤١٩ من حديث الأعمش عن إبراهيم عن الأسود وعلقمة عن علي وابن مسعود، بلفظ: «العدة دين»، وفي الأوسط: زاد علي في حديثه: «ويل لمن وعد ثم أخلف» ثلاثًا، وقال: لم يروه عن الأعمش إلا عبد الله الحداني. اهـ. وفي سنده حمزة بن داود الثقفي الأجلبي، المؤدب بالأبلة، ضعفه الدارقطني، وقال العراقي عن سنده: فيه جهالة. اهـ. وقال ابن رجب: وفي إسناده جهالة... وفي مراسيل الحسن عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «العدة هبة». اهـ. ولم يذكر الطبراني سبب ورود في جميع مواضع هذا الحديث من كتبه، وقال البوصيري: له شاهد صحيح غريب جدًا رواه إبراهيم بن دريك - وهو من الثقات - عن أبي نعيم، عن الثوري، عن داود بن أبي هند، عن الشعبي، عن أنس بمعناه. اهـ. والحديث بما تقدم: مرسل ورفعه غريب.

ينظر: التاريخ الكبير للبخاري ١٩٢/٧، ومكارم الأخلاق للخرائطي ص ٢٠٦، ومجمع الزوائد ١٦٦/٤، وتاريخ أصبهان ٢/٢٤٠، وتاريخ ابن عساكر ٥٢/٢٩٣، والمغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار ص ٦٥٧ و ١٠٢٣، وجامع العلوم ٢/٤٨٣-٤٨٤، وإتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة للبوصيري ٥/٤٢٧، وكشف الخفاء ٢/٦٦، والتنوير شرح الجامع الصغير للصنعاني ٧/٣٨١.

ينظر: أضواء البيان ٣/٤٣٨.

(١) رواه الشهاب القضاعي في مسنده ١/٣٩ برقم ٦ من حديث الأعمش، عن شقيق، عن عبد الله، قال: لا يعد أحدكم صبيه ثم لا ينجز له، فإن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «العدة عطية»؛ قال ابن أبي حاتم: وسألت أبي عن حديث رواه بقية، عن الفزاري، عن سليمان - يعني الأعمش -، عن شقيق - يعني أبا وائل -، عن ابن مسعود؛ قال: إذا وعد أحدكم صبيه فلينجز له؛ فإني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «العدة عطية»؟ فسمعت أبي يقول: هذا حديث باطل. اهـ. وشقيق هو ابن سلمة الأسدي الكوفي، أدرك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولم يره، وقال ابن رجب: يُروى من حديث ابن مسعود، قال: لا يعد أحدكم صبيه ثم لا ينجز له، فإن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «العدة عطية»، وفي إسناده نظر، وأوله صحيح عن ابن مسعود من قوله. اهـ.

ورواه الطبراني في الكبير ٩/٩٩ برقم ٨٥٢٥ من حديث الأعمش، عن مجاهد، عن أبي معمر، عن ابن مسعود، قال: لا يصلح من الكذب هزل ولا جد، ولا أن يعد أحدكم صبيه شيئًا ثم لا ينجز له. اهـ. موقوفًا عليه.

ينظر: علل الحديث لابن أبي حاتم ٦/٦٢٨، والكامل لابن عدي ١/١٠٢، وجامع العلوم ٢/٤٨٣-٤٨٤، وسير أعلام النبلاء ٤/١٦١-١٦٢.

(٢) ينظر: أضواء البيان ٣/٤٣٨.

(٣) ينظر: مجمع الضمانات ص ٢٤٣.

الدليل الأول: الإجماع على أن من وعد رجلاً بمال لم يضرب به مع الغرماء إذا أفلس الواعد، ولو كان الموعد مستحقاً لشارك الموعد ببقية الغرماء^(١).

ونوقش: بأن الخلاف مشهور، لكن القائل به قليل، فنقل الإجماع في ذلك مردود^(٢).

إذا ثبت ذلك، فإن توهم الإجماع كان سبب جنوح بعض الفقهاء عن القول بلزوم الوفاء بالوعد، كابن عبد البر؛ إذ مال إلى القول باللزوم، ودلل له، ثم قال بأنه لا يقضى بالوعد للإجماع على هذا الفرع الفقهي^(٣)، وقد ثبت الخلاف، والقاعدة على أن من علم حجة على من لم يعلم.

ويمكن أن يناقش: بأن حق الغريم مبني على سبب مالي محسوس، بخلاف حق الموعد الذي لم يغرم بسبب الوعد، فيقدم الحق الذي دخل صاحبه في غرم على ما ليس كذلك، ما لم يدخل الموعد في غرم.

الدليل الثاني: أنه وعد بمعروف محض، ولا سبيل للإلزام في المعروف، كالهبة قبل القبض، فإذا كان لا يُحكّم بالهبة قضاءً إذا رجع عنها الواهب قبل قبض الموهوب لها، فكذلك الوعد مع الموعد.

والأصل في المقيس عليه، وهو الهبة، حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قالت: «إن أبا بكر كان نحلاً جذاذَ عشرين وَسَقاً من ماله بالعالية، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بُنَيَّةُ ما من الناس أحب إليَّ غنىً بعدي منك، ولا أعز عليَّ فقراً منك، وإني كنت نحلْتُك من مالي جذاذَ عشرين وَسَقاً، فلو كنت جَذَذْتِه واحتزتيه كان لك، فإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هو أخوك وأختك، فاقسموه على كتاب الله عَزَّ وَجَلَّ»^(٤)، ولو كان مجرد الوعد يجب الوفاء به لكان ديناً في ذمته ووجب عليه سداؤه^(٥).

(١) ينظر: عمدة القاري ١٣/١٥٧، والتمهيد ٣/٢٠٧، والمعاملات المالية للديان ١٨/٣٩٢. وعدى بعضهم الإجماع إلى مسألة البحث، قال ابن حجر: وقال ابن بطال: لم يرو عن أحد من السلف وجوب القضاء بالعدة، أي: مطلقاً... وغفل عما ذكره ابن عبد البر عن عمر بن عبد العزيز، وعما نقله هو عن أصبغ، وعما سيأتي في البخاري. اهـ. فتح الباري ٥/٢٢٢.

(٢) ينظر: فتح الباري ٥/٢٩٠. (٣) ينظر: التمهيد ٣/٢٠٦ وما بعدها.

(٤) رواه مالك في الموطأ في باب النحل ص ٢٨٦ برقم ٨٠٨، من حديث ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة به، ورواه عبد الرزاق في المصنف في باب النحل ٩/١٠١ برقم ١٦٥٠٧ من حديث معمر، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، قالت: لما حضرت أبا بكر الوفاة، قال: أيُّ بُنَيَّةٍ ليس أحد أحب إليَّ غنىً منك ولا أعز علي فقراً منك، وإني قد كنت نحلْتُك جذاذَ عشرين وَسَقاً من أرضي التي بالغابة، وإنك لو كنت حُزْتِه كان لك، فإذا لم تفعل فإنا هو للوارث، وإنما هو أخوك وأختك. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٨١، والسنن الكبير للبيهقي ٦/٢٩٥.

(٥) ينظر: أضواء البيان ٣/٤٤١، والفروع ١١/٩٢، وفقه النوازل لبكر أبو زيد ٢/٧٥، والمعاملات المالية للديان ١٣/٣٩٢.

ويمكن أن يناقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن عدم لزوم الوفاء بالوعد في الهبة، في هذا المثال، لتفريط الموعود في قبضه الموعود به، فقام تركه الموعود به مقام تنازله عنه.

المناقشة الثانية: أن المانع من الوفاء بالوعد ذكره أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وهو انتقال المال إلى الوارث بعد الموت، وكون الموعود وارثاً معهم.

المناقشة الثالثة: يحتمل أن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ غلب جانب العدل في العطفية بين الأولاد، وقد أحس بدنو أجله وهو لمّا ينحلهم ما نحلها، وذلك لما روى ابن جريج، قال: أُخْبِرْتُ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ نَحَلَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَحْلاً، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ دَعَاها، فَقَالَ: أَيُّ هَتَاهُ! إِنَّكَ أَحَبُّ النَّاسِ إِلَيَّ، وَإِنِّي أَحَبُّ أَنْ تَرِدِي إِلَيَّ مَا نَحَلْتُكَ، قَالَتْ: نَعَمْ^(١)، وَفِي رِوَايَةٍ: قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَإِنِّي أَخَافُ أَنْ أَكُونَ أَثَرْتُكَ عَلَى وَلَدِي^(٢).

فبطل الاستدلال مع الاحتمال.

أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بلزوم الوفاء بالعدة قضاءً بشرط أن يكون الوعد معلقاً أو مقيداً بسبب فيغرم الموعود بسبب العدة أو يدخل في ورطة، وإلا فلا يلزمه قضاءً، بأدلة هي كما يأتي:

الدليل الأول: أنه قد تعلق بالوعد حق آدمي، وحق الآدمي مبني على المضابطة^(٣).

الدليل الثاني: كون إخلاف الوعد من علامات المنافقين، كما في قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا أَوْثَمَنَ خَانَ». رواه البخاري^(٤)، فذمُّ المخلف في الوعد دليل التحريم، والتحريم يقتضي النهي والإلزام^(٥).

الدليل الثالث: قول الله تعالى: «يَتَّبِعُهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ»^(٦).

فظاهر عمومها يشمل النهي إخلاف الوعد؛ ذلك أن الوعد إذا أخلف قول لم يُفعل^(٧).

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف ١٠٣/٩ برقم ١٦٥١٢.

(٢) رواه عبد الرزاق في المصنف ١٠١/٩ برقم ١٦٥٠٨.

(٣) ينظر: تفسير ابن كثير ٨/١٣٣.

(٤) في باب علامة المنافق وباب من أمر بإنجاز الوعد وغيره ١٦/١ و ١٨٠/٣، برقم ٣٣ و ٢٦٨٢، ورواه مسلم

٧٨/١ برقم ١٠٧.

(٥) ينظر: الذخيرة ٦/٢٩٩، وأضواء البيان ٣/٤٤١، والشرح الممتع ٩/٢٣٢.

(٦) سورة الصف، الآية: ٢.

(٧) ينظر: أضواء البيان ٣/٤٤١.

الدليل الرابع: ما روي أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «وَأَيُّ الْمُؤْمِنِ وَاجِبٌ»^(١)؛ أي: عِدَّتُهُ.

فمقتضاه وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً، وقد رُويت أدلة تدل على عدم وجوب الوفاء مطلقاً^(٢)، فوجه الجمع الذي خلصنا به إلى هذا القول هو: أن يُحمل اللزوم على ما إذا أدخل الواعد الموعود في سبب أو كان وعده مقروناً بذكر سبب، لتأكد العزم حينئذ، ويُحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك^(٣).

ويمكن أن يناقش: بتأويل ابن عبد البر للوجوب في الحديث بأنه واجب في أخلاق المؤمنين^(٤).

الدليل الخامس: أن الواعد إذا أدخل الموعود في ورطة الوعد، ثم رجع في الوعد وتركه في الورطة التي أدخله فيها، فقد أضربه، وليس للمسلم أن يضر بأخيه المسلم؛ لعموم الحديث: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(٥).

(١) رواه أبو داود في المراسيل في باب الملاحم ص ٣٥٢ برقم ٥٢٣ من حديث ابن وهب، عن هشام بن سعد، عن زيد بن أسلم، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «وَأَيُّ الْمُؤْمِنِ حَقٌّ وَاجِبٌ»، قال أبو داود: عدته. ينظر: بيان الوهم والإيهام ٦٦/٣.

(٢) وهي مبسطة في أدلة القائلين بعدم لزوم الوفاء بالوعد، وفي أدلة القائلين بعدم الوجوب في مسألة حكم الوعد التكليفي، وتأتي قريباً.

(٣) ينظر: الذخيرة ٢٩٩/٦. (٤) ينظر: التمهيد ٢٠٦/٣.

(٥) رواه أحمد ٢٦٧/٣ برقم ٢٨٦٧ من حديث عكرمة عن ابن عباس، وابن ماجه في باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٤٣٠-٤٣٢ برقم ٢٣٤٠ من حديث عكرمة وحديث إسحاق بن يحيى عن عبادة بن الصامت، ومالك في باب القضاء في المرفق ص ٥٦٧ برقم ١٥٠٣ من حيث عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا. وقد أعل حدith عبادة بإسحاق بن يحيى بن الوليد، فقال الترمذي وابن عدي: إنه لم يدرك عبادة، وينحو ذلك قال البخاري، وأبو زرعة، وابن أبي حاتم، والدارقطني، وقال ابن عبد الهادي: إنه غير قوي. اهـ. وكذلك قال في حدith ابن عباس، وقال ابن حزم: هذا خبر لم يصح قط، ورأى الحاكم أنه على شرط مسلم، ونظره ابن عبد الهادي، وتعبه الألباني وقال: إنه من أوهام الحاكم.

والخير حسنة النووي، وصححه الألباني، والمعاصرون أكثرهم على طريقة ابن تيمية والنووي وابن الصلاح في تقوية طرق الحديث ببعضها، فصححو الحديث لغيره، قال ابن رجب: وهو كما قال ابن تيمية. اهـ. والحديث مشهور، وله شواهد كثيرة من حدith ابن عباس وحديث عائشة وحديث عبادة، وحديث كثير بن عبد الله بن عوف المزني عن أبيه عن جده، وغير ذلك، حتى مال الدكتور الحسين آيت سعيد إلى القول بأنه متواتر، وذلك في دراسته على كتاب الوهم والإيهام لابن القطان.

وشهرة هذا الخبر بين الفقهاء، مع أخذهم به في الجملة، حتى قال أبو داود: إنه من الأحاديث التي يدور عليها الفقه. اهـ. إضافة إلى موافقته لأصول الشريعة وقواعدها؛ يغني عن الوقوف على أسانيده وقوف المستريب وطلبها طلب غرائب الحديث، ولذلك استدلل به أحمد، واحتج به الشافعي في مناظرته مع محمد بن الحسن =

الترجيح:

إذا تقرر تحريم الخُلف في الوعود من غير مخالف، وأن الوفاء بالوعود واجب في الجملة، فهذا ممهّد لمقدمة أخرى، وهي أن الأصل هو الإلزام بكل ما أوجبه الله تعالى ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والسلطة القضائية حينئذ تتولى تنفيذ ما أمر الله سُبحَانَهُ وَتَعَالَى به، ونتيجة هاتين المقدمتين: لزوم الوفاء بالوعد في الجملة، وبهذا القول يضمن مالك السلعة الموعود بشرائها أن الواعد بالشراء سيلتزم بوعده، ولو ألزمه به قضاء، فيحبس السلعة لذلك، وتنظم العقود، ويُستغنى عن بيع العربون الذي اختلف فيه الفقهاء كثيرًا.

وقد أطلق المتقدمون وجوب الوفاء بالعِدّة من غير تفصيل في وجوبه بين ما كان واجبًا ديانةً أو قضاءً، فالظاهر أنهم لم يكونوا يفرقون بين ما يلزم ديانةً وما يلزم قضاءً؛ لأن كل ما يلزم المسلم دينًا وشرعًا يُقضى به عليه إذا تعلق به حق الغير، ويُحمل على تركه في حالة النهي والتحريم، وهذا التشقيق حادث، ولم أجده بهذه العبارة عند أحد قبل السبكي.

يدل عليه أن من كان بيده من المسلمين سلطة الإلزام، فإنهم قضاوا بإلزام الواعد؛ مثل عمر ابن العزيز، وابن الأشوع، وابن شبرمة.

والقول بخلاف ذلك يؤثر في قيمة الوعد عند المسلمين، وهذا الملحظ باب من أبواب اعتبار المآل، ولذلك كان في هذه المسألة مدخلٌ لاجتهاد الإمام في كلام الفقهاء، كما اجتهد أبو بكر في الوفاء لجابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بوعد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(١)؛ فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لو قد جاء مأل البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا»، قال جابر: فلم يجرى مأل البحرين حتى قبض النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما جاء مال البحرين أمر أبو بكر ونادى: مَنْ كان له عند النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِدّةٌ أو دينٌ فليأتنا، فأتيته فقلت: إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لي كذا وكذا، فحسني لي حثية، فعددتها

= الشيباني، واحتج به مالك وجزم بنسبته إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما في الموطأ. وقد خرجته مطولاً في ست صفحات وتوسعت في الكلام عليه في بحث الماجستير الموسوم بالنوازل في الرضاع المرفوع على المكتبة الشاملة الجديدة.

ينظر: المراسيل لأبي داود ص ٢١٨، والمعجم الأوسط للطبراني ٢٣٨/٥، والكمال لابن عدي ٤٨٦/١-٤٩٨، والمحلى ٣٢٦/٨ و ٣٦/٩، والسنن الكبير للبيهقي ٢٥٤/١٢ و ٣٩٥/٢٠، والتمهيد ٤١٤/١٨، وبيان الوهم والإيهام ٣٠/٣ و ٢٥١/٤ و ١٠٣/٥، والمحصر لابن عبد الهادي ص ٣٣٤، وتنقيح التحقيق لابن عبد الهادي ٦٨/٥، وجامع العلوم والحكم ٢٠٧/٢-٢١٠، وإرواء الغليل ٤٠٨/٣-٤١٤، والنوازل في الرضاع للباحث ٧٧-٨٢.

ينظر: العناية ١٤/٩، وأضواء البيان ٤٩٣/٣.

(١) ينظر: فتح الباري ٥/٢٩٠.

فإذا هي خمسمائة، وقال: خُذْ مِثْلَهَا^(١).

وقد ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى أن المواعدة بفعل مباح غير واجب شرعاً يجب إيفاؤها على الطرفين ديانةً، لا قضاءً، إلا في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز معاملة تجارية حقيقية بدون مواعدة ملزمة؛ إما بحكم القانون، أو بحكم الأعراف التجارية العامة، وليس لأغراض التمويل فقط.

وهو قريب من قول المالكية، من حيث مبدأ اعتبار المصلحة ودفع الضرر، ويمكن اعتباره قولاً رابعاً في المسألة.

ومن الإشكالات التي ظهرت في أثناء بحث المسألة ما يأتي:

الإشكال الأول: أن أقوال بعض الفقهاء استُلت من غير استحضار أصولهم في الباب، فمن ذلك أن الحنابلة الذين يقولون بعدم لزوم الوفاء بالوعد قالوا: يحرم الوعد بغير استثناء؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولْنَ لِمَا يُعْذَرُ الْغَافِلِينَ أَفَتُحِبُّونَ الْكُذْبَ وَتُبْغِضُونَ الْبِرَّ﴾^(٢)، ولأن الواعد لا يدري هل يقع منه الوفاء أم لا، فإذا استثنى خرج عن صورة الكذب في حال تعذر الوفاء.

ولا مخالف لهم حيثئذ في عدم لزوم الوفاء بالوعد المعلق بالمشيئة.

قال ابن مفلح: فصل: ولا يلزم الوفاء بالوعد، نص عليه؛ لأنه يحرم بلا استثناء. اهـ^(٣)؛ قال شيخنا ابن جبرين في شرح أخصر المختصرات: ويحرم الخلف بالوعد بلا استثناء. اهـ^(٤).

كما نص بعض الحنفية على كراهة الوعد إن لم يقرنه بالاستثناء، كالجصاص، حيث استثنى من عدم وجوب الوفاء بالوعد في مسألة حكم الوعد التكليفي: ما كان من الوعود مطلقاً بلا مشيئة^(٥).

الإشكال الثاني: ما أثاره ابن حجر في فتح الباري^(٦)، ونصه: والدلالة للوجوب منها - أي: من آية سورة الصف المتقدمة - قوية، فكيف حملوه على كراهة التنزيه مع الوعيد الشديد؟ وينظر هل يمكن أن يقال: يحرم الإخلاف ولا يجب الوفاء؛ أي: يَأْثَمُ بالإخلاف وإن كان لا يلزم بوفاء ذلك. اهـ.

(١) رواه البخاري في باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع برقم (٢٣٠٧) ٣/ ٢٨٣، وينظر: فتح الباري ٤/ ٤٧٥.

(٢) سورة الكهف، الآيتان: ٢٣-٢٤.

(٣) الفروع ١١/ ٩٢.

(٤) الدرس (٨٣)، ص ١٨.

(٥) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٥/ ٣٣٤.

(٦) ٢٩٠/ ٥.

الإشكال الثالث: أن بعض الفقهاء ممن لم يذهب إلى وجوب الوفاء بالوعد، ذهبوا إلى وجوب الوفاء به في حق النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(١)، والأصل أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بُعث هاديًا لأُمَّته، ولأُمَّته فيه أُسوة.

فإن قيل: إذا كان التواعد لازماً في المعاوضة التي تكون بين طرفين، فما الفرق بينه وبين العقد؟

أجيب بما يأتي:

أولاً: أن في المواعدة تخفيفاً عما يلزم للمعاقدة والمبايعة من تعيين المثلثين وتحديد الثمن، على القول بشرط العلم بالثمن في البيع، وما إلى ذلك من شروط وتفصيل.

ثانياً: سبيل الخلاص من المواعدة أهون منه في المعاقدة، فيُقبل في النكول عن الوعد ما لا يقبل في عدم الوفاء بالعقد من الأعذار، والقضاء على من نكل في وعده بتعويض الطرف الآخر لقاء ما احتمله من ضرر ممكن، وذلك خلاف موجب العقود وما قرره الفقهاء في سبيل فسخها.

سبب الخلاف:

لعل من أسباب الخلاف في مسألة حكم الإلزام بالعدة قضاء، النزاع في مسألة الحكم التكليفي في مسألة الوفاء بالوعد. ونظراً لارتباط المسألتين فسأذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم كما يأتي:

القول الأول:

يجب الوفاء بالوعد.

ذهب إليه علماء من السلف^(٢)، وبه قال بعض الحنفية^(٣)، وبعض المالكية^(٤)، وبعض الشافعية^(٥)، وبعض الحنابلة^(٦).

(١) ينظر: عمدة القاري ١٣/١٥٧، ونهاية المحتاج ٤/٤٣٣.

(٢) ينظر: تفسير ابن كثير ٨/١٣٢، والظاهر من نقله أنهم لم يكونوا يفصلون بين ما هو واجب ديانة أو قضاء، وأن هذا التقسيم إنما جاء بأخرة، كما تقدم بيانه قريباً.

(٣) ينظر: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٢/٤٨٩، وهو مفهوم تقريراتهم في الفروع. ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/٤٧، وعمدة القاري ١١/٢٩٩.

(٤) ينظر: الفروق ٤/٢٠.

(٥) ينظر: النجم الوهاج ٤/٢٨٦.

(٦) مطالب أولي النهى ٦/٤٣٧، ونقل عن أحمد أنه سئل: بم يُعرف الكذابون؟ قال: بخلف المواعيد. اهـ. ثم صرح بعدم الإلزام بالوعد في الموضع نفسه، فدل على أن الوجوب ديانة لا قضاء، والمؤلف من متأخري الحنابلة. ينظر: الفروع ١١/٩٢.

واختاره القرطبي^(١)، وابن تيمية^(٢)، والصنعاني^(٣)، وابن عثيمين^(٤).

القول الثاني:

لا يجب الوفاء بالوعد.

وبه قال بعض الحنفية^(٥)، مع التصريح بكراهة الخلف في الوعد^(٦)، وهو قول أصحاب الشافعي^(٧)، ونُسب هذا القول إلى الجمهور^(٨).

وهو مفهوم اختيار ابن عبد البر، حيث قال: العدة واجب الوفاء بها وجوب سنة وكرامة... ليس بواجب فرضاً. اهـ^(٩).

ونص بعض الحنفية والمالكية والحنابلة على كراهة إخلاف الوعد^(١٠)، ويحتمل ذلك منهم أنهم يقولون بهذا القول، ونص ابن عابدين من الحنفية على أن الكراهة للتنزيه، فيُفهم منه أنها ليست كراهة تحریم.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بوجوب الوفاء بالوعد في الحكم التكليفي بما يأتي:

- (١) وقال: إلا لعذر. ينظر: تفسير القرطبي ٧٩/١٨.
- (٢) ينظر: الاختيارات الفقهية للبعلي ص ٣٣١ نقلاً عن الموسوعة الفقهية الكويتية ٧٤/٤٤.
- (٣) وقال: أما إذا واعدته وأنت عازم على الوفاء فعرض مانع فلا يدخل تحت النهي، وعند أبي داود: «إذا وعد أحدكم أخاه ومن نيته أن يفى، فلم يف؛ فلا شيء عليه». ينظر: سبل السلام ٦٧٤/٢.
- (٤) وقال: ما لم يكن هناك ضرر. ينظر: الشرح الممتع ٢٣٢/٩ و٢٣٩.
- (٥) قالوا: إلا أن يعقد في ضميره ألا يفى بالوعد فهذا محذور، أو يطلق الوعد بلا مشيئة مع خوف إخلاف الوعد فهذا غير جائز، وكذا ما كان في حق النبي ﷺ، فإن وعده ﷺ لا يجوز أن يخلف. ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٣٣٤/٥، وعمدة القاري ١٥٧/١٣.
- (٦) ينظر: فتح القدير ١٤/٩.
- (٧) قالوا: إلا أن ينوي عدم الوفاء، فهو كبيرة؛ لأنه يكون كذباً. ينظر: تحفة المحتاج ٣١٤/٦، والنجم الوهاج ٢٨٦/٤، والغرر البهية ٣٩٣/٣.
- (٨) ينظر: تفسير ابن كثير ١٣٣/٨.
- (٩) ينظر: التمهيد ٢٠٦-٢٠٧/٣.
- (١٠) ينظر: البحر الرائق ٨١/٣، وحاشية ابن عابدين ٦٧٨/٥، والفواكه الدواني ١١/٢، وشرح مختصر خليل للخرشي ١٧٢/٣، والمغني ١٤٦/٧، وكشاف القناع ١٩/٥. وعن أحمد قال: ينبغي أن يفى بوعده. اهـ. الفروع ٣٥٠/٦، والمبدع ١٩٨/٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٠١/٣.

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(١).

فإنه إنكار على من يعد وعدًا أو يقول قولًا لا يفي به^(٢).

ونوقش: بأن الآية نزلت حين تمنّوا فريضة الجهاد عليهم، فلما فرض نكل عنه بعضهم^(٣).

الدليل الثاني: قول الله تعالى: ﴿وَلَكِنَّ الْإِيمَانَ مِنَ ءَمَنَ بِاللّٰهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ إلى قوله: ﴿وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَءَاتَى الزَّكَاةَ وَالْمُؤْمِنُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾^(٤)، والشاهد هو وصفهم بالوفاء بالعهد مع عطف ذلك على الواجبات الأخرى، ثم وُصفوا بالصدق في خاتمة الآية^(٥).

الدليل الثالث: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا أُؤْتِمِنَ خَانَ». رواه البخاري^(٦).

وجه الدلالة: أن ذكر المخلف وعده في سياق الذم يدل على تحريم فعله^(٧).

ونوقش: بأنه لا حجة فيه؛ لأنه ليس على ظاهره، فمن وعد بما لا يحل له فليس له الوفاء، فصَحَّ أن ليس كل من وعد فأخلف مذموماً ولا عاصياً، بل قد يكون مطيعاً.

فإذا كان ذلك كذلك، فلا يكون إنجاز الوعد فرضاً إلا على من وعد بواجب عليه، كأداء حق أو إنصاف من دين، ومن الوعود الواجبة: ما جاء في سورة الصف بعاليه، وما جاء في سورة التوبة أدناه^(٨).

ويمكن أن يجاب: بأن الوعد بما لا يحل صورة خارجة عن محل النزاع، فاستصحابها في محل النزاع غلط.

ثم إن خروج بعض الفروع عن حكم الدليل بأدلة خاصة لا يكفي لإلغاء الحكم الأصلي.

الدليل الرابع: ما رُوي^(٩) عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «الْعِدَّةُ عَطِيَّةٌ»^(١٠).

(١) سورة الصف، الآية: ٢. (٢) ينظر: تفسير ابن كثير ١٣٢/٨.

(٣) ينظر: تفسير ابن كثير ١٣٣/٨.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٧٧.

(٥) ينظر: تفسير القرطبي ١٨/٨٠.

(٦) في باب علامة المنافق وباب من أمر بإنجاز الوعد وغيره ١٦/١ و ٣/١٨٠، برقم ٣٣ و ٢٦٨٢، ورواه مسلم ٧٨/١ برقم ١٠٧.

(٧) ينظر: الفروق ٤/٢٠، وتهذيب الفروق ٤/٤٣، وتفسير ابن كثير ١٣٢/٨.

(٨) ينظر: المحلى ٦/٢٧٩-٢٨٠.

(٩) تقدم تخريجه قريباً ص ١٥٧.

(١٠) ينظر: مطالب أولي النهى ٦/٤٣٧.

الدليل الخامس: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «وَأَيُّ الْمُسْلِمِ وَاجِبٌ». رواه أبو داود في المراسيل^(١)؛ أي: وعده^(٢).

ونوقش: بضعف بعض رجاله، وأنه مرسل؛ قال ابن حزم: لو صحت هذه الآثار لقلنا بها^(٣).
الدليل السادس: دخول إخلاف الوعد في مسمى الكذب.

فالصدق هو مطابقة الفعل القول، والوعد إذا أُخِلِفَ قولٌ لم يُفعل، فيلزم أن يكون كذباً محرماً، فيحرم إخلاف الوعد مطلقاً، فضلاً عن دخوله في باب الغدر والخيانة.

ومما يدل على حرمة الخلف في الوعد، وعلى تطرق وصف الصدق ووصف الكذب على الوعد، قول الحق تعالى: ﴿ثُمَّ صَدَقْنَاهُمُ الْوَعْدَ﴾^(٤)، وقوله سبحانه: ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾^(٥).

ويناقش: بأن إخلاف الوعد إنما يكون كذباً إذا لم يكن في عزمه حين الوعد الوفاء به، أما لو كان عازماً على الوفاء، ثم بدا له؛ فليس بكذب^(٦).

أدلة القول الثاني:

لم أجد عند أصحاب المذاهب من استدلل لهذا القول، ويمكن أن يُستدل لهم بما رواه مالك في الموطأ^(٨) عن صفوان بن سليم؛ أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: أَكْذِبُ أَمْرَاتِي يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا خير في الكذب»، فقال الرجل: يا رسول الله، أعدّها وأقول لها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا جُنَاحَ عَلَيْكَ»^(٩).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن في إخلاف الوعد حرجاً بمقتضى ظواهر الشرع، إلا حيث يتعذر الوفاء^(١٠).

(١) ص ٣٥٢ برقم ٥٢٣، والخبر تقدم تخريجه قريباً.

(٢) ينظر: حاشية ابن الشاط ٢٠/٤. (٣) ينظر: المحلى ٦/٢٧٩.

(٤) سورة الأنبياء، الآية: ٩. (٥) سورة التوبة، الآية: ٧٧.

(٦) ينظر: الفروق ٢٠/٤، والموافقات ٨٦/٤، وإعلام الموقعين ٣/٣٠٣.

(٧) ينظر: النجم الوهاج ٥/٥٧٢.

(٨) رواه مالك في باب ما جاء في الصدق والكذب ٥/١٤٤٠ برقم ٣٦٢٦ من حديث مالك عن صفوان به معضلاً، وعند غيره: عن صفوان عن عطاء بن يسار به، وقال ابن عبد البر: لا أعلم هذا الحديث بهذا اللفظ يستند إلى النبي ﷺ من وجه من الوجوه. اهـ. وبناء عليه فإنه لا يصح مرفوعاً. ينظر: جزء من حديث الكلبي ص ٥٣، والاستذكار ٨/٥٧٢.

(٩) ينظر: الفروق ٢١/٤. (١٠) ينظر: حاشية ابن الشاط ٢١/٤.

المناقشة الثانية: أن قصد السائل إصلاح حال امرأته بما لا يفعله، ولو كان المقصود الوعد الذي يفى به كما احتاج للسؤال عنه^(١).

ويمكن أن يناقش: بالخبر: «وَيْلٌ لِّمَن وَعَدَ ثُمَّ أَخْلَفَ»^(٢)، ولا وعيد إلا على فعلٍ محرمٍ أو تركٍ واجبٍ^(٣)، وهذا الدليل أظهر دلالة على المنع من دلالة الدليل المبيح. **ثمرة الخلاف:**

إلى جانب المسألة المقصود تناولها في هذا المبحث، أثمر الخلاف في مسائل من شأنها تصور أقوال الفقهاء، واستبانة نطاق أخذهم بها، فمنها:

المسألة الأولى: في عقد الاستصناع.

فذهب بعض الحنفية إلى أن ما يتفق عليه الطرفان في الاستصناع إنما هو مواعدة لا بيع، وقرروا بناء عليه أن الصانع لا يُجبر على المتفق عليه، بخلاف عقد السلم، وللمستصنع ألا يقبل ما يأتي به الصانع، ولا تلزم المعاملة، ومن جعله عقد بيع أثبت للمشتري الخيار، وكذلك في المزارعة^(٤).

وهذا على قولهم بعدم لزوم الوفاء بالعدة.

المسألة الثانية: في السوم على السوم.

ذكر فقهاء الشافعية أنه يحرم سَوم الرجل على سَوم غيره، بشرط التراضي بالبيع صريحاً، وذلك بالمواعدة بين البائع والواعد بالشراء على إيقاع العقد به وقت كذا، فلو اتفقا عليه ثم اختلفا من غير مواعدة لم يحرم السوم حينئذٍ^(٥).

فصارت المواعدة بين المتبايعين شرطاً لتحريم سَوم الرجل على سَوم أخيه، وهذا من آثار اعتبار المواعدة.

المسألة الثالثة: في الوعد بالطلاق.

ذكر بعض فقهاء المالكية أن الزوج إذا قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً من الغنم - مثلاً - فأنت طالق، فأنت له بألف؛ فإنه يلزمه قبولها، وتلزمه البيونة، إذا فهم منه بقرينة الحال أو المقال الالتزام

(١) ينظر: الفروق ٢٢/٤.

(٢) رواه الطبراني من حديث علي، وتقدم قريباً الكلام عليه في تخريج حديث: «العدة عطية»، في أدلة القول الأول من مسألة: حكم لزوم الوفاء بالوعد.

(٣) ينظر: التنوير شرح الجامع الصغير للصنعاني ٣٨١/٧.

(٤) ينظر: المبسوط ١٣٩/١٢، وبدائع الصنائع ٢/٥، وفتح القدير ١١٥/٧.

(٥) ينظر: حاشية الجمل ٩٠/٣، وإعانة الطالبين ٣٢/٣.

بذلك؛ لأنه قد ورّطها، أي: أدخلها في ورطة، كما لو باعت أمتعتها أو دارها وما أشبه ذلك، فإنه يلزمه البيئونة بذلك، ومفهومه: أنه لو لم يدخلها في ورطة بسبب الوعد فلا يلزمه الطلاق، وهو جار على المشهور من عدم لزوم الوفاء بالوعد^(١).

المسألة الرابعة: الأسير من الكفار إذا أمنوه وأخذوا عليه وعدًا ألا يخرج من دارهم.

ذكر الغزالي من الشافعية هذه المسألة، وقال ما نصه: له الخروج مهما تمكن، بل يلزمه الخروج؛ فإنه وإن كان متمكنًا من إقامة وظائف شرعية لكنه لا يخلو عن ذل فيما بينهم، فتلزمه الهجرة، ويلزمه أن يحنث إن كان قد حلف، ولا ترخص في المقام خوفًا من وقوع الطلاق والعتاق إن كان قد حلف به، ولو أطلقوه إلى دار الإسلام بشرط الرجوع فلا يلزمه، ولو شرط إنفاذ مال لم يلزمه أيضًا، وقيل فيه قول قديم: إنه يجب الوفاء بوعد المال، نعم، إذا كان الأمان من الجانيين. اهـ^(٢).

المسألة الخامسة: ضمان مُصدر الأوراق المالية الاكتتابَ فيها بناء على وعد المسوق الملزم.



(١) ينظر: شرح الخرشبي ٢٥/٤.

(٢) الوسيط للغزالي ٧/٤٥-٤٦.

المبحث الثاني عشر

الضمان في بيع الخدمات

يبيع الخدمات من الأنشطة الرائجة في معاملات المؤسسات المصرفية الإسلامية؛ في الخدمات التعليمية والطبية، وخدمات الحج والعمرة، والسفر والنقل، والاستشارات الهندسية، والاتصالات، والكهرباء، والماء، والنظافة والصيانة.

على أن ما يُطلق عليه اليوم خدمة لا يعطى حكمًا واحدًا، فكثير من العقود المعاصرة تكون مركبة من غير عقد واحد، فالخدمات الفندقية، مثلاً، تختلف عن الخدمات السياحية، كما يتميز ما سبق من الخدمات عن الخدمات الاستشارية، وخدمات النقل؛ فبعض هذه الخدمات يغلب عليها جانب إجارة الأعيان التي يكون المبيع فيها منفعة العين، وبعضها يغلب عليه جانب إجارة الأعمال، كالتعليم، والعلاج، والسفر، مع اشتغال الإجاريتين على عقود أخرى مركبة مع عقد الإجارة.

ومن خصائص الخدمات التي يتعاوض الناس عليها اليوم: أنها غير ملموسة، وليست كالسلع في إمكان رؤيتها ولمسها، وأن الانتفاع بها يتطلب حضور المتفع أو العميل خلال إنتاجها^(١).

وفي معيار إجارة الأشخاص الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن إجارة الأعمال (الأشخاص) هي: العقد الوارد على منفعة (خدمة أو عمل) شخص طبيعي أو اعتباري بأجر معلوم، معينة كانت المنفعة أو موصوفة في الذمة، وذلك مثل الخدمات التعليمية، والصحية، والاستشارية، ونحوها. اهـ^(٢).

وفي المادة الخامسة من المعيار ما نصه: يجوز أن تقع الإجارة على منفعة (خدمة) موصوفة في الذمة وصفًا منضبطاً تُدرأ به الجهالة المؤدية إلى النزاع، وحيث لا يُشترط أن تكون مملوكة للأجير، حيث يتم الاتفاق على أداء الخدمة الموصوفة في الموعد المحدد لذلك، ويراعى في ذلك: إمكان تملك الأجير لها وقدرته على أدائها للمستأجر في الزمن المحدد للتسليم بنفسه أو بغيره... وإذا سلم الأجير غير ما تم وصفه؛ فللمستأجر رفضه، وطلب ما تتحقق فيه المواصفات المتفق عليها. اهـ^(٣).

(١) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة للسعدي ص ٣١٩ و ٣٢٠، وتمويل الخدمات للمدحجي ص ٥١.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٣٤)، ص ٨٥١.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٣٤)، ص ٨٥٥.

وهذه الخدمات اليوم من الحاجيات التي تقوم عليها مصالح الناس، وفيها منفعة لمقدم الخدمة والمستفيد منها.

قال الكاساني: إن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة؛ لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن، ولا بالهبة والإعارة؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك، فيحتاج إلى الإجارة... تحقيقه أن الشرع شرع لكل حاجة عقدًا يختص بها؛ فشرع لتمليك العين بعوض عقدًا وهو البيع، وشرع لتمليكها بغير عوض عقدًا وهو الهبة، وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدًا وهو الإعارة، فلو لم يشرع الإجارة مع امتساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلًا، وهذا خلاف موضوع الشرع. اهـ^(١).

وقال ابن العربي: الإجارة من ضرورة الخليفة، ومصلحة الخلطة بين الناس^(٢).

وقال أبو إسحاق الشيرازي: الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز على المنافع. اهـ^(٣).

وقال ابن قدامة: الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بيع أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعًا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك -يعني: عمل ما يعملها الصانع-، ولا يجد متطوعًا به؛ فلا بد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقًا للرزق، حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع. وما فيها من الغرر لا يُلْتَفَت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة. اهـ. بتصرف يسير^(٤).

وقال ابن تيمية: إن الله سبحانه شرع العقود أسبابًا إلى حصول أحكام مقصودة^(٥).

والخدمات المبيعة، طبيعتها أنها أعيان أو منافع في الذمة تحدث شيئًا فشيئًا، وقد ذكر ذلك الفقهاء؛ قال السرخسي: المنفعة لا تصير معلومة إلا ببيان المدة فإنها تحدث شيئًا فشيئًا، فكانت المدة للمنفعة. اهـ^(٦).

(٢) ينظر: أحكام القرآن ٣/ ٤٩٤.

(١) بدائع الصنائع ٤/ ١٧٤.

(٣) المذهب ٢/ ٢٤٣.

(٤) ينظر: المغني ٥/ ٣٢١-٣٢٢.

(٥) ينظر: الفتاوى الكبرى ٦/ ٢٦١.

(٦) المبسوط ١٥/ ١٣٢.

وقال ابن تيمية: في الإجارة تارةً تكريه العين للمنفعة التي ليست أعياناً كالسكنى والركوب، وتارةً للعين التي تحدث شيئاً بعد شيء مع بقاء الأصل، كلبن الظئر، ونقع البئر، والعين؛ فإن الماء واللبن لما كانا شيئاً بعد شيء مع بقاء الأصل، كان كالمنفعة، والمسوغ للإجارة هو ما بينهما من القدر المشترك. اهـ^(١).

وقال ابن القيم: الأعيان نوعان: نوع لا يستخلف شيئاً فشيئاً، بل إذا ذهب ذهب جملة، ونوع يستخلف شيئاً فشيئاً، كلما ذهب منه شيء خلفه شيء مثله، فهذا رتبة وسطى بين المنافع وبين الأعيان التي لا تستخلف، فينبغي أن ينظر في شبهه بأي النوعين فيلحق به، ومعلوم أن شبهه بالمنافع أقوى، فالحاقه بها أولى. اهـ^(٢).

المطلب الأول: الضمان في شراء خدمات تعليمية بخيار الشرط

عد الفقهاء الإجارة من أصناف البيوع لاشتغالها على منافع مبيعة؛ قال الشافعي: الإجازات صنف من البيوع. اهـ^(٣)، وخدمات التعليم المبيعة من قبيل إجارة الأعمال وإن سُميت بيعاً، ولذلك لا يسمى في عقد شراء الخدمات التعليمية من يباشر التعليم.

وأما تعيين الجهة المقدمة للخدمة فإنه لا يجعل العقد من قبيل ما هو معين مطلقاً ولا ما لم يعين مطلقاً، بل يأخذ شبهاً من الطرفين، وتبعض الأحكام مقرر عند الأحكام، كما في عقد المساقاة المشتمل على عقدي الإجارة والشركة؛ فأخذ من عقد الإجارة لزوم العقد وتحديد المدة، وأخذ من عقد الشركة تحديد العوض وعدم استحقاق العامل العوض إلا بتحقيق الناتج^(٤).

فإذا تقرر أن خدمات التعليم المبيعة من قبيل إجارة الأعمال؛ فهل هي من قبيل إجارة الأعمال المعينة أم من قبيل إجارة الأعمال الموصوفة في الذمة؟

إن نوع الأعمال المؤجرة يتميز بتعيين الأجير، فإن عُيِّنَ فهي إجارة معينة، وإلا فهي موصوفة في الذمة.

لكن الأجير (مقدم الخدمة) إذا كان جهة اعتبارية فإنه لا يتعين بتعيينه في أظهر قولي المعاصرين^(٥)، فتعد إجارة الأعمال موصوفة في الذمة مع مقدم الخدمة في كل حال إذا كان جهة اعتبارية، ومن القواعد الفقهية المتصلة بهذا العقد ما قرره الفقهاء من أن الفوائد التي تُستخلف

(١) مجموع الفتاوى ٥٥/٢٠.

(٢) زاد المعاد ٥/٧٣٢، وينظر: فصل في إجارة الظئر على وفق القياس الصحيح من كتاب إعلام الموقعين ١٢/٢.

(٣) الأم ٢٦/٤، وينظر: تمويل الخدمات ص ٨٧.

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٢٠٥، وإجارة الموصوف في الذمة ص ٣٤٠ و٣٤٥، وتمويل الخدمات ص ٥٦-٦٢.

(٥) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ٣٧١-٣٧٤، وتمويل الخدمات ص ٥٢ وما بعدها.

مع بقاء أصولها تجري مجرى المنافع^(١).

وتسمى الخدمات التعليمية التي يشتريها المصرف بغرض بيعها في عرف المؤسسات المصرفية الإسلامية: إجارة موازية، وهي التي يبرم المستأجر (المصرف) فيها عقدي إجارة موصوفة في الذمة منفصلين، وذلك بأن يستأجر المصرف الخدمات التعليمية، مثلاً، ويعيد تأجيرها بأجرة أعلى، بحيث يستريح من فارق الثمن بين العقدین، ويدخل هذا العقد في حكم العقد الموازي الذي أقره عامة المعاصرين^(٢)، والمقصود هنا الكلام على الضمان المشتمل عليه.

والمصرف التجاري الإسلامي إذا عمد إلى إبرام عقد شراء خدمات تعليمية موصوفة في الذمة تقدمها الجهة التعليمية بغرض بيعها على عملائه، فإن هذه الاتفاقية تمر بالمراحل الآتية:

أولاً: تزود الجهة التعليمية المصرف بنموذج إيجاب وقبول لتقديم خدمات تعليمية، مشتملاً على بيان نوع الخدمات التعليمية والأوصاف التفصيلية الخاصة بها مشفوعة بعرض السعر، وترسله للمصرف كتابةً بأي وسيلة معتبرة، ويعد ذلك إيجاباً من الجهة التعليمية.

ثانياً: في حال موافقة المصرف على إيجاب الجهة التعليمية، فإنه يُقبل ذلك بتوقيعه على نموذج معد لهذا الغرض، وهو نموذج الإيجاب والقبول، ثم يرسل النموذج للجهة التعليمية.

ثالثاً: إذا كان العميل المستفيد أو ولي أمره مستوفياً لشروط التمويل المصرفي ومتطلباته؛ فإنَّ المصرف يزوده بكتاب تمكين من استيفاء الخدمة التعليمية.

وبيع الموصوف في الذمة بهذه الطريقة يشبه بيع الأعيان بالتصريف، وهو ما يقول فيه البائع للمشتري: ما بعته منها فهو على بيعه، وما لم يتصرف فزده إلي بقسطه من الثمن من إجمالي الصفقة. هذا، ويشتمل عقد شراء الخدمات التعليمية مع خيار الشرط على أوجه من الضمانات، وقد جمعتها في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: حق المصرف في استعادة ثمن الخدمات المدفوعة خلال مدة القبول.

يشترط المصرف على البائع حق خيار الشرط لنفسه في عقد شراء الخدمات التعليمية، وذلك في كل طلب لخدمة تعليمية إلى مستفيد، خلال مدة مسماة، وتتجدد مدة الخيار تلقائياً لمدة مماثلة مرة واحدة، ما لم يُبلغ المصرف الجهة التعليمية بعدم رغبته في التجديد قبل انتهاء مدة خيار

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/ ٧٤، وزاد المعاد ٤/ ٢٦٩، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعاً ودراسة أ. د. عبد السلام الحصين ص ٥٧٩.

(٢) من الإشكالات على العقد أن المستأجر الأول للخدمات التعليمية سيبيع ما ليس عنده، ومناقشة هذا الإشكال سيخرج بالرسالة عن موضوعها الأصلي. ينظر: تمويل الخدمات ص ٦٦-٧٢-٧٣ و ٨١.

الشرط الأولى، فإذا انتهت مدة الخيار أو باع المصرف تلك الخدمة سقط الخيار ولزم البيع. وبناءً عليه، يستحق المصرف الفسخ خلال تلك المدة، وفق نموذج يُعد لهذا الغرض، وفي حال الفسخ يسترجع المصرف ما دفعه من الثمن - إن كان قد دفعه -، ولا يعد عرض المصرف للخدمات التعليمية للبيع على آخرين، خلال مدة الخيار، مسقطاً لخياره، وفق منصوص الاتفاقية، وبذلك يضمن المصرف ثمن المبيع، وهو الخدمات التعليمية، إن لم يبعه بالباطن، فهذا الشرط من أساليب تحوط المؤسسات المالية المصرفية من الخسارة، ويعتبر بديلاً للوعد الملزم^(١).

وخيار الشرط عند الفقهاء هو: أن يشترط المتبايعان في العقد خيار مدة معلومة^(٢)، وهو خيار التروي عند بعض الفقهاء، ويقولون عليه: شرط الخيار، وهو خيار ثابت عند اشتراطه، ونُقل الإجماع على ذلك، وأقره عامة الفقهاء للمتبايعين^(٣)، وشذ بعض الفقهاء، كابن شُبرمة والثوري، فقال: هو خاص بالمشتري، فلا يصح وقوعه للمتبايعين معاً^(٤).

وخيار الشرط يدخل في عامة العقود اللازمة^(٥)، فيثبت في عقد الإجارة خيار الشرط، سواء كانت إجارة معينة أم موصوفة في الذمة.

واستدل الفقهاء لمشروعية خيار الشرط بأدلة، منها ما سيأتي في مسألة أمد خيار الشرط، ومنها: عموم قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٦)، وخيار الشرط في البيع مقتضى رضی مشترطه^(٧).

قال ابن قدامة: ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين، ويجوز لأحدهما دون الآخر، ويجوز أن يشترط لأحدهما مدة وللآخر دونها؛ لأن ذلك حقهما، وإنما يجوز رفقاً بهما، فكيفما تراضيا به جاز. ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر، صح؛ لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار، ومبيع لا خيار فيه، وذلك جائز. اهـ^(٨).

(١) ينظر: تمويل الخدمات ص ١٦٤.

(٢) ينظر: المبدع ٦٦/٤.

(٣) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١٣٥/٣، وفتح القدير ٢٩٨/٦، ومجموع الفتاوى ١٦٢/٣٢، وتمويل الخدمات ص ١٦٣.

(٤) ينظر: عمدة القاري ٢٣٤/١١، والاستذكار ٤٨٤/٦، وفتح الباري ٣٢٧/٤.

(٥) ينظر: روضة الطالبين ٤٣٥/٣، والمغني ٥٠٥/٣، والمبدع ٦٧/٤، والموسوعة الفقهية الكويتية ٨٨/٢٠ وما بعدها.

(٦) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٧) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١٣٥/٣.

(٨) ينظر: المبسوط ١٧/١٣-١٨ و٤٠-٤١، والمغني ٤٩٩/٣.

وخيار الشرط للمصرف في اتفاقية شراء الخدمات التعليمية يمتد عادةً إلى أكثر من ثلاثة أيام، والفقهاء اختلفوا في خيار الشرط هل له أمد أم لا، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لخيار الشرط أمد لا يزداد فيه، وهو ثلاثة أيام.

وهو قول الليث^(١)، ومذهب الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣).

القول الثاني: لا حد لأمد خيار الشرط.

بل البيع جائز والشرط لازم إلى الوقت المعلوم الذي يشترطه.

وذهب إليه ابن أبي ليلى^(٤) وأبو يوسف ومحمد^(٥) وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وآخرون^(٦)، وهو مذهب الحنابلة^(٧)، واختيار ابن المنذر^(٨).

القول الثالث: لكل شيء أمد بحسبه يتخير فيه.

فللدابة مثلاً والثوب يوم أو يومان، وللجارية جمعة، وللدار شهر، وهكذا.

وهو مذهب مالك^(٩)، وظاهر مذهب الأوزاعي^(١٠)، حيث قال: يمتد الخيار شهراً وأكثر بحسب الحاجة إليه، وفي هذا القول حد لأمد الخيار بوصف لا بعدد.

الأدلة:

استدل بعض أصحاب الأقوال بأدلة، وهي كما يأتي:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بوجوب تأقيت خيار الشرط بأدلة، وهي كما يأتي:

- (١) ينظر: عمدة القاري ١١/٢٣٤، والاستذكار ٦/٤٨٤.
- (٢) ينظر: المبسوط ١٣/١٧. (٣) ينظر: الحاوي ٥/٣٢٣، وفتح الباري ٤/٣٢٨.
- (٤) ينظر: عمدة القاري ١١/٢٣٤، فتح الباري ٤/٣٢٨، وقد روي عنهم التأقيت إلى شهر. ينظر: الاستذكار ٦/٤٨٤.
- (٥) ينظر: المبسوط ١٣/١٧ و٤١ على أن يكون الأمد معلوماً، طالبت المدة أو قصرت.
- (٦) ينظر: عمدة القاري ١١/٢٣٤، وفتح الباري ٤/٣٢٨، والمغني ٣/٥٠٠-٥٠٣، ومجموع الفتاوى ٢٩/١٣٣، ورُوي عنهم أن أمدّه إلى شهر. ينظر: الاستذكار ٦/٤٨٤.
- (٧) ينظر: المبدع ٤/٦٦. (٨) ينظر: فتح الباري ٤/٣٢٨.
- (٩) وعنه: شهر أو أكثر، وعنه: ما يفيد اعتبار العرف، حيث قال: يشترط ما شاء من الخيار ما لم يطل جداً، وهذا قريب من القول الثاني. ينظر: عمدة القاري ١١/٢٣٤-٢٣٥، والاستذكار ٦/٤٨٣، ومختصر خليل ص ١٥٢، وفتح الباري ٤/٣٢٦-٣٢٧.
- (١٠) ينظر: عمدة القاري ١١/٢٣٥، فتح الباري ٤/٣٢٧، وروي عنه: إلى ثلاثة أيام. ينظر: الاستذكار ٦/٤٨٤.

الدليل الأول: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رجلاً من الأنصار يشكو إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه يُغبن في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خِلاَبَة^(١)»، ثم أنت بالخيار في كل سلعة

(١) رواه ابن ماجه في باب الحجر على من يفسد ماله ٣/ ٤٤١-٤٤٢ برقم ٢٣٥٥، من حديث محمد بن يحيى بن حبان، قال: هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلاً قد أصابته آمة في رأسه، فكسرت لسانه، وكان لا يدع - على ذلك - التجارة، فكان لا يزال يُغبن، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم... الحديث، وزاد فيه: «فإن رَضِيتَ فأمْسِكْ، وإن سَخِطْتَ فاردِّدْها على صاحبها»، ورواه البيهقي في باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ٥/ ٤٤٥ برقم ١٠٤٥٨، من حديث محمد بن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر، قال: كان حبان ابن منقذ رجلاً ضعيفاً، وكان قد سُفِعَ في رأسه مأمومة، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم له الخيار فيما اشترى ثلاثاً، وكان قد ثقل لسانه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بِعْ وَقُلْ: لا خِلاَبَة»، فكنْتُ أسمعُه يقول: لا خِلاَبَة، لا خِلاَبَة، وكان يشتري الشيء فيجيء به أهله فيقولون: هذا غالٍ، فيقول: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرني في بيعي. ثم أردفه البيهقي برواية من حديث ابن عمر بمثل لفظ ابن ماجه، وزاد: قال ابن عمر: فلَكَانِي الآن أسمعُه إذا ابتاع يقول: لا خِلاَبَة يَلُوثُ لسانه. اهـ. قال البيهقي: قال ابن إسحاق - وهو محمد بن إسحاق الذي روى الخبر عن نافع عن ابن عمر - : فحدثت بهذا الحديث محمد بن يحيى بن حبان، قال: كان جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلاً قد أصيب في رأسه آمة فكسرت لسانه ونقضت عقله، وكان يُغبن في البيوع، وكان لا يدع التجارة، فشكا ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «إذا أنت بعْتَ فقل: لا خِلاَبَة، ثم أنت في كل بيع تبتاعه بالخيار ثلاث ليالٍ؛ إن رَضِيتَ فأمْسِكْ، وإن سَخِطْتَ فَرُدَّ». فبقي حتى أدرك زمان عثمان وهو ابن مائة وثلاثين سنة، وكثر الناس في زمان عثمان، فكان إذا اشترى شيئاً فرجع به فقالوا له: لِمَ تشتري أنت؟ فيقول: قد جعلني رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ابتعت بالخيار ثلاثاً، فيقولون: اردده فإنك قد غُبنْتَ، أو قال: غُشِيتَ، فيرجع إلى بيعه، فيقول: خذ سلعتك ورُدِّ دراهمي، فيقول - أي: البائع - : لا أَفْعَلُ، قد رَضِيتَ. فذهبت به حتى يمر به الرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثاً، فيرد عليه دراهمه ويأخذ سلعته، وهو حديث مرسل في رواية ابن ماجه؛ لأن محمد بن يحيى ابن حبان لم يدرك منقذاً، إلا أنه روي موصولاً من طريق ابن إسحاق كما في رواية البيهقي، ولكن مع هذا فالزيادة غير محفوظة؛ لأن في روايتها موصولة اضطراب في المتن من جهة أنه تارة يذكر في متن الحديث اشتراط الخيار ثلاثة أيام وتارة لا يذكر الخيار، وتارة يجعل القصة لحبان بن منقذ، وهو ما رجحه ابن عبد البر، وتارة يجعلها لوالده منقذ بن عمرو، وهو ما اختاره الشافعي، وتارة يجعل له الخيار مطلقاً في كل سلعة يبتاعها سواء غُبن أو لم يغبن، وتارة يجعل له الخيار إن تعرض لخِلاَبَة؛ قال ديبان الديبان: ولا يُعَلِّ الحديث الاختلاف في صاحب القصة ما دامت تدور على صحابي، فسواء كان حبان بن منقذ أو والده فكلهما من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهم عدول، لكن ما يؤثر في صحة الحديث الاختلاف في وصله وإرساله، والاختلاف في ذكر اشتراط الخيار مدة ثلاثة أيام، وهل قول: لا خِلاَبَة يجعل صاحبه بالخيار مطلقاً كما ورد في بعض طرقه؟ أو بالخيار إن تعرض لغبن أو خديعة؟ لأن القصة تدور على رجل يُغبن في البيوع، فطلب منه النبي صلى الله عليه وسلم أن يشترط لا خِلاَبَة، ومعنى ذلك أن الشرط مؤثر في حال وجود الخِلاَبَة في العقد، أما في حال انتفاء الخِلاَبَة فكيف يجعل له الخيار؟! اهـ. ينظر: المصنف لابن أبي شيبه (٣٩٠٨٥) ٢٠/ ٢٨٦، والتنقيح لابن عبد الهادي ٣/ ٢٩، والمعاملات المالية للديبان ١٩١/ ٦.

ابتعتها ثلاث ليال»^(١).

وعند ابن أبي شيبة: «فأنت بالخيار ثلاثاً»^(٢).

وروي عن أنس: أن رجلاً اشترى من رجل بغيراً واشترط عليه الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله ﷺ البيع، وقال: «الخيارُ ثلاثة أيام»^(٣).

فلما ورد الحديث بأن ذلك جائز في ثلاثة أيام من غير زيادة، لم يجوز أن تزداد على ذلك؛ لأنه حكم ورد على خلاف الأصل، الذي هو فساد البيع بالخيار، فيقتصر به على أقصى ما ورد فيه، كالخيار في المصرة ثلاثة أيام، وكما لا يجوز أن يزداد على الخمسة الأوسق في العرايا^(٤).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن التقدير بالثلاث خرج مخرج الغالب؛ لأن النظر يحصل فيها غالباً، وهذا لا يمنع من الزيادة عند الحاجة، كما قدرت حجارة الاستنحاء بالثلاث، ثم تجب الزيادة عند الحاجة^(٥)، أو لأن معظم بيعه كان في الرقيق^(٦).

ويمكن أن يضاف إلى هذه المناقشة احتمال آخر، وهو: أن الأيام الثلاثة تجري في البيوع مجرى خيار المجلس، من حيث ثبوتها بغير شرط المشتري، ولا سيما إذا كان المشتري ممن يُعْبَدُ عادةً.

المناقشة الثانية: أن هذا الخيار مخصوص في ذلك الرجل وحده، وجعل له رسول الله ﷺ

(١) رواه إلى هذا الحد البخاري في مواضع، منها ما جاء في باب ما ينهى عن إضاعة المال ٣/ ١٢٠ برقم ٢٤٠٧ من حديث سفیان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: قال رجل للنبي ﷺ: إني أخذت في البيوع، فقال ﷺ: «إذا بايعت فقل: لا خلافة»، فكان الرجل يقول، ورواه مسلم في غير موضع ٣/ ١١٦٥ برقم ١٥٣٣ من حديث ابن دينار به، ولفظه: «من بايعت فقل: لا خلافة»، فكان إذا بايع يقول: لا خيابة. والسبب - والله أعلم - ما جاء في مسند أحمد ٥/ ٥٧ أنه كان في لسانه زُتة.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في باب مسألة في رد البيع ٧/ ٣٠٦ برقم ٣٦٣٢٨ من حديث محمد بن يحيى بن حبان، قال: إنما جعل ابن الزبير عهدة الرقيق ثلاثة لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمرو: «قل: لا خلافة، إذا بيعت بيعاً فأنت بالخيار ثلاثاً».

(٣) ينظر: معرفة السنن والآثار ٤/ ٢٨٣.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في باب مسألة في رد البيع ٧/ ٣٠٦ برقم ٣٦٣٢٨ من حديث محمد بن يحيى بن حبان، قال: إنما جعل ابن الزبير عهدة الرقيق ثلاثة لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمرو: «قل: لا خلافة، إذا بيعت بيعاً فأنت بالخيار ثلاثاً».

(٥) ينظر: عمدة القاري ١١/ ٢٣٥.

(٦) ينظر: فتح الباري ٤/ ٣٣٨.

الخيار في البيوع ثلاثة أيام في كل سلعة اشتراها؛ شرط الخيار أم لم يشترطه؛ لما كان فيه من الحرص على الشراء والبيع مع ضعف كان فيه^(١).

المناقشة الثالثة: أن رواية الاشتراط ثلاث ليالٍ منكراً لا أصل لها^(٢)، ولذلك تنكبها الشيخان في صحيحيهما، والغالب الثابت بالاستقراء أن ما زيد في ألفاظ الحديث الذي رواه لا يثبت عند أهل العلم بالرواية والصيرافة من النقاد.

الدليل الثاني: أن مقتضى عقود المعاوضات اللزوم، وموجبها المالك؛ فلا تحتمل التعليق، وتركنا القياس في ثلاثة أيام لقول ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ولحاجة الناس إلى ذلك، فإن زادت المدة ازداد الغرر معه^(٣).

ويمكن أن يستدل لهذا القول: بما رُوي عن عمر، قال: ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لحبان بن مُنْقِذٍ؛ إنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى؛ فإن رضي أخذ، وإن سخط ترك^(٤).

لكن في قول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هذا إشارة إلى أن للإمام في ذلك سلطة تقديرية، حيث كان الأصل في البيوع والشروط الحل والإباحة، وعمر لم ير أن يتجاوز القدر الذي رآه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والزمن بينهما متقارب.

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم وجوب تأقيت خيار الشرط بأدلة، وهي كما يأتي:

الدليل الأول: عموم قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥)، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون عند شروطهم»^(٦)، وبهذا استدل أيضاً من أجاز الخيار أكثر من ثلاث^(٧)، فما جاء مطلقاً، كالخيار، يؤخذ على إطلاقه^(٨).

(١) ينظر: الاستذكار ٥٣٨/٦. (٢) ينظر: البدر المنير ٥٣٩/٦، ونيل الأوطار ٢١٧/٥.

(٣) المبسوط ١٣/١٧-١٨ و ٤٠-٤١.

(٤) رواه الدارقطني في كتاب البيوع ٦/٤ برقم ٣٠٠٧، والبيهقي في باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ٥/٥٠ برقم ١٠٤٦٢، وقال: الحديث ينفرده ابن لهيعة، والله أعلم. اهـ. ينظر: نصب الراية ٤/٨.

(٥) سورة المائدة، الآية: ١.

(٦) رواه الترمذي في باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس ٣/٢٨ برقم ١٣٥٢، وقال: حسن صحيح، وسبق تخريجه مطولاً في المطلب السابع من المبحث الثاني في هذا الفصل.

(٧) ينظر: المبسوط ١٣/٤١، والاستذكار ٦/٤٨٤.

(٨) ينظر: المغني ٣/٥٠٢، وتمويل الخدمات ص ١٦٩.

الدليل الثاني: فعل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فقد صح القول بامتداد الخيار عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وغيره^(١).
الترجيح:

إن من شأن إطالة أمد خيار الشرط الخروج بعقد البيع عن مقصوده، وهو انتقال الملك، إضافة إلى اضطراب الأسواق إذا رجع كل إنسان على من باعه، ولو طال الأمد، فلا يكون عقد البيع قاطعاً في دلالة على انتقال الملك، وقد يكون القول الثاني ذريعة إلى استغلال كبار التجار لمتوسطي البائعين، فيشترطون عليهم هذا الخيار، كما لو فسخ المشتري العقد بخيار الشرط بعد مضي موسم البضاعة، فيتضرر بذلك البائع؛ لأنه حُرِمَ خلال هذه المدة من التصرف في المبيع.

ولذلك حكم بفساد البيع طائفة من متقدمي الفقهاء إذا اشتمل على شرط الخيار في غير ما جاء النص به، قال ابن عبد البر في الاستذكار^(٢): قال الثوري: إن اشترط البائع الخيار فالبيع فاسد... وقال الشافعي وأبو حنيفة وزفر: لا يجوز اشتراط الخيار أكثر من ثلاث في شيء من الأشياء؛ فإن اشترط البائع أو المبتاع الخيار أكثر من ذلك، فسد البيع. اهـ.

فلا ينبغي أن يمتد شرط الخيار إلا بالقدر الذي لا يخرج هذا العقد عن مقتضاه ومقصوده، مما يعود نفعه على المتبايعين عادةً، وتقتضيه حاجة السوق والتجار والمضاربين.

فأشبه الأقوال بالصواب في المسألة من ذهب إلى تقدير ذلك بالحاجة وأن لكل شيء أمداً بحسبه يتخير فيه، وهو مفهوم قول الأوزاعي ومالك، ففي مثل عقد شراء خدمات تعليمية لا ينبغي أن يتجاوز أمد الخيار موضع الحاجة، وهو وقت القبول الذي يسبق الفصل الدراسي.

كما أشار ابن عبد البر إلى سبب الخلاف في قوله: واختلف العلماء في معنى قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديث هذا الباب: «إلا بيع الخيار»... فقال منهم قائلون: هو الخيار المشروط من كل واحد منهما ثلاثة أيام أو نحوها، مما يجوز في مدة الخيار، هذا قول الشافعي وأبي ثور وجماعة، وقال آخرون: معنى قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إلا بيع الخيار»... هو أن يقول أحدهما بعد تمام البيع لصاحبه: اختر إنفاذه أو فسخه؛ فإن اختار إمضاء البيع تم البيع بينهما، وإن لم يفترقا بأبدانهما ولا خيار لواحد منهما بعد ذلك، هذا قول الثوري والليث بن سعد والأوزاعي وابن عُيينة وعبيد الله بن الحسن وإسحاق بن راهويه، وروى هذا المعنى أيضاً عن الشافعي، وروى نحوه عن طاوس وجماعة من التابعين. اهـ^(٣).

(١) ينظر: فتح الباري ٤/ ٣٢٧.

(٢) ٤٨٤/ ٦، وينظر: عمدة القاري ١١/ ٢٣٥، والحاوي ٥/ ٣٢٣.

(٣) الاستذكار ٦/ ٤٨٥-٤٨٦، وينظر: شرح النووي على مسلم ١٠/ ١٧٤.

ومن سبب الخلاف أيضًا: مسألة شرط الخيار في البيع؛ هل الأصل صحته، أو الأصل بطلانه لكن جواز ثلاثًا على خلاف الأصل؟^(١).

المسألة الثانية: التزام الجهة التعليمية بعدم التعاقد مع أي منافس للمصرف خلال مدة الاتفاقية.

تنص اتفاقيات شراء الخدمات التعليمية عادةً على أن الجهة التعليمية ملتزمة، خلال مدة الاتفاقية، بعدم التعاقد مع أي منافس للمشتري - من مؤسسات مصرفية وشركات تقسيط ونحوها -، وعدم إشراك أي منافس في عمليات شراء وبيع الخدمات التعليمية المقدمة منها لأغراض التمويل. وهذا الشرط من الشروط التي فيها مصلحة لأحد المتعاقدين، ولا تخالف مقصود العقد، فالأصل فيها الحل.

فإن قيل: إن في هذا الشرط استغلالاً من المصرف للبائع، وفيه تحريم لما أحل الله من البيع. أجيب: بأن المشتري لم يمنع البائع من بيع الخدمات التعليمية، بل خص ذلك بمنافسيه؛ لأنه غالباً سينفق أموالاً على حملة إعلانية تعود عليه وعلى البائع الأول بالربح، فكان في هذا الشرط ما يدعو إلى ضمان عدد أكثر من الزبائن.

وليس فيه تحريم لما أحل الله؛ لأن مقتضى التحريم التأييد، وإنما هو تقييد للتصرف، كتقييد تصرف النبي ﷺ البعير الذي اشتراه مدة معلومة.

بل إن فيه معنى موافقاً للمعنى الذي نُهي من أجله بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه. وسبق في مسألة الشروط في العقود^(٢) ترجيح الشروط التي لا تخالف مقصود العقد، ولا تخالف نصاً أو إجماعاً.

ومما يدل على أن الأصل في الشروط الحل، قول النبي ﷺ: «مَنْ ابْتاعَ نخلاً بعد أن تُؤْبَر، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، وَمَنْ ابْتاعَ عبداً وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»^(٣)، فهذا الشرط أجازه ﷺ لاشتماله على مصلحة معتبرة لأحد المتعاقدين، ولأنه ليس مخالفاً لمقصود العقد.

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٣٥٠.

(٢) ينظر في هذا الفصل: المطلب الثالث من المبحث الثاني، وهي مسألة عامة في عقد البيع والإجارة وغيرهما، فلا تختص بعقد من عقود المعاوضات. وينظر أيضاً: المبسوط ١٣/١٣ وما بعدها، ومجموع الفتاوى ٢٠/٥٤٥ و ٢٩/١٢٦ وما بعدها و ٣١/٢٧-٢٨.

(٣) رواه البخاري في باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ١١٥/٣ برقم ٢٣٧٩، ومسلم ١١٧٣/٣ برقم ١٥٤٣.

ولو اشترط المصرف ألا يدرّس مقدم الخدمة الطلاب، أو اشترط مقدم خدمة التعليم ألا يدرس الطالب في المدرسة، فهذا الشرط مخالف لمقصود العقد، فلا يسوغ اشتراطه.

وقد تعاقب بعض الباحثين، بعدما قرروا جواز هذا الشرط ونظائره، على تصنيفها من الشروط التي تخالف مقتضى العقد^(١)، وهذا محل نظر؛ لأن الشرط لم يتناول المعقود عليه حتى يخالف مقتضى من مقتضياته، بل قيد تصرف البائع في أمر خارج عن المعقود عليه.

ولو اشترط المصرف على بائع الخدمة ألا يمنح الطلاب المستفيدين شهادة بعد إنهاء الدراسة فهذا نعم مما يخالف مقتضى العقد.

المسألة الثالثة: حق المصرف في فسخ العقد إذا أخلت الجهة التعليمية بالتزامات الاتفاقية.

الأصل في فوات المنفعة المقدمة في الإجارة الموصوفة في الذمة ألا ينفسخ العقد بفوات المنفعة، وعلى الأجير أن يأتي بمثلها^(٢)، إلا أن اتفاقيات شراء الخدمات التعليمية عادةً ما تنص على أن الجهة التعليمية إذا أخلت بالتزامات المترتبة عليها لأي سبب من الأسباب، فإنه يحق للمصرف فسخ شراء الخدمات التعليمية، واسترداد جميع ما دفع، والمطالبة بالتعويض عن أي ضرر فعلي يلحق به نتيجة ذلك الإخلال.

فإن كان الإخلال الواقع في التزامات الاتفاقية من قبل الجهة التعليمية إخلالاً في المعقود عليه، كعدم وجود ترخيص نظامي للمدرسة، أو تخلف المدرسين عن التدريس، أو تعذر الدراسة لامتلاء الفصول، فاشترط الفسخ في هذه الحال من جنس خيار الخلف في الصفة، وخيار الخلف في الصفة هو: حق الفسخ لتخلف شرط صحيح أو وصف مرغوب فيه اشترطه العاقد في المعقود عليه^(٣). وفوات الشرط الصحيح يجعل الخيار لصاحب الشرط؛ إن شاء أمضى العقد، وإن شاء فسخه.

فإذا لم توفر الجهة التعليمية الوصف المشروط في المنفعة لطالب الخدمة فلمشتري الخدمة الفسخ، ومتى وجدت المنفعة على الصفة المشترطة لم يكن له الفسخ^(٤).

(١) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٦٣-١٦٥، وتمويل الخدمات ص ١٦٠-١٦٢.

(٢) لأن محل العقد باق في الذمة. ينظر: المعايير الشرعية، معيار إجارة الأشخاص، رقم (٣٤)، ص ٨٥٩-٨٦٠ و ٨٧٠.

(٣) ينظر: المعاملات المالية ٥٠٩/٦.

(٤) ينظر: الحاوي ٣١٥/٥، ومجموع الفتاوى ٣٥٣/٢٩ و ٣٢٢/١٦١، والشرح الممتع ٣٦٥/٨، وتمويل الخدمات ص ١٧٠، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٥٤/٢٠ وما بعدها.

وفي هذا قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار إجارة الأشخاص ما نصه: يحق للمستأجر الفسخ بسبب العيب الحادث في المنفعة (الخدمة) المخل بالانتفاع^(١)، وقررت ما نصه: يحق الفسخ بخيار الشرط لمن اشترطه خلال المدة المحددة^(٢).

وفي إجارة العين الموصوفة في الذمة، جاء في الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية^(٣)، أن العين المؤجرة الموصوفة في الذمة إذا تعذر تسليمها؛ انفسخ العقد ووجب على المؤجر رد ما دفعه المستأجر من أجرة مقدّمة.

المطلب الثاني: حق المصرف في فسخ عقد تقييم العقارات حال تعدي الطرف الآخر أو تفريطه أو إخلاله بالتزامات العقد

من أعمال المؤسسات المصرفية الإسلامية تمويل العملاء لغرض شراء العقارات، وبما أن المؤسسة المصرفية سترتهن العقار من العميل بعد تملكه العقار، فإنها ستكون بحاجة لتقييم العقار لمعرفة قيمته السوقية والتأكد من وفاء القيمة السوقية بالدين الذي سيلتزم به العميل المشتري.

وإبرام عقد تقييم العقارات يجري مع متخصص في تقييم العقارات بأنواعها المختلفة من أراض، وفلل، وعمارات، وأبراج تجارية وسكنية، وغيرها، ولا بد أن تكون لديه الخبرة والدراية والإمكانات اللازمة لتحقيق غرض المصرف في هذا العقد، وبناء على ذلك يسند المصرف مهمة تقييم هذه العقارات إليه.

ويشتمل عقد تقييم العقارات عادةً على مادة خاصة بحالات التفريط والإهمال، ومقتضاها: أن للمصرف (المستأجر) الحق في فسخ العقد مع عدم استحقاق الطرف الثاني لأي مبلغ في حالات مسماة، وذلك دون إخلال بحق الطرف الأول في الرجوع على الطرف الثاني بالتعويضات المناسبة، وذلك في حال تعدي الطرف الثاني، وهو المقيم العقاري، أو تفريطه، أو إخلاله بأي التزام في هذا العقد.

كأن تكون المعلومات الواردة في التقييم مشتملة على بيانات غير صحيحة، أو لا تستند إلى مسوغات كافية، أو لا تتفق مع الواقع، أو تُغفل ملحوظات خاصة كان على المقيم إظهارها وفقاً لأصول المهنة ومتطلبات تنفيذ هذا العقد بخصوص العقار محل التقييم.

ومن التزامات العقد التي قد يخل بها المقيم: أن يكون تقييم العقار حسب السعر السوقى وقت التقييم، وألا يتعاقد المقيم من الباطن مع أي جهة لعمل التقييم الذي أنيط به.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (٣٤)، ص ٨٦٠.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (٣٤)، ص ٨٦٠.

(٣) الضابط رقم (٢٠٠)، ص ٦٠.

وقد يكون الإخلال بالتزامات العقد لأمر خارج عن التقييم، مثل أن تصفى المؤسسة المقيمة، أو تفلّس، أو يجمد نشاطها، أو تمتنع عن تقديم الخدمة على الوجه المطلوب من دون عرض خيار بديل.

والمقصود في هذا المطلب بيان منزلة هذا الشرط من الفقه، حيث كان هذا الشرط ضماناً يضمن به المصرف تمكنه من استرجاع ثمن التقييم من خلال إجراء الفسخ في الأحوال المذكورة، والتي لا تخرج عن مادة التعدي والتفريط في الجملة، فهي شروط يقتضيها العقد وإن لم تدون، إلا أن في تدوينها زيادة بيان لأطراف العقد واحتياطاً أمام القضاء، وستكون الدراسة من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى: حق المصرف في فسخ عقد التقييم العقاري إذا فرط المقيم أو تعدى أو أخل بالتزامات العقد، مع عدم استحقاق المقيم المبالغ المتفق عليها.

إذا قصر مقيم العقار في بذل الجهد ولم تكن نتيجته صحيحة، فقد يترتب على التقييم تفويت مصلحة للمؤسسة المصرفية، وهذا في حال كان التقييم أقل من القيمة السوقية، وقد يترتب على التقييم المجانب للصواب لإضرار وتغريب بالمؤسسة المصرفية، وهذا في حال كان التقييم أكثر من القيمة السوقية، وقد يعتمد المصرف ذلك لمصلحة بينه وبين العميل المشتري، فيكون متعدياً؛ فهل للمصرف إذا ثبت ذلك أن يفسخ العقد ويسترجع ثمن أجرة المقيم؟

والأصل في عقد تقييم العقارات اللزوم؛ لأنه عقد وارد على عمل معين ثابت في الذمة^(١)، وفي الأحوال التي تفوت المنفعة فيها فواتاً جزئياً، كما لو ذكر المقيم الحد الأدنى لقيمة العقار السوقية ولم يبين الحد الأعلى لها، فإن للمصرف حينئذ حق فسخ العقد بناء على الشرط المذكور، والأصل في الشروط الصحة، كما تقدم، ما لم تخالف مقصود العقد، أو تؤول إلى محرم.

والأصل في هذا الباب قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢)، وقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون على شروطهم»^(٣).

فإن فاتت المنفعة المعينة على المصرف فواتاً كلياً انفسخ العقد^(٤).

(١) ينظر: القواعد لابن رجب ص ١٢٣. (٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٣) رواه الترمذي وصححه، وقد تقدم تخريجه مطوّلاً في المطلب السابع من المبحث الثاني في هذا الفصل.

(٤) لأن ثمرة العقد لم تتحقق، ولأن الأجرة في مقابل المنفعة. ومثله في إجارة الأعيان ما ذكره المالكية في إجارة الأعيان أنه إذا انهدم حمام أو دار أو رحا فأضر بالمكتري في السكنى، أو منعه العمل، فأراد فسخ الإجارة وأبى ربه، فقال: أنا أصلح، فالقول قول المكتري، وفي إجارة الأشخاص قرر الحنابلة فيمن استأجر من يخلع له =

وفي هذا قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار إجارة الأشخاص ما نصه: يحق للمستأجر الفسخ بسبب العيب الحادث في المنفعة (الخدمة) المخل بالانتفاع^(١).

المسألة الثانية: فوات الأجرة على المقيم.

قرر عامة أهل العلم أنه لا يفوت من أجرة الأجير إلا بقدر ما فات من العمل، خلافاً لما تقرره بعض المصارف في عقد تقييم العقارات أن المقيم لا يستحق شيئاً إذا أخل بالتزام واحد من التزامات العقد.

وقد حكى ابن قدامة في مسألة استئجار الكحال لمداواة العين، ولم تبرأ، عن مالك، أنه قال: لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه. اهـ. وتعقبه بقوله: ولم يحك ذلك أصحابه، وهو فاسد؛ لأن المستأجر قد وفي العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الأجر وإن لم يحصل الغرض، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً، أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه. اهـ^(٢). إلا أن يكون العقد جعالة، والعقد مع المقيم عقد إجارة وليس جعالة، قال ابن قدامة: فأما إن شارطه على البرء فإنه يكون جعالة. اهـ^(٣).

المسألة الثالثة: حق المصرف في الرجوع على المقيم حال التعدي والتفريط والإخلال بالتزامات العقد.

المقيم يحتاج في التقييم إلى دخول العقار وفحص مرافقه ومكوناته، وقد يترتب على ذلك تلف ما تحت يده، كما أنه قد يقع الهلاك بالهدم أو الحريق، أو يتعرض العقار للسرقة موافقةً بعد تسليم مفاتيح العقار للمقيم بغير كسب منه؛ فهل يرجع المصرف على المقيم في هذه الحال بقيمة العقار إذا رجع مالك العقار على المصرف؟

إن حكم المقيم في عقد تقييم العقارات حكم الأجير المشترك، والأجير المشترك هو من يتقبل الأعمال من غير واحد^(٤)، أو هو من لا يستحق الأجرة حتى يعمل^(٥)، أو هو من قدر نفعه

= ضرره فبرأ الضرر قبل قلعه، انفسخت الإجارة؛ لأن قلعه لا يجوز، ومنفعة خلع الضرر فاتت ببرئه. ينظر: التهذيب في اختصار المدونة ٣/ ٣٨١، والمعايير الشرعية، معيار إجارة الأشخاص، رقم (٣٤)، ص ٨٥٩-٨٦٠ و٨٦٩.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (٣٤)، ص ٨٦٠.

(٢) المغني ٥/ ٤٠١، وينظر: بداية المجتهد ٤/ ١٧، والتهذيب في اختصار المدونة ٣/ ٣٨١-٣٨٢، والأم ١٨٥-١٨٦/ ٦.

(٣) ينظر: المغني ٥/ ٤٠١. (٤) ينظر: الأصل ٣/ ٥٦١.

(٥) ينظر: فتح القدير ٩/ ١٢١.

بالعمل^(١)؛ كالفصار، والصباغ، والصائغ، والخياط، والإسكاف^(٢)، ومفهوم ذلك كله متفق في الأجير المشترك، إلا ما قاله بعض الشافعية: إن الأجير المشترك هو الذي يكون عمله في يد نفسه لمستأجره مع عمله لمستأجر آخر، كالقصابين والخياطين في حوانيتهم^(٣)، فيخرج بذلك عمله في ملك غيره.

وكلام أهل العلم فيما يضمنه الأجير المشترك لما يكون تحت يده من أعيان، وضمان ما قد يترتب على عقد الأجرة بسبب أفعال الأجير المشترك وتروكاته المرتبطة بموضوع العقد، كما يأتي: إن تلف المال في يد الأجير المشترك بجنائه وعدوانه فعليه ضمانه؛ لأن الأمانات تُضمن بالجنایات^(٤) بغير خلاف فيما وقفت عليه.

واختلف الفقهاء في كون الأجير مشترك ضامناً لما يكون تحت يده من أعيان المستأجر على سبعة أقوال:

القول الأول: التفريق بين ما تلف بفعل الأجير المشترك وبين ما تلف بغير فعله، بحيث إذا كان التلف بفعله فإنه يكون ضامناً له، سواء أكان متعدياً أم غير متعد، قاصداً أم مخطئاً. أما ما تلف بغير فعله، كما لو سُرِق، أو قرضه الفأر، فلا يضمنه إن لم يكن منه تعد أو تفريط^(٥). وهذا هو قول أبي حنيفة^(٦)، وهو رأي الحنابلة على الصحيح في المذهب^(٧).

القول الثاني: يضمن ما هلك في يده إلا من شيء غالب كالحرقيق الغالب والعدو المكابر.

(١) ينظر: الروض المربع ٩٦٧/٣. (٢) ينظر: الأصل ٥٦١/٣-٥٦٢.

(٣) وهو يشبه ما ذهب إليه القاضي أبو يعلى من الحنابلة أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه، مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه، والقصار والخياط في دكانيهما، قال: ولو دعا الرجل خبازاً، فخبز له في داره، أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده، لا ضمان عليه فيما ألتف، ما لم يفرط؛ لأنه سلم نفسه إلى المستأجر، فيصير كالأجير الخاص. ينظر: الحاوي ٤٢٥/٧، والمغني ٣٨٩/٥.

(٤) ينظر: الأصل ٥٦٤/٣، وفتح القدير ١٢٧/٩-١٢٨، وبداية المجتهد ١٧/٤-١٨، والأم ١٨٦/٦، والحاوي ٤٢٦/٧، والمغني ٤٠١/٥.

(٥) مثاله: ملاح السفينة: فإن غرقت السفينة من ريح أو موج أصابها أو من مطر أو من شيء وقع عليها أو من جبل صدمها من غير فعله فلا ضمان على الملاح، وإن غرقت السفينة من مد الملاح أو من معالجته أو من عنفه أو من جده فهو ضامن. وكذلك الحمال؛ فإن انحل الحبل الذي به الحمل مربوط؛ فالحمال ضامن، وكذلك إن انقطع من عمله فهو ضامن، فإن زحمة الناس فكسروا ذلك لم يضمن، وضمن الذي زاحمه وكسره. ينظر: الأصل ٥٦٢/٣ و٥٦٣.

(٦) ينظر: الأصل ٥٦٢/٣-٥٦١، وفتح القدير ١٢٢/٩.

(٧) ومما يتلف بغير فعله ما كان تلفه بالغرق أو السرقة. ينظر: المغني ٣٩٥/٥، والروض المربع ٩٦٧/٣.

وهو ظاهر قول شريح^(١)، وبه قال صاحباً أبي حنيفة^(٢)، وهو رواية عن أحمد^(٣).

القول الثالث: يد الأجير المشترك يد أمانة ما لم تظهر منه الخيانة، وإذا فسد الناس وظهرت خيانة الأجراء ضُمن الصانع ما كان تحت أيديهم، وكل من تقتضي المصلحة تضمينه من الأجراء المشتركين حيث تقوم به التهمة.

وهو قول المالكية^(٤).

القول الرابع: يد الأجير المشترك يد أمانة مطلقاً.

وبه قال عطاء وطاوس^(٥)، وهو ظاهر قول حماد وابن شبرمة^(٦)، وهو أصح القولين عند الشافعية^(٧).

والمقصود أن يده يد أمانة ما لم يتعد أو فرط، فلو تعدى أو فرط ضمين^(٨).

القول الخامس: تدخل العين في ضمان الأجير المشترك بالقبض، وهو منفرد باليد.

فإن هلكت عنده وهو منفرد باليد، ضمن هلاكها ولو لم يتعد أو يفرط، أما إذا لم يكن الأجير منفرداً باليد فلا ضمان عليه عندئذ.

وهو قول لبعض الشافعية^(٩).

القول السادس: التفريق بين عمل الأجير المشترك في ملك نفسه فيضمن، مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه، والقصار والخياط في دكانيهما، وبين عمله في ملك المستأجر، كما لو دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره، أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخط عنده، فلا ضمان عليه فيما أتلّف ما

(١) فروى ابن سيرين عن شريح: أنه كان لا يضمّن الملاح غرقاً ولا حرقاً. ينظر: الأصل ٥٦١/٣، ومصنف عبد الرزاق ٢١٦/٨ و٢١٧ و٢٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٣١٠/٤. ينظر: مصنف عبد الرزاق ٢١٦/٨ و٢١٧ و٢٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٣١٠/٤.

(٢) ينظر: الأصل ٥٦٩/٣ وما بعدها. (٣) ينظر: المغني ٣٩٥/٥.

(٤) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة ٣/٣٧٩-٣٨١، والنوادر والزيادات ٦/٣٧٧ و٧/٦٨، والتبصرة ٤٩٩٥/١١.

(٥) ينظر: الحاوي ٤٢٦/٧.

(٦) ينظر: مصنف عبد الرزاق ٢١٦/٨ و٢١٧ و٢٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٣١٠/٤.

(٧) ينظر: الأم ٣٨/٤، والحاوي ٤٢٦/٧.

(٨) قال الشافعي: إذا استأجر الرجل الرجل أن يخبز له خبزاً معلوماً في تنور أو فرن فاحترق الخبز، سئل أهل العلم به؛ فإن كان خبزه في حال لا يخبز في مثلها باستيقاد التنور أو شدة جمرته أو تركه تركاً لا يترك مثله، فهذا كله تعد يضمن فيه بكل حال عند من يضمّن الأجير ومن لم يضمّنه. اهـ. الأم ١٨٦/٦.

(٩) ونقلوه عن مالك وابن أبي ليلى وصاحبي أبي حنيفة. ينظر: الحاوي ٤٢٦/٧.

لم يفرط، ومثل الخباز الذي يخبز في دار المستأجر المقيم إذا كان له مكتب في المصرف، فزُود بمستندات العقار وأوصافه وصوره من دون تسليمه المفاتيح أو تكليفه بالشخص إلىه، فتلفت بعض المستندات على مكتبه.

وبه قال بعض الشافعية والحنابلة^(١).

القول السابع: يضمن الأجير المشترك مطلقاً.

وبه قال مالك وابن أبي ليلى^(٢)، وهو ظاهر قول النخعي^(٣).

الأدلة:

استدل بعض أصحاب الأقوال بأدلة، وهي كما يأتي:

دليل القول الأول: أن عمل الأجير المشترك مضمون عليه؛ لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل، بخلاف الأجير الخاص^(٤).

والحفظ مستحق على الأجير المشترك تبعاً، لا مقصوداً، ولهذا لا يقابله الأجر، بخلاف المودع بأجر؛ لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر^(٥).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بأن الأجير المشترك ما هلك في يده من أعيان المستأجر إلا من شيء ظاهر بأدلة، وهي كما يأتي:

الدليل الأول: ما روي عن عمر^(٦) وعلي^(٧) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا

(١) ينظر: الحاوي ٧/ ٤٢٥، والمغني ٥/ ٣٨٩.

(٢) ينظر: بداية المجتهد ٤/ ١٧-١٨، والمغني ٥/ ٣٩٥.

(٣) إلا أنه روي عنه أنه يشترط لتضمن الأجير المشترك أن يكون قد أخذ شيئاً، من ذلك أنه لم ير ضماناً في حذاء دُفع إليه نعل يحذوها بغير أجر فأسرعت فيه الشفرة؛ لأنه لم يأخذ عليها أجراً، وقال: إن كنت أعطيته أجراً فقد ضمن. اهـ. وقال أيضاً: إذا أخذ الأجير المشترك شيئاً ضمن. اهـ. والظاهر أن المقصود من كلامه أن يكون عقد إجارة، يعني على عوض، لا جعالة. ينظر: مصنف عبد الرزاق ٨/ ٢١٦ و ٢١٧ و ٢٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٣١٠/ ٤.

(٤) ينظر: الروض المربع ٣/ ٩٦٧. (٥) ينظر: فتح القدير ٩/ ١٢٢.

(٦) فقد روى عبد الرزاق في باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده ٨/ ٢١٧، برقم ١٤٩٤٩، أن عمر ضمن الصباغ الذي يعمل بيده. اهـ. وينظر: السنن الكبرى للبيهقي ٦/ ٢٠٢ وما بعدها.

(٧) رواه عبد الرزاق في باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده ٨/ ٢١٧، برقم ١٤٩٤٨، عن يحيى بن العلاء، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي: أنه كان يضمن الخياط، والصباغ، وأشابه ذلك احتياطاً للناس. اهـ. وزاد البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٠٢ قال: لا يصلح للناس إلا ذاك. اهـ.

أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك^(١).

ونوقش: بأن ما روي عن عمر وعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما، ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الأجراء من كانوا، فيضمن أجير الرجل وحده والأجير المشترك والأجير على الحفظ والرعي وحمل المتاع والأجير على الشيء يصنعه^(٢).

الدليل الثاني: أن العين إذا هلكت في يد الأجير المشترك بسبب يمكن الاحتراز عنه، كالغصب والسرقه، كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره؛ لأنه لا تقصير من جهته^(٣).

دليل القول الرابع: فساد الناس وظهور خيانة الأجراء^(٤).

أدلة القول الخامس:

استدل القائلون بضمان الأجير المشترك لما تحت يده من أعيان المستأجر إذا قبضها، وهو منفرد باليد، ولو لم يثبت تعديده أو تفريطه، بما يأتي:

الدليل الأول: القياس على عقد العارية.

فإن الأجير المشترك تصرف في ملك غيره لمنفعة نفسه، فوجب أن يكون من ضمانه، كالمستعير، ولأن الأجرة ترجع إليه فوجب أن يكون الضمان عليه^(٥).

الدليل الثاني: إن هلكت العين عنده وهو منفرد باليد ضمن، ولو لم يتعد أو يفرط، لفساد الناس وخيانة الأجراء، أما إذا لم يكن الأجير منفردًا باليد فلا ضمان عليه عندئذ؛ لأن المال غير مسلم إليه حقيقة^(٦).

أدلة القول السادس:

استدل أصحاب القول السادس على أن الأجير المشترك لا يضمن فيما عمله في ملك المستأجر: بأن الأجير المشترك سلم نفسه إلى المستأجر، فأشبه الأجير الخاص^(٧).

ويمكن أن يستدل لهم بقول ابن سيرين: كل أجير أخذ أجرًا فهو ضامن، إلا من عدو مكابر، أو أجير يده مع يدك. اهـ^(٨). والشاهد هو الجملة الأخيرة.

(٢) ينظر: الأم ٣٨/٤-٣٩.

(١) ينظر: فتح القدير ٩/١٢٢.

(٤) ينظر: الأم ٣٨/٤، والحاوي ٧/٤٢٦ و٤٤٩.

(٣) ينظر: فتح القدير ٩/١٢٢.

(٦) ينظر: الحاوي ٧/٤٤٩، والعزیز شرح الوجيز ٦/١٤٩.

(٥) ينظر: الحاوي ٧/٤٢٦.

(٧) ينظر: المغني ٥/٣٨٩.

(٨) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤/٣١٠.

دليل القول السابع: عموم قول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١).

(١) هذا الحديث رواه مرفوعاً الإمام أحمد في مسنده ٢٧٧/٣٣ و٣٢٩ برقم ٢٠٠٣١ و٢٠٠٨٦ و٢٠١٥٦، وأبو داود في باب تضمين العارية ٥/٤١٤ برقم ٣٥٦١، والترمذي في باب ما جاء في أن العارية مؤداة ٢/٥٥٧ برقم ١٢٦٦ وقال: حديث حسن. اهـ. والنسائي في باب المنيحة ٥/٣٣٣ برقم ٥٧٥١، وابن ماجه في باب العارية ٣/٤٧٩ برقم ٢٤٠٠، والدارمي في باب العارية مؤداة ٣/١٦٩١ برقم ٢٦٣٨، وابن أبي شيبة في المصنف في باب العارية من كان لا يضمونها ومن كان يفعل ٤/٣١٦ برقم ٢٠٥٦٣، والحاكم في المستدرک ٢/٥٥٠ برقم ٢٣٠٢ وقال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه. اهـ. وتعقب ابن دقيق العيد تصحيح الحاكم فقال: وليس كما قال. اهـ. ورواه غيرهم.

ومدار الحديث عندهم جميعاً على سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن البصري عن سمرة بن جندب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي ﷺ، والمأخذ فيه ما قال ابن عبد البر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بعد روايته له، قال: قد اختلف في سماع الحسن من سمرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. اهـ. وقد ذكر بعض أهل العلم المعاصرين ممن أعل الحديث أن العلة هي عنعنة الحسن البصري، وهذا محل نظر؛ لأن التصريح بالسماع تختلف فيه النسخ وألفاظ الرواة من بعده، وقد يأتي التصريح بالسماع في الرواية ويكون من تصرف من بعده، كما أن الرواة المتقدمين كانوا يعنعنون ويريدون السماع المباشر، لذلك فإن الحكم بالسماع لا يكفي فيه الألفاظ المروية، قال ابن رجب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ينبغي التفتن لهذه الأمور ولا يغتر بمجرد ذكر السماع والتحديث في الأسانيد. اهـ.

والخلاصة: أن هذا الخبر لم يخرج في الصحاح، ولم يذهب أحد من أهل العلم بالحديث المعاصرين لرجاله إلى ثبوت الخبر عن النبي ﷺ، وذلك فيما وقفت عليه، سوى الحاكم، ولكنه خبر متداول بين أهل العلم ومشتهر على ألسنة الفقهاء، وله شواهد من الكتاب والسنة وأقضية الصحابة، ولذلك حسنه الترمذي بعد تخريجه له في الجامع؛ لأن العمل عليه عند بعض أهل العلم، وليس فيه من يُتهم بالكذب، ولأن معناه ثابت بالنص في الجملة، كما في قول الله سُبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وقد قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في كتاب العلل خاتمة جامع: «جميع ما في هذا الكتاب من الحديث معمولٌ به وقد عمل به بعض أهل العلم ما خلا حديثين»، وقال: «كل حديث يُروى لا يكون في إسناده من يُتهم بالكذب ولا يكون الحديث شاذاً ويُروى من غير وجه نحو ذلك فهو عندنا حديث حسن»، وقال ابن رجب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وأكثر ما كان الأئمة المتقدمون يقولون في الحديث: إنه صحيح أو ضعيف، ويقولون: منكر وموضوع وباطل. وكان الإمام أحمد يحتج بالحديث الضعيف الذي لم يرد خلافه، ومراده بالضعيف قريب من مراد الترمذي بالحسن»، وقال: «الظاهر أنه أراد بالشاذ ما قاله الشافعي، وهو أن يروي الثقات عن النبي ﷺ خلافه»، وقال: «وقول الترمذي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يروى من غير وجه نحو ذلك، لم يقل: عن النبي ﷺ، فيحتمل أن يكون مراده عن النبي ﷺ، ويحتمل أن يُحمل كلامه على ظاهره، وهو أن يكون معناه يروى من غير وجه ولو موقوفاً، ليستدل بذلك على أن هذا المرفوع له أصل يعتضد به».

وعليه؛ فإن الحديث حسن كما قرر الترمذي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وفق اصطلاحه في التحسين، فالوقوف على كلام من عاصر الرواة من أئمة النقد أحكم، قال ابن رجب: هم أعلم أهل زمانهم بالحديث وعلمه وصحيحه وسقيمه. اهـ.

ينظر: الجامع الكبير للترمذي ٦/٢٢٧ و٢٥١، والتمهيد لابن عبد البر ١٢/٤٤، وبيان الوهم والإيهام =

الترجيح:

الأصل المتقرر أن على اليد ما أخذت حتى تؤديه، ولا سيما إذا كان للأخذ حظاً ومصلحة في أخذه، وبناء عليه يمكن إدراج الأجير المشترك في عموم هذا الأصل بحيث يضمن ما هلك تحت يده من أعيان المستأجرين، فإذا اجتمع إلى ذلك عمل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وقضاؤهم صار ذلك قرينة على ترجيح القول بتضمن الأجير المشترك لما هلك تحت يده من أعيان المستأجرين، كالذي تقدم في أدلة القول الثاني من أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ضمن الصباغ الذي يعمل بيده، فلم ينكر عليه أحد من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وظاهر عمل التابعين على هذا القول؛ فقد روي عن الشعبي أن علياً وشريحاً كانا يضمنان الأجير^(١)، وكذلك روي عن قتادة^(٢) ومسروق^(٣)، وعن مكحول: أنه كان يضمن الأجير حتى صاحب الفندق، وهو الذي يمسك للناس دوابهم بالأجر^(٤)؛ قال النخعي: كانوا يضمنون الأجير، حتى إن كان الرجل ليبنتاع الشيء فيقول: أسرح معك غلامي، فيقول: لا، فيعطيه الأجر لكي يضمن. اهـ^(٥)، وهذا مشعر بالإجماع العملي على ضمان ما تلف في يد الأجير المشترك من أعيان المستأجر، من دون التفات إلى مسألة تعدي الأجير المشترك أو تفريطه^(٦).

ومن القواعد المتقررة في هذا الباب أن الغنم بالغرم، فلو لم يغرّم الأجير المشترك ما هلك تحت يده لم يستحق أجر ما عمل بيده، فإنه قبض العين للاسترباح قاصداً حظ نفسه.

فإن قيل: الأجير الخاص لا يضمن ما هلك تحت يده.

أجيب: بأنه يضمن بتعديده وتفريطه، ولا يضمن إذا لم يتعدّ أو يفرط؛ لأن عقد الأجرة وارد على حبس نفسه لا عمل يده.

= لابن القطان ٦٢٥/٥، والإمام بأحاديث الأحكام لابن دقيق العيد ومعه حاشية ابن عبد الهادي ص ٤٢٣، ونصب الراية للزيلعي ١٢٧/٤، وعون المعبود بحاشية ابن القيم على سنن أبي داود ٩/٣٤٤-٣٤٥، وشرح علل الترمذي لابن رجب ٥٧٥-٦٠٧ والتلخيص الحبير لابن حجر ١١٧/٣.

(١) رواه عبد الرزاق في باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده ٢١٧/٨، برقم ١٤٩٥٠، وفي هذا روى ابن أبي شيبة أن علياً ضمن نجاراً، وأنه من أجر أجيراً فهو ضامن، وروى الشعبي عن شريح في رجل استأجر رجلاً يعمل على بعيره، فضرّب البعير، ففقأ عينه؛ قال: يضمنه. اهـ. ينظر: مصنف عبد الرزاق ٢١٧/٨، ومصنف ابن أبي شيبة ٣١٠-٣٠٩/٤.

(٢) ينظر: مصنف عبد الرزاق ٢١٦/٨. (٣) ينظر: مصنف عبد الرزاق ٢١٩/٨.

(٤) ينظر: مصنف عبد الرزاق ٢٢٠/٨.

(٥) ينظر: مصنف عبد الرزاق ٢٢١/٨.

(٦) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٣١٠/٤.

ومن جهة النظر: يقاس الأجير المشترك على من استأجره، فإن المستأجر يضمن للأجير الثمن، ولو تلف ماله أو ضاع. وقد صاغ شريح القاضي هذا الدليل النظري بعبارة موصلة في واقعة ثوب دُفِعَ إلى صباغ، فاحترق بيته، فضمَّنه، فقال: إنه احترق بيتي. فقال شريح: أرايت لو أن بيته احترق أكنت تدع له أجرك؟ قال: لا. قال: فاغرم له ثيابه. اهـ^(١)، وعبر عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ذلك بقوله: الأجير مضمون له أجره، ضامن لما استودع. اهـ^(٢).

ثم تفاوت أهل العلم في الشروط والقيود التي يضمن بها الأجير المشترك لما هلك تحت يده من أعيان المستأجر أو أعيان موكل المستأجر في التصرف بالعين.

والراجح، والله أعلم، اعتبار قول من قيد ضمان الأجير المشترك بقبض العين، وانفراد يده عليها، فإذا قبض العين منفردة يده بها ضمن هلاكها ما دامت في يده ولو لم يتعد أو يفرط، أما إذا لم يكن الأجير منفردًا باليد فلا ضمان عليه عندئذ، كالمقيم العقاري إذا تسلم مفاتيح العقار، ولدى المالك وسمساره وخادمه نسخٌ من المفاتيح، وهم يترددون على العقار، فإن المقيم المستأجر لم تنفرد يده بالعين، فلا يضمن بهلاكها.

كما أن استثناء ما هلك بأمر ظاهر وغالب من عموم ما يضمنه الأجير المشترك من الأعيان، أقرب إلى العدل وأبعد عن ظلمه، كما لو وقع زلزال عام أضر بالعقار محل التقييم.

قال ابن تيمية: عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل، والنهي عن الظلم؛ دقه وجلّه. اهـ^(٣).

ويمكن أن تُعزى كثرة اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى أن بعضهم لم يرَ فيها أصلاً شرعياً متبَعاً، بل الأمر في ذلك إلى الحاكم، ونظرُ الحاكم يختلف في كل بلد بحسبه، فالأجير المشترك في الصين ليس كالأجير المشترك في اليمن، والأجير المشترك زمنَ الدولة الأموية في الأندلس ليس كالأجير المشترك في بلادنا زمنَ الدولة السعودية الأولى مثلاً، فمقتضى العدل إجراء العرف واعتبار حال الناس، فيخرج بذلك حكم التضمين من السلطة التشريعية المنصوصة عن الله تعالى ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى السلطة الاجتهادية وفق المنصوص، وحينئذ يكون للنظر المصلحي وتفعيل مبدأ الشورى بين المسلمين أثر في تنظيم معاملات الناس على الأصل الشرعي المناسب. فالفقهاء اختلفت أقوالهم، والله أعلم، بناء على اختلاف البلدان والأزمان والأحوال، من ظهور الخيانة وفساد الزمان أو صلاحه وأمانة الناس وغير ذلك.

(١) ينظر: مصنف عبد الرزاق ٨/ ٢٢١.

(٢) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤/ ٣١٠.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٨/ ٣٨٥.

المبحث الثالث عشر

ضمان المشتري الأول للسلعة في بيع التورق

سُميت مسألة التورق بهذا الاسم لأن المشتري يشتري سلعة لا يريد لها لذاتها، وإنما يريد أن يتوصل بها إلى الورق، وهو أحد النقدين، ولم يُعرف التورق في الاصطلاح الفقهي بهذا الاسم إلا عند الحنابلة، وأما غير الحنابلة فإنهم يذكرونه ضمن صور العينة، أو يذكرون صورته من دون اصطلاح خاص^(١).

وللتورق نوعان، وهما:

النوع الأول: التورق البسيط.

وهو: شراء سلعة بثمن آجل، مساومة أو مرابحة، ثم بيعها إلى غير من اشترت منه للحصول على النقد بثمن حال^(٢).

وقد تضمن التعريف شرطين مهمين:

الأول: يشترط تملك السلعة وحيازتها بعينها لدى البائع قبل البيع، فإن باع التاجر السلعة قبل تملكها فقد باع ما لا يملك، وهذا لا يجوز.

الثاني: أن يبيع المشتري السلعة على غير البائع أو من ينزل منزلته، بعد قبض المشتري السلعة القبض الشرعي.

فإن اشترى البائع السلعة رجعت إلى مسألة العينة^(٣).

النوع الثاني: التورق المنظم.

وهو التورق المصرفي، ويُقصد به: توفير السيولة بشراء سلعة مخصصة من مكان مخصص بثمن آجل من المصرف، وتوكيل المصرف في بيعها لحساب العميل^(٤).

(١) ينظر: المبسوط ٣٦/١٤، والمدونة ١٧٣/٣، وفتح العزيز ٢٣١-٢٣٢، والفروع ٣١٦/٦، والإنصاف ٣٣٧/٤، والمعاملات المالية ٤٥٨/١١ و٤٧٧.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٠٢/٢٩، وفتاوى اللجنة الدائمة، الفتوى رقم (١٩٢٩٧)، ١٣/١٦١، والمعايير الشرعية، معيار التورق رقم (٣٠)، ص ٧٦٧.

(٣) ينظر: المعاملات المالية ٤٥٨/١١.

(٤) ينظر: المعاملات المالية ٤٧٧/١١، وشرح رسالة رفع الملام عن الأئمة الأعلام للدكتور يوسف الغفيص =

والمشتري الأول في التورق المصرفي يرد فيه أن يكون هو المصرف، وذلك إذا اشترى منه العميل السلعة محل التورق، ثم باعها لغيره لتحصيل السيولة، فالمشتري الأول في هذه الحالة هو المصرف، والمشتري الثاني هو العميل.

ويمكن أن يكون العميل هو المشتري الأول في التورق المصرفي، إذا اشترى منه المصرف السلعة محل التورق، سواء بصفة العميل الفردية أم بصفته صاحب مؤسسة، ثم يبيعها المصرف إلى طرف ثالث لتحصيل السيولة^(١).

و ضمان السلعة في كلتا الحالين على مالکها، وكذلك ما يتبع الضمان من مصروفات الحفظ والتأمين، فإذا ابتاعها المصرف فهي في ضمانه؛ لأن الخراج بالضمان، والغنم بالغرم، فكما أن له ربحها إذا باعها بربح، فعليه غرمها إذا تعرضت للتلف.

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم (٢، ٣) في الدورة الخامسة المنعقدة في الكويت في جمادى الأولى من عام ١٤٠٩ هـ بشأن الوفاء بالوعد والمراوحة للأمر بالشراء، وفيه: أن بيع المراوحة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور (أي: المأمور بالشراء) مسؤولية التلف قبل التسليم وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه^(٢).

على أن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وضعت ضابطاً لتورق المصرف لنفسه، وهو أنه إنما أجاز للحاجة إلى توفير السيولة، بدلاً من بذل الجهد لتلقي الأموال بطريق المضاربة والوكالة بالاستثمار وإصدار الصكوك الاستثمارية والصناديق الاستثمارية، وأوصت بحصر استخدام هذه المعاملة في حالات تفادي العجز أو النقص في السيولة لتلبية الحاجة وتجنب خسارة عملائها وتعثر عملياتها^(٣).



= ٨/٧، وشرح زاد المستقنع للدكتور أحمد الخليل ٣/ ٤٢٤.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار التورق رقم (٣٠)، ص ٧٦٧.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/ ٧١٥.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار التورق رقم (٣٠)، ص ٧٦٩.

المبحث الرابع عشر

ضمانات المصرف في عقود المربحة

المربحة على لسان الفقهاء هي: أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه ربحاً ما^(١)، فهي بذلك بيع من يبيع الأمانة التي منها يبيع الوضعية وبيع التولية، وقد قال ربنا تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾^(٢)، والفضل هو الربح في التجارة^(٣). أما المربحة المصرفية فيختلف مفهومها عن المربحة الفقهية، وهي من العقود الشائعة في أعمال المصارف التجارية الإسلامية، وعُرفت بأنها: بيع المصرف على العميل الأمر بالشراء سلعة بزيادة مسماة على ثمنها أو تكلفتها^(٤).

وقيل في تعريفها أيضاً: أسلوب تمويلي ينظم عددًا من الخطوات تبدأ بوعد من العميل بشراء سلعة ما، فيشتريها البنك ثم يبيعها بعد قبضها بالأجل على العميل، وقد يكون هذا البيع على العميل بيع مربحة بالمفهوم الفقهي - وهو الأولى -، وقد يكون بيع مساومة^(٥).

وإذا وقعت المربحة بناء على وعد سابق بالشراء من الراغب في الحصول على السلعة، فهي عقد مربحة للأمر بالشراء، واستجابة المصرف لطلب العميل في شراء سلعة من جهة معينة لا يخل بموضوع التملك لصالح المصرف^(٦)، ولا يخل بتبعات التملك، كتبعة الضمان في المبيع.

(١) ينظر: تفسير ابن جرير ٣/٥٠٢، وفتح القدير ٦/٤٩٤، والكافي لابن عبد البر ٢/٧٠٥، وبداية المجتهد ٣/٢٢٩، وروضة الطالبين ٣/٥٢٨، والمغني ٤/١٣٦، وقال في بداية المجتهد: أجمع العلماء على أن البيع صنفان: مساومة، ومربحة. وأن المربحة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه ربحاً ما للدینار أو الدرهم. واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين: أحدهما: فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال. والموضع الثاني: إذا كذب البائع للمشتري فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به، أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة، ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر. اهـ.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٨.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٢٤.

(٤) ينظر: المعاملات المالية ١٢/٣٤٣ وما بعدها، والمعايير الشرعية ص ٢٣٤.

(٥) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١)، ص ١٧.

(٦) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المربحة رقم (٨)، ص ٢٢٤ و ٢٢٥.

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٢، ٣) الصادر في دورة مؤتمره الخامس بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، ما نصه: يبيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه^(١).

وذلك مع التوصية، في ضوء ما لاحظته مجلس المجمع من أن أكثر المصارف الإسلامية اتجه في أغلب نشاطاته إلى التمويل عن طريق المرابحة للآمر بالشراء، بما يلي:

أولاً: أن يتوسع 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، بحيث يستغني المصرف عن أسواق المعادن الدولية.

ثانياً: أن تدرس الحالات العملية لتطبيق (المرابحة للآمر بالشراء) لدى المصارف الإسلامية، لوضع أصول تعصم من وقوع الخلل في التطبيق، وتعين على مراعاة الأحكام الشرعية العامة أو الخاصة ببيع المرابحة للآمر بالشراء.

ويمكن أن يضاف أيضاً إلى التوصيتين التوصية بما يأتي:

ثالثاً: الاستغناء بالسوق المحلية في الشراء بدلاً من السوق الدولية ما دام التحقق من الالتزام بالضوابط الشرعية في سوق المعادن عسيراً.

رابعاً: ألا تكون المرابحة المؤجلة فيما يشترط فيه التقابض، كالذهب والفضة والعملات. خامساً: ينبغي أن تتضمن عقود تمويل السلع نصاً يؤكد منع التواطؤ على إعادة السلعة لبائعيها الأول.

سادساً: أن يتولى المصرف أو وكيله، غير العميل، دفع ثمن سلعة المرابحة للمورد (البائع الأول)، فلا يحيل المشتري النهائي على المورد (البائع الأول).

سابعاً: إذا كانت السلعة محل المرابحة أسهماً، فلا بد من توافر ضوابط الأسهم المباحة^(٢)، وأن تكون الأسهم تمثل موجودات حقيقية لا صورية تشبه القمار.

وبطبيعة الحال فإن لكل طرف ضمانات مترتبة على هذا العقد، وقد عقدت هذا المبحث لاستقصاء هذه الضمانات، ودراسة أحكامها، وذلك في المطالب السبع الآتية:

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/ ٧١٥.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١ و ٣ و ١٦ و ١٧)، ص ١٧ و ٢٠.

المطلب الأول: أخذ العربون من الواعد بالشراء قبل ثبوت عقد المrabحة

للهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية اتجاهان في حكم أخذ العربون من الواعد بالشراء قبل ثبوت عقد المrabحة، أي: قبل تملك المصرف للمبيع، وهما كما يأتي:

الاتجاه الأول: يرى جواز أخذ العربون من الواعد، بشرط أن يكون العربون بمقدار الضرر الفعلي من نكول الواعد، فإذا أتم الواعد الشراء خصم العربون من ثمن السلعة.

وقد نحاه بيت التمويل الكويتي ممثلًا في هيئته الشرعية، وغيره^(١).

الاتجاه الثاني: يرى عدم جواز أخذ العربون من الواعد.

ويمثل هذا الاتجاه الهيئة الشرعية في شركة الراجحي المصرفية^(٢)، وعامة مصارف السودان الإسلامية^(٣)، ومجمع الفقه الإسلامي^(٤)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٥).

الترجيح:

الراجح تسويغ أخذ العربون من الواعد بالشراء قبل ثبوت عقد المrabحة، من جهتين:

الأولى: أن يكون المصرف وكيلاً بأجر عن العميل الواعد في الشراء، والوكالة بأجر من قبيل إجارة الأشخاص، والإجارة من عقود المعاوضات التي يجوز فيها بيع العربون.

الثانية: أن يكون المصرف وكيلاً عن البائع في البيع، فإذا جاز للبائع أخذ العربون من المشتري، جاز للوكيل كذلك؛ لأن له حكم الأصل.

مع التنبيه إلى أن العربون لا يسوغ دفعه من قبل العميل إلى البائع الأول، وعليه في هذه الحال أن يلغي ما بينهما ويوثق ذلك، فإذا ألغي التعاقد بين العميل والبائع الأول الذي سيشتري منه المصرف، ساغ للمصرف إجراء التمويل^(٦).

والظاهر أن المانعين - أصحاب الاتجاه الثاني - استظهروا أن المبلغ المدفوع في مرحلة

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٤٤٨-٤٤٩، وتسهيل الفقه ٩/ ٣٢٨ وما بعده.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ١/ ٣٠٢.

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٤٤٨.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٨/ ٥٤٠، وذلك في القرار الصادر بشأن بيع العربون، ونص الحاجة منه: ولا يجري - أي: بيع العربون - في المrabحة للأمر بالشراء في مرحلة المواعدة ولكن يجري في مرحلة البيع التالية للمواعدة.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المrabحة (٨)، ص ٢٠٧، ومعيار العربون (٥٣)، ص ١٢٧٥.

(٦) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١١)، ص ١٩.

المواعدة لا يسمى عربوناً، ولو قيل بكون العدة ملزمة، فلم يجرؤوا له أحكام العربون الفقهية، ثم أطلقوا عليه هامش الجدية.

ففي معيار العربون الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: الاتفاقية على إبرام عقد بيع في وقت لاحق *Agreement to sell* وعد وليست بيعاً، فإن دُفع معها مبلغ لا يعتبر عربوناً. اهـ^(١).

وهامش الجدية في أعمال المصارف هو مبلغٌ نقديٌّ من الواعد بالشراء، يدفعه العميل بطلب من المصرف للتأكد من ملاءة العميل المالية، ولتتمكن من تعويض الضرر المحتمل لاحقاً في حال نكول العميل عن وعده الملزم، وتفويت فرصة البيع على غيره بحبس السلعة عليه.

وهذا المبلغ المقدم بمسمى هامش الجدية، إما أن يكون أمانة للاستثمار، بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة، وإما أن يودَّع في حسابٍ جارٍ باختيار العميل^(٢).

فلما جعلوا مفهوم هامش الجدية بمعزل عن بيع العربون، قالوا: لا يجوز للمصرف حجز مبلغ هامش الجدية في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، وينحصر حق المصرف في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول، والمقصود بالضرر الفعلي: الفرق بين تكلفة السلعة وثمان يبيعها لغير الأمر بالشراء، وتكلفة السلعة تشتمل على قيمة السلعة إضافة إلى مصاريف الشراء، ولا يُقصد بالتعويض ما يسمى بالفرصة الضائعة.

أما إذا جرى تنفيذ عقد المrabحة، فيجب على المصرف إعادة هامش الجدية للعميل، ويجوز الاتفاق على حسم هذا المبلغ من ثمن السلعة مقاصَّةً^(٣).

المطلب الثاني: إلزام العميل الواعد بإحضار كفيل قبل ثبوت عقد المrabحة

درجت بعض المصارف الإسلامية على أخذ الضمانات في مرحلة الوعد، والضمانة المقصودة في هذا المطلب هي الكفالة المالية للعميل في عقد المrabحة.

وهذا الإجراء من الأمور التحضيرية قبل عقد المrabحة، للتأكد من استكمال الشروط المشترطة في العقد قبل الشروع فيه، ولضمان سداد ثمن المبيع المؤجل.

وقد أجازت الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية ذلك، بشرط ألا يُستخدم هذا الضمان إلا بعد توقيع الطرفين على عقد المrabحة^(٤).

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار العربون (٥٣)، ص ١٢٥٧.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المrabحة (٨)، ص ٢٠٨.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المrabحة (٨)، ص ٢٠٨-٢٠٩.

(٤) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ٣٠٧/١، والخدمات الاستثمارية للمصارف ٤٤٩/٢.

وفي بعض حالات عقد المراجعة يقترح العميل بائعاً معيناً لديه سلعة جاهزة ومعروضة للبيع، يشتري المصرف منه السلعة موضوع المراجعة، وهنا أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن يحصل المصرف من العميل على كفالة حسن أداء البائع الأصلي، لالتزاماته تجاه المصرف بالصفة الشخصية للعميل، وليس بصفته آمراً بالشراء، ولا وكيلاً للمؤسسة، فتظل الكفالة بناء على ذلك ولو لم يتم عقد المراجعة^(١).

المطلب الثالث: إلزام العميل الواعد بإحضار رهن قبل ثبوت عقد المراجعة

أورد الفقهاء مسألة مشابهة، وهي أن يقول: قد رهنتك داري على أن تدايني، أو تباعيني، أو على ما يحصل لك علي^(٢).

ويرد على هذا الإجراء أن من الفقهاء من منع من الرهن قبل ثبوت الدين، وبيان المسألة كما يأتي:

أولاً: تحرير محل النزاع.

اتفقوا على صحة الرهن إذا وقع بعد الحق؛ لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به، فجاز أخذها به كالضمان، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً﴾^(٣)، فجعله بدلاً عن الكتابة، فيكون في محلها، ومحلها بعد وجوب الحق^(٤).

واتفق عامة الفقهاء على صحة وقوع الرهن مع العقد الموجب للدين، فيقول: بعثك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر، ترهني بها عبدك سعداً. فيقول: قبلت ذلك؛ لأن الحاجة داعية إلى ثبوته^(٥).

ثانياً: اختلف الفقهاء في الرهن قبل وجوب الدين، وعبر عنه بعضهم بمصطلح الرهن قبل الحق، كما لو قال: رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها، ولهم في حكمه أقوال ثلاثة:

القول الأول: الرهن باطل قبل ثبوت الدين.

وهذا مذهب الشافعية^(٦)، والحنابلة في المشهور من المذهب^(٧).

القول الثاني: جواز الرهن قبل ثبوت الدين وحلول أجله، شريطة ألا يكون الرهن في مقابل أن يؤخره إلى أبعد من الأجل^(٨) فهذا لا يجوز.

(١) وفي هذه الكفالة توثيق للحقوق، ولا تخل بضوابط المراجعة. ينظر: المعايير الشرعية، معيار المراجعة رقم (٨)، ص ٢٠٧ و ٢٢٧.

(٢) ينظر: الحاوي ٦/ ٢٠. (٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٤) ينظر: المغني ٤/ ٢٤٦. (٥) ينظر: المغني ٤/ ٢٤٦.

(٦) ينظر: الحاوي ٦/ ٢٠، والمجموع ١٣/ ٢٠٤.

(٧) ينظر: المغني ٤/ ٢٤٦. (٨) أي: الأجل المتفق عليه قبل ثبوت الدين.

وهذا مذهب مالك^(١).

القول الثالث: جواز الرهن قبل ثبوت الدين.

وهو مذهب الحنفية^(٢)، وقول عند الحنابلة^(٣).

الأدلة:

استدل أصحاب الأقوال بأدلة، وهي كما يأتي:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون ببطلان الرهن قبل ثبوت الدين بما يأتي:

الدليل الأول: أن الارتهان احتباس بالحق ووثيقة فيه، فلا يتقدم الرهن على الحق، كالشهادة^(٤).

ونوقش: بأن الراهن إذا رضي بحبسه قبل ثبوت الحق فقد زال المانع؛ لأنه ملكه، وقد رضي بحبسه^(٥).

الدليل الثاني: أن ما سيدينيه به مجهول القدر، والرهن في المجهول لا يصح^(٦).

ويمكن أن يناقش: بأن العلم بمقدار المدينة ممكن، كما لو قال: رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني لإثبات مبدأ جواز الرهن قبل ثبوت الدين: بأن مقصود الرهن استيفاء الحق عند تعذره، وتعذره مستقبل^(٧).

واستدلوا على المنع من الرهن بعد ثبوت الحق لغرض زيادة الأجل المتفق عليه: بأنه يشبه سلفاً جرّ منفعة^(٨).

(١) ينظر: المدونة ١١٢/٤.

(٢) ينظر: تبين الحقائق ٧١/٦، والحاوي ٢٠/٦، والمغني ٢٤٦/٤.

(٣) ينظر: المغني ٢٤٦/٤.

(٤) ينظر: الحاوي ٢١/٦، والمغني ٢٤٦/٤.

(٥) ينظر: الخدمات الاستثمارية للمصارف ٤٥٠/٢.

(٦) ينظر: الحاوي ٢١/٦.

(٧) ينظر: الذخيرة ٩٤/٨.

(٨) ينظر: المدونة ١١٢/٤.

أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بجواز الرهن قبل ثبوت الدين بما يأتي:

الدليل الأول: عموم قول الله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١)؛ فلم يُشترط فيه تقدم الحق، مما دل على استواء الحكم قبله وبعده، ولو كان تقدم الحق شرطاً في صحته لقيد الرهن به، كما قيده بالقبض^(٢).

ونوقش: بأنه تعالى قال: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(٣)، ثم قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٤)؛ فكان الدين المذكور شرطاً في صحة الرهن، كالقبض المذكور^(٥).

الدليل الثاني: القياس على ضمان الحقوق قبل وجوبها، بجامع ضمان الحق قبل لزومه في كل. ومن الأمثلة على المقيس عليه عند الفقهاء ما يأتي:

المثال الأول: أن يقول: ألتي متاعك في البحر وعلي ضمانه، أو أعتق عبدك عني وعلي قيمته. فإذا ألقى متاعه، أو أعتق عبده؛ لزمه ضمان قيمته بما تقدم من ضمانه.

المثال الثاني: ضمان الدرك قبل استحقاق المبيع، فإذا استحق لزم الضامن غرم ثمنه لما تقدم من ضمانه.

المثال الثالث: ضمان نفقات الزوجات، إذا ضمنها عن الزوج أجنبي، لزمه ضمانها وإن كان ضمانه قبل وجوبها^(٦).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن قوله: «ألتي متاعك في البحر وعلي قيمته» ليس بضمن، وإنما هو استدعاء للإتلاف بعوض، فيجري الحكم فيه مجرى المعاوضات، وذلك لأمرين:

أحدهما: أن الضمان - أي: الضمان بالرهن - إنما يلزم باللفظ، والضمان هاهنا يلزم بالإتلاف، لا باللفظ.

والآخر: أن الضمان لا يصح إلا بثلاث أنفس: ضامن، ومضمون عنه، ومضمون له. وليس كذلك هاهنا، فسقط الاحتجاج به.

(٢) ينظر: الحاوي ٦/ ٢٠، والمغني ٤/ ٢٤٦.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٥) ينظر: الحاوي ٦/ ٢١.

(٦) ينظر: الحاوي ٦/ ٢١.

المناقشة الثانية: أن ضمان درك المبيع قبل استحقاقه ليس فيه إضرار بضامنه، فجاز الضمان لزوال الضرر فيه، ولم يجز الرهن لحصول الضرر فيه.

المناقشة الثالثة: أن للشافعية وجهًا في عدم جواز ضمان نفقات الزوجات^(١).

الترجيح:

الراجع هو القول الثالث؛ لأن الأصل في العقود الصحة^(٢)، ولا دليل على اشتراط تقدم ثبوت الدين لجواز الارتهان^(٣)، وإذا جاز العربون قبل تملك المثلث، فليكن كذلك الارتهان بعد المواعدة على المدينة وقبل ثبوتها.

المطلب الرابع: اشتراط تأمين السلعة على العميل في عقد المrabحة

التأمين في العقود اليوم متطلب عالمي، ولا سيما في البضائع المستوردة، والكلام هنا على التأمين التعاوني التكافلي السالم من شبهة الغرر والمقامرة، وأما التأمين التجاري التقليدي فهو محرم شرعاً؛ لأنه يستهدف الربح من التأمين نفسه^(٤)، ولا ينطلق من مبدأ التعاون على رفع الجوائح المحتملة وتقاسم المشترّكين آثار الخسائر والأضرار في المستقبل، مع الاستثمار فيما يعزل لغرض تنمية المال ودفعاً لاحتمال زيادة المطلوبات على الاشتراكات، وبعد انتهاء مدة الاشتراك يجري توزيع الفائض على المشترّكين. وقد ذكر الفقهاء صوراً مشابهة للتأمين التعاوني وعدوها من ضمان ما لم يجب أو ضمان المجهول، وهو جائز عند الجماهير؛ فمن الصور التي ذكروها: ضمان تجار الحرب ما يذهب من البلد أو البحر، وضمن السوق الذي هو أن يُضمن ما يجب على التجار للناس من الديون، وضمن دين الضامن نحو أن يضمن الضامن ضماناً آخر، وضمن نفقة الزوجة المستقبلية^(٥).

بل من الصور عندهم ما هو أوسع من التأمين التعاوني المعاصر، كضمان الضامن للمشتري، في مسألة ضمان عهدة المبيع، ما يحدث في المبيع من بناء أو غرس، وذلك إذا بنى المشتري فيما

(١) ينظر: الحاوي ٦/٢١-٢٢، والمغني ٤/٢٤٦.

(٢) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعاً ودراسة أ. د. عبد السلام الحصين ص ٤٩٥.

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية للمصارف ٢/٤٥٠.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار التأمين الإسلامي رقم (٢٦)، ص ٦٨٥، وفيه: أن التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع.

(٥) ينظر: الحاوي ٦/٤٤٢، ومجموع الفتاوى ٢٩/٥٤٩-٥٥٠، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٢٣-٢٧ و٣٩.

اشتراه أو غرس فيه، فاستحق المبيع؛ رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص^(١).

والسلعة في عقد المرابحة تصير إلى المصرف بابتاعها من البائع الأصلي، فتدخل حينئذ في ملكه حتى يبيعها على العميل، وعلى ذلك فالمقرر شرعاً أن يكون ضمانها حينئذ على المصرف، بمعنى أنه هو الذي يتحمل مخاطرها؛ لأن ربحها في هذه المرحلة له، ف ضمانها عليه؛ خراجاً بالضمان، فلو هلكت فإنها تهلك على ملكه، حتى يبيعها للعميل ويخلي بينها وبينه.

وبناء على ما سبق؛ فالتأمين التعاوني على البضاعة، قبل بيعها على العميل، من مسؤولية المصرف، ولا يحق له اشتراط التأمين على العميل في هذه المرحلة؛ لأن الخراج بالضمان، والغنم بالغرم، والسلعة لم تدخل في ملكه^(٢).

وللمصرف أن يشترط التأمين على الواعد بالشراء في عقد المرابحة بعد انتقال ملكية السلعة إليه وتمكنه من قبضها، ولو لم يقبضها قبضاً يدوياً.

وإذا كان العميل وكيلًا عن المصرف في شراء السلعة من البائع الأصلي، ووكيلًا في تنفيذ إجراءات التأمين على السلعة في مرحلة تملك المصرف للسلعة؛ فلا بد من الفصل بين الضمانين: ضمان المصرف، وضمان العميل الوكيل.

فإذا باع المصرف السلعة إلى العميل صار ضمانها وتأمينها على العميل؛ لأن التأمين من المصروفات التي تتبع ملكية العين^(٣).

وفي معيار المرابحة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: التأمين على سلعة المرابحة مسؤولية المؤسسة قبل أن تبيعها، وتقوم بهذا الإجراء على حسابها باعتبارها مالكة للسلعة، وتحمل المخاطر المترتبة على ذلك....، ويحق للمؤسسة أن تضيف المصروفات^(٤) بعد ذلك إلى تكلفة المبيع، وبالتالي إلى ثمن المرابحة، ويجب أن يكون التأمين تكافلياً كلما أمكن ذلك. اهـ^(٥).

(١) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣-٣٤.

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٤٦١-٤٦٢، والمعايير الشرعية ص ٢٢٨.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢١٠ و ٢١٢ و ٢٢٩.

(٤) أي: مصروفات التأمين.

(٥) المعايير الشرعية ص ٢١٢ و ٢١٣، وقرروا بشأن المصروفات أنه يجب أن يصرح المصرف عند التعاقد على البيع عن تفاصيل المصروفات التي ستدخلها في التكلفة، ولها أن تدخل أي مصروفات متصلة بالسلعة إذا قبل بها للعميل، فإن لم تفصل في تلك المصروفات، فليس للمصرف أن يدخل إلا ما جرى العرف باعتباره من التكاليف؛ مثل مصروفات النقل والتخزين، ورسوم الاعتماد المستندي، وأقساط التأمين.

وهو مستفاد مما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٢، ٣) الصادر في الدورة الخامسة المنعقدة في الكويت في جمادى الأولى من عام ١٤٠٩ هـ، بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء، وأن بيع المرابحة للأمر بالشراء بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور (المصرف) مسؤولية التلف قبل التسليم وتبعية الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه^(١).

وفي معيار حماية رأس المال والاستثمارات ما نصه: من الوسائل المشروعة لحماية رأس المال: التأمين التكافلي على الاستثمار؛ لحماية رأس المال، أو لتغطية مخاطر التعدي، أو المماثلة، أو الوفاة، أو الإفلاس. ويجوز أن يتولى إبرام عقد التأمين التكافلي المستثمرون أنفسهم، أو مدير الاستثمار بالوكالة عنهم^(٢).

ولا يجوز لجهة التأمين التعاوني أن تؤمن على شخصها لدى جهات التأمين التجاري.

المطلب الخامس: كون وعد العميل بالشراء في بيع المرابحة ملزماً

لا تتمكن المصارف الإسلامية من إبرام عقد المرابحة مع العميل الأمر بالشراء إلا بعد تملك السلعة؛ لأن من شروط البيع ملك البائع للسلعة، وقد يملك المصرف السلعة ثم يرجع العميل عن رغبته، فيكون ذلك سبباً في نقص معدل الأرباح السنوية لدى المصرف التجاري الإسلامي، ومن هنا تأتي مسألة عدة العميل الأمر بالشراء، بشراء السلعة المربح فيها، وإلزامه بها.

وقد انتهى مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم (٢، ٣) الصادر بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء، إلى أن: الوعد (وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزماً للوعد ديانةً إلا لعذر، وهو ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

أما المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين)، فتجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يُشترط عندئذ أن يكون البائع مالِكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الإنسان ما ليس عنده^(٣).

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧١٥/٥.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٤٥)، ص ١١٢٥ و ١١٢٨.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧١٥/٥.

وفي معيار المراجعة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن: الرغبة الصادرة من العميل لا تتضمن صفة الوعد أو التعهد إلا إذا تم التصريح بذلك، ويجوز إعداد مستند واحد يوقع عليه العميل يشمل الرغبة والوعد، ولا مانع من أن يكون محرراً من قبل العميل أو أن يكون طلباً نمطياً معتمداً من قبل المؤسسة يوقع عليه العميل^(١).

ونص المعيار على عدم جواز اشتغال وثيقة الوعد، أو ما في حكمها، على مواعدة ملزمة للطرفين؛ إلا إذا كانت المواعدة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما فيجوز إصدار المواعدة^(٢).

واستدلوا على إلزام العميل بعمومات الأدلة من القرآن والسنة الدالة على وجوب الوفاء بالعهد والوعد، وقد تقدمت مسألة لزوم الوفاء بالعدة قريباً، مفصلة بطولها، كما تقدم في المبحث الحادي عشر من هذا الفصل الإشارة إلى أن الأصل المقرر هو الإلزام بكل ما أوجبه الله تعالى ورسوله ﷺ، والسلطة القضائية حينئذ تتولى تنفيذ ما أمر الله سبحانه وتعالى به، ونتيجة هاتين المقدمتين: لزوم الوفاء بالوعد في الجملة، وبهذا القول يضمن مالك السلعة الموعود بشرائها أن الواعد بالشراء سيلتزم بوعدده ولو ألزمه به قضاء، فيحبس السلعة لذلك، وتتظم العقود، ويستغنى عن بيع العربون الذي اختلف فيه الفقهاء كثيراً.

والقول بخلاف ذلك يؤثر في قيمة الوعد عند المسلمين، وهذا الملحظ باب من أبواب اعتبار المال، ولذلك كان في هذه المسألة مدخلٌ لاجتهاد الإمام في كلام الفقهاء، كما اجتهد أبو بكر في الوفاء لجابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُما بوعد النبي ﷺ^(٣)؛ فإن النبي ﷺ قال: «لو قد جاء مالُ البحرينِ قد أعطيتُك هكذا وهكذا وهكذا»، قال جابر: فلم يَجِ مالُ البحرينِ حتى قبض النبي ﷺ، فلما جاء مالُ البحرينِ أمر أبو بكر ونادى: من كان له عند النبي ﷺ عِدَّةٌ أو دينٌ فليأتنا، فأتيته فقلت: إن النبي ﷺ قال لي كذا وكذا، فحُثِّي لي حثيةً، فعدتها فإذا هي خمسمائة، وقال: خُذْ مِثْلَهَا^(٤).

وقد ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى أن المواعدة بفعل مباح غير واجب شرعاً يجب إيفاؤها على الطرفين ديانةً، لا قضاءً، إلا في الحالات التي لا

(١) المعايير الشرعية ص ٢٠٤.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المراجعة (٨)، ص ٢٠٥ و ٢٠٦.

(٣) ينظر: فتح الباري ٥/ ٢٩٠.

(٤) رواه البخاري في باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع برقم (٢٣٠٧) ٣/ ٢٨٣، وينظر: فتح الباري ٤/ ٤٧٥.

يمكن فيها إنجاز معاملة تجارية حقيقية بدون مواعدة ملزمة؛ إما بحكم القانون، أو بحكم الأعراف التجارية العامة، وليس لأغراض التمويل فقط.

وفي معيار الوعد والمواعدة ما نصه: لا يعتبر أحدٌ من الوعدين لازماً في القضاء إلا إذا أدخل الواعد الموعد في كلفة، فيكون لازماً. اهـ^(١).

المطلب السادس: اشتراط تحمل العميل لحالات عطب السلعة أو هلاكها

الكلام في هذا المطلب من أوجه ثلاثة:

الوجه الأول: صورة المسألة في عقد المرابحة المصرفية.

أن يشتري المصرف الإسلامي السلعة من البائع الأول، ويشترط عليه تسليمها في الميناء، فإذا تسلّم المصرف بوالص الشحن باع السلعة على الواعد بالشراء مع شرط التأمين على المشتري حتى تصل السلعة إلى الميناء الثاني، فإذا قبض العميل أو وكيله السلعة باستلام بوليصة الشحن تحمّل عطب السلعة وهلاكها، أما قبل ذلك فلا يلزم العميل ما يلحق السلعة من ضرر.

بل إذا قبض العميل السلعة، وكان العطب بفعل طرف ثالث، فالفقهاء اتفقوا على أنه إذا تلف المبيع قبل القبض بفعل أجنبي فالضمان عليه، وهو المثل إن كان مثلياً، والقيمة إن كان المتلف متقوّمًا، وذلك أنه أُلّف مال غيره فوجب عليه ضمانه^(٢).

وقد بحثُ في أصل هذه الرسالة، قبل اختصارها لغرض الطباعة، مسألة هلاك المبيع قبل القبض بأفة سماوية، حيث اختلفوا أيّ طرفي المبايعة يكون عليه الضمان إن لم يكن في المبيع حق توفية، مع ترجيح القول بعدم ضمان المشتري للمبيع إلا أن يتمكن من قبضه، فما لم يتمكن من قبضه فهو من ضمان البائع.

والقبض المعتبر هو القبض الشرعي الحكمي، وليس هو القبض اللغوي اليدوي في كل حال، كما تقدم في المبحث الرابع من هذا الفصل، فللمصرف اشتراط تحمل العميل لحالات عطب السلعة أو هلاكها بعد انتقال ملكية السلعة إليه وتمكنه من قبضها، ولو لم يقبضها بنفسه، كما أن للمصرف شرط التأمين على الواعد بالشراء في عقد المرابحة بعد انتقال ملكية السلعة إليه وتمكنه من قبضها، ولو لم يقبضها بنفسه.

وفي معيار المرابحة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوعد والمواعدة (٤٩)، ص ١١٩١.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٦٠، وشرح الخرشي ٥/ ١٦٢، والحاوي الكبير ٥/ ٢٠٩-٢١٠، والمغني

أنه لا يجوز تحميل العميل الأمر بالشراء ضمان ما يطرأ على السلعة من أضرار وهلاك خلال فترة الشحن أو التخزين^(١).

وفي معيار المرابحة أيضًا ما نصه: يعتبر قبضًا حكميًا تسلّم المؤسسة أو وكيلها لمستندات الشحن عند شراء البضائع من السوق الخارجية، وكذلك تسلمها لشهادات التخزين التي تعيّن البضاعة من المخازن التي تدار بطرق مناسبة موثوق بها. اهـ^(٢).

ذلك أن القبض الحكمي يحل محل القبض اليدوي ويقوم مقامه، وهذا التقرير أقرب إلى العدل، من جهة أن بيع المعين يلزم بتفريق المتعاقدين، وكون البائع ملزمًا بالصفقة بعد التفريق بانعقاد البيع وانتقال الملكية إلى المشتري، وقد حبس البائع السلعة المعقود عليها لحظ المشتري، والمبيع خارج عن ملكه، فإذا لم يقبض المشتري المبيع حتى هلك بغير فعل البائع، كان في تضمين البائع ظلم له، كما أن في تضمين الواعد بالشراء، قبل الشراء، ظلمًا عليه.

قال ابن تيمية: الأصل في هذه المعاولات والمقابلات هو التعادل من الجانبين، فإذا اشتمل أحدهما على غرر أو ربا دخلها الظلم، فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه، وجعله محرّمًا على عباده. اهـ^(٣).

الوجه الثاني: في بعض حالات عقد المرابحة، يقترح العميل بائعًا معينًا يشتري المصرف منه السلعة موضوع المرابحة، وهنا أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن يحصل المصرف من العميل على كفالة حسن أداء البائع الأصلي لالتزاماته تجاه المصرف بالصفة الشخصية للعميل، وليس بصفته أمرًا بالشراء، ولا وكيلًا للمصرف، فتظل الكفالة بناء على ذلك ولو لم يتم عقد المرابحة.

ويترتب على هذا الضمان تحمّل العميل الضرر الواقع على المؤسسة نتيجة عدم مراعاة البائع لمواصفات السلعة وعدم الجدية في تنفيذ التزاماته^(٤)؛ أي: بصفته كفيلاً للبائع الأول أمام المشتري الأول، وهو المصرف.

الوجه الثالث: إذا كان العميل وكيلًا عن المصرف في شراء السلعة من البائع الأصلي، فلا بد من الفصل بين الضمانين: ضمان المصرف، وضمن العميل الوكيل؛ في شراء السلعة لصالحه.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المرابحة (٨)، ص ٢٠٨، وهو ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم

(٢، ٣) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/ ٧١٥.

(٢) المعايير الشرعية، معيار المرابحة (٨)، ص ٢١١ و ٢١٢.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٨/ ٣٨٥.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المرابحة (٨)، ص ٢٠٧.

وذلك بأن تتخلل مدة بين تنفيذ الوكالة وإبرام عقد المrabحة، ويمكن أن يكون ذلك من خلال الإشعار الصادر من العميل بتنفيذ الوكالة والشراء، فإذا باع المصرف السلعة إلى العميل صار ضمانها عليه في حالات عطب السلعة أو هلاكها^(١).

المطلب السابع: تعهد العميل بتعويض المصرف عن الضرر إذا نكل عن الشراء

الضمان المشروع هو ما يرفع الضرر الفعلي فقط^(٢)، والمصرف يحصل على الربح بعقد المrabحة، وقد يخشى المصرف فوات الربح بتخلف العميل عن وعده بالشراء مrabحة، فيأخذ من العميل تعهداً بالتعويض لقاء دخوله في عقد البيع مع البائع الأول بناء على رغبة العميل ووعده بالشراء. والمقصود بالتعويض هنا: تحمل العميل الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المباعة للغير، والثمن الأصلي المدفوع من المصرف للبائع الأول.

وهذا التعويض أقرته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية؛ لأن العميل أدخل المصرف في أمر لم يكن ليدخل فيه لولا وعده^(٣).

وقد تأخذ بعض المصارف الإسلامية مبلغاً نقدياً من الواعد بالشراء، يسمى هامش الجدية، للتأكد من ملءة العميل المالية، ولتتمكن من التعويض عن الضرر اللاحق في حال نكول العميل عن وعده الملزم. وقد استوفيت الكلام على هامش الجدية في المطلب الأول من هذا المبحث.

وهذا المبلغ المقدم، المسمى هامش الجدية، إما أن يكون أمانة للاستثمار، بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة، وإما أن يودع في حساب جارٍ بناءً على طلب العميل^(٤).

وفي معيار المrabحة أنه لا يجوز حجز مبلغ هامش الجدية في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، وينحصر حق المؤسسة في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول، وهو: الفرق بين تكلفة السلعة وثمان بيعها لغير الأمر بالشراء. ولا يشمل التعويض ما يسمى بالفرصة الضائعة.

أما إذا جرى تنفيذ عقد المrabحة، فيجب على المؤسسة إعادة هامش الجدية للعميل، ويجوز الاتفاق على حسم هذا المبلغ من ثمن السلعة مقاصة^(٥).

وإذا كان التعويض من العربون الذي دفعه العميل، فقد جاء في معيار المrabحة أن الأولى في حق المصرف الإسلامي التنازل عما زاد من العربون عن مقدار الضرر الفعلي، وهو الفرق بين

(١) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢١٠. (٢) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٣٠.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢١٣ و ٢٢٩-٢٣٠.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المrabحة (٨)، ص ٢٠٨.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٠٨-٢٠٩.

السلعة والتمن الذي يتم بيعها به إلى الغير^(١).

وبهذا يتجلى سوغ أخذ التعهد من العميل الواعد بالشراء بتعويض الجهة المصرفية عن الضرر الفعلي في حال نكوله عما وعد به.

ذلك، وأختم المبحث بضمانات أجازتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في عقد المراجعة، ولم تُذكر فيما ما سبق، وهي كما يأتي:

أولاً: إرجاء تسجيل السلعة باسم العميل المشتري، بعد انتقال الملكية إليه باتفاقية البيع، لغرض ضمان سداد الثمن، مع تفويض العميل للمصرف ببيع السلعة إذا تأخر عن سداد الثمن^(٢).
ثانياً: اشتراط تفويض العميل للمصرف ببيع الرهن من أجل الاستيفاء من ثمنه عند الاقتضاء، دون الرجوع إلى القضاء^(٣)، وقد تقدم.

ثالثاً: أن ينص في العقد على التزام العميل بدفع مبلغ أو نسبة من الدين صدقةً في حال التأخر عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة، على أن تُصرف في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمصرف، وعلى ألا يتفجع بها المصرف بوجه من الوجوه^(٤).

مع إتاحة الجمع بينها، كما جاء في معيار الضمانات، ونص الحاجة منه: لا مانع من الحصول على أكثر من ضمان؛ مثل الجمع بين الكفالة والرهن. اهـ^(٥).

كما أجازت الهيئة الشرعية لبنك البلاد مخرجاً لضمان السلامة من المخاطر، وهو:

رابعاً: أن يشتري المصرف من البائع الأول السلعة بخيار الشرط، خشية عدول العميل، ثم يعرض المصرف السلعة على العميل الأمر بالشراء خلال مدة الخيار، ولا يعد عرضها فسحاً لذلك الخيار؛ فإن رغبه الأمر بالشراء وإلا ردها المصرف إلى البائع الأول^(٦).

(١) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٠٩.

(٢) وهو مجاز لدى هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، كما في معيار المراجعة، بشرط أن تعطي المؤسسة المالية العميل سنداً ضد لإثبات حقه في الملكية، وأن تعيد إلى العميل الباقي بعد استيفاء مستحقاتها في حال اللجوء إلى بيع السلعة بسبب عدم السداد. ينظر: المعايير الشرعية، معيار المراجعة رقم (٨)، ص ٢١٥-٢١٦.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المراجعة رقم (٨)، ص ٢١٦.

(٤) وهو من قبيل الالتزام بالتبرع المعروف عند المالكية، وقد أجازت ذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. ينظر: المعايير الشرعية، معيار المراجعة رقم (٨)، ص ٢١٦ و ٢٣٢.

(٥) المعايير الشرعية، معيار الضمانات رقم (٥)، ص ١٢٩.

(٦) خيار الشرط هو اشتراط حق الفسخ مدة مسماة لظرفي العقد أو أحدهما، والأصل يعد مضي مدته لزوم البيع. ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٢-١٤)، ص ١٩.

المبحث الخامس عشر

بيع المرابحة من خلال فتح الاعتماد المستندي لصالح العميل

الاعتمادات المستندية تتكون من علاقة ثلاثية الأطراف؛ تربط بين مستورد البضاعة، وموردها من الخارج، والمصرف الضامن.

فالمصرف، مصدِرُ الاعتماد، يتكفل لبائع البضاعة أو موردها بدفع ثمن مسمّى نيابةً عن العميل، متى ما حصل التمكين من قبض البضاعة مستوفية الأوصاف المطلوبة وشروط المبيعة، ثم يتقاضى المصرف أجرًا في هذه المعاملة المشتملة على عقد الضمان.

وقد اتخذت بعض المصارف الإسلامية صيغة بديلة ترى أنها تتجنب فيها المحذور، وذلك بقلب صيغة الاعتماد إلى عقد مرابحة، فيصير المصرف مالكاً بائعاً لا وسيطاً وضامناً، وذلك بأن يطلب العميل، الذي يرغب في شراء بضاعة ولا يجد قيمتها، من المصرف فتح الاعتماد لنفسه، على أن المصرف هو المشتري، فإذا وصلت البضاعة ببلغ المصرف العميل، فيفحصها العميل، وعندئذ يوقع العميل غالباً عقد شراء مع المصرف بثمن مؤجل أو مقسط، وهذا هو عقد المرابحة الذي حل محل فتح الاعتماد المستندي، والضمان حينئذ تجري عليه أحكام الضمان الأنفة في المبحث السابق بشأن بيع المرابحة، ويجب أن يراعى فيه ألا يكون فتح الاعتماد مسبقاً بعقد بيع مبرم بين الأمر (العميل) والمستفيد من الاعتماد (البائع).

ولو فتح المصرف الاعتماد المستندي باسم العميل الأمر، وسُجلت مستندات البضاعة باسم العميل؛ فقد انحصر دور المصرف حينئذ على تمويل العميل مع الفائدة الربوية، وقد حُكي إجماع المعاصرين على تحريم هذا النوع من الاعتمادات المستندية سوى ما يُستثنى في بعض الحالات التي يلجأ إليها المصرف فيها إلى إظهار اسم العميل على المستندات والوثائق الرسمية، مع وجود اتفاق داخلي بينهما على أن ملكية البضائع عائدة إلى المصرف؛ كما لو كان الاستيراد خاضعاً لقيود جمركية وتراخيص متوافرة عند العميل وحده، أو ترتب على تسجيل البضاعة باسم المصرف تكاليف ضرائبية غير مشروعة^(١).

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١٥٣/٣، المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية (١٤)، ص ٣٩٥ و ٤٠٤، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٤ و ٢٦)، ص ٢٢، والخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٤٧٠-٤٧٢.

الفصل الثاني

الضمان في الإجراءات والمقاولات المصرفية الإسلامية

ويشتمل على:

المبحث الأول: الضمان في الإجراءات المصرفية.

المبحث الثاني: الضمان في عقود المقاولات لإنشاء موقع صرف آلي.

المبحث الأول

الضمان في الإجازات المصرفية

المطلب الأول: ضمان العين المؤجرة تأجيرًا موصوفًا في الذمة

أورد الفقهاء في باب الإجارة عقد الإجارة على ما هو موصوف في الذمة إلى جانب إجارة الأعيان، والمقصود هنا إجارة الموصوفات في الذمة؛ كأن يستأجر دابة موصوفة غير معينة^(١).

وتعريف الإجارة لدى متأخري الفقهاء مشتمل على تأجير ما هو موصوف في الذمة، قال البهوتي في تعريف الإجارة: عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم^(٢).

وفي معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفًا منضبطًا، ولو لم يكن مملوكًا للمؤجر؛ حيث يُتفق على تسليم العين الموصوفة في موعد سريان العقد، ويراعى في ذلك إمكان تملك المؤجر لها أو صنعها، ولا يُشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف. وإذا سلم المؤجر غير ما تم وصفه فللمستأجر رفضه وطلب ما تتحقق فيه المواصفات. اهـ^(٣).

واستندوا في جواز الإجارة لعين موصوفة في الذمة قبل تملكها أن ذلك لا يؤدي إلى النزاع، كالسلم^(٤).

والمقصود في هذا المطلب: ضمان المستأجر الموصوف غير المعين، وذلك كما لو دفع إليه دابة مطابقة للموصوف، فهلكت الدابة، أو استأجر سيارة موصوفة في الذمة مدة مسماة، ثم تعطلت على المستأجر، من غير تعدد من المستأجر ولا تفريط؛ فهل يضمن المؤجر بدل العين الهالكة وهي موصوفة في الذمة؟ وهل يبطل العقد بهلاكها؟

(١) ينظر: معالم السنن ٩٢/٣، والتهذيب للبخاري ٤/٤٥٤، والكافي لابن قدامة ١٧٣/٢، والمغني ٥/٤٠٣.

(٢) ينظر: الروض المربع ٩٤٩/٣.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك رقم (٩)، ص ٢٤٣-٢٤٤.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٦٢.

اتفق الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) على أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر، لا ضمان عليه فيها إلا بالتعدي أو التقصير؛ لأن قبض المستأجر للعين قبض مأذون فيه لاستيفاء منفعة مستحقة، والجواز الشرعي ينافي الضمان، ولا تختلف أحكام ضمان العين المؤجرة المعينة عن أحكام ضمان العين المؤجرة الموصوفة في الذمة، في الجملة^(٥).

فإن تعدى المستأجر على العين المؤجرة أو فرط في حفظها، ضمن بلا خلاف^(٦)، أما إن فعل ما أجز له فإنه لا يترتب على الضرر الناشئ عنه ضمان بالاتفاق^(٧).

وذهب عامة الفقهاء وأصحاب المذاهب إلى القول بأن العقد لا يفسخ بهلاك العين المؤجرة تأجيراً موصوفاً في الذمة، وبناء عليه يلزم المؤجر أن يقدم بدلها ليقيم منافعتها مقام ما في ذمته.

إذ إن هذه الدابة لا طريق إلى معرفتها إلا بالوصف، فإذا أحضر أي دابة مطابقة للصفات المتفق عليها فقد قام المؤجر بما التزم به، حيث لم يجب العقد على دابة بعينها، فيلزم المؤجر ما التزمه على نفسه^(٨).

وفي معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك: في الإجارة الموصوفة في الذمة في حالتي الهلاك الكلي أو الجزئي على المالك تقديم عين بديلة ذات مواصفات مماثلة للعين الهالكة، ما لم يتفقا في حينه على غير ذلك. ويستمر عقد الإيجار لباقي المدة إلا إذا تعذر البديل فيفسخ العقد^(٩).

المطلب الثاني: ضمان صيانة العين المستأجرة

تعرض الأعيان المؤجرة للعيوب والأعطال لأسباب طبيعية، تتآكل الجدران مع مضي الزمن، وانتقاب السقف من المطر.

- (١) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠، ودرر الحكام ١/ ٥٩١.
- (٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٢٤.
- (٣) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٤، ومغني المحتاج ٢/ ٣٥١.
- (٤) ينظر: المغني ٦/ ١٣٠، والمبدع ٥/ ١١٣. (٥) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٩١-١٩٤.
- (٦) ينظر: المبسوط ١٥/ ١٣٠، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٣٧، وروضة الطالبين ٥/ ٢٦٣، والإقناع ٢/ ٣١٦، وتسهيل الفقه للجبرين ١٠/ ٥٩٦-٥٩٧.
- (٧) ينظر: المراجع السابقة مع المبسوط ٢٧/ ٥٠، وكشاف القناع ٤/ ١٩، وتسهيل الفقه للجبرين ١٠/ ٥٩٦-٥٩٧، والمعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك رقم (٩)، ص ٢٤٧.
- (٨) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٣، والفتاوى الهندية ٤/ ٤٦١، وبداية المجتهد ٤/ ١٣، وشرح الزرقاني ٧/ ٣٠، ومغني المحتاج ٣/ ٤٨٣، والروض المربع ٣/ ٩٦٢-٩٦٤، وكشاف القناع ٤/ ٢٩، وفقه السنة ٣/ ١٩٤، وإجارة الموصوف في الذمة ص ٢٠١، والموسوعة الفقهية الكويتية ١/ ٢٥٨ وما بعدها و٧/ ٢٩.
- (٩) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك رقم (٩)، ص ٢٥١.

وفي ترك العين كذلك بلا صيانة ضرر متوجه إلى المالك وضرر على المستأجر أيضًا.
من أجل ذلك عني الفقهاء ببيان أحكام صيانة العين المؤجرة، ومما قرروا في هذا البحث أن: تطيين الدار، وإصلاح ميزابها، وإصلاح دلو الماء، والبالوعة، والمخرج، وما هو من بنائها على رب الدار وليس المستأجر؛ لأن الدار ملكه.
كما قرروا أن مدة الإجارة إذا انقضت وفي الدار تراب من كنسِه فعلى المستأجر أن يرفعه؛ لأنه حدث بفعله، فصار كتراب وضعه فيها، وأنه إن امتلأ خلاها ومجراها من فعله فالقياس أن يكون عليه نقله؛ لأنه حدث بفعله فيلزمه نقله، كالكناسة، والرماد، ما لم يقضِ العرف والعادة بخلافه^(١).
والصيانة المضمونة اليوم على أحد طرفي العقد في الأعيان المؤجرة على أنواع، رتبها في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: ضمان الصيانة الأساسية.

الصيانة الأساسية هي: الصيانة التي يتوقف عليها بقاء أصل العين بحسب العرف^(٢).
والصيانة الأساسية على مالك العين بالاتفاق، ولو كانت الإجارة منتهية بالتمليك.
غير أن بعض الفقهاء لما رتب الصيانة على المؤجر المالك لم يقرر إلزامه بها وجوبًا؛ حيث لم يجبر على إصلاح ملكه هو أصالة^(٣)، هكذا قرروا، وفيه نظر إذا ترتب عليه فوات ضروري من الضروريات، ولأن الوفاء بالعقد المأمور به شرعًا قد يقتضى إصلاح العين المعقود عليها.
كما قرروا أن للمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤجر ذلك؛ لأنه عيب بالمعقود عليه، وأنه لو استأجر العين وهي كذلك ورآها فلا خيار له؛ لأنه رضي بالمبيع المعيب^(٤).
فإن اشترط المؤجر الصيانة الأساسية على المستأجر فهو شرط باطل، وبناء على التعريف المتقدم للصيانة الأساسية فالفقهاء متفقون على حرمة هذا الشرط؛ لما يشتمل عليه من الغرر الفاحش المفسد للعقد، مع ما يترتب عليه من جهالة الأجرة، وجهالة الأجرة تفسد الإجارة^(٥).

(١) ينظر: صحيح البخاري، باب إذا وكل رجلاً أن يعطي شيئاً ولم يبين كم يعطي فأعطى على ما يتعارفه الناس ٢٩٥/٣، وبدائع الصنائع ٢٠٨/٤، والأشباه لابن نجيم ٢٣٢، وشرح الزرقاني ٨٧/٧، والروض المربع ٩٥٢/٣، والموسوعة الفقهية الكويتية ١/٢٨٦-٢٨٧.

(٢) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦٢)، ص ٥٣.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٢٠٨/٤، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦٤)، ص ٥٣.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٢٠٨/٤.

(٥) ينظر: المسبوط ١٧٥/١٥، وفتح القدير ٦١/٩، ومجلة الأحكام العدلية، والمهذب ٢/٢٥١، ونهاية المحتاج ٢٦٦/٥، والمغني ٧/٥، وشرح الزركشي ٢١٩/٤، مادة رقم (٤٥٠)، ص ٨٦، والإشراف ٢/٦٦٣، =

وفي معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتبليغ: لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة. ويجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر^(١).

واستندوا في المنع من اشتراط الصيانة الأساسية على المستأجر إلى أن هذا الاشتراط يخالف مقتضى عقد الإجارة، ولأن بقاء المنفعة واجب على المؤجر، ولا يتحقق ذلك إلا بصيانة أصل العين^(٢).

وفي مسألة توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر، يمكن أن يُنص في العقد على أن ما يدفعه المستأجر في الصيانة هو جزء من الأجرة المستحقة؛ قال البهوتي: ولو أجرها بمعين على أن ينق المأجر ما تحتاج إليه محتسباً به من الأجرة؛ صح^(٣).

ومن التطبيقات النظرية: ما جاء في العقد الموحد للمركبات الصادر عن البنك المركزي السعودي: يكون المؤجر مسؤولاً طيلة مدة العقد عن تأمين أعمال الصيانة والإصلاحات الأساسية للأصل المؤجر التي لم تنشأ عن استخدام المستأجر للأصل المؤجر أو عن خلل أو عيب أفصح عنه المؤجر أو الوكيل أو المالك الأول للأصل المؤجر، ويلتزم المؤجر بتوفير سبل ميسرة للمستأجر للتقدم بطلبات الصيانة الأساسية، وتعامل أعمال الصيانة الأساسية معاملة الهلاك الجزئي... حال تأثيرها على منفعة الأصل المؤجر.

المسألة الثانية: ضمان الصيانة التشغيلية.

الصيانة التشغيلية للعين المؤجرة هي الصيانة التي تحتاج إليها العين لاستمرار منفعتها بحسب العرف^(٤)، كصيانة المصاييح والمراوح، ومثلها تنظيف المرافق الداخلية.

= وقرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار الصادر برئاسة ابن عقيل وعضوية ابن حصين رقم (٩٥) ١٦٣/١، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦٤ و ٢١٢)، ص ٥٣ و ٦٣، وإجارة الموصوف في الذمة ص ٢٠١-٢٠٢.

(١) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتبليغ رقم (٩)، ص ٢٤٧.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٦٥.

(٣) الروض المربع ٣/ ٩٥١. وينظر: درر الحكام ١/ ٦٠٩-٦١٠، وشرح الخرخشي ٧/ ٤٧، وإعلام الموقعين ٣/ ٢٦٢، والمبدع ٤/ ٤٠٩، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦١)، ص ٥٢.

(٤) ينظر: صحيح البخاري، باب إذا وكل رجلاً أن يعطي شيئاً ولم يبين كم يعطي فأعطى على ما يتعارفه الناس ٣/ ٢٩٥، وقرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار الصادر برئاسة ابن عقيل وعضوية ابن حصين رقم (٩٥) ١٦٣/١، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦٣)، ص ٥٣.

وقد قرر الفقهاء أن هذا النوع من الصيانة على المستأجر، وأن ضابط ما يدخل تحت هذا النوع هو العرف والعادة^(١).

وفي معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك ما نصه: على المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية (العادية)^(٢).

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في العقد الموحد للمركبات الصادر عن البنك المركزي، ونصه: يكون المستأجر مسؤولاً طيلة مدة العقد عن إجراء خدمات الصيانة التشغيلية على نفقته الخاصة (ويشمل ذلك إجراء الفحص الدوري والصيانة الدورية للأصل المؤجر)، وللمؤجر الرجوع على المستأجر ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر جوهري يلحق بالأصل المؤجر ناجم عن تقصير المستأجر في مباشرة أعمال الصيانة، إذا لم ينقض العقد بتملك المستأجر للأصل المؤجر.

المسألة الثالثة: ضمان الصيانة الوقائية.

الصيانة الوقائية تسمى الصيانة الدورية، وهي: الصيانة المتمثلة في أعمال مضبوطة بالوصف أو المقدار أو العرف، تتم في آجال معلومة.

وتكون مسؤوليتها في عقد الإجارة حسب العرف أو الشرط، وفي حال اشتراطها على المستأجر، فيجب ضبطها ضبطاً نافياً للجهالة والغرر، ومن صور الضبط: تقدير الكلفة، أو اعتبار العرف المستقر، أو حصر أعمال الصيانة وقطع الغيار وفق جدول محدد ومعلوم عند التعاقد^(٣).

ورأى بعض الباحثين أن الصيانة الوقائية إن كانت مما يتوقف عليه الانتفاع بالعين المؤجرة، دخلت في حكم الصيانة الأساسية، وإلا دخلت في حكم الصيانة التشغيلية^(٤).

وفي معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك: على المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية (العادية)^(٥)، والصيانة الدورية هي الوقائية.

وفي بعض العقود المعاصرة يبرم المؤجر مع المستأجر عقد صيانة منفصل عن عقد الإجارة، فيدفع المستأجر قيمة الصيانة الوقائية بناء على هذا العقد.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٨، والأشباه لابن نجيم ص ٢٣٢، وشرح الزرقاني ٧/٨٧، والروض المربع ٣/٩٥٢، والموسوعة الفقهية الكويتية ١/٢٨٦-٢٨٧.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك رقم (٩)، ص ٢٤٧.

(٣) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار الصادر برئاسة ابن عقيل وعضوية ابن حصين رقم (٩٥) ١٦٣/١، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦٠ و ١٦١)، ص ٥٢.

(٤) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ٢٠٢.

(٥) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك رقم (٩)، ص ٢٤٧.

أمثلة للصيانة الوقائية:

المثال الأول: تزويد الآلات المستأجرة بالزيت والوقود، وكذلك المعدات والطائرات والقطارات، وهذا شبيه بالصيانة التشغيلية، لكنه دوري ومؤقت.

المثال الثاني: تبديل قطع أجهزة المصنع المؤجر، كتروس المكائن وأذرعها، وهذا شبيه بالصيانة الأساسية الدورية^(١).

المثال الثالث: الصيانة الدورية للمركبات المؤجرة.

المثال الرابع: اشتراط طلاء حائط المنزل المؤجر^(٢).

ومن تطبيقات ذلك في عقود المركبات ما جاء في العقد الموحد الصادر عن البنك المركزي، ونصه: يكون المستأجر مسؤولاً طيلة مدة العقد عن إجراء خدمات الصيانة التشغيلية على نفقته الخاصة، ويشمل ذلك إجراء الفحص الدوري والصيانة الدورية للأصل المؤجر، وللمؤجر الرجوع على المستأجر ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر جوهري يلحق بالأصل المؤجر ناجم عن تقصير المستأجر في مباشرة أعمال الصيانة، إذا لم يُنقِض العقد بتملك المستأجر للأصل المؤجر.

المطلب الثالث: ضمان حق المؤجر

أداء الحقوق مطلب شرعي، والضمانات وسيلة إلى ذلك، وفي هذا أورد ابن القيم في إعلام الموقعين في القسم الثالث من أنواع الحيل مثلاً لمن استأجر داراً مدة سنين بأجرة معلومة فخاف المؤجر أن يغدر به المستأجر في آخر المدة، وأدرج فيه فصلاً في الاحتيال على الوصول إلى الحق بطريق مباحة، وإن لم تُشرع نصاً^(٣).

والمقصود أن حق المؤجر العقدي المتمثل في الأجرة يُشرع التوصل له بكل سبب لا محذور فيه، فالضمانات موافقة لمقتضى عقد الإجارة وملائمة لعقود المدائيات^(٤)، وقد جعلت ما وقفت عليه من الضمانات المصرفية لحق المؤجر، في مسائل، وهي منتظمة فيما يأتي:

المسألة الأولى: فرض غرامات التأخر في سداد قيمة الإجارة.

وذلك بأن يشترط المؤجر على المستأجر غرامة مالية، مقطوعة أو بالنسبة، مقابل تأخره

(١) ينظر: درر الحكام ١/ ٦٠٩-٦١٠، وشرح الخرشي ٧/ ٤٧، وإعلام الموقعين ٣/ ٢٦٢، والمبدع ٤/ ٤٠٩،

والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦٠ و ١٦١)، ص ٥٢.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦٠)، ص ٥٢.

(٣) ينظر: إعلام الموقعين ٣/ ٢٦١ وما بعدها.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٦٥.

في أداء الأجرة، وهي من قبيل الزيادة في الدين المتقرر في الذمة^(١)، وهذه الغرامة من ربا الجاهلية الموضوع عن المسلمين.

فإن اشترط المؤجر الغرامة على أن تدفع في جهة بر، فهذا الشرط الغرمي يعد حلاً من الحلول المبتكرة لمشكلة مماطلة المستأجر، بأن ينص المصرف الإسلامي في العقد المبرم مع المستأجر أن المستأجر يلتزم بالتصدق في حال مماطلته بمبلغ زائد عن الدين.

وهذا الشرط أجازته المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما لم يثبت إعسار المدين اعتباراً بأنه من قبيل الالتزام بالتبرع^(٢)، ومنع منه بعض المعاصرين لأنه لا أثر لصرف الربا في وجوه الخير على حكمه الشرعي^(٣)، وهذا القول أقرب إلى الأصول الشرعية في هذا الباب؛ لأن هذا الشرط وسيلة إلى الربا، ويجب سد ذريعة الربا بكل حال، وذلك ما لم تكن جهة البر هي المباشرة في توثيق المبلغ، وهي المعنية بالمطالبة به حال تحقق الشرط الذي عُلّق استحقاق المبلغ عليه، وأن تكون ذات شخصية مستقلة عن المؤجر تماماً؛ فينتفع المسلمون بهذه الغرامة إن انعقد سببها وطالبته بها جهة البر والزمته، ويحصل غرض المؤجر من تأمين حق الأجرة إلى حدٍّ ما من جهة استحثاث المستأجر على أداء الحق بشرط الغرامة الخيرية، وفي حال إعساره فلن تتعسف جهة البر في استيفاء التبرع كما تتعسف بعض الجهات المصرفية، حتى في النظر القضائي لن يعامل الحق الخيري العام معاملة حق المعاوضة الخاص.

المسألة الثانية: اشتراط حلول أقساط الإجارة عند التأخر في السداد.

تعتمد بعض الجهات المصرفية الإسلامية إلى سياسة السداد المبكر مع العميل المماطل، للوفاء بقيمة الأجرة، فتشترط على المستأجر أنه إذا حل نجم، أي: قسط، ولم يؤد قسطه؛ أن جميع أقساط الأجرة حالة عليه، وقد يكون عقد الأجرة متتهياً بتمليك العين المؤجرة للمستأجر.

ومثال ذلك في الإجارة الموصوفة في الذمة: أن يؤجر المصرف منفعة مقعد في الطيران للسفر تأجيراً موصوفاً في الذمة بأجرة مؤجلة إلى سنة، ويشترط على مستأجر هذه الخدمة أنه إن تأخر عن موعد السداد، فالأقساط حالة جميعاً^(٤).

أورد بعض الفقهاء هذه المسألة، ولهم فيها قولان:

- (١) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٨١.
- (٢) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٥٠ و ٢٦٦، ويمكن قياسها على نذر المقرض أن لله عليه أن يدفع كذا إلى جهة بر إن جاء يوم كذا ولم يوف للدائن ماله.
- (٣) ينظر: الشروط التعويضية ١/ ٢١٧، وإجارة الموصوف في الذمة ص ١٨٣.
- (٤) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٧٩.

القول الأول: الجواز.

وهو ما نص عليه بعض فقهاء الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢)، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية^(٣). وهو اختيار مجمع الفقه الإسلامي^(٤)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية^(٥)، وبعض المعاصرين^(٦).

القول الثاني: رأت اللجنة الدائمة برئاسة الشيخ عبد العزيز بن باز أن هذا الشرط غير صحيح، حيث جاء في الفتوى رقم (١٨٧٩٦) ما نصه: الشرط المذكور، وهو حلول المبالغ المؤجلة بكاملها دفعة واحدة عند تأخر المدين في تسديد أحد الأقساط خلال مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ

(١) قال الكاساني: لو جعل المال نجوماً بكفيل، أو بغير كفيل، وشرط أنه إن لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه، فهو جائز على ما شرط؛ لأنه جعل الإخلال بنجم شرطاً لحلول كل المال عليه، وأنه صحيح. اهـ. بدائع الصنائع ٤٥/٦.

(٢) قال ابن القيم: إن خاف صاحب الحق ألا يفي له من عليه بأدائه عند كل نجم كما أجله؛ فالحيلة أن يشترط عليه أنه إذا حل نجم ولم يؤد قسطه فجميع المال عليه حال، فإن نجمه على هذا الشرط جاز، وتمكن من مطالبته به حالاً ومنجماً. إعلام الموقعين ٣١/٤.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٨٣).

(٤) جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥١) بشأن البيع بالتقسيط ما نصه: خامساً: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخير المدين عن أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد. اهـ. وفي القرار رقم (٦٤) ما نصه: يجوز اتفاق المتدائنين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة ما لم يكن معسراً. اهـ. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٢١/٦ و ٧٣٦/٧.

(٥) جاء في معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك ما نصه: للمؤجر أن يشترط على المستأجر حلول باقي الأقساط إذا تأخر عن سداد قسط أو أكثر دون عذر معتبر بعد إرسال إشعار من المؤجر بمدة معينة مع تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين في المدة المتبقية، والأجرة المعجلة بالاشتراط أو الحالة بسبب التأخير في السداد تخضع للتسوية في آخر مدة الإجارة أو عند انقضاء قبيل نهاية المدة. اهـ. وفي معيار المدين المماطل: يجوز اشتراط حلول الأقساط جميعها إذا تأخر المدين المماطل عن سداد قسط منها، والأولى ألا يطبق هذا الشرط إلا بعد إشعار المدين ومضي مدة مناسبة، وذلك ما لم توجد ظروف طارئة. اهـ. وفي معيار الضمانات: يجوز اشتراط حلول الأقساط جميعها أو بعضها إذا تأخر المدين عن سداد بعضها ما لم توجد ظروف قاهرة، ولا يطبق هذا الشرط إلا بعد إشعار المدين ومضي مدة مناسبة. اهـ. وفي معيار فسخ العقود بالشرط: يجوز للدائن أن يشترط على المدين حلول الأقساط، وحق الفسخ، أو أحدهما في حال المماطلة في سداد قسطين أو أكثر مع كونه مليئاً بعد إشعاره. اهـ. ينظر: المعايير الشرعية، معيار المدين المماطل رقم (٣) ص ٩٤، ومعيار الضمانات رقم (٥) ص ١٣٤، ومعيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك رقم (٩)، ص ٢٤٩، ومعيار فسخ العقود بالشرط رقم (٥٤) ص ١٢٧٤.

(٦) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٧٩.

الاستحقاق، غير صحيح^(١).

الأدلة:

استدل أصحاب القولين بما يأتي:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بجواز اشتراط حلول الأقساط على المستأجر المماطل بما يأتي:

الدليل الأول: الخبر: «لِيُ الْوَاجِدِ يُحِلَّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»^(٢).

الدليل الثاني: الخبر: «المسلمون على شروطهم»^(٣)، فالأصل في الشروط الصحة، وهذا شرط رضي المتعاقدان كبيع العربون، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، وهذا الشرط لا يخالف نصاً شرعياً، ولا يخالف مقصود العقد، وفيه مصلحة للعائد فاقترضت القواعد صحته^(٤).

ويمكن أن يستدل لمقدمة رضا المتعاقدين بعموم قول الحق سُبحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٥)؛ حيث رضي المستأجر، مشتري المنفعة، بالشرط عند التعاقد.

الدليل الثالث: المصلحة وانتفاء الشبهة.

حيث إن هذا الشرط فيه مصلحة للعقد ومصلحة للعائد، وليس مشتملاً على شبهة الزيادة على الدين الثابت في الذمة.

أما مصلحة العقد فإن مثل هذا الشرط يحل المدين على الالتزام في سداد الديون بأوقاتها، وهذا احترام لنص الالتزام الذي تضمنه العقد.

وفيه منفعة للعائد، وذلك أن من ماطل في سداد قسط واحد، قد يحمله ذلك على المماطلة في سداد بقية الأقساط، فلأن يطالبه مرة واحدة بسداد جميع الأقساط أهون من مطالبته في كل مرة يتأخر فيها عن سداد القسط^(٦).

(١) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/ ١٨٢.

(٢) ينظر: بحث حكم زيادة السعر في البيع بالنسيئة شرعاً للدكتور نظام الدين عبد الحميد في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٨٨/ ٦، والخبر تقدم تخريجه في المبحث الثاني من الفصل الأول، في المطلب الأول منه.

(٣) رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح، وتقدم تخريجه في المبحث الثاني من الفصل الأول.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/ ٥٣٦، وتمويل الخدمات للميجي ص ١٦٢، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٠/ ٦.

(٥) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٦) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/ ٥٣٦، وتمويل الخدمات ص ١٦٣.

الدليل الرابع: أن الأجل حق للمدين، فله التنازل عنه مطلقاً، أو بالتعليق على شرط، فله أن يُعلِّقه على تأخره في السداد لتقوية الدين، وتمكين الدائن من المطالبة بجميعه بدلاً من الانتظار لحلول قسط بعد آخر^(١).

الدليل الخامس: القياس على حلول الدين المؤجل بالإفلاس والموت، عند بعض الفقهاء، وجميعاً ذلك مظنة ضياع الحق في كل^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل المانعون من اشتراط حلول الأقساط على المستأجر المماطل بما يأتي:

الدليل الأول: أن اشتراط حلول المبالغ المؤجلة كاملة دفعة واحدة عند تأخر المدين في تسديد أحد الأقساط؛ ينافي مقتضى العقد، وهو التأجيل الذي استحقت به الزيادة، وإلا كانت الزيادة من أكل الأموال بالباطل، والواجب شرعاً إنظار المدين المعسر حتى يساره. اهـ^(٣).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد المقيد، بل ينافي مقتضى العقد المطلق، وكل الشروط في العقود كذلك.

أما مقتضى العقد المقيد فلا ينفيه؛ لأن مقتضى العقد المقيد ما قيد به، والمحذور أن ينافي الشرط مقصود العقد^(٤).

المناقشة الثانية: أن الزيادة مقابل التأجيل هي من التابع للأصل، وهو ثمن المنفعة المؤجرة، والتابع - وهو الزيادة في الثمن مقابل الأجل - لا يُفرد بالحكم ما لم يكن مقصوداً، بل له حكم الأصل^(٥).

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الضمانات رقم (٥)، ص ١٤٥.

(٢) ينظر: تمويل الخدمات ص ١٦٣.

(٣) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/ ١٨٢، ومال إليه د. بشار عواد معروف، حيث دوت مشاركته في مداورات مجمع الفقه الإسلامي بشأن بيع التقسيط، ونص المفرغ منها: الأصل في البنوك الإسلامية أنها قائمة على أساس التجارة، أي على أساس الربح والخسارة... فلا بد لها أن تخسر. اتجاه البحوث في كثير من المسائل وكان البنوك لا بد أن تبيع ولا يمكن أن تخسر في أية مسألة من المسائل... إذا كان هو يربح ٩٠٪ من معاملاته فلماذا لا يخسر في بعض الأحيان نتيجة سوء تقديره أو لعدم معرفته بالشخص الذي تعاقد معه من كونه مماطلاً... فهل نعطي سلاحاً بيد البنك أو بيد أي شخص آخر لاستحقاق جميع الدين على مثل هذا المدين؟ اهـ. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٣٠٠.

(٤) ينظر: الشروط التعويضية ١/ ١٩٧-١٩٨. (٥) ينظر: الإجارة الموصوفة في الذمة ص ١٨١.

الدليل الثاني: أن هذا الشرط يؤدي إلى الجهالة في الأجل، والجهالة في الثمن والمثمن والأجل تؤدي إلى بطلان الشرط؛ فهو في قوة قوله: أبيعك هذا على أن تقضيني بعد شهر أو بعد ثلاثة أشهر، على التردد، وهذا البيع، كما نعرف، لا يصح للجهالة في الأجل. اهـ^(١).

ويمكن مناقشة شبهة الجهالة: بأن هذه الجهالة غير مضرّة بالبيع؛ لأنها تؤول إلى العلم^(٢)، وعلمها يكون بالفعل، وهو التخلف عن السداد بماطلة، فلم تصر بهذا إلى الجهالة المطلقة، ولو أطلق شرط حلول الأقساط في العقد بدون قيد صدق وصف الجهالة، والله أعلم.

الترجيح:

قواعد الباب المذكورة في الأدلة تدل على رجحان القول الأول القائل بجواز اشتراط حلول الأقساط حال المماطلة، فإن لم يشترط حلول الأقساط بالمماطلة في العقد، فليس للدائن المطالبة بغير ما حل من الأقساط المنجّمة؛ لقول الله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣).

والدليل على سلامة هذا الشرط وصحة اشتراطه أن الأجل حقّ المستأجر (المدين بأقساط الأجرة)، فله التنازل عنه، أو تعليق التنازل عنه بوقوع التأخر عن السداد^(٤).

وهذا ما لم يكن المستأجر معسراً؛ لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٥)، وإذا وجب الإنظار في الدين الحال فلأن يجب في الدين المنجّم من باب أولى.

والظاهر أن فتوى اللجنة الدائمة واردة على ما كان تعجيل الثمن فيه بالقيمة الآجلة من دون أن يحط بائع العين أو المنفعة من الثمن بقدر الفارق بين قيمة التأجير الحال والمؤجل، وهذا ظاهر من دليلهم الأول الذي استندوا إليه في تقرير ما بعده.

فإذا قيدنا القول الأول بالحط من أرباح المؤجر بقدر المدة المتبقية بعد تاريخ السداد الفعلي، اتفق الطرفان في المسألة، وكان ذلك أبعد عن الظلم؛ لأن المستأجر قد يكون معذوراً.

ومن المخارج الشرعية: تأسيس العقد على أجرة حالة ذات قيمة سوقية عادلة، مع عدة البائع للمشتري أن يتبرع بإنظاره مدة مؤقتة شريطة التزامه بدفع جزء مسمى من الثمن في أنجم مؤرخة.

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٣/٦.

(٢) ينظر: الروض المربع ٨٦٣/٢.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

(٤) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٧١-٧٥، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٩٩/٦، والمعايير الشرعية ص ٢٦٦.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

فإن هذه الصياغة أقرب في الوقت المعاصر إلى عدم مفاحشة المصارف التجارية في الثمن، وأوضح في تصور المشتري وأبعد عن التغرير به.

المسألة الثالثة: تمديد مدة الإجارة إذا كانت منتهية بالتملك.

إذا كانت الإجارة منتهية بالتملك، وحل موعد التملك، وكان التملك مشروطاً بسداد أقساط الأجرة، والمستأجر لم يف ببعضها؛ فهل يسوغ تمديد مدة الإجارة وتقسيط الدفع المتأخرة ولو زاد مجموع قيمة الأقساط على قيمة الأجرة المتفق عليها في العقد؟
لهذه المسألة ثلاث أحوال:

الحال الأولى: أن يكون هذا الإجراء مشروطاً في العقد ابتداءً.

الحال الثانية: أن يلزم المستأجر بهذا الإجراء من غير رضاه.

والحكم في هاتين الحالتين المنع؛ لاشتغالهما على شبهة الربا وأكل المال بالباطل^(١).

الحال الثالثة: أن يكون هذا الإجراء باتفاق الطرفين بعد التعثر في السداد.

الحكم في هذه الحال يختلف عن سابقتها؛ لأنه عبارة عن إعادة جدولة للدين من دون زيادة على مقدار الدين، والوعد بالتملك بعد انتهاء مدة الإجارة المقررة في العقد مشروط بدفع أنجم الأجرة، ولم يلتزم بها المستأجر في أنجمها، فافتضى ذلك إنظاره إلى ميسرة بإعادة جدولة الأنجم المتبقية وتمديد مدة الإجارة، وحيث إن مدد الإجارة ساءت الزيادة عما سبق في أجرة المدة الجديدة، إلى جانب الأقساط السابقة؛ لأن الأجرة الجديدة واقعة في مقابل الزيادة في مدة الإجارة، وعقد الإجارة تزيد أجرته بزيادة مدته.

واستثنى بعض المعاصرين من تحريم الزيادة على المبالغ المقررة في الأقساط المنجمة من دون تمديد عقد الأجرة حالة واحدة جَوَزَ فيها الزيادة، وذلك فيما إذا كان تعثر المستأجر في القسط الأخير، وكان القسط الأخير مستحقاً في مقابل التملك لا إتماماً للأجرة، فأجازوه ولم يعدوه من الزيادة في الدين.

ذلك أن الدفعة المتعثرة مستحقة في مقابل التملك لا التأجير، فيجوز تعديل هذه الدفعة لعدم نشوء الدين بعد حيث لم يُبرم عقد التملك بين المؤجر والمستأجر^(٢).

المسألة الرابعة: حيازة موجودات المستأجر في العين المؤجرة حتى إكمال السداد.

التأخر في سداد الأجرة من المشاكل التي تنوع سبل علاجها لدى المصارف الإسلامية،

(١) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٨٣-١٨٤. (٢) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٨٤.

ومن الأفكار في هذا الباب: التوكل في حيازة موجودات المستأجر، إذا أعاد المالك يده على العين، على سبيل الارتهان حتى إكمال السداد.

وحيازة المصرف لمال المستأجر المتعثر يمكن تخريجها على بعض المسائل التي ذكرها الفقهاء في أبواب المعاملات، منها:

التخريج الأول: مسألة الظفر بالحق الذي ذكره بعض الفقهاء^(١)، وبنائها الشافعية على ما يأتي:
أولاً: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لزوجته أبي سفيان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «خذي ما يكفيك وكذلك بالمعروف» متفق عليه^(٢).

ثانياً: حديث عقبة بن عامر، قال: قلنا للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إنك تبعثنا فننزل بقوم لا يقرؤنا، فما ترى فيه؟ فقال لنا: «إن نزلتم بقوم فأمر لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حقَّ الضيف». رواه البخاري^(٣).

(١) قال بعض المعاصرين: مسألة الظفر: أن يظلم شخص شخصاً في حق، كأن يعمل عنده ولا يعطيه راتبه.. وشاء الله أن هذا المظلوم ظفر بمالٍ للرجل الذي ظلمه، فهل له الحق أن يأخذه خفية دون علم الرجل؟ وهل له الحق أن يتسلط على ماله بحكم المظلمة؛ لأن هذا تسلط على مال أبي سفيان باستحقاق؟ فأخذ منه بعض العلماء أنه إذا ثبت له استحقاق جاز له أن يأخذ من المال بقدر ما ظلم به. والصحيح أنه لا يجوز له ذلك؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»، فلو أن عاملاً ظفر براتبه من مال من يعمل عنده فقد خان الأمانة؛ لأنه مؤتمن على رعاية هذا المال. وأما حديث هند هذا فلا يدل على مسألة الظفر بالعموم، بل نقول: الأصل أن تحفظ الأمانة، وجاء حديث هند في مسألة الأزواج والزوجات؛ لأن الزوجة إذا افتقرت ربما تعرضت للحرام، ولأن الزوجة إذا أخذت لا يهتمها زوجها، وتستطيع أن تقول له: نعم، قد ظلمتني في كذا وكذا، ولكن الرجل إذا كان أجنبياً عن مال الرجل فإنه يهتم، ويترتب على ذلك من الضرر ما لا يخفى. اهـ. ونوقش الحديث فيما نقله ابن القيم عن الشافعي: أن الخيانة أخذ ما لا يحل له أخذه. اهـ. شرح زاد المستقنع لمحمد المختار الشنقيطي ٤/ ٣٣٤، وينظر: فتح الباري ٥/ ١٠٨، وإغاثة اللهفان ٢/ ٧٨.

(٢) رواه البخاري من حديث عائشة في باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ٣/ ٧٩ برقم ٢٢١١ وفي غيره من المواضع، ولفظه في هذا الموضع: «خذي أنتِ وبنوك ما يكفيك بالمعروف»، وفي رواية أخرى: «خذي بالمعروف»، ورواه مسلم ٣/ ١٣٣٨ برقم ١٧١٤ بلفظ: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»، وفي موضع آخر: قالت عائشة: جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة فقالت: يا رسول الله، واللّه ما كان على ظهر الأرض خباء أحب إليّ من أن يذلوا من أهل خباثتك، وما أصبح اليوم على ظهر الأرض خباء أحب إليّ من أن يعزوا من أهل خباثتك، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وأيضاً والذي نفسي بيده»، ثم قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل مسيك، فهل عليّ حرج من أن أطعم من الذي له عيالنا؟ فقال لها: «لا إلا بالمعروف».

(٣) رواه البخاري في باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه ٣/ ١٣١ برقم ٢٤٦١ وفي موضع غيره، ورواه مسلم ٣/ ١٣٥٣ برقم ١٧٢٧.

على أن مالكا في مشهور مذهبه وأحمد قد منعا من ذلك، وقصر أبو حنيفة ذلك على من ظفر بشيء من جنس حقه، لا من غير جنسه^(١).

ومسألة الظفر ليس فيها إذن من المدين، بخلاف مسألتنا التي يؤخذ فيها إذن المستأجر حين التعاقد، إلا أنه إذن ناقص، لتخلف ركن المأذون فيه، حيث لم تبين ماهيته في العقد، والمخرج عند من لا يشترط تسمية المرهون ومعايته تقييد ذلك بأن تكون الأشياء المحازة لدى طرف ثالث عدل^(٢)، وألا تتجاوز قيمة معينة يتفق عليها الطرفان في العقد؛ ليؤول الشرط إلى علم، فإن الفقهاء لا يشددون في أبواب الضمانات على ثغرة الجهالة إذا آلت إلى العلم؛ قال البهوتي: ويصح ضمان المجهول إذا آل إلى العلم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ يَمْحُلْ بَعِيرٌ وَنَاقَةٌ بِهٖ زَعِيمٌ﴾^(٣)، وهو غير معلوم؛ لأنه يختلف. اهـ^(٤)، وقال: ويصح أيضًا ضمان ما يجب بأن يضمن ما يلزمه من دين أو ما يداينه زيد لعمر، ونحوه. اهـ^(٥).

التخريج الثاني: على مسألة حبس الخياط للثوب على أجرته.

فهذا الثوب ليس للأجير المشترك، ومع ذلك حازه لضمان الأجرة من دون إذن مالكة، فأشبه ما يحوزه المؤجر من المستأجر؛ حيث لم يتفق على إمساك عينه في كل. قال البهوتي: إن حبس الثوب على أجرته فتلغ ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان، كالغاصب. اهـ^(٦).

ويبقى بعد ذلك في هذه الوسيلة قضيتان للمناقشة بشأن التوكل المعلق بشرط في مجهول يؤول إلى علم، والوعد المعلق بشرط على رهن مجهول يؤول إلى علم، وذلك كما يأتي:

القضية الأولى: التوكل المعلق بشرط في مجهول يؤول إلى علم.

(١) ينظر: فتح القدير ١٠/٥٠٣، والتفريع ٢/٢٦٣، وشرح النووي على مسلم ٨/١٢، والإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقن ١٠/١٧، وإغاثة اللهفان ٢/٧٥-٧٩، والدرر السنية ٦/٤١٥-٤١٦، وفتاوى ابن إبراهيم ١١/٢٠٥، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩/١٥٩-١٦٦، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٩/٧٠٠، والمعايير الشرعية، معيار المدين المماطل رقم (٣)، ص ٩٥.

(٢) ينظر: الحاوي ٦/٣٠٥.

(٣) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

(٤) الروض المربع ٣/٨٦٣. وينظر: البناية شرح الهداية ١٢/٥٢٤، المنتقى ٦/٨٣، والذخيرة ٨/٢٢٨، الحاوي ٦/٤٥١، والأشباه للسبكي ١/٢٩٤، والمغني ٤/٤٠٠-٤٠١، ومجموع الفتاوى ٢٩/٥٤٩.

(٥) الروض المربع ٣/٨٦٤. وينظر: المنتقى ٦/٨٣، والمغني ٤/٤٠١.

(٦) الروض المربع ٣/٩٦٨. وينظر: الحاوي ٦/٣٠٥، والإنصاف ٦/٧٧، ومتهى الإرادات ٣/١١٨.

قرر الفقهاء في باب الوكالة صحة الوكالة المعلقة بشرط؛ كالوصية، والإمارة^(١).
والمقصود بالإمارة: ما جاء في قول النبي ﷺ لما سير جيش مؤتة: «إن قُتل زيد فجعفر، وإن قُتل جعفر فعبد الله بن رواحة»^(٢).

هذا في شأن الوكالة المعلقة، أما الوكالة في مجهول فقد ذكر الفقهاء مما لا يصح من الوكالات: التوكيل في كل قليل وكثير.

وعللوا لفساد هذا النوع من الوكالات بأنه يدخل في هذه الوكالة كل شيء من هبة مال الموكل وطلاق نسائه وإعتاق رقيقه، فيعظم الغرر والضرر^(٣).

ولكن إذا كانت الجهالة يسيرة وآيلة إلى العلم، فإن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية قرر في معيار الوكالة وتصرف الفضولي ما نصه: شروط محل الوكالة (الموكل فيه): أن يكون معلوماً للوكيل، وتُغتفر الجهالة اليسيرة التي لا تؤدي إلى النزاع والجهالة التي تؤول إلى العلم، ويُستثنى من اشتراط معلومية محل الوكالة (الوكالة المطلقة)، مثل: استثمار هذا المال فيما شئت، ومع هذا تنقيد بما فيه مصلحة الموكل، وعند الحاجة يرجع للعرف. اهـ^(٤).

القضية الثانية: العدة المعلقة بشرط على رهن مجهول يؤول إلى العلم.

وعد العميل برهن الموجودات حال التعثر أولى من التعاقد على رهنه قبل العلم به؛ لأن العلم بالمرهون شرط لصحة الرهن عند غير المالكية. وتوجيه هذه المقدمة كما يأتي:

أولاً: أن ممتلكات المشتري لم تُسمَّ في العقد، ولا بد لصحة الرهن عند الشافعية والحنابلة من تعيينه والإشارة إليه مشاهدةً أو تسمية، ويعتبر في ذلك معرفة قدره وجنسه وصفته؛ لأن الرهن يتضمن معنى البيع إذ كان موضوعاً لاستيفاء الحق من ثمنه، فلما كانت جهالة المبيع مانعة من صحة البيع - كالحمل في بطن أمه - وجب أن تكون جهالة المرهون مانعة من صحة الرهن^(٥).

(١) سوى قول لبعض الشافعية بفساد الوكالة المعلقة بالشروط والآجال. ينظر: فتح القدير ٥٠١/٧، والحاوي ١٣٢/٦ و ٥٠٠، والروض المربع ٩٠٧/٣، وشرح منتهى الإرادات ١٨٤/٢، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٥-١٤/٤٥.

(٢) رواه البخاري في باب غزوة مؤتة من أرض الشام ١٤٣/٥ برقم ٤٢٦١.

(٣) ينظر: المبسوط ٧٠/١٩ و ١٥٧، وبداية المجتهد ٨٥/٤، والأم ١٢٦/٧-١٢٧، والإنصاف ٣٩٢/٥، والروض المربع ٩١٨/٣.

(٤) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٣)، ص ٦٢٠.

(٥) ينظر: الحاوي ١٨٢-١٨٣، والمغني ٢٨٢/٤، والروض المربع ٨٤١/٢.

وفي معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة أنه: يُشترط أن يكون المرهون مالا متقوماً، وأن يكون معيناً بالإشارة أو التسمية أو الوصف، وأن يكون مقدور التسليم. اهـ^(١).

ثانياً: عند الحنفية والشافعية لا بد أن يكون الرهن مقبوضاً في مجلس العقد؛ لقول الله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٢)؛ أي: إنه شرط صحة^(٣)، وعند غيرهم أنه شرط لزوم؛ فلا يلزم الرهن الراهن إلا بقبض المرتهن^(٤).

والأولى أن يبين في العقد مع العدة أن المصرف لا يملك الموجودات بعد حيازته، ذلك أن الفقهاء قرروا في مسألة اشتراط المرتهن أنه متى حل الحق ولم يوفني الراهن فالرهن لي بالدين، أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليه؛ أنه شرط فاسد.

رؤي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما، وشريح، والنخعي، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ من غير مخالف لهم^(٥)، والخلاف بينهم في صحة الرهن من فساد^(٦).

وفي المعايير الشرعية، في معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة: لا يحق للمرتهن اشتراط أن يملك المرهون مقابل دينه. اهـ^(٧).

والأصل فيه ما روى معاوية بن عبد الله بن جعفر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يَغْلُقُ الرهن»^(٨).

ومن نظائر هذه المسألة فيما يؤخذ بدون إذن رب المال بموجب حق سابق، ما جاء في قول الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْكُمْ مَفَاتِحُهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا﴾^(٩)؛ حيث نفى الله سبحانه وتعالى

- (١) المعايير الشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة (٣٩)، ص ٩٨٥.
- (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.
- (٣) ينظر: الأصل ١٣٣/٣، والحاوي ١٧٩/٦ وما بعدها.
- (٤) ينظر: بداية المجتهد ٥٧/٤، والفواكه الدواني ١٦١٩/٣، والروض المربع ٨٤٥/٢.
- (٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص ١٥٤/٣، ومختصر اختلاف العلماء ٣٠٥-٣٠٦، وروضة الطالبين ٨٠/٤، والمغني ٢٨٧/٤.
- (٦) ينظر: مختصر اختلاف العلماء ٣٠٦/٤، والمغني ٢٨٧/٤.
- (٧) المعيار رقم (٣٩)، ص ٩٨٨.
- (٨) رواه ابن ماجه، وغيره، في باب لا يغلق الرهن ٥٠٨/٣ برقم ٢٤٤١. وفصلت الكلام في تخريجه في هذا الباب في المبحث الثاني من الفصل السادس ص ٣٩١.
- (٩) سورة النور، الآية: ٦١.

الجُنَاح عن أنفسنا أن نأكل مما ظفروا به في البيوت المذكورة، ولو لم يكن ذلك بإذن رب المال لما يكون بين المذكورين من المخالطة، فنفى الله الجناح عن عباده رحمة بهم، وكذلك سمي الله المختصمين في الحقوق المالية خلطاء، لما يكون بينهم من اختلاط أموال بعضهم ببعض؛ قال الله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى الْآخَرِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾^(١).

فإن حازت الجهة موجودات المستأجر في العين المؤجرة، فاتجرت بها وقيمة الموجودات يوم الحيازة أكثر من الحق المطلوب، وتأخر المستأجر في استلام القدر الزائد عن المطلوب، فعلى الجهة إذا أعادت القدر الزائد أن تعيده مع نمائه من الربح، قال البخاري: باب إذا زرع بمال قوم بغير إذنه وكان في ذلك صلاح لهم. وأسند فيه حديث أصحاب الصخرة، وفيه أن الثالث قال: «اللهم إني استأجرت أجيرًا بفرق أرز، فلما قضى عمله قال: أعطني حقي، فعرضت عليه فرغب عنه، فلم أزل أزرقه حتى جمعت منه بقرا وراعيها، فجاءني فقال: اتق الله، فقلت: اذهب إلى ذلك البقر ورعاها فخذ، فقال: اتق الله ولا تستهزئ بي، فقلت: إني لا أستهزئ بك فخذ، فأخذه، فإن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج ما بقى، ففرج الله». اهـ^(٢).

المسألة الخامسة: فرض الشرط الجزائي على المستأجر.

يفرض الشرط الجزائي في عقود الإجارة بعد وقوع الضرر، كما يفرض ابتداءً عند التعاقد، بأن يتفقا على زيادة مالية معلومة على أصل قيمة الأجرة عند التأخر في الوفاء، وهذا الشرط مطبق لدى أكثر المصارف الربوية في عموم الديون التي تلحق العملاء، سواء أكان الدين مترتباً على أجرة أم لا^(٣).

وفي هذا نص المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك على عدم جواز اشتراط زيادة على الأجرة في حال التأخر عن السداد^(٤).

والسبب في المنع منه أن الأجرة دين في ذمة المستأجر، والزيادة على مقدار الدين لقاء التأخر من ربا الجاهلية^(٥).

(١) سورة ص، الآية: ٢٤.

(٢) رواه البخاري ٣/ ٣١٢ برقم ٢٣٤٤.

(٣) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٧٨.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك رقم (٩)، ص ٢٥٠.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية ص ٢٦٦.

ومن الشروط الجزائية في العقود الإيجارية ما لا يكون مشتملاً على زيادة مالية؛ كاشتراط حلول الأقساط المؤجلة عند التأخر في تسديد بعضها، وحياسة موجودات المستأجر في العين المؤجرة حتى إكمال السداد، وتمديد مدة الإجارة إذا كانت متتهية بالتمليك، مما تقدم أفراد في مسائل هذا المطلب.

المطلب الرابع: اشتراط الضمان على المستأجر

اتفق الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) على أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر، لا ضمان عليه فيها إلا بالتعدي أو التقصير؛ لأن قبض المستأجر للعين قبض مأذون فيه لاستيفاء منفعة مستحقة، والجواز الشرعي ينافي الضمان.

غير أن المالكية استثنوا حالة واحدة، وهي أن يكون المستأجر متهمًا، فإنه يحلف حينئذ على عدم التفريط^(٥).

فإن تعدى المستأجر على العين المؤجرة أو فرط في حفظها، ضمن بلا خلاف^(٦)؛ لأن لازم الجنائية على مال الغير الضمان^(٧).

فأما أن يفعل المستأجر ما أجز له، على مقتضى العقد أو العرف، فإنه لا يترتب على الضرر الناشئ عنه ضمان، وذلك محل اتفاق^(٨).

مسألة: شرط المؤجر على المستأجر الضمان مطلقاً.

لا خلاف بين الفقهاء في جواز اشتراط الضمان على الأمين في حال التعدي أو التفريط؛ لأنه شرط يقتضيه العقد ويوجبه، فالشرط لا يزيده إلا وكادة^(٩).

ونقل الخلاف فيما لم يتعد فيه المستأجر أو يفرط على أقوال ثلاثة:

- (١) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠، ودرر الحكام ١/ ٥٩١.
- (٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٢٤.
- (٣) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٤، ومغني المحتاج ٢/ ٣٥١.
- (٤) ينظر: المغني ٦/ ١٣٠، والمبدع ٥/ ١١٣، والروض المربع ٣/ ٨٦٤-٨٦٥.
- (٥) ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٢٤.
- (٦) ينظر: المبسوط ١٥/ ١٣٠، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٣٧، وروضة الطالبين ٥/ ٢٦٣، والإقناع ٢/ ٣١٦، والمعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المتتهية بالتمليك رقم (٩)، ص ٢٥١.
- (٧) ينظر: المجموع ١٥/ ٩٤.
- (٨) ينظر: المراجع السابقة مع المبسوط ٢٧/ ٥٠، والروض المربع ٣/ ٩٥٢، وكشاف القناع ٤/ ١٩.
- (٩) ينظر: الشروط التعويضية ٢/ ٧٢٠-٧٢١.

القول الأول: اشتراط الضمان على المستأجر أو الأمين باطل.

وهو قول الجماهير من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤)، وهو ظاهر ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي^(٥)، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٦).

القول الثاني: يجوز اشتراط الضمان على الأمين إذا كان لأمر يخافه صاحب العين، ويلزم الشرط إن تلفت العين فيما خافه وإن تلفت فيما سواه لم يلزمه.

وهو قول عند المالكية^(٧)، واختاره بعض المعاصرين^(٨).

القول الثالث: اشتراط الضمان على المستأجر شرط صحيح ملزم.

قال به بعض المعاصرين^(٩)، وذكروا أنه الرواية الثانية لأحمد^(١٠).

الأدلة:

استدل بعض أصحاب الأقوال بأدلة، وذلك كما يأتي:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بطلان شرط الضمان على المستأجر فيما لم يتعد فيه أو يفرض بما يأتي:

الدليل الأول: أن هذا شرط ما أذن به الشرع، بل ينافي مقتضى العقد، وفيه ظلم على المستأجر بتضمينه ما ليس ملكاً له، وتغريمه ما لا يعود غنمه إليه، فيدخل في حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا

(١) ينظر: المبسوط ١/١٦١ و ١٧٤، وحاشية ابن عابدين ٦/٦٨، ودرر الحكام ١/١٥٤ و ٥٩٢.

(٢) ينظر: المدونة ٣/٤٥٠، والذخيرة ٥/٥٠٧.

(٣) ينظر: المجموع ١٥/٥٠ و ٩٤، والحاوي ٧/٣٧١.

(٤) ينظر: المغني ٥/٣٩٦، وشرح منتهى الإرادات ٢/٣٨٢.

(٥) حيث جاء في القرار الصادر بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك، رقم (١١٠) عام ١٤٢١ هـ أن من ضوابط الجواز في الصور الجائزة للإجارة: أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٤٦٠.

(٦) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الضمانات رقم (٥)، ص ١٣٠.

(٧) ينظر: بلغة السالك ٣/٥٥٦-٥٥٧.

(٨) ينظر: الشروط التعويضية ٢/٧٤٣.

(٩) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٩٥.

(١٠) ينظر: المغني ٥/٣٩٧، والشروط التعويضية ٢/٧٢٣-٧٢٤؛ على أن كلام أحمد كان في إجارة الأشخاص لا الأعيان.

أن النبي ﷺ قال: «ما بَالُ أقوامٍ يشترطون شروطاً ليست في كتابِ الله، ما كان من شرطِ ليس في كتابِ الله فهو باطلٌ، وإن كان مائةَ شرطٍ، قضاءُ الله أحقُّ وشرطُ الله أوثقُ»^(١)، والشرع دل على أن يد المستأجر يد أمانة فلا يصح تضمينها إلا بتعدُّ أو تفريط^(٢).

الدليل الثاني: اشتراط الضمان على المستأجر يؤول إلى ربح ما لم يضمن^(٣).

الدليل الثالث: قول الصحابي.

فقد جاء عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: «لا يصلحُ الكِراءُ بالضمان»^(٤)، وهو محكي عن فقهاء المدينة، وهذا يدل على أن العمل عليه عند الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم^(٥).

ويمكن أن يناقش: بقول ابن عبد البر: وأما الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم فُرُوي عن عمر وعلي أن لا ضمان في العارية، ورُوي عن ابن عباس وأبي هريرة أنها مضمونة، والله الموفق للصواب. اهـ^(٦).

الدليل الرابع: القياس على النخلة التي اشترى ثمرها.

فإن المستأجر قبض العين المؤجرة ليستوفي منها ما ملكه فلم يضمها بالقبض، كالمرأة في يد الزوج، والنخلة التي اشترى ثمرتها^(٧).

أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بأن تضمين المستأجر مطلقاً شرط صحيح وملزم بما يأتي:

الدليل الأول: ما في اشتراط الضمان على الأمين من حاجة معتبرة ومصلحة راجحة، ولا

(١) رواه البخاري في باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ٧٣/٣ برقم ٢١٦٨؛ من حديث عروة بن الزبير أن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: جاءتني بريرة، فقالت: كاتب أهلي على تسع أواق، في كل عام وُقِيَّة، فأعيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ، فقال: «خُذِيهَا واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله سبحانه وتعالى وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتابِ الله، ما كان من شرطِ ليس في كتابِ الله فهو باطل، وإن كان مائةَ شرطٍ، قضاءُ الله أحقُّ، وشرطُ الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»، ورواه البخاري في غير هذا الموضع.

(٢) ينظر: فتح القدير ١٢٦/٨، والمغني ٣٩٦/٥، وإجارة الموصوف في الذمة ص ١٩٦-١٩٧.

(٣) ينظر: إجارة الموصوف في الذمة ص ١٩٧.

(٤) أخرجه الذهبي في سير أعلام النبلاء ١٢/٦٢٨.

(٥) ينظر: المجموع ١٥/٥٠، وإجارة الموصوف في الذمة ص ١٩٧.

(٦) التمهيد ١٢/٤٤.

(٧) ينظر: المهذب ٢/٢٦٦.

دليل على تحريره، وهو مقتضى الرفق بالناس والتيسير عليهم^(١).

الدليل الثاني: بأن صفوان بن أمية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اشترط على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضمان العارية، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بل عارية مضمونة»، مع أن يد المستعير يد أمانة^(٢).

ونوقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: الأصل في العواري الضمان، وصفوان يومئذ حديث عهد بالإسلام، فأعلمه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن العواري مضمونة في حكم الإسلام، فلا يكون قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من قبيل الشرط^(٣).

ويمكن أن يجاب: بأن يد المستعير يد أمانة ما لم يتشارطاً؛ لما روي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: «ليست العارية مضمونة، إنما هو معروف إلا أن يخالف فيضمن»^(٤)، وما روى عبد الرزاق عن معمر عن بعض بني صفوان بن أمية، قال: «استعار النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من صفوان عاريتين، إحداهما بضمان، والأخرى بغير ضمان»^(٥)، وقول ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لما سأله ابن أبي مليكة: أضمن

(١) ينظر: ضمان الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية بالشرط ضمن كتاب فقه المعاملات المالية ص ١٤٩.
(٢) أخرجه أحمد ١٤/٢٤-١٢/١٤ برقم ١٥٣٠٢، وأبو داود في باب تضمين العارية ٥/٤١٤-٤١٦ برقم ٣٥٦٢، والنسائي في باب تضمين العارية ٥/٣٣٢ برقم ٥٧٤٧ عن صفوان، واللفظ لأحمد، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعار منه يوم حنين أدراعاً، فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة»، قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يضمناها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب. وروي عن بعض التابعين، كعطاء ومسروق وشريح، أن العارية مضمونة مقطوعاً عليهم. والحديث صححه ابن حبان، وقال البيهقي: وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلًا فإنه يقوى بشواهد مع ما تقدم من الموصول. اهـ. وقال ابن عبد الهادي: رواه ثقات، وقد أعل. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤/٣١٥-٣١٦، وسنن البيهقي ٦/١٤٨، والمحرر ص ٥٠٤، ونصب الراية ٣/٣٧٧ و ٤/١١٦-١٢٠، وإرواء الغليل ٥/٣٤٦.

(٣) ينظر: معالم السنن ٣/١٧٦، وشرح السنة للبغوي ٨/٢٢٦.

(٤) رواه عبد الرزاق في باب العارية ٨/١٧٩ برقم ١٤٧٨٨.

(٥) رواه عبد الرزاق في باب العارية ٨/١٧٩ برقم ١٤٧٨٩، وهو عند أحمد ١٤/٢٤-١٢/١٤ برقم ١٥٣٠٢، وأبي داود في باب تضمين العارية ٥/٤١٤-٤١٦ برقم ٣٥٦٢، والنسائي في باب تضمين العارية ٥/٣٣٢ برقم ٥٧٤٧ عن صفوان، واللفظ لأحمد، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعار منه يوم حنين أدراعاً، فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة»، قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يضمناها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب. وروي عن بعض التابعين، كعطاء ومسروق وشريح، أن العارية مضمونة. والحديث صححه ابن حبان، وقال البيهقي: وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلًا، فإنه يقوى بشواهد مع ما تقدم من الموصول. اهـ. وقال ابن عبد الهادي: رواه ثقات، وقد أعل. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤/٣١٥-٣١٦، وسنن البيهقي ٦/١٤٨، والمحرر ص ٥٠٤، ونصب الراية ٣/٣٧٧ و ٤/١١٦-١٢٠، وإرواء الغليل ٥/٣٤٦.

العارية؟ فقال: «نعم إن شاء أهلها»^(١)، وقول الشعبي: لا يضمن صاحب العارية ولا الوديعة^(٢)، وقول قتادة: لا تُضمن العارية، إلا أن يضمنها صاحبها^(٣)؛ قال الترمذي: ذهب بعض أهل العلم من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيرهم إلى هذا، وقالوا: يضمن صاحب العارية، وهو قول الشافعي وأحمد. وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيرهم: ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يخالف، وهو قول الثوري، وأهل الكوفة، وبه يقول إسحاق^(٤).

قال الشوكاني مبيناً سبب الخلاف: فَمَنْ استدل بهذا الحديث -يعني حديث صفوان- على أن العارية مضمونة جعل لفظ (مضمونة) صفةً كاشفةً لحقيقة العارية، أي: أن شأن العارية الضمان، ومن قال: إن العارية غير مضمونة جعل لفظ (مضمونة) صفة مخصصة، أي: أستعيرها منك عارية متصفة بأنها مضمونة، لا عارية مطلقة عن الضمان^(٥).

المناقشة الثانية: يمكن أن يناقش بأن قياس عقد الإجارة على عقد العارية قياس مع الفارق؛ لأن العارية ليست من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة.

الدليل الثالث: أن الأصل في الشروط الصحة، والمسلمون على شروطهم^(٦).

ونوقش: بكون هذا الحكم مخصوصاً بالأدلة الدالة على عدم جواز اشتراط الضمان على الأمين، ومخصوصاً بالأدلة الدالة على منع الغرر، فإن اشتراط الضمان على الأمين فيه نوع غرر، وذلك أن هذا الشرط له أثر في المعاوضة؛ فإن أجرة الشيء المضمون على المستأجر ليست كأجرة غير المضمون في المقدار^(٧).

ومن ضمن الأمين في إجارة الأشخاص، لم يضمن الأمين في إجارة الأعيان^(٨)، لما بينهما من الفرق.

الترجيح:

الراجح هو بطلان شرط الضمان على المستأجر فيما لم يتعد فيه أو يفرط؛ لما جاء في الأدلة والمناقشات، وللقاعدة الفقهية: الغنم بالغرم، فغنم أجرة منفعة العين من المستأجر في مقابل ضمان المالك للعين، كما أن غنم رب المال في المضاربة في مقابل غرمه إذا خسر المضارب، ولو ضمن المضارب لرب المال الربح لكان من ربح ما لم يضمن، وهو ربا، وفي القاعدة الكلية: كل ما كان أمانة

(١) رواه عبد الرزاق في باب العارية ١٨٠/٨ برقم ١٤٧٩١.

(٢) ينظر: مصنف عبد الرزاق ١٧٩/٨. (٣) ينظر: مصنف عبد الرزاق ٨٠٩/٨.

(٤) الجامع ٥٧/٢. (٥) نيل الأوطار ٨٥/٣.

(٦) ينظر: المغني ٣٩٧/٥. (٧) ينظر: الشروط التعويضية ٧٤٠/٢.

(٨) ينظر: المغني ٣٩٧/٥، والروض المربع ٩٦٩/٣.

لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه^(١)، والأصل المتيقن منه أن ضمان العين على مالها، فلا يزول هذا الحكم إلا بيقين مثله، كتعدي المستأجر أو غيره من الأيدي العادية.

قال الخطابي: والشيء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله. اهـ^(٢)، وأهل الجاهلية لما بدلوا مواضع بعض الأشهر الحُرْم مع بقاء أصل الحكم، وهو تحريم أربعة أشهر من السنة، كان ذلك من سوء أعمالهم، وزيادة في كفرهم؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحْلُونَ دَعَامًا وَيَحْرِمُونَ دَعَامًا لِيُؤْثِرُوا عِدَّةَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيُحِلُّوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ زَيْنَ لَهُمْ سُوءُ أَعْمَالِهِمْ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾^(٣)، ثم إن تضمين المستأجر فيما لم يتعد فيه أو يفرط مخل بأصول هذا الباب، وذريعة إلى ظلم أفراد الناس من قبل التجار وأصحاب العقارات.

وقد جاء عن غير واحد من الصحابة رضي الله عنهم الأثر: «ليس على مؤتمن ضمان»^(٤)، أو ما في معناه.

وعن عطاء ومجاهد وطاوس: لا ضمان على الأجير الراعي، وإن اشترطوا ذلك عليه^(٥).

(١) ينظر: المغني ١٦٥/٥، والمبدع ١٠/٥، وموسوعة البورنو ٤٥٠/٧.

(٢) معالم السنن ١٧٦/٣. (٣) سورة التوبة، الآية: ٣٧.

(٤) رواه الدارقطني ٣/٤٥٥ برقم ٢٩٦١ في كتاب البيوع من طريق عبد الله بن شبيب عن إسحاق بن محمد عن يزيد بن عبد الملك عن محمد بن عبد الرحمن الحَجَبِي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضمان على مؤتمن»، ومن طريقه البيهقي ٦/٤٧٣ برقم ١٢٧٠ في باب لا ضمان على مؤتمن، وأورده الرازي في تفسيره سورة النساء بلفظ: «لا ضمان على راع ولا مؤتمن»، والحديث ضعيف، ضعفه البيهقي والذهبي وابن الملقن وابن حجر؛ قال ابن عبد الهادي معلقاً على حديث الدارقطني في سننه: هذا إسناد لا يعتمد عليه؛ فإن يزيد بن عبد الملك ضعفه أحمد وغيره، وقال النسائي: متروك الحديث، وعبد الله ابن شبيب ضعفه.

ينظر: مفاتيح الغيب للرازي ١١٠/١٠، وشرح صحيح البخاري لابن بطال ١٤٦/٧، وتنقيح التحقيق لابن عبد الهادي ٤/٢٠٠، وتنقيح التحقيق للذهبي ٢/١٣٧، والبدر المنير ٧/٣٠٢-٣٠٣، والمطالب العالية ٣/٢١٤، ونصب الراية ٤/١٤١.

(٥) رواه محمد بن الحسن في كتابه الأصل ٣/٤٣٣ من طريق أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن عطاء وطاوس ومجاهد به.

وفي معناه روى ابن وهب في موطئه ص ٦٤ من حديث الليث، عن يحيى بن سعيد أنه قال: ليس على الأجير الراعي ضمان شيء من رعيته، إنما هو مأمون فيما هلك أو ضل، يؤخذ يمينه؛ القضاء على ذلك عندنا. اهـ. وقال: أخبرني رجال من أهل العلم عن ابن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، ويكير، وشريح الكندي؛ مثله، وقال بعضهم: إلا أن تقوم البيئة بإهلاكه متعمداً. ينظر: الأصل لمحمد بن الحسن ٣/٥٦١-٥٧٣، والمدونة ٣/٤٤٨-٤٥٠، والحاوي ٧/٤٢٥-٤٢٧، والإشراف لابن المنذر ٦/٣١٣-٣١٤.

وبعد، فإن في النفس شيئاً من إيراد القول الثاني والقول الثالث في هذه المسألة كما فعل بعض الباحثين؛ حيث لم يقلهما أصحابهما في مسألة تضمين المستأجر أصالة، بل كلامهم في تضمين الأمين في عقود أخرى، كالوديعة، أو في إجارة الأشخاص، لا إجارة الأعيان^(١).
ومن ثمرة الخلاف: أن عقد الأجرة إذا جرى مع تضمين المستأجر مطلقاً كان في فساد العقد وجهان عند المانعين، بناء على مسألة الشروط الفاسدة في البيع^(٢).



(١) ينظر: الشروط التعويضية ٢/ ٧٣٢.

(٢) ينظر: المجموع ١٥/ ٥٠، والمغني ٥/ ٣٩٦، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٦٤)، ص ٥٣.

المبحث الثاني

الضمان في عقود المقاولة لإنشاء موقع صرف آلي

يجري على ألسنة الفقهاء إطلاق مصطلح المقاولة بين المتبايعين على ما يكون بينهما من القول والمفاوضة والمساومة، وهذا المعنى ليس مقصوداً في هذا المبحث.

والمقاولة في الاصطلاح: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر^(١).

وقد ظهر مصطلح المقاولة على لسان الفقهاء بالمعنى الاصطلاحي المعاصر في القرن الثاني عشر الهجري، وقرروا حينذاك جواز المقاولة في البناء على العمل كله مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً^(٢).

وفي مجلة الأحكام العدلية جرى تعريف الاستصناع بأنه: عقد مقاولة مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً^(٣).

ومن المعاصرين من يرى أن عقد المقاولة من العقود المستحدثة بصرف النظر عن التزام المقاول؛ هل يلتزم بتقديم العمل والمواد معاً، أم يلتزم بتقديم العمل دون المواد^(٤).

ولدى المصارف الإسلامية عقود معتمدة لإنجاز أعمال المقاولة لإنشاء الصرافات الآلية، وقد انتخبت عقداً منها عليه العمل في مصرف الإنماء للوقوف على مواضع الضمان فيه، عنوانه: عقد مقاولة لتنفيذ مشروع صراف آلي، حيث يسند المصرف إلى المقاول أعمال إنشاء الصراف الآلي^(٥) وغيرها.

وبالنظر في نسخة هذا العقد المعتمدة لدى مصرف الإنماء وتأمله، استخرجت من أوجه الضمان ما يجري مجرى الشرط في العقد، ويأخذ حكم الأصل في الشروط من حيث الصحة واللزوم، سوى ما دل الدليل على منعه، فانتظمت لدي الضمانات في المطالب الآتية:

(١) عقد المقاولة للدكتور عبد الرحمن العايد ص ٤٩.

(٢) ينظر: مرشد الحيران لمحمد باشا، المادة (٥٠٩)، ص ٨٢-٨٤، والشرح الممتع ١٠ / ٧٧.

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢٤)، ص ٣١.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ٨ / ٣٢٣.

(٥) المقصود بالأعمال الإنشائية في هذه العقود: أعمال الحفر والردم والصب والتسليح والبناء لمواقع الصراف الآلي.

المطلب الأول: ضمان كفاءة العمال والمشرفين

تشتمل عقود المقاوله لإنشاء الصرافات الآلية على التزام المقاول باستعمال العدد الكافي - من العمال المتخصصين والمشرفين - للعمل، وأن يكون جميع القائمين بالعمل لديه - من مهندسين وبنائين وفنيين وعمال - أكفاء ومهرة وذوي خبرة سابقة ومقبولة من المصرف، وللمصرف الحق في مطالبة المقاول بتغيير من يظهر له إهماله أو عدم كفاءته، وفي هذه الحال يلتزم المقاول بعدم توظيف هذا الشخص في الموقع مرة أخرى، بل يستبدل به شخصاً آخر أكثر كفاءة، يوافق عليه المصرف.

واشترط كفاءة العمال والمشرفين من موجبات الوفاء بالعقد وإتقان العمل، فهو مطلوب ولو لم يُنص عليه، إلا أنهم ينصون عليه تبعاً لبعض العقود الأجنبية، إذ كانت فكرة المصارف التجارية مستوردة من المصارف الرأسمالية.

ومما يدل على مبدأ إتقان العمل بين المتعاقدين قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(١)، ومن معاني الإحسان: إتقان العمل^(٢)، والأمر في الأصل للوجوب، كما أن إتقان العمل أدعى إلى عدم الاختلاف^(٣).

غير أن اشتراط تغيير من يظهر للمصرف إهماله أو عدم كفاءته، هكذا مطلقاً، محل نظر؛ لأن ما يظهر للمصرف قد يخالف ما يظهر للمقاول، والمقاول أعرف بعماله وأدرى بالعمل المعقود عليه؛ والأولى أن يقيد هذا الشرط برأي محكم خبير ذي ذمة منفصلة بحيث لا يفضي إلى النزاع مستقبلاً، ويسميان في العقد الخبير الذي يرضيانه.

المطلب الثاني: ضمان سلامة العاملين

تشتمل عقود المقاوله لإنشاء الصرافات الآلية على إلقاء عبء مسؤولية سلامة العاملين في الموقع على المقاول، وكذلك كل فرد ذي صلة بالعمل في موقع إنشاء الصراف الآلي.

والمقصود من اشتراط ذلك أن يهيئ المقاول في موقع العمل الأجهزة المناسبة والوسائل الكافية للمحافظة على سلامة العاملين ووقايتهم من المخاطر المحتملة، وأن يستخرج لهم تأميناً طبياً تكافلياً تعاونياً يتقاسم فيه المشتركون تكاليف المصائب المحتملة لضمان تطبيهم عند وقوع حادث أو إصابة في أثناء العمل، وبعد انتهاء مدة الاشتراك تقسم جهة التأمين ما بقي من اشتراكات التأمين وأرباحها التي عُرِلت للاستثمار بين المشتركين.

(٢) ينظر: توضيح الأحكام ٦٢/٧.

(١) سورة النحل، الآية: ٩٠.

(٣) ينظر: تسهيل الفقه للجبرين ٦٨/١٠.

والأصل في هذه المسؤولية: ما روى البخاري في صحيحه عن النبي ﷺ أنه قال: «كلُّكم راعٍ وكلُّكم مسؤولٌ عن رعيته؛ الإمام راعٍ ومسؤولٌ عن رعيته، والرجل راعٍ في أهله وهو مسؤولٌ عن رعيته، والمرأة راعيةٌ في بيت زوجها ومسؤولةٌ عن رعيته، والخادم راعٍ في مال سيده ومسؤولٌ عن رعيته»^(١)، وأنه ﷺ قال: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يُسلمه»، أي: لا يلقيه في الهلكة^(٢).

المطلب الثالث: ضمان مطابقة الأعمال المنفذة والمواد لشروط العينات المعتمدة وأصول الصناعة

يقر المَقاول في أثناء التعاقد بأنه قد عاين مواقع العمل معاينة نافية للجهالة، وأنه فحص ودرس طبيعة الأعمال موضوع هذا العقد، وأنه ملتزم بتنفيذ الأعمال والمهام المسندة إليه في هذا العقد وفق ضوابط وتعليمات المصرف وحسب شروط وأحكام العقد وملاحقه، وبحسب الأصول المهنية والهندسية السليمة، وهذا يُنص عليه عادةً في تمهيد العقد.

كما يلتزم المَقاول بتوفير جميع المواد اللازمة لتنفيذ العمل، من معدات وآلات وأدوات ومياه وكهرباء، طبقاً للبرنامج الزمني للعمل، على أن تكون مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها، ومطابقة للعينات المقدمة من المَقاول.

وأن للمصرف الحق في رفض الأعمال أو المواد التي لا تطابق العينات المعتمدة أو الرسومات أو الشروط أو أصول الصناعة، وكذا ما لم يحقق نتائج القبول في الاختبارات الحقلية والمعملية، وأن المَقاول ملتزم -وحده وعلى حسابه- بإزالة المواد والأعمال المرفوضة واستبدالها بغيرها فور تسلمه أمراً كتابياً من المصرف، وذلك دون الإخلال بحق المصرف في تحميل المَقاول ما قد ينجم عن ذلك من أضرار أو يترتب عليه من استحقاقات تعويضية، ومن ذلك تكاليف إعادة الاختبارات الحقلية أو المعملية، ولا يكتسب المَقاول في هذه الحال حقاً في المطالبة بتمديد مدة العقد أو في المطالبة بزيادة على المبلغ المتفق عليه.

فإذا اتفق طرفا المَقاول على مستوى جودة مسمى في المواد، فعلى المستصنع الالتزام بجودة المواد التي يقدمها؛ لأن هذا هو مقتضى الأمانة في العهد والوفاء بالعقود المأمور به في قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣).

(١) رواه البخاري في باب الجمعة في القرى والمدن ٢/ ١٤ برقم (٩٠٣).

(٢) رواه البخاري في باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه ٣/ ٣٨٠ برقم (٢٤٥٥).

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

فإن أتى المَقاول بمحل المَقاولة على وجه غير الذي اتفقا عليه، كان لرب العمل (المَقاول) الخيار في القبول أو الرد، ولا يعرف خلاف بين الفقهاء في ذلك إذا كان العمل محل الإنجاز أدنى من المتفق عليه، وللمَقاول أن يطالب بتنفيذ ما يقتضيه عقد المَقاولة؛ لأن المسلمين على شروطهم، وللطرفين أن يصطلحا على قبول العمل محل المَقاولة ولو بالخط من قيمة العقد؛ لأن النقص في القيمة يقابل النقص الواقع، وإن قبل المَقاول العمل وهو أقل من المتفق عليه دون أن يطلب الخط من قيمة العقد فهو أفضل ما لم يتعد الضرر إلى غير المَقاول؛ لأنه من حسن الاقتضاء^(١).

فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف، وخاصة ما يتعلق بأصول الصنعة، تبعاً للعمل الذي يقوم به المَقاول، فالبناء له أصول معروفة، كالحدادة والسباكة والحياسة، كلها لها أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة إلى ذكرها في العقد؛ لأن العادة محكمة، والمعروف عرفاً بمنزلة المشروط شرطاً في عقود المسلمين ومبايعاتهم^(٢).

أما تحمل المَقاول تبعة الأضرار الناجمة، كتكاليف استبدال المواد والأعمال التي لا تتناسب مع أصول الصنعة أو لا تطابق المتفق عليه، فلا أن التقصير وقع من قبل المَقاول بلا عذر، فيتحمل تبعاته.

المطلب الرابع: ضمان حسن التنفيذ والسلامة من العيوب

في عقود المَقاولة مع الجهات المصرفية ومن تنبيه يلتزم المَقاول بإجراء أعمال الصيانة والإصلاحات للعيوب الناتجة عن عيب في التنفيذ أو نتيجة الإهمال أو القصور من جانبه في تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في هذا العقد، وذلك لمدة مسماة تبدأ من تاريخ التسليم الابتدائي للمشروع، وفي حال ظهور عيوب ناتجة عن سوء التنفيذ أو عيوب مصنعية خلال مدة الضمان؛ فيخطر المصرف المَقاول بخطاب رسمي لعمل تلك الإصلاحات حسب الأصول، وفي حال عدم بدء المَقاول في تنفيذ هذه الإصلاحات خلال مدة مسماة من تاريخ إخطاره؛ فيحق للمصرف تكليف من يرى لعمل تلك الإصلاحات وتحمل المَقاول جميع التكاليف وفروق الأسعار، وللمصرف احتجاز ما قيمته (٥٪) من إجمالي مستحقات المَقاول لضمان حسن تنفيذ المَقاول لالتزاماته الناشئة عن العقد، ويفرج عن القيمة المحتجزة بعد مرور عام من تاريخ الاستلام النهائي، بشرط حسن التنفيذ، وخلو الأعمال المنفذة من العيوب والملحوظات.

(١) ينظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٢٩)، ص ٧٦، والإشراف ٦ / ٣١١، وعقد المَقاولة للعائد ص ١٧٣

و ٢١٩-٢٢١، وتسهيل الفقه للجبرين ١٠ / ٧١، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣ / ٣٢٨-٣٢٩.

(٢) ينظر: صحيح البخاري، باب إذا وكل رجلاً أن يعطي شيئاً ولم يبين كم يعطي فأعطى على ما يتعارفه الناس ٣ / ٢٩٥، والمعاملات المالية للديان ٨ / ٣٥٧، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعاً ودراسة أ. د. عبد السلام الحصين ص ٥٥٣.

كما يلتزم المقاول بتحمل المسؤولية وتعويض المصرف عن أي خطأ أو إهمال أو تفريط أو سوء استخدام يكون سبباً في الخسائر مادية أو بشرية، وأن يتم تعويض المصرف عن جميع الأضرار والخسائر الحقيقية التي تسبب بها المقاول - ما لم يكن ذلك لقوة القاهرة -.

وهذا يعني أن يد المقاول يد ضمان حتى تسليم العمل، وأن عليه أن يستفرغ وسعه لإتقان العمل حسب أصول الصناعة وما تعورف عليه، وهذا هو مقتضى المبادئ المتقدمة والمتمثلة في أداء الأمانة وإتقان العمل وتحمل تبعه التقصير وكون الأصل في العقود الوفاء وفي الشروط الجعلية الصحة^(١)؛ فإذا أهمل ولم يُحسن عمله فإنه غاش لرب العمل، وعلى المقاول كذلك أن يسلك السبل الموصلة إلى الإتقان، فلا يتشاغل عن عمله بما يتسبب في الخطأ أو الإهمال والتقصير.

فإذا اشترط رب العمل (المقاول) أن يقدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتهما؛ طبقاً لشروط العقد إذا وُجدت، وإلا تطبيقاً للعرف الجاري^(٢).

وما يحتج به المصرف من إجمالي مستحقات المقاول لضمان حسن تنفيذ المقاول لالتزاماته الناشئة عن العقد، هو من تأخير بعض العوض، والخيار في ذلك راجع إلى المقاول، فإنه إذا رضي بذلك وأقر به كان هو المتنازل عن حقه في التعجيل.

المطلب الخامس: تعويض المصرف من قبل المقاول عن الأضرار إذا امتنع عن إخلاء الموقع أو تأخر في تسليمه

يرد في عقود المقاول المبرمة مع الجهات المصرفية الإسلامية أن المقاول حلّ أجل التسليم إذا لم يُخلِ الموقع ويُنظفه، فللمصرف، دون الحاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء، إخلاء الموقع وتنظيفه على حساب المقاول وحسباً من مستحقاته، ويتحمل المقاول تعويض المصرف عن الأضرار التي قد تلحق به، أو تلحق بغيره، نتيجة لامتناع المقاول عن إخلاء الموقع أو تأخره في إخلائه، أو تسليمه للمصرف أو من يحدده.

وذلك أن امتناع المقاول عن إخلاء الموقع لغير عذر بعد انتهاء العمل وانقضاء المدة المسماة في العقد، يعد شغوراً لعين غير مملوكة للمقاول وتصرف في المال بغير إذن مالكة.

وأما التأخر في تسليم العمل فهو مخالفة لما اتفقا عليه والمسلمون على شروطهم، ما لم يكن تأخر المقاول بسبب المتقاول أو بسبب طرف خارجي لا يد للمقاول فيه ولا قوة له في دفعه؛ فحيث لا يعمل بهذا الشرط التعويضي ولو تضرر المتقاول بالتأخر؛ لأن المقاول لم يتسبب فيه.

(١) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعاً ودراسة. أ. د. عبد السلام الحصين ص ٥٢٠.

(٢) ينظر: عقد المقاول للعائد ص ١٨١، والمعاملات المالية للديان ٨/ ٣٥٧.

وهذا الشرط المشترط في عقد المقابلة من الشروط التعويضية في العقود، وهي شروط توجب عوضاً لا يقتضيه العقد أصالة، وحق المطالبة بالتعويض لا يعني حق التعويض وثبوت الضرر على كل حال، وحق التعويض عند ثبوته لا يعني التعويض بالقيمة التي يقدرها الطرف المدعي على كل حال.

وقد توسع هذا العقد في مسألة التعويض؛ لأن تأخر أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته في مواعييدها المشروطة يؤثر في مصالح الطرف الآخر، وقد يبلغ به ذلك منزلة الضرر، وفي الوقت المعاصر صار التأخر عن الميقات المتفق عليه مضرّاً على نحو أكثر مما كان قبل في العصور السابقة. فلا يكفي لدفع هذا الضرر، بعد ثبوته، القضاء على المقاول بتنفيذ التزامه الأصلي؛ لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، وليس فيه جبر لضرر توقف سير العمل وتعطل المنشأة أو الخسارة وتراكم الحقوق على المستصنع؛ الأمر الذي دعا إلى اشتراط ضمانات مالية على الطرف المتأخر في تنفيذ التزامه، وهذا الضمان هو الذي يعرف بالشرط الجزائي، وهو حافز قوي للالتزام بالعقد. وقد أجاز في معيار الاستصناع الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، أن يكمل المستصنع العمل على حساب الصانع، ونصه: يجوز النص على حق المستصنع في تنفيذ الاستصناع على حساب الصانع في حال امتناعه عن التنفيذ أو الإتمام خلال مدة محددة، تبدأ منذ التوقف عن العمل في حالة استصناع مبانٍ أو منشآت على أرض المستصنع. اهـ^(١)، والاستصناع كالمقابلة إذا شملت المقابلة عمل المقاول وتقديم المواد منه.

على أن المشهور عند الحنفية أن عقد الاستصناع عقد غير لازم، وأن أي خلل طارئ يمنع الصانع من تنفيذ ما تعاقد عليه، فلكل واحد من الطرفين الخيار في فسخ العقد، غير أن المتأخرين من الحنفية اعتمدوا القول بلزوم العقد^(٢).

ولكن متأخري فقهاء الحنفية بينوا أن المواعدة تكون لازمة لحاجة الناس^(٣)، والحاجة في الإلزام بالمواعدة ظاهرة في عقود الاستصناع، وإلا تضرر المشتري والبائع.

والسبب في اختلافهم هذا هو الخلاف في طريق نشوء الاستصناع عندهم؛ هل يكون مواعدة أم معاودة؟

(١) ينظر: تسهيل الفقه للجبرين ١٠/ ٧٠-٧١، والمعايير الشرعية، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي رقم (١١)، ص ٣٠٣.

(٢) ينظر: المبسوط ١٢/ ١٣٩-١٤٠، وبدائع الصنائع ٥/ ٣-٤، وفتح القدير ٧/ ١١٧، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٢٤، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٢٩)، ص ٧٦.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٧-٢٧٨، ومعين الحكام ص ١٤٧.

وفي هذا قرر مجمع الفقه الإسلامي، في دورته السابعة المنعقدة بجدة عام ١٤١٢هـ، في القرار الصادر بشأن عقد الاستصناع: جواز الشرط الجزائي في عقد الاستصناع، ونص الحاجة منه هنا: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. اهـ^(١)، والتعويض جزاء.

كما ذهب في هذا القرار إلى اشتراط تحديد الأجل في الاستصناع^(٢).

فالمقولة، باعتبارها استصناعاً في بناء، عقد يصح تأقيته، وذكر الوقت في العقد يجري مجرى الشرط، وإذا كان العقد مؤقتاً وجب الالتزام بالمدة المتفق عليها؛ وفاء بالشرط، ولأن رب العمل ما ضرب الأجل إلا وله فيه مصلحة، فلا يحق للمقاول تفويتها عليه، ويكون التسليم بترك موضع المقولة تحت سلطة المتقاول وتصرفه، وهو يختلف من عمل لآخر، فتسليم المنقولات يكون عن طريق المناولة يدًا بيد، وتسليم العقارات يكون بالتخيلة بينها وبين صاحبها.

وإذا لم يُذكر الوقت فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظراً لطبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة، وحسب عرف الحرفة، فعدم التأقيت في العقد لا يسوّغ للمقاول التأخر في الإنجاز بحجة أن الوقت لم يُتعرّض له في العقد.

كذلك، لو جرى الاتفاق على المقولة ولم تُذكر المدة، غير أن هذا العمل سيفوت الغرض منه لو لم ينجزه خلال مدة معينة ممكنة، فحينئذ يلزم المقاول إنجاز العمل في الوقت الذي يتمكن فيه المتقاول من الانتفاع به، كما لو كانت المقولة على إنشاء صراف في المشاعر المقدسة للحجاج خاصة في عام مسمى.

وإذا كان التأخر بسبب جائحة، أو حادث فجائي، أو فعل الغير؛ انتفت مسؤولية المقاول بشرط ألا يكون ذلك مسبباً بخطأ منه؛ لأن في ذلك تحقيقاً للعدل ورفعاً للضرر عن المتضرر، وإلا كان مسؤولاً بقدر هذا الخطأ^(٣).

فإذا ترتب على الامتناع عن تنفيذ هذا العقد، أو التأخر في تنفيذه من غير عذر، ضررٌ يتمثل في لحوق خسارة أو فوات ربح؛ فللفقهاء المعاصرين قولان في جواز التعويض عن هذا الضرر، وهما كما يأتي:

القول الأول: جواز التعويض عن هذا الضرر.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١٣٧/٧.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١٣٧/٧.

(٣) ينظر: عقد المقولة للعايد ص ١٧٩، وتسهيل الفقه للجبرين ١٠/٦٩، والمعاملات المالية للديان ٨/٣٥٧.

وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي^(١)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٢)، وعليه أكثر المعاصرين^(٣).

القول الثاني: عدم جواز التعويض عن الضرر المترتب على الامتناع عن الوفاء بالعقد أو على التأخير فيه.

وبه قال بعض المعاصرين^(٤).

الأدلة:

استدل أصحاب القولين بأدلة، وهي كما يأتي:

أدلة القول الأول:

استدل من أجاز التعويض بأدلة، وهي كما يلي:

الدليل الأول: كون الامتناع عن الوفاء بالعقد أو التأخير فيه مخالفة للأمر الوارد في الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥)، فيكون تعدياً، والتعدي يوجب الضمان عن الضرر المالي^(٦).

الدليل الثاني: القاعدة الفقهية: الضرر يُزال.

وإزالة الضرر المالي المتمثل في فوات الربح أو لحوق الخسارة أو فوات المنفعة بعدم التنفيذ باعتبار أن المنفعة متمولة، يكون بالتعويض عنه^(٧).

الدليل الثالث: المصلحة.

فإن هذا الشرط الجزائي من مصلحة العقد، وهو وارد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، وليس ديناً في الذمة^(٨).

(١) ففي الفقرة الخامسة من قرار المجمع الصادر بشأن الشرط الجزائي رقم (١٠٩): الضرر الذي يجوز التعويض عنه

يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/ ١٩٨١، ودعاوى التعويض للمتيهي ص ٣٤٧ و ٣٧٧.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي رقم (١١)، ص ٣٠٦، وفيه ما نصه: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً غير محجف لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ يتفق عليه الطرفان إذا لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة. اهـ.

(٣) ينظر: الشروط التعويضية ١/ ٣٤٧.

(٤) كالخفيف والسنهوري. ينظر: الضمان للخفيف ص ١٨- ٢٠ و ٤٦، ومصادر الحق للسنهوري ١٦٨/ ٦، والشروط التعويضية ١/ ٣٤٧.

(٥) سورة المائدة، الآية: ١. (٦) ينظر: الشروط التعويضية ١/ ٣٤٨.

(٧) ينظر: الشروط التعويضية ١/ ٣٤٨. (٨) ينظر: المعايير الشرعية ص ٣١٦.

الدليل الرابع: القياس على الغاصب.

فإن الغاصب فوت المنفعة المؤكدة على صاحب المغصوب، وكذلك الملتزم بتنفيذ العقد إذا تأخر في تنفيذ العقد أو لم ينفذه بالكلية، فيتحمل تبعه فعله^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم جواز التعويض عن الضرر المترتب عن الامتناع عن الوفاء بالعقد أو التأخير فيه بأدلة، وهي كما يلي:

الدليل الأول: قول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢).

فإن أساس التعويض قائم على مبدأ البدلية، مال بمالٍ مكافئ له، وهذا الضرر ليس بمال؛ فالتعويض عنه ضرب من أكل الأموال بالباطل^(٣).

ونوقش: بأنه لا دليل على اختصاص الضرر الموجب للتعويض بالضرر الوارد على الأعيان المالية دون المنافع^(٤).

الدليل الثاني: أن سبيل رفع الضرر في مثل هذا هو الإلزام بالتنفيذ لا بالتعويض، كما يلزم المدين المليء المماطل بأداء الحق^(٥).

ونوقش: بأن الإلزام بالتنفيذ لا يكفي لجبر الضرر، كما لو امتنع الأجير عن سقي الزرع حتى تلف، فإن إلزامه بالسقي لا يرفع الضرر، والقياس على المدين قياس مع الفارق^(٦).

الترجيح:

الظاهر رجحان القول الأول لما جاء في الأدلة والمناقشات، ولكونه أقرب إلى العدل وأدعى لانضباط عقود المسلمين.

ويمكن أن يُستدل على مبدأ التعويض العام عن الأضرار في العقود المالية بما يأتي:

أولاً: قضية داود وسليمان عليهما السلام في قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ۝ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ۖ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا

(١) ينظر: الشروط التعويضية ١/ ٣٤٩، وتسهيل الفقه للجبرين ١٠/ ٧٠.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٩. (٣) ينظر: الضمان للخفيف ص ٢٠.

(٤) ينظر: الشروط التعويضية ١/ ٣٤٩.

(٥) ينظر: الضمان للخفيف ص ٢٠.

(٦) ينظر: الشروط التعويضية ١/ ٣٤٩.

وَعَلَّمَ^(١)؛ حيث بُنيت القضية على اعتبار مبدأ التعويض عما أكلت الغنم من الحرث.
ثانيًا: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِنْ أَرْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعاقِبْتُمْ فَتَأْتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ
أَرْوَاجُهُمْ مِثْلَ مَا أَنْفَقُوا^(٢)؛ ذلك أن من ذهب زوجته من المسلمين إلى الكفار مرتدة وفاتت عليه،
لزم أن يعطى بدل ما أنفق عليها من المهر أو غيره^(٣).

المطلب السادس: توقيت مدة الضمان في عقد المقاولة

تبين عقود المقاولة المبرمة مع لجهات المصرفية الإسلامية مدة ضمان المقاول للأعمال
التي أنشأها، على نحو العبارات الآتية:

أولًا: يلتزم المقاول بإصلاح العيوب ومعالجة الأخطاء في الأعمال المسلمة تسليمًا ابتداءً،
والتي قد تظهر خلال مدة الضمان المسماة في بند التسليم الابتدائي.

ثانيًا: يضمن المقاول أعمال الهيكل الإنشائية لمدة مسماة في العقد تبدأ من تاريخ التسلم
النهائي للمشروع، بما في ذلك العيوب الإنشائية في الهيكل ومشاكل هبوط الموقع، حتى لو تطلب
ذلك إعادة البناء على نفقة المقاول.

وفي حال عدم بدء المقاول في تنفيذ هذه الإصلاحات خلال مدة مسماة في العقد من تاريخ
إخطاره؛ فيحق للمصرف تكليف من يرى لعمل تلك الإصلاحات، وتحمل المقاول التكاليف
وفروق الأسعار؛ منعًا لتضرر رب العمل، ولأن المسلمين على شروطهم^(٤).

ورب العمل (المقاول) إذا تسلم العين بعد الفراغ من العمل المعقود عليها فيها، سليمة من
العيوب، وقبلها، فإن المقاول حينئذ قد أدى التزامه، والأصل أن تخرج العين في هذه الحال من
ضمان المقاول، فلو تلفت بعد ذلك لم يضمنها، إلا بالشرط أو السبب العائد إلى تفريط المقاول في
المواصفات المتفق عليها أو تعديده، وعلى المقاول عبء الإثبات^(٥).

(١) سورة الأنبياء، الآيتان: ٧٨-٧٩. (٢) ينظر: دعاوى التعويض للمتبيح ص ١٢١-١٢٤.

(٣) سورة الممتحنة، الآية: ١١.

(٤) ينظر: تفسير الطبري ٢٢/٥٨٩-٥٩٣، تفسير السعدي ص ٨٥٧.

(٥) ينظر: تسهيل الفقه للجبرين ١٠/٧٠.

(٦) ينظر: الإشراف ٢/٦٢٦، والمهذب ٢/١٨١، والمعايير الشرعية، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي رقم
(١١)، ص ٣٠٤-٣٠٥، وعقد المقاولة ٢٤٢-٢٤٤، وقد ذكر اختلاف الفقهاء في مسألة ما لا يجب ضمانه؛
هل يضمن بالشرط؟ وذكر حفظه الله أن القائلين بالمنع هم الجمهور ورجح ذلك، وعكس هذا الخلاف
على مسألة هذا المطلب في العيوب الناجمة بسبب عمل المقاول أو بسبب من غيره، محل نظر، والظاهر
أن المانعين أرادوا ضمان ما جاءت الشريعة على عدم ضمانه كالوديعة. وقد تقدم في المبحث الثاني من =

والفقهاء أوردوا مسألة تأقيت الكفالة المالية إلى أجل معلوم، والكفالة المالية هي التي يعبر عنها الشافعية والحنابلة بالضمان، ومع أنهم لم يروا فيها مانعاً ظاهراً سوى الشافعية^(١)، ويمكن أن تخرج عليها مسألتنا التي هي توقيت ضمان عمل العامل في عقد المقاولة، وقد جاء في معيار الاستصناع ما نصه: يجوز تحديد مدة لضمان عيوب التصنيع أو الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليه الطرفان أو يجري بها العرف. اهـ^(٢).

وقد استندوا في ذلك إلى أنه شرط يحقق المقصود من الاستصناع وهو الانتفاع بالشيء المصنوع، ولا يتأتى ذلك إلا بسلامته من العيوب^(٣)، ويمكن أن يستدل له بالقياس على ما يجب لضمان عمل معين أو شخص معين، فكذلك الضمان المؤقت بالزمان، والقياس على الضمان المعلق، ولأن الضامن حر في الشيء الذي يضمه، فلا يكلف إلا بما ضمن.

وتأقيت ضمان العامل لما عمله أقرب إلى العدل مع نفي الضرر؛ لأن الضمان إلى أجل معلوم يحقق مقصود المتقاول في إتقان العمل، ويرفع الضرر عن المتقاول إذا انتهت مدة الضمان وتلف العمل بعد مدة طويلة لانتهاء عمر البناء أو لغير ذلك من العوامل الخارجية.

فاشترط ضمان المتقاول لما عمله مدة مسماة شرط صحيح معتبر؛ لأنه شرط موصل إلى مقصد إتقان العمل، وتحمل مسؤولية التفريط، ويحقق مقتضى العقد ولا يخالف مقصوده^(٤).

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٥)، ومن معاني الإحسان: إتقان العمل^(٦)، والأمر في الأصل للوجوب.

= الفصل الأول بحث مسألة الشروط في العقد وتحرير أقوال المذاهب والخلوص إلى أن الأصل في الشروط الصحة ما لم تخالف مقصود العقد؛ لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والمتعاقدان قد رضيا بهذا الشرط، والمسلمون على شروطهم ما لم تحرم حلالاً، أو تحل حراماً، بل إن الضمان يعزز مبدأ إتقان العمل الشرعي، ويحد من النزاع بين أطراف العقد.

(١) وسوّغ بعضهم الضمان إلى أجل مجهول. ينظر: حاشية ابن عابدين ٢٨٩/٥، ولوامع الدرر على مختصر خليل للمجلسي ٦١٢/٩، ومغني المحتاج ٢١٣/٣، ونهاية المحتاج ٤٥٦/٤، والفروع ٤٠٥/٦، وشرح منتهى الإرادات ١٣١/٢، وتسهيل الفقه للجبرين ١٧٤/١٠.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي رقم (١١)، ص ٢٩٧ و ٣٠٠.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي رقم (١١)، ص ٣١٤.

(٤) ينظر: تسهيل الفقه للجبرين ١٧٤/١٠.

(٥) سورة النحل، الآية: ٩٠.

(٦) ينظر: توضيح الأحكام ٦٢/٧.

وينبغي ألا يكون الضمان المشروط على المقاول، بعد تسليم الموقع ورفع يده، مشتملاً على ضمان ما تلف بسبب خارجي، كالتلف الحادث بسبب أجنبي، أو جائحة نزلت بالناس؛ لأن في شرط الضمان المطلق على المقاول ظلماً عليه وتكليفه بما لا يلزمه.

المطلب السابع: حق المصرف في حجز موجودات الموقع من آلات ومواد لضمان حقوقه

تشتمل عقود المقاولة التي تتعامل بها الجهات المصرفية الإسلامية على تقرير حق المصرف المتقاول في الحجز على ما قد يوجد في موقع العمل من آلات المقاول وأدواته ومواد وخلافه - ما لم يجرّ تسلّم المشروع تسلّماً نهائياً - ضماناً لحقوقه، وذلك في الأحوال الآتية:

الحال الأولي: إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو مواصفات الأعمال، ولم يتدارك ذلك بعد إخطاره من قبل المتقاول أو من ينوب عنه من الخبراء.

الحال الثانية: إذا توقف المقاول أو امتنع عن تنفيذ الأعمال جميعاً أو جزء منها، لأي سبب كان، دون إذن كتابي من المصرف لمدة تزيد عن مدة مسماة.

الحال الثالثة: إذا ظهر من المقاول تباطؤ في سير العمل أو أهمل أو أغفل التزاماته المنصوص عليها في العقد، ولم يصلح أثر ذلك خلال مدة مسماة من تاريخ إخطاره، وترتب عليه إكمال المصرف لتنفيذ الأعمال محل العقد على حساب المقاول.

الحال الرابعة: إذا فُسخ العقد وترتب على المقاول التبعات والخسائر الناجمة عن التأخر في إخلاء أو تسليم الموقع وما يلحقها من تعويض^(١).

وحجز أملاك أحد طرفي التعاقد مذكور في معاملات الناس القائمة على الإجارة في الأعمال؛ كما قال البهوتي: إن حبس الثوب على أجرته فتلّف ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان، كالغاصب. اهـ^(٢).

فهذا الثوب ليس للخياط، ومع ذلك حازه، لضمان الأجرة، من دون إذن مالكة، فأشبه ما يحوزه المصرف من موجودات المقاول، غير الحجز في هذا المثال كان من قبل الأجير العامل، ولذلك قد لا تتفق المسألتان في الحكم الذي ذكره البهوتي، وعلى هذا لو تلفت المحجوزات في يد المصرف المتقاول هل يضمنها للمقاول؟ الأشبه أنه لا يضمنها لإذن المالك بذلك في العقد المبرم بينهما.

(١) ينظر: تسهيل الفقه للجبرين ١٠/٦٩-٧٢، وفتاوى الاستصناع والمقاولات والسلم لندوة البركة ص ٧٧.

(٢) الروض المربع ٣/٩٦٨. وينظر: الحاوي ٦/٣٠٥، والإنصاف ٦/٧٧، ومتهى الإرادات ٣/١١٨.

والمقصود من حجز المتقاوّل لموجودات المقاوّل في موقع العمل المتقاوّل فيه أحد أمرين:
الأول: إزالة مانع من موانع استكمال العمل مع مقاوّل آخر، وفي هذا حفظ لحق المتقاوّل
في أرضه من دون حاجة داعية إلى الترافع أمام القضاء، والانتظار إلى حين الحكم ثم إنهاء إجراءات
تنفيذ الحكم.

الثاني: استيفاء حقّ للمتقاوّل، كحقه في إكمال العمل على حساب المقاوّل إذا تشارطا على
ذلك في العقد المبرم، من دون الترافع أمام القضاء والانتظار إلى حين الحكم ثم إنهاء إجراءات
تنفيذ الحكم.

فظهر من هذين الأمرين أن في تفويض المقاوّل للمتقاوّل بالتصرف في موجودات الموقع
في الأحوال المسماة، مصلحةً معتبرة، وفي اعتبار هذه المصلحة يقول ابن القيم: ولا ريب أن هذا
خيرٌ للراهن والمرتهن من تكليفه الرّفْع إلى الحاكم، وإثباته الرهن، واستئذانه في بيعه والتعب
الطويل الذي لا مصلحة فيه سوى الخسارة والمشقة^(١).

غير أن إطلاق الحجز على موجودات الموقع قد يلحقه شبهة الاعتداء والظلم إذا لم يُضبط
بما يحفظ حقوق الطرفين، وبيان ذلك كما يأتي:

أولاً: الحجز على آلات المقاوّل ومواده ينبغي أن يقيد بما لا يزيد على قيمة المطالبات، فما
زاد عليه يُمكنّ المقاوّل من تسلمه ويشعر بذلك.

ثانياً: إذا اشتمل العقد على تفويض المقاوّل للمتقاوّل في بيع الآلات والمواد في الأحوال
المسماة، فلا ينبغي أن تزيد مدة الحجز على المدة التي يمكن في مثلها عادة البيع واستيفاء الحق،
ويسلمّ المقاوّل ما فاض على الحق المطلوب من قيمة البيع.

ثالثاً: بيان سبيل إثبات وقوع المقاوّل في الأحوال المذكورة الموجبة للفسخ والحجز، ولا بد
من ذلك حتى لا يحابي المصرف نفسه فيظلم المقاوّل، وقد يترتب على حجز آلات المقاوّل توقف
المقاوّل عن العمل، والدخول معه في نزاع، فالأولى إذا لم يرغب المتقاوّل في اللجوء إلى القضاء
أن يسميا في العقد محكمًا خبيرًا يرضيانه في الفصل بينهما عند النزاع.

المطلب الثامن: حق المصرف في إيقاع شرط جزائي على المقاوّل لضمان التزاماته التعاقدية

تنص عقود المقاولة مع الجهات المصرفية الإسلامية أن المقاوّل إذا تأخر عن تسليم الأعمال
المسندة إليه بموجب العقد في المدة المتفق عليها؛ فيحق للمصرف، دون اللجوء للقضاء، إيقاع شرط

جزائي على المَقاول يحسم من مستحقاته بواقع نسبة مسماة من قيمة الفاتورة لكل موقع على حدة، ويتحمل المَقاول التكاليف التي يبذلها المَصرف نتيجةً لهذا التأخير - ما لم يكن ذلك لجائحة عامة -.

بحث الفقهاء المعاصرون مسألة الشرط الجزائي في العقود التي لا يترتب على إيقاع الشرط فيها ربا، ولهم فيها اتجاهات يمكن إجمالها في قولين:

القول الأول: إنه شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به.

وذلك ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول.

ويجب الرجوع في تقديره إلى العدل والإنصاف، على حسب ما فات من منفعة، أو كبح من مضرة.

وهو قول هيئة كبار علماء السعودية^(١)، ومجمع الفقه الإسلامي^(٢)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣)، وجمهور المعاصرين^(٤).

القول الثاني: الشرط فاسد، غير مفسد للعقد.

وهو قول الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود^(٥)، وبعض الباحثين^(٦).

الأدلة:

استدل أصحاب الأقوال بأدلة، وهي كما يأتي:

- (١) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/ ٢٩٥.
- (٢) وذلك في دورة المجمع السابعة المنعقدة بجدة عام ١٤١٢ هـ، حيث جاء في قراره الصادر بشأن عقد الاستصناع: رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. اهـ. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/ ٦٧٠.
- (٣) حيث جاء في معيار الاستصناع ما نصه: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً غير مجحف لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ يتفق عليه الطرفان إذا لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة. اهـ. ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي رقم (١١)، ص ٣٠٦، وتسهيل الفقه للجبرين ١٠/ ٥٩٢.
- (٤) قال ابن عثيمين: أن تكون المدة المقدرة معقولة، بحيث إن هذا البيت يبنى في هذه المدة، أما إذا كان يبنى في سنة وقال: في ستة شهور فإن هذا لا يجوز؛ لأنه غرر. ينظر: الشرح الممتع ١٠/ ٧٧، وعقد المَقاوله ص ٢٣٩، والشروط التعويضية ١/ ١٣٥ و ٤٢٥ و ٤٤٢، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة لليميني ص ٣٢٢، والمعاملات المالية للديان ٨/ ٤٥٣.
- (٥) ينظر: مجموع رسائل الشيخ عبد الله آل محمود ١/ ٣٠٧.
- (٦) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة لليميني ص ٣٢٢.

أدلة القول الأول:

استدل مصححو الشرط الجزائي بأدلة، وهي كما يأتي:

الدليل الأول: أن الأصل في الشروط الصحة، فلا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً^(١).

والدليل على هذا الأصل عموم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٣)، وما روي عنه صلى الله عليه وسلم من قوله: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٤)، ولقول عمر رضي الله عنه: مقاطع الحقوق عند الشروط. اهـ^(٥).

الدليل الثاني: السبر والتقسيم.

فباستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفاسدة، وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع:

أحدها: شرط يقتضيه العقد؛ كاشتراط التقابض، وحلول الثمن.

الثاني: شرط من مصلحة العقد؛ كاشتراط صفة في الثمن؛ كالتأجيل، أو الرهن، أو الكفيل به، أو صفة في المثل، ككون الأمة بكرًا.

الثالث: شرط فيه منفعة معلومة، وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، وليس منافياً لمقتضاه ولا لمقصوده؛ كاشتراط البائع سكنى الدار شهراً.

وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع:

أحدها: اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقداً آخر؛ كبيع، أو إجارة، أو نحو ذلك.

الثاني: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، كأن يشترط في المبيع أن لا خسارة عليه، أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق.

الثالث: الشرط الذي يتعلق به العقد، كقوله: بعتك إن جاء فلان.

(١) ينظر: تسهيل الفقه للجبرين ١٠/ ٥٩٢. (٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(٣) سورة النحل، الآية: ٩١.

(٤) رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح، وسبق تخريجه في الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب السابع.

(٥) رواه ابن أبي شيبة، وسبق تخريجه في الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الثالث. ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/ ٢٩٤.

وبتأمل الشرط الجزائي يُخلص إلى أنه من الشروط المشتملة على ما فيه مصلحة للعقد؛ إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له^(١).

الدليل الثالث: ما رُوي عن ابن سيرين: أن رجلاً قال لكرهه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه. اهـ^(٢).

ويمكن أن يناقش: بأن الجمهور على أنها عدة لا يجب الوفاء بها، خلافاً لما قضى به شريح^(٣).

الدليل الرابع: ما رُوي عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتكَ الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجز. فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت. اهـ. فقضى عليه^(٤).

يعني أنه قضى على المشتري بسبب إخلافه الموعد وإخلاله بالالتزام^(٥)، ومشتري المنفعة في الإجارة كمشتري العين في البيع بجامع المعاوضة في كل.

وعند عبد الرزاق^(٦) أن ابن سيرين قال: اختصم إلى شريح في رجل اكرى من رجل ظهره، فقال: إن لم أخرج يوم كذا وكذا فلك زيادة كذا وكذا، فلم يخرج يومئذ وحبسه، فقال شريح: من شرط على نفسه شرطاً طائعاً غير مكره أجزأه عليه. اهـ.

فهذا التعويض في مقابل تأخر العمل أو تعطله، وهو ما يسمى في العقود الأجنبية بالشرط الجزائي^(٧).

ونوقش: بأن هذا من بيع العربون وليس شرطاً جزائياً، ولو كان شرطاً جزائياً فقول السلف ليس حجة في ذاته^(٨).

- (١) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/ ٢٩٥.
- (٢) ينظر: عقد المفاوضة ص ٢٤٠، أبحاث هيئة كبار العلماء ١/ ٢٩٥-٢٩٦، موقف الشريعة من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار لابن منيع في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٤٢١/ ٥.
- (٣) ينظر: عمدة القاري للعيني ١٤/ ٢١، وشرح القسطلاني على صحيح البخاري ٤/ ٤٥٥.
- (٤) أورده البخاري في صحيحه ٣/ ١٩٨ معلقاً بصيغة الجزم في باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم، وإذا قال: مائة إلا واحدة أو ثنتين.
- (٥) ينظر: عقد المفاوضة ص ٢٤٠، وأبحاث هيئة كبار العلماء ١/ ٢٩٥، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/ ٥٢٢.
- (٦) في المصنف في باب الشرط في الكراء ٨/ ٥٩ برقم ١٤٣٠٣.
- (٧) ينظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ص ٧١٩.
- (٨) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/ ٤٩٨.

ويمكن أن يناقش: بأن الأثر لم يبين بم قضي به على الواعد بالشراء؛ بثمن المبيع أم بالغرامة والتعويض، أم بمصروفات البائع الفعلية التي ترتبت على وعد المشتري؟

والاحتمال الأخير هو الظاهر، قال ابن بطال: إن المكارين لإبلهم في الأمصار يخرجون الإبل إلى المسارح الخصبة البعيدة، ويبقون في الأمصار يعقدون الكرى مع الناس ويتعدون على الرحيل يوم كذا، فربما استجلبوا الإبل ذلك اليوم، فيقول التجار: لم يتهاى لنا الخروج اليوم، فيشق على الحمالين علف إبلهم، فيقول التجار: إن لم أر حل معك يوم كذا فلك كذا تعلف به إبلك^(١).

الدليل الخامس: قياس الشرط الجزائي على بيع العربون.

ذلك أن حقيقة بيع العربون هي دفع مال غير مسترد للبائع إن عدل المشتري عن الصفقة، وإن مضت الصفقة حُسب العربون في جملة الثمن.

فالجامع بين الشرط الجزائي والعربون: الالتزام بدفع مبلغ مسمى من المال، لكن الشرط الجزائي في مقابل الإخلال بالشرط، والعربون في مقابل الإخلال بأصل العقد والعدول خياراً.

فإذا صدر ذلك عن رضا المتعاقدين صح؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢).

الدليل السادس: تحقيق مقصد الشريعة في الوفاء بالعهود والعقود المأمور به في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤).

حيث إن الإخلال بالعقد مظنة الضرر، وتقويت المنافع، والشرط الجزائي يقع في مقابلة الإخلال بالالتزام، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي مصلحة المتعاقدين، كما أن فيه سداً للتلاعب بحقوق العباد^(٥).

الدليل السابع: كون الشرط الجزائي وارداً على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، وليس وارداً على دين في الذمة^(٦).

ويمكن أن يستدل لهم بدليل ثامن، وهو: سد ذريعة النزاع حال التأخر في تنفيذ الالتزام.

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال ١٣٨/٨.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ٥/٤٩٨-٤٩٩.

(٤) سورة المائدة، الآية: ١.

(٥) ينظر: عقد المقالة ص ٢٤٠، وأبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢٩٥، والمعايير الشرعية ص ٣١٦.

(٦) ينظر: المعايير الشرعية ص ٣١٦.

وذلك ببيان ما يلزم المتعاقدين حال التأخر، والشريعة تمنع الجهالة في البيع أو ما يؤول إليها كبيع الملامسة والمنابطة وبيع ما ليس عند البائع حسمًا لمادة النزاع.

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بفساد الشرط الجزائي في عقود المقاولة ونحوها بما يأتي:
الدليل الأول: أن تقدير الشرط الجزائي قبل حصول التأخر تقدير لا يُبنى على أساس عادل؛ لأن الضرر الذي يصاحب التأخر في تنفيذ العمل غير معلوم قبل وقوعه^(١).

ويمكن أن يناقش بما يأتي:

المناقشة الأولى: أن تقدير الأشياء قبل وقوعها بغلبة الظن أمر ممكن من الخبراء العارفين بمآلات الأمور، والحرص معمول به شرعًا في أبواب من البيع، كبيع العرايا.

المناقشة الثانية: أن إقرار مبدأ الشرط الجزائي على المفاوض عقد المقاولة ونظائره لا يقتضي ضرورة إقرار الشروط الجزائية المجحفة، بل إن الشرع والعقل ينفياها، والقضاء يرد الشروط الجزائية المبالغ فيها إلى الأقيام والتقدير العادلة.

الدليل الثاني: بينت الشريعة الإسلامية ما هو مشروع لضمان تنفيذ الأعمال، وذلك بالرهن والكفالة، ولم تمنع الشريعة من اللجوء إلى القضاء لتعزيز المماطل وإثبات الضرر الحقيقي والمطالبة بالتعويض عنه^(٢).

الدليل الثالث: سد ذريعة ظلم العامل.

ذلك أن في الشرط الجزائي من الإضرار بالمفاوض والصانع ومن إليهم ما قد يذهب بحقوقهم وسعيهم الذي هو حاصل تجارتهم^(٣).

ونوقش: بأن الشرط الجزائي إذا كان كثيرًا عُرِفًا، بحيث يراد به التهديد المالي، بعيدًا عن مقتضى القواعد الشرعية؛ فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف، على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة^(٤).

ويمكن أن يناقش: بأن تقدير الشرط الجزائي يُبنى في العقود على رأي خبير، وعادة التجار ألا يدخلوا فيما يعود عليهم بالخسارة.

(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٣٢٦.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٣٤٢.

(٣) صحيح البخاري ٢٩٥/٣.

(٤) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٩٥/١.

الترجيح:

ذكر بعض المعاصرين أن الشرط الجزائي شرط جائز ومشروع في المذاهب المشتهرة؛ لأنه شرط مقترن بالعقد جرى به العرف، وفي اعتبار ما جرى به العرف قال البخاري: باب إذا وكل رجلاً أن يعطي شيئاً ولم يبين كم يعطي، فأعطى على ما يتعارفه الناس^(١).

كما أن فيه مصلحة للعقد، وملاءمة له، ولذلك فهو صحيح عند الحنفية لجريان العرف به، وصحيح عند الشافعية لأن فيه مصلحة للعقد، وصحيح عند المالكية لأن فيه مصلحة للعقد، ولأنه شرط ملائم لم يرد بإلغائه وتحريمه أو جوازه نص خاص، فهو ملائم مرسل، وهو جائز وصحيح من باب أولى عند الحنابلة الذين لا يحرمون إلا الشروط التي ورد بتحريمها نص، أو التي تنافي مقتضى العقد^(٢).

والراجع هو القول الأول القاضي بتصحيح الشروط الجزائية إزاء حالات التأخر في التسليم والإخلال بالاتفاق مع المفاوض والصانع ونحوهما إذا لم يجرِ الربا بإيقاع الشرط الجزائي، وكان التصدير بلا عذر مقبول، وذلك لما ذكر في الأدلة والمناقشات ولما تقدم في المطلب الأول من المبحث الثاني في الفصل الأول، وعنوانه: ضمان تسليم ثمن المبيع في الوقت المتفق عليه بالاتفاق على شرط جزائي، وهذا القول أحرى للوفاء بالعقود وأداء الأمانات.

والملاحظ على العقود المصرفية المبرمة مع المفاوضين لإنشاء مواقع الصرافات الآلية، من التركيز على حقوق المصرف المتفاوض أكثر من المفاوض، وللمفاوض حقوق مشروعة؛ كالتمكين من إنجاز العمل في الموقع المتفق عليه، وتسليم المفاوض الدفعات المالية في مواقيتها، وتسلم المتفاوض للعمل فور إنجازه^(٣).



(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٣٤٢.

(٢) ينظر: بحث الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي لناجي شفيق ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٩٨/١٢.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ٣٦٩/٨ وما بعدها.

الفصل الثالث

الضمان في الشركات والتوكيلات في المصرفية الإسلامية

ويشتمل على:

المبحث الأول: الضمان في المضاربة المصرفية.

المبحث الثاني: الضمان في الشركات المصرفية المساهمة.

المبحث الثالث: الضمان في اتفاقية تسلم طلبات اكتتاب أسهم حقوق الأولوية.

المبحث الرابع: الضمان في اتفاقية أمين الحفظ للشركات.

المبحث الخامس: الضمان في الوكالة بالاستثمار بين المصارف.

المبحث الأول

الضمان في المضاربة المصرفية

من المناسب هنا إلقاء نظرة على تعريف الفقهاء لعقد المضاربة، وسأعرض اجتهاد الحنابلة في تعريفها، حيث قالوا: هي دفع مالٍ وما في معناه معينٍ معلوم قدره إلى من يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه له أو لعبده أو لأجنبي مع عمل منه، ويسمى أيضًا قِرَاضًا^(١).

وفي معيار المضاربة الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن المضاربة هي: شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب آخر (المضارب)^(٢).

وبناء عليه، فالمضاربة ضرب من أضرب الشركات، وقد ذكر بعض المعاصرين أن صيغة المضاربة هي الصورة المثلى للعلاقة بين المصرف وعملائه، حيث كانت أقرب إلى العدل وأحرى لتحقيق مقاصد الطرفين، وأبعد عن الصورية، وأنفع للسوق، مع كونها معينة للمصرف أو من ينيب في المضاربة على الاجتهاد وبذل الوسع في التجارة محل المضاربة؛ فإن العامل - المضارب - إذا لم يشترط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح^(٣).

المطلب الأول: ضمان رأس مال المضاربة المصرفية على الهبوط وعلى الصعود

أجمع الفقهاء على أن المال في يد المضارب أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط^(٤)، ومستند إجماع العلماء على هذا الحكم ما يأتي:

المستند الأول: أن المضارب قبض المال وله التصرف فيه بإذن مالكه على وجه لا يختص فيه بربحه؛ فلا ضمان عليه، كالوديع والوكيل وسائر الأمانة^(٥).

(١) ينظر: الإقناع ٢/ ٢٥٩.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار المضاربة رقم (١٣)، ص ٣٦٩.

(٣) ينظر: المغني ٥/ ٢٨، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ١٠٠، وعقد الوكالة بالاستثمار للدكتور طلال الدوسري ص ٢١٦-٢١٧.

(٤) ثمة خلاف قديم لأحد المالكية وقد أنكر المالكية عليه قوله، وثمة خلاف من بعض المعاصرين. ينظر: الأصل ٤/ ٢٠٣، ودرر الحكام ٢/ ٣١١، والتاج والإكليل ٧/ ٤٦٢، والمهذب ٢/ ٢٣١، والمجموع ١٤/ ٣٨٣، والمغني ٥/ ٥٥، والشروط التعويضية ٢/ ٧٤٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩.

(٥) ينظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٢١، والمغني ٥/ ٥٥، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٩.

المستند الثاني: القياس على المساقاة والمزارعة، فلو تلف شيء من الشجر، أو هلك شيء من الأرض بغرق أو نحوه، لم يكن على العامل شيء^(١).

المستند الثالث: أن مال المضاربة إذا كان مضموناً على العامل، فقد خرج العقد عن مقصوده ومقتضاه فأصبح المال ديناً في ذمة المضارب؛ فحقيقة العقد حيثنذ قرض وليس قراضاً، فإذا كان رب المال شرط نصيباً له في الربح فهو ربا؛ لأنه قرض جر منفعة^(٢).

المستند الرابع: إعلان ضمان المضارب لما لم يتعد فيه أو يفرط إلى ربح ما لم يضمن^(٣). ولا خلاف بين الفقهاء في جواز اشتراط الضمان على الأمين في حال التعدي أو التفريط؛ لأنه شرط يقتضيه العقد ويوجبه، والشرط لا يزيده إلا وكادة^(٤).

على أن اتفاق الفقهاء في تضمين الأمين إذا تعدى أو فرط لا يعني اتفاقهم في آحاد المسائل التي يكون النظر فيها من جنس تحقيق المناط^(٥).

والمضاربة على الصعود وعلى الهبوط في البورصة تُباين معنى المضاربة الشرعي، فمضاربة البورصة: هي المخاطرة على سعر السلعة في البورصة في تصفية معينة، وهي على نوعين:

النوع الأول: مضاربة على الصعود (شراء ثم بيع).

وهي أن يشتري المضارب السلعة بسعر، وهو يخاطر في أنه سيرتفع، فيبيع حالاً ما اشتراه مؤجلاً بالسعر المرتفع، ويقبض الفرق.

والنوع الثاني: المضاربة على الهبوط (بيع ثم شراء).

وهي أن يبيع المضارب سلعة بسعر، وهو يخاطر في أنه سينخفض يوم التصفية، حيث يبيع بالثمن الحال، ويشتري ما اتفق عليه مؤجلاً، ويقبض الربح.

وفي كلتا الحالتين قد يحدث خلاف المتوقع فيخسر المضارب ويبيع على المكشوف.

فالسلعة فيما يسمى بالمضاربة على الصعود والمضاربة على الهبوط ليست في حيازة البائع، والثمن ليس في حيازة المشتري وقت التعاقد، وليس ثمة تسليم أو تسلم إلا يوم التصفية^(٦).

(١) ينظر: المغني ٥/ ٢٨.

(٢) ينظر: المغني ٥/ ٥١، والإنصاف ٥/ ٤٢٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٣.

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٢-٢٧٤.

(٤) ينظر: الشروط التعويضية ٢/ ٧٢٠-٧٢١، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩.

(٥) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٩٦-٢٩٧.

(٦) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/ ٥٠٤-٥٠٦.

وبهذا يتبين أن هذه المعاملة، التي تسمى مضاربة على الصعود ومضاربة على الهبوط، مشتملة على شبهة الميسر؛ حيث لا سلعة مقصودة معقود عليها، ولو سُميت فقد تكون غير مملوكة للمتصرف فيها بالبيع والشراء، والمقصود من العقود في المعاملات المالية إنما هو القبض والاستيفاء، وما يدفعه المشتري في مسألتنا يحصل مقابله على فرصة ربح تعتمد على الحظ المجرد، ولا ضمان فيها لرأس المال، ولا معنى لبحث ضمان رأس المال إذا تقرر أن المعاملة قائمة على الميسر.

والعوائد التي قد يربحها المضارب على الهبوط أو الصعود ليست ذات مصدر حقيقي، فهو شبيه بالميسر الذي يكسب الطرف الأول فيه خسارة الطرف الثاني اعتمادًا على ما قامرا عليه^(١). والمضاربة الشرعية أو القراض، كما تقدم قريبًا، عقد يُبنى على تقديم المال من أحد طرفي العقد، والعمل من الطرف الآخر.

وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: لا يجوز إبرام عقود المبادلات على العوائد المستقبلية للأسهم، وهي عقود على المقايضة في تاريخ لاحق لمعدل العائد على سهم معين، أو مجموعة من الأسهم بمعدل العائد على السهم أو أي أصل مالي آخر^(٢).

المطلب الثاني: توصيف الوديعة المصرفية على أنها عقد مضاربة

الأصل في الودائع المصرفية أنها قروض من العميل للمصرف، يسحب منها العميل متى شاء، ومودعها الحسابات الجارية.

أما الحسابات التي تودع فيها الأموال لغرض الاتجار والمضاربة، ولا يُسمح على كل حال للمودع بسحب ما فيها في كل وقت، فتسمى الحسابات الاستثمارية، وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد أن: حساب المضاربة هو حساب استثماري مبني على عقد المضاربة فقهاً، يشترك فيه البنك المضارب، والعميل (رب المال) في الأرباح العائدة من عمليات الاستثمار الناتجة عن المبالغ المودعة فيه، ويتم توزيع الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه، ويمكن العميل (رب المال) من التصرف في رأس المال بالسحب والإيداع وغير ذلك.

وفيها ما نصه: يجوز في حسابات المضاربة أن يمكن رب المال من التصرف في رأس المال

(١) ينظر: قواعد الأحكام ١٩١/٢، ومجموع الفتاوى ٢٩/٢٠، والخدمات الاستثمارية في المصارف ٣١٢/٢، وبخات: المضاربات على العملة وحكم أعمال البورصة في الفقه الإسلامي ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٠٠٢/٦ و٢٥٠/١١، وأحكام الأسواق المالية المعاصرة لصبري هارون ص ٢٨١، والمعايير الشرعية ص ٥٨٣، والمعاملات المالية للديان ١٣/٥٠٤-٥٠٦.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٥٢٢)، ص ١٥٨.

بالسحب والإيداع وغير ذلك، ويعد سحب رب المال لشيء من رأس مال المضاربة إنهاء لعقد المضاربة في الجزء المسحوب^(١).

ولو ضمن المصرف للمودع في الحسابات الاستثمارية رأس المال حال الخسارة صار ذريعة إلى الربا، وخرج العقد بذلك عن مقصوده ومقتضاه فأصبح المال ديناً في ذمته؛ فحقيقة العقد حيثئذ قرض لا قراض، فإذا كان رب المال شرط نصيباً له في الربح فهو ربا؛ لأنه قرض جر منفعة^(٢). ولضمان رأس المال في المضاربة ومنافسة البنوك الربوية التقليدية حلول مذكورة في المطلب التالي بإذن الله تعالى.

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن الودائع المصرفية وحسابات المصارف ما نصه:

أولاً: الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها هو ملزم شرعاً بالرد عند الطلب. ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقترض) مليئاً.

ثانياً: أن الودائع المصرفية تنقسم إلى نوعين بحسب واقع التعامل المصرفي:

أ- الودائع التي تُدفع لها فوائد، كما هو الحال في البنوك الربوية، هي قروض ربوية محرمة، سواء أكانت من نوع الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية)، أم الودائع لأجل، أم الودائع بإشعار، أم حسابات التوفير.

ب- الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعلياً بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثمار على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة، وتنطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة.

ثالثاً: أن الضمان في الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) هو على المقترضين لها (المساهمين في البنوك) ما داموا ينفردون بالأرباح المتولدة من استثمارها، ولا يشترك في ضمان تلك الحسابات الجارية المودعون في حسابات الاستثمار؛ لأنهم لم يشاركوا في اقتراضها ولا استحقاق أرباحها^(٣).

(١) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم ٥٦٦ و ٥٦٨، ص ١٧٣.

(٢) ينظر: المغني ٥/ ٥١، والإنصاف ٥/ ٤٢٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٣.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٩/ ٧٠١-٧٠٢، والمعايير الشرعية، معيار حماية رأس المال والاستثمارات رقم (٤٥)، ص ١١٢٤.

وقد تبين مما سقته أن الوديعة المصرفية يمكن توصيفها بعقد مضاربة، وستكون يد المصرف المضارب حيثئذ يد أمانة على مال المضاربة الذي أودعه العميل (رب المال)، فلا يضمن رأس المال إلا بالتعدي أو التفريط، ولا يضمن ربحاً مطلقاً.

المطلب الثالث: الحلول المطروحة لضمان المضاربة في المصارف الإسلامية

يهيمن عقد المضاربة على مجموعة من الاستثمارات في المصرفية الإسلامية، والأصل أن الضمان لا ينفرد به بعض الشركاء في الشركة دون بعض؛ فالشركة اجتماع في المغنم والمغرم، وهذا هو المعنى المميز للاستثمار الإسلامي القائم على مبدأ القسط والعدل، عن الاستثمار الربوي الجائر، بطبيعته، على من هم أقل سيولة، وينبغي أن تكون الحيل التي تخرم هذا المبدأ التشريعي مرفوضة.

فمن لم يتحمل تبعة الاستثمار فجدير به ألا يستحق شيئاً من الربح؛ لأن الخراج بالضمان، وضغوط الواقع ينبغي ألا تستجرنا إلى مجاوزة الأصول الشرعية المحكمة في هذا الشأن^(١).

ولو حقق البنك الربوي ربحاً أعلى في ظاهر الأرقام، فإن المصرف الإسلامي قد امتثل أمر الله تعالى وتجنب أسباب المحق والحرب من الله، فطيب ماله بالتماس الحل، وذلك يزيده خيراً وبركة.

وحيث كانت المصارف الربوية التجارية تضمن رأس المال في الودائع الاستثمارية وتضمن أرباحاً لرب المال، فقد سعت المصارف التجارية الإسلامية وأذرعها من الشركات الاستثمارية إلى إيجاد حلول تجذب العملاء لضمان عقد المضاربة، وقد أفردت لكل حل مسألة، فاجتمعت في أربع مسائل، وهي كما يأتي:

المسألة الأولى: تضمين المصرف باعتباره مضارباً مشتركاً.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في قراره الصادر بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية ما نصه: المضاربة المشتركة: هي المضاربة التي يعهد فيها مستثمرون عديدون - معاً أو بالتعاقب - إلى شخص طبيعي أو معنوي، باستثمار أموالهم، ويطلق له غالباً الاستثمار بما يراه محققاً للمصلحة، وقد يقيد بنوع خاص من الاستثمار، مع الإذن له صراحة أو ضمناً بخلط أموالهم بعضها ببعض، أو بماله، أو موافقته أحياناً على سحب أموالهم كلياً أو جزئياً عند الحاجة بشروط معينة^(٢).

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١٧٦/٢ - ١٧٧ و ٢٧٠.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/ ١٣٠١.

وقد أثّرت فكرة المضاربة المشتركة بهدف تضمين المصرف قياساً على تضمين الأجير المشترك، باعتبار المصرف مضارباً مشتركاً، فيكون ضامناً للأموال المودعة للاستثمار.

وذلك أن الفقهاء ذكروا في باب الأجرة إمكان استئجار من يتجر في مال بعينه شهراً أو سنة أو ما أشبه ذلك، فأجازه طائفة منهم إن لم يشترط المستأجر ضمان الأجير للخارج^(١).

ولا يجد المتأمل في فكرة المضاربة المشتركة فارقاً حقيقياً عن المضاربة الفقهية، فالمصرف مخول بالتصرف في المال بأوجه الاستثمار، وهو يخلط مع أموال الشركاء أمواله الأخرى، ويتصرف فيها تصرف الشريك المتربح، فيشارك العميل في الأرباح والخسائر، ويتولى كافة المسؤولية عن وضع السياسة العامة للاستثمار وتنفيذها، وليس الأجير كذلك، وكيف تكون إجارة والأجرة غير معلومة ولا مقدور على تسليمها؟!

والمضاربة عند الفقهاء يمكن أن يشترك فيها الجماعة يدفعون أموالهم إلى المضارب، كما تكون ثنائية بين رب المال والمضارب، والفقهاء تكلموا عن خلط الأموال في المضاربة، وما ينبغي على المضارب أن يعمل إذا ضارب لمجموعة من أرباب الأموال، بما يوافق سمات المضاربة المشتركة.

فقياس المصرف المضارب أو المضارب المشترك على الأجير المشترك، والحال كذلك، لا ينسجم مع أصول الكلام الفقهي؛ للفارق في العلة بين الأصل والفرع، وينبغي لصحة القياس أن يكون الوصف مشتركاً؛ فالمال الذي وضع عند الأجير المشترك لصنعة فيه فليس عرضة للضياع بطبيعته، وإنما ضياعه قرينة التفريط أو التعدي عليه، وهذه العلة غير موجودة في عمل المصارف، والخسارة في المضاربة تكون لأمر خارج عن قدرة المضارب غالباً ولو كان حاذقاً ومجتهداً.

كما أن الشركة مبنية على العدل بين الطرفين؛ إن ربحا ربحاً جميعاً، أو خسرنا خسرنا جميعاً، والتزام المضارب بضمان المال محل بهذا المبدأ؛ حيث سيغرم المضارب في حال الخسارة ضعف ما يستحقه؛ فإنه يغرم ما فات من جهده، ويغرم مقدار التعويض لرب المال^(٢)، والقول بضمان المضارب في المضاربة المشتركة لمجرد تسميته أجيراً، وقلب مسمى ربحه أجرة، ذريعة إلى الربا وخروج عن مقصود العقد ومقتضاه، حيث يصبح المال ديناً في ذمة المضارب؛ فحقيقة العقد حينئذ قرض لا قراض، فإذا كان رب المال شرط نصيباً له في الربح فهو ربا؛ لأنه قرض جر منفعة.

قال البهوتي: قال ابن القيم في الهدى النبوي: المضارب أمين وأجير ووكيل وشريك؛ فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه - أي: المال -، وأجير فيما يياشره من العمل بنفسه؛ لأنه

(١) ينظر: المدونة ٣/ ٤٤٢-٤٤٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٩٥-٢٩٦.

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٩٥-٢٩٦ و ٢/ ١٢١-١٢٩.

يعمل لغيره بعوض، وهو الجزء المسمى له من الربح، وإن كانت المضاربة صحيحة. ولعل مراده: أنه في حكم الأجبر، ولا فتعريف الإجارة الآتي لا ينطبق عليه، ولذلك لم يجعل المصنف قوله مقابلاً لما قدمه من أنه أجبر إذا فسدت، وشريك إذا ظهر فيه - أي: المال - الربح؛ لما تقدم^(١).

وفي القرار الصادر من مجمع الفقه الإسلامي بشأن القراض والمضاربة المشتركة في المؤسسات المالية ما نصه: المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها، ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة، ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام^(٢).

هذا، وقد جاء عن غير واحد من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الأثر: «ليس على مؤتمن ضمان»^(٣)، وما في معناه، وروي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «من قاسم الربح فلا ضمان عليه»^(٤)، فيد المضارب على أموال المستثمرين يد أمانة.

وأهل الجاهلية لما بدلوا مواضع بعض الأشهر الحرم مع بقاء أصل الحكم، وهو تحريم أربعة أشهر من السنة، كان ذلك من سوء أعمالهم، وزيادة في كفرهم؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحْلُونَهُ رِعَا مًا وَيَحَرِّمُونَهُ رِعَا مًا لِيُؤْطُوا عِدَّةَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيُحِلُّوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ زَيْنَ لَهُمْ سُوءَ أَعْمَالِهِمْ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾^(٥)، وتضمن المضارب فيما لم يتعد فيه أو يفرط محل بأصول هذا الباب، وذريعة إلى ظلم أفراد الناس من قبل المصارف؛ قال الخطابي: والشيء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله. اهـ^(٦).

والذي يُخلص إليه مما تقدم أن علاقة المصرف بالمستثمرين في المضاربة المشتركة تدور بين عقد المضاربة فيما إذا كان عائد المصرف نسبة من الأرباح، وعقد الوكالة فيما إذا كان العائد مبلغًا مقطوعًا أو نسبة من أصل الاشتراك أو الوديعة المصرفية، وقد تطبق العلاقة المزدوجة لكل

(١) كشف القناع ٣/ ٥٠٨، وينظر: زاد المعاد لابن القيم ١/ ١٥٤-١٥٥، والفائدة من النقل عن المتأخر التأكد من صحة الفهم وبيان رسوخ المعنى عند الأصحاب وسلامته من الاعتراض.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/ ١٣٠١.

(٣) رواه البيهقي عن علي وابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في باب لا ضمان على مؤتمن ٦/ ٤٧٣ برقم ١٢٦٩٩، وروي في الباب مرفوعاً: «لا ضمان على مؤتمن». ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧/ ١٤٦.

(٤) رواه عبد الرزاق ٨/ ٢٥٣ برقم ١٥١١٣ في باب ضمان المقارض إذا تعدى ولمن الربح، وابن أبي شيبة ٤/ ٣٩٨ برقم ٢١٤٥٦ في باب المضاربة والعارية والوديعة.

(٥) سورة التوبة، الآية: ٣٧.

(٦) معالم السنن ٣/ ١٧٦.

من المضاربة المطلقة والوكالة بأجر^(١).

المسألة الثانية: تضمين المصرف في عقد المضاربة باعتباره متبرعاً.

الحل الثاني المقترح لمعالجة مشكلة الضمان في الاستثمارات المصرفية يتجسد في تطوع المصرف بضمان المضاربة، من غير أن يُنص على ذلك في العقد. وقد تطرق بعض الفقهاء إلى هذه المسألة، ففي حاشية الصاوي: وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف^(٢).

ويمكن التمهيد لهذه المسألة بأن الأصل في تبرع المضارب، من غير شرط سابق، بتعويض رب المال بعد الخسارة الحل والإباحة، وقد يسوغ القول باستحباب تبرعه لاعتبارات ثلاثة: الاعتبار الأول: احتياط المضارب في إبراء ذمته لما قد يكون خالط عمله من تقصير محتمل أو تفريط لم يتفطن له، ولا سيما إذا كان موسراً؛ لأن الأصل في الحقوق بين الناس المشاحة. الاعتبار الثاني: أنه مقتضى الإحسان بين الشركاء، والمضاربة ضرب من أضرب المشاركة، والله يأمر بالعدل والإحسان، ويثيب على الإحسان، ويحب المحسنين، ولهم نصيب من معيته سبحانه.

الاعتبار الثالث: أنه مقتضى حفظ السمعة وصيانة العرض، وللتاجر المضارب أغراض تجارية معتبرة في رعاية هذا المعنى، وقد كان النبي ﷺ يدفع عن نفسه كلام الناس بمثل ما قال لعمر بن الخطاب رضى الله عنه: «دَعُهُ؛ لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه»^(٣). لكن يشكّل على هذا الحل أن ذبوع العلم بضمان المصرف للخسائر في الاستثمار والمضاربة تبرعاً وتعارُف الناس عليه يجعله كالمشروط في العقد من جهة اطراد المصرف في الالتزام به^(٤).

غير أن العرف المعروف إذا لم يكن عادة محكمة بين التجار، فهو وإن كان يشبه الشرط المشروط، إلا أنه ليس في منزلة الشرط العقدي، بل هو أدنى منه مرتبة، فلا يعامل العرف معاملة الشرط الحتمي في العقد الذي يقلب به المضارب مقترضاً لضمانه ما يصيب رأس المال من خسارة أو تلف، ولا سيما إذا كان هذا العرف الذي يتحدث به الناس غير ملزم قضاءً، ولا يتحدث به

(١) ينظر: قواعد توزيع الربح في البنك الإسلامي ص ٢٥.

(٢) حاشية الصاوي ٣/ ٦٨٧.

(٣) رواه البخاري في باب عقده لسورة المنافقين من كتاب التفسير في صحيحه ٦/ ٤٤٢ برقم ٤٨٩١، ورواه في مواضع أخرى بالفاظ مقاربة.

(٤) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ١٣٦-١٣٩، وعقد الوكالة بالاستثمار ٣٦٥-٣٦٧ و٤٩٢.

المصرف مع العملاء ليقنعهم بالمضاربة معه، فلو قُدر أن ثمة انهياراً اقتصادياً أو أصابت المصرف أزمة مالية وجائحة، فإنه لن يتبرع غالباً بجبر الخسارة.

المسألة الثالثة: التزام طرف ثالث بالضمان في عقد المضاربة.

من أكثر الحلول انتشاراً في المصارف الإسلامية لمعالجة قضية الضمان في الاستثمارات المصرفية القائمة على أسلوب المضاربة، أن يتعهد طرف ثالث بضمان رأس المال أو جزء منه للمستثمرين، والطرف الثالث قد يكون جهة حكومية، وقد يكون جهة خاصة، كما أنه قد يكون متبرعاً أو بأجر لدى شركات التأمين^(١).

وهذا الالتزام وعدٌ بالتبرع معلقٌ على شرط، وهو حصول الخسارة، وقد تقدم في المبحث الحادي عشر من الفصل الأول في هذا الباب مسألة لزوم الوفاء بالعدة.

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار ما نصه: ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع، بدون مقابل، بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد^(٢).

وفي معيار الضمانات الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: يجوز تعهد طرف ثالث غير المضارب أو وكيل الاستثمار، وغير أحد الشركاء، بالتبرع للتعويض عن الخسارة دون ربط بين هذا التعهد وبين عقد التمويل بالمضاربة، أو عقد الوكالة بالاستثمار^(٣).

وليس في مقاصد الشريعة، وقواعدها الكلية، وأحكامها الفرعية ما يمنع من صحة ذلك التبرع، ويُعزّد هذا بأن الأصل في المعاملات والشروط الحل والإباحة، وذلك أن النهي عن ضمان رأس المال في المضاربة بين الفقهاء حرّمته إذا كان الضامن هو المضارب، فأما والضامن غير المضارب، فقد انخرم ركن من أركان المعاملة الربوية المحرمة.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار حماية رأس المال والاستثمارات رقم (٤٥)، ص ١١٢٥-١١٢٦.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧٢٧/٤.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الضمانات رقم (٥)، ص ١٣٦، وينظر: معيار الشركة والشركات الحديثة رقم (١٢)،

بل إن في هذا الوعد تفريجاً لكرب الخاسر إذا خسر وتعويضاً لما ذهب من رأس ماله، ومواساةً للمضارب الذي لم يفرط ولم يتعدَّ على المال ورفعاً للحرص عنه إبان بذله الجهد واستفراغه الوسع وحفظاً لماء وجهه أمام رب المال، وقد يستهدف المتبرع تشجيع أرباب الأموال على المشاركة في المشاريع النافعة الخادمة لمصالح المسلمين العامة^(١).

فإن كان الطرف الثالث، وهو الضامن، شركة من شركات التأمين، فلا بد من أن يكون التأمين تعاونياً، وأما التأمين التقليدي التجاري فهو محرم شرعاً؛ لأنه يستهدف الربح من التأمين نفسه^(٢)، ولا ينطلق من مبدأ التعاون على رفع الجوائح المحتملة وتقاسم المشتركين آثار الخسائر والأضرار في المستقبل، مع الاستثمار فيما يُعزل لغرض تنمية المال ودفعاً لاحتمال زيادة المطالبات على الاشتراكات، وبعد انتهاء مدة الاشتراك يجري توزيع الفائض على المشتركين. وقد ذكر الفقهاء صوراً مشابهة للتأمين التعاوني وعدوها من قبيل ضمان ما لم يجب أو ضمان المجهول، وهو جائز عند الجماهير؛ فمن الصور التي ذكروها: ضمان تجار الحرب ما يذهب من البلد أو البحر، وضمن السوق الذي هو أن يُضمن ما يجب على التجار للناس من الديون، وضمن دين الضامن نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر، وضمن نفقة الزوجة المستقبلية^(٣).

بل من الصور عندهم ما هو أوسع من التأمين التعاوني المعاصر، كضمان الضامن للمشتري - في مسألة ضمان عهدة المبيع - ما يحدث في المبيع من بناء أو غرس، وذلك إذا بنى المشتري فيما اشتراه أو غرس فيه، فاستحق المبيع؛ رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص^(٤).

ولا يجوز لجهة التأمين التعاوني أن تؤمن على نفسها لدى جهات التأمين التجاري.

وفي معيار حماية رأس المال والاستثمارات ما نصه: من الوسائل المشروعة لحماية رأس المال: التأمين التكافلي على الاستثمار؛ لحماية رأس المال، أو لتغطية مخاطر التعدي، أو المماثلة، أو الوفاة، أو الإفلاس. ويجوز أن يتولى إبرام عقد التأمين التكافلي المستثمرون أنفسهم، أو مدير الاستثمار بالوكالة عنهم. وما نصه: لا يجوز حماية رأس المال بوسائل غير مشروعة أو

(١) ينظر: الشروط التعويضية ٢/ ٧٧١-٧٧٣، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٨١ و ٥٤٤.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار التأمين الإسلامي رقم (٢٦)، ص ٦٨٥، وفيه: أن التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع.

(٣) ينظر: الحاوي ٦/ ٤٤٢، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٤٩-٥٥٠، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣-٢٧ و ٣٩.

(٤) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣-٣٤.

يترتب عليها محظور شرعي، ومنها... التزام طرف ثالث بضمان رأس المال بأجر يأخذه مقابل الضمان، وهو من التأمين التجاري^(١).

غير أنه يشكل في التزام طرف ثالث بالتبرع لجبر الخسران في المضاربة أمور ثلاثة:

الإشكال الأول: ما قرره الفقهاء من أن الضامن إنما يصح ضمانه لما هو مضمون على الأصيل، كالقرض وضمن المبيع وسائر الديون، فأما ما لم يكن مضموناً على الأصيل فلا يصح ضمانه، مثل الوديعة ورأس مال المضاربة^(٢).

ونوقش: بأن الضمان هاهنا ليس من جنس الضمان الذي يتكلم عنه الفقهاء؛ لأن الضامن هنا لا يعود على المضمون عنه، فليس هناك أصيل مع التبرع بالضمان، وتسمية هذا التحمل من الطرف الثالث ضماناً هو من باب التجوز في العبارة^(٣).

الإشكال الثاني: اقتضاء عقد المضاربة المشاركة في الربح والخسارة، والالتزام بالضمان يخرج عن مقصوده، ولو كانت جهة الالتزام خارجية.

كما أن محاولة تفريغ العقود من هذا المقتضى، وهو الغنم والغرم، والربح والخسارة، يدنو بها إلى معاملات البنوك الربوية في الحقائق والمعاني وإن اختلفت الألفاظ والمباني، ومنشأ ذلك الإمعان في محاكاة المصرفية الربوية والحيدة عن مسلك الابتكار في الصيغ والعقود، واعتبار ذلك واقعاً مثالياً لا يحتاج إلى استصلاح ولو بالتدرج، بينما كان العلماء يعتبرون في أول الأمر أن التعامل بالمعاملات المستنسخة من البنوك الربوية حاجةٌ تقدَّر بقدرها^(٤).

ولذلك أفتى بعض المعاصرين بمنع عِدَّة طرف ثالث بالتبرع لجبر الخسران في المضاربة^(٥).

الإشكال الثالث: أن المحرمات في الشريعة ترجع إلى الظلم؛ إما في حق الله تعالى، وإما في حق العبد فيظلم نفسه، وإما في حقوق العباد، والطرف الثالث في المضاربة المتزَّهل بجبر الخسران سيعوّض رب المال في المضاربة ولن يعوّض المضارب الذي خسر جهده ووجهه، وهذا ليس عدلاً بين طرفي العقد.

(١) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٤٥)، ص ١١٢٥ و ١١٢٨.

(٢) ينظر: فتح القدير ١٩٨/٧، ودرر الحكام المادة (٦٣١) / ١، ٦٣١، وحاشية الصاوي ٦٨٨/٣، ومغني المحتاج ٢٠٥ / ٣، والمغني ٤٠٢-٤٠٣، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٦٦-٣٦٧ و ٣٧٣-٣٨٩.

(٣) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٨٢.

(٤) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١٤١-١٦٠، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٨٧-٣٨٩، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعاً ودراسة. أ. د. عبد السلام الحصين ص ٥٣٧.

(٥) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٨١.

ويمكن أن يناقش بما يأتي:

أولاً: الغرر المحرم متجه في المعاوضات وليس الشركات^(١).

ثانياً: أن تعويض رب المال يُذهب عن المضارب بعض مصيبته، فإنه لم يتمكن من رد المال إلى صاحبه، بل فني تحت يده، ثم جاء من يرده عنه إلى ربه، ويدفع عنه دعوى رب المال المحتملة بأنه قصر أو أسرف.

ثالثاً: أن المال الذي دفعه رب المال للمضارب معلوم ومحسوس فيمكن التعويض عنه من دون خلاف في تقديره، ولا حاجة إلى خبير يقدره، بخلاف جهد المجتهد.

والتحقيق جواز عدة طرف ثالث متبرع في عقد المضاربة إذا كان منفصلاً في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد^(٢)، بمبلغ مخصص لجبر الخسران الذي قد يطرأ على أموال المستثمرين؛ سواء ضمن جميع مبلغ المضاربة أم نسبة منه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم ضمن لصفوان رضي الله عنه أدرعه المستعارة^(٣) مع أن الأصل في العارية أنها أمانة، ويقاس على العارية المال المضارب به^(٤) إذا انتفت شبهة الربا بأن يكون الملتزم بالتبرع لجبر الخسارة المحتملة طرفاً ثالثاً بحيث يترتب على تخلف التزامه بطلان عقد المضاربة، ولأن التزام طرف ثالث لا يخرج المضاربة عن مقصودها، على أن الأولى لرب المال في المضاربة إن كان غنياً أن يستعفف عن تبرع المتبرع لجبران خسارته.

المسألة الرابعة: تشكيل جمعية تعاونية بين المضاربين.

مفاد هذا الحل إنشاء صندوق تعاوني أو ما يسمى جمعية تعاونية بين المستثمرين، بحيث

(١) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٩٩-١٠٠.

(٢) حتى لا يدخل في باب الربا إذا كان الضامن للخسارة هو المضارب، ورخص بعضهم في أن يكون الطرف الثالث الضامن مملوكاً بأقل من النصف للمضارب إذا كان ذا شخصية مستقلة، وهذا يعسر تطبيقه ويفتح باباً من الربا. ينظر: حماية رأس المال للشيبلي ص ٣١، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٨٤ و ٣٨٦، والمعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة رقم (١٢)، ص ٣٣٠.

(٣) أخرجه أحمد ٢٤/١٢-١٤ برقم ١٥٣٠٢، وأبو داود في باب تضمين العارية ٥/٤١٤-٤١٦ برقم ٣٥٦٢، والنسائي في باب تضمين العارية ٥/٣٣٢ برقم ٥٧٤٧ عن صفوان، واللفظ لأحمد، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعاً، فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة»، قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمناها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب. وروي عن بعض التابعين، كعطاء ومسروق وشريح، أن العارية مضمونة مقطوعاً عليهم. والحديث صحيحه ابن حبان، وقال البيهقي: وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلًا فإنه يقوى بشواهد مع ما تقدم من الموصول. اه. وقال ابن عبد الهادي: رواه ثقات، وقد أعل. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤/٣١٥-٣١٦، وسنن البيهقي ٦/١٤٨، والمحرم ص ٥٠٤، ونصب الراية ٣/٣٧٧ و ٤/١١٦-١٢٠، وإرواء الغليل ٥/٣٤٦.

(٤) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/١٤١-١٤٧.

تُقتطع نسبة معينة من رؤوس أموال المستثمرين، أو من الأرباح المتحصلة، وتودع في صندوق تعاوني، ذي ذمة مالية مستقلة، لحماية رأس المال ومواجهة الانخفاضات المستقبلية في الأرباح، وتحقيق موازنة في التوزيعات، ويغذّى دورياً^(١).

وهذا الصندوق هو أمثل المخارج المطروحة لضمان المضاربة المصرفية.

المطلب الرابع: الضمان في المضاربة على أساس مسؤولية المحترفين

تخضع المصارف في الأعمال الاستثمارية وفقاً للاتجاهات الحديثة في المسؤولية المصرفية إلى ما يسمى مسؤولية المحترفين، وهذا الوصف - أي: الاحتراف - يشدد على المصرف في الالتزامات. ومن شأن هذه المسؤولية أن يستعد المصرف للأعمال الاستثمارية القائمة على أساس المضاربة استعداداً خاصاً للمضاربة في السوق، فيجري من الخدمات والاحتياطات ما لا يتوقع عادة من غير التاجر المحترف المعروف في السوق، بحيث لا يتساوى معهم في معيار التفريط والتعدي. وهذا الاتجاه في تضمين المحترفين معتبر في الفقه؛ لأن التعدي والتفريط مرجعهما إلى الشرع والشرط والعرف والمعتبر، والعرف يختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأمكنة والأشخاص^(٢).

ولتعدي المصرف وتفريطه صور؛ فمن التعدي: أن يلتزم باجتناّب سلعة معينة، كأسهم شركات الخمور، ثم يتاجر فيها، ومنه أن ينشر قوائم مالية ليست صحيحة، وأن يخاطر بأموال المستثمرين في أسواق المضاربات المالية، أو يتعامل مع من عُرف عنه الإخلال بالالتزامات، وألا يأخذ الضمانات مع اقضاء الحال لها، وألا يدرس الجدوى، وألا يحفظ السلع في المكان المناسب لمثلها، وهو - أي: التعدي - أبلغ من التفريط لما فيه من المجاوزة بالفعل.

ومن صور التفريط: أن يكتّم معلومات مالية عن المستثمرين كان يجب عليه إظهارها، أو يهمل حفظ الأموال، أو يقصر في متابعة الموظفين^(٣).

المطلب الخامس: محدودية المسؤولية في الشركات المصرفية القائمة على أساس المضاربة

محدودية المسؤولية أحد أشكال الضمان في الشركات، ووجه الضمان في التطبيقات الاستثمارية للمصارف الإسلامية مع العملاء: أن المصرف إذا استدان بأكثر من السقف المسموح

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١٧٦/٢.

(٢) ينظر: القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٤٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/٢٧٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٩٨-٣٠٤.

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/٢٧٤، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩ و ٢٩٣-٢٩٤.

به للاستدانة؛ فإن ضمان هذه الديون يكون في ماله الخاص؛ لأنه متعدّد بذلك، كما لو اشترى المضارب بأكثر من رأس المال ديناً بغير إذن رب المال وشريكه.

وقد قرر الفقهاء أن المضارب لا يملك حق الاستدانة على مال المضاربة بأن يشتري أكثر من المال؛ لأن فيه زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه^(١).

المطلب السادس: نقل عبء إثبات عدم التعدي أو التفريط على المصرف المضارب

من أعمال المصرفية الإسلامية المعاصرة جمع أموال المودعين والمضاربة بها مع جهة استثمارية على أساس عقد المضاربة (القراض) بحيث يكون المصرف شريكاً مضارباً، ووكيل المصرف في المضاربة في السوق في حكم المصرف الأصيل، فتسري عليه أحكام المضاربة الشرعية. ولا خلاف بين الفقهاء، كما تقدم في صدر المبحث، في أن يد المضارب على أموال المستثمرين يد أمانة، فلا يضمن ما يلحق بأموالهم من خسارة إذا لم يتعدّ أو يفرط في المحافظة عليها، وأن الأصل قبول قولهم، كسائر الأمانة، في نفي الضمان عن أنفسهم في حالة هلاك أموال المودعين أو خسارتها؛ إذا ادعوا أن ذلك وقع من غير تعدّ منهم أو تفريط، إلا إذا أقام أصحاب المال البينة على تعديهم أو تفريطهم^(٢).

قال ابن تيمية: المضاربة جوزها الفقهاء كلهم؛ اتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، مع أنه لا يُحفظ فيها بعينها سنة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولقد كان أحمد يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة. اهـ^(٣).

والفقهاء استندوا في تقرير مبدأ قبول قول المضارب في نفي الضمان عن نفسه إلى أمرين: أحدهما: استصحاب البراءة الأصلية للأمين الحائز، وهو المضارب هنا، وذلك يقتضي عدم رفع البراءة عنه تجاه أرباب الأموال إلا إذا أقاموا البينة على ما يوجب رفعها عنه، وهو هنا تعدي المضارب أو تفريطه^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٩٠/٦، ومجلة الأحكام العدلية م ١٤١٦ ص ٢٧٤، والتاج والإكليل ٤٥٦/٧، وروضة الطالبين ١٢٨/٥، والمغني ٣٤/٥، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/٢٦٧-٢٦٨.

(٢) ينظر: القواعد لابن رجب، القاعدة (٤٤) ص ٦١-٦٢، ونقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمانة للأستاذ الدكتور نزيه حماد، مجلة القضائية ع ١، ص ٢١.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ١٠١/٢٩.

(٤) ينظر: المبسوط ١١٣/١١، ودرر الحكام (م ٧٧) ١/٧٦، وتحفة المحتاج ١٠/١٢٦، والإقناع ٢/٢٦٠، ونقل عبء الإثبات لنزيه حماد ص ٢٨.

الثاني: قول النبي ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(١).

مع أن كذب المدعى عليه ممكن، إلا أن الأصل براءة ذمته من الحقوق؛ لأن المدعى يدعي أمراً خلاف الأصل، ولذلك كُلف بالحجة القوية، وهي البينة، وحمل عبء الإثبات.

أما المدعى عليه، فهو المتمسك بالأصل؛ فكان القول قوله في نفي ما يوجب ضمانه؛ إذ الأصل فراغ ذمته في كل التزام أو مسؤولية تجاه الغير، ولذلك اكتفي منه في بعض الأقضية باليمين، واليمين حجة ضعيفة، فأفادت معه نظراً لقوة جانبه^(٢).

غير أن تخريج أحكام الضمان المتعلقة بالمؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة على أحكام المضاربين التي ذكرها الفقهاء من حيث الأخذ بقول المصارف الإسلامية التجارية إذا قرروا، في حال الخسارة، عدم التعدي والتفريط في أموال المودعين من غير تكليفهم ببينة تثبت صدق دعواهم؛ صار مشكلاً عند بعض الباحثين المعاصرين^(٣)، على اعتبار أن مآله إلى إغراء مديري الاستثمار في المصارف بعدم الاحتياط لأرباب الودائع في الأعمال الاستثمارية، أو التهاون في المحافظة على أموالهم من الخسارة؛ لا طمئنتانهم إلى قبول دعواهم المجردة بعدم التعدي والتفريط، والحكم ببراءتهم من التبعة والضمان المالي.

وأرباب الأموال من عملاء المصارف يتعذر عليهم، أو يعسر، بحسب الواقع المشاهد، إثبات واقعة تعدي المصرف أو تفريطه، ولا سيما مع تغير أحوال الناس وتبدل الظروف والأعراف والتنظيمات، وتنوع طرائق التجارة، وفشو الكذب والخيانة، وفساد الذمم وضياع الأمانة، وضعف الوازع الديني في الأمناء، وهذا الفارق المؤثر من الدواعي المعبرة لإعادة النظر في تنزيل الأحكام الاجتهادية السالفة على الوقائع المستجدة^(٤) هكذا قرروا من حيث الجملة.

(١) رواه البخاري ١٤٣/٣، في باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه برقم ٢٥١٤، من حديث ابن أبي مليكة، قال: كتبت إلى ابن عباس فكتب إلي: «إن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه»، ورواه في مواضع أخرى من صحيحه، وروى البخاري ١٧٨/٣ في باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود برقم ٢٦٦٩ من حديث أبي وائل، قال: قال عبد الله: من حلف على يمين يستحق بها مالا لقي الله وهو عليه غضبان، ثم أنزل الله تصديق ذلك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أَلْتُمُوا لَكُمْ لَا خَلْقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [آل عمران: ٧٧]، ثم إن الأشعث بن قيس خرج إلينا فقال: ما يحدثكم أبو عبد الرحمن؟ فحدثناه بما قال، فقال: صدق، لفي أنزلت، كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: «شاهدك أو يمينه».

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٠٨/٦، وأسهل المدارك ٢/٢٩١، والمغني ٤/١٤٢، ونقل عبء الإثبات لنزبه حماد ص ٢٨-٣٠.

(٣) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٣١٧. (٤) ينظر: نقل عبء الإثبات لنزبه حماد ص ٢١-٢٢.

والأدلة التفصيلية لأصحاب هذه الوجهة - القائلين بنقل كلفة إقامة البيئة على دعوى التلف والخسارة من أرباب الأموال وأصحاب الودائع الاستثمارية إلى المضاربين الذين يتولون إدارتها - جمعتهما مرتبة في أربعة أدلة، وهي كما يأتي:

الدليل الأول: العرف.

بيانه: أن الفقهاء قيدوا قبول الأمين في براءة نفسه بكون ذلك متسقاً مع عرف الناس المستقر وعاداتهم الجارية؛ فلا يُقبل قوله حتى يقيم البيئة على صدق دعواه؛ لأن دلالة العرف أقوى وأظهر من استصحاب أصل براءة الذمة عند تعارضهما.

وفي عصرنا الحاضر تغير العرف وأضحت المؤسسات المالية مطالبة بالشفافية وملزمة بالإفصاح والكشف عن بياناتها المالية وأعمالها الاستثمارية، وأساليبها في إدارة مخاطر الاستثمار، والاحتياطات التي تتخذها في ممارسته، والضمانات التي تأخذها من الغرماء والعملاء لحفظ ودائع الناس وصيانتها من الخسارة، ومن ثم صار مجرد ادعاء المؤسسة المالية إفلاسها أو خسارتها من غير تعد منها أو تفريط بدون تقديم الأدلة والحجج والبراهين المعتبرة عليه لا قيمة له، ولا يؤخذ به، ولا يعول عليه عرفاً^(١).

الدليل الثاني: التهمة.

حيث قرر طائفة من الفقهاء أن التهمة موجبة لنقل عبء الإثبات إلى الأمناء إذا ادعوا تلف مالٍ من ائتمنهم عليه بغير تعد منهم أو تفريط، ومن الفروع على ذلك: ما نص عليه فقهاء المالكية من أن الأجراء على حمل المتاع ونقله من مكان لآخر، إذا هلك في أيديهم، ولم يكن طعاماً، وادعوا وقوع ذلك من غير تعديهم أو تفريطهم؛ فإنه يُقبل قولهم؛ لأن يدهم عليه يد أمانة؛ استصحاباً للحكم الأصلي في الأمناء. أما إذا كان المتاع طعاماً، فإنه لا يُقبل قولهم في دعوى التلف بدون تعد منهم أو تفريط إلا إذا أقاموا البيئة على صدق دعواهم.

ومن المفترض في المصارف: المحافظة على رؤوس الأموال وتحقيق المكاسب والأرباح، واجتناب الخسائر والأضرار؛ لأن المودعين ما ائتمنهم إلا لما لهم من الخبرة والمهارة في تنمية الأموال وإدارة المخاطر.

فادعاء المصرف المضارب الخسارة بعدئذ محل ريبة وتهمة؛ فالشاهد وظاهر الحال يكذبان دعواهم، وقول المتهم ليس بحجة^(٢).

(١) ينظر: نقل عبء الإثبات لتزیه حماد ص ٣٣-٣٧، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٢١-٣٢٥.

(٢) ينظر: نقل عبء الإثبات لتزیه حماد ص ٣٣-٤٣، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٢٥-٣٢٧.

الدليل الثالث: المصلحة.

قالوا: المصلحة موجب معتبر شرعاً لنقل عبء الإثبات من أرباب الأموال إلى المضاربين (المؤسسات المالية الإسلامية)؛ لداعي المشقة أو العسر الذي يلحق أرباب الأموال لإثبات تعدي المصرف المضارب أو تفريطه، واستصحاب براءة الذمة للمضارب يسوغ إذا غلب في الناس الصدق والأمانة والورع في أكل الأموال بالباطل، فإذا فشا الكذب والخيانة والشح والجشع قدم هذا الظاهر على الأصل، هذا هو مقتضى مصلحة معاملات الناس، كما هو مقرر في قواعد الفقهاء، ومنها: الأصل قبول قول الأمانة إلا حيث يكذبهم الظاهر^(١).

الدليل الرابع: دلالة الحال.

ودلالة الحال: الأمانة الظاهرة للحال، وتقدم في النظر الفقهي على الأصل عند تعارضهما، وتكون بمثابة دليل على عدم صدق من يتمسك بذلك الأصل، وهي مرتبطة بقاعدتي المصالح والذرائع، وذات صلة بالعرف الجاري والعادة المستمرة؛ إذ العلم الحاصل عن حكم العادة مرتب على قرينة حالية.

ولأجله نبه فقهاء المالكية إلى أن قبول قول عامل القراض إذا ادعى ضياع مال المضاربة أو خسارته قد وقع بغير تعدٍّ منه أو تفريط يجب تقييده بما إذا لم تكذبه دلالة الحال، وأن تصديق العامل في دعاوى التلف والخسارة من غير مراعاة ذلك مفضٍ إلى أكل الأموال بغير حق، وذلك فساد لا ريب فيه^(٢).

وبعد، فنقل عبء الإثبات على عدم التفريط أو التعدي إلى المضارب يجعله ضامناً للخسارة ما لم تكن الخسارة بسبب خارجي، بأن يثبت أنه لم يتعدَّ ولم يفرط، ومن شأن ذلك قلب يد المضارب الأمانة إلى يد ضمان، وذلك محل نظر، ولا سيما إذا لم يتقيد ذلك بالتهمة؛ لما تقدم في صدر هذا المطلب من الأدلة الدالة على أن يد المضارب يد أمانة، وهو محل إجماع، وعليه فتيا الصحابة رضي الله عنهم؛ إذ روي عن غير واحد رضي الله عنهم الأثر: «ليس على مؤتمن ضمان»^(٣)، وما في معناه، ويد المضارب على أموال المستثمرين يد أمانة.

(١) ينظر: نقل عبء الإثبات لنزبه حماد ص ٤٣-٤٦.

(٢) ينظر: نقل عبء الإثبات لنزبه حماد ص ٤٦-٤٧، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٣١٦، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، حيث جاء في القرار رقم (٢١٢) الصادر بشأن ضمان البنك للمخاطر الناشئة عن سوء الاستثمار، ما نصه: يتنقل عبء الإثبات في دعوى الخسارة إلى البنك خلافاً للأصل، بشرط وجود قرائن تخالف أصل دعواه بعدم التعدي. اهـ. والتحقيق أن هذه الحال خارجة عن محل الخلاف في مسألة نقل عبء الإثبات إلى المصرف الأمين ابتداءً من دون ثبوت قرائن على تعدي الأمين أو تفريطه.

(٣) رواه البيهقي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما في باب لا ضمان على مؤتمن ٦/ ٤٧٣ برقم ١٢٦٩٩، وروي في =

وفي القاعدة الفقهية: اشتراط الضمان على الأمين باطل، وفي لفظ: كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه، وفي لفظ: ما لا يضمن بدون شرط لا يصير بالشرط مضموناً^(١).

والدليل على هذه القواعد في الجملة: أن اشتراط الضمان على الأمين شرط ليس في كتاب الله، أي: في حكمه، وفي الصحيح أن النبي ﷺ قال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق»^(٢).

ولأن شرط التضمين يخالف المقصود من عقد المضاربة، وهو شرط يُتدرع به إلى الربا لما فيه من تضمين المضارب الخسارة، فتقلب يده من يد أمانة لداعي المضاربة إلى يد ضمان لداعٍ يشبه القرض، واشتراط ما يخالف مقتضى العقد يفسده، كما لو اشترط عليه في البيع ألا يقبضه، وفي النكاح ألا يدخل بالمنكوحة.

وأهل الجاهلية لما بدلوا مواضع بعض الأشهر الحرم مع بقاء أصل الحكم، وهو تحريم أربعة أشهر من السنة، كان ذلك من سوء أعمالهم، وزيادة في كفرهم؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحْلُونَهُ عَامًا وَيُخَرِّمُونَهُ عَامًا لِيُؤْطِئُوا عِدَّةَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيُحْلُوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ زَيْنَ لَهُمْ سُوءَ أَعْمَالِهِمْ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾^(٣)، وتضمن المضارب فيما لم

= الباب مرفوعاً: «لا ضمان على مؤتمن». ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ١٤٦/٧.

(١) ينظر: المبسوط ١٥٧/١١ و ٦٨/٢٢، والإنصاف ١١٣/٦، والمبدع ١٤٥/٥، والمختارات الجلية ضمن مجموعة السعدي الكاملة ١٩٥/٢ و ١٩٥/٤، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٦٧٢/٤، وموسوعة البورنو ٤٠٤/١، والخدمات الاستثمارية في المصارف ٣٠٤/١، والمعاملات المالية للديبان ٤٣٧/٩ وما بعدها ٦٧/١٥ وما بعدها ٢٣١/١٩ و ٥٥٧/٢٠.

(٢) رواه البخاري في باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ٧٣/٣ برقم ٢١٦٨؛ من حديث عروة بن الزبير أن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: جاءني بريدة، فقالت: كاتب أهلي على تسع أواق، في كل عام وقيّة، فأعنيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم، ويكون ولاؤك لي ففعلت، فذهبت بريدة إلى أهلها، فقالت لهم فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ، فقال: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله سبحانه وتعالى وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»، ورواه البخاري في غير هذا الموضع.

(٣) سورة التوبة، الآية: ٣٧.

يتعد فيه أو يفرض مخل بأصول هذا الباب، وذريعة إلى ظلم أفراد الناس من قبل المصارف؛ قال الخطابي: والشيء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله. اهـ^(١). وفي القرار الصادر من مجمع الفقه الإسلامي بشأن القراض والمضاربة المشتركة في المؤسسات المالية ما نصه: المضارب أمين...، ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام^(٢).

فإن ظهر لرب المال تقصير المصرف المضارب فله اتهام المصرف بالتقصير استناداً إلى ما جرى به العرف مما يلزم المصرف المضارب مع المضاربين من الإفصاح وإصدار البيانات المالية؛ فإن إخلال المصرف بذلك دليل على تقصيره باعتباره ما تخضع له المصارف في الأعمال الاستثمارية إلى ما يسمى مسؤولية المحترفين، وهذه المسؤولية لا تسري على التاجر أو المضارب غير المحترف ولا المعروف في السوق، ولأجل ذلك لم يُساوِ المصرف بغيره في معيار التفريط والتعدي.

وهذا الاتجاه في تضمين المحترفين، بشروطه الفقهية، معتبر شرعاً؛ لأن التعدي والتفريط مرجعه إلى العرف، وذلك يختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأمكنة والأشخاص.



(١) معالم السنن ٣/ ١٧٦.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/ ١٣٠١.

المبحث الثاني

الضمان في الشركات المصرفية المساهمة

الشركة المساهمة شركة ذات رأس مال مقسم إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للعرض في السوق للشراء والتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا في حدود ملكه من موجودات الشركة، والذي يمثل نصيب الشريك هو أسهمه، فالأسهم كاشفة لمقدار ملك المساهم في الشركة محل المساهمة^(١). والمجلس الشرعي في هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، انتهى إلى أن لشركة المساهمة أحكام شركة العنان الفقهية إلا فيما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء وامتناع الفسخ من أحد الشركاء^(٢).

وفي الحالة السعودية صدر نظام الشركات الجديد عام ١٤٤٣ هـ في أثناء إعداد هذه الرسالة، وعُقد الفصل الثاني من النظام باسم: تأسيس شركة المساهمة، وأوضحت المادة (٦١) ما يجب أن يشتمل عليه النظام الأساس لشركة المساهمة من بيانات، ومنها: اسم الشركة، والمركز الرئيس لها، وغرضها، ورأس مال الشركة المصرح به إن وُجد والمصدر، وعدد الأسهم وأنواعها وفئاتها، وأسماء الشركاء المؤسسين، وأي أحكام أو شروط يتفق عليها المؤسسون أو المساهمون^(٣).

وفي الضوابط (٥٠٣) من الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: يجوز المشاركة في تأسيس الشركات المساهمة، شريطة أن تعمل في نشاط مباح، وأن يخلو نظامها الأساسي وعقد التأسيس ونشرة الإصدار من الملحوظات الشرعية؛ كالقروض الربوية، والاستثمارات المحرمة^(٤).

وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي قراراً بشأن الأسواق المالية، جاء في شأن الإسهام في الشركات منه ما يلي:

أولاً: بما أن الأصل في المعاملات الحل، فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز.

(١) ينظر: الشركات للخفيف ص ٩٦.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة رقم (١٢)، ص ٣٣٧.

(٣) ينظر: نظام الشركات، موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء الشبكي.

(٤) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٥٤.

ثانيًا: لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم، كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات أو المتاجرة بها.

ثالثًا: الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحيانًا بالمحرمات، كالربا ونحوه، ولو كانت أنشطتها الأساسية مشروعة.

وفيما يتصل بمحل العقد في بيع السهم من القرار ما نصه: إن المحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة^(١).

وفي توصيف شركة المساهمة آراء أخرى للباحثين المعاصرين سوى أنها شركة عِنان؛ فمن قائل: إنها شركة مضاربة، ومن قائل: إنها شركة مضاربة وعِنان معًا، ومن قائل: إنها شركة حديثة لم يتناولها الفقهاء المتقدمون.

ومستند من قرر أنها شركة حديثة مختلفة عن الشركة الفقهية: اجتماع الشركات الفقهية على اعتبار شخصية الشريك، بخلاف شركات الأموال (الشركات المساهمة) والتي لا يكون للشريك فيها اعتبار خاص، بل الاعتبار فيها لمجموع الشركاء، والنظر فيها إلى الأفراد منحصر في جانب المال أخذًا في وقت المساهمة ودفعًا في وقت الربح والتصفية، إضافة إلى الاستئناس برأي المساهم في الجمعيات المنعقدة، ثم إن التشابه بين الشركات في بعض الخصائص قائم حتى في تلك الشركات القديمة، فإن من المعلوم أن بعض خصائص شركة العِنان مشابهة لخصائص شركة المضاربة، ولم يجعل الفقهاء هذه الشركات شركة واحدة.

وعلى كل حال، فالقاعدة الشرعية على أن الأصل في المعاملات الحل والإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه منها، والإسلام أقر بمبدأ المشاركة في الجملة^(٢).

المطلب الأول: ضمان الشريك للسهم بعد البيع وقبل التخصيص

السهم حصة شائعة في أصول الشركة المساهمة؛ لأنه لا قيمة له في نفسه، وإنما قيمته تتمثل فيما يمثله من حقوق الاشتراك في الشركة، ومن رأس مالها وموجوداتها، وعلى هذا جمهور المعاصرين.

وانفرد آخرون بأقوال أخرى هي محل نظر، أشهرها: أن السهم في شركة المساهمة حصة في كيان الشركة باعتبارها شخصية معنوية قائمة بذاتها لا حصة في موجوداتها ولا في رأس مالها،

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، رقم القرار ٦٥/١/٧، ٧/٧-٥٧٦-٥٧٨.

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٩٩، والأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور أحمد الخليل ص ٣٦٣، والمعايير الشرعية ص ٣٥٩، والمعاملات المالية للديان ١٣/٩٥-١٠٠.

وقيل: السهم عَرَض من عروض التجارة قائم بذاته يُتخذ للتجار ويكتسب من المضاربة به^(١). ومتأمل هذين القولين تلوح له مقدمات القمار، فهي أقوال تزحف بسوق الأسهم إلى الميسر القائم على مبدأ الصورية، واعتبار حقائق المعاملات بالنظر إلى مآلاتها معتبر في أحكامها. هذا بيان لمعنى السهم، حيث ناسب الكلام عليه عند أول موضع ذكر لفظه فيه. وبعد:

فالمقصود بتخصيص السهم: إفراد كل مكتتب بعدد من الأسهم تكون ملكاً له ينفرد بها عن غيره، وتختص به^(٢)، وبعبارة أخرى هو: فرز موجودات الشركة على هيئة أسهم تمثل نصيب كل شريك بالتخصص.

فالشريك، الذي هو المكتتب، لا يضمن السهم بعد البيع - أي: بعد الاكتتاب - وقبل التخصيص؛ لأن الأسهم التي تمثل حصصاً عينية لا تسلم إلا بعد نقل ملكية هذه الحصص كاملة إلى الشركة المساهمة الأسهم، ولا تفرز على المساهمين إلا بعد الإصدار والتخصيص^(٣)، فالشريك قبل التخصيص لم يقبض المبيع عرفاً، ولم يدخل في ملكه المستقر؛ الأمر الذي يدل على أن الكلام في ضمان الشريك للسهم بعد البيع وقبل التخصيص، فرغ عن الكلام في مبحث القبض، والقبض يختلف بناء على اختلاف المقبوضات، فلا يلزم القبض اللغوي اليدوي لحصول القبض الشرعي، بل القبض الحكمي يحل محله في مثل العقار والمعادن والأسهم المبيعة، على ما تقدم بيانه مفصلاً في المبحث الرابع من الفصل الأول في هذا الباب.

قال الخطابي: القبض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها وحسب اختلاف عادات الناس فيها. اه^(٤)، وساق صاحب مغني المحتاج عبارة مثل هذه^(٥).

وقال ابن تيمية: على المشتري أن يقبض المبيع على الوجه المعروف المعتاد، الذي اقتضاه العقد، سواء كان القبض مستعقباً للعقد أو مستأخراً، وسواء كان جملة أو شيئاً فشيئاً. اه^(٦)، وقال: وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع: فالمرجع فيه إلى عرف الناس كالقبض المذكور في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه». اه^(٧).

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/ ١٨١-١٩٨.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/ ٢٦٥.

(٣) المادة (١٠٥) من نظام الشركات السعودي.

(٤) معالم السنن ٣/ ١٣٦. (٥) ٤٦٧/٢.

(٦) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٧٦.

(٧) مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٦.

وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بشأن القرض، ونصه: تختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها.. اهـ^(١).

كما قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فيما يتحقق به القبض أن: الأصل في تحديد كيفية قبض الأشياء العرف، ولهذا اختلف القبض في الأشياء بحسب اختلافها في نفسها، وبحسب اختلاف أعراف الناس فيها. اهـ، وجاء في معيار القبض ما نصه: يتم القبض الحكمي في المنقول المعين والمنقول الموصوف في الذمة بالتخلية بينه وبين المستحق على وجه يتمكن به من تسلّمه من غير مانع ولو لم يحصل النقل والتحويل، سواء أكان مما يُتناول باليد عادة أم كان مما يُشترط فيه التوفية. اهـ^(٢).

وفي الجملة: يعتبر في قبض الأسهم نقلها إلى محفظة المشتري، وبناء عليه العقد الشفوي لا يعد قبضاً للأسهم^(٣).

فإذا أخذنا بالعرف فيما يعتبر به القبض، فإن عرف السوق قد يتغير بتغير الزمان أو المكان، حتى فيما فيه حق توفية من مكيل أو موزون أو معدود أو مذروع.

هذا ما يتعلق بضمان الشريك المساهم للسهم بعد البيع وقبل التخصيص، وهنا تساؤل يدور في الذهن، وهو: بأي يد تكون قيمة الأسهم المباعة قبل التخصيص؟

الجواب: تكون في حيازة المصرف التجاري الذي أودعت لديه حصيلة الاكتتاب في حساب جارٍ باسم شركة المساهمة على أساس القرض، والكلام في ضمانه في المطلب الآتي، وهو:

المطلب الثاني: ضمان المصرف لأموال الاكتتاب المستثمرة قبل التخصيص

تعين وزارة التجارة للشركة المساهمة مصرفاً تجارياً لإيداع حصيلة الاكتتاب بعد الانتهاء من الطرح وقبل التخصيص، فينشئ المصرف حساباً جارياً باسم الشركة المساهمة لهذا الغرض.

والمال المودع في الحسابات الجارية عبارة عن قرض حسن، وبناء عليه، فلو استثمر المصرف التجاري حصيلة الاكتتاب التي اقترضها، فهي من ضمانه؛ له غنمها إن ربح، وعليه غرمها إن خسر في الاستثمار، وهذا هو المقصود بضمان المصرف لأموال الاكتتاب المستثمرة قبل التخصيص.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٥٩٢.

(٢) المعايير الشرعية، معيار القبض رقم (١٨)، ص ٤٩٧.

(٣) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٦٥)، ص ٢٩.

المطلب الثالث: محدودية مسؤولية الشريك في الشركة المساهمة

إذا أجاز الشركاء التعامل بالاستدانة، أو الاقتراض، أو الشراء بالنَّساء بقيمة تزيد على رأس مال الشركة؛ فهل يمكن أن يقال في مثل هذه الحال: إن الشركاء في الشركة المساهمة مسؤوليتهم محدودة، بحيث لا يُسألون عن ديون الشركة إلا بمقدار الأسهم التي يملكها كل منهم، فإذا أفلسَت الشركة ولم تتمكن من سداد ديونها فلا يُلزم الشركاء بسداد ديونها من أموالهم الخاصة، أو يقال: يجب أن تمتد في هذه الحالة مسؤوليتهم عن ديون الشركة إلى جميع أموالهم الخاصة؛ لأنهم هم من أذن في الاستدانة بأكثر من رأس مال الشركة، ومن أذن في شيء تحمل تبعاته؟
اختلف الباحثون في ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز تحديد مسؤولية الشركاء بأموال الشركة، بحيث لا يُلزم الشركاء بدفع ديون الشركة من أموالهم الخاصة.

وهو رأي مجمع الفقه الإسلامي^(١)، وهيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات المالية الإسلامية^(٢)، وغيرهما^(٣).

القول الثاني: إن الشريك يجب أن يكون مسؤولاً عن ديون الشركة في جميع أمواله الخاصة بنسبة مساهمته في رأس المال.
وبه قال بعض الباحثين^(٤).

وجه القول الأول: أن هذا التحديد ينطبق عليه الأساس الفقهي لعقد المضاربة؛ إذ لا يسأل رب المال فيها عن ديون العامل إلا بمقدار المال الذي قدمه للشركة^(٥).

وجه القول الثاني: أن مال الدائن مال معصوم، لا يجوز أن يذهب عليه بلا مقابل، وعدم سداد الشركاء الأغنياء لما لحق شركتهم من ديون إذا لم تكف أصولها - يعني: ممتلكاتها - للوفاء بديونها يُعد أكلاً لأموال الناس بالباطل.

وفي تحديد مسؤولية الشركاء بما لا يزيد عن قدر حصصهم في رأس المال مع السماح للشركة بالاستدانة بما يزيد عن قيمة رأس المال غرر على الدائنين وظلم لهم، وخيانة في التعامل^(٦).

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٧٩/٧.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة رقم (١٢)، ص ٣٣٧.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢٤/١٣.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢٤/١٣.

(٥) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢٤/١٣.

(٦) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢٤/١٣ - ١٢٥.

ويجاء: بأن الدائن قد دخل على علم وبينه بمحدودية مسؤولية المدين في أمواله، فالمدين شخصية اعتبارية له رأس مال كالفرد، فهو كما لو كان المدين بيت مال المسلمين؛ فلا تتعدى مسؤولية الديون التي عليه إلى أحد من المسلمين، بل ولا إلى أهل الشورى وأولي الأمر منهم، مع أن للمسلمين نصيباً من غنمه، وكذلك لو كان المدين جهة وقفية، فلا تتعدى المسؤولية إلى الواقف ولا إلى الناظر ولا إلى الموقوف عليه.

وهذا لا يعني غمط الدائن في حقه إذا أسرت الشركة المدينة، ولو تغير اسمها أو شكلها التجاري.

الترجيح:

أنوقف عن الترجيح لحاجة المسألة إلى مزيد نظر واستقراء، مع أن القول بتسوية مبدأ محدودية مسؤولية الشريك في الشركات المساهمة أقرب؛ لما تقدم في بيان الأساس الفقهي لشركة المضاربة، حيث لا يسأل رب المال فيها عن ديون العامل إلا بمقدار المال الذي قدمه للشركة، ولما يأتي:

أولاً: أن للشركة المساهمة ذمة مالية مستقلة، والشريك لا يتصرف بحصته فيها كما يتصرف في ماله الخاص، فدل على التمييز، وألا تعامل إحدى الذمتين معاملة الأخرى.

ثانياً: أن الفرد الذي يستدين بأكثر مما تبلغه قيمة أصوله وموجوداته إذا طالبه الدائن وكان المدين معسراً، لم يرجع الدائن على أصوله التي تفرع منها، وهم عصبته وعاقلته، ولا تكون استدانة المدين تغيراً بالدائن أو من أكل ماله بالباطل ما نوى الأداء، وكان الدين في أمر مشروع.

ثالثاً: ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الأسواق المالية: لا مانع شرعاً من إنشاء شركة مساهمة ذات مسؤولية محدودة برأس مالها؛ لأن ذلك معلوم للمتعاملين مع الشركة، وبحصول العلم ينتفي الغرر عن التعامل مع الشركة. كما لا مانع شرعاً من أن تكون مسؤولية بعض المساهمين غير محدودة بالنسبة للدائنين بدون مقابل لقاء هذا الالتزام، وهي الشركات التي فيها شركاء متضامنون وشركاء محدودو المسؤولية^(١).

وفي معيار الشركة والشركات الحديثة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: شركة المساهمة تثبت لها الشخصية الاعتبارية من خلال الإشهار القانوني لها بحيث ينتفي التغرير بمن يتعامل معها، ويترتب على ذلك استقلال ذمتها المالية عن ذمم الشركاء المساهمين... ويكون لها حق التقاضي من خلال من يمثلها^(٢).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/ ٥٧٩.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة رقم (١٢)، ص ٣٣٧.

المطلب الرابع: امتياز السهم

يطلق السهم على الورقة التي تثبت حق حاملها ونصيبه من الشركة كما يطلق على حصة الشريك في الشركة^(١).

وتتنوع الأسهم من حيث ما يفيد ملاكها من حقوق إلى أسهم عادية وأسهم ممتازة، وبينها كما يلي:

النوع الأول: أسهم عادية، وهي التي تتساوى في قيمتها، وتخول المساهمين حقوقاً متساوية، وليس لها امتياز خاص على غيرها من الأسهم، سواء عند توزيع أرباح الشركة، أو عند قسمة صافي موجوداتها، وكذلك عند حضور جمعيات المساهمين والاشتراك في مداولاتها والتصويت على قراراتها^(٢).

ولا يختلف العلماء القائلون بجواز شركة المساهمة في شرعية مثل هذه الأسهم ما كان نشاط الشركة مباحاً، وما اجتنب الربا إقراضاً واقتراضاً، والمحرمات بيعاً وشراء^(٣).

النوع الثاني: أسهم ممتازة، وهي الأسهم التي تختص بمزايا لا تتمتع بها الأسهم العادية، وتنوع هذه المزايا إلى قسمين جعلتهما في مسألتين:

المسألة الأولى: الامتيازات المالية للسهم.

من المزايا المالية للسهم: حق الأولوية في الحصول على الأرباح، والحصول على نسبة أعلى في الربح، أو استيفاء فائدة سنوية ثابتة؛ سواء ربحت الشركة أم خسرت.

والحامل على هذه الامتيازات أن الشركة قد ترغب في زيادة رأس مالها، فتعطي الأسهم الجديدة امتيازات لا تتمتع بها الأسهم القديمة، لإغراء الجمهور بالاكتمال^(٤).

والامتيازات المالية للسهم ممنوعة شرعاً إذا اشتملت على الربا أو ظلم الشركاء الآخرين^(٥)، والأصل في المنع من تمييز بعض الشركاء عن بعض في المغنم والمغرم ما روى البخاري في صحيحه^(٦) من حديث رافع بن خديج رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: كنا أكثر أهل المدينة مُزْدَرَعًا، كنا نُكْرِى

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/١٢٩. (٢) المادة (١٠٧) من نظام الشركات السعودي.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/١٤٩.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/١٤٩-١٥٠.

(٥) قال ابن تيمية كما في مجموع الفتاوى ٢٨/٣٨٥: المعاملات من المبيعات.. والمشاركات.. العدل فيها هو قوام العالمين، لا تصلح الدنيا والآخرة إلا به. اهـ.

(٦) ٣٠٧/٣ برقم ٢٣٣٨.

الأرض بالناحية منها مسمًى لسيد الأرض، قال: فمما يصاب ذلك وتسلم الأرض، ومما يصاب الأرض ويسلم ذلك، فنهينا، وأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ.

فإن سلم الامتياز من شبهة الربا والظلم وجرى على أساس سليم لم يُمنع منه، هذا من حيث الإجمال، وتفصيل الامتيازات المالية للسهم كما يأتي:
أولاً: ضمان رأس مال السهم أو ربحه.

لا يجوز إصدار أسهم ممتازة يُضمن فيها رأس المال أو الربح^(١)؛ لأنه ربح لما لم يضمن، فالغُرم في المتاجرات لا يكون إلا في مقابل احتمال الغرم، ولأن الخراج بالضمان، ولو أُعطي الشركاء جميعاً هذا الامتياز لانقلبت يد المستثمر بأموالهم جميعاً من حكم الأمانة إلى حكم الضمان، فصار المستثمر مقترضاً لا وكيلاً في الاستثمار، والقرض إذا جر نفعاً للمقرض صار رباً.

ثانياً: حق الحصول على نسبة أعلى في الربح.

نص جماعة من الفقهاء في أحكام الشركات الفقهية على أنه لا مانع من تفاضل بعض الشركاء على بعض في مقدار الربح إذا كان من الشريك عمل في الشركة، سواء تساوا في رأس المال، أو تفاضلاً فيه.

قال ابن قدامة معلقاً على قول الخرقي: (والربح على ما اصطلحوا عليه)؛ قال: يعني في جميع أقسام الشركة^(٢)، وفي هذا بوب ابن أبي شيبة في المصنف^(٣) باباً في الشريكين: من قال: الربح على ما اصطلحوا عليه والوضيعة على رأس المال^(٤)، وحكاها عن طائفة من فقهاء السلف.

وذلك أن الربح لا يتعلق برأس المال وحده كالخسارة، وإنما يتعلق بالمال والعمل، فيستحق الربح بالعمل كما يستحق بالمال، بدليل أن العامل في المضاربة يستحق الربح مقابل عمله.

ولأن بعض الشركاء قد يكون أحذق من بعض، وأعرف بوسائل التجارة فيستحق زيادة في الربح على ربح صاحبه^(٥).

ومن جعل الربح على مقدار المال من الفقهاء، فإنه قاس الربح على الخسارة، فإذا لم يتحمل الشريك خسارة أكثر من مقدار نصيبه في الشركة، فكذلك لا يستحق من الربح أكثر من مقدار ماله؛

(١) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٥٧.

(٢) ١٣٨/٧، وينظر: شرح زاد المستقنع للحمد ٩٨/١٤ وما بعدها.

(٣) ٢٣٩/١١.

(٤) يعني أن الخسارة تكون على قدر رأس مال كل شريك، تجنباً للربا والظلم.

(٥) ينظر: المبسوط ١١/١٥٧، ومنح الجليل ٧/٣٥١، والمغني ٥/٤٦.

لثلا يربح ما لم يضمن^(١).

والتحقيق أن الشركة تقوم على مجموعي المال والعمل، وكلاهما متمول وله قيمة، ويمكن أن يُضاف إلى المال والعمل وجاهة التاجر واسمه في السوق، فالقول بأن الربح يجب أن يكون على قدر المال لم يقدّم دليل على اعتباره، وما جاز في مال الشركة جاز في العمل المتقوم^(٢).

وفي الضوابط المستخلصة من قرارات هيئة بنك البلاد الشرعية: يجوز إصدار أسهم ممتازة يكون لحاملها نسبة أعلى من الربح... ويبقى في ضمان رأس المال كبقية الشركاء. اهـ^(٣)؛ أي: لا يُضمن رأس ماله كما أنه ليس مضموناً لبقية الشركاء.

ثالثاً: حق الأولوية في الحصول عند التصفية أو عند توزيع الأرباح.

صدر معيار الشركة والشركات الحديثة عن هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات المالية الإسلامية مشتقاً على ما نصه: لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى إعطائها الأولوية عند التصفية أو عند توزيع الأرباح^(٤).

واستندوا في المنع من إصدار أسهم ممتازة إلى ما تؤدي إليه من انتفاء الاشتراك في الربح، ووقوع الظلم على الشركاء الآخرين^(٥)، والله سبحانه حرم الظلم على نفسه وجعله بين عباده محرماً، وفي هذا يقول ابن تيمية: عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل، والنهي عن الظلم؛ دقه وجلّه. اهـ^(٦).

رابعاً: حق استيفاء فائدة سنوية ثابتة.

الفائدة السنوية الثابتة تُحسب عادةً بالنسبة المئوية من رأس المال المدفوع، سواء ربحت الشركة أم خسرت، وقد تبنى على حساب نسبة ثابتة من الأرباح مشابه لنظام القروض الربوية.

وهي محرمة شرعاً من غير مخالف؛ للربا، ولما في هذه الزيادة من ظلم المساهمين الآخرين، وهي زيادة لا يقابلها عمل معتبر، والشركة تقوم على المخاطرة والمشاركة في الغنم والغرم على قدر الحصص، فإذا ضُمن لهم نصيب معين، وخسرت الشركة فقد تحمل الخسارة

(١) ينظر: الشرح الممتع ٤٣٨/٩-٤٤٠، والمعاملات المالية للديان ١٣/١٥٢-١٥٣.

(٢) ينظر: الإنصاف ٥/٤٥٩، والشرح الممتع ٩/٤٣٩-٤٤٠، والمعاملات المالية للديان ١٣/١٥٢.

(٣) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (١٧)، ص ١٥٧.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة رقم (١٢)، ص ٣٤٠، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٥٧.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية ص ٣٦٠.

(٦) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٨/٣٨٥.

أصحاب الأسهم العادية وحدهم، وفي ذلك ظلم لهم، فظهر بهذا أن هذا الامتياز منافٍ لمقتضى عقد الشركة في الإسلام^(١).

قال ابن تيمية: الأصل في هذه المعاوزات والمقابلات هو التعادل من الجانبين، فإذا اشتمل أحدهما على غرر أو ربا دخلها الظلم، فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه، وجعله محرماً على عباده. اهـ^(٢).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الأسواق المالية: لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح - بأن يصير قرصاً جر نفعاً - أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح، ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية^(٣).

المسألة الثانية: الامتيازات غير المالية للسهم.

المقصود بالمزايا غير المالية للسهم: أن يكون للسهم الممتاز أكثر من صوت واحد في الجمعية العمومية، أو أن يكون للمساهم أولوية في شراء الأسهم المبعة، وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن الأسواق المالية ما نصه: يجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية^(٤).

وفي الضوابط (٥١٧) من الضوابط المستخلصة من قرارات هيئة بنك البلاد الشرعية: يجوز إصدار أسهم ممتازة... يكون لحاملها بعض الخصائص الإجرائية والإدارية؛ مثل: حق التصويت، ويبقى في ضمان رأس المال كبقية الشركاء. اهـ^(٥)؛ أي: لا تضمن الشركة رأس ماله كما لا يُضمن رأس المال لبقية الشركاء.

وفي معيار الشركة والشركات الحديثة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: يجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية، بالإضافة إلى حقوق الأسهم العادية، مثل حق التصويت^(٦) وما نصه: يجوز بيع الأسهم مع مراعاة ما يقضي به نظام الشركة مما لا يخالف أحكام الشريعة، مثل أولوية المساهمين في الشراء^(٧).

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/١٥٣. (٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٨/٣٨٥.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/٥٧٨.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧/٥٧٨، المعاملات المالية للديان ١٣/١٥٠.

(٥) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٥٧.

(٦) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة رقم (١٢)، ص ٣٤٠.

(٧) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة رقم (١٢)، ص ٣٣٩.

وذهب بعض الباحثين إلى المنع من الامتيازات غير المالية للسهم، وكان هو رأي الجمهور في بادئ الأمر، ووجه ذلك: أن رأس مال الشركة يتجزأ إلى أسهم متساوية القيمة، وعليه يجب أن تكون هذه الأسهم متساوية فيما لها من حقوق، وما عليها من واجبات.

وأجيب عن ذلك: بأن إصدار مثل هذه الأسهم لا يؤدي في حقيقته إلى إخلال بقاعدة العدل بين الشركاء، طالما كان التفاوت بينهم راجعاً إلى اختلاف أنواع الأسهم المبينة حين الاكتتاب، وليس التفاوت نشأً بين الشركاء في الأسهم ذات النوع الواحد، بمعنى أن الشركة لا تقصر حق الاكتتاب في الأسهم الممتازة، أي: الممتازة امتيازاً غير مالي، على أشخاص معينين، وإنما ينص مقدماً في نظام الشركة على أنها تتضمن نوعين من الأسهم، وتضع مقدماً مزايا وشروط كل نوع، ولكل مكتتب أن يختار ما يشاء.

ثم إن هذا الامتياز متصل بالجوانب الإدارية والإجرائية والإشرافية، ولم يشتمل على ما يخالف نصوص الشرع، ولا على ما ينافي مقتضى عقد الشركة^(١).

وقد ذكر بعض الباحثين أن نظام الشركات السعودي يتيح الامتيازات المالية للسهم ويمنع من الامتيازات الإدارية^(٢)، وبالرجوع إلى نظام الشركات الجديد الصادر في أثناء إعداد هذه الرسالة عام ١٤٤٣ هـ، وجدت أن الفصل الثاني منه قد زُبر باسم: تأسيس شركة المساهمة، وذكر في المادة (١٠٨) منه ما نصه: ١- تنقسم أنواع الأسهم التي يجوز للشركة إصدارها إلى: أسهم عادية، وأسهم ممتازة، وأسهم قابلة للاسترداد. ويجوز النص في نظام الشركة الأساس على فئات مختلفة من أنواع الأسهم ومنح بعض الحقوق أو الامتيازات أو وضع قيود على بعض تلك الفئات. ٢- ترتب الأسهم من ذات النوع أو الفئة حقوقاً والتزامات متساوية، ويكون لكل نوع أو فئة من الأسهم الحقوق المتصلة بها وفقاً لنظام الشركة الأساس. ٣- تحدد اللوائح ضوابط لأنواع وفئات الأسهم التي يجوز إصدارها^(٣).

ولم تصدر اللائحة التنفيذية للنظام، وبمراجعة مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الشركات على منصة استطلاع الذي قدمه قطاع التجارة والاقتصاد والاستثمار في وزارة التجارة، لم أجد تفصيلاً في امتيازات الأسهم؛ هل هي امتيازات مالية أو إدارية.

غير أن المادة (١١٠) قررت المنع من إصدار أسهم ممتازة جديدة تكون لها أولوية على فئتها إلا بموافقة جمعية خاصة مكونة من أصحاب الأسهم الذين يضارون من هذا الإصدار.

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/١٥٥-١٥٧.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/١٥٧-١٥٨.

(٣) ينظر: نظام الشركات، موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء الشبكي.

المطلب الخامس: ضمان السهم بعد البيع والتخصيص وقبل التداول

السهم بعد البيع، أي: بعد الاكتتاب، والتخصيص، أي: الفرز والإصدار والقبض التام، يكون قد دخل في ملك المساهم، وبناء عليه فهو في ضمانه، وله ربحه إن باعه، وعليه الخسارة إذا هلكت موجودات الشركة؛ لأن الخراج بالضمان، والغنم بالغرم. ولا يلزم شرعاً دخول الشركة في بورصة التداول لتصحيح البيع العرفي للأسهم المخصصة^(١).

المطلب السادس: ضمانات حصص المؤسسين للشركة المساهمة

تعرف حصص التأسيس بأنها: صكوك قابلة للتداول بالطرق التجارية، تصدرها شركات المساهمة، وتمنح صاحبها نصيباً من أرباح الشركة مقابل ما بذلوه وقدموه من خدمات أثناء تأسيس الشركة^(٢).

وتتمتع حصص التأسيس بخصائص عديدة، وما يعني هذا المطلب بيانه الخصيصة الآتية، وهي: أن حصة التأسيس لم تتفرّع عن مال عيني مدفوع ومضموم إلى رأس مال الشركة، حيث إن مالك حصة التأسيس قدم خدمةً وجهداً عملياً ولم يقدم حصة نقدية أو عينية يمكن أن تدخل في ضمان رأس المال، وإن كان قد تكبد أموالاً أو استخدم جاهه في سبيل بذل الخدمة، وليس لهم حق في موجودات الشركة، ولا يتحملون مخاطر الشركة ونشاطاتها، إلا أن يخسروا جهدهم وما بذلوه من مال شخصي في إجراءات التأسيس إذا خسرت الشركة.

وذكر بعض الباحثين أن التجربة كشفت عن أن المؤسسين قد اتخذوا حصص التأسيس ذريعة للحصول على جانب كبير من الأرباح، يفوق التقدير المالي لما أدوه من خدمة للشركة، ويعود بالظلم والغبن على المساهمين بأموالهم.

والمخرج الشرعي: أن تستبدل هذه الفكرة بفكرة المكافأة النقدية أو العينية لهؤلاء الذين قدموا خدمات فعلية، كما يمكن تحويل قيمة هذه المكافأة بعد تحديدها بأسهم عادية ويأخذ حصته من الأرباح كغيره من المساهمين، ويتحمل الخسائر كغيره، ويحق له بيع أسهمه حسب النظام المتبع في تداول الأسهم^(٣).



(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/ ٢٤٨ و ٢٧٥-٢٧٦ و ٢٨٤-٢٨٥.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/ ٤٣١ نقلاً عن الشركات لمحمد السيد ص ٥٠.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٣/ ٤٣٢ و ٤٣٩.

المبحث الثالث

الضمان في اتفاقية تسلم

طلبات اكتتاب أسهم حقوق الأولوية

تقدم في المبحث الحادي عشر من الفصل الأول أن للسوق المالية مرحلة سابقة لمرحلة الاكتتاب، يجري فيها إصدار الأوراق المالية، وتعرف بالسوق الأولية، ثم يليها مرحلة أخرى لتداول هذه الأوراق، وتعرف بالسوق الثانوية، والسوق المالية مصطلح يطلق على مجموع السوقين^(١)، وتسويق الأوراق المالية على الجمهور الذي يكون بعد طرح الاكتتاب مندرجاً في أعمال السوق الثانوية.

وللمؤسسات المصرفية الإسلامية التي تتولى تسويق الأوراق المالية طريقتان في التسويق وتسلم طلبات الاكتتاب، تقدم تفصيلهما في مبحث: ضمان مسوق الأوراق المالية للاكتتاب في عقد بيع الأوراق المالية، وهو المبحث الحادي عشر من الفصل الأول في هذا الباب.

والمقصود بالأسهم المتميزة بحقوق الأولوية: ما أكسبت مالكة حق أولوية الاكتتاب فيما قد يطرح من الأسهم الجديدة للشركة المساهمة، وذلك عند إقرار الزيادة في رأس المال^(٢).

فمن هنا يتبين أن حق الأولوية لا يستفيد منه المساهم إلا في حال طرح أسهم جديدة، وذلك في حال اعتماد زيادة في رأس المال.

فإذا اعتمدت شركة المساهمة زيادة رأس المال وقررت طرح أسهم جديدة بناء على ذلك، أعطي كل مكتتب في الأسهم المشروطة بحق الأولوية في مقابل كل سهم يملكه حقاً في الاكتتاب بسهم واحد جديد بقيمة الطرح الأساسية وليس بالقيمة السوقية المتاحة لجميع المستثمرين في السوق الراغبين في الاكتتاب، وهذا الحق من قبيل الشفعة؛ لأن مشتري الأسهم الجديدة سيشارك كل مساهم في شركة المساهمة ويملك معه بالشئوع حصّة مقدّرة من موجودات الشركة.

وحينئذ قد تعين شركة المساهمة، أو من تنيب، كياناً لاستقبال طلبات أصحاب حق الأولوية من المساهمين الملاك في شركة المساهمة ليمارسوا حق الشفعة فيما لم يقسم من موجودات الشركة المشاعة بين ملاكها.

(١) العقود المالية المركبة ص ٣١٧، والأسهم حكمها وآثارها ص ١٨-١٩.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار (٦٤٣)، ٣/ ٢١.

وتتكون اتفاقية تسلم طلبات اكتتاب أسهم حقوق الأولوية من أطراف ثلاثة، وهم:
الطرف الأول: الشركة الراغبة في طرح أسهمها.

الطرف الثاني: مدير الاكتتاب للشركة الراغبة في طرح أسهمها.

وغالبًا ما يكون مدير الاكتتاب شركة تتبع المصرف للنيابة عنه في الجوانب الاستثمارية التي يُمنع المصرف من الاتجار فيها بنفسه من قبل البنك المركزي، وقد تسمى هذه الشركة باسم المصرف أو باسم مستوحى منه، مثل الشركة التي أنشأها مصرف الإنماء في الرياض باسم: شركة الإنماء للاستثمار.

الطرف الثالث: الكيان المتسلم، وتوصيف علاقته مع الطرف الثاني أنها إجارة على عمل^(١).

حيث يستقبل الكيان المتسلم طلبات الاكتتاب^(٢)، ويودع أموال الاكتتاب المتسلمة من المكتتبين في حساب مصرفي أنشئ لهذا الغرض يسمى حساب الحفظ، وتكون عائدات استثمار تلك الأموال إن وجدت من حق الكيان المتسلم، وذلك خلال الفترة الممتدة من تاريخ التسلم وحتى تاريخ تخصيص الأسهم، وهي فترة حفظ أموال الاكتتاب، ولا يحق للكيان المتسلم في هذه الفترة الاستقطاع من أموال الاكتتاب أو التصرف فيها، بخلاف ما جرى الاتفاق عليه في الاتفاقية، أو ما يتفق عليه خطأً مع العميل.

وبتأمل ما ورد في بنود الاتفاقية بالصيغة المعتمدة لدى المصارف الإسلامية في المملكة العربية السعودية، استخرجتُ منها مجموعة من الضمانات، ونظمتها في أربعة مطالب، وفي خاتمة المبحث سردت الأحكام الفقهية والجوانب التأصيلية المتصلة بمطالبه.

المطلب الأول: ضمان الكيان المتسلم تقديم الخدمات بكفاءة

المقصود بالكيان المتسلم في اتفاقيات استلام طلبات الاكتتاب هو: الشخصية التي يتعاقد معها مدير الاكتتاب، على أن يكون لدى هذه الشخصية ترخيص من هيئة سوق المال بتولي نحو هذه الأعمال.

ومسؤوليات الكيان المتسلم، المتصلة بموضوع هذا المطلب، في منطوق الاتفاقيات المعمول بها في الجهات المصرفية الإسلامية كما يأتي:

أولاً: العلم بالأنظمة والموارد الفنية وتوافر الخبرات والمهارات الضرورية لتقديم الخدمات.

(١) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار (٣٥٣)، ١/٥١٦.

(٢) وقد يكون هناك اتفاق مع عدة كيانات لمساهمة واحدة، ويبرم مع كل كيان عقد مستقل.

ثانيًا: توفير الموظفين وتدريبهم، وتوفير الأجهزة والأنظمة اللازمة لمعالجة طلبات الاكتتاب ومعالجة أموال الاكتتاب.

ثالثًا: توزيع مستندات حقوق الأولوية على المكتتبين.

رابعًا: تسلم نماذج طلبات الاكتتاب من المستثمرين وإيداع أموال الاكتتاب في حساب الحفظ.

خامسًا: التواصل بشكل منتظم مع مدير الاكتتاب خلال فترة حقوق الأولوية، والتنسيق مع مدير الاكتتاب للتحقق بشأن نماذج طلبات الاكتتاب المرفوضة وتصحيحها عند الاقتضاء.

سادسًا: متابعة الاستفسارات الواردة من المكتتبين وبذل الرأي والمساعدة.

سابعًا: تدوين إيصالات للأموال المتحصلة من الاكتتاب، وإعادة الأموال لمن استقال من الاكتتاب في مجلس العقد ولمن سبقه غيره إلى شراء السهم محل الاكتتاب بعد الدفع وقبل التخصيص.

ثامنًا: لا يسوغ للكيان المتسلم التنازل عن حقوقه أو تفويض مسؤولياته إلى غيره دون موافقة خطية مسبقة من مدير الاكتتاب.

كما تنص الاتفاقية عادةً على تعهد أطراف الاتفاقية بإجراء التدابير المناسبة لضمان تحقيق أهداف هذه الاتفاقية.

وفي معيار الوكالة بالاستثمار ما نصه: ويتحمل الوكيل (المؤسسة) بصفته شخصية معنوية المصروفات المتعلقة بموظفيه أو أجهزته^(١).

المطلب الثاني: ضمان الكيان المتسلم لسلامة البيانات وسريتها

تنص اتفاقيات تسلم طلبات الاكتتاب على أن الكيان المتسلم، وهو الذي يتعاقد معه مدير الاكتتاب، يتعهد بما يأتي:

أولًا: وضع ضوابط داخلية كافية لضمان سلامة بيانات الاكتتاب وسريتها.

ثانيًا: ألا يفصح علنًا للجمهور عن المعلومات المتعلقة بحقوق الأولوية إلا في حدود ما يطلبه منه مدير الاكتتاب.

وهذا الشرط لا يتعارض مع تمويل الكيان المتسلم لمقدمي طلبات الاكتتاب في سبيل تسهيل الاكتتاب.

كما تنص الاتفاقية على تعهد كل طرف بعدم استخدام معلومات المكتبيين التي أفصحوا عنها في نماذج طلبات الاكتتاب لأي غرض خلاف الأغراض المتعلقة بحقوق الأولوية وفقاً للتوجيهات الصادرة من هيئة السوق المالية.

المطلب الثالث: مسؤولية الكيان المتسلّم عن دعاوى العملاء ومطالباتهم

تنص الاتفاقية على أن الكيان المتسلم هو المسؤول الوحيد عن الدعاوى والمطالبات المقدمة من العملاء بشأن خدمات حقوق الأولوية أو نماذج طلبات الاكتتاب أو أموال الاكتتاب أو الاسترداد عند وجود فائض في الاكتتاب، وإرسال التأكيدات النهائية الخاصة بتخصيص أسهم حقوق الأولوية.

إلا إذا كانت تلك الدعاوى أو المطالبات نتيجة مباشرة لإخلال مدير الاكتتاب المتعمّد أو إهماله في الوفاء بالتزاماته بموجب الاتفاقية، فتكون تلك الدعاوى والمطالبات من مسؤولية مدير الاكتتاب.

كما تنص الاتفاقية على تعهد كلٍّ من مدير الاكتتاب والشركة الطارحة بحماية الكيان المتسلم من أي مطالبة أو إجراءات قانونية أو دعاوى قضائية، تنشأ نتيجة إهمال مدير الاكتتاب أو الشركة أو إخلالهما المتعمد بشروط هذه الاتفاقية.

المطلب الرابع: تعهد الكيان المتسلّم بتعويض مدير الاكتتاب عن الدعاوى والمطالبات والأحكام الصادرة عليه

يوافق الكيان المتسلم في الاتفاقية على ما يأتي:

أولاً: تعويض مدير الاكتتاب والشركة والجهات التابعة لقاء المطالبات والدعاوى المقامة ضدهم، وما يترتب على الأحكام الصادرة عليهم، مهما كان مقدم تلك الدعاوى والمطالبات، إذا كانت نتيجة لما يأتي:

- أ - خلل في الخدمات المقدمة من قبل الكيان المتسلم فيما يتعلق بهذه الاتفاقية.
- ب - خلل في العلاقة بين الكيان المتسلم والمكتبيين فيما يتعلق بطلبات الاكتتاب أو معالجتها أو تعامل الكيان المتسلم مع أموال الاكتتاب.
- ج - تأخر الكيان المتسلم في الوفاء بالتزاماته.
- د - إخلال الكيان المتسلم بالوفاء بالتزاماته، ما لم يكن عدم الوفاء بسبب يرجع إلى الشركة أو مدير الاكتتاب.

ثانيًا: ليس للكيان المتسلم أو وكلائه أو مستشاريه محاولة استرداد ما يُدفع إلى المستحق للتعويض تعويضًا له عن الخسارة التي لحقت به إلا إذا قررت محكمة أو لجنة مختصة لا تخضع لاستئناف لاحق، أن تلك الخسارة قد نشأت بسبب إهمال الآخذ للتعويض أو سوء تصرفه المتعمد. ثالثًا: جميع الشروط والضمانات والتعهدات الواردة في الاتفاقية لا تنفي تطبيق الأنظمة والقوانين الحاكمة، والشرعية الإسلامية هي التي تحكم الاتفاقية، إضافة إلى الأنظمة واللوائح التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

وبعد:

فإن الضمانات والشروط التي عنونت بها المطالب السابقة لا تخلو مما يأتي:

أولًا: أن تكون الشروط من مقتضى العقد، واشتراطها لا يزيدها إلا وكادة، كاشتراط تقديم الخدمات بكفاءة على الكيان المتسلم، واشترط هذا النوع من الشروط جائز في العقود من غير خلاف^(١)، فهذا الشرط هو مقتضى أداء الأمانة والوفاء بالعقد.

ثانيًا: أن تتعلق بالشروط مصلحة المتعاقدين بحيث تُحفظ بها حقوقهم ويُرفع الضرر عنهم، كضمان الكيان المتسلم لسلامة البيانات وسريتها، وكذلك تعهده بتعويض مدير الاكتتاب عن الدعاوى والمطالبات والأحكام الصادرة عليه إذا كان ذلك بسبب تعديه أو تفریطه في المعقود عليه.

وهذا من الشروط السائغة في العقود^(٢)، وقد قيّد التعويض في قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن الشرط الجزائي رقم (١٠٩) ب: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي^(٣).

وسبق في مسألة الشروط في العقود ترجيح القول بجواز الشروط التي لا تخالف مقصود

(١) ينظر: المغني ٤/ ٧٣، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٠٠ وما بعدها.

(٢) ينظر: المغني ٤/ ٧٣.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/ ١٩٨١. وقد تقدم في الفصل الأول الاستدلال على مبدأ التعويض في المال والمعاملات المالية بقوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْتَصِمَانِ فِي الْخَرْبِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ۖ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّمَا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٨-٧٩]، وقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَقَبْتُمْ فَاتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِّثْلَ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الممتحنة: ١١]؛ ذلك أن من ذهب زوجته من المسلمين إلى الكفار مرتدة وفاتت عليه، لزم أن يعطيه المسلمون بدل ما أنفق عليها من المهر أو غيره.

العقد وإن خالفت مقتضاه، إذا رضي بها المتعاقدان ولم تشتمل على محرم، على ما تقرر مفصلاً في مسألة الأصل في الشروط^(١).

ومما يدل على أن الأصل في الشروط التي تخالف مقتضى العقد الصحة: قول النبي ﷺ: «مَنْ ابْتاعَ نخلاً بعد أن تُؤَبَّرَ فثمرُها للبائع إلا أن يشترطَ المبتاعُ، وَمَنْ ابْتاعَ عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطَ المبتاعُ»^(٢)، وهو شرط مخالف لمقتضى العقد، وليس مخالفاً لمقصد العقد.

ثالثاً: أن تخالف مقصد العقد، أو تتضمن غرراً وجوراً.

كإلقاء تبعة دعاوى العملاء ومطالباتهم بشأن خدمات حقوق الأولوية على الكيان المتسلم، وتحمله مسؤولية ذلك، وهذا يحتاج إلى تفصيل:

فإن كانت المطالبة بسبب دعاية الكيان وتدليسه فهو مسؤول عن ذلك بالقدر الذي يناسب ما أحدثه من الغش والتدليس، وإن كانت المطالبة بسبب من الطرف المنشئ لحق الأولوية وخدماته - وهو الشركة الطارحة - فالشركة هي المسؤولة عما باعته من الأعيان والمنافع؛ سواء كان المبيع أصيلاً في العقد، وهو الأسهم، أو كان المبيع تابعاً، وهو حق الأولوية.



(١) ينظر في الفصل الأول من هذا الباب: المطلب الثالث من المبحث الثاني، وينظر: المبسوط ١٣/١٣ وما بعدها، ومجموع الفتاوى ٢٠/٥٤٥ و ٢٩/١٢٦ وما بعدها و ٣١/٢٧-٢٨، وإجارة الموصوف في الذمة ص ١٦٣-١٦٥، وتمويل الخدمات ص ١٦٠-١٦٢.

(٢) رواه البخاري في باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ٣/١١٥ برقم ٢٣٧٩، ومسلم ٣/١١٧٣ برقم ١٥٤٣.

المبحث الرابع

الضمان في اتفاقية أمين الحفظ للشركات

خدمات أمين الحفظ من الخدمات التي تقدمها المصارف التجارية الإسلامية أو شركاتها الاستثمارية، حيث تقدم الشركة ذات الغرض الخاص أوراقاً مالية كالأسهم والصكوك والعقود، ومستندات إثبات ملكيات العقار، وغيرها.

ثم يلتزم أمين الحفظ بحفظها، وإجراء ما يلزم لها من إنهاءات إدارية، وذلك مقابل أجره سنوية يتفقان عليها.

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن حساب الاستثمار ما نصه: المراد بأمين الاستثمار: أي مصرف أو مؤسسة مالية ذات درجة عالية في التصنيف وخبرة وملاءة مالية يُعهد إليه تسلم الأموال والمستندات الممثلة للموجودات ليكون مؤتمناً عليها، ولمنع المضارب من التصرف فيها بما يخالف شروط المضاربة. ولا مانع من ذلك شرعاً بشرط أن يكون ذلك مصرحاً به في النظام (المؤسسة أو المضاربة) ليكون المساهمون على بينة، وبشرط ألا يتدخل أمين الاستثمار في القرارات، ولكن يقتصر عمله على الحفظ والتثبت من مراعاة قيود الاستثمار الشرعية والفنية^(١).

المطلب الأول: ضمان أمين الحفظ

يتولى أمين الحفظ، وهو عادة ذراع المصرف الاستثماري، في اتفاقية أمين الحفظ للشركات المسؤوليات الآتية:

أولاً: الاحتفاظ بمستندات مستأجر خدمات الحفظ في مكان آمن.

ثانياً: إيداع عوائد الأصول المحتفظ بها في الحساب المصرفي المسمى في العقد.

ثالثاً: إشعار مدير الصندوق^(٢) بمجموع الأصول المستحقة لمودعها شهرياً.

رابعاً: أن يفصل أمين الحفظ بين أصوله من جهة وأصول الشركة المتعاقدة وعوائدها.

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢٢)، ١٣/١٣، ١٣٠٠، والتبادل المالي بين المصارف الإسلامية والمصارف الأخرى، د. فهد الحمود ص ٤٢٣-٤٢٤.

(٢) مدير الصندوق هو مودع المستندات، ولا بد أن يكون شخصية مستقلة عن أمين الحفظ؛ فلا يجوز أن يكون مدير الصندوق في شركة الراجحي مثلاً أميناً للحفظ.

والأصل في أمين الحفظ أن يضمن ما يضمنه الأجير المشترك، وتقدم في المبحث الثاني عشر من الفصل الأول ترجيح ضمان الأجير المشترك لما هلك تحت يده المنفردة بالأعيان إلا من شيء غالب، كالحرقيق والعدو المكابر؛ حيث كان الأصل المتقرر في المعاملات أن على اليد ما أخذت حتى تؤديه، ولأن أقضية الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ والتابعين على ذلك.

ومن القواعد المتقررة في المعاملات المالية أن الغنم بالغرم، فلو لم يَغرَم الأجير المشترك ما هلك تحت يده لم يستحق أجر ما عمل بيده، فإنه قبض العين للاسترباح قاصداً حظ نفسه.

ومن أهل العلم من جعل الأمر في ذلك إلى الحاكم، بناء على أنه ليس في تضمين الأجير المشترك نص، فأخرج حكم التضمين من السلطة التشريعية عن الله ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى السلطة الاجتهادية للحاكم^(١)، وعليه يدخل فيه النظر المصلحي والشورى بين المسلمين، وذلك في كل عصر بحسبه، وفق القواعد الفقهية والضوابط الشرعية.

وهؤلاء اختلفت أقوالهم بناء على اختلاف الظروف والأحوال، من ظهور الخيانة وفساد الزمان أو صلاحه وأمانة الناس وغير ذلك، فمنهم من راعى مواضع ارتفاع التهمة عن الأجير المشترك باستفاضة السبب كالحرقيق الغالب والعدو المكابر، وتوسع بعضهم في كل ما تلف بغير فعل الأجير المشترك فلم يضمنه إلا ما كان التلف فيه بفعله، ومنهم من ضبط الضمان بما كان العمل فيه في ملك الأجير المشترك لا المستأجر، ومنهم من ضبطه بما انفردت فيه يد الأجير المشترك، ومنهم من راعى مقصد ضبط المعاملات بين الناس فضمن الأجير المشترك مطلقاً، وفي المقابل قاسه بعض أهل العلم على الأجير الخاص فجعل يد الأجير المشترك يد أمانة.

بيد أن الاتفاقية التي عُنون بها هذا المبحث تنص عادةً على مجموعة من الأحوال والأسباب

(١) قال القرافي في الفرق السادس والثلاثين بين قاعدة تصرفه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالقضاء وبين قاعدة تصرفه بالفتوى وهي التبليغ وبين قاعدة تصرفه بالإمامة، قال: تصرفاته صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منها ما يكون بالتبليغ والفتوى إجماعاً، ومنها ما يجمع الناس على أنه بالقضاء، ومنها ما يجمع الناس على أنه بالإمامة، ومنها ما يختلف العلماء فيه لترده بين رتبتي فصاعداً... فبعث الجيوش لقتال الكفار والخوارج ومن تعين قتاله وصرف أموال بيت المال في جهاتها وجمعها من محالها وتولية القضاء والولاية العامة وقسمة الغنائم وعقد العهود للكفار ذمة وصلاحاً هذا هو شأن الخليفة والإمام الأعظم؛ فمتى فعل صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شيئاً من ذلك علمنا أنه تصرف فيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بطريق الإمامة دون غيرها، ومتى فصل صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين اثنين في دعاوى الأموال أو أحكام الأبدان ونحوها بالبينات أو الأيمان والنكولات ونحوها فنعلم أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنما تصرف في ذلك بالقضاء دون الإمامة العامة وغيرها؛ لأن هذا شأن القضاء والقضاة، وكل ما تصرف فيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في العبادات بقوله أو بفعله أو أجاب به سؤال سائل عن أمر ديني فأجابه فيه فهذا تصرف بالفتوى والتبليغ، فهذه المواطن لا خفاء فيها، وأما مواضع الخفاء والتردد ففي بقية المسائل. ينظر: الفروق ١/ ٢٠٥-٢٠٧، والجامع لأحكام الوقف ٣/ ٣٣٧.

التي لا يكون أمين الحفظ فيها ضامناً للخسائر والأضرار الواقعة على المستندات والأوراق المالية التي انعقدت الإجارة على حفظها ورعايتها، وهي: حال الحرب، والعصيان المسلح، والتمرد، والاضطراب المدني، والقضاء والقدر، وإذا كان ذلك ناجماً عن حادث أو حريق أو مياه أو انفجار أو عطل ميكانيكي أو قصور في أجهزة الحاسوب أو النظام أو قصور آخر في المعدات أو في وسائط الحاسب أو عطل في وسائل الاتصال أو انقطاع موارد الطاقة أو غيرها من مرافق الخدمات أو الإضراب أو قانون صادر من جهة حكومية أو لسبب خارج عن السيطرة.

وهذه الأحوال والأسباب التي لا يكون أمين الحفظ معها ضامناً، وفق منصوص الاتفاقية في الصيغة المتعارف عليها اليوم، أقرب ما تكون إلى مذهب صاحب أبي حنيفة^(١)، ومذهب أحمد في رواية^(٢)، فإنهم قالوا: يضمن الأجير المشترك ما هلك في يده إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر.

المطلب الثاني: ضمان شركة الاستثمار خلواً الأوراق المالية من الالتزامات والمطالبات

تنص الاتفاقية على أن الشركة صاحبة الأوراق المالية تضمن لأمين الحفظ أن الأوراق المالية لا رهن عليها لصالح طرف ثالث ولا رسوم أو حجز أو حق مقاصة أو ضمانات انتفاع أو مطالبات أو غير ذلك.

فهذا هو المقصود بضمان شركة الاستثمار خلواً الأوراق المالية من الالتزامات والمطالبات، وهو من قبيل الشروط التي يكون للمتعاقدين أو أحدهما مصلحة باشتراطها؛ لأن المطالبات على الأوراق المالية قد تتوجه على من بيده العين، وهو الأجير المشترك أمين الحفظ.



(١) ينظر: الأصل ٥٦٩/٣ وما بعدها.

(٢) ينظر: المغني ٣٩٥/٥، وروى ابن سيرين عن شريح: أنه كان لا يضمن الملاح غرقاً ولا حرقاً. ينظر: الأصل ٥٦١/٣، ومصنف عبد الرزاق ٢١٦/٨ و٢١٧ و٢٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٣١٠/٤.

المبحث الخامس

الضمان في الوكالة بالاستثمار بين المصارف

الوكالة بالاستثمار تجتمع مع المضاربة في معنى الإجارة العام، وفي مقصد الاسترباح^(١)، والمقصود من الوكالة بالاستثمار: إنابة الشخص غيره لتنمية ماله بأجرة أو بغير أجرة^(٢)، وتنعقد اتفاقية الوكالة بالاستثمار بين المصارف بناء على رغبة الطرفين في إبرام صفقات من وقت لآخر، فيقوِّض الموكل الوكيل باستثمار أمواله نيابة عنه مع أموال الوكيل في استثمارات متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً للشروط والأحكام المبينة في الاتفاقية المبرمة بينهما.

وعقد الوكالة جائز في شريعة الإسلام، من غير خلاف بين الفقهاء^(٣)؛ لقوله تعالى: ﴿فَاتَّبِعُوا أَحَدَكُمْ يَورِقْكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾^(٤)، وهذه وكالة، ومن السنة ما روى البخاري في صحيحه^(٥) عن عروة البارقي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التَّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ.

ومن جهة النظر: فالحاجة داعية إلى التوكيل؛ لأن الموكل قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة، أو ممن يتعير بها، ويحط ذلك من منزلته، فأباحها الشرع دفعاً للحاجة، وتحصيلاً لمصلحة الأدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه^(٦).

(١) ولذلك أطلق ابن القيم وصف الأجير على المضارب، قال البهوتي: قال ابن القيم في الهدي النبوي: المضارب أمين وأجير ووكيل وشريك؛ فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه - أي: المال -، وأجير فيما يباشره من العمل بنفسه؛ لأنه يعمل لغيره بعوض، وهو الجزء المسمى له من الربح، وإن كانت المضاربة صحيحة. ولعل مراده: أنه في حكم الأجير... وشريك إذا ظهر فيه - أي: المال - الربح. اهـ. كشف القناع ٣/ ٥٠٨، وينظر: زاد المعاد لابن القيم ١/ ١٥٤-١٥٥، والفائدة من النقل عن المتأخر التأكد من صحة الفهم وبيان رسوخ المعنى عند الأصحاب وسلامته من الاعتراض.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٣.

(٣) ينظر: المغني ٥/ ٦٣-٦٤.

(٤) سورة الكهف، الآية: ١٩.

(٥) في كتاب المناقب، قال: (باب) وأبهم، برقم ٣٦٤٢.

(٦) ينظر: المغني ٥/ ٦٣-٦٤.

أما لفظة الاستثمار المضافة إلى الوكالة، فهي دارجة عند الفقهاء على المعنى اللغوي، وهو طلب ثمر الشجر، وبناء عليه فاستعمالهم مغاير للاستعمال المعاصر، على أنهم استعملوا ألفاظاً تدل على معنى الاستثمار المعاصر؛ كالتمير، والتنمية، والاستئماء^(١).

والأصل في الاستثمار الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، وتحريم الاستثمار يعود في الجملة إلى محله أو إلى وصف يشتمل عليه، وأهم تلك الأوصاف: الربا والقمار والغرر والإضرار والإعانة على محرم.

بل رَغِبَت الشريعة في استثمار الأموال وتنميتها حيث كان قوام الناس بها، وجعل سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى هذا الباب سبباً من أسباب التخفيف على عباده، كما في قوله تعالى: ﴿عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرْضَوْىً وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٢).

والوكالة بالاستثمار من أبرز البدائل الشرعية لمعاملات البنوك الربوية، حيث تحقق عائداً معلوماً للمصارف الإسلامية قبل الدخول في العقد، وهو أجر الوكالة^(٣).

وقد يكون الطرف الموكَّل، في الوكالة بالاستثمار، مصرفاً غير ملتزم بأحكام الإسلام، كما لو كان مراكبياً، وفي هذا قرر المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: يجوز للمؤسسات التوكل في استثمار أموال البنوك التقليدية في أنشطة المؤسسات المعتمدة من هيئاتها الشرعية، شريطة خلو العقد من قيود أو شروط ممنوعة شرعاً^(٤).

ومن المستفيض تعامل النبي ﷺ مع اليهود مع أخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل، وكونهم أكالين للسحت^(٥).

وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: الأولى التعامل مع البنوك الإسلامية في جميع المنتجات، ولا مانع من التعامل بالمنتجات التي تقدمها بنوك غير إسلامية بشرط التأكد من خلوها من المخالفات الشرعية؛ كالربا (الفوائد وغرامات التأخير) والغرر،

(١) ينظر: تفسير الطبري ٧٠٧/٣، والمبسوط ٤٠/٣، وفتح القدير ٤٦١/٩، والمنتقى ٩٢/٢، ومواهب الجليل ٣٥٧/٥، ومعالم السنن ٧٩/٢ و٢٦٣/٤، ٣٥٣/٧، والمغني ٤٧٠/٢، وعقد الوكالة بالاستثمار د. طلال الدوسري ص ٥٧-٦٣.

(٢) سورة المزمل، الآية: ٢٠.

(٣) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٥ و٧٦ و١٥٥-١٥٦ و١٨٣-١٨٥ و٢١٤.

(٤) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٩.

(٥) ينظر: فتح الباري ٣٢٢/٤، والدرر السنية ٣٤٠/٨، وفتاوى اللجنة الدائمة، الفتوى رقم (١٦٠١٣) ٣٧٥/١٣، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٤٢٧-٤٣٢.

ويمكن أن يكون ذلك عن طريق هيئة رقابة شرعية تتولى التدقيق على منتجاتها^(١).

المطلب الأول: تعهد الوكيل ببذل الجهد الكافي لضمان جدوى الصفقات الاستثمارية

إن اتفاقيات الوكالة بالاستثمار الجارية بين المصارف تنص عادةً على اشتراط امتلاك الوكيل في الاستثمار الأهلية النظامية والخبرة الكافية لإبرام هذه الاتفاقية والدخول في عمليات الاستثمار المترتبة عليها.

والأصل في الوكيل بأجر أن يبذل الجهد الكافي عُرْفًا فيما وكّل فيه، ومحل الوكالة هنا الصفقات الاستثمارية، فمقتضى أداء الأمانة استيفاء ما جرت عادة الوكلاء ببذله، وذلك في كل صفقة بحسبها.

غير أن الوكيل قد يستثمر بأمواله مع أموال الموكل، فيدخل في الاستثمارات باسمه في المالين؛ فهل يتعارض هذا مع أسباب ضمان جدوى الاستثمار محل الوكالة؟

إن خلط مال الوكيل مع أموال الوكالة أمر سائغ، وقد جرى به العرف مع إطلاق الوكالة، وفيه مصلحة للموكل؛ لأنه يولّد لدى وكيله حافزًا حيث كانت أمواله الخاصة جزءًا من المال المستثمر به، وليس للوكيل حينئذ الشراء من الأموال المخلوطة بنفسه، أو تولي طرفي العقد فيها^(٢).

المطلب الثاني: تعويض الوكيل عن المصروفات والأضرار والمخاطر والخسائر

تنص الاتفاقية عادةً على أن الموكل يعرض الوكيل لقاء المخاطر المرتبطة بتصرفات الوكيل، وأن الموكل يتحمل الخسائر الناتجة عن تصرفاته، باستثناء الخسائر التي تنتج من إهمال الوكيل أو سوء تصرفه المتعمد.

كما تنص الاتفاقية على أن الموكل ملتزم بتعويض الوكيل وموظفيه ومسؤوليه ووكلائه عن الخسائر والأضرار والتكاليف والمصروفات وغيرها مما يكون نتيجة إجراءات أو دعاوى أو مطالبات تكبدها الوكيل، أو طوّل بها الوكيل لسبب راجع إلى ممارسته لصلاحياته والتزاماته نيابة عن الموكل بموجب هذه الاتفاقية، بما في ذلك الضرائب والرسوم والعمولات والأتعاب القانونية، ما لم يكن ذلك بسبب تعدي الوكيل أو تقصيره.

(١) الضابط رقم (٥٦٥)، ص ١٧٠.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦) ص ١١٤٧-١١٤٨، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٤٢٥-٤٢٦.

ذلك أن الوكيل نائب عن الأصيل في تصرفاته، فالأصل في يد الوكيل أنها يد أمانة^(١)، والأصل في ذمة الوكيل، فردًا كان أم جهةً، انفصال ذمته عن ذمم موكله من العملاء والمؤسسات من جهة الضمان والمسؤولية، إلا بموجب شرعي، ومن الموجبات الشرعية لضمان الوكيل: التفريط بترك ما يجب عليه فعله بمقتضى عقد الوكالة، والتعدي بفعل ما لا يجوز له فعله^(٢).

كما أن الأصل، كما بينه الفقهاء في حدود ما يتحمله رب المال والمضارب، أن المضارب يتحمل النفقات الناشئة عن توكله بالاستثمار إذا كان ذلك في صلب العمل الاستثماري، وكان مما جرت العادة أن يباشره الوكيل بنفسه، وأن رب المال (الموكل) يتحمل النفقات التي لا علاقة لها بالاستثمار، ونفقات الأعمال التي لم تجرِ العادة بأن يباشرها المضارب (الوكيل بالاستثمار) بنفسه^(٣). وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية ما نصه: ولا تتحمل المضاربة إلا النفقات المباشرة التي تخصها، وكذلك نفقات ما لا يجب على المضارب عمله؛ مثل من يستعين بهم من خارج جهازه الوظيفي. اهـ^(٤)، وطبيعة عمل الوكيل في الاستثمار كعمل المضارب^(٥).

وفي معيار الوكالة بالاستثمار الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: يتحمل الموكل المصروفات المتعلقة بالاستثمار، مثل النقل والتخزين والضرائب والصيانة والتأمين. ولا يجوز اشتراطها على الوكيل ولا تأجيل دفعها أو ربط دفعها بنتائج الاستثمار. ويتحمل الوكيل إذا كان شخصية معنوية المصروفات المتعلقة بموظفيه أو أجهزته^(٦).

(١) ولو كانت الوكالة في شراء السلعة غير معلنة، بأن تصرف الوكيل أمام الأطراف الأخرى كالأصيل وتولى الشراء باسمه. ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٨٩ و ٥٥١)، ص ٣٤ و ١٦٧. وفي المعايير الشرعية، جاء في معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٤)، ص ٦٢٣-٦٢٤ و ٦٣٤ ما نصه: يد الوكيل يد أمانة لا تضمن، وإنما يضمن الوكيل بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط الوكالة وقيودها، ما لم تكن المخالفة إلى ما هو أفضل للموكل. اهـ. وما نصه: مستند كون يد الوكيل يد أمانة هو أنه يعمل لصالح غيره، وهذا هو الشأن في تلك التصرفات، والموكل قد اختار الوكيل، وذلك ائتمان له؛ فلا يناقض قوله إلا بإثبات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط أو قيود الوكالة. اهـ.

(٢) ينظر: درر الحكام ٣/ ٥٤٨، والكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٧٨٩، ومغني المحتاج ٣/ ٢٥٥، والمغني ٥/ ٧٥.

(٣) ينظر: المقدمات الممهدة ٢/ ١٢٦، ومغني المحتاج ٣/ ٤٠٠، والمغني ٥/ ٤٠، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٨٧-٥٩١.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢٢)، ١٣/ ١٣٠١.

(٥) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٨٧.

(٦) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

فتعويض الموكل للوكيل في الأحوال المذكورة من مقتضيات الوفاء بالعقود، وأداء الحقوق، ويحسن تقييد ذلك بالضوابط الآتية:

الضابط الأول: أن تكون ممارسات الوكيل في الاستثمار مما يقتضيه عقد الوكالة وجرى به العرف.

الضابط الثاني: أن تكون قيمة المصروفات قيمة عادلة خالية من الغش والتحايل على الموكل، لا تزيد على المعروف.

الضابط الثالث: ألا تشمل التصرفات التي ترتبت عليها التكاليف، على محذور، كالتأمين التجاري، والاستثمار في أسواق القمار.

المطلب الثالث: التزام الوكيل برد ما تبقى من مبلغ الاستثمار حال الخسارة

تنص الاتفاقية عادةً على أنه في حال الخسارة يجب على الوكيل دفع ما تبقى من مبلغ الاستثمار إلى الموكل.

وأن الوكيل، أو أيًا من موظفيه، لن يكونوا مسؤولين عن الخسائر العائدة على رأس مال الموكل نتيجة لما قام به الوكيل من تنفيذ التزاماته بموجب هذه الاتفاقية، أو أي اتفاقية ذات صلة بها، ما لم تكن تلك الخسائر قد نتجت عن تعدد أو إهمال أو تقصير من قبل الوكيل.

فالتزام الوكيل برد ما تبقى من مبلغ الاستثمار حال الخسارة هو مقتضى الأصل المقرر في وجوب رد الأمانات إلى أهلها، وتسليم الحقوق لأصحابها، كما قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١)؛ ذلك أن مال الاستثمار محل الوكالة بالاستثمار من ملك الموكل وليس من مال الوكيل المضارب، فوجب على الوكيل رد ما بقي منه بعد الخسارة.

أما عدم تحمّل الوكيل في الاستثمار لما خسره من رأس مال الموكل ما لم يتعدّد أو يفرط، فهو منسجم مع ما تقدم بيانه والاستدلال له من أن يد الوكيل يد أمانة، وأن قلب يده إلى يد ضامنة لأنه أجبر مشترك يقلبه مقترضاً، ولا ينسجم مع دخول الوكيل بأمواله وعمله مع الموكل واشترائه معه في الربح وتبادل الرأي والمشورة.

وفي معيار الوكالة بالاستثمار: يد الوكيل يد أمانة؛ فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط الوكالة وقيدوها^(٢).

فمن صور تفريط الوكيل بالاستثمار: التقصير في دراسة الجدوى، وتقصير مدير الاستثمار

(١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١٤٦، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٧٢.

في اتخاذ الأدوات المشروعة لحماية رأس المال بعد اشتراطها عليه.

ومن صور تعدي الوكيل بالاستثمار: الاستثمار في رأس مال موكله بعد انتهاء الوكالة، والاتجار في المعاملات المحرمة كتجارة الخمر والتبغ ولحوم الخنازير، والمشاركة في أسواق القمار المعاصرة مما يسمى بأسواق المشتقات المالية القائمة على أساس تقلب سعر العملة في الأرباح^(١).

وما شارك الوكيل في الاستثمار موكله فيه بدفع حصة من رأس مال الاستثمار، لعدم وفاء رأس مال الموكل بما يتطلبه المجال المستثمر فيه أو لغير ذلك من الأسباب، فإنهما يتحملان الخسائر، كل على قدر حصته، وعلى الوكيل في الاستثمار الإفصاح عن ذلك^(٢).

المطلب الرابع: تغطية الوكيل للفارق بين الربح الحقيقي والربح المتوقع

تشتمل اتفاقية أمين الحفظ أن على الوكيل إشعار الموكل بمعدل الربح المتوقع، وإشعاره بمبلغ الربح المتوقع تحقيقه في كل صفقة استثمار، وفي حال تجاوز الربح الفعلي للربح المتوقع فإن الوكيل يستحق الفرق بين الربح المتوقع والربح الفعلي الذي زاد عن الربح المتوقع، ويكون ذلك بمثابة حافز أداء^(٣).

والغرض من تحديد الربح المتوقع ترغيب الموكل، مع اعتبار عدم التغير به، وتقييد التوكيل بالاستثمار فيما يحقق هذا التوقع المكتوب، وتمييز الحافز الإضافي الذي يزيد عليه، وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن حسابات الاستثمار: لا مانع شرعاً من وضع معدل متوقع للربح^(٤). وفي معيار الوكالة بالاستثمار: يجوز أن يُشترط للوكيل بالاستثمار مع الأجرة، جميع أو بعض ما زاد عن الربح المتوقع؛ حافزاً له على حسن الأداء^(٥) وفيه: الربح كله حق للموكل إلا إذا حدد ربح متوقع وأن ما زاد عليه يستحقه الوكيل، كلياً أو جزئياً، باعتباره حافزاً، وذلك بالإضافة للأجرة المعلومة^(٦) وهو من قبيل الهبة المعلقة^(٧).

(١) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٦٨، ومعيار حماية رأس المال والاستثمارات رقم (٤٥)، ص ١١٢٨، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٦٨، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩.

(٣) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٤٦٥.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢٢)/١٣، ١٣٠٠، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٦٤-٦٦٧.

(٥) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

(٦) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٦.

(٧) ينظر: المعايير الشرعية ص ١١٥٤، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٥٦-٥٦٣.

واتفاقية أمين الحفظ التي جرى عليها عمل الجهات المصرفية الإسلامية تنظم ذلك من خلال النص على الآتي:

أولاً: إذا كان الربح الفعلي مساوياً للربح المتوقع أو أكثر منه، فيجب على الوكيل دفع مبلغ الاستثمار (رأس المال) إلى الموكّل مضافاً إليه الربح المتوقع بعد خصم رسوم الوكالة.

ثانياً: إذا كان الربح الفعلي أقل من الربح المتوقع، فيجب على الوكيل دفع مبلغ الاستثمار إلى الموكّل مضافاً إليه الربح الفعلي بعد خصم رسوم الوكالة.

ثالثاً: يجوز للوكيل، وفقاً لتقديره ومن غير التزام منه أو إلزام له بموجب هذه الاتفاقية أو غيرها، تغطية الفارق بين الربح الحقيقي والربح المتوقع.

وبناء على ما ورد في ثالثاً، فإن تغطية الوكيل للفارق بين الربح الحقيقي والربح المتوقع إجراء اختياري جوازي، ولو كان إلزامياً وجوباً لدخل في باب من أبواب الربا وصارت الوكالة بالاستثمار والحال كذلك غطاءً للربا؛ لأن حقيقة العقد حيثئذ مال بمال متفاضلاً.

وفي حال التعدي أو التفريط، فإن الوكيل بالاستثمار لا يضمن الربح المتوقع، بل يضمن رأس المال وما أضيف إلى رأس المال من الأرباح السابقة؛ لأن موجب التعدي والتفريط ضمان ما نشأ عنهما، وهو رأس المال، وأما ما لم يتحقق أصلاً، وهو الربح المتوقع؛ فليس مضموناً^(١).

وفي معيار الوكالة بالاستثمار: في حالات الضمان المشار إليها يقتصر الضمان على أصل المبلغ المستثمر إذا حصلت خسارة، ولا يضمن الربح المتوقع سواء استثمر المال فوراً أو لم يستثمره أصلاً^(٢).

وفي معيار حماية رأس المال والاستثمارات: إن حصلت الخسارة التجارية بسبب التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط من قبل المضارب، فإن لرب المال أن يطالب المضارب بضمان رأس المال، ولا يحق له المطالبة بالربح الفائت. فإن كان الاستثمار قد حقق ربحاً بالتنضيق الحقيقي أو الحكمي، وأضيف إلى رأس المال المستثمر ثم خسر بتعديه أو تقصيره أو مخالفته الشروط؛ فإنه يضمن ذلك الربح باعتباره جزءاً من رأس المال. أما إذا حصلت الخسارة بهلاك رأس المال كلياً أو جزئياً بسبب تعدي المضارب أو تقصيره، فإن المضارب يضمن قيمته وقت الإلتلاف^(٣).

(١) كما لو أتلّف المال عمداً، ولزوم الضمان بالإلتلاف محل إجماع بين الفقهاء. ينظر: تفسير الطبري ٦/ ٤٢٧، عقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٧٠.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٦.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٥)، ص ١١٢٤.

المطلب الخامس: تغطية الوكيل للفارق بين ما تبقى من رأس المال والربح المتوقع

تنص الاتفاقية على أنه يجوز للوكيل، وفقاً لتقديره ومن غير التزام منه أو إلزام له بموجب هذه الاتفاقية أو غيرها، تغطية الفارق بين ما تبقى من رأس المال والربح المتوقع.

والربح المتوقع يُبنى على أساس سليم مبني على دراسة الجدوى، حتى لا يغرّر الوكيل بالموكّل رب المال ليُقدّم على التوكيل بالاستثمار، كما يراعى في تقدير الربح المتوقع تجنب الارتباط بأسعار الفائدة الربوية^(١).

ولو كُلف الوكيل تغطية الوكيل للفارق بين ما تبقى من رأس المال والربح المتوقع، لصار مآلاً بمال متفاضلاً، وهو ربا محرم في شرائع الأنبياء عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، سواء أكان شرطاً أم تواطؤاً بمقتضى العرف والعادة والقرائن، فإذا لم يكن ثمة شرط سابق ولا عرف ملزّم جاز تبرع المضارب بجبر الخسارة، وقد توسعت في مناقشة حكم التبرع في المسألة الثالثة من المطلب الثاني للمبحث الأول من هذا الفصل، بما أغنى عن تكراره في هذا الموضع.

ذلك أن المال إذا استثمره غير صاحبه فلا يخلو بالجملة من أحوال ثلاثة:

الحال الأولى: أن يكون الربح كله للمستثمر، وهذا هو القرض.

الحال الثانية: أن يكون الربح كله لصاحب المال، ويكون المستثمر وكيلاً عن صاحب المال بأجرة، وهذه هي الوكالة بالاستثمار، إلا أن يكون المستثمر متبرعاً، فهذا ما يُعرف عند الفقهاء بالإبضاع^(٢).

الحال الثالثة: أن يكون الربح بينهما على الشيوع، وهذه هي المضاربة^(٣).



(١) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٦٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦، والنجم الوهاج ٢٦٧/٥، والمغني ١٨/٥.

(٣) ينظر: شرح الزرقاني ٣٩١/٦، ومجموع الفتاوى ٣٣٤-٣٣٦ و ٤٤٨، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ١٨٥ و ٣٦٢ و ٤٧٨ و ٤٩٢ و ٥٠٠ وما بعدها.

الفصل الرابع

الضمان في التحويلات والمصارفات والحسابات المصرفية

ويشتمل على:

المبحث الأول: الضمان في التحويلات المصرفية.

المبحث الثاني: الضمان في الاتفاق المصرفي مع شركات التحويلات المالية السريعة.

المبحث الثالث: الضمان في الودائع المصرفية.

المبحث الرابع: الضمان في الحساب الاستثماري المرن.

المبحث الأول

الضمان في التحويلات المصرفية

مصطلح الحوالة المصرفية يفيد انتقال النقود المودعة في أرصدة الحسابات المصرفية من حساب إلى حساب، أو من مصرف إلى مصرف، في البلد نفسه أو من بلد لآخر، وما يتبع ذلك من صرف العملة المحلية بالأجنبية، أو الأجنبية بعملة أجنبية أخرى. ولهذا ارتبط الصرف بعمليات التحويل المصرفي، وعطفت ذكره على التحويلات في مسمى هذا الفصل.

وعمليات الحوالة المصرفية تجري من خلال دفع مبلغ التحويل نقدًا، أو خصمًا من حساب العميل الأمر، أو بالبطاقة الائتمانية، أو بالشيك^(١).

والمصرف ملتزم بقيد المبالغ المحولة؛ سواء في ذلك المبالغ التي له والمبالغ التي عليه، وهو ما تنص عليه أحكام فتح الحساب الجاري المبرمة بين المصرف والعميل.

فالحوالة المصرفية ذات مفهوم أوسع من مفهوم الحوالة الفقهية التي هي بمعنى نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهي - أعني: الحوالة المصرفية - وكالة من العميل للمصرف على نقل النقود على ما سيأتي بيانه، وقد يوكل المصرف مصرفًا ثانيًا أو جهة أخرى لاستكمال إجراءات التحويل.

وقد توصلت الهيئة الشرعية لبنك البلاد في قراراتها إلى الضابط الآتي: يختلف مفهوم الحوالة المصرفية عن الحوالة الفقهية؛ فالحوالة المصرفية: وكالة بأجر لنقل المال من مكان لآخر، وأما الحوالة الفقهية فهي: نقل الدين من ذمة إلى أخرى^(٢).

وقرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن الحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة، فيه زيادة على الضابط الآنف؛ حيث جاء فيه أن الحوالة المصرفية وكالة بأجر إذا كانت بمقابل، فإذا لم تكن بأجر فهي سُفْتَجَة أو كما يسميه بعض الفقهاء: حوالة مطلقة، ونص الحاجة من القرار:

(١) ينظر: المعاملات المالية لشبير ص ٢٣٣، والعمولات المصرفية د. عبد الكريم السماعيل ص ٢٤١-٢٤٢، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٦) بعنوان: الأحكام والضوابط الشرعية للتحويلات المصرفية ١/ ٥٣-٥٥.

(٢) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم ٣٩٧، ص ١١٩.

أ- الحوالات التي تقدم مبالغها بعملة ما، ويرغب طالبها تحويلها بنفس العملة جائزة شرعاً، سواء أكان بدون مقابل أم بمقابل في حدود الأجر الفعلي، فإذا كانت بدون مقابل فهي من قبيل الحوالة المطلقة عند من لم يشترط مديونية المحال إليه، وهم الحنفية، وهي عند غيرهم سفتجة، وهي إعطاء شخص مالا آخر لتوفيته للمعطي أو لوكيله في بلد آخر. وإذا كانت بمقابل فهي وكالة بأجر، وإذا كان القائمون بتنفيذ الحوالات يعملون لعموم الناس فإنهم ضامنون للمبالغ؛ جرياً على تضمين الأجير المشترك.

ب- إذا كان المطلوب في الحوالة دفعها بعملة مغايرة للمبالغ المقدمة من طالبها، فإن العملية تتكون من صرف وحوالة بالمعنى المشار إليه في الفقرة (أ)، وتجري عملية الصرف قبل التحويل، وذلك بتسليم العميل المبلغ للبنك، وتقييد البنك له في دفاتره بعد الاتفاق على سعر الصرف المثبت في المستند المسلم للعميل، ثم تجري الحوالة بالمعنى المشار إليه^(١).

وفي معيار الحوالة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: حوالة من لا دين عليه وكالة بالقبض، وليست حوالة^(٢)، وما نصه: إن طلب العميل من المؤسسة (المصرف الأمر) تحويل مبلغ معين من حسابه الجاري لديها لتحويله بنفس العملة إلى مستفيد معين هو حوالة إذا كان العميل مدينًا للمستفيد. والأجر الذي تأخذه المؤسسة في هذه الحالة هو مقابل إيصال المبلغ إلى المحال، وليس زيادة في الدين المحال. فإن لم يكن بنفس العملة فقد اجتمع الصرف والحوالة وهو جائز^(٣).

وفي الضوابط المستخلصة من قرارات هيئة بنك البلاد الشرعية ما نصه: يجوز للبنك أن يتقاضى من العميل أجره على الحوالات، سواء أكانت الأجرة نسبة أم مبلغاً مقطوعاً، كما يجوز للبنك الأخذ من البنك المراسل^(٤).

والأصل في التوكيل بجعل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا﴾^(٥)؛ فإن العمل على الزكاة توكيل في جباية الزكاة وتفريقها بجعل منها.

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (٨٨/١/٩٥)، ٩/٢٥٥-٢٥٦ و١/١٣٨-١٣٩، والعمولات المصرفية ص ٢٤٦-٢٥٤، والمعاملات المالية للديان ١٢/٣٣٥-٣٣٨.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الحوالة رقم (٧)، ص ١٨١.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الحوالة رقم (٧)، ص ١٨١-١٨٢.

(٤) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٣٩٩)، ص ١٢٠.

(٥) سورة التوبة، الآية: ٦٠.

هذا، وإن من المعاصرين من ذهب إلى أن التحويل المصرفي عقد من العقود الحديثة، بمعنى أنه لم يجر العمل به على هذا الوجه المركب في العقود السابقة، وقالوا: إنه لم يدل دليل على منعه، فهو عقد صحيح جائز شرعاً من حيث أصله بقطع النظر عما يحيط به من مواد قانونية، يجب لمعرفة حكمه استقصاؤه تفصيلاً ثم دراسته^(١).

لكن الظاهر من تقارير الفقهاء أن الحوالة المصرفية اليوم تأخذ حكم الوكالة في الجملة؛ قال ابن قدامة في المحتال، وهو في مسألتنا المصرف أو من ينوب عنه، إذا لم يكن دائناً للمحيل، وهو العميل، وإن كان المحال عليه مديناً، ما نصه:

وإن أحال من لا دين له عليه رجلاً على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة، بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها؛ لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله، ولا حق هاهنا ينتقل ويتحول، وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى؛ وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين، كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه، وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحيل. وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه، فليست حوالة أيضاً. نص عليه أحمد^(٢).

والفقهاء يقرنون في كتاب البيوع بين الوكالة والحوالة ويقيسون أحكامهما على بعض؛ لمكان ما بينهما من الشبه^(٣).

وفيما يأتي بيان لأبرز أوجه الاختلاف بين الحوالة الفقهية والحوالة المصرفية:

الوجه الأول: أن الحوالة الفقهية لا يجوز أخذ الأجرة عليها بكل حال، على القول بأن الحوالة عقد إرفاق واستيفاء، بينما الحوالة المصرفية يأخذ المصرف الإسلامي أجرة عليها.

الوجه الثاني: من أركان الحوالة المحيل والمحال عليه والمحتال، وفي كثير من الحوالات المصرفية المعاصرة قد يُجري المحيل الحوالة إلى نفسه، مثل أن يحول إلى حسابه في مصرف آخر، وركن المحال عليه متخلف في هذه الصورة، ومن المعلوم أن العقد لا ينعقد مع تخلف أحد أركانه.

الوجه الثالث: أن من شروط الحوالة الفقهية أن يكون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدرًا وصفة، وحوالات الجهات المصرفية الإسلامية اليوم تجري بين نقدين مختلفين كما تجري بين المتجانسين.

(١) ينظر: بحث حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٢٠/٦.

(٢) المغني ٣٩٢/٤.

(٣) ينظر مثلاً: الروض المربع ٩٢٣/٣.

وهذا الفرق متفرع على قول الجمهور الذين يشترطون أن يكون ثمة دين في ذمة المحال عليه، أما الحنفية والذين أجازوا الحوالة المطلقة، فلم يشترطوا أن يكون في ذمة المحال عليه دين أصلاً، لا من جنس المحال به، ولا من غيره^(١) وفي معيار الحوالة: لا يشترط أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل، فإن لم يكن مدينًا له فهي حوالة مطلقة^(٢).

الوجه الرابع: أن عقد الحوالة الفقهية عبارة عن نقل دين من ذمة إلى أخرى، بينما في الحوالات المصرفية قد لا يوجد هناك دين أصلاً على المحال عليه^(٣).

هذا ما يتعلق بالحوالة الفقهية، وأما السفتجة، وتسمى باللوصة، وسفاتج الطريق؛ فهو مصطلح ورد على لسان التابعين من فقهاء الكوفة والبصرة^(٤)، ثم تلقفه الفقهاء من الحنفية وغيرهم^(٥)، والحوالة المصرفية تختلف عن السفتجة إذا تأملت الفروق الآتية:

أولاً: أن الغالب على صاحب الحساب الجاري أنه لا يقصد من إقراض المصرف حين يقرضه بالإيداع النقدي إسقاط خطر الطريق ومؤنته، فإن اعتبار هذا القصد هو مفهوم السفتجة فيما ذكره فقهاء الحنفية، وبه عرفوها^(٦).

لكن لم يعرفها بذلك أصحاب المذاهب، فقال المالكية في السفتجة: هي أن يعطي مالا لآخر وللآخر مال في بلد المعطى فيوفيه إياه^(٧)، وقال الشافعية: هي كتاب صاحب المال لوكيله في بلد آخر ليدفع لحامله بدل ما قبضه منه^(٨)، وقال الحنابلة: هي اشتراط القضاء في بلد آخر^(٩).

وباستعراض ما ذكره أصحاب المذهب يتبين أن قصد المقرض معتبر في عقد السفتجة، سوى ما ذكره الشافعية.

ثانياً: أن المصرف قد يأخذ على الحوالة أجراً، ويسمى عمولة، بخلاف السفتجة، فإن الآخذ فيها يكتفي بانتفاعه من المال في سفره أو في إقامته إن كان له سفير في بلد المستلم، حتى يردّ بدله.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٥/٦ وما بعدها، وشرح الزرقاني ٢٩/٦ وما بعدها، والحاوي ٤١٩/٦-٤٢٠، والمغني ٣٩٢/٤.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الحوالة رقم (٧)، ص ١٨١.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٣٢٥-٣٣٢.

(٤) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٣٥٨-٣٥٩.

(٥) ينظر: الأصل ٢٥/٣، وبدائع الصنائع ٣٩٦/٧.

(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين ٣٥٠/٥.

(٧) ينظر: مواهب الجليل ٥٤٨/٤.

(٨) ينظر: تهذيب الأسماء للنووي ص ٦٣١، ومواهب الجليل ٥٤٨/٤.

(٩) المغني ٢٤٠/٤.

ثالثاً: أن المصرف قد يضمن المال، وقد لا يضمن المال، بخلاف السفتجة فلها حكم القرض في ضمان المقترض للمال مطلقاً^(١).

رابعاً: أن الحوالة المصرفية وكالة، والوكالة جائزة باتفاق، أما السفتجة فهي مكروهة عند فقهاء الحنفية، وقالوا: هي مكروهة، وإذا لم تكن المنفعة مشروطة ولا متعارفة فلا بأس^(٢).

ومنع منها الشافعية ما لم يكن الاتفاق عليها حادثاً في دين ثابت، وكذلك بعض المالكية، وكذلك الحنابلة إن كان في حمل المال مؤنة؛ قالوا: إنه سلف جر منفعة وهو عين الربا^(٣)، وتأولوا فعل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ^(٤) بأنهم لم يريدوا إحراز المال في ذمة المقترض، وإنما أرادوا منفعته بالسلف^(٥).

ورأى بعض الفقهاء أن السفتجة إحالة عند التحقيق، فإذا لم يكن المحتال دائناً للمحيل، والمحال إليه مديناً؛ صارت السفتجة وكالة على ما تقدم اختياره^(٦).

وبعد: فمن المناسب الآن الشروع في مطالب مبحث الضمان في التحويلات المصرفية، وأولها:

المطلب الأول: إعفاء المصرف من المسؤولية بسبب عدم تنفيذ التحويل أو التأخريه

الأصل في عقد الوكالة من حيث الجواز واللزوم أنه عقد جائز؛ لأن الوكالة من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بذل نفع، وكلاهما غير لازم؛ فلكل واحد منهما فسخ الوكالة بما يدل على الفسخ من الأقوال والأفعال^(٧).

غير أن مسألة إعفاء المصرف من المسؤولية بسبب عدم تنفيذ التحويل أو التأخريه، تستدعي الوقوف على بعض الأسباب الداعية إلى عدم تنفيذ التحويل أو التأخريه، وهي كما يأتي:

(١) بحث في أن قبض الشيك قبض لمحتواه ضمن مجموعة البحوث والفتاوى في الاقتصاد الإسلامي لابن منيع ٢١٦/١-٢١٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٥٠/٥، واللباب ١٦٢/٢.

(٣) ينظر: شرح ابن ناجي ١٤٤/٢، والحاوي ٣٥٦/٥ و٤٦٧/٦، والمغني ٢٤٠/٤.

(٤) ينظر: مصنف عبد الرزاق ١٤٠/٨، والمغني ٢٤٠/٤.

(٥) ينظر: مواهب الجليل ٣٥٧/٥.

(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين ٣٥٠/٥، والعمولات المصرفية ص ٢٤٨، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤/٢٥.

(٧) ينظر: فتح القدير ٣/٨، وبداية المجتهد ٨٦/٤، والحاوي ٥١١-٥١٢، والمغني ٨٨/٥، والروض المربع ٩١١-٩٢٢/٣.

أولاً: تفريط الوكيل.

فتفريط الوكيل في الحوالة المصرفية، محل التوكيل، في إرسال المبالغ، مثلاً، من موجبات تحول يد الوكيل الآمنة إلى يد ضمان، كالتعدي.

ثانياً: لحوق الوكيل عذر من الأعذار.

ثالثاً: أن يكون السبب عائداً إلى الموكل؛ مثل تأخره في استيفاء متطلبات الحوالة المصرفية. رابعاً: فسخ الوكالة من قبل الوكيل.

إذا كان عقد الوكالة عقداً جائزاً، فالأصل فيه جواز الفسخ، لكن ذلك ليس على كل حال؛ فالفقهاء يمنعون من فسخ الوكالة في أحوال يصير معها عقد الوكالة لازماً، ومن ذلك:

- قال أبو حنيفة: إذا شرع في الخصومة لم يكن له - أي: الوكيل - أن يفسخ إلا بحضور الموكل استدلالاً بأن شروع الوكيل في المخاصمة حق للموكل، فلم يجز له أن يخرج منه إلا إلى مستحقه كالوديعة^(١).

- وقال مالك: إن كان في رجوعه إضرار بالموكل لم يكن له الرجوع إلا بحضوره، وإن لم يكن فيه إضرار جاز له الرجوع بغير حضوره. اهـ^(٢).

- وقال ابن رشد: وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل. اهـ^(٣).

- وقال ابن قاسم في مجموعه لفتاوى ابن إبراهيم^(٤): لا تقبل استقالة الوكيل إذا ضُبطت الدعوى وتمت الإجراءات ولم يبق إلا وقوف الهيئة، ثم ساق كتاب الشيخ محمد بن إبراهيم إلى أمير منطقة الرياض، وفيه ما نصه: ما جاء في خطاب ناظر القضية الشيخ عبد الرحمن بن هويمل رقم ٥٣١ في ٢٩ ربيع الثاني ١٣٨٤ هـ أن القضية قد ضبطت لدى فضيلته من مدة طويلة، وأكملت جميع إجراءاتها، ولم يبق سوى وقوف الهيئة

(١) ينظر: الحاوي ٥١٢/٦، ولم أجده في كتب الفقه الحنفي، وناقش الماوردي دليل أبي حنيفة بقوله: فأما استدلالهم بأن في الخروج منه إلى غير مستحقه إضاعة لحقه كالوديعة، فليس بصحيح؛ لأنه لا يُضَيِّع بالخروج منها حقاً، كالمودع الذي بيده مال يلزمه أداء الأمانة فيه برده إلى مستحقه. ويجوز له أن يدفعه إلى الحاكم عند تعذره. وكذلك الوكيل لو كان بيده مال. اهـ. وهذه المناقشة مستقيمة نظراً، وغير مستقيمة واقعاً؛ فأشبهت السفطة.

(٢) الحاوي ٥١١/٦.

(٣) بداية المجتهد ٨٦/٤.

(٤) ٤٩/٨.

والشهود بحضور الطرفين المتنازعين، ليجري رسم ما شهد به الشهود وضبطه وتمييزه من قبل الهيئة، وأن في قبول استقالة الوكيل قبل إخراج الصك فتح باب للمتلاعنين، وتطويلاً للقضايا. لذا فإن ما أفاد به القاضي وجيه، ومتعين، وينبغي الأخذ به وإنهاء ما يجب حياله، حفظاً لحقوق الغير، والله يحفظكم. رئيس القضاة. اهـ.

ولم يسلم الشافعية بما سبق، بل أطلقوا القول بعدم لزوم عقد الوكالة، وقالوا: دليلنا هو أن كل من لم يكن رضاه معتبراً في دفع العقد؛ لم يكن حضوره معتبراً في رفعه، كالمطلقة طرداً، وكالإقالة عكساً.

كما استدلوا بالسبر والتقسيم، فقالوا: إن عقد الوكالة لا ينفك من أن يكون كالعقود اللازمة فلا يجوز لأحدهما أن يفسخ إلا برضا صاحبه كالبيع، أو يكون كالعقود الجائزة فيجوز أن ينفرد بفسخه كالجعالة، فلما لم يكن الرضا فيه معتبراً كان التفرد بفسخه جائزاً^(١).

فتبين مما تقدم أن المصرف لا يسوغ له فسخ الوكالة على كل حال، سوى ما قرره الشافعية، وهذا إذا لم يأخذ على وكالته أجراً^(٢)، هذا من حيث الجملة، تمهيداً لما سيأتي تفصيله من وجهين، وهما:

الوجه الأول: إعفاء المصرف من المسؤولية بسبب عدم تنفيذ التحويل.

عقد الوكالة، كما تقدم قريباً، عقد جائز، وليس عقداً لازماً، ولذلك فإن للمصرف المتوكل في التحويل أن يفسخ الوكالة ويعتذر عن تنفيذ عملية التحويل، وذلك ما لم يكن فيه ضرر على العميل الموكل أو يتعلق بها حق الغير أو يكن هناك تعهد من الوكيل بعدم فسخ الوكالة^(٣)، أو تكن الوكالة بأجرة؛ فإن كانت الوكالة بأجر، وامتنع الوكيل بغير عذر عن مواصلة العمل في الوكالة؛ فإن الوكيل يلزم بتعويض الموكل إذا لحقه ضرر فعلي بسبب امتناعه، وليس له من الأجر إلا أجره المثل بقدر ما أنجزه بشرط أن يكون ما أنجزه مُتَّفَعاً به، وهذا ما انتهت إليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٤).

وثمة حال يحرم فيها على الجهة المصرفية الإسلامية تنفيذ الحوالة، وذلك إذا علمت أنها لغرض محرم، على أن الأصل عدم السؤال عن الغرض من الحوالة^(٥).

(١) ينظر: الحاوي ٥١١/٦.

(٢) فإن أخذ على وكالته من الموكل وغيره من العملاء أجراً صار أجيراً. ينظر: الحاوي ٥٠٢/٦، والمعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٣)، ص ٦٢١.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية ص ٦٢٢-٦٢٣.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٣)، ص ٦٢٢، والعمولات المصرفية ص ٢٧٥.

(٥) ينظر: العمولات المصرفية ص ٢٦٥، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط (٤٠٠ و ٤٠١)، ص ١١٩.

الوجه الثاني: إعفاء المصرف من المسؤولية بسبب التأخر في تنفيذ الحوالة المصرفية.

الإيجاب والقبول ركن في التوكيل، وللوكيل أن يقبل الوكالة على الفور، أو على التراخي كما قرر الفقهاء، ويكون القبول بكل فعل أو قول يدل على القبول؛ لأن قبول وكلائه صلى الله عليه وسلم كان بفعلهم، وكان متراخياً عن توكيله إياهم^(١).

وبناء عليه، فلا حرج على المصرف الإسلامي في هذا التأخر، ولا تبعة عليه، ما لم يقبل المصرف التوكيل في وكالة مؤقتة^(٢)، أو تكن وكالةً بأجر، فإن الوكيل حينئذ أجير، وعليه الالتزام بالعقد مع المستأجر على ما يقتضيه الشرط والعرف.

المطلب الثاني: تحميل العميل مصروفات البنك المراسل إذا تعثر التحويل

المقصود بالبنك المراسل: البنك الذي يتعامل مع الجهة المصرفية الإسلامية لتغطية الخدمات والسحوبات الخاصة بالعملاء في الداخل والخارج^(٣).

حيث تفتتح الجهة المصرفية، التي تسمى في الاتفاقيات مصرفاً أو ممثلاً محلياً، حساباً جاريًا على أساس القرض لدى البنك المراسل لتغطية أوامر الحوالات، وللبنك المراسل أخذ أجر مقطوع أو نسبة مقابل خدمات الحسابات الدائنة، وتُكيّف عمليات التحويل بين الجهة المصرفية والبنوك المراسلة على أنها وكالة بأجر^(٤).

وما عليه العمل أن البنك المراسل يأخذ أجرًا مقابل عمله، وهو بذلك أجير مشترك، والأجرة وتوابعها لا تسقط بفوات المحل الموكّل فيه بعد أداء الوكيل العمل الموكّل به^(٥)؛ وبناء عليه فمُنشئ أمر التحويل، وهو العميل المستأجر أصالةً وينوبه المصرف في التعاقد، يتحمل مصروفات البنك المراسل بقدر ما قام به من عمل إذا تعثر التحويل، على ألا يكون ما يدفعه مقابل فوائد ربوية تحت أي مسمى كان؛ كغرامات التأخير، وتكلفة فوات الفرصة البديلة، والفوائد على صرف المبالغ قبل تغذية حساب البنك المراسل، والفوائد المحتسبة على تقويم الأرصدة بأثر رجعي في حالات التأخير في الدفع^(٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٠، وبداية المجتهد ٤/ ٨٦، والحاوي ٦/ ٤٩٩، والروض المربع ٣/ ٩٠٧، والمعايير الشرعية ص ٦١٨.

(٢) ينظر: الروض المربع ٣/ ٩٠٧ و ٩٢٢.

(٣) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٦)، ١/ ٥٣-٥٥، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١١٩ و ١٢٠.

(٤) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١١٩ و ١٢٠.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٣)، ص ٦٢٢.

(٦) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٢١.

فإن كان التعثر في التحويل بسبب من البنك المراسل أو الممثل المحلي وليس العميل؛ فإن المتسبب بالخطأ يتحمل ما يترتب عليه من مصروفات أو أعباء^(١).

وفي معيار الوكالة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: المصروفات والثلث في الوكالة بالشراء على الموكل، وعليه أن يدفع إلى الوكيل الثمن والمصروفات التي تتعلق بالمحل الموكل به...، ولا يجوز اشتراط ذلك على الوكيل، ولا تأجيل دفع هذه المستحقات إن كانت الوكالة بأجر. اهـ^(٢).

وذلك أن للتفويض آثارًا وتبعات يجب على المتعاقد تحملها وفاءً بمقتضى العقد^(٣).

المطلب الثالث: حق المصرف في وضع حدود لكل نوع من أنواع التحويلات حسب درجة المخاطرة لكل عميل

التحويل المصرفي الذي يفوض به العميل الجهة المصرفية الإسلامية ضرب من أضرب الوكالة، وللوكيل، وهو المصرف، أن يقيد قبوله الوكالة بما يناسبه، كما أن الوكالة تسوغ معلقة بشرط^(٤).

ومن الشروط السائغة: وضع حد أعلى للمبالغ المحولة في العقود المبرمة بين المصارف الإسلامية وعملائها.

فإن كانت وكالة بأجر، فالوكيل أجير، وله أن يتفق على ذلك في العقد مع المستأجر، وقد تقدم في الفصل الأول ما يدل على أن الأصل في الشروط المتفق عليها في العقود الصحة واللزوم.

المطلب الرابع: سقوط الضمان بالحوالة

البحث في سقوط الضمان بالحوالة من وجهين:

الوجه الأول: سقوط الضمان على المحيل وبراءة ذمته أمام المحتال بالحوالة.

والكلام فيه فرع عن الكلام على الحوالة الفقهية، والمقصود هنا الحوالة المصرفية، ولا مدخل في الحوالة المصرفية لبراءة الموكل في مواجهة المحتال.

الوجه الثاني: سقوط ضمان المصرف لموجودات الحساب الجاري الموكل في تحويلها.

(١) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط (٤١٣)، ص ١٢٢.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٣)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية ص ٦٣٤.

(٤) ينظر: درر الأحكام ٢/ ٢٩٥، وشرح التلقين ٢/ ٨٣٠، والحاوي ١٠/ ٩٥، والروض المربع ٣/ ٩٠٧.

إذا أصدر العميل للجهة المصرفية أمر التحويل من أمواله المودعة في الحسابات الجارية؛ فقد انتقلت يد المصرف على أموال العميل في الحساب الجاري من يد الضمان إلى يد الأمانة على المال الموكل في تحويله، وذلك في مقدار المال الذي اشتملت عليه عملية الحوالة المصرفية، وبذلك يسقط الضمان بالحوالة؛ لأن الحوالة المصرفية وكالة، ويد الوكيل يد أمانة؛ فلا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط أو تعدد؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، ولأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة، وفي تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود الإرفاق والمعونة فيها^(١)، وقد تقدم في الفصل الثالث الكلام على مسألة نقل عبء إثبات عدم التعدي أو التفريط على المصرف المضارب.

ويستوي في سقوط الضمان عن الوكيل كون الوكالة تطوعاً أو بجعل؛ نص على ذلك الحنابلة^(٢)، على أنهم فرقوا بين الوكيل المتطوع والوكيل بجعل في مسألة الاختلاف في رد العين أو ثمنها بين الموكل والوكيل؛ فجعلوا القول قول الوكيل إن كان متطوعاً، وإن كانت الوكالة بجعل فالقول قول الموكل، مما دل على أنهما ليسا في منزلة واحدة مطلقاً.

وبعض الفقهاء يفرق فيما تلف تحت يد الوكيل بغير أجر بين ما كان التلف فيه بأمر ظاهر كالحريق العام ونهب الجيش، وما كان بالتلف فيه بغير ذلك؛ فجعل على الوكيل إقامة البينة إن ادعى التلف بأمر ظاهر^(٣).

مع أن ذلك فيما يكون بينه وبين موكله، أي أن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره^(٤).

فإن كانت الوكالة بأجر^(٥) فإن حكم المصرف حكم الأجير المشترك في الضمان؛ لأن الوكيل يأخذ حكم الأجير المشترك إذا كانت الوكالة بعوض^(٦)، وقد تقدم في مسألة ضمان الأجير المشترك، في المبحث الثاني عشر من الفصل الأول، ترجيح ضمان الأجير المشترك لما هلك

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٣٠، ومواهب الجليل ٥/ ٢١٢، والحاوي ٦/ ٥٠١-٥٠٢، والروض المربع ٩٢١/ ٣.

(٢) ينظر: الروض المربع ٩٢١/ ٣.

(٣) ينظر: الإنصاف ٥/ ٣٩٦-٣٩٧، والروض المربع ٩٢١/ ٣.

(٤) مواهب الجليل ٥/ ٢١٢.

(٥) حيث إن اتفاقيات فتح الحساب الجاري مع العملاء تشتمل عادة على أن للمصرف الحق في أن يستوفي من العميل رسماً معلوماً مقابل الخدمات المقدمة، ومنها التحويل. ولكن المصرف قد يستغني عن الرسم، أو يتيح بعض الخيارات المجانية، والإجارة تختلف عن الجعالة المتقدمة.

(٦) ينظر: الحاوي ٦/ ٥٠٢.

تحت يده المنفردة بالأعيان إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والزلازل المدمرة والفيضانات والاختراقات التقنية العامة؛ حيث كان الأصل في المعاملات أن على اليد ما أخذت حتى تؤديه، ولأن أفضية الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ والتابعين على ذلك.

ومن القواعد المتقررة في المعاملات المالية أن الغنم بالغرم، فلو لم يغرم الأجير المشترك ما هلك تحت يده لم يستحق أجر ما عمل بيده، فإنه قبض العين للاسترباح قاصداً حظ نفسه.

ومن أهل العلم من جعل الأمر في ذلك إلى الحاكم، بناء على أنه ليس في تضمين الأجير المشترك نص، فخرج حكم التضمين من السلطة التشريعية عن الله ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى السلطة السياسية الاجتهادية للحاكم^(١)، وعليه يدخل فيه النظر المصلحي والشورى بين المسلمين، وذلك في كل عصر بحسبه.

وهؤلاء اختلفت أقوالهم بناء على اختلاف الظروف والأحوال، من ظهور الخيانة وفساد الزمان أو صلاحه وأمانة الناس وغير ذلك، فمنهم من راعى مواضع ارتفاع التهمة عن الأجير المشترك باستفاضة السبب كالحريق الغالب والعدو المكابر، وتوسع بعضهم في كل ما تلف بغير فعل الأجير المشترك فلم يضمه إلا ما كان التلف فيه بفعله، ومنهم من ضبط الضمان بما كان العمل فيه في ملك الأجير المشترك لا المستأجر، ومنهم من ضبطه بما انفردت فيه يد الأجير المشترك، ومنهم من راعى مقصد ضبط المعاملات بين الناس فضمن الأجير المشترك مطلقاً، وفي المقابل قاسه بعض أهل العلم على الأجير الخاص فجعل يد الأجير المشترك يد أمانة.

قال ابن قدامة: فإذا قبض الثمن^(٢) كان أمانة في يده غير مضمون عليه؛ لأنه قبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه. اهـ^(٣)، وقال: وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمه بتأخيره؛ لأنه رضي بكونه في يده، ولم يرجع عن ذلك. فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه فتلّف ضمنه.. اهـ^(٤).

وكذلك متى ترك قبض ثمن الموكل ببيعه كان ضامناً للثمن؛ لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه، فلا يرضى بتضييعه، ولهذا يُعَدُّ من فعل ذلك مضيعاً مفرطاً^(٥).

وقال الماوردي: فأما إذا منع الوكيل موكله من الثمن مع القدرة على دفعه لو كان باقياً، وكان الثمن قد هلك قبل منعه، والوكيل غير عالم به ففي ضمانه وجهان.

(١) يراجع ما نقلنا عن القرافي، ص ٣٠٠ من هذا البحث

(٢) أي: الوكيل في البيع. (٣) المغني ٥/١٠٣.

(٤) المغني ٥/٨٠.

(٥) ينظر: المغني ٥/٧٣-٧٤.

وقال: الصحيح أنه لا ضمان عليه لتلف ذلك قبل وجود السبب الموجب للضمان. والله أعلم. اهـ^(١).

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن الحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة مانصه: الحوالات... إذا كانت بدون مقابل فهي من قبيل الحوالة المطلقة عند من لم يشترط مديونية المحال إليه، وهم الحنفية، وهي عند غيرهم سُفْتَجَة، وهي إعطاء شخص مالا لآخر لتوفيته للمعطي أو لوكيله في بلد آخر. وإذا كانت بمقابل فهي وكالة بأجر، وإذا كان القائمون بتنفيذ الحوالات يعملون لعموم الناس فإنهم ضامنون للمبالغ؛ جرياً على تضمين الأجير المشترك^(٢).

وفي معيار الوكالة وتصرف الفضولي مانصه: إذا كانت الوكالة بأجر تطبّق عليها أحكام الإجارة^(٣)، وما نصه: يد الوكيل يد أمانة لا تضمن، وإنما يضمن الوكيل بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط الوكالة وقيدوها، ما لم تكن المخالفة إلى ما هو أفضل للموكل. اهـ^(٤). وفيها: مستند كون يد الوكيل يد أمانة هو أنه يعمل لصالح غيره، وهذا هو الشأن في تلك التصرفات، والموكل قد اختار الوكيل، وذلك ائتمان له؛ فلا يناقض قوله إلا بإثبات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط أو قيود الوكالة^(٥).

المطلب الخامس: ضمان سعر العملة مع تقلبه

إذا كان إصدار التحويل بالعملة المحلية، فإن المصرف يحسم مبلغ التحويل من حساب العميل بالعملة المحلية، الريال السعودي مثلاً، ثم يُجري تحويله إلى المصرف المستفيد بالعملة المحلية بعد حسم رسوم التحويل إن كان ثمَّ رسومٌ للحوالة.

أما إذا كان إصدار التحويل بالعملة الأجنبية، فهنا يجتمع الصرف مع الحوالة المصرفية، وعلى المصرف حيثئذ ممثلاً في إدارة الخزينة، أو من يقوم مقامها من الإدارات الداخلية، الحصول على سعر الصرف للعملة الأجنبية، وتحويله إلى بنك المستفيد بالعملة الأجنبية بعد حسم رسوم التحويل.

وفي هذه الحال لا بد من البدء بإجراء المصارفة وفق ما هو معلوم في أحكام الصرف الفقهية،

(١) الحاوي ٦/ ٥٢٣.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (٨٨/ ١/ ٩٥)، ٩/ ٢٥٥-٢٥٦، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٢٢)، ١/ ٢٢٠-٢٢١.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٣)، ص ٦٢١.

(٤) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٣)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٥) المعايير الشرعية ص ٦٣٤.

ويكون القبض حيتئذ بالقيد المصرفي، أو بتسليم مستند الحوالة، أو بتسلم شيك مصرفي بالمبلغ^(١). وفي معيار الحوالة ما نصه: إن طلب العميل من المؤسسة (المصرف الأمر) تحويل مبلغ معين من حسابه الجاري لديها لتحويله بنفس العملة إلى مستفيد معين هو حوالة إذا كان العميل مدينًا للمستفيد. والأجر الذي تأخذه المؤسسة في هذه الحالة هو مقابل إيصال المبلغ إلى المحال، وليس زيادة في الدين المحال. فإن لم يكن بنفس العملة فقد اجتمع الصرف والحوالة وهو جائز^(٢).

وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: يجوز إجراء حوالة بنكية بعملة مغايرة للعملة المقدمة من العميل المحوّل بشرط إجراء عقد الصرف والقبض قبل تحويل المبلغ. ولا يعد تأخر المحوّل إليه في تسلّم المبلغ مؤثراً في عقد الصرف^(٣).

والعميل منشئ الحوالة حريص على عدم انخفاض سعر العملة حتى لا يصل المال إلى المحوّل إليه ناقصاً، وحتى لا يعود المال إليه ناقصاً في حال رجعت الحوالة إليه فيما يعرف بـ (استرداد التحويلات)، ف ضمان تقلب سعر العملة يحتاجه العميل في كلا الحالتين^(٤).

وقد عُقد هذا المطلب لبيان الحكم فيما إذا تغير سعر الصرف قبل وصول الحوالة إلى حساب المستفيد؛ هل يلزم الوكيل في الحوالة المصرفية إيصال المبلغ الموكّل فيه مع دفع ما نقص من قيمته وقت قبضه من العميل؟

إن المصرف ليس طرفاً أصيلاً في الحوالة المصرفية، بل هو وكيل عن الأصيل؛ فلا يغرّم ما نقص من قيمة العملة في المبلغ المحوّل، كما أنه لا يَغْنَم ما زاد في قيمتها، ف ضمان تقلب سعر العملة على منشئ أمر الحوالة، وهو العميل الموكّل، ولو كانت الحوالة بأجر لأن انخفاض قيمة العملة من جنس الأمور الظاهرة من الحريق الغالب والعدو المكابر وما إلى ذلك مما لا يُكذّب فيه الوكيل ولا تتطرق إليه فيه التهمة.

وذلك ما لم يفرط المصرف ويتأخر في إيصال الحوالة، بحيث يكون تأخره أفضى إلى انخفاض سعر العملة.

و ضمان ما نقص من قيمة العملة الورقية، سوى النقص الدوري الطبيعي، يشبه ما تطرق له الفقهاء فيما يقع بين المتبايعين وما يقع بين المقرض والمقرض عند كساد النقود أو تغيّر السعر والقيمة؛ وذلك فيما يأتي:

(١) ينظر: العملات المصرفية ص ٢٥٥-٢٥٦.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الحوالة رقم (٧)، ص ١٨١-١٨٢.

(٣) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٤٠٩)، ص ١٢١.

(٤) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٦)، ١/٥٣-٥٥، والعملات المصرفية ص ٢٧٦.

أولاً: في باب البيع.

أما في باب البيع فقد قرروا أن المشتري يدفع ثمن المبيع المسمى من الفلوس حتى وإن غلت وقت الأداء، أو رخصت؛ لأن صفة الثمنية لا تنعدم بالغلاء والرخص^(١).

وأوجب ابن تيمية رد القيمة في الثمن المعين، وكذلك سائر الديون المؤجلة فيما إذا كسدت مطلقاً، وكذلك إذا نقصت القيمة^(٢).

ثانياً: في باب القرض.

قرر الفقهاء في باب القرض أن على المقرض قبول ما رده المقرض بعينه إن كان مثلياً ولو صار كاسداً؛ لأنه رده على صفة حقه، سواء تغير سعره أم لا، حيث لم يتعيّب. وإن كان متقوماً لم يلزم المقرض قبوله، وله الطلب بالقيمة.

وإن كانت الدراهم التي وقع عليها القرض مكسرة أو كان القرض فلوساً، فمنع التعامل بهما؛ فللمقرض القيمة وقت القرض؛ لأنه كالعيب، فلا يلزم المقرض قبولها، وسواء كانت باقية أو استهلكها المقرض، وتكون القيمة من جنس الدراهم.

هذا ما قرره الحنابلة، وقد توسعوا في بيان الحكم، فكانت البداءة بهم.

وقال صاحباً أبي حنيفة استحساناً: يرد قيمتها من الفضة عند كسادها، كما لو انقطع المثل عن أيدي الناس، بخلاف ما إذا غلت، أو رخصت؛ لأن صفة الثمنية لا تنعدم بذلك، ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها، وذلك غير معتبر، كما أن غلاء سعر المبيع ورخصه بعد عقد البيع لا يؤثر في مقدار الثمن المسمى.

وأوجب ابن تيمية رد القيمة في القرض وسائر الديون، فيما إذا كسدت مطلقاً، وكذلك إذا نقصت القيمة^(٣).

وأشار بعض المعاصرين إلى أن كلام الفقهاء جرى على النقدين من الذهب والفضة مما يحمل قيمةً في نفسه والضرر الوارد عليها يسير، أما النقود الورقية اليوم فإبطالها قطع لقيمتها مطلقاً، مما يؤكد اعتبار القيمة لضمان سعر العملة مع تقلبه.

(١) ينظر: المبسوط ٢٩/١٤.

(٢) ينظر: المغني ٢٤٤/٤، والروض المربع ٨٣٧/٢، والدرر السنية ١١١/٥ و٢٠٨/٦، ورسائل وفتاوى أبابطين ص ٢٥١، وفتاوى ابن إبراهيم ٢٠٥/٧.

(٣) ينظر: المبسوط ٢٩/١٤-٣٠، والمغني ٢٤٤/٤، والروض المربع ٨٣٧/٢، والدرر السنية ١١١/٥ و٢٠٨/٦، ورسائل وفتاوى أبابطين ص ٢٥١، وفتاوى ابن إبراهيم ٢٠٥/٧.

والسبب في ذلك: أن الثمنية في النقدين خلقة، وأما الثمنية في النقود الورقية اليوم فهي اصطلاحية، فقد تنعدم فيها، والناس لا يقصدون من تملك الأثمان أعيانها، وإنما يقصدون منها قوتها الشرائية؛ فإذا انخفضت قوتها الشرائية، فقد نقصت مثليتها، وبذلك يتبين أن عرض المسألة على خلاف الفقهاء لا يستقيم^(١).

بل إن بعض أسواق القمار المعاصرة، فيما يسمى بأسواق المشتقات المالية، قائمة على أساس تقلب سعر العملة في الأرباح، فاعتبار القيمة في النقود الورقية المعاصرة أقرب إلى العدل وأبعد عن المحاذير، وذلك أن الأصل في المعاوزات والمقابلات هو التعادل من الجانبين^(٢).

وهنا مسألتان بحاجة إلى بحث: الأصل الذي يبنى عليه تقلب العملات الورقية لمعرفة ما نقص من قيمتها، وحدود التضخم الذي تعتبر به العملات الورقية نقوداً كاسدة^(٣). ويمكن أن يناقش طرد اعتبار القيمة: بأن الديون إذا زادت قيمتها، فردَّ المقترض القيمة، فقد يؤول إلى قرض جر نفعاً بزيادة قيمة وقت الأداء عما قبله. ويجاب: بأنها زيادة غير متفق عليها ولا يُتنبأ بها، فلا تؤول إلى قرض جر نفعاً، كما لو زاده إحساناً في القضاء.



(١) ينظر: المبسوط ٢٩/١٤، بحث مقتضى كساد النقود لابن منيع ضمن بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي

١٦٩/١-١٩١، والمعاملات المالية للديان ١٨/١٢٩-١٣٣.

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٨٥/٢٨.

(٣) تطرق لها ابن منيع في بحث مقتضى كساد النقود ١/١٨٧-١٨٩، وانتهى إلى أن الكساد هو نقص السعر نقصاً فاحشاً بغض النظر عن بقاء التعامل به أم انقطاعه.

المبحث الثاني

الضمان في الاتفاق المصرفي

مع شركات التحويلات المالية السريعة

تتعاهد الجهات المصرفية الإسلامية مع شركات عالمية متخصصة في تقديم خدمة التحويلات المالية السريعة، مثل شركة ويسترن يونيون، بحيث تكون الجهة المصرفية ممثلًا محليًا لشركة التحويل في البلد الذي تمارس فيه الجهة النشاط التجاري مع العملاء والمستفيدين، وهذه الشركات العالمية تتميز بإنجاز التحويلات المالية إلى مختلف البلدان على وجه السرعة لتعدد ممثليها حول العالم، كما تتميز بسهولة إجراءاتها، وكونها تتيح التحويل لأصحاب الحسابات المصرفية وللمن ليس لديه حساب مصرفي.

وفي المقابل تتولى الجهة المصرفية ممثلةً في فروعها ووكلائها، استقبال طلبات التحويل الخارجي من جميع العملاء، ثم تنفذها إلى المستفيدين مستخدمةً نظام شركة التحويلات السريعة وعلاماتها التجارية، على أن تدفع الشركة للجهة المصرفية أجرًا مقابل الوكالة، ويقتسم الطرفان أرباح صرف العملات ورسوم التحويلات.

وقد لا تكون شركة التحويلات المالية السريعة شركةً مسلمة، وهذا لا يمنع من صحة توكيلها^(١).

والوكيل عند الفقهاء هو هنا الجهة المصرفية المتوكلّة عن الطرفين - وهما: العميل صاحب الحوالة وشركة التحويل - ولها أن توكل غيرها بصفتها وكالةً عن العميل، والغیر هنا هو شركة التحويلات المالية السريعة، وذلك فيما إذا أذن لها في التوكيل، وهذا محل اتفاق.

ونص بعض الفقهاء على أن للوكيل أن يوكل غيره في أحوال أخرى غير الإذن الصريح بالتوكيل؛ فمنها: أن يقول له الموكل: اصنع ما شئت، أو أن يكون ذلك مقتضى التوكيل بأن لم يكن يتولى الموكل فيه مثل الوكيل، أو أن يعجز الوكيل عن الأمر الموكل فيه^(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٠، والروض المربع ٣/ ٩٠٧، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٤٩١)، ٢/ ١٧٠-١٧١، العملات المصرفية ص ٢٦٦-٢٧١.

(٢) الأصل ٢/ ٤٢٩ و ١١/ ٥٠٠-٥٠١، والتاج والإكلیل ٧/ ١٩٢-١٩٣، والأم ٣/ ٢٣٧، والمغني ٥/ ٧٠-٧١، والروض المربع ٣/ ٩١١، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٩١-٤٠١.

وحيث كان عمل المصرف مع شركات التحويلات المالية السريعة أجرة بوكالة، فقد جاء في القرار الصادر من الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء بشأن الأحكام والضوابط الشرعية للتحويلات المصرفية ما نصه: يجوز للمصرف أخذ رسوم مقابل ما يقدمه من خدمات التحويل، كلها أو بعضها. وما نصه: إذا كان التحويل بالبطاقة الائتمانية للعميل، فيقتصر على رسم التحويل المعتاد، ولا يزداد عليه إلا بمقدار التكلفة الفعلية المباشرة لخدمة التحويل بالبطاقة الائتمانية^(١).

وفي معيار الحوالة ما نصه: إن طلب العميل من المؤسسة (المصرف الأمر) تحويل مبلغ معين من حسابه الجاري لديها لتحويله بنفس العملة إلى مستفيد معين هو حوالة إذا كان العميل مديناً للمستفيد. والأجر الذي تأخذه المؤسسة في هذه الحالة هو مقابل إيصال المبلغ إلى المحال، وليس زيادة في الدين المحال. فإن لم يكن بنفس العملة فقد اجتمع الصرف والحوالة وهو جائز^(٢).

كما قررت هيئة مصرف الإنماء الشرعية في القرار الصادر بشأن الأحكام والضوابط الشرعية للحسابات الجارية ما نصه: يُشترط لأخذ الرسوم على الخدمات المتعلقة بالاستيفاء من الحساب الجاري أن يتيح المصرف للعميل وسيلة واحدة على الأقل للاستيفاء بلا مقابل^(٣).

وبمطالعة اتفاقية مصرف الإنماء للتمثيل الدولي في المملكة مع شركة (و) للتحويلات المالية السريعة المجازة بقرار هيئة المصرف الشرعية، رقم (٤٩١)، استخرجت ما يأتي من أوجه الضمانات المبينة في المطالب الآتية:

المطلب الأول: ضمان حقوق الملكية

تنص اتفاقيات المصارف مع شركات التحويلات المالية السريعة، مثل ويسترن يونيون، على أن الممثل المحلي (المصرف) ملتزم بإزالة أو إتلاف برنامجها من نظامه بعد انتهاء الاتفاقية أو في حال طلبت ذلك شركة التحويلات السريعة.

ومنشأ هذا الضمان ما أصبح له قيمة مالية معتبرة في العرف المعاصر من حقوق التأليف والاختراع والابتكار والاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية ونحو ذلك، وشركة التحويلات تملك شعارها واسمها وبرامجها وبياناتها التي قد يستعملها المصرف نيابة عنها في التحويلات، فلما صارت هذه الأشياء متمولة عند الناس اعتدَّ بها شرعاً وصار الاستيلاء عليها بدون

(١) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٦)، ٥٥/١. والعمولات المصرفية ص ٢٦٦-٢٧١ حيث بحث مسألة الزيادة عن التكلفة الفعلية للتحويل المصرفي.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الحوالة رقم (٧)، ص ١٨١-١٨٢.

(٣) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢)، ٢١-١٨/١، والعمولات المصرفية ص ٢١٥.

إذن أصحابها ضرباً من أضرب الاعتداء، ولأصحابها حق التصرف فيها والاستثمار بها ما لم يضر الاستثمار بحقوق غيرهم أو يكن المستأثر فيه مما للمسلمين حق مشاع فيه كالماء والكلاً^(١) والنار^(٢).

المطلب الثاني: ضمان أمن البرامج والبيانات

تنص اتفاقيات المصارف مع شركات التحويلات المالية السريعة، مثل ويسترن يونيون، على أن الممثل المحلي (المصرف) ملتزم بتوفير البنية التحتية والبرامج الكافية لحفظ البيانات ومكافحة محاولات الاختراق.

وحيث كان المصرف نائباً عن شركة التحويلات في إيداع المبالغ المحولة إلى حسابات المستفيدين، فإن هذا الشرط من جنس ما يجب على الوكلاء أصالةً من صيانة مال الموكّل من الاعتداء والسرقة، ونحو هذا الشرط لا يزيده إلا وكادة، فيصون المصرف الوكيل برامجه وما تشتمل عليه من معلومات عن اللصوص ومن يسمى بالهكر، كما يصون الوكيل العادي نقود موكله ومستنداته بحفظها فيما يُحفظ فيه مثلها.

المطلب الثالث: ضمان حماية القنوات الإلكترونية والهاتف المصرفي

تنص اتفاقيات المصارف مع شركات التحويلات المالية السريعة، مثل ويسترن يونيون، على أنه يتعين على الممثل المحلي (المصرف) إجراء مراجعات أمنية دورية لأنظمتها الخاصة، بما في ذلك: إجراء الاختبارات للتأكد من سلامة الشبكة من الاختراق، إضافة إلى اختبارات أمن التطبيقات. وهذا الضمان مع ما سبقه في المطلبين الآنفين من الضمانات قد جرى في تأسيسها اعتبار مبدأين شرعيين، وهما: إتقان العمل، وحفظ السر.

وحفظ السر مشروع ما لم يدخل في الكتمان المحذور؛ كالاختكار والاستغلال، على القول بحرمة الاختكار في غير الأقوات^(٣).

قال البخاري في صحيحه: باب حفظ السر، ثم روى حديث أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: «أَسْرَأَ إِلَيَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَرًّا، فَمَا أَخْبَرْتُ بِهِ أَحَدًا بَعْدَهُ، وَلَقَدْ سَأَلْتَنِي أَمْ سُلِّيمٌ فَمَا أَخْبَرْتُهَا بِهِ»^(٤).

(١) المقصود بالنار الحطب الذي توقد به النار، ومثل الحطب اليوم الغاز والكهرباء.

(٢) الكلاً هو طعام البهائم والركائب مما أعشبت الأرض وأنبئت، ومثل طعام الركائب وقود السيارات ووسائل المواصلات.

(٣) ينظر: مقال للباحث بعنوان: الاختكار والرأسمالية والإجراءات الوقائية في الشريعة الإسلامية، شبكة الألوكة.

(٤) صحيح البخاري، الحديث ٨/ ٦٥ برقم ٦٢٨٩.

وإفشاء السر ذنب في الشريعة تجب التوبة منه؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا أَسْرَ النَّبِيُّ إِلَىٰ بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثًا فَلَمَّا نَبَّأَتْ بِهِ وَأَظْهَرَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ عَرَفَ بَعْضُهُ وَأَعْرَضَ عَنْ بَعْضٍ فَلَمَّا نَبَّأَهَا بِهِ قَالَتْ مَنْ أَتْبَاكَ هَذَا قَالَ نَبَّأَنِي الْعَلِيمُ الْخَبِيرُ ۝ إِن تَتُوبَا إِلَى اللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا ۝﴾^(١)، والشاهد قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِن تَتُوبَا إِلَى اللَّهِ﴾^(٢).

وقد عدَّ الفقهاء إفشاء السر باباً من أبواب الخيانة في التعامل^(٣).

والأصل في الشروط بين المتعاقدين الصحة، فلا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً.

والدليل على هذا الأصل عموم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٥)، وما روي عنه صلى الله عليه وسلم من قوله: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٦)، ولقول عمر رضي الله عنه: مقاطع الحقوق عند الشروط. اهـ^(٧).

المطلب الرابع: مسؤولية الممثل المحلي المصرفي عن الخسائر

تنص اتفاقيات المصارف مع شركات التحويلات المالية السريعة، مثل ويسترن يونيون، على أن الممثل المحلي، وهو المصرف، هو المسؤول عن الخسائر الناشئة عن الاستخدام غير المصرح به لخدمة تحويل الأموال.

وهذا الضمان من جنس ضمان الأجير المشترك لما هلك تحت يده من مال المستأجر، فشركة التحويلات تؤاجر المصرف لقاء إتمام إجراء الحوالات، ما لم تكن الخسارة بسبب عام غالب وظاهر، على ما مضى تفصيله في الفصل الأول.

فإن لم يكن بينهما أجر، فهو من باب الضمان الجاري بين الوكيل والموكل في حال التعدي أو التفريط، واشتراطه لا يزيده إلا وكادة، ومن باب ضمان الأجير المشترك، فإذا تعدى أحد

(١) سورة التحريم، الآيتان: ٣-٤.

(٢) ينظر: إكمال المعلم ١١٣/٢، وفتح الباري ٢٩٣/٩.

(٣) ذكره ابن جزي في المنهيات المتعلقة باللسان، قال: (السادس عشر) إفشاء السر لأنه خيانة، وقد جاء في الأثر: «إذا حدث الرجل بحديث ثم التفت فهي أمانة» اهـ. ينظر: القوانين الفقهية ص ٢٨٣، والفروع ٨/٣٩٢.

(٤) سورة المائدة، الآية: ١.

(٥) سورة النحل، الآية: ٩١.

(٦) رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح، وسبق تخريجه في الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب السابع.

(٧) رواه ابن أبي شيبة، وسبق تخريجه في الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الثالث ص ١٦٤. ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢٩٤.

الوكلاء، وهو المصرف هنا، ونشأ عن ذلك خسارة، كما لو استثمر المصرف المال المحوّل قبل قبض المحوّل إليه، أو تأخر في إتمام عملية التحويل تقصيراً منه حتى انخفضت قيمة العملة، فإن شركة التحويلات المالية السريعة لا يلحقها شيء، وهذا شأن سائر الأماناء في ضمانهم مع التعدي أو التفريط^(١).

وفي معيار الوكالة وتصرف الفضولي الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: يد الوكيل يد أمانة لا تضمن، وإنما يضمن الوكيل بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط الوكالة وقيودها، ما لم تكن المخالفة إلى ما هو أفضل للموكل. اهـ^(٢).

ومستند كون يد الوكيل يد أمانة هو أنه يعمل لصالح غيره، وهذا هو الشأن في تلك التصرفات، والموكل قد اختار الوكيل، وذلك ائتمان له؛ فلا يناقض قوله إلا بإثبات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط أو قيود الوكالة. اهـ^(٣).

وفي الضابط (٤١٢) من الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: يجب على البنك تعويض العميل عن الخطأ في تحديد عملة الحوالة بالطريقة التي يراها مناسبة بالتراضي مع العميل؛ كإرجاع فرق العملة للعميل أو جزء منه، أو شراء العملة من العميل بسعر البيع نفسه^(٤).

المطلب الخامس: مسؤولية الممثل عن أداء الطرف الثالث وضمان التزامه

المقصود بالطرف الثالث هو العميل الذي تنشأ عنه عملية التحويل، حيث تنص اتفاقيات المصارف مع شركات التحويلات المالية السريعة، مثل ويسترن يونيون، على أن الممثل المحلي (المصرف) هو المسؤول عن أداء الطرف الثالث، وعن ضمان التزام الطرف الثالث.

وهذه المسؤولية التي يتعهد بها المصرف من باب الكفالة، وللكفيل، وهو المصرف هنا، الرجوع إلى المكفول (العميل) بعد الوفاء للمكفول له^(٥).



(١) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩-٢٩٤.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٤)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٣) المعايير الشرعية ص ٦٣٤.

(٤) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٢٢.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ١٥/٦، ومجلة الأحكام العدلية ص ١٢٤، والمدونة ١١٣/٣، وحاشية الصاوي ٤٣٦/٣، وسنن البيهقي ١٢٣/٦، والمغني ٤١١/٤ وما بعدها، والمحلى ٣٩٦/٦.

المبحث الثالث

الضمان في الودائع المصرفية

تقع الودائع المصرفية على رأس الهرم من العلاقة القائمة بين المصرف والعميل، وقد عقدت هذا المبحث للوقوف على أنواع الودائع وبيان الوصف الفقهي المناسب لها. وأكثر أنواع الودائع شيوعاً الودائع المصرفية الجارية حيث تعد مورداً أساسياً لتغذية أنشطة المصرف، وأداة يسوي بها العميل التزاماته.

والوديعة المصرفية الجارية: مال نقدي في ذمة المصرف للعميل الحق في سحبه متى شاء كيف شاء، وأبرز مقاصد العملاء من الودائع الجارية: حفظ المال، وتنظيمه، وتيسير وسائل قبضه. وبذلك تمتاز الوديعة المصرفية الجارية عن الوديعة الفقهية بخصائص، منها:

الخصيصة الأولى: أن الوديعة المصرفية في الحسابات مختصة بالنقود، بينما الوديعة الفقهية تقع على النقود وتشمل غيرها من الأموال والوثائق وغيرها.

الخصيصة الثانية: أن المصرف يملك الوديعة المصرفية النقدية ويتصرف بها، ويتكسب منها، ويخلطها بأمواله عمداً، ونماؤها له، ثم يرد بدلها.

بينما الوديعة الفقهية لا يملك المودع التصرف بها ولو كانت نقدية، وإنما هو موكل بحفظها وحراستها، ونماؤها لصاحبها، ولا يجوز له خلطها بماله، ويرد عيناها لا بدلها.

الخصيصة الثالثة: أن الوديعة المصرفية في الحسابات الجارية مضمونة مطلقاً باعتبارها قرضاً في ذمة المصرف، بينما الوديعة العادية لا تُضمن إلا في حال التعدي أو التفريط؛ لأنها أمانة في يد المودع.

وقد تعارفت المصارف على تسمية ما تتلقاه من العملاء باسم الودائع، وإن كان قرضاً في حقيقته كما سيأتي في المطلب الآتي، وسبب هذه التسمية: أن وظيفة المصارف كانت في مرحلة من تاريخها مقتصرة على قبول الودائع من معادن ثمينة و عملات مقابل عمولة أو أجر لقاء الحراسة والمحافظة على الوديعة، ثم أصبحت تملك تلك الودائع وتتصرف فيها، وذلك حين رأى أصحاب المصارف أن نسبة ضئيلة من المودعين هي التي تسترد ودائعها كاملة في آن واحد، وأن لديهم حصيلة كبيرة من نقود الودائع عاطلة، وأن من المفيد لهم تشغيلها واستثمارها مضاربة أو إقراضاً

للغير بفائدة، فأصبحوا يقرضون الودائع مع الاستحواذ على ما يكفي من الضمانات، ومع تغير وظائف المصرف إلا أنه بقي على التسمية الأولى لكل ما يتلقاه من الجمهور^(١).

المطلب الأول: ضمان الودائع المصرفية التي لا تسهم في النشاط الاستثماري للمصرف

صغتُ هذا المطلب بناء على مقدمة مفادها أن الودائع المصرفية منها ما يسهم في النشاط الاستثماري للمصرف، ومنها ما لا يسهم فيه، وفيما يلي من المسائل بيان لأوجه الضمان في الودائع المصرفية من النوع الثاني في الجملة، وهي التي لا تسهم مباشرة في النشاط الاستثماري للمصرف وإن أسهمت بوجه من الوجوه في الأنشطة الأخرى.

المسألة الأولى: ضمان الوديعة المصرفية الجارية.

ليبان حكم ضمان الودائع الجارية لا بد من تصور التوصيف الفقهي المناسب لها، وذلك كما يأتي:

تنص عقود فتح الحسابات الجارية المبرمة مع المصارف الإسلامية على أن العلاقة التعاقدية منتظمة في عقد القرض، ثم يرد في هذه العقود تسمية المبلغ الذي في الحساب وديعة، ولا بد من كشف دلالات هذه التسميات والأوصاف حيث كانت العبرة بالحقائق والمعاني لا الألفاظ والمباني، وأقوال المعاصرين في توصيف الحساب المصرفي الجاري كما يلي:

القول الأول: إن الودائع الجارية قرض، وتسميتها بالودائع تسمية تاريخية حيث كانت في بدايتها كذلك.

وهو قول الأكثر من الباحثين والهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية^(٢)، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٣)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٤).

القول الثاني: الحسابات الجارية تأخذ حكم الوديعة الفقهية.

وبه قال بعض الباحثين^(٥).

(١) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١١١-١١٦، والعمولات المصرفية ص ٢٠٣-٢٠٤، والمعاملات المالية للديان ١٢/٢٥٣-٢٥٥.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٣٦٧)، ص ١١١، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢)، ١/١٨-٢١، والمعاملات المالية للديان ١٢/٢٦٢.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (٩٠/٣/٩٥) الصادر بشأن الودائع المصرفية، ٩/٧٠١.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار القرض رقم (١٩)، ص ٥٢٤.

(٥) ينظر: الودائع المصرفية لحسن الأمين ص ٢٣٣، والمعاملات المالية للديان ١٢/٢٦٣.

القول الثالث: إنها عقد مستقل بذاته، يدخل ضمن العقود غير المسماة في الفقه الإسلامي. وبه قال بعض الباحثين^(١).

القول الرابع: الوديعة الجارية إن أخذ عليها فوائد فهي عقد بيع، وإلا كانت قرضاً. وبه قال بعض الباحثين^(٢).

الأدلة:

استدل أصحاب الأقوال بأدلة رسمت توجهاتهم في المسألة، وهي كما يلي:

وجه القول الأول: كون العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا الألفاظ والمباني.

ذلك أن المصرف يملك الوديعة المصرفية، ويتصرف فيها، وينفرد بأرباحها، ولا يرد عينها، وإنما يرد مثلها، ويضمنها مطلقاً حتى ولو لم يتعدَّ أو يفرط، وهذا مطابق لعقد القرض، ولا يتفق مع طبيعة عقد الوديعة؛ لأن الوديعة بالمعنى الاصطلاحي عند الفقهاء تعني دفع المال لمصلحة المودع من أجل حفظ الوديعة ثم رد عينها، دون تملكها أو استخدامها من قبل المستودع، وإذا هلكت بدون تعدُّ ولا تفريط لم يضمنها^(٣).

ونوقش بما يأتي: إذا قلنا: إن الوديعة المصرفية هي قرض في ذمة المصرف، فإن ذلك سيمنع من استخدام الوديعة أداة لوفاء الديون؛ لأنه سيؤدي إلى بيع الدين بالدين.

فلو أن رجلاً اشترى بضاعة مؤجلة، وأحال على ماله لدى أحد المصارف، فإذا اعتبرنا الوديعة قرضاً فإن هذا العقد لن يكون صحيحاً إلا إذا استلم البضاعة مباشرة؛ لأن الصفقة ستكون من باب بيع الدين بالدين. وهذا لا يرد مع اعتبار الحساب وديعة حقيقية^(٤).

وأجيب: بأن المبيع المعين المؤجل لا يدخل في باب بيع الدين؛ لأن الدين هو ما تعلق بالذمة، والمعين المؤجل لم يتعلق بالذمة، وذلك كبيع الغائب المعين الموصوف فإنه لا يسمى سلماً؛ لتعيينه^(٥).

وجه القول الثاني: أن غاية المودع من الوديعة هو الحفظ، واستردادها متى يشاء، وهذا كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية، وهو موجود في الوديعة المصرفية.

(١) ينظر: الوديعة المصرفية للحسني ص ١٠٢.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢ / ٢٦٤.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية ص ٥٣٥-٥٣٦، والمعاملات المالية للديان ١٢ / ٢٦٤.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢ / ٢٧٠.

(٥) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢ / ٢٧٠.

والتصرف في الوديعة دون إذن صاحبها ليس حراماً إذا تحقق شرطان، وهما: أن يكون المال مثلياً، وأن يكون المتصرف مليئاً، والإذن بالاستعمال يخرج المستودع من حكم الخيانة في التصرف في الوديعة^(١).

ونوقش بما يأتي:

أولاً: أن المقرض تارة يقرض الشخص، ويكون غرضه الإرفاق والإحسان بالمقرض، وهذا هو الأصل في عقد القرض، وتارة يقرض الشخص، ويكون في نيته نفع نفسه وحفظ ماله، ومع ذلك يبقى المال قرضاً، كما كان واقع الديون التي ركبها الزبير بن العوام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ فإن الرجل كان يأتيه بالمال، فيستودعه إياه، فيقول الزبير: «لا، ولكنه سلف، فإني أخشى عليه الضيعة»^(٢).

ثانياً: أن رد الوديعة متعلق بعين الوديعة، وليس مثل الوديعة كما تفعل المصارف مع العملاء. ثالثاً: لا إشكال في أن الوديعة إذا أذن صاحبها في استعمالها فإن للمودع أن يستعملها، ولكن إذا استعملها هل تبقى وديعة وقد استعملها، أم يزول عنها اسم الوديعة، هذا محل الخلاف، فلا يُستصحب موضع النزاع في محل الاستدلال^(٣).

وجه القول الثالث: أن فتح الحساب الجاري للعميل لا يقف على الوديعة النقدية لصالح المصرف، بل يداخل ذلك أنواع مختلفة من المعاملات الائتمانية المشتملة على عنصر المداينات، وأنواع من المعاملات الخدمية التي تكون المصارف فيها طرفاً وسيطاً بين العميل صاحب الحساب وطرف ثالث؛ كالكفالات المصرفية، وتحويل النقود لمصلحة العملاء، والصرف، والسمسرة، وتوفية الحقوق والالتزامات.

وقد تكون المعاملة المصرفية مشتملة على معنى الائتمان ومعنى الخدمة معاً، كما هو في معاملة حسم الكمبيالات^(٤).

ومما يؤكد هذا القول عمل الناس اليوم، فإن في الخدمات المتعددة التي تقدمها المصارف الإسلامية لأصحاب الحسابات الجارية تدبيراً لأعمالهم وقوامة لمعايشهم، ما لم يكن معهوداً من

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/ ٢٦٥-٢٦٨ و ٢٧١.

(٢) رواه البخاري في باب بركة الغازي في ماله حياً وميتاً، مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وولاء الأمر ٤/ ٨٧ برقم ٣١٢٩.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/ ٢٦٧-٢٦٨ و ٢٧١.

(٤) وتسمى في العرف التجاري خصماً، بأن يأتي الدائن إلى المصرف بسند دين لأمره (كميالة) لم يحن موعد استحقاقه رغبة في قبض مبلغه قبل مواعده، فيوقع الدائن على ظهر السند بتحويل مبلغه إلى أمر المصرف؛ فيحل المصرف محل الدائن تجاه المدين موقع السند ويدفع للدائن مبلغ السند حالاً مع طرح جزء منه. ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ١/ ١٣٨-١٣٩، والمعاملات المالية للديان ١٢/ ٢٧٧-٢٧٨.

قبل بين المستودع والمودع ولا بين المقرض والمقترض^(١).

ولبيان طرف من ذلك أسوق ما جاء في قرار هيئة مصرف الإنماء الشرعية بشأن الأحكام والضوابط الشرعية للحسابات الجارية، ونصه: يجوز للمصرف - عند رغبة العميل التعامل معه - أن يشترط عليه فتح حساب جارٍ ليكون وسيلة لوفاء العميل بالتزاماته على ألا يكون ذلك مشروطاً بإيداع مبلغ محدد عند فتح الحساب أو إبقاء رصيد في حسابه يزيد عن الوفاء بالتزام العميل^(٢).

وجه القول الرابع: ذهب أصحاب القول الرابع إلى ما قرره أصحاب القول الأول من اعتبار الوديعة الجارية قرضاً، ما لم تكن بفائدة، فإذا كانت بفائدة فهو بيع، وذلك استناداً إلى عدم إمكان اعتبارها قرضاً؛ لأن أخص خواص القرض الإرفاق المحض، والمعروف الخالص ابتغاء الثواب، ولأجله جاز في القرض مبادلة الريال بالريال مع التفرق، ولا يجوز ذلك في البيع.

والنبي صلى الله عليه وسلم سماء بيعاً كما في حديث أبي بكره رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ، وَالْفِضَّةَ بِالْفِضَّةِ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ، وَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ، وَالْفِضَّةَ بِالذَّهَبِ كَيْفَ شِئْتُمْ»^{(٣)(٤)}.

ويمكن أن يناقش: بأن الفائدة إذا لم تكن مشروطة في العقد فيمكن حملها على مبدأ الإحسان في القضاء.

الترجيح:

الراجح هو أن الوديعة الجارية في الأصل قرض من العميل للمصرف، لوقوعها مضمونة في ذمة المصرف، والخلاف بين القول الأول والرابع يكاد يكون لفظياً؛ لأن القرض بفائدة بيع محرم عند الجميع، لكن ينبغي إجراء الاصطلاح الشرعي للبيع المحرم، وهو: الربا، حيث جعله الله مصطلحاً مقابلاً لما أحل الله من البيع في قوله جَلَّ وَعَلَا: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٥)..

على أن المصرف إذا رد للعميل أكثر من وديعته الجارية من غير شرط نصي أو عرفي كان ذلك مستحباً؛ لأن حسن القضاء محمود في الشريعة، كما أن القروض المتبادلة بين المصرف وعميله إذا كانت مشروطة فهي ممنوعة شرعاً، فإذا كانت غير مشروطة ساغت.

(١) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١١٤، المعايير الشرعية، معيار القرض رقم (١٩)، ص ٥٢٤.

(٢) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢)، ١٨/١-٢١.

(٣) رواه البخاري في باب بيع الذهب بالذهب ٣/ ٧٤ برقم ٢١٧٥.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/ ٢٧٨-٢٧٩.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

فإن كان الربا فاشياً وعادة البنوك الزيادة، والزيادة معدولة بمدة الإنظار؛ فالزيادة ممنوعة شرعاً، كما في حديث أبي بردة، قال: أتيت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقال: ألا تجيء فأطعمك سويقاً وتمراً، وتدخل في بيتي؟ ثم قال: إنك بأرض الربا بها فاشٍ، إذا كان لك على رجل حق، فأهدى إليك حمل تبن، أو حمل شعير، أو حمل قث؛ فلا تأخذه فإنه ربا^(١).

غير أن اتفاقية فتح الحساب إذا اشتملت على بنود أخرى، فتأخذ كل فقرة منه ما يناسبها من العقود الأخرى، ويتوجه عليه حينئذ مبحث اجتماعه مع القرض.

وقد ذكر بعض المعاصرين أنه إذا نُصَّ في عقد الإيداع أن الحساب الجاري قرض يأخذه البنك من عميله المقرض، وكان عمل المتعاقدين على ذلك حقيقة؛ فإنه ينبغي ألا يكون ثمة خلاف بأنه عقد قرض، وذلك كما لو اشتمل عقد فتح الحساب على العبارة الآتية: (الحساب الجاري هو قرض تحت الطلب، لا يستحق المتعامل مع المصرف بمقتضاه أية أرباح، كما لا يتحمل أية خسارة، ويلتزم المصرف بناء على ذلك بدفع الرصيد كاملاً عند طلبه من المتعامل)^(٢).

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي، الصادر بشأن الودائع المصرفية ما نصه: الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها، هو ملزم شرعاً بالرد عند الطلب. ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقرض) مليئاً. وما نصه: إن الضمان في الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) هو على المقرضين لها (المساهمين في البنوك) ما داموا ينفردون بالأرباح المتولدة من استثمارها، ولا يشترك في ضمان تلك الحسابات الجارية المودعون في حسابات الاستثمار؛ لأنهم لم يشاركوا في اقتراضها ولا استحقاق أرباحها^(٣).

وكون الحسابات الجارية قرضاً لا يمنع من تقديم الخدمات المتعلقة بالوفاء أو الاستيفاء، ففي قرار هيئة مصرف الإنماء الشرعية بشأن الأحكام والضوابط الشرعية للحسابات الجارية ما نصه: يجوز للمصرف أن يقدم - مجاناً - خدمات متعلقة بالإيداع في الحساب الجاري أو الاستيفاء منه، وذلك مثل: الشيكات، وبطاقة الصراف، وكشوف الحسابات، وتنفيذ تعليمات العميل...، وخدمات الإشعار الإلكتروني للعمليات وغرف الاستقبال، وكذلك التحويلات.

ولا تعد هذه الخدمات من المنفعة التي تحرم على المقرض بسبب قرضه؛ لأن هذه المنافع إما أن تتعلق بالوفاء للعميل، وهو أمر لازم للمقرض (للمصرف)، أو تتعلق بتلقي الأموال من

(١) رواه البخاري في باب مناقب عبد الله بن سلام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ٣٨/٥ برقم ٣٨١٤.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٢٦٠-٢٦١.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٠١/٩.

العميل، وهو عائد لمصلحة المقرض (المصرف)^(١) وما نصه: يجوز للمصرف استخدام أرصدة الحسابات الجارية لمصلحته فيما هو مباح شرعاً^(٢).

وقد استقرت الفتوى على أن الوديعة المصرفية الجارية من باب القرض؛ لأن المصرف ملزم بردها إلى المودعين، ولو استثمارها وخسر فعلى المصرف رد بدلها، حيث كان القرض مضموناً على المقرض بكل حال.

أما البنوك التقليدية التي لم تنعتق من الطريقة الغربية الرأسمالية في دوران المال على نفسه بالربا، فإنها تختلف عن المصارف الإسلامية من ناحيتين في هذا الباب:

الأولى: أنها تتحاشى المخاطرة الكامنة في الاستثمارات الحقيقية، فما تقتضيه بفائدة من المودعين تذهب لتقرضه بفائدة أعلى، وتأخذ الضمانات الكافية على المقرضين لسداد قروضهم، وهذه الطريقة لا تتعامل بها المصارف الإسلامية لاشتغالها على الربا الصريح.

الثانية: أن البنوك الربوية تلجأ في حال تعرضها لنقص في السيولة إما إلى البنك المركزي والاقتراض منه بفائدة، أو تلجأ إلى الاقتراض الداخلي بين البنوك ممن يملك فائضاً نقدياً، فتقترض منه بفائدة، وهذه الطريقة أيضاً لا تلجأ إليها المصارف الإسلامية لاشتغالها على الربا، وهو أم الكبائر المحرمة في باب المعاملات^(٣).

ثمرة الخلاف:

من ثمرة الخلاف بناء على المترجح ما يأتي:

أولاً: الإعفاء من رسوم الخدمات.

أن صاحب الحساب الجاري لا يعفى من رسوم الخدمات لتصنيف مبني على الحساب الجاري فقط؛ لما يستجره ذلك من منفعة متمحضة للمقرض مقابل قرضه.

وفي الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: يجوز للبنك إعفاء كبار العملاء من رسوم الخدمات إذا كان تصنيفهم ضمن كبار العملاء مبنياً على مجموع علاقة تمويلية وحسابات استثمارية وجارية. أما إذا كان التصنيف مبنياً على الحساب الجاري فقط فلا يجوز الإعفاء حيثئذ^(٤).

(١) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢)، ٢٠/١، والمعايير الشرعية، معيار القرض رقم (١٩)، ص ٥٢٤.

(٢) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢)، ٢١/١.

(٣) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٢)، بعنوان: اتفاقية فتح علاقة مع مصرف الإنماء ٤٢/١-٤٤، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٤٧٢، والمعاملات المالية للديان ١٢/١٩-٣٢٠.

(٤) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١١١.

ثانيًا: تقديم الخدمات والهدايا.

لا يجوز للمصرف المقترض تقديم ذلك للعملاء المقرضين من أصحاب الحسابات الجارية إذا كان البذل ماديًا، ولم يكن للخدمة علاقة بفتح الحساب أو الوفاء للعميل، فإن كان لها علاقة جاز بقدر المصروفات الفعلية.

ويتأكد المنع فيما لو اشترط ذلك عند فتح الحساب، حتى ولو كان لجهة خيرية. ويزول المحذور إن كانت المزايا المقدمة مما لا يختص به أصحاب الحسابات الجارية، بل هم وغيرهم من العملاء فيها سواء، وذلك كالذي يجري في المواد الدعائية والإعلانية^(١).

المسألة الثانية: ضمان الوديعة المستندية.

الوديعة المستندية: أن يحتفظ المصرف بالصور والاوراق المالية لعملائه ثم يردها عينًا، ولا يملك المصرف التصرف فيها إلا بإذن أصحابها، ويتقاضى مقابل ذلك أجره، وهذه الودائع يضمنها المصرف بصفته أجيرًا مشتركًا في حفظ مستندات المستأجرين ما لم يكن تلفها بسبب أمر غالب وظاهر كالحرائق والزلازل، على ما تقدم ترجيحه في المبحث الثاني عشر من الفصل الأول بشأن الأجير المشترك، حيث كان الأصل في المعاملات أن على اليد ما أخذت حتى تؤديه، ولأن أفضية الصحابة رضي الله عنهم والتابعين على ذلك، والقاعدة المتقررة في المعاملات المالية أن الغنم بالغرم، فلو لم يَغرَم الأجير المشترك ما هلك تحت يده لم يستحق أجر ما عمل بيده، فإنه قبض العين للاسترباح قاصدًا حظ نفسه.

والإجارة من أجل الحفظ مشروعة من غير مخالف؛ لأن القاعدة أن الإجارة تجوز على كل منفعة مباحة، والداعي إلى إيداع العملاء للمستندات والوثائق خشية السرقة أو الاحتراق أو التلف، أو أن يطلع إنسان عليها فتفسد تجارتها باطلاعه، ولو كان أقرب الناس إليه^(٢).

المسألة الثالثة: ضمان الوديعة المخصصة لغرض معين.

المقصود من الوديعة المخصصة لغرض معين أن يودع شخص لدى المصرف مبلغًا معينًا نقديًا، ويوكله بشراء أوراق مالية، أو الاكتتاب في أسهم معينة، أو الوفاء بكميالة مثلاً، ويتقاضى المصرف مقابل ذلك عمولة مقدرة بصفته وكيلًا بأجر، حيث يعتبر المصرف هو الوكيل، والمودع هو الموكل، والنقود هي الوديعة.

(١) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١١١-١١٣، والمعايير الشرعية، معيار القرض رقم (١٩)، ص ٥٢٤-٥٢٥.

(٢) ينظر: الدرس (١٧٢) من شرح زاد المستقنع للشنقيطي، والمعاملات المالية للديان ١٢/٣٥٧.

وعليه يكون المصرف ضامناً لما هلك تحت يده؛ لأن الوكيل يأخذ حكم الأجير المشترك إذا كانت الوكالة بعوض^(١).

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن الحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة ما نصه: وإذا كانت - أي: الحوالة - بمقابل فهي وكالة بأجر، وإذا كان القائمون بتنفيذ الحوالات يعملون لعموم الناس فإنهم ضامنون للمبالغ؛ جرياً على تضمين الأجير المشترك^(٢).

وفي معيار الوكالة وتصرف الفضولي ما نصه: إذا كانت الوكالة بأجر تطبق عليها أحكام الإجارة^(٣).

وقد تخصص الوديعة لغرض ضمان قرض اقترضه العميل من المصرف، فتأخذ حكم الرهن في الضمان، وسيأتي في الفصل القادم إن شاء الله أن يد المرتهن يد أمانة^(٤).

المسألة الرابعة: ضمان وديعة الخزائن الحديدية.

تُبنى وديعة الخزائن الحديدية على عقد يلتزم المصرف بمقتضاه أن يعين خزانة لديه لتكون تحت تصرف عميله المستأجر، بحيث يتمكن من الانتفاع بها مدة معينة لقاء أجر معلومة.

ويتخذ العملاء هذه الخزائن لحفظ النقود، والأموال العينية كالمجوهرات، والوثائق الشخصية، والمستندات التجارية، وما شابه.

ويسمح للعميل بالدخول إلى الخزانة التي استأجرها في مواعيد العمل الرسمية للمصرف، أو حسب الاتفاق، وله أن يأخذ ما يريد مما استودعه في الخزانة الحديدية متى شاء، وله أن يضع فيها ما يريد حفظه بشرط ألا يكون مشتملاً على ضرر أو مخالفة.

ولا يسمح بدخول الصالة إلا لأصحاب الخزائن وحدهم، أو وكلائهم، ولكل صندوق منها مفتاحان مختلفان يعملان معاً بحيث يحتفظ المصرف بالمفتاح الأول، والذي يكون مفتاحاً مشتركاً، في الغالب، لكل الصناديق الموجودة في الخزانة الواحدة، بينما يسلم المفتاح الآخر للعميل.

وبهذا يكون عقد وديعة الخزانة الحديدية مشتملاً على أمرين:

أولاً: الانتفاع بالخزانة طوال فترة العقد.

(١) ينظر: الحاوي ٦/ ٥٠٢.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (٨٨ / ١ / ٩٥)، ٩ / ٢٥٥ - ٢٥٦، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٢٢)، ١ / ٢٢٠ - ٢٢١.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي رقم (٢٣)، ص ٦٢١.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢ / ٣٥٧.

ثانيًا: حفظ الوديعة في الخزنة من خلال حراسة صالة الخزائن.

فالعقد يجمع بذلك بين إجارة العين، وهي الخزنة الحديدية، وإجارة الشخص، وهو المصرف أو من يمثله من الحراس والمراقبين^(١).

فيد المستأجر، وهو العميل، في إجارة العين، وهي الخزنة، يد أمانة لا يضمن للمصرف ما تلف من الخزنة نفسها إلا بالتعدي أو التفريط، كما لو وضع فيها مواد قابلة للانفجار؛ فتضررت الخزنة.

ويد الأجير المشترك على ما استؤجر لحمايته وحفظه، وهو المصرف، يد ضمان، كما تقدم في المبحث الثاني عشر من الفصل الأول، حيث انتهت هناك إلى أن الأجير المشترك ضامن لما هلك تحت يده من الأعيان، وهو منفرد به، إلا من شيء غالب كالحريق والعدو المكابر.

المطلب الثاني: ضمان الودائع المصرفية التي تسهم في النشاط الاستثماري للمصرف

أفردت هذا المطلب لبيان أنواع الودائع المصرفية التي تسهم في النشاط الاستثماري للمصرف مرتبةً على المسائل الآتية:

المسألة الأولى: ضمان الودائع تحت الطلب.

دفع المال للغير، إن كان على سبيل التملك، فهو بيع إذا كان عن معاوضة، وهبة إذا كان بلا عوض، وقرض إن كان ليملكه ويردّ مثله.

وإن كان دفع المال لغيره لا على سبيل التملك؛ فهو إن كان للحفظ فقط وديعةً، وإن كان للانتفاع مع بقاء العين فهو عاريةً، وإن كان للانتفاع مع استهلاك العين فهو قرض.

والودائع تحت الطلب هي المودعة في الحسابات الجارية، وحين يودع العميل في حسابه الجاري لدى المصرف الإسلامي فإنه لا يقصد الاستثمار في المصرف، لكنه يساهم بوديعة في خدمة النشاط الاستثماري للمصرف بطريق غير مباشر، وقد لا يستثمر فيها المصرف، بل يتركها لتغطية السحوبات اليومية.

وتقدم في المسألة الأولى من المطلب السابق الكلام على هذا الصنف من الودائع المصرفية، وأنها مضمونة على المصرف بصفته مقترضًا لما أودعه العميل.

(١) ينظر: العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٢٧، والعمولات المصرفية ص ٣٠٧، والمعاملات المالية للديان

المسألة الثانية: ضمان الودائع الآجلة.

الودائع الآجلة هي المبالغ التي يودعها أصحابها في المصرف الإسلامي بغرض الاستثمار إلى أجل مسمى يتفقان عليه، قد يكون ثلاثة أشهر، أو ستة أشهر، وقد يبلغ سنة، ولذلك سُميت هذه الحسابات آجلة؛ لأن العميل ملتزم بعدم سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل المتفق عليه بين العميل المستثمر والمصرف، وإن أتيح للمستثمر سحب الأرباح العائدة، حيث يتاح له ذلك بحسب الاتفاق إما شهرياً، أو على فترات دورية، وقد لا يتاح له شيء من الأرباح إلا بعد الانتهاء من الاستثمار.

ولو طلب صاحب الودائع الآجلة سحب وديعته كلها أو بعضها قبل موعد الاستحقاق المتفق عليه فإن للمصرف الإسلامي الحق في الامتناع عن ذلك وله إجابة طلبه، وقد يتنازل المصرف عن حقه في هذا الشأن حيث لا يمانع من رد الوديعة مقابل حرمان المودع من الأرباح نظراً لعدم بقاء الوديعة إلى تاريخ الاستحقاق، وقد يمول المصرف المودع مبلغاً مساوياً لوديعته لعلاج الأمر مع المودع بما لا يضر باتفاقية الاستثمار.

وتختلف هذه الودائع عن الودائع الجارية في كونها قائمة على أساس المضاربة، فالهدف منها الربح والنماء، بخلاف الودائع الجارية التي تكون لأغراض الحفظ وتسوية المدفوعات.

وتسمى هذه الودائع لدى البنوك الربوية (الحسابات لأجل) وهي حسابات قائمة على أساس القرض بفائدة، بينما تسمى في المصارف الإسلامية (حسابات الاستثمار)؛ لأن المصرف يشغلها ويستثمرها بنفسه أو مع شركاء آخرين في سلع حقيقية أو مشاريع فاعلة في السوق، وسأتناول في المبحث الآتي بإذن الله نوعاً من أنواع الحسابات الاستثمارية.

ويتولى المصرف قبل توزيع الأرباح خصم المصاريف الإدارية، وتكاليف الدراسات المبذولة في سبيل استثمار أموال المودعين من عملائه^(١).

والمقصود أن ضمان هذه الودائع الاستثمارية الآجلة من جنس ضمان المضارب لمال المضاربة، فلا يضمن المصرف وأذرعه الاستثمارية الودائع الاستثمارية الآجلة إلا في حالات التعدي والتفريط، وللمصرف المضارب حفظاً لسمعته في السوق أن يتبرع في حال الخسارة من دون تعدٍّ منه ولا تفريط، أن يتبرع بجبر الخسارة من غير شرط سابق ولا عرف ملزم، كما يمكن ضمان الوديعة الآجلة من قبل طرف ثالث خارجي يضمن الخسارة تبرعاً منه بدون مقابل على أن يكون هذا الالتزام مستقلاً عن عقد المضاربة بحيث لا يعود نكول المتبرع على عقد المضاربة

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٣٠٧ و ٣١٥-٣١٦.

بالإبطال، ويمكن ضمان موجودات حسابات الودائع الآجلة أيضًا من خلال تشكيل جمعية تعاونية ذات ذمة مالية مستقلة مشتملة على صندوق تعاوني تودّع فيه استقطاعات دورية من رؤوس أموال المستثمرين أو من الأرباح المتحصلة لتحقيق موازنة في التوزيعات الدورية وحماية رأس المال ومواجهة الانخفاضات المستقبلية المحتملة في رأس مال المضاربة.

المطلب الثالث: الودائع المصرفية غير المضمونة

المقصود بالودائع المصرفية غير المضمونة هي الودائع الاستثمارية التي تقدم الإشارة إليها قريباً، وهي ودائع مشمولة في أعمال المصرفية الإسلامية، وليست مضمونة على المصرف؛ لأن العقد فيها عقد مضاربة يكون المضارب فيها أميناً على رأس المال، ولا يمكن تضمينه إلا في حالات التقصير والتفريط أو التعدي وتجاوز شروط عقد المضاربة، ومن هنا يتبين قصور إطلاق نفي الضمان عن الودائع المصرفية في الجملة.

ذلك أن طبيعة عقد المضاربة القائم على أساس من التقوى يقتضي المشاركة في الربح والخسارة، والغنم والغرم، والالتزام بضمان رأس المال في عقد المضاربة يخرج العقد من باب الشركة إلى باب الربا.

ولا يمنع ذلك من تعويض المضارب لرب المال حال خسارته تبرعاً منه من غير اشتراط نصي أو عرفي، كما لا يمنع من التأمين على الحسابات الاستثمارية تأميناً تعاونياً مبنياً على تقاسم تبعات الخسائر ثم توزيع الفائض.

المطلب الرابع: ضمان التمويل للعميل عند نفاذ وديعته وانكشاف حسابه

الحساب الجاري في المصارف الإسلامية لا يخلو من أن يكون دائئاً أو مدينياً، فإن كانت موجودات الحساب من أموال العميل فهو حسابٌ جارٍ دائئٌ، وإن كانت موجودات الحساب من أموال المصرف المودعة فيه بعد انكشافه فهو حساب جارٍ مدينٌ، والحساب الجاري المدين هو موضوع هذا المطلب، وهو حساب ينشأ لضمان التمويل المصرفي الذي يقدم للعميل في حال انكشاف حسابه وانقلابه من كونه دائئاً للمصرف إلى مدينٍ له.

وقد انتهت الهيئة الشرعية لبنك البلاد كما في الضابط (٣٧٥) المدرج ضمن الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة إلى أن السحب على المكشوف هو: تمكين العميل من السحب من حسابه الجاري دون أن يكون له رصيد، فيصير مديناً للبنك، ويكفّ على أنه قرض وتجري عليه أحكامه.

وفي الضابط (٣٧٦) ما نصه: يجوز أخذ الأجور على الخدمات التي يقدمها البنك للعميل في الحساب الجاري المدين (السحب على المكشوف) بشرط أن تكون بقدر التكلفة الفعلية، ولا

يجوز أن يكون الأجر مربوطاً بمبلغ القرض أو أجله^(١).

كما جاء في قرار هيئة مصرف الإنماء الشرعية الصادر بشأن الأحكام والضوابط الشرعية للحسابات الجارية ما نصه: يجوز للمصرف أن ينفذ أوامر العميل على حسابه الجاري بأكثر من رصيده فيه، وهو ما يسمى بالجاري المدين، ويعد ذلك قرضاً من المصرف لعميله، ويشترط لذلك ما يأتي:

- ١- ألا يكون ذلك مشروطاً عند فتح الحساب.
 - ٢- ألا يشترط المصرف على العميل إبقاء رصيد في حسابه نظير هذه المعاملة.
 - ٣- ألا يأخذ المصرف أي مقابل لذلك؛ سواء أكان ثابتاً أم متغيراً، عينا أم منفعة^(٢).
- وبالاطلاع على أحكام فتح الحساب الجاري وشروطه المتداولة فيما وقفت عليه من عقود الجهات المصرفية الإسلامية، وجدت أن المصرف لا يضمن للعميل تمويله عند انكشاف حسابه، بل هو أمر اختياري.

المطلب الخامس: تدابير المصرف المركزي العامة لحماية الودائع المصرفية

يتخذ البنك المركزي، أو ما يسمى في بعض البلدان بمؤسسة النقد، تدابير عامة لحماية الودائع المصرفية على المصارف الخاضعة لرقابته وإشرافه بما في ذلك المصارف الإسلامية، ومن هذه التدابير ما حررته مرقوماً في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: الاحتياطي النقدي القانوني.

يفرض البنك المركزي على جميع المصارف أن تحتفظ بأرصدة نقدية لديه، وهذه الأرصدة النقدية عبارة عن نسبة من الودائع الجارية، والودائع الادخارية، والأموال المخصصة لخطابات الاعتماد.

ويجري احتساب النسبة شهرياً بالنظر إلى ما يطرأ على ودائع المصرف من زيادة أو نقصان، وتتفاوت البنوك المركزية في تحديد نسب الاحتياطي القانوني، وفي معظم الدول النامية تكون هذه النسبة عالية بحيث لا تقل عن ٢٠٪، وتقل هذه النسبة في الدول ذات الأسواق المالية المتقدمة.

ففي الحالة السعودية نصت المادة (٦) من نظام مراقبة البنوك على أنه لا يجوز أن تزيد التزامات البنك من الودائع على خمسة عشر مثلاً من مجموع احتياطاته ورأس ماله المدفوع أو

(١) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١١٢-١١٣، والعمولات المصرفية ص ٢١٥.

(٢) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢)، ٢٠/١.

المستثمر، وإلا وجب عليه أن يزيد رأس ماله أو أن يودع لدى المؤسسة ٥٠٪ من المبلغ الزائد، كما نصت المادة (٧) على أن كل بنك يحتفظ لدى مؤسسة النقد في جميع الأوقات بوديعة نظامية لا تقل عن ١٥٪ من التزامات ودائعه، ويجوز للمؤسسة تعديل هذه النسبة وفقاً لمقتضيات الصالح العام.

وقد عدلت هذه النسبة بتعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم م / ٢ / ٧١ فأصبحت ٧٪ من الودائع الجارية، و ٢٪ من ودائع التوفير والادخار^(١).

المسألة الثانية: نسبة السيولة الداخلية.

من تدابير المصرف المركزي العامة لحماية الودائع المصرفية ما يطلبه من المصارف بأن تحتفظ بنسبة من السيولة الداخلية بالنقد المحلي، وذلك لمقابلة طلبات السحب اليومي من أرصدة العملاء (المودعين) في هذه المصارف، وعادة ما تكون في حدود ١٠٪ إلى ١٥٪ حسب درجة تطور القطاع المالي في البلد^(٢).

المسألة الثالثة: الرصيد الاحتياطي.

حيث يطلب البنك المركزي من المصارف التجارية أن تحتفظ برصيد احتياطي لدعم المركز المالي في كل مصرف، وللتحوط في مقابل المصاعب المالية التي قد تتعرض لها المصارف، وفي العادة تحدد المصارف المركزية نسبة الاحتياطي المطلوبة، وتبلغ في البلدان النامية ما يقارب ٢٥٪، وتقل هذه النسبة في البلدان ذات الأنظمة المالية والمصرفية المتقدمة^(٣).

المسألة الرابعة: نسب التمويل والتسهيلات.

يضع البنك المركزي سقفاً أعلى للتمويلات والتسهيلات بحيث لا تتجاوز المصارف الخاضعة لإشرافه، وذلك حمايةً لأموال المودعين، وحداً من آفة توليد النقود حتى لا تتضخم العملة المحلية^(٤).

وفي الحالة السعودية حظرت المادة (٨) من نظام مراقبة البنوك في المملكة على أي بنك أن يمنح تسهيلات ائتمانية أو أن يقدم كفالة، أو ضماناً، أو أن يتحمل أي التزام مالي آخر لصالح أي

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢٥) بعنوان: فتح حسابات للمصرف لدى مؤسسة النقد ١ / ٧١-٧٣، والمعاملات المالية للديان ١٢ / ٣٢٠.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، ١ / ٧١-٧٣، والمعاملات المالية للديان ١٢ / ٣٢١.

(٣) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، ١ / ٧٢-٧٣، والمعاملات المالية للديان ١٢ / ٣٢١.

(٤) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، ١ / ٧٢-٧٣، والمعاملات المالية للديان ١٢ / ٣٢١-٣٢٢.

شخص طبيعي أو اعتباري بمبالغ تتجاوز ٢٥٪ من مجموع احتياطيات البنك ورأس ماله المدفوع، أو المستثمر، ويجوز لمؤسسة النقد (البنك المركزي) لمقتضيات المصلحة العامة وبالشروط التي تحددها أن تزيد هذه النسبة إلى ٥٠٪.

المسألة الخامسة: تقييد استثمارات المصارف.

مفاد هذا التدبير: منع المصارف من الاستثمار في الأعمال التي تستلزم امتلاك أصول أو موجودات عينية، أو مزاولة التجارة لحسابها أو لغيرها، أو امتلاك أصول طويلة الأجل.

فعلى سبيل المثال في الحالة السعودية جاء في المادة (١٠) من نظام مراقبة البنوك ما نصه: يحظر على كل بنك الاشتغال لحسابه، أو بالعمولة بتجارة الجملة أو التجزئة، بما في ذلك الاستيراد والتصدير، أو أن تكون له مصلحة مباشرة كمساهم أو شريك أو كمالك أو أي صفة أخرى في أي مشروع تجاري، أو صناعي، أو زراعي، أو أي مشروع آخر، أو امتلاك العقارات أو استثمارها، إلا إذا كان ضرورياً لإدارة أعمال البنك، أو لسكن موظفيه، أو للترفيه عنهم، أو وفاء البنك قبّل الغير، بشرط ألا تزيد قيمتها عن عشرين في المائة من رأس مال البنك المدفوع واحتياطياته.

وهذا التقييد له أهداف عدة؛ منها: حماية أموال المودعين، ومنع المصارف من مزاحمة الشركات التجارية الأخرى؛ لأن المنافسة قد لا تكون عادلة؛ فالمصرف يتمتع بصلاحيات لا تملكها شركات الاستثمار الأخرى، فهو من جهة يحتكر مهمة تجميع الأموال والمدخرات التي بأيدي الناس والجهات مما يمدّه بإمكانات مادية هائلة، ومن جهة أخرى يطلع على أسرار عملائه التجارية عند فتح اعتماداتهم المستندية مما يجعله قادراً على استخدام هذه المعلومات لمصلحته الشخصية فينافس بها عملاءه الذين يحتاجون إلى خدماته^(١).



(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، ٧١-٧٣، والمعاملات المالية للديان ١٢/٣٢٢.

المبحث الرابع

الضمان في الحساب الاستثماري المرن

الحساب الاستثماري المرن يمكّن العملاء من استثمار أموالهم لدى المصرف بصيغة المضاربة لمدة ليلة واحدة فأكثر، حيث يضم المصرف أموال العملاء إلى أمواله عند بدء وقت الاستثمار ليستثمرها في عمليات المصرف التمويلية والاستثمارية جمعاء، ويبدل ذلك المصرف، أو وكيله في الاستثمار، مقابل حصة من الربح بصفته مضارباً إضافة إلى حصته من الربح بصفته مشاركاً بالمال، ثم يحول رأس مال المضاربة مع عوائده إلى الحساب الجاري للعميل، ويخضع هذا العمل لاتفاقية خاصة به تنظمها إدارة خاصة بالمصرف، تسمى عادة إدارة الخزينة^(١).

وفي هذا قرر مجمع الفقه الإسلامي، في القرار الصادر بشأن الودائع المصرفية أن من أقسام الودائع المصرفية: الودائع التي تسلم للبنوك، الملتزمة فعلياً بأحكام الشريعة الإسلامية، بعقد استثمار على حصة من الربح هي: رأس مال مضاربة، وتنطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة^(٢).

وجاء في الضابط (٥٦٦) من الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد أن: حساب المضاربة هو حساب استثماري مبني على عقد المضاربة فقهاً، يشترك فيه البنك المضارب، والعميل (رب المال) في الأرباح العائدة من عمليات الاستثمار الناتجة عن المبالغ المودعة فيه، ويتم توزيع الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه، ويمكّن العميل (رب المال) من التصرف في رأس المال بالسحب والإيداع وغير ذلك.

وفي الضابط (٥٦٨) ما نصه: يجوز في حسابات المضاربة أن يمكّن رب المال من التصرف في رأس المال بالسحب والإيداع وغير ذلك، ويعد سحب رب المال لشيء من رأس مال المضاربة إنهاء لعقد المضاربة في الجزء المسحوب^(٣).

(١) ينظر: تطبيق الإنماء الشرعية، القرار رقم (٩١٥) بعنوان: الحساب الاستثماري المرن، حيث صدر القرار بعد طبع قرارات الهيئة الشرعية.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٩/ ٧٠١-٧٠٢.

(٣) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٧٣.

المطلب الأول: تغطية المصرف للفرق بين العائد المحقق والمتوقع

قد يعتمد المصرف إلى تغطية الفارق بين الربح المحقق ومعدل الربح المتوقع حصوله قبل المضاربة بأموال الحساب الاستثماري المرن^(١).

وتغطية المصرف المضارب للفارق بين الربح الحقيقي والربح المتوقع إجراء جوازي واختياري، لا بأس فيه ولا محذور، أما لو كان إجراء تغطية الفارق بين الربح الحقيقي والربح المتوقع وجوباً ملزماً، نصّاً أو عرفاً، لدخل في باب من أبواب الربا وصارت المضاربة حيثئذ غطاء للربا؛ لأن حقيقة العقد، والحال كذلك، مألٌ بمال متفاضلاً^(٢)، والالتزام بضمان رأس المال في عقد المضاربة يخرج العقد من باب الشركة إلى باب الربا.

وفي مقابل ذلك، إن كان ربح المصرف أو من ينوب عنه في الاستثمار، أكثر من المتوقع؛ فتتنص بعض اتفاقيات الحسابات الاستثمارية على أن المبلغ الزائد يكون للمصرف بصفته حافزاً على الأداء، وحيث كان الإبهام في هذه الزيادة لا في أصل الأجر لم يكن في اشتغال العقد عليها حرج^(٣).

المطلب الثاني: ضمان المصرف للخسائر الناتجة عن تعدّد أو إهمال

أجمع الفقهاء على أن المال في يد المضارب أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، ولا خلاف بينهم في جواز اشتراط الضمان على الأمين في حال التعدي أو التفريط؛ لأنه شرط يقتضيه العقد ويوجبه، والشرط لا يزيده إلا وكادة^(٤)، واتفاق الفقهاء في تضمين الأمين إذا تعدى أو فرط لا يعني اتفاقهم في آحاد المسائل التي يكون النظر فيها من جنس تحقيق المناط^(٥).

ولتعدي المصرف المستثمر وتفريطه صور؛ فمن التعدي: أن يلتزم باجتناّب سلعة معينة، كأسهم شركات الخمور، ثم يتاجر فيها، ومنه أن ينشر قوائم مالية مغلوطة، وأن يخاطر بأموال المستثمرين في أسواق المضاربات المالية العالمية، أو يتعامل مع من عُرف عنه الإخلال بالالتزامات، وألا يأخذ الضمانات مع اقتضاء الحال لها، وألا يدرس الجدوى، وألا يحفظ السلع

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢٢) ١٣/ ١٣٠٠، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٦٤-٦٦٧.

(٢) ينظر: المغني ٥/ ٥١، والإنصاف ٥/ ٤٢٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٣.

(٣) ينظر: العمولات المصرفية ص ٤٥٠-٤٥٥، قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٣٣٤).

بعنوان: إجازة منتج النماء والوثائق المنظمة له، ١/ ٤٩١-٤٩٣.

(٤) ينظر: الأصل ٤/ ٢٠٣، ودرر الحكام ٢/ ٣١١، والتاج والإكليل ٧/ ٤٦٢، والمهذب ٢/ ٢٣١، والمجموع

١٤/ ٣٨٣، والمغني ٥/ ٥٥، والشروط التعويضية ٢/ ٧٢٠-٧٢١ و٧٤٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩.

(٥) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٩٦-٢٩٧.

في المكان المناسب لمثلها، وهو - أي: التعدي - أبلغ من التفريط لما فيه من المجاوزة بالفعل. ومن التفريط: أن يكتفم معلومات مالية عن المستثمرين كان يجب عليه إظهارها، أو يهمل حفظ الأموال، أو يقصر في متابعة الموظفين^(١).

المطلب الثالث: التزام المستثمر بتعويض المصرف عن الضرائب والرسوم المفروضة

الأصل - كما بينه الفقهاء - في حدود ما يتحمله رب المال والمضارب، أن المضارب يتحمل النفقات الناشئة عن توكله بالاستثمار إذا كان ذلك في صلب العمل الاستثماري وكان مما جرت العادة أن يباشره بنفسه، مثل المصروفات الإدارية والعمومية^(٢).

ويتحمل رب المال جميع النفقات التي لا علاقة لها بالاستثمار، ونفقات الأعمال التي لم تجر العادة بأن يباشرها المضارب (الوكيل بالاستثمار) بنفسه^(٣).

ومن ذلك ما كتبه في عنوان المطلب من الضرائب والرسوم المفروضة على المضاربة. ففي قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية ما نصه: لا تتحمل المضاربة إلا النفقات المباشرة التي تخصها، وكذلك نفقات ما لا يجب على المضارب عمله؛ مثل من يستعين بهم من خارج جهازه الوظيفي^(٤).

وفي معيار الوكالة بالاستثمار الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: يتحمل الموكل المصروفات المتعلقة بالاستثمار، مثل النقل والتخزين والضرائب والصيانة والتأمين. ولا يجوز اشتراطها على الوكيل ولا تأجيل دفعها أو ربط دفعها بنتائج الاستثمار. ويتحمل الوكيل إذا كان شخصية معنوية المصروفات المتعلقة بموظفيه أو أجهزته^(٥).

وطبيعة عمل الوكيل في الاستثمار كعمل المضارب؛ قال البهوتي: قال ابن القيم في الهدي النبوي: المضارب أمين وأجير ووكيل وشريك؛ فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه - أي:

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٤، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩ و ٢٩٣-٢٩٤.

(٢) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٧٦) بعنوان: إجازة منتج حساب التوفير والادخار والاتفاقية المنظمة له ١/ ١٧٦.

(٣) ينظر: المقدمات الممهدة ٢/ ١٢٦، ومغني المحتاج ٣/ ٤٠٠، والمغني ٥/ ٤٠، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٨٧-٥٩١.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢٢)، ١٣/ ١٣٠١.

(٥) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

المال -، وأجير فيما يباشره من العمل بنفسه؛ لأنه يعمل لغيره بعوض، وهو الجزء المسمى له من الربح، وإن كانت المضاربة صحيحة. ولعل مراده: أنه في حكم الأجير...، وشريك إذا ظهر فيه - أي: المال - الربح. اهـ. فأجرى وصف الوكيل على المضارب، والفائدة من النقل عن المتأخر التأكد من صحة الفهم وبيان رسوخ المعنى عند الأصحاب وسلامته من الاعتراض^(١).



(١) ينظر: زاد المعاد لابن القيم ١/ ١٥٤-١٥٥، وكشاف القناع ٣/ ٥٠٨، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٨٧؛

الفصل الخامس

الضمان في الودائع والبطاقات والأوقاف المصرفية

ويشتمل على:

المبحث الأول: الضمان في أجهزة الإيداع النقدي للشركات.

المبحث الثاني: الضمان في البطاقات الائتمانية.

المبحث الثالث: الضمان في الصندوق المصرفي الوقفي.

المبحث الأول

الضمان في أجهزة الإيداع النقدي للشركات

عقد أجهزة الإيداع النقدي للشركات يجري العمل فيه من أطراف العقد على مبدأ القرض وليس على مبدأ الوديعة كما يظهر من عنوان المبحث. ولتنوع الألفاظ الدالة على القرض في أعراف الناس، صرح الفقهاء بأن القرض يصح بلفظ القرض وبغير لفظ القرض، بل بكل ما أدى إلى معناه^(١).

وهذا منسجم مع القاعدة التي تقرر أن العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وبناء عليه فخدمة الإيداع النقدي خدمة يبذلها المقرض، أو من ينوب، إلى المقرض، والمقرض هنا المصرف والمقرض هو الشركة.

وقد وقع هذا المبحث في قسمين تناولا الضمانات المترتبة على كل طرف، فلنتقل إليهما:

المطلب الأول: الضمانات المفروضة على المصرف في عقود أجهزة الإيداع النقدي للشركات

تُكَيَّفُ أرصدة الحسابات الجارية بأنها دين في ذمة المصرف ناشئ عن اقتراض للمصرف من عميله، وأما اصطلاح الإيداع المستخدم للتعبير عن إضافة الأموال إلى رصيد الحساب الجاري فإنما هو استخدام جارٍ في الاصطلاح المصرفي، ولا يخرج الحساب الجاري عن وصفه بأنه دين على المصرف، وإذا كانت الألفاظ لا تكفي في تأسيس الحكم الفقهي، فلا ينبغي أن تُحمَل الوديعة المصرفية على الوديعة الفقهية لمجرد الاسم.

آتي بعد تقرير ذلك إلى فكرة عقد جهاز خدمة الإيداع، ولتبسيط فكرة العقد أقول: إن المقرض، وهو المصرف، قد قصد المقرض، وهو العميل أو الشركة، في محله لاستلام القرض. فالخدمة المقدمة في العقد محل الدراسة عمل يسهّل به المقرض، وهو المصرف، إجراء عقد القرض المتجدد مع المقرض، وهو الشركة المتعاقدة مع المصرف في عقد جهاز الإيداع النقدي.

(١) ينظر: الروض المربع ٢/٨٣٦.

بحيث يتمكن المقرض باستخدام هذا الجهاز من إيداع النقد وتسجيله في حسابه الجاري مباشرة، ثم تنقل المبالغ إلى المصرف، ويكون نقل الأموال عادةً من خلال شركات نقل الأموال المعتمدة، ويقدم المصرف هذه الخدمة مجاناً، وقد تقدّم مقابل رسوم في بعض الأحوال.

وليس هذا الجهاز من النفع المحظور الذي يجره القرض إلى المقرض؛ إذ ليس كل ما يرجع به المقرض إزاء القرض معدوداً عند الفقهاء من القرض المحرم المستجر نفعاً، حيث أجازوا صوراً يكون فيها ما يجره المقرض إليه مما لا يكون نفعاً أو نفعاً ليس متمحّضاً له أو نفعاً متمحّضاً ليس مشروطاً، كما لو كان بعد الوفاء من غير تواطؤ أو لغير ذلك من الأسباب، ومما نصّوا على جوازه أن للمقترض الشراء من المقرض بالقرض الذي اقترضه^(١).

ولما سبق، يتولى المقرض تشغيل هذا الجهاز وإجراء ما يلزم لذلك، ويكون قد قبض القرض بإيداع النقد في الجهاز محل البحث والتعاقد، وفيما يلي بعض المسائل المتعلقة بهذا العقد:

المسألة الأولى: ضمان صيانة جهاز الإيداع.

المصرف المقرض هو المسؤول عن صيانة جهاز الإيداع؛ لأنه ملكه، ويشمل ذلك أنواع الصيانة المختلفة من صيانة أساسية، أو صيانة تشغيلية، أو صيانة وقائية.

وقد يتعاقد المصرف مع طرف ثالث يستأجره ويستعين به في تقديم خدمة جهاز الإيداع النقدي إلى الشركات، والصيانة حينئذ تأخذ الأحكام المقررة في باب الأجرة، وقد سبقت معنا في هذا الباب، وذلك في المبحث الأول من الفصل الثاني.

المسألة الثانية: تحمل تكاليف تدريب الطرف الثاني لاستخدام جهاز الإيداع.

يتولى المقرض، وهو المصرف، تدريب المقرض وإفهامه الطريقة التي يحصل بها إجراء هذا العقد، وهو الإيداع في الحساب الجاري، مشمولاً بما قد يتبع التدريب من مصاريف وتكاليف. وقد أصدرت الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء قراراً بشأن الأحكام والضوابط الشرعية للحسابات الجارية، وفيه ما نصه: يجوز للمصرف أن يقدم - مجاناً - خدمات متعلقة بالإيداع في الحساب الجاري أو الاستيفاء منه، وذلك مثل: الشيكات وبطاقات الصراف، وكشوف الحسابات، وتنفيذ تعليمات العميل على الهاتف أو الفاكس أو الإنترنت، وخدمات الإشعار الإلكتروني للعمليات

(١) ينظر: الروض المربع ٢/ ٨٣٦ و ٨٣٨، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار (٢) بعنوان: الأحكام والضوابط الشرعية للحسابات الجارية ١/ ١٩، والقرار (٨١) بعنوان: خدمة شرائح العملاء ١/ ١٥٩، والقرار (١٧٤) بعنوان: إجازة اتفاقية خدمة إيداع وتوزيع النقد اليومي ١/ ٢٩٠، والقرار (٦٢٨) بعنوان: خدمة الحل الذكي لإدارة النقد اليومي ٢/ ٣٤٩.

وغرف الاستقبال، وكذا التحويلات. ولا تعد هذه الخدمات من المنفعة التي تحرم على المقرض بسبب قرضه؛ لأن هذه المنافع إما أن تتعلق بالوفاء للعميل وهو أمر لازم للمقرض (المصرف)، أو تتعلق بتلقي الأموال من العميل وهو أمر عائد لمصلحة المقرض (المصرف). اهـ^(١).

المسألة الثالثة: المحافظة على سلامة النقد عند نقله بواسطة جهاز الإيداع.

إذا قبض المصرف القرض من المقرض من خلال جهاز الإيداع النقدي، فإن قيمة القرض تستقر في ذمته حتى يرد مثله إلى المقرض، وهو هنا الشركة المتعاقد معها. ويستوي في ذلك أن يكون المصرف هو الذي تولى القبض أصالةً بواسطة جهاز الإيداع أو كان الذي تولى القبض وكيلاً له كشركات نقل الأموال.

المطلب الثاني: الضمانات المفروضة على المستفيد من جهاز الإيداع النقدي

تنص عقود أجهزة الإيداع النقدي للشركات على أحوال يضمن فيها المقرض بذل ما يحتاجه جهاز الإيداع، وذلك في حالين وقفً عليهما، جعلتهما في المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: تحمل تكاليف إعطال جهاز الإيداع.

تنص عقود أجهزة الإيداع النقدي للشركات أن جهاز الإيداع النقدي إذا تعطل في يد المقرض، فإن عليه تحمل تكاليف إصلاحه.

وينبغي أن يقيد ذلك بتعدي المقرض أو تفريطه، وأما إذا لم يتعدَّ فالأصل أن المقرض هو الذي يتحمل تكاليف إصلاح أعطال جهاز الإيداع؛ لأن المصرف مالك العين، ولأنه أقبضها العميل وديعةً مؤقتةً لمصلحته، ومصلحته هي تسهيل الاقتراض.

والحكم كذلك فيما إذا كان الجهاز مقدماً من طرف ثالث، كشركات نقل الأموال، وكان المقرض هو المستأجر لهذه الخدمة؛ لأن المستأجر لا يضمن العين المستأجرة ما لم يفرط في حفظها ويعرضها لسرقة السراق، أو يتعدَّ عليها، ومن صور التعدي عليها:

المسألة الثانية: تحمل تكاليف كسر جهاز الإيداع أو محاولة فتحه عنوة.

يتحمل المقرض تكاليف إصلاح جهاز الإيداع إذا كسره بسبب محاولة فتحه عنوة أو لغير ذلك من أسباب العدوان؛ لأنه مُعتدٍ بذلك، ومال المسلم حرام.



المبحث الثاني

الضمان في البطاقات الائتمانية

يعبر الفقهاء في أبواب المعاملات بمصطلحات وألفاظ مستفادة من مادة الائتمان، كعقد الأمانة ويد الأمين، وقد جعلوا عقود الأمانة تقابل عقود المعاوضة؛ لأنها بنيت على أساس الثقة بالأمين القائم بالعمل المعقود عليه، فلم يضمّنوا الأمين فيها ما تُلَف تحت يده ما لم يكن ثمة تعدُّ أو تفريط.

والبطاقات الائتمانية المصرفية من جملة الخدمات التي تقدمها المصارف الإسلامية لأصحاب الحسابات، وقد كان الغرض الأصيل من البطاقة الائتمانية الإيداع في الحساب الجاري أو الاستيفاء منه، ثم توسعت أغراضها وتعددت أشكالها.

من أجل ذلك أفردت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معياراً في بطاقة الحسم وبطاقة الائتمان، مستفيدة من البحوث والدراسات السابقة ومتناولة المباحث التي اشتملت عليها قرارات الهيئات الشرعية والمجامع الفقهية.

وقد تناول المعيار أنواعاً ثلاثة من البطاقات، وهي: بطاقة الحسم الفوري، وبطاقة الائتمان والحسم الآجل، وبطاقة الائتمان المتجدد^(١).

فحصرت ما يتعلق بموضوع الرسالة من البطاقات الائتمانية في مطلبين، وهما كما يأتي:

المطلب الأول: التزام مصدر البطاقة الائتمانية بكفالة حامل البطاقة غرامياً أمام التاجر

عرّف الفقهاء الكفالة اصطلاحاً بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً؛ بنفس، أو بدين، أو بعين^(٢)، والكفالة الغرامية ضرب من الكفالات المشروعة، وهي من باب الكفالة بالمال التي يعدها الفقهاء نوعاً نظيراً لأنواع الكفالات الأخرى كالكفالة بالنفس.

وقد يحتاج التاجر إلى ضامن يضمن حامل البطاقة المستخدمة في الصفقة، يحتاج إلى ذلك في ظل اتساع مجالات استعمال البطاقات الائتمانية في تسديد أثمان السلع والخدمات، وحيث تنوجه

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار بطاقة الحسم وبطاقة الائتمان رقم (٢)، ص ٧٧.

(٢) ينظر: فتح القدير ١٦٣/٧-١٦٤، والقاموس الفقهي ص ٣٩٩-٤٠٠.

عدة التزامات على حامل البطاقة، وهو العميل، أمام المصرف من جهة، والتزامات على مصدر البطاقة أمام التاجر من جهة، ومصدر البطاقة هو المصرف والتزامه بعد مبيعة التاجر للعميل ينحصر في كفالة العميل كفالةً غراميةً بسداد أثمان السلع والمنافع والخدمات إذا كانت في حدود سقف الائتمان

وقد يتقاضى المصرف الإسلامي من العميل رسوم العضوية ورسوم التجديد ورسوم الاستبدال، نظير السماح له بحمل البطاقة والإفادة من خدماتها، كما أن المصرف قد يتقاضى أيضًا رسمًا مقطوعًا متناسبًا مع خدمة السحب النقدي، غير مرتبط بالمبلغ المسحوب.

ولا يتقاضى المصرف الإسلامي نسبة على المشتريات والخدمات من العميل حامل البطاقة، ومن باب أولى أنه لا يرتب على حامل البطاقة فوائد ربوية إذا تأخر في تسديد ما عليه.

ذلك أن ما يشتره العميل بالبطاقة يعد قرضًا من المصرف إذا كان الثمن أكثر من رصيده. أما التاجرُ قابلُ البطاقة فيتقاضى المصرف منه عمولة على المبيعات والخدمات التي تمت بالبطاقة التي أصدرها المصرف، أجرة السمسرة أو التسويق أو مقابل خدمة تحصيل الديون^(١). وهذا يشبه ما قرره الفقهاء في أن من اقترض إردبً قمح مثلاً فأجرة كيله على المقترض، وإذا رده فأجرة كيله عليه^(٢).

المطلب الثاني: التزام حامل البطاقة برهن حساباته لدى مصدر البطاقة

من الضمانات التي تشترطها المصارف الإسلامية على العميل حامل البطاقة الائتمانية: أن يرهن حساباته لديها، بما في ذلك الحساب الجاري، والحساب الاستثماري. وبذلك يكون هذا المطلب مترتبًا على ما ورد في المطلب الأول كما سيأتي بيانه.

وأصل هذه المعاملة، رهن الحساب لدى المصرف، مندرجٌ في مسألة أخذ الضامن رهنًا من المضمون عنه، وقد صرح الفقهاء بسوغه، وليس فيه ما يمنع، بل الشريعة تدعو إلى استيثاق الحقوق بمثل الكتابة والإشهاد والرهن، وفي المدونة: أرأيت الرجل يتكفل عن الرجل بحق عليه ويأخذ بذلك رهنًا من الذي تكفل عنه، أيجوز هذا أم لا في قول مالك؟ قال: نعم، هذا جائز؛ لأنه إنما تكفل بحق^(٣).

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية، القرار رقم (٤٦٦) بعنوان: زيادة رسم السحب النقدي، ١/ ٦٩٠-٦٩٢، والمعايير الشرعية، المعيار رقم (٢) بعنوان: بطاقة الحسم وبطاقة الائتمان، ص ٧٨-٧٩ و ٨١ و ٨٧-٨٨، والمعاملات المالية للديان ٥٩٩-٦٠٥.

(٢) ينظر: شرح الزرقاني ٥/ ٢٨٣.

(٣) المدونة ٤/ ١٥٣، وينظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٣١٥، والبحر الرائق ٦/ ٢٤٤، والمعاملات المالية للديان ١٢/ ٦٠٨.

وفي هذا قررت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة ما يأتي: يجوز للراهن أن يوقع الرهن على مال مملوك له في يد المرتهن، سواء أكان أمانة لديه كالعين المودعة أو المعارة للمرتهن أو الحساب الاستثماري، أم مضموناً عليه كالحساب الجاري والعين المقبوضة بعقد فاسد، وتتحول يد المرتهن في الحال الأخيرة من يد ضمان إلى يد أمانة. اهـ. وقررت أنه: في حالة رهن حساب جارٍ لدى المؤسسة لصالحها؛ عليها ألا تستخدمه لصالح المؤسسة إلا إذا اتفق الطرفان على نقله إلى حساب استثمار بحيث يتحول من حكم القرض إلى أحكام المضاربة تجنباً لانتفاع المؤسسة المرتهنة به، ويستحق صاحب الحساب ربح رب المال، وتستحق المؤسسة ربح المضارب. اهـ.

ذلك أن حجز الحسابات المصرفية تتناولها مجموعة من الفروع الفقهية؛ كرهن المشاع، وأيضاً رهن ما فيه غرر يسير مغتفر، من حيث العلم أو الجهالة به، إذا كانت موجودات الحساب الاستثماري في تغير مستمر، وأيضاً رهن النقود أو الأعيان أو الديون، حيث لا تخلو الحسابات من أن تكون نقوداً أو أعياناً أو ديوناً^(١).

وهو مندرج في باب رهن ما في يد المرتهن، وقد تطرق له الحنابلة، كما في الشرح الكبير، قال: وإن رهنه مالاً في يد المرتهن عارية أو ودیعة أو غصباً أو نحوه، صح الرهن؛ لأنه مالك له، يمكن قبضه؛ فصح رهنه كما لو كان في يده، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن هاهنا بنفس العقد من غير احتیاج إلى أمر زائد...؛ وذلك لأن اليد ثابتة، والقبض حاصل، وإنما يتغير الحكم لا غير^(٢).

ولا يُحتَاج فيه إلى تجديد القبض، حتى عند الحنفية، القائلين باشتراط تجانس القبضين ليقوم القبض في العقد الأول مقام القبض في العقد الثاني، بأن يكون كلٌّ منهما مماثلاً للآخر في قوته، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى.

وتوضيحه أن القبض نوعان: قبض أمانة، وقبض ضمان؛ فقبض الأمانة كقبض الوديعة، وقبض الضمان كقبض القرض، وهذا القبض الثاني أقوى من الأول.

فإذا تجانس القبضان، السابق واللاحق، أي أنهما من نوع واحد، بأن يكون كلاهما من باب قبض الأمانة أو يكون كلاهما من باب قبض الضمان؛ قام القبض الأول مقام القبض الثاني المطلوب.

وقبض الرهن قبض أمانة، وليس هناك حالة يكون فيها القبض أدنى من قبض الرهن.

(١) ينظر: قرارات وتوصيات ندوات البركة (٤/١٢) ص ٢٠٥، والمعايير الشرعية، المعيار رقم (٣٩) بعنوان: الرهن وتطبيقاته المعاصرة، ص ٩٨٨ و ٩٨٩-٩٩٠ و ١٠٠٢.

(٢) الشرح الكبير على المقنع ١٢/٤٠٥-٤٠٦.

فلو كان المال موجودًا بيد الدائن، المرتهن لاحقًا، سابقًا على سبيل المضاربة الذي تكون اليد القابضة فيه يد أمانة، أو على سبيل القرض الذي تكون اليد القابضة فيه يد ضمان، ثم رهن رب المال مال المضاربة لدى المضارب، لزم الرهن، دون داعٍ إلى تجديد قبض آخر، وكذلك الشأن إذا رهن المقرض القرض لدى المقرض؛ لأن القبض في عقد القرض، في حال كان الحساب المرهون جاريًا، أقوى من القبض في عقد الرهن، والأقوى يقوم مقام الأدنى، ولأن القبض في عقد الحساب الاستثماري، وهو عقد مضاربة، والقبض في عقد الرهن متجانسان، فكل منهما قبض أمانة، فينوب أحدهما مناب الآخر.

ولرهن الحساب المصرفي نظائر في كتب الفقه، كما في رهن العين المستأجرة عند مستأجرها قبل انتهاء مدة الإجارة، ورهن البستان عند العامل فيه بعقد المساقاة، ويكفي فيهما حوزهما السابق بالإجارة والمساقاة^(١).

أما إن لم يكن للعميل حساب لدى المصرف فاشتراط عليه فتح حساب مشتمل على رصيد مسمى من المال ليتنفع به المصرف مصدر البطاقة دون حامل البطاقة؛ فهو من باب اشتراط عقد قرض في عقد القرض، وهي المسألة الممنوعة الموسومة بقولهم: أسلفني وأسلفك^(٢).



(١) ينظر: البحر الرائق ٥/٩٥، وتحرير مختصر خليل ٤/٨٦، والبيان للعمرائي ٦/١٤.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٤/٣٩١، المغني ٦/٤٣٧، المعاملات المالية للديان ١٢/٦٠٩.

المبحث الثالث

الضمان في الصندوق المصرفي الوقفي

تنشئ المصارف الإسلامية بالتعاون مع الشركات الاستثمارية التابعة لها صناديق وقفية، وينصّب لهذه الصناديق من يجمع فيها اشتراكات الراغبين في الاشتراك ويسمى مدير الصندوق، ويقابل الصناديق الوقفية وحدات موقوفة تصدرها الشركة الاستثمارية لصالح مصارف الوقف متمثلة غالباً في تقديم خدمات صحية أو تعليمية، ثم تتولى الشركة الاستثمارية التابعة للمصرف إدارة الصناديق الوقفية، ويعد كل مشترك في الصندوق واقفاً للوحدة وليس مالكا لها، وبناءً عليه تُصرف توزيعات الصندوق في مصارف الوقف ولا يستحق المشتركون شيئاً منها ما لم يشملهم المصرف الوقفي^(١).

وقد أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة المالية قراراً بجواز وقف الأسهم والصكوك الاستثمارية المباحة قياساً على وقف النقود^(٢).

المطلب الأول: حماية الأصل الموقوف في الصندوق المصرفي الوقفي

المقصود بالأصل الموقوف في الصندوق المصرفي الوقفي هو وحدات الصندوق^(٣).

والمصرف الإسلامي، ومن يعمل معه من الشركات، ملتزمون ببذل ما يجب لحماية أموال المشتركين مما جرت عادة العاملين في الصناديق الاستثمارية ببذله، مستصحين في ذلك ما لديهم من خبرات في مجال إدارة الاستثمارات، إذ كانت إدارة أصول الصناديق الاستثمارية من خلال المحترفين الخبراء بمجال الاستثمار سبباً فاعلاً من أسباب نجاح هذه الصناديق ورواجها بين ذوي الملاة المالية ممن لا يمتلكون الخبرة الكافية في الاستثمار.

ومن أسباب حماية الأصل الموقوف في الصندوق المصرفي الوقفي أيضاً: تنوع الاستثمارات، بحيث تنخفض مخاطر الاستثمار^(٤).

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٩٥٩) بعنوان: مسائل في صناديق الاستثمار الوقفية.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوقف رقم (٣٣)، ص ٨٢٧ و ٨٤٢.

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٨٨-٨٩.

(٤) ينظر: الجامع لأحكام الوقف للمشيق ٣/ ١٢٠-١٢٣ و ١٤١-١٤٢، والأحكام والضوابط الشرعية لمنتجات الإنماء وخدماته ص ٢٧٩ و ٢٨٠.

ومما يجب على مدير الصندوق، وهو شركة الاستثمار، أن يُعنى به: العناية بالعين المستثمرة بأموال الموقفين المشتركين في الصندوق الوقفي، بالضوابط المحددة، من جهة صيانتها وترميمها وعمارة ما تهدم منها وإصلاح ما تلف، من العوائد الدارة.

وذلك أن من مهام الناظر المقررة عرفاً بصفته أجيراً مشتركاً أو وكيلًا بأجر: تنمية الوقف ووقايته من المخاطر، وإدارته، وإصلاحه، وأداء الحقوق المستحقة عليه^(١).

ولشركة الاستثمار بصفتها مدير الصندوق أن تستبدل أصول الصندوق بأصول تراها أكثر فائدة لمصلحة الوقف؛ لأن هذه الأصول لا تعد موقوفة بعينها، بل الأصل الوقفي هو الوحدات^(٢). وفي حال كان وقف وحدات الصندوق المصرفي مؤقتاً، فلا يجوز أن يشترط العميل الواقف ضمان مبلغ الاشتراك، وإذا صارت قيمة الوحدات حين الاسترداد أقل من قيمتها حين الاشتراك فليس للعميل المشترك إلا قيمتها حين الاسترداد، وبذلك أفتت الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء في المملكة العربية السعودية^(٣).

المطلب الثاني: مسؤولية مدير الصندوق المصرفي الوقفي عن الخسائر

الأصل أن يحقق الصندوق المصرفي الوقفي عوائد وأرباحاً من استثمارات الصندوق، وهي ما يسمى بغلة الوقف.

ومدير الصندوق الذي هو المشرف على استثمارات الصندوق يعامل معاملة المضارب، وعليه فإنه يتحمل المسؤولية إذا أخل بواجباته، وصور الإخلال كثيرة يأتي في مقدمتها: التفريط في توزيع الاستثمار في الأوراق المالية بما يتفق مع سياسة توزيع المخاطر، والتعدي بإبرام صفقات لا اعتبارات شخصية، وإبرام أعمال مضاربة غير مشروعة، كالاستثمار في مشاريع مصنعة للخمور ولحوم الخنازير أو الاستثمار مع جهات ممولة للجمعيات النصرانية التبشيرية، وكذلك الغش أو التدليس ولو بالسكوت عما يجب بيانه.

ومن الأصول الشرعية المقررة لمعنى محاسبة الوكلاء على أموال المسلمين تحصيلًا أو تفريقًا أو مضاربة ما رواه البخاري ومسلم عن أبي حُميد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: استعمل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجلاً على صدقات بني سليم - يدعى ابن اللُثَيَّة - فلما جاء حاسبه قال:

(١) ينظر: الأحكام والضوابط الشرعية لمنتجات الإنماء وخدماته ص ٢٨١-٢٨٢.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوقف رقم (٣٣)، ص ٨٢٩-٨٣٠.

(٣) ينظر: القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٤٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٩١ و ٢٧٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٩٨-٣٠٤.

هذا مالكم، وهذا هدية. فقال رسول الله ﷺ: «فهلأجلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيتك هديتك إن كنت صادقاً»، ثم خطبنا، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله، فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أُهديت لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتية هديته، والله لا يأخذ أحد منكم شيئاً بغير حقه، إلا لقي الله يحمله يوم القيامة، فلأعرفن أحداً منكم لقي الله يحمل بغيره رُغاءً، أو بقرة لها خوارٌ، أو شاة تيعرُ»، ثم رفع يده حتى رُئي بياض إبطه يقول ﷺ: «اللهم هل بلغت»، بصر عيني وسمعت أذني^(١).

والشاهد هو قول الراوي: «فلما جاء حاسبه»؛ أي: أمر ﷺ من يحاسبه ويقبض منه^(٢).

فالعناية المطلوبة من مدير الصندوق، وفقاً للاتجاهات الحديثة في المسؤولية المصرفية، هي عناية المحترف الخبير، ومن شأن ذلك رفع مستوى المساءلة عما التزم به.

وبناء عليه، يستعد المصرف للأعمال الاستثمارية القائمة على أساس المضاربة استعداداً خاصاً للمضاربة في السوق، ويقدم خدمات لا تتوقع عادة من غير التاجر المحترف المعروف في السوق، ولأجل ذلك كانت مسؤوليته أكبر من غير المحترفين، فلا يستوي معهم في معيار التفريط والتعدي.

وهذا الاتجاه في تضمين المحترفين معتبر شرعاً؛ لأن التعدي والتفريط مرجعهما إلى الشرع والشرط والعرف والمعتبر، والعرف يختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأمكنة والأشخاص^(٣).

غير أن التزام مدير الصندوق منحصر في الصناديق الاستثمارية الوقفية ببذل العناية لا بتحقيق الغاية، ذلك أن نتيجة الاستثمار تتوقف على اعتبارات خارجية.

وفي هذا قررت هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الوقف أنه لا يجوز للنظر ما يأتي:

(١) رواه البخاري في كتاب ترك الحيل، باب احتيال العامل ليهدي له ٨٣/٩ برقم ٦٩٨٥، ومسلم ٣/١٤٦٣ برقم ١٨٣٢، واللفظ للبخاري.

(٢) ينظر: فتح الباري لابن حجر ١٦٥/١٣.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٣٤٣-٣٤٤، وحاشية الصاوي ١١٩/٤، ومغني المحتاج ٣/٥٥٣، ومجموع الفتاوى ٣٠/٣٩١-٣٩١، وزاد المعاد ٣/٤٤٥، وشرح منتهى الإرادات ٧/٢٢٢، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٤٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/٢٧٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٩٨-٣٠٤، والجامع لأحكام الوقف ٣/٢٩٢-٢٩٣، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٤٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/٩١ و ٢٧٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٩٨-٣٠٤.

أولاً: مخالفة شروط الوقف.

ثانياً: إجارة الأعيان الموقوفة أو المنافع الموقوفة بأقل من أجره المثل، وكذلك إيجار الوقف لنفسه أو لولده الذي في ولايته ولو بأكثر من أجره المثل إلا عن طريق القضاء.

ثالثاً: استعمال ريع الوقف في زيادة مستغلات الوقف، إلا بشرط الواقف.

رابعاً: رهن أعيان الوقف في دين على الوقف أو المستحقين.

خامساً: إعاره أعيان الوقف، فإن أعارها لزم المستعير أجره المثل.

سادساً: الاستدانة على الوقف، إلا بشرط الواقف، أو إذن القاضي، مع وجود ضرورة^(١).

المطلب الثالث: ضمان سرعة التعامل مع مخاطر الصندوق المصرفي الوقفي

المخاطر التي تعرض للصندوق المصرفي الوقفي قد تتمثل في الكساد أو الاعتداء أو الإيقاف الحكومي أو الخسارة في المجال الذي يستثمر فيه الصندوق، ولا بد للناظر، وهو شركة الاستثمار التي تدير الصندوق، من تجهيز التدابير الوقائية قبل وقوع الخطر، واتخاذ الإجراءات الكافية في عرف الخبراء والتجار بعد وقوع الخطر، ومن سبل حماية أموال الموقفين ووقايتهم من المخاطر الواردة: الاشتراك في تأمين تكافلي عند تأسيس الصندوق^(٢).

ولضمان سرعة التعامل مع مخاطر الصندوق المصرفي الوقفي، يمكن أن يخوّل الموقوفون المشتركون بأموالهم في الصندوق، أن يخوّلوا الشركة الاستثمارية التابعة للمصرف الإسلامي، ويفوضوها بصفتها مديرة للصندوق، بأن تستبدل أصول الصندوق بأصول تراها أكثر فائدة لمصلحة الوقف، أو أن تغير الشكل النظامي للصندوق عند اقتضاء الحاجة، وما إلى ذلك؛ لأن هذه الأصول لا تُعدّ موقوفة بعينها، بل الأصل الوقفي هو الوحدات المقسمة على الموقفين بناء على حصيلة الصندوق الوقفي وموجوداته^(٣).

المطلب الرابع: مسؤوليات أمين حفظ الصندوق المصرفي الوقفي

المقصود بأمين الحفظ أمين الاستثمار، وهو مؤسسة مالية، وفي الغالب تكون مصرفاً، ولم يشترط المنظم السعودي أن يكون الأمين جهة مستقلة عن مدير الاستثمار، فللمصرف المؤسس للمصرف أن يتولى في الحالة السعودية حفظ الأوراق المالية بنفسه، بشرط أن يفرد للصندوق

(١) ينظر: الجامع لأحكام الوقف ٣/ ٧١-٨٢، المعايير الشرعية، معيار الوقف رقم (٣٣)، ص ٨٣٠ و ٨٣١.

(٢) ينظر: الجامع لأحكام الوقف ٣/ ٤٥-٥٧، والمعايير الشرعية، معيار الوقف رقم (٣٣)، ص ٨٣٥.

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٩٢، والجامع لأحكام الوقف ٣/ ٣٢٨-٣٣٦.

حسابات مستقلة بحيث تكون مفهومة^(١) عن أموال المصرف الأخرى.

وخدمات أمين الحفظ تتوجه في الصندوق المصرفي الوقفي إلى حفظ الأصول، وتنفيذ التعليمات الصادرة من مدير الصندوق من بيع وشراء واستبدال وغير ذلك، وتسوية العلاقة المالية بين مدير الاستثمار والمستثمرين، ومراقبة مدير الصندوق ومتابعته في تنفيذ السياسة الاستثمارية. وذلك مقابل أجره سنوية متفق عليها، أو عمولة تُحسب بالنسبة المئوية من القيمة السوقية لصافي أصول الصندوق^(٢).

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن حساب الاستثمار ما نصه: المرادُ بأمين الاستثمار: أيُّ مصرفٍ أو مؤسسة مالية ذات درجة عالية في التصنيف وخبرة وملاءة مالية يُعهد إليه تسلم الأموال والمستندات الممثلة للموجودات ليكون مؤتمناً عليها، ولمنع المضارب من التصرف فيها بما يخالف شروط المضاربة. ولا مانع من ذلك شرعاً بشرط أن يكون ذلك مصرحاً به في النظام ليكون المساهمون على بينة، وبشرط ألا يتدخل أمين الاستثمار في القرارات، ولكن يقتصر عمله على الحفظ والتثبت من مراعاة قيود الاستثمار الشرعية والفنية^(٣).

وعليه، يكون ضمان أمين الحفظ من جنس ضمان الأجير المشترك، وقد تقدم في المبحث الثاني عشر من الفصل الأول ترجيح القول بضمن الأجير المشترك لما هلك تحت يده المنفردة بالأعيان المستأجر عليها إلا من شيء غالب كالحريق والعدو المكابر؛ حيث كان الأصل المتقرر في المعاملات أن على اليد ما أخذت حتى تؤديه، ولأن أقضية الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ والتابعين على ذلك.

ومن القواعد المتقررة في المعاملات المالية أن الغنم بالغرم، فلو لم يَغرَم الأجير المشترك ما هلك تحت يده لم يستحق أجر ما عمل بيده، فإنه قبض العين للاسترباح قاصداً حظ نفسه.

ومن أهل العلم من جعل الأمر في ذلك إلى الحاكم، بناء على أنه ليس في تضمين الأجير المشترك نص، فخرج حكم التضمين من السلطة التشريعية عن الله ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى

(١) مفهومة أي: مفروزة، وهي من الكلمات الدارجة عندنا في نجد، ومن فصيح العامي إن جازت العبارة، وكذلك كانت كتابات أئمة الدعوة النجدية.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار (٥٩٥) بعنوان: إجازة اتفاقية خدمات أمين الحفظ ٣٠٥/٢.

(٣) فأشبه أمين الاستثمار أو أمين الحفظ عمل الحارس القضائي في التصفيات. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢٢)، ١٣/ ١٣٠٠، والتبادل المالي بين المصارف الإسلامية والمصارف الأخرى د. فهد الحمود ص ٤٢٣-٤٢٤.

السلطة السياسية الاجتهادية للحاكم^(١)، وعليه يدخل فيه النظر المصلحي والشورى بين المسلمين، وذلك في كل عصر بحسبه، بما لا يتعارض مع أصول الباب الشرعية.

وهؤلاء اختلفت أقوالهم بناء على اختلاف الظروف والأحوال، من ظهور الخيانة وفساد الزمان أو صلاحه وأمانة الناس وغير ذلك، ومنهم من راعى مواضع ارتفاع التهمة عن الأجير المشترك باستفاضة السبب كالحريق الغالب والعدو المكابر، وتوسع بعضهم في كل ما تلف بغير فعل الأجير المشترك فلم يضمّنه ما لم يكن التلف فيه بفعله، ومنهم من ضبط الضمان بما كان العمل فيه في ملك الأجير المشترك لا المستأجر، ومنهم من ضبطه بما انفردت فيه يد الأجير المشترك، ومنهم من راعى مقصد ضبط المعاملات بين الناس فضمن الأجير المشترك مطلقاً، وفي المقابل قاسه بعض أهل العلم على الأجير الخاص فجعل يد الأجير المشترك يد أمانة^(٢).



(١) يراجع ما نقلنا عن القرافي، ص ٣٠٠ من هذا البحث.

(٢) ينظر: المراجع السابقة، والأصل ٥٦١/٣، ومصنف عبد الرزاق ٢١٦/٨ و٢١٧ و٢٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٣١٠/٤.

الفصل السادس

الضمان في الاستثمارات المصرفية والتوثيقات

ويشتمل على:

المبحث الأول: الضمان في الاستثمار المباشر.

المبحث الثاني: الرهن المصرفي.

المبحث الثالث: خطاب الضمان.

المبحث الأول

الضمان في الاستثمار المباشر

درج لفظ الاستثمار عند الفقهاء بالمعنى اللغوي، وهو طلب ثمر الشجر، وبناء عليه فإن استعمالهم له مغاير للاستعمال المعاصر، على أنهم استعملوا ألفاظاً تدل على معنى الاستثمار المعاصر؛ كالتشجير، والتنمية، والاستئناء^(١).

والأصل في استثمار المال الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، على ما هو مقرر في مسألة الأصل في البيوع، فإن وجد في محل الاستثمار ربا أو قمار أو غرر أو ضرر أو محرم يستعان بالاستثمار عليه، فهو استثمار ممنوع، وكذلك إن كان واحد من هذه المحرمات وصفاً فيما اشتمل عليه الاستثمار.

ويعضد الأصل المقرر آنفاً أن الأصل في الاستثمار الحل والإباحة، أن الشريعة رغبت في استثمار الأموال وتنميتها حفاظاً عليها وإقامة لمعايش الناس بها، وحذرت من الإسراف في إنفاقها ومن إيتائها السفهاء من النساء والصبيان، حيث كان قوام الناس بها، وجعل سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى هَذَا الباب سبباً من أسباب التخفيف على عباده، كما في قوله تعالى: ﴿عَلِمَ أَنَّ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرَضٌ وَآخَرُونَ يَضُرُّونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٢).

والمقصود بالاستثمار المباشر من حيث الجملة: ما يكتب بين المصرف وعميله المستثمر بهدف تنظيم العلاقة بينهما في السلع التي يشتريها المصرف، أو من ينيب، وكالة عن العميل المستثمر، وذلك بعد تحديد العميل لنوع السلعة المناسبة من بين الخيارات المتاحة، ثم يكون الشراء من السوق الدولية، فيبيع المصرف تلك السلعة بصفته وكيلًا أيضًا، وقد يشتري المصرف السلعة من العميل بالأجل برغبة من العميل.

ويستهدف المصرف في هذه المعاملة جذب السيولة من المستثمرين ذوي الملاعة، وتمس حاجة المصارف إلى هذا النوع من الاتفاقيات عندما يبدأ في النشاط التجاري، وهذه المرحلة تعرض لكل مصرف في مرحلة افتتاحه، وكذلك عند تعرضه للآزمات.

(١) ينظر: تفسير الطبري ٧٠٧/٣، والميسوط ٤٠/٣، وفتح القدير ٤٦١/٩، والمنتقى ٩٢/٢، ومواهب الجليل ٣٥٧/٥، ومعالم السنن ٧٩/٢، ٢٦٣/٤، ٣٥٣/٧، والمغني ٤٧٠/٢، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٧-٦٣.

(٢) سورة المزمل، الآية: ٢٠.

وتنهج المصرفية الإسلامية في هذه الاتفاقية ما يخرجها عن الصورية التي ابتليت بها مصريات أخرى، إذ كان مآل الصورية في هذا العقد إلى الربا.

وقد عرض مصرف الإنماء إبان نشوئه هذه الاتفاقية على الهيئة الشرعية للمصرف، فكتبت الهيئة جواباً قررت فيه ما يجب على المصرف من البحث الجاد عما يتحقق تنوع أدوات جذب السيولة من المعاملات، وتنوع أدوات إدارتها والعمل على تطويرها نظراً لما يكتنف تعاملات المؤسسات المالية الإسلامية في أسواق السلع الدولية من إشكالات شرعية، وأن على المصرف عند الحاجة إلى تعامله بالاستثمار المباشر أن يقلص العمل به تدريجياً مع الالتزام بمجموعة من الضوابط، ومنها: ألا يكون توكيل العملاء للمصرف مقيداً بشراء السلع المطلوبة مع بيعها على نفسه، وفي حال أراد العميل بيعها على المصرف بعد شرائها فإنه يباشر البيع بنفسه ولا يتوكل المصرف أو أحد موظفيه في البيع على المصرف^(١).

وبعد: فقد جمعت الضمانات التي وقفت عليها في اتفاقيات الاستثمار المباشر، وأولها في:

المطلب الأول: حق المصرف في اختيار السلعة وكالة عن العميل إذا تعددت أنواعها

بيّن الفقهاء ما ينبغي أن تكون عليه تصرفات الوكيل موضحين أن كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بمقتضى المصلحة^(٢)، والموكل إذا حدد نوعاً من السلع من دون تفصيل كان الوكيل مخيراً بدلالة العرف في تخيير أصناف هذا النوع من السوق بما لا يضر بالموكل ولا يخل بالمقصود من الوكالة، بل لا يتم مقتضى الوكالة حتى يختار الوكيل نوعاً من جنس السلعة الموكل في شرائها.

إذ قد قرر الفقهاء أن العرف معتبر في تصرفات الوكيل بموجب الوكالة فيما لم تنص عليه الوكالة، كقولهم في النقد الذي يبيع به الوكيل سلعة الموكل: أن يبيع بأغلب النقدين رواجاً إن كان في البلد نقدان، فإن تساوى خيّر^(٣).

(١) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٣١) بعنوان: إجازة اتفاقية الاستثمار المباشر ٨٥/١-٨٧ و٩٦ و٢٤٢ و٢٦٠.

(٢) ينظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ٦/٤١٠، والأشباه للسبكي ١/٣١٠، وفتح الوهاب ١/٢٦٠، والفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/٣٣٦، وتعليقات ابن عثيمين على الكافي لابن قدامة ٥/١٠٦، وبحث التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن للمشيقح في مجلة البحوث الإسلامية ع ٧٣ ص ٣١٩، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/٩٤ و٤٥/٨٤.

(٣) ينظر: الروض المربع ٣/٩١٣.

كما أجزوا القرائن التي تحتف بالعقد مجرى الاعتبار في مدلول الوكالة مقررين أن لها تأثيراً ولو لم يشتمل عليه لفظ التوكيل نصاً، كمن وكّل رجلاً في بيع سلعة ولم يجمع إلى ذلك توكيله في قبض الثمن؛ قالوا: لا يقبض الوكيل الثمن؛ لأن الموكل قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، ما لم تدل قرينة على إذنه في قبض الثمن؛ كأن يكون توكيله بالبيع في سوق غائب عن الموكل، أو موضع يضيع الثمن فيه بترك قبض الوكيل له، وفي هذه الحال صرح بعض الفقهاء بأن الوكيل في البيع يضمن ثمن المبيع إذا تعمد ترك قبض ثمن المبيع من المشتري؛ لأنه يعد مفرطاً^(١). أما إذا قال الموكل للوكيل: اشتر ما شئت أي سلعة كانت من دون تحديد جنس؛ فلا تعتقد هذه الوكالة صحيحة؛ لاشتمالها على الغرر^(٢)، مع ما فيها من شبهة إضاعة المال، والله أعلم.

واتفاقية الاستثمار المباشر مشتملة على الوكالة بالاستثمار، والوكالة في الاستثمار هي: إنابة الشخص غيره لتنمية ماله بأجرة أو بغير أجرة^(٣)، فإذا فوض العميل المستثمر المصرف أو من ينبيه في استثمار أمواله نيابة عنه، فللمصرف حيثئذ الحق في اختيار النوع من جنس السلعة المستثمر فيها إذا تعددت أنواعها وفقاً للأحكام والشروط المبينة في الاتفاقية المبرمة بينهما، وذلك من دون أن يلحق المصرف الوكيل في الاستثمار ضمان بسبب اختياره.

المطلب الثاني: تحمل المصرف للخسائر والأضرار الناتجة عن تعدد منه أو إهمال

المصرف ومن ينيب في أعمال الاستثمار وكيل في الاستثمار ومضارب بأموال العملاء، والوكيل لا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط، وهذا محل إجماع بين الفقهاء^(٤)، فإذا فرط أو تعدى تحولت يده من يد الأمانة إلى يد الضمان، ومستند الإجماع على هذا الحكم ما يأتي:

المستند الأول: أن الوكيل والمضارب قبض المال وله التصرف فيه بإذن مالكة على وجه لا يختص فيه بربحه؛ فلا ضمان عليه، كالوديع والوكيل وسائر الأمناء^(٥).

(١) ينظر: الروض المربع ٣/ ٩١٧.

(٢) ينظر: الروض المربع ٣/ ٩١٨-٩١٩.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٣.

(٤) وذكر بعض الباحثين خلاف من خالف الإجماع، وهو خلاف قديم لأحد المالكية وأنكر المالكية عليه قوله، وخلاف لبعض المعاصرين. ينظر: الأصل ٤/ ٢٠٣، ودرر الحكام ٢/ ٣١١، والتاج والإكليل ٧/ ٤٦٢، والمهذب ٢/ ٢٣١، والمجموع ١٤/ ٣٨٣، والمغني ٥/ ٥٥، ومجموع الفتاوى ٢٩/ ١٠٠، والشروط التعويضية ٢/ ٧٤٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩.

(٥) ينظر: تحفة الفقهاء ٣/ ٢١، والمغني ٥/ ٥٥، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٩.

المستند الثاني: القياس على المساقاة والمزارعة؛ فلو تلف شيء من الشجر، أو هلك شيء من الأرض بغيره أو نحوه، لم يكن على العامل شيء^(١).

المستند الثالث: أن مال المضاربة إذا كان مضموناً على العامل، فقد خرج العقد عن مقصوده ومقتضاه فأصبح المال ديناً في ذمة المضارب؛ فحقيقة العقد حينئذ قرض وليس قراضاً، فإذا كان رب المال شرط نصيباً له في الربح فهو ربا؛ لأنه قرض جر منفعة^(٢).

المستند الرابع: إعلان ضمان المضارب ما لم يتعد فيه أو يفرط إلى ربح ما لم يضمن^(٣). ولا خلاف بين الفقهاء في جواز اشتراط الضمان على الأمين في حال التعدي أو التفريط؛ لأنه شرط يقتضيه العقد ويوجبه، والشرط لا يزيده إلا وكادة^(٤).

ولتعدي المصرف وتفريطه في الأعمال الاستثمارية المترتبة على اتفاقية الاستثمار المباشر صور؛ فمن التعدي: أن يلتزم باجتنب سلعة معينة، كأسهم شركات الخمور، ثم يتاجر فيها، ومنه أن ينشر قوائم مالية ليست صحيحة، وأن يخاطر بأموال المستثمرين في أسواق المضاربات المالية، أو يتعامل مع مَنْ عُرِف عنه الإخلال بالالتزامات، وأن يستمر في الاستثمار بعد انتهاء الوكالة بالاستثمار.

أما الإهمال الذي هو التفريط، فمن صورهِ: أن يكتُم معلومات مالية عن المستثمرين كان يجب عليه إظهارها والإفصاح عنها، أو يقصر في حفظ الأموال، أو يقصر في متابعة الموظفين والعاملين معه في الاستثمار بأموال العملاء، وألا يأخذ الضمانات مع اقتضاء الحال لها، وألا يدرس الجدوى، وألا يحفظ السلع في المكان المناسب لمثلها وأن يشتري سلعة معينة^(٥).

على أن اتفاق الفقهاء في تضمين الأمين إذا تعدى أو فرط لا يعني اتفاقهم في آحاد المسائل التي يكون النظر فيها من جنس تحقيق المناط^(٦).

وفي معيار الوكالة بالاستثمار ما نصه: يد الوكيل يد أمانة؛ فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير

(١) ينظر: المغني ٥/ ٢٨.

(٢) ينظر: المغني ٥/ ٥١، والإنصاف ٥/ ٤٢٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٣.

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٢-٢٧٤.

(٤) ينظر: الشروط التعويضية ٢/ ٧٢٠-٧٢١، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩.

(٥) ينظر: الحاوي ٦/ ٥٥٧، والمغني ٥/ ١٠١، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٤، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٧٨-٢٧٩ و ٢٨٩ و ٢٩٣-٢٩٤، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٦٨.

(٦) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٩٦-٢٩٧.

أو مخالفة شروط الوكالة وقيودها^(١)، وفي معيار الوكالة ما نصه: يد الوكيل يد أمانة لا تضمن، وإنما يضمن الوكيل بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط الوكالة وقيودها، ما لم تكن المخالفة إلى ما هو أفضل للموكل. اهـ^(٢)، ومستند كون يد الوكيل يد أمانة هو أنه يعمل لصالح غيره، وهذا هو الشأن في تلك التصرفات، والموكل قد اختار الوكيل، وذلك ائتمان له، فلا يناقض قوله إلا بإثبات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط أو قيود الوكالة. اهـ^(٣).

ولبيان ما بين الوكالة والعقود الأخرى من القواسم المشتركة أنقل كلام البهوتي إذ يقول: قال ابن القيم في الهدى النبوي: المضارب أمين وأجير ووكيل وشريك؛ فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه - أي: المال -، وأجير فيما يباشره من العمل بنفسه؛ لأنه يعمل لغيره بعوض، وهو الجزء المسمى له من الربح، وإن كانت المضاربة صحيحة. ولعل مراده: أنه في حكم الأجير، وإلا فتعريف الإجارة الآتي لا ينطبق عليه، ولذلك لم يجعل المصنف قوله مقابلاً لما قدمه من أنه أجير إذا فسدت، وشريك إذا ظهر فيه - أي: المال - الربح؛ لما تقدم^(٤).

وبعد: فإذا تعدى المصرف الوكيل في الاستثمار أو أهمل فكيف يكون ضمانه؟ وهل يضمن الربح المتوقع؟

إن الوكيل في الاستثمار إذا تعدى على أموال المستثمرين أو فرط فيما يقتضيه الاستثمار، فإنه لا يضمن إلا رأس المال وما أضيف إلى رأس المال من الأرباح السابقة؛ لأن موجب التعدي والتفريط ضمان ما نشأ عنهما، وهو رأس المال، وأما ما لم يتحقق أصلاً، وهو الربح المتوقع؛ فليس مضموناً^(٥).

وجاء في معيار الوكالة بالاستثمار ما نصه: في حالات الضمان المشار إليها يقتصر الضمان على أصل المبلغ المستثمر إذا حصلت خسارة، ولا يضمن الربح المتوقع سواء استثمر المال فوراً أو لم يستثمره أصلاً^(٦)، وفي معيار حماية رأس المال والاستثمارات ما نصه: إن حصلت الخسارة التجارية بسبب التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط من قبل المضارب، فإن لرب المال أن يطالب

(١) ومن صور التفريط المحتملة بناء على اعتبار مسؤولية المحترفين: تقصير مدير الاستثمار في اتخاذ أدوات مشروعة لحماية رأس المال. ينظر: المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٦، ومعيار حماية رأس المال والاستثمارات رقم (٤٥)، ص ١١٢٨. وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٧٢.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٤)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٣) المعايير الشرعية ص ٦٣٤.

(٤) كشف القناع ٣/ ٥٠٨، وينظر: زاد المعاد لابن القيم ١/ ١٥٤-١٥٥، وفي ذكر الوسطة احتجاج بفهمه.

(٥) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٧٠.

(٦) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٦.

المضارب بضمان رأس المال، ولا يحق له المطالبة بالربح الفائت. فإن كان الاستثمار قد حقق ربحاً بالتنضيف الحقيقي أو الحكمي، وأضيف إلى رأس المال المستثمر ثم خسر بتعديده أو تقصيره أو مخالفته الشروط؛ فإنه يضمن ذلك الربح باعتباره جزءاً من رأس المال. أما إذا حصلت الخسارة بهلاك رأس المال كلياً أو جزئياً بسبب تعدي المضارب أو تقصيره، فإن المضارب يضمن قيمته وقت الإتلاف^(١).

المطلب الثالث: تعويض المستثمر للمصرف مقابل المصروفات الإضافية

الأصل، كما بينه الفقهاء، في حدود ما يتحمله رب المال والمضارب من التكاليف، أن المضارب يتحمل النفقات الناشئة عن توكله بالاستثمار إذا كانت النفقة في صلب العمل الاستثماري المرتكز على المضارب وجرت العادة أن يباشره المضارب بنفسه أو بمن ينوب؛ كرواتب عماله وثمان بضاعته محل الاستثمار، وأن رب المال (الموكل) يتحمل المصروفات المتعلقة بالاستثمار إذا لم تجرِ العادة بمباشرة المضارب (الوكيل بالاستثمار) لها بنفسه^(٢)، وهي ما عُبِّرَ عنها بالمصروفات الإضافية في عنوان المطلب، أي: المضافة إلى العمل الذي يتناوله المضارب أصالة؛ مثل أجره سيارات النقل، ومصاريف الصيانة، وتكاليف التراخيص والتأمين التعاوني، ونفقات الدعاية والإعلان، وما إلى ذلك، غير أنه إذا جرى عرفٌ ما بأن هذه النفقات على رب مال المضاربة، لم يتحملها المضارب، وعلى رب المال تعويضه، ويُرجع في ضبط العرف إلى أهل الخبرة في كل قطاع بحسبه.

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية ما نصه: لا تتحمل المضاربة إلا النفقات المباشرة التي تخصها، وكذلك نفقات ما لا يجب على المضارب عمله؛ مثل من يستعين بهم من خارج جهازه الوظيفي^(٣)، وطبيعة عمل الوكيل في الاستثمار كعمل المضارب^(٤).

كما جاء في معيار الوكالة بالاستثمار ما نصه: يتحمل الموكل المصروفات المتعلقة بالاستثمار، مثل النقل والتخزين والضرائب والصيانة والتأمين. ولا يجوز اشتراطها على الوكيل ولا تأجيل دفعها أو ربط دفعها بنتائج الاستثمار. ويتحمل الوكيل إذا كان شخصية معنوية المصروفات

(١) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٥)، ص ١١٢٤.

(٢) ينظر: المقدمات الممهدة ١٢٦/٢، ومغني المحتاج ٤٠٠/٣، والمغني ٤٠/٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٨٧-٥٩١.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢٢)، ١٣/١٣٠١.

(٤) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٨٧.

المتعلقة بموظفيه أو أجهزته^(١) وما نصه: ويتحمل الوكيل (المؤسسة) بصفته شخصية معنوية المصروفات المتعلقة بموظفيه أو أجهزته^(٢).

وفي معيار الوكالة وتصرف الفضولي: المصروفات والثلث في الوكالة بالشراء على الموكل، وعليه أن يدفع إلى الوكيل الثمن والمصروفات التي تتعلق بالمحل الموكل به، مثل مصروفات النقل والتخزين والضرائب ونفقات الصيانة والتأمين، ولا يجوز اشتراط ذلك على الوكيل ولا تأجيل دفع هذه المستحقات إن كانت الوكالة بأجر. اهـ^(٣).

فإن شاركت الجهة المصرفية الوكيل في الاستثمار، موكلها بدفع حصة من رأس مال الاستثمار، بسبب عدم وفاء رأس مال الموكل بما يتطلبه المجال المستثمر فيه أو لغير ذلك من الأسباب، ولم ينو الرجوع عليه، فإنهما يتحملان الخسائر، كل على قدر حصته، وعلى الوكيل في الاستثمار الإفصاح عن ذلك^(٤).



(١) المعايير الشرعية، رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٤)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٤) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٦٨، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٩.

المبحث الثاني

الرهن المصرفي

الرهن من عقود الضمان الجائزة شرعاً، قد دل على ذلك المنقول والمعقول؛ فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿وَلَمْ يَجِدُوا كَايِبًا فَرِهَتْنِ مَقْبُوضَةً﴾^(١)، ومن السنة أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه^(٢)، وأن النبي ﷺ قال: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٣)، ومن المعقول أن الحاجة داعية إلى الرهن وفيه مصلحة للطرفين، فالرهن يتمكن من إبرام العقد والمرتهن يستوثق به الحق، فكان سبباً من أسباب استيفاء الحقوق وداعياً من دواعي استقرار العقود، ولذلك اجتمعت كلمة أهل العلم على مشروعيتها^(٤).

وقد أجمع الفقهاء على أن الرجل إذا اشترى سلعة وشرط البائع أن يرهنه بها شيئاً معلوماً من ماله، أن البيع صحيح، ولم يمنع من الرهن إلا مجاهد، فيما يروى عنه، في الحضر وأجازه في السفر، وقد تنكب المسلمون مخالفته، فهي مخالفة شاذة والله أعلم، وذلك أن الرهن من مصلحة العقد، غير منافٍ لمقتضاه^(٥).

والمقصود من عقد هذا المبحث بيان أنواع الرهن في أعمال المصرفية الإسلامية المعاصرة؛ إذ كان الرهن بأنواعه وأشكاله ضرباً من أضرب الضمان، وقد نظمت لاستيفاء هذا الغرض سبعة عشر مطلباً، وهي كما يأتي:

المطلب الأول: رهن الحسابات الجارية

الحساب الجاري في المصارف الإسلامية التجارية يجري مجرى القرض الحسن، والغرض

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٢) رواه البخاري من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا في باب من رهن درعه ٣/ ٤٢٠ برقم (٢٥٢٣).

(٣) رواه البخاري من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في باب الرهن عند اليهود وغيرهم ٣/ ٤٢١ برقم (٢٥٢٦)، والمقصود بنفقته: مقابل نفقته، وهو بالمناسبة من أدلة مشروعية المقاصة، وتقدمت في الفصل الأول.

(٤) المغني ٦/ ٤٤٤، والشرح الممتع ٩/ ١٢١.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٣٦، والأم ٣/ ١٤١، والتبصرة للخمّي ١٢/ ٥٦٧٣، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٧٢.

من فتح الحساب أن يحفظ العميل ماله ويسهل نقله وتحويله من جهة، ويستفيد منه المصرف من جهة أخرى بالاتجار أو بغيره من أوجه الانتفاع.

ثم يرد المصرف بدله، ويكون رد المال في المكان الذي اقترضه فيه، أو في مكان آخر سفتجةً أو حوالةً فقهية.

فهذا الحساب الجاري قد يرهنه المصرف لديه في مثل عقود البيع ليضمن قيمة المبيع، وهو عند الفقهاء من قبيل رهن المضمون - أي: ما كان مضموناً - على المرتهن، ومن قبيل رهن ما في يد المرتهن، ومن قبيل رهن النقود^(١).

وقد بحث هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية مسألة رهن الحساب الجاري، وقررت في معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة ما يأتي:

يجوز للراهن أن يوقع الرهن على مال مملوك له في يد المرتهن سواء أكان أمانة لديه كالعين المودعة أو المعارة للمرتهن أو الحساب الاستثماري، أم مضموناً عليه كالحساب الجاري والعين المقبوضة بعقد فاسد، وتتحول يد المرتهن في الحال الأخيرة من يد ضمان إلى يد أمانة. اهـ^(٢).

ومع التمكين من السحب والإيداع في الحساب المصرفي المرهون، فإن الإيداع يعد زيادة في الرهن، والسحب فكاً للرهن في المبلغ المسحوب، وللمصرف اشتراط رد المبلغ المسحوب خلال مدة معينة^(٣).

وسبب نصهم على تحويل يد المصرف المرتهن من الضمان إلى الأمانة: أن يد المقترض في الحساب الجاري، وهو المصرف، يد ضمان، ويد المرتهن ليست يدًا ضامنة كيد المقترض، بل يد أمانة؛ فلا بد من تبديل حكم اليد الشرعي بتغير العقد.

ولذا قررت أنه: في حالة رهن حساب جارٍ لدى المؤسسة لصالحها؛ عليها ألا تستخدمه لصالح المؤسسة إلا إذا اتفق الطرفان على نقله إلى حساب استثمار بحيث يتحول من حكم القرض إلى أحكام المضاربة؛ تجنباً لانتفاع المؤسسة المرتهنة به، ويستحق صاحب الحساب ربح رب المال، وتستحق المؤسسة ربح المضارب. اهـ^(٤).

(١) ينظر: كفاية النبيه لابن الرفعة ١٠/١٥٩، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٠٥، والموسوعة الفقهية الكويتية ٤١/١٩٢، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ٨٣، والمعايير الشرعية ص ١٠٠١ و ١٠٠٢.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة رقم (٣٩)، ص ٩٨٨ و ٩٨٩-٩٩٠.

(٣) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٧٨)، ص ٨٤.

(٤) المعايير الشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة رقم (٣٩)، ص ٩٨٨ و ٩٨٩-٩٩٠.

وقد جاء ذلك مبيناً في قرار لمجمع الفقه الإسلامي رقم (٩٠/٣/٩٥) الصادر بشأن الودائع المصرفية، حيث جاء فيه ما نصه:

إن رهن الودائع جائز، سواء أكانت من الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) أم الودائع الاستثمارية، ولا يتم الرهن على مبالغها إلا بإجراء يمنع صاحب الحساب من التصرف فيه طيلة مدة الرهن. وإذا كان البنك الذي لديه الحساب الجاري هو المرتهن لزم نقل المبالغ إلى حساب استثماري، بحيث ينتفي الضمان للتحويل من القرض إلى القراض (المضاربة) ويستحق أرباح الحساب صاحبه تجنباً لانتفاع المرتهن (الدائن) بنماء الرهن^(١).

فراعى المجمع في هذا التأصيل نفي التعارض بين يد المقترض الضامنة ويد المرتهن الأمانة إذا كان الحساب الجاري مرهوناً لدى المصرف الإسلامي نفسه، بتغيير العقد من القرض الذي أسس عليه الحساب الجاري إلى المضاربة التي تؤسس عليها الحسابات الجارية. قال أحمد: إذا رهنه من قرض فلا ينتفع بشيء وإن أذن له، وإذا كان من بيع فلا بأس أن ينتفع به إذا كان أذن له. اهـ^(٢).

غير أن لهذه المسألة تأصيلاً ذكره الباحثون المعاصرون استدلالاً مما بحثه الفقهاء في مسألة رهن الدين ممن هو عليه؛ حيث إن على المصرف ديناً متمثلاً في موجودات الحساب الجاري؛ فما حكم رهنه له وهو عنده؟ للفقهاء قولان:

القول الأول: يجوز رهن الدين عند المدين.

وهو قول المالكية^(٣)، ووجه عند الشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥).

واشترط المالكية أن يكون أجل الدين المرهون مثل أجل الدين المرهون به أو أبعد منه^(٦)، أو يُجعل بيد أمين إلى محل أجل الدين الذي رهن به.

القول الثاني: لا يصح رهن الدين ولو ممن هو عليه.

وهو قول مشتهر عند طائفة من أتباع المذاهب، من الحنفية والشافعية والحنابلة^(٧).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٠١/٩.

(٢) ينظر: غمز عيون البصائر ٢٤٤/٣، والجامع لعلوم الإمام أحمد ٣٥٧/٩، والإشراف لابن المنذر ١٨٩/٦، والإنصاف مع الشرح الكبير ٤٩٤/١٢.

(٣) ينظر: مواهب الجليل ٤/٥، وشرح الزرقاني ٤١٨/٥.

(٤) ينظر: مغني المحتاج ٤٦/٣، ونهاية المحتاج ٢٣٨/٤.

(٥) ينظر: كشف القناع ١٢٠/٨.

(٦) لأن بقاءه بعد محله كالسلف، فيجتمع البيع مع السلف.

(٧) نسب د. يوسف الشيبلي هذا القول إلى الجمهور، ولم يعزُ القول الأول لغير المالكية، وهو متعقب. ينظر: =

الأدلة:

استدل كل فريق بأدلة، وهي كما يأتي:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بجواز رهن الدين ممن هو عليه بما يأتي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾^(١)، والمصدر المقرون بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الأمر، والأمر بالشئ الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه؛ إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة، والدين إذا قبضه المدين لم يُمنع من رهنه عنده وهو في يده^(٢).

الدليل الثاني: أن الدين يُنزَل منزلة العين، أي: باعتبار ماله، فيصح رهنه^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل المانعون من رهن الدين عند المدين بأدلة تبين منازعهم في المسألة، وهي كما يأتي:

الدليل الأول: أن الدين غير مقدور على تسليمه^(٤).

الدليل الثاني: أن الدين قبل قبضه غير موثوق به، وبعد قبضه خرج عن كونه ديناً^(٥).

الدليل الثالث: أن الرهن توثقة عين بدين، ورهن الدين من باب توثقة الدين بالدين^(٦).

الترجيح:

المقصود من إيراد مسألة رهن الدين بيان حكم رهن الحساب الجاري، ويظهر أن مسألة رهن الحساب الجاري المعاصرة لا تأخذ حكم مسألة رهن الدين، لما صار بينهما من الفروق الآتية:

الفرق الأول: أن الدين، في مسألة رهن الدين، غائب عن المدين في ظاهر الحال، حتى إن المانعين من رهنه استندوا في المنع إلى عدم القدرة على تسليمه، أما الدين في مسألة رهن الحساب الجاري فلا يعد غائباً عن المصرف، والمصرف هو الطرف المدين.

= تبين الحقائق ٦/٦٣، ومغني المحتاج ٣/٤٦، وكشاف القناع ٨/١٢٠ و ١٥٠، والخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/٢٠٥-٢٠٧.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣. (٢) ينظر: تبين الحقائق ٦/٦٣.

(٣) ينظر: مغني المحتاج ٣/٤٦. (٤) ينظر: مغني المحتاج ٣/٤٦.

(٥) ينظر: نهاية المحتاج ٤/٢٣٨.

(٦) ينظر: كشاف القناع ٨/١٢٠.

الفرق الثاني: أن الحساب الجاري ليس متمحّضاً في غرض الدين لا من جهة الدائن، وهو العميل، ولا من جهة المدين وهو المصرف.

يدل عليه: أن الدائن صاحب الحساب الجاري هو الذي يتوجه بماله إلى المصرف الإسلامي المدين، من دون طلب من المصرف غالباً.

الفرق الثالث: أن الحساب الجاري لا يجري رهنه في المصارف الإسلامية حتى يتحول إلى حساب استثماري، وبقيد ذلك يحصل القبض، وتكون موجودات الحساب عيناً لا ديناً.

وقد تبين من هذه الفروق أن موجودات الحساب الجاري إذا نقلت إلى حساب استثماري وجُدد قبضها بالقيّد المصرفي، فلا مانع حيثئذ من رهن موجوداته، حيث إنه لم يعد ديناً، وقد أشار صاحب نهاية المحتاج إلى هذا المعنى بقوله: لأنه قبل قبضه غير موثوق به وبعده خرج عن كونه ديناً. اهـ^(١).

ولأجل ذلك لم يناسب أن يُجرى الخلاف في مسألة رهن الدين على مسألة رهن الحساب الجاري، وإن أجراه كذلك بعض المعاصرين، وعليه أعرضت عن الترويج في مسألة رهن الدين لعدم اتصاله أصالة بغرض الرسالة، ولولا اشتباه الأمر واحتمال توجه التخريج لأعرضت عن تناول المسألة بالكلية.

المطلب الثاني: رهن موجودات الحساب الاستثماري

الحساب الاستثماري في المصارف الإسلامية مستودع لأموال العملاء الراغبين في الاتجار بأموالهم، ومن المعلوم أن يد المضارب بموجودات الحسابات الاستثمارية يد أمانة، وحكم اليد هذا مشترك مع يد المرتهن من حيث كون يد المرتهن يد أمانة على الرهن، وكذلك يد المستثمر المضارب على المال المستثمر به والمال المستثمر فيه، وهذا القدر من الانسجام مهم في قضية عدم الحاجة إلى تجديد القبض.

وقد يتفق المصرف الإسلامي مع العميل على ارتهان موجودات حساب العميل الاستثماري لتوثيق حق المصرف أصالة أو وكالة في صفقة من الصفقات الجارية بينهما، وفي هذا قرر مجمع الفقه الإسلامي بشأن الحسابات المصرفية ما نصه: إن رهن الودائع جائز، سواء أكانت من الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) أم الودائع الاستثمارية، ولا يتم الرهن على مبالغها إلا بإجراء يمنع صاحب الحساب من التصرف فيه طيلة مدة الرهن. وإذا كان البنك الذي لديه الحساب الجاري هو المرتهن لزم نقل المبالغ إلى حساب استثماري، بحيث يتنفي الضمان للتحويل من

القرض إلى القراض (المضاربة) ويستحق أرباح الحساب صاحبه تجنباً لانتفاع المرتهن (الدائن) بنماء الرهن^(١).

كما بحثت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية مسألة رهن الحساب الاستثماري وانتهت إلى أن للراهن أن يوقع الرهن على الحساب الاستثماري باعتبار أن موجوداته عبارة عن مال مملوك للعميل الراهن، ولو كان المرهون، وهو موجودات الحساب الاستثماري، وقت الرهن أمانة في يد المرتهن، كما لو أعار عيناً أو أودعها ثم رهنها لدى المستعير أو المستودع^(٢). وقولهم: إن موجودات الحساب الاستثماري أمانة في يد المصرف؛ هذا بصفته وكيلاً عن العملاء ووسيطاً بينهم وبين المستثمر.

وبتأمل ما دونه الفقهاء في باب الرهن، دونت بعض المسائل المشابهة لנزالة رهن الحساب الاستثماري مما يمكن الاستفادة منه هنا والتخريج عليه، ولو بوجه دون وجه، وأظهرها مسألتان:

المسألة الأولى: رهن المدبر.

والمدبر هو العبد الذي علّق عتقه بموت سيده، ووجه الشبه بين المسألتين: تطرق الاحتمال بعدم استقرار ملك الراهن للمرهون في كل؛ فالعميل صاحب الحساب الاستثماري قد يخسر أمواله في الاستثمار، وكذلك العبد المدبر المعلق عتقه بموت سيده قد يموت سيده أثناء رهنه. حيث قرر المالكية^(٣)، والشافعية في قول عندهم^(٤) والحنابلة في ظاهر المذهب^(٥)؛ صحة رهن المدبر بناء على صحة بيعه، اعتباراً بأن كل ما جاز بيعه جاز رهنه، ولأن الدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير؛ كالعبد الجاني^(٦).

وفي صحيح البخاري^(٧) أن جابرًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: أعتق رجل غلاماً له عن دُبرٍ، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي؟»، فاشتراه نعيم بن عبد الله، فأخذ ثمنه فدفعه إليه. وإذا جاز إدخال عقد البيع على العبد المدبر، كما فعل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلأن يجوز إدخال عقد الرهن عليه من باب أولى.

- (١) وتجنباً للربا إذا كان العقد الأساسي قرضاً، ثم جاء المقرض بالرهن. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٠١/٩، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ٨٣.
- (٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة رقم (٣٩)، ص ٩٨٨ و ٩٨٩.
- (٣) ينظر: مواهب الجليل ٤/٥. (٤) ينظر: الحاوي ١٠٥/٦.
- (٥) الشرح الكبير مع الإنصاف ٣٧٣/١٢-٣٧٤.
- (٦) ينظر: الحاوي ١٠٥/٦، والشرح الكبير مع الإنصاف ٣٧٣/١٢-٣٧٤.
- (٧) في باب من باع مال المفلس أو المعدم قسمه بين الغرماء أو أعطاه حتى ينفق على نفسه ٣/٣٥٣ برقم ٢٤١٥.

وللمالكية منزع لطيف في تجويز رهن المدبر، وهو أن الغرر في التوثيق أسهل من الغرر في المعاوضات^(١)؛ فالغرر في الرهن لا يضيع أصل الحق وإن أخر استيفاءه، وهذا مطرد عندهم في باب الرهن.

وخالف في رهن المدبر بعض الفقهاء؛ لأنه قد يجوز أن يعتق قبل حلول الحق بموت السيد فتبطل الوثيقة به، فلم يصح رهنه^(٢).

المسألة الثانية: الوارث إذا رهن تركة الميت وعلى الميت دين، وهو رهن صحيح في أحد الوجهين عند الحنابلة^(٣).

وذلك أن ما يشتمل عليه الحساب الاستثماري من الأموال قد يكون مستحقاً لجهة أخرى يتجر معها المصرف أو من ينوبه.

المطلب الثالث: حبس المبيع ضماناً لتقديم الرهن

تقدم معنا في الفصل الأول من هذا الباب مطلبٌ بعنوان: ضمان ثمن المبيع بحبس ممتلكات المشتري التي تحت يد المصرف.

وبينت هناك أن المقصود من هذا الضمان استيفاء ثمن المبيع من ممتلكات المشتري بعد بيعها أو نقل ملكيتها، وموضوع هذا المطلب مثله، إلا أن المقصود به حبس المبيع ضماناً لتقديم الرهن. مثال ذلك: أن ينص المصرف في عقد البيع بالآجل مع العميل على حق المصرف في الحجز على أي سلعة تحت يده تعود ملكيتها للعميل، وأن للمصرف حق التصرف فيها وبيعها بالسعر القائم في السوق دون الرجوع للعميل؛ وذلك استيفاءً لأي مبالغ مستحقة له على العميل إذا لم يف بما عليه من ضمان مطلوب كالرهن.

وهذه المسألة ذكرها الشافعي بقوله: ولو اشترط أن يكون المبيع نفسه رهناً. اه، وقرر بطلان البيع والرهن، ووافقه الحنابلة، غير أنهم ارتبكوا في بيان وجه ذلك، وفيما قالوه لتقرير بطلان الرهن: أن رهن المشتري للمبيع رهن لما لم يملكه، وأن عقد الرهن والبيع لهما أحكام مختلفة، فمن ذلك: أن عقد الرهن ينفي ضمان الثمن؛ لأنه عقد أمانة ولو تعدى المرتهن عليه ضمنه بالقيمة لا بالثمن، والمبيع قبل القبض مضمون على بائعه بالثمن^(٤).

(١) ينظر: مواهب الجليل ٤/٥، وحاشية الصاوي ٣/٣٠٥.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٣/٦٨٤، والحاوي ٦/١٠٥.

(٣) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٧٤.

(٤) ينظر: الحاوي ٦/١٨٨، والشرح الكبير لابن أبي عمر ٤/٤٢٨.

والتحقيق أن البيع قد تم بالإيجاب والقبول، ولم يستقر ملك المشتري عليه بسبب تخلفه عن أداء الثمن، ولما كان الأصل في العقود التصحيح ولم يجد المشتري رهناً، رهن المبيع باختيار منه وموافقة على شرط البائع عليه بذلك، فحيث تنقل يد البائع من كونه بائعاً ضامناً للسلعة للمشتري، إلى كونه مرتبهاً لا يضمن الرهن إلا أن يتعدى عليه أو يفرط في حفظه، واليد في المعاملات المالية تتحول من الضمان إلى الأمانة ومن الأمانة إلى الضمان بحسب العقد.

هذا فيما يتعلق ببطلان الرهن.

أما بطلان البيع فقد وجهه الشافعية بأن عقد البيع يوجب تسليم المبيع، وعقد الرهن يوجب حبس المرهون، فلما تناقض موجبهما بطلاً^(١).

ويمكن أن يجاب: بأن الجهتين منفكتان؛ فعقد البيع قائم بذاته، وعقد الرهن قائم بذاته، ولكل منهما أثره؛ فبالبيع انتقل ملك السلعة إلى المشتري، وبالرهن وثق البائع، الذي صار مرتبهاً، حقه من المشتري الذي صار رهنه، غير أنه التبس عليهم بسبب اتحاد شخص البائع والمرتهن من جهة، والمشتري والراهن من جهة أخرى.

وعليه، لم ينهض المانع المحتمل على الأصل المقرر بصحة الشروط بين المسلمين، ولذلك صرح الفقهاء بأن للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن إذا لم يكن مؤجلاً^(٢)، ومثل الثمن الرهن الذي يُستوفى منه الثمن، حيث إن الثمن المؤجل هنا قد شُرط تأجيله بتقديم الرهن.

قال ابن القيم: وعلى هذا لو دفع الثمن إلا درهماً منه، فله حبس المبيع كله على باقي الثمن، كما نقول في الرهن^(٣).

وبعد: فإن حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً، ضماناً لتقديم الرهن، أقسط وأدنى إلى عدم النزاع بين المتبايعين، حتى يوفي كل طرف ما عليه من حق عقدي، وتحري هذا المعنى من موافقة مقاصد الأحكام المشروعة في أبواب المعاملات.

المطلب الرابع: استثمار الرهن

المقصود من عقد هذا المطلب بيان ما ينبغي أن تكون عليه حالة الرهن من حيث تحركها وركودها، فقد يطول وقت الارتهان بحيث يُخشى معه كساد العين المرهونة، وقد يكون في استثمارها مصلحة للراهن ومصلحة في العين المرهونة.

(١) ينظر: الحاوي ١٨٨/٦ و٢٦٧.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٧٤.

(٣) إعلام الموقعين ٢/٧٤٠.

فللراهن والمرتهن أن يذلا وسائل حفظ الرهن المشروعة كالتأمين التعاوني على المرهون^(١)، ولهما أن يأذنا لبعض بالتجارة في المرهون، مع بقائه أو بقاء ثمنه مرهوناً^(٢)؛ لأن العين ملك الراهن، وهي مستوثقة في يد المرتهن، وقد أذن المرتهن للراهن - أو العكس - بالاستثمار فيها، كما قد تنازل المرتهن عن حقه في الإمساك بالرهن، وقد مر معنا قريباً استثمار المرتهن للرهن في الحسابات الاستثمارية المرهونة.

ويدل لمشروعية استعمال المرهون من حيث الجملة قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٣)، والاستثمار من الاستعمالات، على أن بعض الفقهاء تأول المتفعل بالركوب والشرب في الحديث بأنه الراهن، وحمله أكثرهم على انتفاع المرتهن^(٤)، وقالوا: إذا كان الراهن مركوباً أو محلوباً، فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته، متحريراً العدل في ذلك^(٥)، ورأى بعضهم أن الرهن يصير عارية بعد الإذن للمرتهن بالانتفاع، وقرر آخرون منهم أن الرهن يصير مضموناً بالانتفاع^(٦)؛ لأن المرتهن حاز الرهن حينئذ لحظ نفسه بالانتفاع، فغلبوا هذا الجانب على مبدأ الحيازة وهي توثيق حق المرتهن من الراهن، والله أعلم.

غير أن الأصل في اليد الأمانة، كيد المرتهن ويد المضارب، أنها لا تضمن ما هلك تحت يدها من الأعيان إلا في حال التعدي أو التفريط؛ فلا يُنتقل عن هذا الأصل إلا بأصل مثله، واليقين لا يزول بالشك.

كما أن الفقهاء قرروا في باب الرهن إمكان اتفاق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن في يد أحدهما أو غيرهما ولو بأن يؤجره الراهن أو يُعيره؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما، ولأن الحبس المحض ليس مقصوداً من الرهن، بل المقصود الاستيثاق للدين أصالة، والاستيفاء من ثمنه في حال تعذره من الراهن^(٧).

(١) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ٨٢.

(٢) ينظر: الإشراف لابن المنذر ٨/ ١٢٧، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٦٥)، ص ٨٢.

(٣) رواه البخاري من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في باب الرهن عند اليهود وغيرهم ٣/ ٤٢١ برقم (٢٥٢٦).

(٤) على أنهم اتفقوا على أن الرهن الذي لا يحتاج إلى مؤنة، كالدار والمتاع، أنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن، وكذلك نماؤه. ينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٤٩٤.

(٥) ينظر: المبسوط ٢١/ ١٠٨، والإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٤٩٠ - ٤٩١، وإعلام الموقعين ٤/ ٣١٥.

(٦) ينظر: حاشية البجيرمي ٢/ ٣٨٤، والإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٣٩٥.

(٧) ينظر: الحاوي ٦/ ١٥١ - ١٥٢، والشرح الكبير على المقنع مع الإنصاف ١٢/ ٣٧٠.

وقرروا أن الراهن لا يُمنع من إصلاح الرهن، ودفع الفساد عنه، ومداواته إن احتاج إليها، ومثلوا له بالشاء المرهونة تحتاج إلى إطراق الفحل، وفي إطراقها الفحل تكثير لها وحد من تناقصها، وهذا حاصل بتداول الأسهم إذا قرر الخبراء أن المصلحة في تداولها.

وترك المرهون إذا خشي فساد بهينه أو خشي عليه كساد السوق حتى تنخفض قيمته السوقية ربما دخل في إضاعة المال المنهي عنها، كما أن الرهن والحال كذلك لن يوفي مقصود المتعاقدين؛ لأن المرتهن حيثئذ لن يستوفي دينه به، والراهن لن يوفي به ما عليه.

على أن الفقهاء قيدوا تصرفات الراهن السائغة في الرهن بأن لا يكون فيه ضرر على المرتهن؛ كالتصرف الذي يزيل الملك إلى غير بدل من وقف أو هبة ونحوهما، وتُقل الإجماع على ذلك. وقد انتهت الهيئة الشرعية في بنك البلاد إلى أن للمرتهن الإذن بالتجارة في المرهون، مع بقاءه أو بقاء ثمنه مرهوناً^(١).

المطلب الخامس: رهن المستندات

الأصل المتقرر عند عامة الفقهاء أن ما جاز بيعه جاز رهنه وأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، مع أن ثمة فروعاً استثنوها في رهن أشياء لا يصح بيعها^(٢)، وبيع المستندات بيع لما تمثله، ورهنها رهن لموجوداتها التي تمثلها.

ومن تطبيقات رهن المستندات لدى المصارف الإسلامية: رهن مستخلصات المقاولين^(٣) في عقد تمويل المقاول.

وفي مسألة رهن المستخلصات قررت الهيئة الشرعية في بنك البلاد أن على المصرف الإسلامي في حال رهن المستخلصات مراعاة ما يلي:

أولاً: في حال تسلم المصرف مبلغ المستخلص قبل حلول أجل مديونية العميل، فإن هذا المبلغ مأل مرهون لدى المصرف؛ يودع في حساب استثماري لصالح العميل برضاه حتى يحل أجل مديونيته.

(١) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٤٥، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٦٤ و ٢٦٥)، ص ٨١-٨٢.

(٢) كرهن الأمة دون ولدها الصغير، والثمرة قبل بدو صلاحها من غير اشتراط القطع. ينظر: مواهب الجليل ٣/٣٦٤، والحاوي ٦/١٢، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٣٧٧.

(٣) المستخلص هو شهادة تفيد استحقاق المقاول جزءاً أو نسبة معينة من قيمة المشروع، منتظراً صرفه من الحكومة أو من تنيب، وعادة ما تكون هناك مدة بين ورود المستخلص وصرفه. ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٧٧)، ص ٨٤.

ثانيًا: للمصرف أن يتفق مع عميله على أن يقدم العميل ضمانًا أو رهنًا آخر مقبولًا لدى المصرف، كخطاب الضمان، ليسترد العميل مبلغ المستخلص.

ثالثًا: لا يجوز الاتفاق على جعل المستخلص حين وروده تسديدًا مباشرًا لمديونية العميل، وخطأً لربح المدة المتبقية. لكن يجوز الاتفاق على السداد المبكر في حينه^(١)؛ لأن البائع لا يسوغ له التصرف في الرهن بالبيع للاستيفاء منه إلا أن يأذن مالك الرهن أو وكيله بعد حلول الأجل.

والدليل عليه: أن غلق الرهن منهي عنه في الإسلام، وغلق الرهن فكاكه من مالكة، وهو: أن يصير الشيء المرهون ملكًا لرب الدين، إذا لم يُدفع الدين عند حلول الأجل^(٢)؛ ما دل على أن الرهن أداة توثيق وليست أداة وفاء وسداد.

حيث روي أن رجلاً^(٣) رهن دارًا بالمدينة إلى أجل، فلما جاء الأجل قال الذي ارتهن: هي لي، فقال النبي ﷺ: «لا يَغْلُقُ الرهن»^(٤).

(١) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٧٧)، ص ٨٤.
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ١٥٤/٣، والمقدمات الممهدات ٣٦٢/٢، ومعالم السنن ١٦٢/٣، والروض المربع ٨٥٥/٢.

(٣) سبب ورود الحديث عند البيهقي في السنن الكبير ٧٣/٦ في روايته الخبر من حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر، وجاء عن إبراهيم النخعي أن أهل الجاهلية كانوا يرهنون على أنه إن يأت به المال وقت كذا فهو له، فأبطل النبي ﷺ ذلك بقوله: «لا يَغْلُقُ الرهن»؛ يعني أنه لا يُملك بالدين. ينظر: شرح مختصر الطحاوي ١٥٤/٣.

(٤) رواه ابن ماجه، وغيره، في باب لا يغلق الرهن ٥٠٨/٣ برقم ٢٤٤١ من حديث الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به مرفوعًا، وقد اختلف فيه على الزهري، فروي موصولًا وروي مرسلًا، وبسبب هذا الاختلاف لم يخرج الشيخان في صحيحيهما، قال الدارقطني، وقد رواه من حديث زياد بن سعد عن الزهري به: زياد ابن سعد من الحفاظ الثقات وهذا إسناد حسن متصل. اه. وزاد في لفظه: له غنمه وعليه غرمه. اه. واستدرك عليه البيهقي بأنه: روي عن زياد مرسلًا وهو المحفوظ. اه. وممن صحح حديث الزهري موصولًا ابن حبان والحاكم وعبد الحق الإشبيلي، وقال ابن عبد الهادي: صحح اتصاله ابن عبد البر، والمحفوظ إرساله. اه. وقال ابن حجر: صحح أبو داود، والبزار، والدارقطني، وابن القطان إرساله. اه. ويقوي إرساله أن بعض تلاميذ سعيد بن المسيب، غير الزهري، روه مرسلًا كما سيأتي، وقد تفقد الشافعي مراسيل سعيد بن المسيب فوجدها أو أكثرها صحاحًا، قال يونس بن عبد الأعلى: قال لي الشافعي: ليس المنقطع بشيء ما عدا منقطع ابن المسيب. اه. وقال ابن معين: أصح المراسيل مراسيل سعيد بن المسيب. اه. وقال حنبل بن إسحاق: سمعت عمي أبا عبد الله - يعني أحمد بن حنبل - يقول: مراسلات سعيد بن المسيب صحاح، لا ترى أصح من مراسلاته. اه. والسبب في ذلك عندهم: أن كل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول في الجملة، وأكثر الفقهاء يحتجون بمراسيل سعيد، ولا سيما إذا اعتضدت بما يقويها من إسناد آخر متصل أو قول صحابي أو قول أكثر العلماء أو أن يُرسل المتن من جهة أخرى، قال البيهقي في معرفة السنن والآثار في =

قال معمر - أحد رواة الحديث - : قلت له - يعني الزهري - : أرأيتك قولك : لا يغلق الرهن ؛ أهو الرجل يقول : إن لم آتك بمالك فهذا الرهن لك ؟ قال : نعم . قال : وبلغني عنه بعدُ أنه قال : إن هلك لم يذهب حق هذا ، إنما هلك من رب الرهن ، له غنمه وعليه غرمه . اهـ^(١) .

يعني : أنه لما كان الرهن لا يغلق من مالكة ، ولا يباع إلا بإذنه ، صار ضمانه على مالكة ، وهو الراهن ، ولو هلك في يد المرتهن^(٢) ، للأثار الواردة في النهي عن غلق الرهن من صاحبه .

= معرض الاحتجاج به : ونحن لم نحتج بمراسيل ابن المسيب حتى أكدناها بما تتأكد به المراسيل ، ثم قد روينا مرسله في هذه المسألة من غير جهة ابن أبي ذئب موصولاً ، فقامت به الحجة . اهـ .
ورواه مالك في الموطأ ، وغيره ، في باب ما لا يجوز من غلق الرهن ٧٢٨ / ٢ برقم ١٣ من حديث ابن شهاب عن سعيد بن المسيب به مرسلًا عن النبي ﷺ ، وكذلك أرسله عبد الرزاق في المصنف من هذا الطريق ، وزاد في لفظه : لك غنمه ، عليك غرمه . اهـ . وكذلك رواه البيهقي مرسلًا من طريق ابن أبي أنيسة عن سعيد به ، وقال : قال الشافعي : غنمه : زيادته ، وغرمه : هلاكه ونقصانه . اهـ . وقد جعل بعض الرواة هذه الزيادة من قول سعيد بن المسيب ، وقر ذلك أبو داود في كتابه المراسيل .

ورواه البيهقي ٧٣ / ٦ برقم ١١٢٣٨ من حديث إسرائيل عن إبراهيم بن عامر بن مسعود القرشي عن معاوية بن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب ، أن النبي ﷺ قال : « لا يغلق الرهن » ، قال البيهقي : هكذا مرسل . اهـ . وذلك أن معاوية يروي عن أبيه وعن جماعة من أصحاب النبي ﷺ ، ولم يدرك النبي ﷺ ؛ فإنه ولد سنة ٤٥ هـ وتوفي بعد المائة الهجرية .

ينظر : المراسيل لأبي داود ص ١٧٠ ، وصحيح ابن حبان ٢٥٨ / ١٣ ، ومسند البزار ١٤ / ١٩٤ ، وسنن الدارقطني ٤٣٧ / ٣ ، والمستدرک ٥٨ - ٦٠ / ٣ و ٤٣٩ ، وسنن البيهقي ٦٥ - ٦٧ / ٣ ، ومعرفة السنن والآثار ٢٣٧ / ٨ ، والتمهيد ٤٢٥ - ٤٣٠ ، والمحرم لابن عبد الهادي ص ٤٩٤ ، والصارم المنكي ص ١٠٧ ، وتنقيح التحقيق لابن عبد الهادي ١١٩ / ٤ ، وتنقيح التحقيق للذهبي ١٠٧ / ٢ ، وتاريخ الإسلام ١٦٨ / ٣ ، وشرح علل الترمذي ١ / ٥٤١ وما بعده ، وإكمال تهذيب الكمال ١١ / ٢٧٣ ، والتلخيص الحبير ٣ / ٨٤ ، وبلوغ المرام ص ٣٢٨ ، ونصب الراية ٣١٩ - ٣٢١ ، ونيل الأوطار ٥ / ٢٧٩ - ٢٨٠ ، وأضواء البيان ١ / ٥١٠ ، وإرواء الغليل ٥ / ٢٤٤ .

(١) ينظر : مصنف عبد الرزاق ٢٣٧ / ٨ ، والسنن الكبير للبيهقي ٦٧ / ٦ و ٧٣ .

(٢) خلافاً للحنفية الذين يضمنون المرتهن إذا ضاع الرهن في يديه ، فيجعلونه ضامناً الأقل مما هو مضمون به ، ومن الدين ، ويرون أن القول بأن يد المرتهن يد أمانة مما أحدثه الشافعي ، ويستدلون على ذلك من السنة بحديث عطاء : أن رجلاً رهن فرساً عند رجل بحق له فنشق الفرس عند المرتهن ، فاختمها عند رسول الله ﷺ فقال للمرتهن : « ذهب حقك » ، وقد يتأول هذا إن ثبت بحلول أجل الدين قبل التفوق أو بتفريط المرتهن وتعديه ، أما مالك فقد فصل وقال : المرتهن ضامن لما يديه من الرهان الذي يغاب عليه من ثياب وحلي وسلاح وشبهه ، ولا يضمن ما لا يغاب عليه من رقيق ورباع وشبهه . ينظر : شرح مختصر الطحاوي ٣ / ٥١ ، والمبسوط ٢١ / ٦٥ - ٦٦ ، والنوادر والزيادات ١٠ / ١٨٦ ، والاستذكار ١٦ / ١٧٤ ، والفواكه الدواني ٣ / ١٦٢٠ ، والأم ٣ / ١٧٠ ، والكافي لابن قدامة ٢ / ٧٧ .

قال مالك: تفسير ذلك - فيما نرى والله أعلم - أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء، وفي الرهن فضل عما رهن به، فيقول الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك، إلى أجل يسميه له، وإلا فالرهن لك بما فيه^(١).

وقال الشافعي: معنى قول النبي ﷺ - والله أعلم -: «لا يغلق الرهن»: لا يغلق بشيء؛ أي: إن ذهب لم يذهب بشيء، وإن أراد صاحبه انفكاكه فلا يغلق في يدي الذي هو في يديه، والرهن للراهن أبداً حتى يخرج منه من ملكه بوجه يصح إخراجه له. اهـ^(٢).

وقال الأثرم: قلت لأحمد: ما معنى قوله: لا يغلق الرهن؟ قال: لا يدفع رهناً إلى رجل، ويقول: إن جئتك بالدرهم إلى كذا وكذا، وإلا فالرهن لك. اهـ^(٣).

وحكي عن جماعة من أهل اللغة: أن العرب تقول: غلق الرهن؛ إذا ذهب بغير شيء، وأنشد في ذلك زهير:

وفارقتك برهنٍ لا فكاكَ له يومَ الوداعِ، فأَمسى الرهنُ قد غلقاً^(٤)

وسياتي معنا في الفصل الأخير من هذا الباب مسألة ضمانات المصرف الداخلي في عقد الاعتماد المستندي، وفيها أن من حق المصرف الداخلي وضع مستندات البضاعة تحت يده حتى يستوفي قيمة البضاعة من المستورد.

فالمقصود برهن المستندات أن للمصرف أن يحبس مستندات البضاعة تحت يده، بحيث لا يسلمها للمشتري حتى يستوفي قيمتها.

وقد يعتمد المصرف على حبس مستندات في عقد الاعتماد المستندي الذي يكفل به العميل المستورد، بحيث يكون رهن المستندات هو غطاء الاعتماد المستندي، كما لو كان الغطاء نقوداً أو حجزاً على الحسابات والأوراق المالية وصكوك ملكية العقارات، أو تنازلاً عن المستحقات والأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات لأمر.

بحيث إنه في حال إعسار العميل أو إفلاسه، يجري للمصرف الحق في بيع السلعة المستوردة بموجب الاعتماد بناء على مستندات المرهونة لديه، فيبيعها على غير العميل لاستيفاء دينه وفق

(١) الموطأ ٤/ ١٠٥٥.

(٢) ينظر: معرفة السنن والآثار ٨/ ٢٣٢، ولا يخفى فضل الشافعي في الغريب وفيما يكون منشأ الخلاف فيه العجمة؛ قال البيهقي: وهو بمكانة من اللغة، وكونه من أرياب اللسان داراً ونسباً، فمن الغباوة الدخول عليه فيما يقوله في اللغة اهـ. المرجع السابق ٨/ ٢٣٧.

(٣) المغني ٤/ ٢٨٧.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٥٤، وديوان زهير ص ٣٣، والعين ٥/ ٢٨٤.

الاتفاق المبرم بينهما^(١).

المطلب السادس: رهن الأسهم والمحافظ

تحتوي المحفظة مجموعة من الأصول المالية التي يملكها المستثمر، والسهم عبارة عن صك قابل للتداول يمثل نصيباً في رأس مال شركة المساهمة وموجوداتها^(٢).

ورهن السهم رهنٌ لما يمثله من موجودات الشركة، ولذلك نظير عند الفقهاء، من جهة التبعية، لما قرروا أن صاحب الحق إذا ارتهن أرضاً أو داراً، تبع الأرض والدار في الرهن ما يتبع في البيع؛ كالشجر، والبناء، ولو خرب البناء لم يزل وصف الرهن عن الانقراض^(٣).

ومثل الأسهم في كون رهنها رهنًا لما تمثله: رهن المستندات، ورهن الصكوك والشهادات الاستثمارية.

وفي معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة أفردت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية مبحثاً في رهن الأوراق المالية والصكوك، وقررت فيه ما نصه:

يجوز رهن ما يجوز شرعاً إصداره والتعامل فيه من الأوراق المالية والصكوك، مثل الصكوك الإسلامية، وأسهم المؤسسات المالية الإسلامية، ومن ذلك أسهم الشركات التي أصل نشاطها حلال^(٤).

والتوجيه الفقهي لجواز رهن الأسهم كونها تمثل حصة مشاعة في موجودات متقومة، من نقود أو أعيان أو منافع أو حقوق أو دين^(٥).

وينبغي الإشارة إلى أن الواقع في رهن الأسهم أنه رهن لقيمتها السوقية وليس رهنًا لموجودات الشركة؛ أي: رهن باعتبار القيمة السوقية لا باعتبار ما يمثله من موجودات الشركة؛ فالمرتحن يستوفي حقه من خلال بيع السهم في السوق، ولن يتمكن من بيع موجودات الشركة لاستيفاء حقه^(٦) ما لم تُصَفَّ الشركة موجوداتها.

ومما سبق تبين أن لرهن الأسهم والمحافظ ارتباطاً بمسألة رهن المشاع عند الفقهاء؛ إذ كان السهم يمثل حصة مشاعة في موجودات الشركة المساهمة، ولبحث مدى تأثير الشيوع في صحة

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية (١٤)، ص ٤٠٣، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٨.

(٢) ينظر: رهن الأسهم للوذيناني ضمن مجلة العدل في العدد (٢٨) ص ٩١.

(٣) خلافاً للشافعي. ينظر: الأم ٣/١٥٥، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٢٩-٤٣٠، والأسهم والسندات للخليل ص ٢٣١.

(٤) المعايير الشرعية ص ٩٨٨. (٥) المعايير الشرعية ص ١٠٠٠.

(٦) ينظر: الأسهم والسندات للخليل ص ٢٣١-٢٣٢.

الرهن سأنقل قولِي الفقهاء في مسألة رهن المشاع متبوعين بأدلتهمَا على المتَّبَع في هذه الرسالة، وذلك كما يلي:

القول الأول: صحة رهن المشاع مطلقاً.

وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، وهو المنقول عن السلف^(١).

القول الثاني: عدم صحة رهن المشاع ولو كان المرتهن شريكاً فيه، ولو أمكن قسمته.

وهو قول الحنفية^(٢)، وبعض المالكية^(٣).

الأدلة:

استدل أصحاب الأقوال بأدلة، وهي كما يأتي:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: القاعدة الكلية: ما جاز بيعه جاز رهنه، والعين المشاعة يجوز بيعها في محل الحق، فيصح رهنها، كالعين المفروزة.

ومستند هذه القاعدة أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، فما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل حكمته، إلا أن يمنع مانع من ثبوته، أو يفوت شرط، فينتفي^(٤).

الدليل الثاني: عموم قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنُ مَقْبُوضَةً﴾^(٥)، حيث لم يخص الرهن المقسوم دون المشاع^(٦).

أدلة القول الثاني:

نظر أصحاب القول الثاني إلى معنى الرهن في الشريعة، وفهموا أن موجب عقد الرهن دوام يد المرتهن الحسية عليه، ومقتضى ذلك الحبس الدائم، ولا يتحقق ذلك إلا في الملك المقسوم الذي يمكن فرزه عن غيره لا الشائع المختلط بغيره^(٧).

(١) بل صرح الحنابلة بما هو أبعد من ذلك، فقالوا: يجوز أن يرهن بعض نصيبه من المشاع وأن يرهن حصته من معين. ينظر: النوار والزيادات ٩/ ٣٧٤، ومواهب الجليل ٣/ ٣٦٤، والأم ٣/ ١٩٤، والحاوي ٦/ ١٢، والمغني ٦/ ٤٥٦، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٧٠-٣٧١، والمبدع ٥/ ٣٥٤.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٤٧. (٣) ينظر: النوار والزيادات ١٠/ ١٦٩.

(٤) ينظر: المعونة ٢/ ١١٥٦، والحاوي ٦/ ١٢، والمغني ٦/ ٤٥٥.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣. (٦) ينظر: الإشراف ٢/ ٥٧٧، والأم ٣/ ١٩٤.

(٧) ينظر: بداية المجتهد ٤/ ٥٧، وشرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٤٨، والأم ٣/ ١٩٤، وقال ابن رشد في البداية والسبب في الخلاف: هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن؟

ويمكن أن يناقش: بأن شيوع الملك لا يمنع من استيفاء الحق، بدليل أنه يباع ويُشترى، والقبض لا يلزم منه حبس المقبوض، بل يمكن أن يكون ذلك بوثيقة تدل على قبضه أو غير ذلك مما يختلف باختلاف المقبوضات وما جرى به العرف في كل رهن بحسبه^(١).

كما أن باب الرهن أوسع من باب البيع من جهة أن الفقهاء رخصوا في رهن أشياء لا يجوزون بيعها، كالأمة دون ولدها الصغير، والثمرة قبل بدو صلاحها من غير اشتراط القطع^(٢).

الترجيح:

الراجح صحة رهن العين المرهونة المملوكة للراهن ولو كان ملكه لها على سبيل الشيوخ؛ لإمكان استيفاء المرتهن حقه منها، ولأن الأصل في الرهن توثيق الحق وليس أداء الحق ببيعه، وعليه يسوغ رهن الأسهم المعاصرة إذا لم يكن نشاط الشركة محرماً؛ لأن الأصل فيما لا يجوز بيعه أنه لا يجوز رهنه، والله أعلم.

مع التنبيه إلى أنه ليس للمصرف أن يستأثر بتخصيص جزء مما تمثله الأسهم المرهونة بدون رضا المساهمين الآخرين ذوي الملك المشاع، لما تمثله الأسهم من أعيان، فيبقى الرهن على الشيوخ^(٣).

وفي حال سداد جزء من الحق للمرتهن، فإن الأسهم المرهونة لا ينفك الرهن في شيء منها حتى يقضى جميع الدين أو يتنازل عنها المرتهن؛ لأن الحق يتعلق بجميع الرهن، فيصير محبوساً بكل الحق ولو كان مما يمكن قسمته كالأسهم، وحُكي على ذلك إجماع فقهاء المسلمين^(٤).

المطلب السابع: رهن نماء الأسهم

رهن نماء الأسهم - والله أعلم - هو من قبيل نماء الرهن المتصل، كالسمن والتعلم الطارئين على العبد المرهون والحيوان المرهون ونحوهما، ونماء الرهن المتصل يقابل النماء المنفصل عن الرهن، كالأجرة والولد.

وقد قرر عامة الفقهاء أن نماء الرهن المتصل به تابع لأصل الرهن؛ لأن الرهن حكم يثبت في العين بعقد المالك، فيدخل فيه النماء والمنافع كالمالك بالبيع وغيره، بيد أنهم اختلفوا في نماء الرهن المنفصل^(٥).

(١) قال المرداوي في باب الرهن: فائدة: صفة قبض الرهن كقبض المبيع. الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/٣٩٢.

(٢) ينظر: الحاوي ١٢/٦. (٣) ينظر: الشرح الكبير على المقنع مع الإنصاف ١٢/٣٨٩.

(٤) ينظر: بداية المجتهد ٤/٥٨، والشرح الكبير على المقنع مع الإنصاف ١٢/٤٤١-٤٤٢.

(٥) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٢٦-٤٢٨، وبحث رهن الأسهم للوديناني في مجلة العدل ع ٢٨ ص ١١٢ وما بعدها.

وبناء عليه، لا يدخل رهن نماء الأسهم في رهن المجهول الذي بين الفقهاء بطلانه^(١)، حتى مع الجهل بمقدار النماء في وقت الاتفاق على رهن النماء؛ لأنه يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً.

المطلب الثامن: رهن نسبة معينة من قيمة الصفقة في البيع على المكشوف

البائع على المكشوف يقتضئ الأسهم مترتباً انخفاض سعرها بحيث إنه إذا رد بدل الأسهم المقترضة، يستريح بهامش القيمة الفارقة بين الأسهم التي اقترضها والأسهم البديلة التي سدد بها القرض؛ إذ كان القرض هو دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله.

ولما كانت الأسهم عرضة للتقلب والأخطار فقد جاءت التنظيمات بإلزام المقترض بتقديم رهن يمثل نسبة معينة من قيمة الصفقة، غير أن البيع على المكشوف يشتمل على محاذير شرعية سقتها في أصل هذه الرسالة، ثم حذفها للاختصار بإلحاح من الجهة التي تولت الطباعة والنشر.

المطلب التاسع: رهن الشهادات الاستثمارية

رهن الشهادات الاستثمارية رهن لما تمثله الشهادة الاستثمارية من أعيان، مشاعة كانت أم مفرزة؛ لأن حيازة المستندات حيازة لما تمثله، بل تخول من حازها التصرف بالبضائع التي تمثلها تصرف المالك^(٢).

ولذلك نظير عند الفقهاء، من جهة التبعية، لما قرروا أن صاحب الحق إذا ارتهن أرضاً أو داراً تبع الأرض والدار في الرهن ما يتبع في البيع؛ كالشجر، والبناء، ولو خرب البناء لم يزل وصف الرهن عن الانقاض^(٣).

ورهن الشهادات الاستثمارية المباحة سائغ، وذلك أن كل ما كان مباح المنفعة جائز البيع جاز اتخاذه رهناً لاستيفاء الدين منه، كالأسهم المباحة والديون والحسابات الجارية والحسابات الاستثمارية في المصارف الإسلامية^(٤).

وقد قيدته بالمباحة للمعنى الذي جاء في المعايير الشرعية، ونصه: لا يجوز رهن ما لا يجوز إصداره والتعامل فيه من الأوراق المالية والصكوك؛ مثل السندات الربوية، والأسهم الممتازة، وأسهم التمتع. ومن ذلك: شهادات الاستثمار التقليدية وشهادات الودائع الاستثمارية التقليدية، وأسهم الشركات التي يكون الغرض من إنشائها محرماً، مثل تصنيع الخمور، أو الاتجار

(١) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٨٠-٣٨٣ و٤٧٢ و١٣/٢٢-٢٤.

(٢) المعايير الشرعية ص ١٠٠٠.

(٣) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٢٩-٤٣٠.

(٤) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٦٣)، ص ٨١.

في الخزائر، أو التعامل بالربا، ومن ذلك: أسهم المؤسسات المالية التقليدية وما في حكمها من شركات التمويل التقليدية والتأمين التقليدي وأسهم الشركات التي أصل نشاطها حلال لكن يغلب على تعاملاتها الربا ونحوه من المحرمات^(١).

وتقييدهم بغلبة الربا على تعاملات الشركة إن أريد به تسويق ما لم يغلب عليه الربا، فهو محل نظر ورد؛ لأن حكم الربا في الشريعة غير مقيد بمقدار مسمى، بل هو عام مطلق فيحرم قليله كما يحرم كثيره.

المطلب العاشر: رهن الراتب

رهن الراتب من قبيل الوعد بالرهن، وقد قرر بعض المعاصرين أن ضمان إيداع راتب الممول من المصرف الإسلامي في حسابه لدى المصرف الممول، ليستوفي المصرف قسطه الشهري، أن هذا شرط استيثاقه تقتضيه مصلحة العقد^(٢)، وقد أقرت الشريعة الأسباب الداعية إلى توثيق الحقوق في المعاملات، كالكتابة، والإشهاد، والرهن، والأصل في الشروط الصحة واللزوم، كما تقدم^(٣).

وقد ذكر الفقهاء مسألة يمكن أن يخرج عليها رهن الراتب، من حيث إن سبب حصول الواعد بالرهن على الموعد برهنه انعقد، وهذه المسألة هي: رهن الثمرة قبل بدو صلاحها. فالفقهاء سهلوا في الرهن بما لم يسهلوا في البيع؛ لأن ضرر الغرر في المعاوضات أظهر منه في التوثيق، ذلك أن التوثيق، كالرهن، إذا فاتت فإنها لا تذهب بحق المرتهن المستقر في ذمة الراهن^(٤).

وثمة مسألة أخرى ذكرها الفقهاء، مسألة يمكن أن يخرج عليها رهن الراتب، من حيث إنه رهن لما لم يملكه الراهن، وهي مسألة: استعارة الراهن شيئاً ليرهنه. حيث حُكي الإجماع على جوازه بشرط أن يذكر للمعير مدة الرهن وما رهن لأجله؛ لأن الضرر يختلف بذلك^(٥).

كما ذكر الفقهاء مسألة ثالثة يمكن أن يخرج رهن الراتب عليها من حيث إن الراهن رهن لما هو في يد المرتهن أو ما سيكون في يده، اعتباراً بأن الموظف لا يستلم الراتب إلا من يد المصرف

(١) المعايير الشرعية ص ٩٨٩.

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية ٣٤٩/٢، وتمويل الخدمات للدميحي ص ١٦٠.

(٣) ينظر في هذا الفصل الأول من هذا الباب: المطلب الثالث من المبحث الثاني.

(٤) ينظر: النوادر والزيادات ١٠/١٨١، ومواهب الجليل ٤/٥، وحاشية الصاوي ٣/٣٠٥، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٨٠-٣٨١.

(٥) ينظر: روضة الطالبين ٤/١١٠، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٩٨.

الموكل في الإقباض، والمسألة هي قول الفقهاء: لو رهنه ما هو في يد المرتهن، وهو مضمون عليه؛ فحيث يصح الرهن، وي زال الضمان، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن بمجرد العقد ولا يحتاج إلى أمر زائد على ذلك^(١).

على أن الواعد برهن راتبه إذا حجر عليه بسبب الإفلاس قبل استلام المصرف للراتب، لم يكن للمصرف الاستئثار بحبس راتبه ورهنه دون بقية الغرماء، وليس للواعد بالرهن تخصيص بعض غرمائه^(٢).

المطلب الحادي عشر: رهن الأوراق التجارية

عُرفت الأوراق التجارية بأنها: كل محرر مكتوب يتداوله التجار فيما بينهم تظهيراً أو مناوله، ليحل محل الدفع النقدي في مجال معاملاتهم التجارية^(٣).

وبهذا يتبين أن الأوراق التجارية تختلف عن الأوراق النقدية في أن الأخيرة صكوك محددة القيمة متساوية المقدار، والثقة بها مستندة إلى الدولة لا إلى موقعها، وحق إصدارها منحصر في الدولة، وتحول الأيدي عليها يحصل بالنقل والإقباض لا بالتظهير، إضافة إلى أن الأوراق النقدية أداة إبراء قاطعة لا أداة وفاء كالورقة التجارية^(٤).

والمصارف الإسلامية اليوم ترتهن أوراق العميل التجارية، كالشيك والسند الإذني، باعتبارها وسيلة لحمل المدين على أداء الأقساط نقدًا في مواعيدها، بحيث تعاد إليه إذا أدى، أو تجبر وترسل للحصول إذا تخلف عن الأداء.

وقد أفردت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الضمانات فقرة في هذه المسألة، مبينة أنه لا مانع من حصول الدائن على شيكات المدين أو سنداته الإذنية (السند لأمر)؛ لعموم الأدلة الدالة على مشروعية الضمان، ما لم يمنع النظام من ذلك، على ألا تستخدم هذه الأوراق التجارية للاستيفاء إلا في مواعيدها بإذن أصحابها ودون زيادة على مقدار الحق محل الاستيفاء^(٥).

ومتى أخذ الراهن ورقة تجارية من غيره ليرهنها مع علم مستحق الورقة بذلك، لم يكن به بأس؛ لأن الأصل في الرهن أنه للتوثيق لا للاستيفاء، وقد أجاز الفقهاء أن يستأجر الراهن شيئاً

(١) ينظر: كفاية النبي لابن الرفعة ١٠/١٥٩، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٩٨-٣٩٩.

(٢) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٣٩٠.

(٣) قانون المعاملات التجارية السعودي لبريري ص ٢٠.

(٤) ينظر: أحكام الأوراق التجارية لشيخنا سعد الخثلان ص ٥٨-٦٠.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية ص ١٣٥ و ١٤٦.

ليرهنه، وأن يستعير شيئاً ليرهنه بإذن ربه^(١) فإن حل الدين وجُيِّرت الورقة التجارية للتحصيل رجع صاحبها على الراهن بقيمتها^(٢).

وبعد: فلما كانت الأوراق التجارية محصورة في أنواع ثلاثة كما هو في اتفاقية جنيف للأوراق التجارية المبرمة عام ١٩٣٠م^(٣)، وبما أن المصارف الإسلامية اليوم خرجت من رحم المصارف الغربية الرأسمالية؛ فقد قسمت الأوراق التجارية محل الرهن على مسائل ثلاثة بغرض التعريف بها، وهي كما يأتي:

المسألة الأولى: رهن الكمبيالة.

الكمبيالة صك محرر وفقاً لشكل قانوني معين، ويتضمن أمراً من الساحب إلى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً معيناً لدى الاطلاع، أو في تاريخ معين، أو قابل للتعين إلى شخص ثالث يسمى المستفيد. والكمبيالة في النظر الفقهي مركبة من عدة عقود؛ فتارة تكون بمعنى السَّفْتَجَة، وتارة تكون بمعنى الحوالة، وتارة بمعنى القرض أو الوكالة في القرض من جهة الإقراض أو الاقتراض^(٤).

المسألة الثانية: رهن السند لأمر.

السند لأمر عبارة عن صك يتعهد محرره بأن يدفع مبلغاً مسمى في أجلٍ مسمى أو آيل إلى التعين أو بمحض الاطلاع، والسند لأمر في التوصيف الفقهي وثيقة بدين^(٥).

وقد ضبطت الهيئة الشرعية لبنك البلاد مسألة رهن السند بما نصه: للمصرف أن يطلب من العميل تحرير سند لأمر يتضمن مبلغ عمليات ستُعقد لاحقاً مع أرباحها المتوقعة، شريطة ألا يستخدم السند إلا بعد حلول الدين، وألا يُستخدم كوسيلة لإثبات أو استيفاء ما يزيد عن الدين الثابت في الذمة^(٦).

المسألة الثالثة: رهن الشيك.

الشيك كلمة محرفة عن كلمة عربية، وهي كلمة صك، حيث كانت صكوك البضائع معمولاً بها منذ عصر الصحابة رضي الله عنهم، والشيك المعاصر صك محرر وفقاً لشكل معين، يتضمن أمراً

(١) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ٣٩٨/١٢.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٣/٣٦٤، والأم ٣/١٨٤، وروضة الطالبين ٤/١١٠، والإنصاف مع الشرح الكبير ٣٨٣-٣٨٧ و٣٩٨.

(٣) ينظر: أحكام الأوراق التجارية للختلان ص ٤٤.

(٤) ينظر: أحكام الأوراق التجارية ص ١٠٧ و ١٢٦.

(٥) ينظر: أحكام الأوراق التجارية ص ٤٩ و ١٣١.

(٦) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٧١)، ص ٨٣.

صادرًا من الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مال مسمى إلى شخص ثالث يسمى المستفيد، وذلك بمجرد الاطلاع، وله أنواع عدة، من أشهرها شيك التحويلات المصرفية، وهو من قبيل السفتجة إذا اتحد النقد المدفوع مع النقد المراد تحويله^(١).

المطلب الثاني عشر: رهن الصكوك المصرفية

الصكوك عبارة عن وثائق تمثل حصصًا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين^(٢).

والأصل في حبس المستندات التي تمثل ملكية أنه من قبيل الرهن؛ لأن حيازة المستندات حيازة لما تمثله، بل تخول من حازها التصرف بالبضائع التي تمثلها تصرف المالك إذا أذن له^(٣).

وبناء عليه، فـرهن الصك رهن لما يمثله من أعيان، ولذلك نظير عند الفقهاء، من جهة التبعية، حينما قرروا أن صاحب الحق إذا ارتهن دارًا، فإنه يتبع الدار المرهونة ما يتبعه في البيع ولو لم يُسم؛ كالشجر، والبناء، ولو خرب البناء لم يزل وصف الرهن عن الانقراض^(٤).

وفي معيار الرهن وتطبيقاته المعاصرة أفردت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية مبحثًا في رهن الأوراق المالية والصكوك، وقررت فيه ما نصه:

يجوز رهن ما يجوز شرعًا إصداره والتعامل فيه من الأوراق المالية والصكوك، مثل الصكوك الإسلامية، وأسهم المؤسسات المالية الإسلامية، ومن ذلك أسهم الشركات التي أصل نشاطها حلال^(٥).

وما نصه: يجوز رهن صكوك المنافع، وهي التي تمثل حصة مشاعة في منافع أعيان معينة وأعيان موصوفة في الذمة^(٦).

والتوجيه الشرعي لجواز رهن الصكوك أنها تمثل حصة مشاعة في موجودات متقومة، كالأسهم^(٧).

مع التنبيه إلى أنه ليس للمصرف أن يستأثر بتخصيص جزء مما يمثله الصك المرهون بدون

(١) ينظر: أحكام الأوراق التجارية ص ٤٩-٥٢ و ١٣٤-١٥٨.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٥٤٣)، ص ١٦٢.

(٣) المعايير الشرعية ص ١٠٠٠.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢٣٩، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٢٩-٤٣٠.

(٥) المعايير الشرعية ص ٩٨٨.

(٦) المعايير الشرعية ص ٩٨٩.

(٧) ينظر: المعايير الشرعية ص ١٠٠٠.

رضا أصحاب الصكوك الأخرى، ذوي الملك المشاع على ما تمثله صكوكهم، فيبقى الرهن على الشيوع^(١).

المطلب الثالث عشر: إفراغ العقار للمشتري في بيع التقسيط في أثناء رهنه للمصرف

إذا رهن العميل عقاره للمصرف، فتمَّ طريقان:

الأولى: أن يفرغ العميل صك العقار باسم المصرف صورياً، على سبيل الرهن لا على سبيل البيع، ضماناً لسداد التزاماته المالية للمصرف.

ويلتزم المصرف للعميل في مقابل ذلك بأن يعيد إفراغ العقار باسم العميل بعد سداد العميل ما عليه من التزامات مستحقة^(٢).

الطريق الثانية: أن يبقى الصك باسم العميل الراهن، مع التهميش عليه بارتهان المصرف له، بحيث لا يتمكن الراهن من بيع العقار إلا بعد تحرير الصك من الرهن؛ وقد آل عمل المصارف الإسلامية في الحالة السعودية إلى هذه الطريقة.

وفي باب الرهن قرر الفقهاء إمكان اتفاق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن في يد أحدهما أو غيرهما ولو بأن يؤجره الراهن أو يعيره؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما، ولأن الحبس المحض ليس مقصوداً من الرهن، بل المقصود الاستيثاق للدين، والاحتياط للدائن من جهة استيفاء الدين من ثمن الرهن عند تعذره من غيره^(٣).

بل رأى بعض الفقهاء أن للراهن الانتفاع من السكنى في الموهون بغير رضى المرتهن، وأن له إجارته وإعارته في مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين؛ لأن منافع الرهن لا تدخل في الرهن، ولا يتعلق بها حق المرتهن، ولأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين أصالة واستيفاء الدين من ثمنه في حال تعذر استيفائه من الراهن، وهذا لا ينافي الانتفاع به، ولا إجارته ولا إعارته^(٤).

المطلب الرابع عشر: تحميل العميل تكلفة تقييم العقار المرهون

قرر الفقهاء أن المرتهن إن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن، مع إمكانه، فهو متبرع، وإن

(١) ينظر: الشرح الكبير على المقنع مع الإنصاف ٣٨٩/١٢.

(٢) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢٥٤) بعنوان: إجازة اتفاقية إفراغ عقار على سبيل الرهن ٣٩٣/١.

(٣) ينظر: الحاوي ١٥١/٦-١٥٢، والشرح الكبير على المقنع مع الإنصاف ٣٧٠/١٢.

(٤) ينظر: الشرح الكبير على المقنع مع الإنصاف ٤١٢/١٢-٤١٤.

نوى الرجوع على المالك، وكان ذلك بإذن المالك؛ رجع عليه لأنه ناب عنه في الإنفاق بإذنه^(١). فإذا تأخر العميل المدين في أداء ما عليه واحتيج إلى إنهاء الإجراءات النظامية لإنجاز مهمة قبول الرهن توثقةً للمدين، أو مهمة الاستيفاء والتحويل من الرهن، فللمصرف أن يلزم المدين المتأخر بتحمل المصروفات الفعلية التي تكبدها المصرف لتحويل دينه، كتكلفة تقييم المرهون، والرسوم المفروضة في المزاد وغيره، سواء كان عقاراً أم غيره، ولا يعد ذلك من الزيادة على الدين الممنوعة شرعاً^(٢).

هذا التأصيل من حيث نفقات الرهن في الجملة، أما تقييم العقار المرهون، وما يكون في تكلفته من الاتفاق بين المصرف والعميل، فالألصق به أنه تابع لمصروفات الوكالة إذا وكل الراهن المرتهن في تسجيل الرهن أو في البيع والاستيفاء.

المطلب الخامس عشر: حق الراهن في تداول أسهم محفظته المرهونة

الغرض من تداول الراهن أسهم محفظته استثمار ماله والمتاجرة فيه، وهذه مصلحة معتبرة للراهن مالك العين المرهونة، لكن تعلق بهذا الملك حق قائم لغير مالكه، وهو حق المرتهن. والفقهاء قرروا أن الراهن لا يُمنع من إصلاح الرهن، ودفع الفساد عنه، ومداواته إن احتاج إليها، ومثلوا له بالشاء المرهونة تحتاج إلى إطراق الفحل، وفي إطراقها الفحل تكثير لها وحد من تناقصها، وهذا حاصل بتداول الأسهم إذا قرر الخبراء أن المصلحة في تداولها. ومن الأمثلة أيضاً: تزويج الراهن الأمة المرهونة، حيث أجازها بعض الفقهاء، ومنهم جماعة من الأصحاب الحنابلة، مع حق المرتهن في منع الزوج من وطئها حتى لا تخرج عن يده. واستثنوا من التصرفات المصلحية للرهن ما يبطل به حق المرتهن، كالعبد المرهون يعتقه الراهن. ومع ذلك أجازوا التصرف الذي يبطل حق المرتهن إذا كان برضى المرتهن^(٣). على أنهم قيدوا تصرفات الراهن السائغة في الرهن بأن لا يكون فيه ضرر على المرتهن؛ كالتصرف الذي يزيل الملك إلى غير بدل من وقف أو هبة ونحوهما، وتُقل الإجماع على ذلك. لذلك كله، فإن تداول الأسهم التي تشتمل عليها المحفظة المرهونة، قد يذهب بحق المرتهن إذا انتقلت ملكيتها، فالأصل فيه المنع ما لم يأذن به المرتهن^(٤).

(١) ينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/٤٩٦-٤٩٧.

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٧٢)، ص ٨٣.

(٣) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤١١ و ٤١٤-٤١٧.

(٤) ينظر: بحث رهن الأسهم للوذيناني في مجلة العدل، ع ٢٨، ص ٩٨ وما بعدها.

وللمصرف أن يشترط على الراهن أن يرهن بعد البيع ثمن الأسهم المرهونة، أو رهن ما استعوضت به من أسهم في شركات أخرى، وله أن يلزم الراهن، وهو البائع، باشتراط بقائها مرهونة في يد المشتري الجديد أو اشتراط فك المشتري للرهن، بأن يدفع للمرتهن من قيمة المبيع ما يوفي بالدين محل الرهن.

وقد انتهت الهيئة الشرعية في بنك البلاد إلى أن للمرتهن الإذن للراهن ببيع المرهون مع عدم فك الرهن عنه؛ بحيث تنتقل ملكية المرهون للمالك الجديد مع بقاءه مرهوناً للمرتهن نفسه، وأن للمرتهن أن يأذن للراهن بالتجارة في المرهون، مع بقاءه أو بقاء ثمنه مرهوناً^(١).

فإن أذن المرتهن للراهن بتداول الأسهم المرهونة، فنقصت قيمتها فلا شيء للمرتهن على الراهن؛ لأنه أذن في السبب الذي أفضى إلى نقص قيمة الرهن^(٢).

المطلب السادس عشر: منح الشركة المصرفية الحق في بيع الأصول الضامنة عند الاقتضاء

للمصرف المرتهن أن يشترط على العميل الراهن تفويضه ببيع الرهن بسعر السوق عند انخفاض قيمته عن نسبة محددة وعند التخلف عن السداد دون الرجوع للقضاء، ورهن الثمن بدلاً عنه، وهذا لا يسوّغ التسديد بالثمن المرهون للدين الذي لم يحل أجله، ويسوّغ الاتفاق على السداد المبكر في حينه^(٣)، وللراهن الموافقة على هذا الشرط والإذن بالبيع وتوكيل المصرف فيه، وله عدم الموافقة. ذلك أن استيفاء الحق من الرهن سبيل شرعي لإبراء ذمة الرهن بأداء الحق لصاحبه، والمرتهن مأذون له هنا من المالك في بيع الرهن والاستيفاء من ثمنه، وما فضل من ثمنه فهو للمالك^(٤). ومتى قدّر له ثمناً لم يجز بيعه بدونه، أي: بأذن منه، وإن أطلق فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه^(٥).

ولهما أن يفوضا طرفاً ثالثاً في بيع الرهن عند حلول الحق، وليس للعميل الراهن عزل

(١) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٤٥، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٦٤ و ٢٦٥)، ص ٨١-٨٢.

(٢) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٢١ و ٤٢٢.

(٣) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٦١)، ص ٨١.

(٤) ينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/٤٩٥، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٢٦١)، ص ٨١.

(٥) وشذ أبو حنيفة فيما نقل عنه، فقال: له بيعه ولو بدرهم. ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/٤٥٥. والظاهر أن أبا حنيفة لم يرد هذا على إطلاقه.

الوكيل في بيع الرهن بعد الاتفاق على هذا الشرط، في قول أبي حنيفة ومالك؛ لأن وكالته صارت من حقوق الرهن، فلم يكن للراهن إسقاطه، كسائر حقوق الرهن، وتمسك الآخرون بالأصل في الوكالة، وهو كونها عقداً جائزاً يجوز فسخه^(١)، بيد أن هذا الأصل قد عرّض له ما يغير حكمه، فالتمسك به إجراء في غير محله.

وقد يكون السبب المقتضي لبيع الأصول الضامنة أمراً غير حلول الدين؛ كما لو أسرع إليه الفساد، أو اقترب كساد سوقه؛ فيباع بإذن الحاكم إن لم يأذن الراهن، ويكون ثمنه رهناً مكانه.

ومن أمثلة ما يسرع الفساد إليه من المرهونات: العنب والبطيخ، فإن الفقهاء أجازوا بيعه ما لم يمكن تجفيفه فعلى الراهن تجفيفه؛ لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته، فأشبه بذلك نفقة الحيوان، والعادة محكمة في إمكان تجفيف ما يسرع الفساد إليه^(٢).

ومثل العنب والبطيخ اليوم: الأغذية المعلبة التي تحمل تاريخاً لانتهااء الصلاحية، وكذلك بعض المصنوعات.

المطلب السابع عشر: تعزيز الأصول الضامنة إذا انخفضت قيمتها السوقية

للمرتهن أن يشترط على الراهن أن له الحق في مطالبة الراهن بزيادة الرهن عند انخفاض قيمته السوقية ونقصان قيمته عن القدر المتبقي من الدين.

فتعزيز الأصول الضامنة بالزيادة على الرهن إجراء سائغ عند عامة الفقهاء؛ لأن تراضي الراهن والمرتهن على الزيادة بعد العقد بمنزلة تراضيهما في أثناء العقد، ولما فيه من مصلحة للطرفين من جهة براءة ذمة الراهن في حال تعذر أداء الحق ومن جهة إيفاء المرتهن حقه، وقد حُكي الإجماع على مشروعية الزيادة في الرهن^(٣).

وقد يلجأ المصرف إلى إنظار العميل فيما حل عليه من الالتزامات لقاء أن يعزز العميل أصوله الضامنة بإضافة بعض الرهون ونحوها من الضمانات التي تفي بجميع المبالغ المستحقة عليه.

وهذا سائغ شريطة ألا يترتب على الإنظار زيادة في المبلغ المستحق، ولا استيفاء رسوم من العميل مقابل الإنظار^(٤).

(١) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٤٦٢، وبحث رهن الأسهم للوذنياني في مجلة العدل ع ٢٨ ص ١٠٧ وما بعدها.

(٢) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٣٦٨.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق ٦/ ٩٥، والإشراف ٦/ ١٩١، وبحث رهن الأسهم للوذنياني في مجلة العدل، ع ٢٨، ص ١١٥ وما بعدها.

(٤) ينظر: الأحكام والضوابط الشرعية لمنتجات الإنماء، الضابط رقم (٤٤١)، ص ١٨٦.

المبحث الثالث

خطاب الضمان

باب الضمان أوسع من باب الرهن، وأحكامه كذلك من حيث الجملة، فالفقهاء يسوغون إجراؤه على الحقوق المالية الواجبة وكذلك الحقوق المالية التي تؤول إلى الوجوب^(١)، وأقل المذاهب توسيعاً فيه الشافعية ثم الحنفية، وقد اتفقت كلمتهم جميعاً على أن الرجل إذا اشترى سلعة وشرط البائع ضماناً، أن البيع صحيح؛ لأن الكفالة من مصلحة العقد، غير منافية لمقتضاه^(٢).

هذا من حيث الضمان، أما خطاب الضمان فهو صورة معاصرة لها صورة سابقة مشابهة ذكرها الفقهاء، وهي ضمان عهدة المبيع عن المشتري للبائع، وهو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، فهو في الجملة ضمان الثمن أو جزء منه، والعهدة الكتاب الذي تُكتب فيه وثيقة البيع ويُذكر فيه الثمن، فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، ولهم في انعقاده ألفاظ، منها: ضمنتُ عهده أو دركه أو ثمنه أو ضمنت خلاصك منه، وقد أجازَه جماهير الفقهاء ولم يمنع منه إلا بعض أصحاب الشافعي^(٣).

والمقصود بخطاب الضمان: التعهد الكتابي الذي يتعهد بمقتضاه المصرف الإسلامي بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته في ذلك الوقت.

فالكفيل، في خطاب الضمان، هو المصرف الذي يصدر التعهد الخطي بدفع مبلغ معين نيابة عن العميل خلال مدة معينة. والمكفول هو العميل، طالب خطاب الضمان. والمكفول له (المستفيد) هو الشخص أو الجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها.

(١) ينظر: الحاوي ٣٣٦/١٢، والشرح الكبير مع الإنصاف ٢٩/١٣.

(٢) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ٤٧٢/١٢.

(٣) ينظر: النهر الفائق ٤١٤/٣، وشرح المازري ١٤٦/٢/٣، والحاوي ٨١/٧، وروضة الطالبين ٢٤٦/٤، والشرح الكبير مع الإنصاف ٢٩/١٣-٣١.

وقد أصبحت خطابات الضمان اليوم عُرفًا تجاريًا له قيمة ذاتية، بحيث إنها ارتبطت بكثير من مصالح الناس ومعاملاتهم على مستوى الأفراد والشركات، ولم يعد النقد يغني غناها^(١).

المطلب الأول: توصيف خطاب الضمان

توصيف خطاب الضمان فقهاً حصل فيه اضطراب لدى المعاصرين، وكثيراً ما كان ينتهي البحث في المجامع والندوات إلى القناعة بحاجة المسألة إلى مزيد بحث وتحرير للوصول إلى التوصيف الفقهي السليم، حتى استقر القول على أن خطاب الضمان عقد ضمان مالي (كفالة مالية)^(٢).

وهذا لا يمنع من دخول عقود أخرى تابعة؛ كالوكالة بأجر، وبيع المنافع والخدمات، والرهن، والقرض نتيجة الكفالة، غير أن المقصود هنا بيان وجهة العقد من حيث الأصالة لا التبع، ولا داعي لتشقيق أساس المعاملة بين العقود المسماة فيقال مثلاً: هو كفالة فيما بين المصرف والمستفيد البائع، ووكالة فيما بين المصرف والعميل، وبالله العجب! كيف تقوم الكفالة بين المصرف والمستفيد من دون ركن المكفول وهو العميل المشتري الموكل.

فإن كان المبلغ مغطى من حين التعاقد على خطاب الضمان، وكانت وكالة العميل للمصرف في الاستلام والتسليم مقابل أجره، فخطاب الضمان حيثئذ عقد وكالة بأجر وإن سمي المصرف لدى المستفيد كفيلاً.

والتوصيف المذكور ظاهر بتأمل ما ذكر في بداية المبحث، والأقوال الأخرى مبحوثة في الفصل السابع في توصيف الاعتماد المستندي، وسيتبين هناك لماذا غلب بعضهم جانب الوكالة في علاقة المصرف بالعميل إن شاء الله تعالى، فاللهم فقهي في الدين وفهمي التنزيل.

المطلب الثاني: التزامات خطاب الضمان

ينشأ خطاب الضامن بناء على طلب من العميل إذا رغب في شراء سلعة مستوردة، ولا يوافق المصرف الإسلامي على طلبه حتى يلتزم بعدة التزامات، جمعتها في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: الحصول على موافقة المستفيد.

المستفيد في عقد خطاب الضمان هو بائع السلعة للعميل، وهو الذي يضمن له المصرف

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٤٤٢)، ١/١٠٢-١٠٤، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٧١-٤٧٢.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي ١/٥٨، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٠٦، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٧٥ وما بعدها.

حقه من العييل المشتري، وعامة الفقهاء لا يشترطون لصحة عقد الضمان رضا المضمون له؛ لأن أبا قتادة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه، فأجازَه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(١)، ولأنها وثيقة لا يعتبر لها قبض فأشبهت الشهادة.

وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد بن الحسن، فقالا: يعتبر رضا المضمون له؛ لأنه إثبات مال لأدمي، فلم يثبت إلا برضاه، كالبيع والشراء، وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين^(٢).

هذا من حيث الحكم الوضعي؛ أي أن عقد الضمان يقع صحيحاً ولو لم يوافق المضمون له على ضمان الضامن، ولا مانع شرعاً عند الجميع من استجلاب رضا المضمون له.

ومن الشروط المنصوصة في عقد خطاب الضمان المعاصر موافقة المستفيد بائع السلعة على ضمان المصرف للعميل المشتري.

وإن وافق المستفيد فإن المصرف الإسلامي المحلي الضامن قد لا يوافق على الضمان إلا بشرط أن يحضر المستفيد مصرفاً ضامناً له في بلده، وهو ما يسمى بالمصرف الخارجي أو الأجنبي، فيتعهد المصرف الخارجي للمصرف الداخلي مصدر خطاب الضمان للعميل المكفول بأنه يضمن التزامات المستفيد المورد بتسليم السلع للمصرف بموجب صفقة البيع المبرمة بين المورد والمستورد، وأن تكون وثائق السلعة صحيحة وسليمة، بحيث إذا أخفق المستفيد في التزاماته ضمنه المصرف الخارجي الأجنبي ودفع للمصرف المحلي ثمن شراء السلعة المستوردة⁽³⁾.

المسألة الثانية: إخلاء مسؤولية المصرف إذا رفض المستفيد خطاب الضمان.

هذا الالتزام المفروض على طالب خطاب الضمان جارٍ على طريقة المصارف في الاحتياط لنفسها حتى لا يعود العميل عليها مطالبًا بالرسوم الإدارية التي تمثل المصروفات الفعلية.

أما ما بذله العميل المشتري للمستفيد البائع، فهذا لا علاقة للمصرف به، بل هو بين طرفي المياينة.

(١) رواه البخاري في باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ٢٧٨/٣ برقم ٢٣٠١ من حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه، قال: كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ أتني بجنائزة، فقالوا: صل عليها، فقال: «هل عليه دين؟» قالوا: لا، قال: «فهل ترك شيئاً؟» قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتني بجنائزة أخرى، فقالوا: يا رسول الله، صل عليها، قال: «هل عليه دين؟» قيل: نعم، قال: «فهل ترك شيئاً؟» قالوا: ثلاثة دنائير؛ فصلى عليها، ثم أتني بالثالثة، فقالوا: صل عليها، قال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا، قال: «فهل عليه دين؟» قالوا: ثلاثة دنائير، قال: «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: **صَلَّ عليه يا رسول الله، وعلى دينه، فصلى عليه.**

(٢) ينظر: المبسوط ١٨/١٤٧-١٤٨، والحاوي ٦/٤٣٤-٤٣٥، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٢١.

(٣) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٢٩)، ١ / ٨١.

وينبغي للمصرف الإسلامي أن يعيد ما تبقى من المصروفات الإدارية إذا رفض المستفيد خطاب الضمان لسبب خارجي، فإن كان الرفض بسبب يعود إلى خلل في خطاب المصرف ونحو ذلك فيضمن المصرف للعميل ما دفعه له من المصروفات الإدارية والرسوم، وذلك أن المصرف وكيلٌ بأجر، والوكالة بأجر هنا من قبيل الإجارة المشتركة، والأجير المشترك ضامن في الراجح إلا من شيء غالب كالحرقيق والعدو المكابر، وهذا هو ظاهر أقضية الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ والتابعين، وقد سقت أقضيتهم في المبحث الثاني عشر من الفصل الأول.

المسألة الثالثة: التعهد بدفع المبالغ المستحقة للمصرف وكافة المصاريف.

جرت عادة المصارف الإسلامية بتحميل العميل، طالب الخطاب، المصروفات الإدارية، وأجرة تقديم الخدمات حيث يجعلونه يوقع على تعهد بدفع ذلك.

وهذا سائغ من جهة أن الموكل يتحمل مصاريف الموكل فيه، ومن جهة أن للوكيل أخذ الأجر على وكالته، ومن جهة بيع المنافع المقدمة، مع مراعاة عدم الزيادة على المصاريف الفعلية وأجرة المثل، سداً للذريعة الربا إذا لم يكن مبلغ الخطاب مغطىً في حسابات العميل فدفع المصرف الثمن عنه بموجب الضمان، وصار ثمن المبيع ديناً في ذمة العميل المشتري^(١).

وفي معيار الوكالة بالاستثمار الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: يتحمل الموكل المصروفات المتعلقة بالاستثمار، مثل النقل والتخزين والضرائب والصيانة والتأمين. ولا يجوز اشتراطها على الوكيل ولا تأجيل دفعها أو ربط دفعها بنتائج الاستثمار. ويتحمل الوكيل إذا كان شخصية معنوية المصروفات المتعلقة بموظفيه أو أجهزته^(٢).

وفي معيار الوكالة: المصروفات والثمن في الوكالة بالشراء على الموكل، وعليه أن يدفع إلى الوكيل الثمن والمصروفات التي تتعلق بالمحل الموكل به...، ولا يجوز اشتراط ذلك على الوكيل، ولا تأجيل دفع هذه المستحقات إن كانت الوكالة بأجر. اهـ^(٣).

وذلك أن للتفويض آثاراً وتبعات يجب على المتعاقد تحملها وفاءً بمقتضى العقد^(٤).

المسألة الرابعة: السماح باستيفاء التأمين على إصدار خطاب الضمان من حسابات

طالب الخطاب.

يتضمن عقد خطاب الضمان نموذجاً بعنوان: تفويض بخصم التأمين النقدي لخطاب

(١) ينظر: المعايير الشرعية ص ١٣٤.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٣)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية ص ٦٣٤.

الضمان، بحيث تتولى جهة التأمين الدفع إذا تعذر على العميل الوفاء للمصرف الكفيل في حال تسهيل الخطاب وتنضيضه^(١).

وحيث كان العميل هو الذي ستفي عنه جهة التأمين في حال تعذر الوفاء عليه، فلا بأس من موافقته للمصرف على شرط استيفاء قيمة التأمين من حساباته، على أن يكون التأمين تعاونياً، وأما التأمين التجاري التقليدي فهو محرم شرعاً؛ لأنه يستهدف الربح من التأمين نفسه^(٢)، ولا ينطلق من مبدأ التعاون على رفع الجوائح المحتملة وتقاسم المشتريين آثار الخسائر والأضرار في المستقبل، مع توزيع الفائض وما فرز للاستثمار بغرض تنمية المال ودفع احتمال زيادة المطالبات على الاشتراكات.

وهذا التأمين التعاوني من أعمال القرب التي يثاب عليها المشترك إن احتسب أجر تخفيف مصاب المشتركين وإعانتهم، والأصل فيه ما روى البخاري (٢٤٩٦) في باب الشركة في الطعام والنَّهْد والعُرُوض عن أبي موسى الأشعري، قال: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ الْأَشْعَرِيِّينَ إِذَا أَرْمَلُوا -أي: قل ما عندهم- فِي الْغَزْوِ، أَوْ قُلْ طَعَامُ عِيَالِهِمْ بِالْمَدِينَةِ، جَمَعُوا مَا كَانَ عَنْدهُمْ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ فِي إِنْاءٍ وَاحِدٍ بِالسَّوِيَّةِ؛ فَهَمُّ مِثِّي وَأَنَا مِنْهُمْ». فانظر كيف جاز التفاضل وسأغت النَّسِيئة في الأموال الربوية لتخلف شرط المعاوضة على الطريقة الأشعرية في التأمين التعاوني، مع التنبيه إلى أنه لا يجوز لجهة التأمين التعاوني أن تؤمن على شخصها لدى جهات التأمين التجاري التقليدي.

وقد ذكر الفقهاء صوراً مشابهة للتأمين التعاوني وعدوها من ضمان ما لم يجب أو ضمان المجهول، وهو جائز عند الجماهير؛ فمن الصور التي ذكروها:

الصورة الأولى: ضمان تجار الحرب ما يذهب من البلد أو البحر.

الصورة الثانية: ضمان السوق، وهو أن يضمن ما يجب على التجار للناس من الديون.

الصورة الثالثة: ضمان دين الضامن، نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر.

الصورة الرابعة: ضمان نفقة الزوجة المستقبلية^(٣).

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٨٢٣)، ١/٢٧٢.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار التأمين الإسلامي رقم (٢٦)، ص ٦٨٥، وفيه: أن التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع.

(٣) ينظر: الحاوي ٦/٤٤٢، ومجموع الفتاوى ٢٩/٥٤٩-٥٥٠، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٢٣-٢٧ و٣٩٠.

بل من الصور عندهم ما هو أوسع من التأمين التعاوني المعاصر، كضمان الضامن للمشتري - في مسألة ضمان عهدة المبيع - ما يحدث في المبيع من بناء أو غرس، وذلك إذا بنى المشتري فيما اشتراه أو غرس فيه، فاستحق المبيع؛ رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص^(١).

وفي معيار حماية رأس المال والاستثمارات ما نصه: من الوسائل المشروعة لحماية رأس المال: التأمين التكافلي على الاستثمار؛ لحماية رأس المال، أو لتغطية مخاطر التعدي، أو المماثلة، أو الوفاة، أو الإفلاس. ويجوز أن يتولى إبرام عقد التأمين التكافلي المستثمرون أنفسهم، أو مدير الاستثمار بالوكالة عنهم^(٢).

وثمة نوع آخر من التأمين التعاوني، وهو ما كان متوجهاً إلى حق العميل في البضاعة لا حق المصرف في الأجرة والرسوم، وذلك لتعويض العميل المشتري حال تلف البضاعة أو نقصها^(٣).

المسألة الخامسة: تفويض المصرف في خصم المبالغ المستحقة من حسابات طالب الخطاب.

للعامل أن يوكل المصرف في استيفاء الحقوق خصماً من حسابه المصرفي، وعلى رأس تلك الحقوق في هذا المبحث الذي تفرعت منه هذه المسألة ما يأتي:

أولاً: كفالة المصرف المالية في خطاب الضمان ما لم يدفع المصرف للمستفيد قبل حلول الأجل، فلا يرجع حتى يحل الأجل^(٤).

ثانياً: الوكالة في استيفاء ما لحق المصرف من رسوم ومصاريف فعلية وأجر لقاء توكله في الاستلام والتسليم وما إلى ذلك.

وذلك بناء على المعروف من عقد الوكالة مع الإذن في إجراء المقاصة، وأن الأصل فيهما الإباحة؛ حيث وكل العميل المصرف في الاستيفاء من أمواله وحساباته لدى المصرف مقاصّة.

والأصل في المقاصة قول النبي ﷺ: «الرهن يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدرّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٥)، فالمقصود بنفقته: مقابل نفقته، كما أنه جرى التعامل بها ولم يُنقل إنكارها، فمن ذلك ما روي عن الحكم قال: كان يُكره أن

(١) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٣-٣٤.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٤٥)، ص ١١٢٥ و ١١٢٨.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/ ٤٤٦-٤٤٨.

(٤) ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٥٥.

(٥) رواه البخاري من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في باب الرهن عند اليهود وغيرهم ٣/ ٤٢١ برقم (٢٥٢٦).

يأكل الرجل من بيت الرجل وله عليه دين، إلا أن يحسبه من دينه. اه، وفي رواية أخرى قال: يقاؤه. اه^(١)، ومن جهة النظر فالمقاصة تحقق مقصود الشارع في براءة الذمم دون تكلف الأخذ والإعطاء. وقد تقدم في الفصل الأول الكلام عليها مفصلاً باستقراء عمل السلف بما انتهت معه إلى إجماعهم العملي على مشروعية المقاصة.

أما الوكالة التي عُبر عنها بالتفويض في رسم المسألة، فالتوكيل في البيع والشراء جائز في شريعة الإسلام، من غير خلاف بين العلماء^(٢).

دل على ذلك الكتاب، في قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا﴾^(٣)؛ فجوز العمل عليها، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين، وقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾^(٤)، وهذه وكالة.

ومن السنة: ما روى البخاري في صحيحه^(٥)، عن عروة البارقي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

ومن جهة النظر: فالحاجة داعية إلى التوكيل في البيع والشراء؛ لأن الموكل قد لا يحسن البيع والشراء، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق. وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة، أو ممن يتعير بها، ويحط ذلك من منزلته، فأباحها الشرع دفعاً للحاجة، وتحصيلاً لمصلحة الأدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه^(٦).

المطلب الثالث: أخذ العمولة في مقابل خطاب الضمان

عمل المصارف الإسلامية في الحالة السعودية، وما استقرت عليه فتيا الجهات ذات العلاقة بالمصرفية الإسلامية، أن للمصرف أن يأخذ أجره على إصدار خطاب الضمان بنسبة أو بمبلغ مقطوع؛ سواء أكان مبلغ الضمان مغطى من العميل أم غير مغطى، ما لم يؤل إلى الربا، بحيث لا تكون الأجرة لقاء مجرد الضمان والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته.

(١) رواه ابن أبي شيبة في باب الرجل يكون له على الرجل دين فيهدي له، أيحسبه من دينه؟ ٤٩/٣٢٦ برقم ٢٠٦٧٧، ثم قال: حدثنا وكيع عن شعبة عن أبي إسحاق عن أبي عمر قال: يقاؤه. اه. وأبو عمر كنية للحكم بن عتيبة.

(٢) ينظر: المغني ٥/٦٣-٦٤، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٤٤٢ و ٥٥٧.

(٣) سورة التوبة، الآية: ٦٠.

(٤) سورة الكهف، الآية: ١٩.

(٥) في كتاب المناقب، قال: (باب) وأبهم، برقم ٣٦٤٢.

(٦) ينظر: المغني ٥/٦٣-٦٤.

أما إذا طلب المستفيد من المصرف المبلغ المضمون فسيُملّ المصرف خطاب الضمان^(١) ودفع المبلغ المضمون إلى المستفيد نيابة عن العميل، فلا يخلو حكم أخذ العمولة حينئذ من أحوال:

أولاً: إذا كان خطاب الضمان غير مغطى من العميل؛ فلا يستحق المصرف من أجره الضمان (رسوم الإصدار) إلا التكلفة الفعلية التي تكبدها لإصدار الخطاب؛ كرسوم البريد والتلكس والسويقت، ومصروفات التحصيل، والمطالبة القانونية إن وُجدت، ويجب رد ما زاد عن ذلك للعميل.

ثانياً: إذا كان خطاب الضمان مغطى من العميل، فيستحق المصرف الأجرة كاملة، ويُعد الدفع حينئذ من قبيل الوكالة بأجر.

ثالثاً: إن كان مغطى جزئياً، فيردُّ من الأجرة بقدر ما زاد عن التكلفة الفعلية بقدر الجزء غير المغطى في قول الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية السعودية^(٢)، وهو محل نظر لدنو الربا وقرب ملامسته والحال كذلك، والداعي المقتضي لسد ذريعة الربا قوي جداً في الشريعة.

وبعد: فقد استعرضت في المبحث التاسع عشر من الفصل الأول أقوال العلماء في مسألة أخذ الأجرة على الضمان، وانتهيت إلى أن أقوى حجة للمنع من أخذ العوض على الضمان: كون الضمان شُرع على سبيل الإحسان والإرفاق، كالقرض، فنظام الكفالة في الإسلام كنظام العاقلة.

إذا تقرر ذلك، فإن نقل عقد الضمان الذي هو الكفالة المالية من جانب الإحسان والإرفاق إلى جانب البيع والمعاوضة ذريعة مفضية إلى باب واسع من أبواب الربا، فالنهي عن المعاوضة في الضمان المالي من جنس النهي عن ربا الجاهلية الذي يستغل فيه المقرض المرابي المدينين المعسرين.

والمشركون لما بدلوا مواضع بعض الأشهر الحُرْم مع بقاء أصل الحكم، وهو تحريم أربعة

(١) والغالب في خطابات الضمان عدم تسيلها، بل ثبت في الممارسة العملية للمصارف الإسلامية ندرة تنفيض خطابات الضمان وتسيلها، فإن حصل تسيل فإنه كثيراً ما يكون من أموال العميل التي لدى المصرف، والسبب في ذلك أن المصارف لا تصدر خطابات الضمان إلا بعد التوثق من ملاءة العميل المالية، إضافة إلى الضمانات التي تأخذها منه قبل إصدار الخطاب. ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٤٤٢)، ١/١٠٢-١٠٤.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي ٥٨/١، والضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٣٦٤-٣٦٥)، ص ١٠٦-١٠٧، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (١٠)، ١/٣٨-٣٩، والمعايير الشرعية، معيار الضمانات رقم (٥) ص ١٣٤.

أشهر من السنة، كان ذلك من سوء أعمالهم، وزيادة في كفرهم؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحْلُونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا لِيَرْطِئُوا عِدَّةَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيَحْلُوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ زَيْنَ لَهُمْ سُوءُ أَعْمَالِهِمْ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾^(١)، وشرعة العوض على الضمان من آثار المدرسة الرأسمالية الغربية، وهو مبدأ مخل بأصول الاقتصاد الإسلامي، وذريعة إلى مفسدة الربا وغيرها؛ الأمر الذي يترجح معه جانب المانعين، وبذلك أفتى ابن عمر رضي الله عنهما في رجل سأل، فقال: أتاني دهقان عظيم الخراج، فقال: تقبلني من العامل، لا أتقبله لأعطي عنه شيئاً إلا ليؤمنه عامله، ويضطرب في حوائجه، فلم ألبث إلا قليلاً حتى أتاني بصحيفتي فقلت: جزاك الله خيراً، وحملني على دابة، وآتاني درهماً، وكساني، فقال ابن عمر رضي الله عنهما: أرايت لو لم تتقبله كان يعطيك؟ قلت: لا، قال: لا يصح لك. رواه ابن أبي شيبه، قال العيني: تقبل رجلاً، أي: ضمنه^(٢).

ولا يتعدى هذا الترجيح إلى العوض الذي يقابل العمل والجهد المصاحب للضمان^(٣) من غير أن يكون لقاء الضمان ذاته، والله تعالى أعلم.



(١) سورة التوبة، الآية: ٣٧.

(٢) ينظر: مصنف ابن أبي شيبه ٤/ ٣٤٤ برقم ٢٠٨٦٩، وعمدة القاري ١٢/ ١٠٦.

(٣) وبهذا أفتى ابن تيمية في رجل غرم بسبب مكفوله أموالاً ولحقته منه خسائر، قال: له الرجوع فيما أنفقه بسبب ضمانه، إذا كان ذلك بالمعروف. ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٥٠.

الفصل السابع

الاعتمادات المصرفية

ويشتمل على:

المبحث الأول: توصيف الاعتمادات المصرفية.

المبحث الثاني: ضمانات الاعتماد المصرفي البسيط.

المبحث الثالث: ضمانات الاعتماد المصرفي المستندي.

المبحث الأول

توصيف الاعتمادات المصرفية

لتوصيف العلاقة العقدية في المعاملات المالية أهمية في الفقه الإسلامي؛ لما له أثر في التوصيف والحكم، ولذلك ناسب التقديم بهذا المبحث تمهيداً لمباحث الفصل ومطالبه، وأولها:

المطلب الأول: توصيف الاعتماد المصرفي البسيط

المقصود بالاعتماد المصرفي البسيط: التعهد المصرفي بوضع أداة من أدوات الائتمان في حدود مبلغ نقدي مسمى تحت تصرف العميل، بطريق مباشر أو غير مباشر، لمدة مسماة أو غير مسماة.

وأهم الأدوات التي يقدمها المصرف للعميل أربع: القرض النقدي، وخصم الأوراق التجارية^(١)، وقبول الورقة التجارية^(٢)، والضمان^(٣).

فتبين مما تقدم، ومما سيأتي في المطلب الثاني، أن الاعتماد البسيط عبارة عن وعد بالقرض، ويستحيل قرضاً باتاً عند تنفيذ الوعد^(٤).

(١) حيث يتقدم حامل الورقة التجارية، كميالة كانت أو سنداً إذنيّاً، إلى المصرف طالباً منه خصمها، ثم يتولى المصرف دفع القيمة التي اشتملت عليها الورقة التجارية بعد خصم عمولة المصرف ونفقات التحصيل، ثم يظهر حامل الورقة الكميالة أو السند للمصرف، وللمصرف الرجوع على حامل الورقة، ومطالبته بها إذا امتنع المسحوب عليه، وليس للمصرف إجراء الخصم عليها بأن يشتريها نقداً بأقل من قيمتها، وهذا الحكم يشمل بقية المستندات مؤجلة الدفع ومستندات الاطلاع.

(٢) وهو الاعتماد بالقبول، حيث يوقع المصرف على الورقة التجارية لضمانها، فيستفيد منها المعتمد له في الحصول على المال الذي يحتاج إليه، ذلك أن عملاء المصرف قد يجدون عند تحريرهم الشيك أو الكميالة أو السند الإذني أن من مصلحتهم تعزيز تلك الصكوك وإكسابها ثقة من خلال قبول المصرف وتوقيعه، ويقبول المصرف كتكسب الأوراق التجارية قوة ائتمانية تعزز من فرص تداولها أو خصمها لدى المصارف الأخرى.

(٣) ينظر: بحث الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للسعيد ضمن مجلة البحوث الإسلامية، ع ٨، ص ٣٥٦، والعقود وعمليات البنوك التجارية ١/ ٣٨٨، والمعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٤٠٥، والمعاملات المالية للديان ١٢/ ٤٠٦ و ٤٠٩ و ٤١٢.

(٤) ورأى بعض الباحثين أنه عقد مركب من قرض ووديعة، ومن قائل: إنه عقد غير مسمى يدخل ضمن العقود الحديثة، غير أنه قد أمكن إلحاقه بعقد من العقود المسماة. ينظر: الربا للسعيد ص ٨٧، والمعاملات المالية للديان ١٢/ ٤١٥-٤٢٠.

وهذا التوصيف تأسيسي، وقد يتغير بتغير البنود المدونة في كل عقد بحسبه.

ولفتح الاعتماد المصرفي البسيط آثار تعاقدية على العميل من جهة، وعلى المصرف من جهة أخرى، وقد بيّنتها في المبحث الثاني مفصلةً في مطالب ومساائل.

المطلب الثاني: توصيف الاعتماد المصرفي المستندي

الاعتماد المستندي تعهدٌ من قبل المصرف للمستفيد (البائع) بناء على طلب فاتح الاعتماد، وهو المشتري، ويقرر المصرف للمستفيد في هذا التعهد أنه قد اعتمد تحت تصرف المستفيد (البائع) مبلغاً من المال يُدفع له مقابل مستندات محددة تفصح عن شحن سلعة معينة خلال مدة مُسمّاة.

وعلى ذلك، يمر الاعتماد المستندي بعدة مراحل، وترتيبها كما يأتي:

أولاً: مرحلة العقد الموثّق بالاعتماد.

فهذه المرحلة سابقة للاعتماد، والغالب في العقد أن يكون بيعاً يشترط فيه البائع على المشتري دفع الثمن من خلال الاعتماد المستندي، وقد يكون العقد الموثّق عقداً آخر غير البيع؛ كالإجارة، والوكالة بأجر، وغيرهما من عقود المعاوضات.

ثانياً: مرحلة طلب فتح الاعتماد.

حيث يطلب المشتري من المصرف فتح الاعتماد لتبليغ البائع به.

ثالثاً: مرحلة إصدار الاعتماد وتبليغه.

حيث يصدر المصرف خطاب الاعتماد المستندي، ثم يرسله إلى البائع، مباشرة أو من خلال مصرف وسيط.

رابعاً: مرحلة تنفيذ الاعتماد.

حيث يقدم المستفيد (البائع) المستندات المشروطة في خطاب الاعتماد ليفحصها المصرف نيابة عن العميل (المشتري) ويقبلها في حال مطابقتها لشروط الاعتماد المتفق عليها مع العميل المشتري، وللمصرف حق الرفض أو طلب التعديل إذا لم تطابق المستندات الشروط، كما سيأتي مفصلاً إن شاء الله.

وبعد قبول المصرف للمستندات ينفذ الاعتماد، ويسلم المستندات إلى المشتري بعد تسلّم قيمتها منه ما لم يكن ثمة تاريخ استحقاق نَعَهَدَ به البائع.

وبناء على ما ذكر في هذه المراحل يتضح أن أطراف الاعتماد المستندي ثلاثة، وربما كان أطرافه أربعة في حال تعزيز الاعتماد، وبيان ذلك كما يلي:

الطرف الأول: المستورد، ويسمى الأمر والعميل والمشتري، وهو الذي فُتح الاعتماد بناء على طلبه لصالح طرف آخر، وهو البائع.

وسمي المشتري أمرًا لكونه يأمر المصرف بفتح الاعتماد، وعميلًا لكونه يتعامل مع المصرف، وسمي مستوردًا لكونه يستورد بضاعة من الخارج.

الطرف الثاني: المصرف الإسلامي، وهو الجهة التي يصدر منه الاعتماد، ويلتزم بالوفاء بموجبه عند تحقق شرطه.

الطرف الثالث: المستفيد، ويسمى البائع والمورد، وهو الذي فُتح الاعتماد لصالحه.

الطرف الرابع الاختياري: المصرف الخارجي، ويكون طرفًا إذا كان الاعتماد معززًا، وذلك أن مصرف العميل يطلب من مصرف البائع (المستفيد) إبلاغه بخطاب الاعتماد، وهذا المصرف المبلغ لا يخلو من حالين:

الحال الأولي: إما أن تكون مهمته تبليغ المستفيد فقط دون أن يتحمل شيئًا سوى التأكد من أن الاعتماد صادر على الوجه الصحيح، وذلك من خلال مطابقة توقيعات المسؤولين المدونة بكتيب توقيعات مصدر الاعتماد، ويسمى الاعتماد غير المعزز؛ لأنه لم ينفرد عن موكله (المصرف الداخلي) بشيء.

الحال الثانية: أن يطلب منه مع التبليغ تعزيز الاعتماد وتأييده، فيتحمل تجاه المستفيد ما يتحمله المصرف فاتح الاعتماد، ويسمى الاعتماد حينئذ اعتمادًا معززًا^(١).

من أجل ذلك اختلفت أنظار المعاصرين في توصيف الاعتماد المستندي على ما يأتي من التخريجات:

التخريج الأول: أن العقد له جهتان: جهة كفالة (ضمان) بين المصرف والمستفيد، وجهة وكالة بين المصرف والعميل.

حيث رأى بعض المعاصرين أن الكفالة هي الوصف الملاقي للعقد بين المستفيد والمصرف في فتح الاعتماد المستندي، وذلك أن المصرف يكفل المشتري في مواجهة البائع كفالة مالية حتى يوفي الثمن، سواء غُطي مبلغ الاعتماد أم لم يغطَّ.

وأن العقد بين العميل والمصرف عقد توكيل، سواء غُطي مبلغ الاعتماد أم لم تجر تغطيته من قبل العميل، وذلك أن العميل المشتري يוכל المصرف في الاستلام والتسليم وتوابعهما،

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٥-٣٩٦ و٤٠٠، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٣٣-٤٣٤.

وقد يجتمع مع التوكيل الرهن، احتياطاً من المصرف لما قد ينشأ في ذمة العميل الموكّل لقاء أداء المصرف عنه ثمن السلعة للمستفيد، وما يأخذه المصرف من العميل بناء على التوكيل من قبيل الوكالة بعوض.

هذا هو وجه التخريج.

وتشتمل الوكالة بين العميل والمصرف غالباً على الإذن برهن البضاعة أو مستنداتها لدى الوكيل إلى حين استلام المصرف ثمن السلعة الموكّل في استلامها، وهو رهن ضمني مستنده العرف، فيستحق المصرف أجرته بناء على ما قدمه من خدمة نقل (تحويل) المال وتسلم البضاعة ومستنداتها، ومتابعة الإجراءات المختلفة للاعتماد المستندي.

وقد نوقش تخريج العلاقة بين المشتري (العميل) والمصرف بأنها تمثل عقد وكالة مطلقاً، بما يأتي:

قالوا: إن الوكالة تفويض بالأداء دون التحمل، والمصرف ليس مفوضاً بالأداء فقط، بل يتحمل الحق الذي وجب للمستفيد، وذمته مشغولة به، سواء غطى العميل قيمة البضاعة في حسابه أو لم يقم بذلك، وهذا من قبيل الكفالة^(١).

ويمكن أن يجاب: بعدم التسليم؛ لأن الموكّل إذا سلم الوكيل ثمن الموكّل فيه قبل استلامه، لم يصير الوكيل دائناً للموكّل، وبما أن الغالب على الاعتماد المستندي أن يكون مغطى، فالعبرة للغالب، ولا حكم للنادر.

وهذا التخريج هو ظاهر ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث جاء في معيار الاعتمادات المستندية ما يفهم منه الاستقرار على هذا التخريج، وأنا إن شاء الله أنقل هنا ما قرره مشمولاً بالحكم الشرعي الذي انتهوا إليه، ونصه مع تصرف يسير: التعامل بالاعتماد المستندي يشتمل على وكالة بتقديم الخدمات الإجرائية، ومن أهمها فحص المستندات، وعلى كفالة بضمان المؤسسة للمستورد، وكلاهما مشروع؛ فيكون الاعتماد المستندي مشروعاً على ألا ينطوي على بيع بضاعة محرمة شرعاً، أو عقد باطل أو فاسد بما تضمنه من شروط، أو يتضمن تعاملاً بالفوائد الربوية أخذاً أو إعطاءً، صراحةً أو ضمناً^(٢)، ويُشترط لشرعية

(١) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص ٣٠٦، والمعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٩-٤٠٠ و ٤٠٥، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٩-٤٥١.

(٢) المقصود بالفائدة الربوية الصريحة ما يحصل في حالة القرض الذي ينشأ عند الدفع عن المستفيد في الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً، أما الفائدة الربوية الضمنية فما يقع في حالات الحسم، والتداول -أي: الدفع- للكيميالات مؤجلة الدفع، والتأخر في الدفع. ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٤٠٠.

الاعتماد المستندي أن يكون العقد الموثق بالاعتماد شرعياً، وتُعرف شرعيته بالنظر في أركانه وشروطه، ونوع المبادلة من حيث كونها صرفاً أو بيعاً عادياً أو غير ذلك، وما يلحق بذلك من شروط إضافية خاصة، وإذا نص في العقد السابق لفتح الاعتماد، وهو عقد البيع غالباً، أن تفسيره خاضع لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع أو أي مرجعية أخرى؛ وجب تقييد ذلك بما لا يخالف أحكام شريعة الإسلام^(١)، وعلى المصارف الإسلامية إخضاع العقود الأجنبية لأحكام الشريعة الإسلامية أولاً.

التخريج الثاني: أن العقد بين المصرف والمستفيد كفالة مطلقاً، أي: سواء غُطي مبلغ الاعتماد أم لا، وأن العقد بين المصرف والعميل عقد وكالة إن كان مبلغ الاعتماد مغطى، وعقد كفالة إن كان غير مغطى.

وذلك أن المصرف قد تحمل أمام المستفيد الدين الذي على العميل، وكذلك هي حقيقة الكفالة المالية التي يعبر عنها الحنابلة وغيرهم بالضمان، إذا قالوا: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين.

وأما اعتبار العقد بين المصرف والعميل الذي قدم غطاء مالياً كاملاً عقد وكالة؛ فلأن العميل وَفَّى للمصرف قيمة السلعة قبل مطالبته من قبل المستفيد، والعميل قد فَوَّض المصرف في دفع ثمن السلعة نيابة عنه عندما يطالب به، وهذه هي حقيقة الوكالة.

ولا يُستنكر أن يكون للتصرف الواحد اعتباران، كما يكون في العقود التي تعتبر لازمة بالنظر إلى طرف، وغير لازمة بالنظر إلى طرف آخر.

فلا يكون ما يأخذه المصرف من العميل من قبيل أخذ الأجرة على الضمان، بل هو أجر على الوكالة، إلا أن يكون الاعتماد غير مغطى كلاً أو جزءاً، فإن كان كذلك فهو كفالة بأجر^(٢)، وقد تقدم في الفصل الأول الكلام مطولاً على مسألة أخذ الأجرة في الكفالة في مبحث مستقل بعنوان: أخذ العوض على الضمان.

التخريج الثالث: أن فتح الاعتماد حوالة.

وذلك باعتبار كون العميل (المشتري) محيلاً، والبائع (المستفيد) محالاً، والمصرف محالاً عليه، وقيمة خطاب الاعتماد محالاً به^(٣).

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٩-٤٠١.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٥١-٤٥٢.

(٣) ينظر: الخدمات المصرفية لزعتري ص ٣٨٦، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٥٥.

ويشكل على هذا التخريج ما يأتي:

الإشكال الأول: أن المصرف المحال عليه ليس مدينًا للمحيل، فلا تعتبر حوالة فقهية، بل حوالة مصرفية، والحوالة المصرفية لا تخرج عن معنى الوكالة، سواء كانت بأجر أم لا.

الإشكال الثاني: أن مقتضى عقد الحوالة براءة المحيل من الدين، وفي خطاب الاعتماد لا يبرأ المشتري من الدين بمجرد الحوالة، بل يظل ضامنًا للوفاء بقيمة البضاعة في مواجهة المستفيد في حال امتنع المصرف من الأداء لسبب ما، كما أن المحيل لا يبرأ من جهة المصرف؛ إذ إن المصرف يطالبه بتسديد الدين الذي أداه نيابة عنه للمستفيد (البائع)، وقد اختلف الفقهاء في حكم الحوالة إذا اشترط فيها ضمان المحيل.

الإشكال الثالث: عدم جواز أخذ العوض على الحوالة الفقهية، سواء قلنا في توصيف الحوالة: إنها من قبيل بيع الدين بالدين، أو قلنا: هي استيفاء للحق، وليست بيعًا.

الإشكال الرابع: كون الاعتماد المستندي مؤقتًا، وهذا منافٍ لمقتضى عقد الحوالة الذي هو انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^(١).

التخريج الرابع: التخريج على الأصل في العقود، وهو الإباحة، اعتبارًا بأنه عقد غير مسمى. فالذي جعلهم يقفزون إليه قولهم: إن فتح الاعتماد المستندي عقد خاص قائم بذاته، مستحدث، لا يندرج تحت العقود المسماة في كتب الفقه الإسلامي، لكنه مشمول بهذا الأصل المقرر في قواعد الفقه.

وقالوا: الأصل في العقود الصحة والإباحة فلا يبطل ولا يحرم من العقود إلا ما قام الدليل على تحريمه وبطلانه، والناس بحاجة إلى هذه المعاملة فتكون جائزة^(٢).

ونوقش هذا التخريج: بمقتضى القواعد الفقهية التي اعتبرت جانب الحقائق وقدمت معاني العقود على الألفاظ والمباني.

ذلك أن خطاب الاعتماد وإن كان في اسمه جِدَّةً، إلا أن مبناه على البيع في العقد المبرم بين المستفيد والعميل، والضمان فيما بين المستفيد والمصرف، وكلا العقدين معلومان^(٣).

التخريج الخامس: تخريج العقد على أنه عقد ضمان لحق المستفيد (البائع) بكل حال، سواء غُطي الاعتماد أم لم يُعْطَ. وذهب إليه جماعة من المعاصرين^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٠٨/٥، والفتاوى الهندية ٣/٣٠٥، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٥٦-٤٦٠.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٦٠. (٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٦١.

(٤) ينظر: الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة ١/٤٢٨، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٦١.

ذلك أن تغطية الاعتماد لا تجعل المصرف وكيلاً؛ لأن الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، بينما يضمن المصرف المال الذي أخذه من العميل في عقد الاعتماد مطلقاً حتى لو لم يتعدَّ أو يفترط.

ومن المعلوم أن المصرف إنما ضمن العميل لصالح المستفيد، فرجع إلى أن العميل مضمون عنه ولا بد؛ إذ كان أطراف عقد الضمان ثلاثة: ضامن وهو المصرف، ومضمون له وهو المستفيد، ومضمون عنه وهو العميل، فسقط التكيف بأن خطاب الضمان بالنظر إلى المستفيد كفالة، وأنه بالنظر إلى العميل عقد وكالة.

وهذا الفصل الذي وضعته المنظمات التجارية بين المصرف والعميل من جهة والمصرف والمستفيد من جهة مُستلٌّ من قانون التجارة الدولي، ولا يلزم الفقيه.

وإنما عمدوا إلى فصل الضمان عن عقد البيع احتياطاً للبائع، ووجه ذلك: أن البضاعة قد يعرض لها ما يؤثر في سلامتها أو يؤخر وصولها، والجهة البائعة لا تريد المساس بحقوقها في الثمن بأي حال من الأحوال، ومن هنا قرروا استقلال ضمان المصرف عن عقد البيع، وإجراءات تنفيذه. ذلك أن الضمان تابع لعقد البيع في الفقه، والتابع يتأثر بمتبوعه صحة وبطلاناً، وبقاءً وانتهاءً، فللمشتري الادعاء بأن البائع لا يستحق الثمن المضمون لإخلاله في شروط العقد، وبناء عليه يتوجه للكفيل أن يتخلف عن الدفع حتى يثبت له وفاء البائع بجميع التزاماته، وهم لا يريدون ذلك، بل يميلون إلى مصلحة الباعة المصدرين على حساب المشتري والمستوردين^(١).

ويمكن توجيه المناقشات التالية على هذا التخريج:

المناقشة الأولى: تقريركم أن تغطية الاعتماد لا تجعل المصرف وكيلاً بُني على مقدمتين، وهما: أن يد الوكيل يد أمانة، وأن المصرف يضمن ما قبضه من العميل المشتري لتغطية الضمان ولو لم يتعدَّ أو يفترط.

والمقدمة الأولى ناقصة من جهة قصور التصور؛ الأمر الذي أفسد عليكم نتيجة التوصيف. بيان ذلك: أن المصرف إذا كان من عاداته التوكل بأجرة، كان عمله هذا من جنس عمل الأجير المشترك، والأجير المشترك ضامن لما هلك تحت يده من أموال المستأجرين ولو لم يتعد أو يفترط سوى ما كان هلاكه بأمر ظاهر من زلزال أو غرق أو اختراق تقني عام، على المترجح بعد استعراض الأقوال في مسألة ضمان الأجير المشترك في المبحث الثاني عشر من الفصل الأول في هذا الباب، كما أن شركات التحويلات المالية السريعة تضمن ما هلك تحت يدها من الأموال إذا تقاضت أجراً لقاء توكلها في نقل الأموال.

المناقشة الثانية: لا يسلم لكم أن البيع ماضٍ بكل حال ولو لم يستوف المستفيد الشروط المتفق عليها، وسيتبين ذلك باستعراض بقية مباحث هذا الفصل بما اشتملت عليه من مطالب ومسائل.

الترجيح: أقرب التخريجات إلى واقع الاعتمادات المصرفية القول بأنه عقد كفالة، وهذا لا يمنع من دخول عقود أخرى تابعة؛ كالوكالة بأجر، وبيع المنافع والخدمات، والرهن، والقرض نتيجة الكفالة، غير أن المقصود هنا بيان وجهة العقد من حيث الأصالة لا التبع، ولا داعي لتشقيق أساس المعاملة بين العقود المسماة فيقال مثلاً: هو كفالة فيما بين المصرف والمستفيد البائع، ووكالة فيما بين المصرف والعميل، فكيف تنهض الكفالة بين المصرف والمستفيد من دون ركن المكفول وهو العميل المشتري الموكّل.

فإن كان المبلغ مغطى من حين التعاقد على الاعتماد المصرفي، وكانت وكالة العميل للمصرف في الاستلام والتسليم مقابل أجره، فخطاب الضمان حينئذ عقد وكالة بأجر وإن سُمي المصرف لدى المستفيد كفيلاً.



المبحث الثاني

ضمانات الاعتماد المصرفي البسيط

تقدم في صدر الفصل أن الاعتماد البسيط عبارة عن وعد من المصرف بإقراض العميل، ويستحيل قرضاً باتاً عند تنفيذ الوعد^(١)، وأن هذا التوصيف تأسيسي، وقد يتغير بتغير البنود المدونة في كل عقد بحسبه.

ولفتح الاعتماد المصرفي البسيط آثار تعاقدية على العميل من جهة، وعلى المصرف من جهة أخرى، وقد جمعتها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعهد المصرف بالدفع إذا تخلف العميل عن التزاماته

الأصل في عقود الاعتماد المصرفي البسيط أن المصرف لا يرجع في وعده بإقراض العميل قبل الأجل المحدد، ولو لم يوف العميل ببعض ما التزم به أمام المصرف مما سيأتي مفصلاً في المطلب الخامس، وذلك ما لم تحدث تغيرات مؤثرة في سمعة العميل أو إمكاناته، كما لو أفلس أو قصرت أهليته أو توفي.

والفقهاء تطرقوا إلى مسألة لزوم الوفاء بالعدة، واستوفيت كلامهم فيها وحكمهم إذا امتنع الواعد من إنجاز الوعد من جهة الحكم عليه بما وعد به وإلزامه به جبراً وتنزيل الوعد منزلة الضمان أم لا، وذلك في المبحث الحادي عشر من الفصل الأول في هذا الباب، بما أغنى عن إعادته هنا.

ولكي يتجنب المصرف ما قد يثيره العميل من منازعات قضائية في حال تراجع المصرف عن وعده في الأحوال المسماة، فإنه يعتمد عادة إلى إضافة شرط صريح في العقد، يسوّغ فيه لشخصه بأن يطلب - في أي وقت يشاء - إنهاء العقد فوراً، واسترداد ما يكون العميل قد أخذه من المبلغ المفتوح به الاعتماد، دون تقيد بمدة محدودة^(٢).

(١) ورأى بعض الباحثين أنه عقد مركب من قرض ووديعة، ومن قائل: إنه عقد غير مسمى يدخل ضمن العقود الحديثة، غير أنه قد أمكن استلحاقه بعقد فقهي مسمى من غير مانع متوجه. ينظر: الربا للسعيد ص ٨٧، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤١٥-٤٢٠.

(٢) ينظر: بحث الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للسعيد ضمن مجلة البحوث الإسلامية، ٨٤، ص ٣٥٦، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٠٦ و ٤٠٩ و ٤١١-٤١٢ و ٤٤٦.

وأصل هذا الشرط في كلام الفقهاء ما قرروه في باب القرض من حق المقرض في المطالبة بالقرض المؤجل، فجمهورهم على أن الأجل غير ملزم للمقرض، وبناء عليه يكون للمقرض حق المطالبة به في كل وقت^(١)؛ لأنه ملكه، وهو محسن في إقراضه، وما على المحسنين من سبيل، فإن أعسر العميل المقرض وجب إنظاره إلى ميسرة.

قال ابن قدامة: ولو أقرضه تفاريق، ثم طال به بها جملة؛ فله ذلك؛ لأن الجميع حال، فأشبه ما لو باعه بيوعاً حالة، ثم طال به بثمانها جملة. وإن أجل القرض لم يتأجل، وكان حالاً. وكل دين حل أجله لم يصرم مؤجلاً بتأجيله. اهـ^(٢).

المطلب الثاني: تجنب العميل مخاطر تقلب أسعار العملات

فتح الاعتماد يجنب العميل مخاطر تقلب أسعار العملات في فترة التعاقد، وكذلك نفقات وخسائر التحويل من عملة إلى عملة^(٣).

ولا ينبغي أن يُجرى على العملات الورقية المعاصرة كلام الفقهاء في النقدين من الذهب والفضة إذا كسداً لكونهما يحملان قيمة ذاتية، والضرر الوارد عليها لا يبطئها، ولأن الثمنية في النقدين خلقة، وأما الثمنية في النقود الورقية اليوم فهي اصطلاحية، وقابلة للإلغاء، والناس لا يقصدون منها تملك أعيانها، ولأن كساد عملة من النقود الورقية في دولة من الدول المعاصرة قد يقتضي بطلانها وقطع قيمتها مطلقاً، وعليه يعتبر في أداء الحقوق المتعلقة بها ضمان القيمة لا ضمان المثل.

المطلب الثالث: حق العميل في ترك استغلال الاعتماد

يُعد الاعتماد المصرفي البسيط عقدًا جائزاً في حق العميل، فقد يستعمله العميل بتسييل ورقة الاعتماد وتنفيذها، وقد لا يستعمله، ولا يملك المصرف إلزام العميل باستعمال حقه في استغلال الاعتماد^(٤).

المطلب الرابع: تمكين دائني العميل من المطالبة بتنفيذ الاعتماد

يعتبر حق الاعتماد حقاً شخصياً للعميل المستفيد منه، فلا يلتزم فيه المصرف إلا تجاه شخص العميل ذاته، ولا يسوِّغ المصرف للعميل أن يحيل حقه من الاعتماد البسيط إلى شخص آخر، كدائنيه، بدون رضا المصرف، ولا ينتقل حق العميل إلى الورثة. ولذلك تقتصر المطالبة على تنفيذ الاعتماد على المستفيد الذي هو العميل المقرض في

(١) ينظر: المغني ٦/٤٣١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٠٦-٤٠٧.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٠٦-٤٠٩، ٤٤٥-٤٤٦.

حالة الاعتماد المصرفي البسيط، وليس لدائنيه أن يحلوا محله في طلبها، ولا أن يحجزوا هذا الحق وهو في يد المصرف^(١).

المطلب الخامس: ضمانات المصرف في الاعتماد المصرفي البسيط

يتفق المصرف مع العميل على أن يقدم العميل ضمانات مسماة يطلبها منه المصرف لحفظ حقوقه، وهي كما يأتي:

المسألة الأولى: التزام العميل بدفع عمولة مقابل تعهد المصرف.

يلتزم العميل بدفع عمولة للمصرف مقابل تعهد المصرف بإقرضه، سواء استعمل العميل هذا الاعتماد أم لم يستعمله، فالعمولة يستحقها المصرف بمجرد تقديمه هذا التعهد بفتح الاعتماد. ودفع العميل للعمولة المشروطة عليه من قبل الدائن في الاعتماد يأخذ حكم الفائدة الربوية إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة فعلية متناسبة مع مقدار العمولة^(٢).

والأولى للجهات المصرفية الإسلامية تسميتها رسوماً إدارية أو مصاريف فعلية ونحو ذلك من الأسماء الملاقية حتى لا تشبه بالعمولة التي تحصلها الجهات المصرفية الربوية بناء على قيمة الاعتماد ومدته.

المسألة الثانية: التزام العميل بتقديم الضمانات العينية.

الغرض من الضمانات التي يطلبها المصرف من العميل حفظ لحقوقه، حيث إن الرهن قد يكون نقدًا وقد يكون عينًا وقد يكون دينًا، وكل ما جاز بيعه جاز رهنه.

ومن الضمانات العينية الإذن بحبس مستندات الاعتماد التي تمثل البضاعة، وحجز الحسابات والأوراق المالية وصكوك ملكية العقارات، والتنازل عن المستحقات والأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات لأمر، مع مراعاة ألا تكون السندات ربوية، وألا تكون الأسهم، وهي عبارة عن أوراق تجارية، في شركات ذات نشاط محرم أو فوائد ربوية^(٣).

المسألة الثالثة: التزام العميل بتقديم الضمانات الشخصية.

قد يلتزم العميل للمصرف في الاعتماد المصرفي البسيط بتقديم ضمانات شخصية، وهي الكفالات الشخصية، وذلك بحسب الاتفاق.

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٠٩ و ٤٤٦.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤١١ و ٤٢٣.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية (١٤)، ص ٤٠٣ و ٤١٥، والمعاملات المالية للديان

وإذا وقع نقص في الضمانات الشخصية أو العينية المقدمة من العميل المعتمد له، فإن المصرف فاتح الاعتماد يشترط لنفسه في هذه الحال حقاً في طلب تقديم ضمانات إضافية من العميل، أو خفض مبلغ الاعتماد إلى الحد الذي يتناسب مع الضمانات الباقية، وإما أن يقلل الاعتماد^(١).

المسألة الرابعة: التزام العميل بدفع تعويضات على المبالغ المسحوبة.

يلتزم العملاء في بعض عقود الاعتماد بدفع تعويضات لقاء المبالغ المسحوبة من الاعتماد المخصص للعميل، وليس على كامل المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل في الاعتماد المصرفي البسيط، وهذه التعويضات غير العمولة؛ لأن العمولة تُستحق بمجرد التعهد، وإذا لم يسحب العميل أية مبالغ من الاعتماد فلا يتحمل دفع التعويضات التي هي في حقيقتها فائدة ربوية^(٢).

وفي حال دفع الفوائد، لا يأخذ المصرف غالباً عمولة على فتح الاعتماد اكتفاء بالفوائد التي يأخذها على القرض، واستغناء بالعمولات الأخرى المختلفة، كأن يأخذ المصرف عمولة نظير فتح حساب للاعتماد لدى المصرف.

وهذه الفائدة ربا محرم في الإسلام، فيرتفع وصف المصرفية الإسلامية عند من يعمل بهذه التعويضات من المصارف.

وقد تعتمد بعض المصارف الإسلامية إلى الاستفادة من المبالغ المسحوبة من خلال صيغ المربحة والتمويل، غير أن السلع محل المربحة إذا كانت من سوق خارجية فلا بد من الاحتياط والتأكد من تحقق البيع ومجانبة الصورية، وأسلم السلع اليوم في عقود المربحة أسهم الشركات المحلية ذات النشاط المباح.



(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤١١.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٦.

المبحث الثالث

ضمانات الاعتماد المصرفي المستندي

الاعتماد المصرفي المستندي إنما سمي اعتماداً مستندياً لبناء التعامل فيه بين المستفيد (البائع) والمصرف على المستندات، وحرى بالذكر أن الاعتمادات المستندية أضحت من وسائل الدفع البارزة في العمليات التجارية الخارجية من أجل الضمانات التي تنطوي عليها، وأطراف الاعتماد المستندي لا يقتصرون على المصرف والعميل كما في الاعتماد البسيط، بل يتناول الاعتماد المستندي شخصاً ثالثاً في حالة الاعتماد المستندي غير المعزز، وشخصاً رابعاً إذا كان الاعتماد المستندي معززاً من مصرف خارجي^(١)، على ما تقدم توضيحه في المبحث الأول.

المطلب الأول: ضمانات المستفيد في الاعتماد المستندي

حقق الاعتماد المستندي الذي تصدره المصارف الإسلامية اليوم مصالح التجار في معاملاتهم وسهل لهم الوفاء بما التزموه في عقودهم؛ فالبائع (المستفيد) يبيع بضاعته ويؤمن له ثمنها، والمشتري (الامر) يكتسب ثقة البائع لشراء بضاعته ويضمن سلامتها ووصولها في الميعاد، ويستفيد من خبرة المصرف وعلاقاته الخارجية بما يوفر عليه الوقت والمال، كما أن المشتري قد يستفيد أيضاً من التسهيلات المالية المصرفية المتمثلة في القرض والضمان، والتسهيلات الإجرائية المتمثلة في الاستلام والتسليم وتوابعهما من فحص المستندات والتحقق من البيانات وما إليها، أما المصرف الإسلامي فإنه يكسب العملاء ويشغل موظفيه على حساب عملائه ويزيد سيولته، وقد يتربح لقاء صرف العملات.

غير أن لكل طرف في عقد الاعتماد المستندي ضمانات وحقوقاً يستقل بها، وقد أفردت هذا المطلب لبيان ضمانات المستفيد ثم رتبها في مسائل متسلسلة لتسهيل التصور، وهي كما يأتي:

المسألة الأولى: التزام المصرف بأداء الثمن خلال مدة محددة.

يقتضى الاعتماد المستندي تعهد المصرف للمستفيد (البائع) بدفع قيمة الاعتماد إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة المشتملة على ما يثبت شحن سلعة معينة في مدة سريان الاعتماد، وإذا لم يقدم المستفيد المستندات المطلوبة في المدة المحددة فإن الاعتماد يكون متتهياً، ولا يلتزم المصرف حينئذ بدفع شيء من قيمة الاعتماد.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٨.

وإذا وُجد اختلاف في القيمة بين المستندات والاعتماد المستندي، فإن المصرف ملتزم بدفع قيمة الاعتماد، أو قيمة البضاعة إذا كانت أقل من قيمة الاعتماد.

وعليه، فلا يعد فتح الاعتماد من جانب المشتري وفاءً نهائياً منه بالثمن، وتبقى ذمته مشغولة به حتى يدفع المصرف قيمة المستندات، كما أن انقضاء مدة الاعتماد لا يترتب عليها انفساخ عقد البيع بالضرورة.

فإذا انقضت مدة الاعتماد قبل تقديم المستندات، فللبائع مطالبة المشتري بقيمة البضاعة مباشرة^(١).

المسألة الثانية: التزام المصرف بأن يكون الالتزام المستندي قطعياً.

من المناسب في هذه المسألة بيان أنواع الاعتماد من حيث لزومه، وذلك أن للاعتماد المستندي نوعين من هذه الجهة، هما: اعتماد قابل للإلغاء والنقض، واعتماد قطعي أو نهائي.

ويقصد بالاعتماد القابل للإلغاء الاعتماد الذي يجوز للمصرف أن يرجع فيه دون أدنى مسؤولية تلحقه من قبل الأمر أو المستفيد، ومتى طلب فيه العميل الأمر من المصرف لإنهاء الاعتماد وجب عليه في منصوص الاتفاقيات سحبه فوراً؛ لأنه وكيل عن الأمر علاوة على أنه لم يلتزم أمام غيره بشيء.

وقد جاء في مستند الأحكام الشرعية الملحق بمعيار الاعتمادات المستندية الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن الاعتماد القابل للنقض يعد من باب الوكالة شرعاً، وعندما يتعلق به حق الغير يصبح لازماً إذا تم القبول أو جرى الدفع بموجبه، وليس من باب الكفالة لمناقضته مقتضاها ولعدم جواز شرط الخيار في الكفالة.

أما الاعتماد القطعي أو النهائي فهو الذي لا يجوز للمصرف أن يرجع فيه أو يلغيه إلا بموافقة من أطرافه؛ لأنه متى أخطر به المستفيد ترتب في ذمة المصرف التزام شخصي مباشر أمام المستفيد بتنفيذ ما جاء في خطاب الإخطار، وهو المقصود في هذه المسألة، وقد استدعى الكلام عليه استصحاب نظيره الذي يتفرع معه.

كما جاء في مستند الأحكام الشرعية الملحق بمعيار الاعتمادات المستندية أن الاعتماد في هذه الحالة مركب من الكفالة (الضمان) والوكالة، وينضم إليهما القرض، وكذلك الرهن للتوثيق؛ فالضمان متمثل في التزام المصرف بالدفع، والوكالة في الأعمال المتعلقة بفتح الاعتماد مثل التبليغ

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٨-٣٩٩، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤١١ و ٤٣٣ و ٤٤٦.

وإجراء الاتصالات والمتابعة وفحص المستندات، والقرض في حال الدفع عن العميل في الاعتماد الذي لم يغط، أو المغطى جزئياً^(١).

المسألة الثالثة: حق المستفيد في تعزيز الاعتماد المستندي.

منشأ هذه المسألة انقسام الاعتماد المستندي من حيث قوته إلى اعتماد معزز، واعتماد غير معزز. والمقصود بتعزيز الاعتماد: ضم ذمة مصرف معزز إلى ذمة المصرف المصدر، من حيث التزام المصرفين أمام المستفيد بشروط الدفع في الاعتماد إذا قُدِّم المستندات طبقاً لشروط الاعتماد، وللمستفيد مطالبة المصرفين معاً أو أحدهما.

وذلك أن البائع (المستفيد) قد لا يقنع بمصرف المشتري، فيطلب المستفيد تعزيز الاعتماد من مصرف بلده (بلد البائع) بحيث يتحمل مصرف البائع ما يتحمله مصرف المشتري، فهذا هو الاعتماد المعزز، وإذا كان غير مؤيد من مصرف البائع لم يكن اعتماداً معززاً^(٢).
وتعهد المصرف المعزز من قبيل ضمان الضامن (كفالة الكفيل)^(٣).

المسألة الرابعة: حق المستفيد في تحويل الاعتماد المستندي إلى مستفيد آخر.

الاعتمادات المستندية تنقسم من حيث قابليتها للتحويل من قبل المستفيد إلى قسمين: القسم الأول: اعتماد غير قابل للتحويل، فهذا لا يمكن للمستفيد تحويله لصالح مستفيد آخر، ولا يرد عليه الحق المزبور في المسألة.
القسم الثاني: اعتماد قابل للتحويل.

ففي هذا القسم من الاعتمادات، يمكن للمستفيد طلب إتاحة الاعتماد، كلاً أو جزءاً، لمستفيد آخر أو أكثر^(٤).

وبذلك يتبين موضع اكتساب المستفيد حق تحويل الاعتماد المستندي إلى مستفيد آخر.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٦-٣٩٧ و ٤١١-٤١٢، والمعاملات المالية للديان ٤٣٥/١٢.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٨ و ٤١٩، والمعاملات المالية للديان ٥٣٦-٤٣٥/١٢.

(٣) ينظر: الحاوي ٤٤٢/٦، ومجموع الفتاوى ٥٤٩/٢٩-٥٥٠، والشرح الكبير مع الإنصاف ٢٣/١٣-٢٧ و ٣٩، والمعايير الشرعية ص ٤١٢، ومعيار التأمين الإسلامي رقم (٢٦)، ص ٦٨٥.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٧ و ٤٠٣ و ٤١٩، والمعاملات المالية للديان ٤٣٦/١٢.

المطلب الثاني: ضمانات المصرف في الاعتماد المستندي

تقدم تعريف الاعتماد المستندي وتوصيفه فقهاً وبيان ضمانات المستفيد فيه، ومن المناسب قبل الكلام على أوجه ضمانات المصرف في عقد الاعتماد المستندي، الإشارة إلى طرق انتهاء الاعتمادات المستندية لدى الجهات المصرفية الإسلامية، حيث يعتبر منقضيًا بأمور، منها: انتهاء مدته، ووفاء المصرف به، و وفاة العميل أو فقداه الأهلية، أو إفلاسه، وإن كان العميل شركة فيبطلها وحلها؛ مما دل على أن الضمان في الاعتماد ضمان مؤقت، والكفالة أو الضمان لا محذور في توقيتها. كما أن للمصرف إنهاء عقد الاعتماد إذا حدثت تغيرات هامة في سمعة العميل، كما لو أدين في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، أو ثبت دخوله في عمليات خطيرة لها طابع المقامرة، أو حرر شيكات بدون رصيد، ونحو ذلك^(١).

المسألة الأولى: ضمانات المصرف الخارجي في الاعتماد المستندي.

ذكر الفقهاء مسألة في الضمان مشابهة للالتزامات المصرف الخارجي في اتفاقيات الاعتماد المستندي المبرمة مع الجهات المصرفية الإسلامية، وهي ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري، وهو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو ردَّ بعيب، فهو في الجملة ضمان الثمن أو جزء منه، والعهدة الكتاب الذي تُكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن، فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، فأجازه جماهير الفقهاء ولم يمنع منه إلا بعض أصحاب الشافعي. وقد قرروا أن من لوازم هذا الضمان على الضامن: استحقاق رجوع المشتري بالثمن إذا تخلف البائع^(٢).

ومحل الشبه والتخريج بين مسؤوليات المصرف الخارجي في الاعتماد المستندي وضمان الضامن لعهدة المبيع في مواجهة المشتري، هو التزام المصرف الخارجي مع المصرف الداخلي. وبعد: فإن اتفاقيات الاعتمادات المستندية تشتمل على التزامات تضمن حقوق المصرف الخارجي، وقد فرقت هذه الضمانات المشترطة في فروع لتقريب التصور، وهي كما يأتي:

الفرع الأول: حق المصرف الخارجي في إلغاء الاعتماد المستندي.

من أنواع الاعتمادات المستندية ما يكون جوازيًا قابلاً للإلغاء بحيث إن المصرف الخارجي يجوز لنفسه أن يرجع فيه دون أدنى مسؤولية عليه من قبل المستفيد أو الأمر ومن ينييه، حيث يخطر المصرف المستفيد عند فتح الاعتماد بأنه فتح لصالحه اعتماداً في حدود مبلغ كذا، ولكنه يصرح أنه قابل للإلغاء في أي وقت.

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/ ٤٣١.

(٢) ينظر: النهر الفائق ٣/ ٤١٤، وشرح المازري ٣/ ٢/ ١٤٦، والحاوي ٧/ ٨١، وروضة الطالبين ٤/ ٢٤٦، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٩-٣٠ و٣٢.

وعليه، فلا يترتب على هذا الاعتماد حال إلغائه أي التزام على المصرف ولا أي حق للمستفيد. كما أن المستفيد إذا لم يقدم المستندات المطلوبة في المدة المحددة فإن الاعتماد يكون ملغياً، ولا يلتزم المصرف حينئذ بدفع شيء من قيمة الاعتماد.

وإن وقع نقص هام في الضمانات العينية أو الشخصية المطلوبة من العميل المعتمد له ومن ينوبه من المصارف الداخلية، جاز للمصرف الخارجي وفقاً لمقتضيات الحال؛ إما أن يطلب من المصرف الداخلي تقديم ضمانات إضافية، وإما أن يخفض مبلغ الاعتماد إلى الحد الذي يتناسب مع الضمانات الباقية، وإما أن يقلل الاعتماد.

وذلك بخلاف الاعتماد القطعي أو النهائي، فإنه لا يتاح فيه رجوع المصرف عن قراره في فتح الاعتماد، ولا حق له في إلغائه^(١)، ووفاء المصرف بما التزم به متصل بمسألة لزوم الوفاء بالعدة المبحوثة بتوسع في المبحث الحادي عشر من الفصل الأول في هذا الباب، إضافة إلى مسألة لزوم العقد على الأجبر المشترك طرداً لمقتضى عقود المعاوضات إذ كان المصرف وكيلاً بأجرة على تسوية إجراءات البضاعة المصدرة.

الفرع الثاني: اعتبار الاعتماد المستندي لازماً بوصوله إلى المصرف الخارجي.

متى أخطر المستفيد أو مصرفه الخارجي بالاعتماد، زال خيار المصرف الداخلي وعميله المشتري في إلغاء الاعتماد، وصارت قيمة الاعتماد لازمة في ذمة المصرف الداخلي لزوماً شخصياً مباشراً أمام المستفيد، وعليه تنفيذ ما جاء في خطاب الإخطار، وبذلك يضمن المصرف الخارجي لزوم الاعتماد^(٢).

كما أن الاعتماد يعد لازماً في حق العميل أمام المصرف الداخلي منذ وصول خطاب الاعتماد إلى علم المستفيد؛ فليس للعميل حينئذ الرجوع لئلا يضر بالمصرف الداخلي الذي التزم أمام غيره^(٣).

الفرع الثالث: التزام المستفيد بتنفيذ ما تضمنه الضمان من شروط وتعليمات.

يكون الاعتماد لازماً في حق المستفيد إذا بلغه خطاب الاعتماد، وهو ملزم بتنفيذ ما تضمنه الضمان من شروط وتعليمات في المدة المقررة حتى يتمكن من الإفادة من الاعتماد^(٤).

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤١١ و ٤٣٥ و ٤٤٦.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٣٥.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٥.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٣٧ و ٤٤٨.

على أن الالتزام بتنفيذ شروط العقد واجب أصالةً بغير شرط، إلا أن تدوين التعهد به يزيده وكادة وينفي عنه الجهل أو النسيان، والأصل المتقرر في الشروط هو الصحة واللزوم.

وهذا الالتزام هو آخر ضمانات المصرف الخارجي البارزة في الاعتماد المستندي، ويليهِ:

المسألة الثانية: ضمانات المصرف الداخلي في الاعتماد المستندي.

المصرف الداخلي هو الذي يباشر المشتري العمل معه في الاعتماد المستندي، وله ضمانات جمعتها في الفروع التالية:

الفرع الأول: التزام المستفيد بتقديم المستندات المطلوبة.

من التزامات البائع (المستفيد) في عقد الاعتماد المستندي أن يقدم للمصرف كافة المستندات المطلوبة نصًّا في خطاب الاعتماد، وذلك بناء على طلب يتوجه به المصرف إلى المستفيد، ويكون الطلب مشفوعًا بخطاب الاعتماد المشتل على بيان موضوع الخطاب ومواصفات السلعة المطلوبة.

فيتقدم البائع بالمستندات الدالة على تنفيذه التزاماته مع المشتري (العميل الأمر) للبرهنة على وفائه واستحقاقه تسهيل الخطاب وتنقيضه، ثم إن المصرف مطالب بالوفاء للبائع بمجرد تقديمه تلك المستندات وفحصها والتأكد من سلامتها شكلاً، فقد لا يستحق البائع شيئاً في حالة ثبوت غش، أو تزوير في المستندات، أو في حالة وجود حكم قضائي ببطالان عقد البيع.

ولا يحق للعميل التعديل في الشروط المحررة في الاعتماد بعد مخاطبة البائع بها من قبل المصرف، ما لم يتفق مع المصرف والمستفيد على تعديلها، وهذا متصور في حال وجود تفاوت بين شروط المشتري ومستندات بضاعة البائع مع رغبة المشتري في إمضاء البيعة.

يأتي ذلك في سياق استناد الاعتماد المستندي على ما نشأ في ذمة المصرف من الالتزام المستقل عن عقدة البيع، فخطاب الاعتماد هو الذي يحكم علاقة المصرف بالبائع أصالةً، والمستندات محل تحقق المصرف وتفحصه بموجب توكله في ذلك من قبل العميل المشتري^(١).

الفرع الثاني: التزام المستفيد باستكمال المتطلبات القانونية لتصدير البضاعة.

من التزامات البائع (المستفيد) في عقد الاعتماد المستندي أن يستكمل ما تستدعيه الموافقة الحكومية من إجراءات لتصدير البضاعة المزمع استيرادها من قبل المشتري بوساطة المصرف الداخلي.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٥ و ٤٠٠، المعاملات المالية للديان

ذلك أن من إجراءات الاعتماد المستندي طلباً يتوجه به المصرف إلى البائع (المستفيد) لتقديم المستندات الدالة على استيفاء المتطلبات القانونية لتصدير البضاعة، وعلى البائع التقيد بذلك؛ ضماناً لحق المصرف الداخلي من جهة عدم رجوع المشتري عليه بالثمن^(١).

الفرع الثالث: حق المصرف الداخلي في إلغاء الاعتماد المستندي.

من أنواع الاعتمادات المستندية ما يكون جوازياً قابلاً للإلغاء بحيث إن المصرف الداخلي يجوز لنفسه أن يرجع فيه دون أدنى مسؤولية عليه من قبل الأمر أو المستفيد ومن ينبيه من المصارف الخارجية، حيث يُخطر المصرف المستفيد عند فتح الاعتماد بأنه فتح لصالحه اعتماداً في حدود مبلغ كذا، ولكنه يصرح أنه قابل للإلغاء في أي وقت.

وعليه، فلا يترتب على هذا الاعتماد حال إلغائه أيُّ التزام على المصرف ولا أي حق للمستفيد.

كما أن المستفيد إذا لم يقدم المستندات المطلوبة في المدة المحددة فإن الاعتماد يكون ملغياً، ولا يلتزم المصرف حينئذ بدفع شيء من قيمة الاعتماد.

وإن وقع نقص هام في الضمانات العينية أو الشخصية المطلوبة من العميل المعتمد له، جاز للمصرف فاتح الاعتماد وفقاً لمقتضيات الحال؛ إما أن يطلب من العميل تقديم ضمانات إضافية، وإما أن يخفض مبلغ الاعتماد إلى الحد الذي يتناسب مع الضمانات الباقية، وإما أن يقفل الاعتماد. وذلك بخلاف الاعتماد القطعي أو النهائي، فإنه لا يتاح فيه رجوع المصرف الداخلي عن قراره في فتح الاعتماد، ولا حق له في إلغائه^(٢)، ووفاء المصرف بما التزم به متصل بمسألة لزوم الوفاء بالعدة المبحوثة في المبحث الحادي عشر من الفصل الأول في هذا الباب، ومسألة لزوم العقد على الأجير المشترك طرداً لمقتضى عقود المعاوضات إذ كان المصرف وكيلاً بأجرة على تسوية إجراءات البضاعة المستوردة من قبل العملاء.

الفرع الرابع: اعتبار الاعتماد المستندي لازماً بنماء خطاب الاعتماد إلى علم المستفيد.

تعتبر آثار الاعتماد لازمة في حق العميل بتبليغ المستفيد بخطاب الاعتماد، فليس للعميل الرجوع بعد ذلك لثلا يضر بالمصرف الذي دخل في كلفة بالتزامه في مواجهة المستفيد والمصرف الخارجي^(٣).

(١) ينظر: المصدران الآنفان.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/١١ و ٤٣٥ و ٤٤٦.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٥.

نعم البيعة قد وجبت بالعقد المبرم بين البائع والعميل، غير أن المصرف الداخلي يخشى من توجه المشتري العميل إلى مصرف داخلي ثانٍ لإجراء الاعتماد المستندي مع البائع الذي يسمى مستفيداً في مواجهة المصرف المعتمد للخطاب.

وقد تقدم في المبحث الحادي عشر من الفصل الأول ترجيح القول بلزوم الوفاء بالعدة من حيث الجملة؛ لأن الشريعة حضت على الوفاء بالوعد، والأصل في المأمور به شرعاً الالتزام والإلزام، والقول بخلاف ذلك يؤثر في قيمة الوعد عند المسلمين.

ولو تراجع العميل قبل نماء خطاب الاعتماد إلى علم المستفيد، فليس للعميل استرداد ما دفعه المصرف من المصاريف الفعلية.

الفرع الخامس: التزام المستورد بدفع عمولة فتح الاعتماد المستندي.

تستحق عمولة المصرف الداخلي على العميل المستورد في مقابل الخدمات التي يقدمها المصرف بصفته وكيلاً لعميله؛ سواء أكانت العمولة مبلغاً معلوماً أم نسبة من مبلغ معلوم^(١).

وعليه تكون هذه الوكالة من قبيل الوكالة بأجر، وقد انتهت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الاعتمادات المستندية إلى جواز تقاضي المصرف قيمة التكاليف الفعلية على الاعتمادات المستندية، وجواز أخذ أجره على الخدمات المطلوب في فتح الاعتماد؛ سواء أكانت مبلغاً مقطوعاً أم نسبة من مبلغ الاعتماد، بما في ذلك الاعتمادات الواردة والصادرة والتعديل، إلا رسوم تعديل مدة الاعتماد فيجب أن تكون مبلغاً مقطوعاً مقتصرًا بطبيعة الحال على المصروفات الفعلية، ولا يجوز أن تكون الرسوم بالنسبة المئوية، مع مراعاة ألا يؤخذ في الاعتبار جانب الضمان عند تقدير الأجرة، وألا يترتب على ما تقدم فائدة ربوية أو ذريعة إليها، وألا يكون اجتماع العقود وسيلة إلى محرم^(٢).

والأولى للجهات المصرفية الإسلامية العدول عن مسمى العمولة، واستبداله بالأسماء الملاقية كالرسوم الإدارية والتكاليف وأجرة الخدمات ونحو ذلك، حتى لا تشبه بالعمولة التي تحصلها الجهات المصرفية الربوية بناء على قيمة الاعتماد ومدته.

الفرع السادس: التزام المستورد بدفع عمولة على تبليغ الاعتماد وتعزيزه.

جواز أخذ المصرف للأجرة إزاء الخدمات المطلوبة والمنافع المبذولة للاعتمادات المستندية إضافة إلى قيمة التكاليف الفعلية مشروط بألا يؤخذ في الاعتبار جانب الضمان عند تقدير

(١) ينظر: المعايير الشرعية ص ٤١٤، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، القرار رقم (٤١٩) بشأن الرسوم على الاعتمادات المستندية ١/٢٢٤-٦٢٨، المعاملات المالية للديان ١٢/٤١١ و ٤٢٣ و ٤٤٦.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٤٠٠-٤٠٢.

الأجرة من جهة قيمة الاعتماد ومدته، وعليه فلا يجوز للمصرف أن يأخذ زيادة على المصروفات الفعلية في حال تعزيزها لاعتماد صادر من مصرف آخر؛ لأن الزيادة المدفوعة في تعزيز الاعتماد تقابل ضماناً محضاً في الغالب، وفي حكم التعزيز كذلك المشاركة في التعزيز^(١)، وذلك ما لم يتطلب التعزيز خدماتٍ أو تكاليف إضافية واقعية؛ فحيث يسهل دفع الزيادة.

وعليه، لا ينبغي للجهات المصرفية الإسلامية أن تشترط على المستورد دفع عمولة على تبليغ الاعتماد وتعزيزه، ما لم يقتض هذا الشرط بوجود تكاليف واقعية أو خدمات إضافية فعلية. وهذا الموطن يبرز فيه أهمية دور هيئات الرقابة الشرعية، للتأكد من واقعية المصروفات المطلوبة بعد تبليغ الاعتماد أو تعزيزه، وسلامتها من الغش أو الزيادة.

الفرع السابع: التزام المستورد بدفع فوائد على الائتمان بالنسبة.

يلتزم العميل المستورد في بعض عقود الاعتماد لدى المصارف الربوية بدفع فوائد على المبالغ المسحوبة فعلياً من الاعتماد المخصص للعميل، وليس على كامل المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل، وهذه الفوائد تغاير العمولة من جهة أن العمولة تُستحق بمجرد التعاقد، أما الفوائد فتستحق بالسحب، وإذا لم يسحب العميل من الاعتماد أي مبلغ فلا يتحمل شيئاً من الفوائد^(٢).

وفي حال دفع الفوائد لا يأخذ المصرف غالباً عمولة على فتح الاعتماد اكتفاءً بالفوائد التي يأخذها على القرض، واستغناءً بالعمولات الأخرى المختلفة، كأن يأخذ المصرف عمولة نظير فتح حساب للاعتماد لدى المصرف.

وهذه الفائدة ربا محرم في الإسلام، وإذا تعامل بها المصرف الإسلامي ارتفع عنه وصف المصرفية الإسلامية^(٣).

ولذلك اشترط لجواز عقد الاعتماد المستندي ألا يتضمن تعاملاً بالفوائد الربوية أخذاً أو إعطاءً، أو إعانة أو وعداً، فإن التزم العميل المستورد بدفع الفوائد على الائتمان بالنسبة، كان ذلك باباً من أبواب الربا المحرم في الإسلام.

ومن أجل ذلك، قيّدت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية جواز تقاضي المصرف قيمة التكاليف الفعلية على الاعتمادات المستندية، وجواز أخذ أجرة على الخدمات المطلوبة في فتح الاعتماد؛ سواء أكانت مبلغاً مقطوعاً أم نسبة من مبلغ الاعتماد، بآلا يترتب عليه فائدة ربوية أو ذريعة إليها^(٤).

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية (١٤)، ص ٤٠١-٤٠٢.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٦. (٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤١١.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٤٠٠-٤٠٢.

والأولى للجهات المصرفية الإسلامية العدول عن مسمى العمولة، واستبداله بالأسماء الملاقية، كالرسوم الإدارية والتكاليف وأجرة الخدمات ونحو ذلك، حتى لا تشبه بالعمولة التي تحصلها الجهات المصرفية الربوية بناءً على قيمة الاعتماد ومدته.

الفرع الثامن: التزام المستورد بدفع قيمة الائتمان.

على العميل المستورد في عقد الاعتماد المستندي أن يدفع قيمة ما أوّمن عليه مقابل تنفيذ المصرف الإسلامي التزاماته مع المستفيد، والمقصود بقيمة الائتمان المبالغ التي دفعها المصرف للمستفيد، والمصاريف التي تحملها والخدمات التي أداها في سبيل ذلك، إذ كان فتح الاعتماد من جانب المشتري لا يُعد وفاءً نهائياً منه بالثمن^(١).

الفرع التاسع: التزام المستورد ببذل المتطلبات القانونية للموافقة على استيراد البضاعة.

يلتزم العميل المستورد في عقد الاعتماد المستندي باستكمال جميع الإجراءات المطلوبة التي يتطلبها نظام البلد للموافقة على استيراد البضاعة^(٢)، حتى تكون أعمال المصرف مع المستفيد منتجة لآثارها، ولا تضع المصاريف المدفوعة، فهذا الشرط من دواعي حفظ وسد ذريعة السرف فيه.

الفرع العاشر: التزام المستورد بضمان تلف البضاعة أو هلاكها إذا تأخر في استلامها من عهدة المصرف الداخلي.

الالتزام بتلقي المستندات بعد أن تكون في عهدة المصرف من مسؤوليات العميل (المستورد) في عقد الاعتماد المستندي، فإذا تأخر العميل في استلام تلك المستندات وترتب عليه تأخره في استلام تلك البضاعة، فإن العقود تنص على تحمله المسؤولية عند تلف البضاعة، أو هلاكها، كما أنه يتحمل الرسوم الجمركية الإضافية المترتبة على التأخر^(٣).

وهذا يكون بعد التمكن من القبض، قال ابن تيمية: إن تعليق الضمان بالتمكين من القبض أحسن من تعليقه بنفس القبض، وبهذا جاءت السنة، ففي الثمار التي أصابها جائحة لم يتمكن المشتري من الجذاذ، وكان معذوراً، فإذا تلفت كانت من ضمان البائع. اهـ^(٤).

وتنص بعض العقود في المصارف الإسلامية على أن المصرف ليس مسؤولاً عما يلحق المواد أو الآلات أو البضائع محل الاعتماد من الأضرار والتلفيات، وأنه ليس مسؤولاً عن تأخر

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية (١٤)، ص ٣٩٩، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٥ - ٤٤٦.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٦.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٥.

(٤) مجموع الفتاوى ٣٤٤/٢٠.

وصولها، وتنحصر مسؤوليته في مطابقة تلك المستندات^(١).

وهذا محل نظر، فإن الوكيل في القبض مسؤول في حال تعديه أو تفريطه من غير خلاف، وقبض المستندات قبض لما تمثله من بضائع.

ومن الأصول الشرعية المقررة لمعنى محاسبة الوكلاء على أموال المسلمين تحصيلًا أو تفريقًا ما رواه البخاري^(٢) عن أبي حميد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: استعمل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجلًا على صدقات بني سليم - يدعى ابن اللُثَيَّة - فلما جاء حاسبه قال: هذا مالكم، وهذا هدية. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فهلأ جلست في بيت أبيك وأملك حتى تأتيتك هديتك إن كنت صادقًا»، ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، فإني أستمعُ الرجلَ منكم على العملِ مما ولاني الله، فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي، أفلا جلست في بيت أبيه وأمه حتى تأتيته هديته، والله لا يأخذ أحدُ منكم شيئًا بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة، فلا عرفن أحدًا منكم لقي الله يحمل بغيره رُغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر»، ثم رفع يده حتى رئي بياض إبطه يقول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اللهم هل بلغت»، بَصُرَ عيني وسمع أذني. والشاهد هو قول الراوي: «فلما جاء حاسبه»، أي: أمر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من يحاسبه ويقبض منه، وليس للجهة المصرفية رفع شخصها عن مبدأ المحاسبة اغترارًا بمكانها وملاءتها.

الفرع الحادي عشر: حق المصرف الداخلي في وضع مستندات البضاعة تحت يده حتى يستوفي قيمة البضاعة من المستورد.

مفاد هذا الفرع أن للمصرف أن يحبس مستندات البضاعة تحت يده، ولا يسلمها للمشتري حتى يستوفي قيمتها، وهو ما يسمى (رهن المستندات)، والأصل المتقرر عند عامة الفقهاء أن ما جاز بيعه جاز رهنه، وأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، مع أن ثمة فروغًا استثنوا في رهن أشياء لا يصح بيعها^(٣)، وبيع المستندات بيع لما تمثله، ورهنها رهن لموجوداتها التي تمثلها، كرهن مستخلصات المقاولين^(٤) في عقد تمويل المقاول، ورهن مستندات البضاعة في من قبل مصدر خطاب الاعتماد المستندي.

(١) ينظر: التطبيق الثاني في الباب الثاني.

(٢) في باب محاسبة الإمام عماله برقم ٦٧٧٢.

(٣) كرهن الأمة دون ولدها الصغير، والثمرة قبل بدو صلاحها من غير اشتراط القطع. ينظر: مواهب الجليل ٣/٣٦٤، والحاوي ٦/١٢، والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٣٧٧.

(٤) المستخلص هو شهادة تفيد استحقاق المقاول جزءًا أو نسبة معينة من قيمة المشروع، منتظرًا صرفه من الحكومة أو من تنيب، وعادة ما تكون هناك مدة بين ورود المستخلص وصرفه. ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط رقم (٢٧٧)، ص ٨٤.

وقد يستوفي المصرف من حسابات العميل والأوراق المالية وصكوك ملكية العقارات، أو من مستحقات أوراق العميل التجارية كالكمبيالات والسندات لأمر^(١).

المطلب الثالث: ضمانات المستورد

من المعلوم أن الاعتمادات المستندية، بالنظر إلى المصرف المصدر للاعتماد، منها ما يكون اعتماداً للتصدير، ومنها ما يكون للاستيراد، وفي الاعتمادات المستندية الصادرة بغرض الاستيراد ضمانات جمعتها في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: التزام المصرف بأن يكون الاعتماد المستندي قطعياً.

تقدم في هذا الفصل بيان أنواع الاعتمادات من حيث كونها قطعية أو قابلة للإلغاء والنقض، وأن الاعتماد الذي لا يقبل الإلغاء والنقض، وهو الاعتماد القطعي، هو الذي لا يستطيع المصرف أن يرجع فيه أو يلغيه إلا بموافقة أطرافه؛ لأنه متى أخطر به المستفيد ترتب في ذمة المصرف التزام شخصي مباشر في مواجهة المستفيد بتنفيذ ما جاء في خطاب الإخطار، وبه يضمن المستورد أن المصرف لن يرجع في التزامه من تلقاء نفسه.

وقد جاء في مستند الأحكام الشرعية الملحق بمعيار الاعتمادات المستندية أن الاعتماد في هذه الحالة مركب من الكفالة (الضمان) والوكالة، وينضم إليهما القرض، وكذلك الرهن للتوثيق؛ فالضمان متمثل في التزام المصرف بالدفع، والوكالة في الأعمال المتعلقة بفتح الاعتماد، مثل التبليغ وإجراء الاتصالات والمتابعة وفحص المستندات، والقرض في حال الدفع عن العميل في الاعتماد الذي لم يغط، أو المغطى جزئياً^(٢).

المسألة الثانية: التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الاعتماد للمستفيد.

بعد إبلاغ البائع بخطاب الاعتماد من قبل المصرف، يقدم المستفيد المستندات المطلوبة في مدة سريان مفعول الخطاب، وبعد فحصها والتأكد من سلامتها يدفع المصرف قيمة خطاب الاعتماد للمستفيد، وإذا لم يقدم المستفيد المستندات المطلوبة في المدة المحددة فإن الاعتماد يكون منتهياً، ولا يلتزم المصرف بدفع شيء من قيمة الاعتماد^(٣).

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية (١٤)، ص ٤٠٣، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٨.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٦-٣٩٧ و ٤١١-٤١٢، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٣٥.

(٣) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٦.

فالمصرف ملزم بدفع قيمة الاعتماد إلى المستفيد إذا تسلم المستندات مطابقة للتعليمات، إلا في حالة ثبوت غش، أو تزوير في المستندات، أو في حالة وجود حكم قضائي ببطالان عقد البيع^(١).

المسألة الثالثة: التزام المصرف بتسليم البضاعة في الوقت والمكان المتفق عليهما.

التزام المصرف بتسليم البضاعة في الوقت المتفق عليه والمكان المتفق عليه فرغ عن توكله في قبض المستندات وما تمثله من بضائع، فإذا اتفقا على وقت تسليم البضائع ومكانها فعلى المصرف الالتزام بالشرط والوفاء بالوعد؛ لأن المسلمين على شروطهم^(٢).

وبذلك يضمن المشتري (المستورد) استلام البضاعة في الوقت المتفق عليه والمكان المتفق عليه، وتكون عودته مع موزعيه وعملائه تامة، وحركة السوق منضبطة.

المسألة الرابعة: التزام المصرف بالتحقق من مطابقة مستندات البضاعة للشروط.

المقصود بمستندات البضاعة: مستندات الشحن، والكمبيالة، وبوليصة الشحن الجوي أو البحري، ووثيقة التأمين، وشهادة المنشأ، والفاتورة القنصلية.

ومن التزامات المصرف في عقد الاعتماد: فحص المستندات المقدمة من قبل المستفيد، للتأكد من موافقتها للشروط المحددة في خطاب الاعتماد قبل تسهيل الخطاب وتنظيمه؛ لأن مقاطع الحقوق عند الشروط.

ومستندات البضاعة تختلف كمًّا وكيفًا باختلاف البضائع، وبحسب النظام الاقتصادي القائم في بلد الاستيراد أو التصدير.

فالكمبيالة عبارة عن محرر مكتوب يتضمن أمرًا من الساحب (المشتري)، موجهًا للمسحوب عليه (المصرف) بأن يدفع للمستفيد (البائع) مبلغًا من النقود بمجرد الاطلاع، أو في ميعاد معين، أو قابل للتعيين، وتتضمن توقيع الساحب.

والمقصود ببوليصة الشحن البحري، عقد نقل البضاعة المبرم بين مرسل الشحنة والناقل البحري الذي يتولى النقل من ميناء الإقلاع أو التحميل إلى ميناء الوصول أو التفريغ، وتعد بوليصة الشحن من أهم مستندات الاعتماد.

أما الفاتورة التجارية، فهي: مستند محاسبي يوضح فيه البائع قيمة البضاعة، والأسس التي قام عليها احتساب القيمة. وأهم بيانات الفاتورة التجارية: اسم البائع، وعنوانه، واسم المشتري، وعنوانه، وتاريخ إصدار الفاتورة، ورقمها، وذكر كمية البضاعة، ومواصفاتها، وسعر الوحدة، والسعر الإجمالي، والخصومات، ووزن البضاعة، وعدد الطرود.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٩.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/ ٤٤٣.

وشهادة المنشأ هي: المستند الذي يوضح هوية البضاعة، ومكان صنعها، وعادة ما يكون هذا الطلب تنفيذاً لقانون بلد المستورد^(١).

المسألة الخامسة: التزام المصرف بتمكين المستورد من بيع البضاعة والتصرف فيها قبل وصولها عن طريق مستنداتها.

يتوجه المصرف إلى العميل بعد وصول المستندات لإبلاغه وتمكينه من الاطلاع عليها، ليتمكن العميل من إجراء المطابقة والفحص النهائي ومن ثم التصرف بها^(٢)؛ لأن قبض المستند في العرف قبض لما يمثله من موجودات، كما في قبض الصكوك والشهادات الاستثمارية التي يكون قبضها قبضاً لما يمثله مما زُبر فيها ورُقِم عليها.

المسألة السادسة: حق المستورد في رفض البضاعة بعد فحصها والتحفظ عليها.

البضاعة إذا فحصها العميل فله أن يرفضها أو يقبلها مع التحفظ على ما يخالف الشروط إن وُجد. وذلك أن فحص المصرف مقتصر في الجملة على المستندات المقدمة من قبل المستفيد، ولا يتعدى إلى البضاعة ذاتها غالباً، فليس من شأن المصرف البحث أصالة من نفسه عن كمية البضاعة، أو نوعها، أو تغليفها، أو تسليمها، أو موافقتها لمواصفات المستورد أو المستصنع أو المشتري المحررة في المستندات، حتى ولو كان ذلك ممكناً، بل يكفي بالتحقق من توافر المستندات المطابقة للشروط المدونة في خطاب الاعتماد.

فإن ثبت للمصرف غش أو تزوير في المستندات، أو وُجد حكم قضائي يقتضي بطلان عقد البيع، لم يدفع المصرف قيمة الاعتماد للطرف الثالث مستفيداً كان أو مصرفاً خارجياً^(٣).

المسألة السابعة: التأمين على بضاعة المستورد.

تقدم في المسألة الرابعة آنفاً أن من بين المستندات المطلوبة للبضاعة المستوردة: وثيقة التأمين، والغرض من التأمين على البضاعة تمكين المشتري من الحصول على التعويض في حال تعرضت البضاعة للنقص أو التلف^(٤).

والتأمين السائغ للتعامل به لدى الجهات المصرفية الإسلامية هو التأمين التعاوني القائم في أساس عملها على مبدأ المشاركة في تحمل آثار الخسائر والمصائب النازلة بالمشتريين، وهو

(١) ينظر: المعايير الشرعية ص ٤١٢ و ٤١٦، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٦-٤٤٨.

(٢) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٧.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٩، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٦ و ٤٤٧.

(٤) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٦-٤٤٨.

من أعمال القرب التي يثاب عليها المشترك إن احتسب أجر تخفيف مصاب المشتركين وإعانتهم، والأصل فيه ما روى البخاري (٢٤٩٦) في باب الشركة في الطعام والنهْد والعروض عن أبي موسى الأشعري، قال: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ الْأَشْعَرِينَ إِذَا أُرْمِلُوا -أي: قل ما عندهم- فِي الْغَزْوِ، أَوْ قُلْ طَعَامُ عِيَالِهِمْ بِالْمَدِينَةِ، جَمَعُوا مَا كَانَ عَنْدهُمْ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ فِي إِنْاءٍ وَاحِدٍ بِالسَّوِيَّةِ؛ فَهَمُّ مَنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ»، فانظر كيف جاز التفاضل وساعت النسيئة في الأموال الربوية لتخلف شرط المعاوضة على الطريقة الأشعرية في التأمين التعاوني.

أما التأمين التجاري التقليدي فهو محرم شرعاً؛ لأنه يستهدف الربح من التأمين نفسه بالتغدير والمقامرة، ولا ينطلق من مبدأ التعاون على رفع الجوائح المحتملة وتقاسم المشتركين آثار الخسائر والأضرار في المستقبل، ولا يجري فيه توزيع الفائض وأرباح الاشتراكات المعزولة لغرض الاستثمار وتنمية المال دفعاً لاحتمال زيادة المطلوبات على الاشتراكات، بل يذهب على المشتركين إذا سلموا جميعاً كل ما دفعوا. ولذا لا يجوز لجهة التعاوني أن تؤمن على نفسها لدى جهات التأمين التجاري.

وقد ذكر الفقهاء صوراً مشابهة للتأمين التعاوني التكافلي، وعدوها من قبيل ضمان ما لم يجب أو ضمان المجهول واستساغه الجمهور؛ فمن الصور التي ذكروها: ضمان تجار الحرب ما يذهب من البلد أو البحر، وضمن السوق الذي هو أن يضمن ما يجب على التجار للناس من الديون، وضمن دين الضامن نحو أن يضمن الضامن ضامناً آخر، وضمن نفقة الزوجة المستقبلية. بل من الصور عندهم ما هو أوسع من التأمين التعاوني المعاصر، كضمن الضامن للمشتري - في مسألة ضمان عهدة المبيع - ما يحدث في المبيع من بناء أو غرس، وذلك إذا بنى المشتري فيما اشتراه أو غرس فيه، فاستحق المبيع؛ رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص.

المسألة الثامنة: حماية سلعة المستورد عند إعساره أو إفلاسه.

سبق معنا أن الاعتماد المصرفي يمكن البائع (المستفيد) من تحصيل قيمة بضاعته بحيث لا يتعرض لصعوبات في تسوية المدفوعات أو مخاطر التأخير في السداد؛ الأمر الذي يغني البائع عن التحري بشأن المشتري؛ لأن المصدر مصدر الخطاب سيدفع له ثمن بضاعته بمجرد تسليمه السندات المطلوبة على كل حال، حتى في أثناء الأزمات والحروب، وأوقات انخفاض الأسعار وتدهورها، بل يحميه من إعسار المشتري وإفلاسه.

ويبقى بعد ذلك بيان مآل السلعة المستوردة؛ هل يقبضها العميل المستورد أم يبيعها المصرف ليستوفي دينه من عميله الذي أعسر أو أفلس؟

لا بد من معالجة ذلك في عقد الوكالة بالقبض المبرم بينهما، وقد تقدم معنا أن للمصرف حق حبس مستندات البضاعة لتكون تحت يده بموافقة المشتري المسبقة حتى يوفي قيمتها للمصرف،

وهو ما يسمى بـ(رهن المستندات)، وقد يبيع المصرف السلعة ومستنداتها على غير العميل في حال إعساره أو إفلاسه لاستيفاء دينه بحسب ما اتفقا عليه في العقد المبرم بينهما^(١).

ولما استعرضت مسألة حبس المبيع على ثمنه إذا كان الثمن حالاً؛ هل هو حق من حقوق البائع أم لا في المطلب الموسوم في الفصل الأول بعنوان: ضمان ثمن المبيع بحبس المبيع، كقول الجهات المصرفية الإسلامية في عقود البيع: يحق للمصرف الحجز على أي سلعة تحت يده تعود ملكيتها للعميل، وله حق التصرف فيها وبيعها بالسعر القائم في السوق دون الرجوع للعميل؛ وذلك استيفاءً لأي مبالغ مستحقة له على العميل عند عدم التزامه بالوفاء بها في مواعيدها المحددة^(٢).

فبينت بعد استعراض الأقوال في المسألة وأدلتها أن جمهور القائلين بجواز حبس البائع المبيع على ثمنه اطردوا، فأجازوا ذلك في باب الإجارة متى كان العمل قائماً في الشيء المستأجر عليه، فأجازوا للحائك والقصار أن يحبس الثوب بالأجر، في حين أن بعض المانعين من حبس العين المبيعة على ثمنها أجاز حبس العين المستأجرة - من قبل الأجير المشترك - على عملها^(٣)، وقد يتوجه تخريج عمل المصرف على القصار إذا استؤجر المصرف في قبض المبيع وفحص مستنداته مع العمل في إنهاء إجراءات المبيع المستورد محل الاعتماد المستندي.

وذلك ما لم يتفق المصرف مع العميل على تأجيل دفع الثمن^(٤)؛ لأن المصرف حينئذ يكون قد أقر على نفسه أنه لا يستحق تسليم الثمن بإزاء قبض المبيع ومستنداته^(٥).

هذا مع التنبيه في حال الرهن إلى أنه ينبغي على المصرف الداخلي الراهن فك الرهن تدريجياً حسب السداد، سواء كان الرهن حيازياً أو رسمياً^(٦).

والحمد لله رب العالمين.

(١) ينظر: المعاملات المالية للديان ١٢/٤٤٨.

(٢) عامة ما أمثل به من الشروط والعقود في هذه الرسالة معمول به ومستعمل في عقود المصارف التجارية الإسلامية السعودية؛ كمصرف الراجحي ومصرف الإنماء وبنك البلاد، وكذلك الأذرة الاستثمارية لهذه المصارف كشركة الإنماء للاستثمار.

(٣) وأما الحمال والجمال والملاح فليس لهم الحبس؛ لأن الحمال حمل المستأجر عليه ولم يعمل فيه أو يُستأجر على صنعه، وكذلك الجمال والملاح، ومثاله اليوم: المرسول المستأجر في توصيل الطلبات، وشركات الشحن البري والبحري والنقل الجوي، وشركات التحويلات المالية السريعة، وسطحات نقل السيارات. ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٤٠٠، وإعلام الموقعين ٤/٢٦.

(٤) ينظر: الإنصاف ٤/٤٦٠.

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/١١٤، ومجمع الأنهر ٣/٣٢، ومنح الجليل ٥/٥٨، وروضة الطالبين ٣/٥٢٦، وكشاف القناع ٣/٢٤٠، والبيع بالتقسيط للتركي ص ٤١٨.

(٦) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط رقم (٥١)، ص ٢٧.

الباب الثاني

الدراسة التطبيقية للضمان في أعمال المصرفية الإسلامية

ويشتمل على:

التطبيق الأول: اتفاقية الشروط العامة لخطابات الضمان.

التطبيق الثاني: اتفاقية برنامج الاعتمادات المستندية مع صندوق التنمية الصناعية السعودية.

التطبيق الثالث: اتفاقية فتح حساب استثماري.

التطبيق الأول

اتفاقية الشروط العامة لخطابات الضمان

ويشتمل على:

المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له.

المبحث الثاني: الدراسة.

المبحث الأول

التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له

أصدرت شركة الراجحي المصرفية للاستثمار اتفاقية الشروط العامة لخطابات الضمان لضبط التعامل بين شركة الراجحي وطالب خطاب الضمان، وكان آخر قرارات الهيئة الشرعية بالمصرف بشأن هذه الاتفاقية، فيما اطلعت عليه، القرار رقم (١١١٥) الصادر في ١٨ / ٧ / ١٤٣٧ هـ بعنوان: إجازة اتفاقية الشروط العامة لخطابات الضمان وإلغاء الشروط المجازة بالقرار (١٠٤٨)^(١). ومن المناسب بين يدي هذا التطبيق الإشارة إلى معنى خطاب الضمان في الأعمال المصرفية.

فخطاب الضمان هو: تعهد قطعي مقيد بزمن محدد، غير قابل للرجوع، يصدر من المصرف بناء على طلب طرف آخر، وهو العميل، بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل لقاء دخول العميل في مناقصة أو تنفيذ مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به، ويرجع المصرف بعدد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد^(٢).

وسأستعرض في المبحث القادم إن شاء الله شروط خطابات الضمانات العامة بالتفصيل.



(١) لم يشتمل المطبوع في قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي على هذين القرارين، بل توقف عند القرار رقم (٨٧٦).

(٢) ينظر: الضمان د. بكر أبو زيد، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٨٥٣ / ٢.

المبحث الثاني

الدراسة

تنقسم دراسة الاتفاقية إلى بحثين؛ بحث في بيان حقيقة الاتفاقية وشروطها، وبحث في دراسة الحكم الشرعي والتخريج الفقهي المناسب لها، وذلك بعون الله ورحمته كما يأتي:

أولاً: عناصر الاتفاقية

اشتملت اتفاقية الشروط العامة لخطابات الضمان على عدة شروط، وأبرز الشروط المذكورة ما يأتي:

الشرط الأول: لا تصدر شركة الراجحي المصرفية للاستثمار أي خطابات ضمان باسم العميل (طالب خطاب الضمان) إلا بناءً على طلب العميل المشفوع بمقدار قيمة الضمان، واسم المستفيد، ومدة سريانه، وموافقة المستفيد على إصدار خطاب الضمان من الجهة التي توجه لها العميل بعينها، وإخلاء العميل مسؤولية الجهة في حال رفض الخطاب من المستفيد لأي سبب من الأسباب.

الشرط الثاني: يدفع العميل للشركة المصرفية، عند أول طلب، جميع المبالغ والمصاريف المتفق عليها، ويفوض العميل الشركة المصرفية في قيد ذلك على حسابه لديهم، ويسقط العميل حقه سلفاً في مطالبة المصرف بتوجيه أي إخطار أو تنبيه.

الشرط الثالث: تعويض الشركة المصرفية من قبل العميل عما ينتج من آثار إصدار خطاب الضمان المحتملة، مباشرة كانت أم غير مباشرة.

الشرط الرابع: لا تلتزم الشركة المصرفية بأخذ موافقة من العميل على دفع أي مبلغ ترتب على خطاب الضمان للجهة المستفيدة أو من ينوب عنها، كما لا تلتزم بإشعار العميل قبل الدفع، ويسقط العميل حقه في الاعتراض على ما ستدفعه الشركة من مبالغ أو مصاريف تترتب على خطاب الضمان سواء كان قبل استحقاق خطاب الضمان أم قبل طلب الشركة من العميل الدفع أو بعده، كما يسقط حقه في الاعتراض على تنفيذ المصرف ذلك بدون موافقته أو إشعاره مسبقاً.

الشرط الخامس: يجوز العميل للشركة المصرفية ما يأتي:

أولاً: أن توقف من حسابه، حالاً أو فيما بعد، أي مبلغ تأميناً للشركة إزاء إصدار خطاب الضمان لحين انتهاء مسؤولية الشركة المصرفية الناشئة عن خطاب الضمان.

ثانيًا: أن يخصصوا من أي حساب من حساباته لديهم، بأي نوع من أنواع العملة وفي أي وقت من الأوقات، جميع المبالغ التي تقدّر الشركة مسؤولية العميل عن دفعها، أو تكون الشركة قد دفعتها بناء على خطاب الضمان، وذلك دون استشارة العميل أو إخطاره.

ثالثًا: أن تقيد عليه قيمة خطاب الضمان، أو أي جزء منه، عند استحقاق الجهة المستفيدة للخطاب ومطالبتها هي أو من ينوب عنها من الجهات الإدارية بتسليم الخطاب وتنضيضه بموجب شروطه.

رابعًا: أن تزيد الشركة المصرفية مبلغ التأمين المدفوع لقاء إصدار خطاب الضمان دون أن تكون ملزمة ببيان الأسباب الداعية لذلك، مع تعهد العميل بتسديد المبلغ دون تأخير.

الشرط السادس: أن تعيد الشركة المصرفية ما قبضته أو أوقفته من أموال العميل أو قيدته على حساباته، وذلك بعد السداد أو انتهاء مدة خطاب الضمان، أو عند قناعة الشركة بعدم ضرورة ما أخذ المبلغ له، ويكون المبلغ المسترد صافيًا من غير نقص، وللشركة المصرفية أن تسدد بهذا المبلغ أي مديونية لها أو لأي فرع تابع لها، ولها أن تضيف المبلغ لمصلحة عملية مصرفية أخرى تجريها مع العميل أو التأمين عليها، ويسقط العميل حقه مقدمًا في الاعتراض على أي مقاصة تجريها الشركة لهذا الغرض.

الشرط السابع: يجيز العميل الشركة المصرفية، ومن تفوض، بتجديد خطاب الضمان، أو تقديم خطاب ضمان جديد عوضًا عنه بناء على طلب المستفيد بنفس المبلغ والمدة، وذلك عند الاقتضاء، دون مراجعة العميل أو أخذ موافقته مجددًا، ويبقى التزام الشركة تجاه العميل في جميع الأحوال مشتتملاً على جميع التعهدات المعطاة في هذا الاتفاق، على أن الشركة ليست ملزمة بتجديد خطاب الضمان أو تقديم خطاب ضمان عوضًا عن سابقه؛ لأن ذلك عائد لمشئته الشركة المطلقة.

الشرط الثامن: يقر العميل بأن شروط اتفاقية التسهيلات الائتمانية تعتبر جزءًا لا يتجزأ من هذه الاتفاقية، وأن سجلات المصرف وحساباته صحيحة ونهائية، ويتعهد بدفع المبالغ المترتبة على ذلك، ويسقط حقه في الاعتراض عليها سوى ما كان خطأً ماديًا واضحًا.

الشرط التاسع: يقر العميل بقبوله المطلق لجميع رسوم الخدمات، والرسوم التي تفرض على المعاملات التي تجريها الشركة تحت التسهيلات، وللمصرف الحق في تغيير هذه الرسوم من وقت لآخر وفق تقديره المطلق، ويتعهد العميل بقبول تلك التغييرات إن وجدت عند إخطاره بها.

الشرط العاشر: يتعهد العميل للشركة المصرفية بإعادة خطاب الضمان إليها وإبرائها من التزامها بنهاية مدته، وإذا لم يعده إليها فإن تعهداته تبقى سارية المفعول، بالرغم من انتهاء مدة الضمان، إلى أن يعيده أو يقدم إبراءً قانونيًا موقّعًا من قبل المستفيد يلغي خطاب الضمان نهائيًا.

الشرط الحادي عشر: يخضع أي نزاع بشأن تنفيذ هذه الشروط العامة أو تفسيرها إلى أنظمة وقوانين المملكة العربية السعودية فيما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية.

ثانيًا: الحكم الفقهي

قد عُلم بأصل الشرع جواز الضمان الذي هو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون في التزام الحق، بمعنى التزام دين على آخر.

والضمان عقد إرفاق وإحسان جاء به الشرع لما فيه من توثيق الحقوق وحفظها، ولحاجة الناس إليه.

ولم يظهر فيما جاء في اتفاقية الشروط العامة لخطابات الضمان ما يخرج عن المنصوص عليه في أحكام الضمان الفقهية، حيث توافرت شروطه؛ فالضامن هو الشركة المصرفية، وهو ممن يصح تبرعه، والحق معلوم حالاً أو مآلاً، وأجل الضمان معلوم غير مجهول.

كما أن إجراءات توكل الشركة المصرفية عن العميل في الاستلام والتسليم وتوابعهما كانت موافقة لطبيعة عقد الوكالة، وتكاليف الخدمات تعد أجرة للوكالة في مقابل التزام الشركة المصرفية بالعمل الذي وكّلت فيه من قبل العميل.

غير أن الاتفاقية اشتملت على مواطن بحاجة إلى تحرير أو زيادة نظر، وهي كما يأتي:
الموطن الأول: جاء في الشرط الأول من الاتفاقية أن العميل قد أخلى مسؤولية الجهة المصرفية في حال رفض الخطاب من المستفيد لأي سبب من الأسباب.

وهذا مشكل من جهة تخلف ركن المبرأ منه حال الإبراء الذي هو إخلاء المسؤولية هنا، ثم إن فيه تماديًا من قبل الشركة المصرفية في استغلال حاجة العملاء والمستوردين؛ لأن الشركة المصرفية عرضة للخطأ، وخطؤها قد يكون سببًا في رفض المستفيد للخطاب؛ فبأي شيء تستحل مال العميل الذي دفعه مقابل خدمات الشركة المصرفية والرسوم الإدارية لخطاب الضمان؟ والوكيل بأجر أجير مشترك، والأجير المشترك ضامن على التفصيل المتقرر في المبحث الثاني عشر من الفصل الأول المتقدم في الباب الأول.

وقل مثل ذلك فيما جاء في الشرط الرابع من تقرير العميل على نفسه بإسقاط حقه في الاعتراض.
الموطن الثاني: اشتملت الاتفاقية على إذن العميل بإجراء المقاصة على أمواله التي في يد الشركة المصرفية لتستوفي حقوقها.

ولم يتبين هل المقاصة بين مالين متفقّي الجنس والقدر أم لا، فإن اختلف الجنس أو تفاوت القدران، فلا بد من مراعاة شروط المقاصة والإشارة لها، وأهمها: ألا يترتب على المقاصة محظور

شرعي، كالربا، وتأخير الحق عن صاحبه بعد إجراء المقاصة، بحيث تلتزم الشركة المصرفية أن ترد ما زاد على قيمة الدين للمدين بعد استيفاء الحق من المقاصة، إن كان القدر الزائد حالاً.

الموطن الثالث: اشتملت الاتفاقية على أن العميل طالب خطاب الضمان هو المتكفل بقيمة التأمين المصاحب لإصدار خطاب الضمان.

غير أن الاتفاقية لم تبين نوع التأمين؛ هل هو تجاري مبني على المعاوضة المشتملة على الغرر والمقامرة والاستثمار بالفائض، أم تعاوني مبني على التبرع ورفع الجوائح والإرفاق والمسامحة وتوزيع الفائض بعد انتهاء مدة الاشتراك؟

الموطن الرابع: اشتمل الشرط التاسع على حق الشركة المصرفية في تغيير قيمة رسوم المعاملات والخدمات، وينبغي تقييد ذلك بأن تكون الرسوم فعلية وواقعية سداً لذريعة الربا إذا كان الخطاب غير مغطى.



التطبيق الثاني
اتفاقية برنامج الاعتمادات المستندية
مع صندوق التنمية الصناعية السعودية

ويشتمل على:
المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له.
المبحث الثاني: الدراسة.

المبحث الأول

التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له

الاعتماد المستندي عبارة عن تعهد من قبل المصرف للمستفيد (البائع) بناء على طلب فاتح الاعتماد، وهو المشتري، حيث يقرر المصرف للمستفيد في هذا التعهد بأنه قد أجرى للمستفيد (البائع) مبلغاً من المال يُدفع له مقابل مستندات محددة تفصح عن شحن سلعة معينة خلال مدة معينة^(١).

وقد أصدر مصرف الإنماء اتفاقية برنامج الاعتمادات المستندية مع صندوق التنمية الصناعية، بناء على رغبة الصندوق في شريك داعم، لتنظيم تعاون المصرف مع صندوق التنمية الصناعية السعودي ليتولى المصرف إصدار اعتمادات مستندية مضمونة من قبل الصندوق لصالح عملائه مع تقاسمهما الرسوم ذات الصلة، وأجازت الأمانة العامة للهيئة الشرعية في المصرف الاتفاقية المنظمة للقواعد العامة والإجراءات الحاكمة لهذا التعاون، وصدر بذلك القرار رقم (٩١٨) عام ١٤٤٠ هـ.

والداعي إليه: توجه الصندوق إلى دعم الصناعة، فاستهدف بناء عليه تمويل مشاريع عملائه الصناعية متى ما انطبقت عليهم شروط الصندوق ومتطلباته، بحيث يتولى الصندوق تسديد قيمة المعدات الصناعية المستوردة اللازمة لإنشاء المصانع للعملاء الحاصلين على موافقة المصرف^(٢).



(١) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٥-٣٩٦ و ٤٠٠، والمعاملات المالية للديان ١٢/٤٣٣-٤٣٤.

(٢) ينظر: تطبيق الإنماء الشرعية، القرار رقم (٩١٨) بعنوان: اتفاقية برنامج الاعتمادات المستندية مع صندوق التنمية الصناعية.

المبحث الثاني

الدراسة

تنقسم دراسة الاتفاقية إلى بحثين؛ بحث في بيان الشروط، وبحث في الحكم الفقهي المناسب لها، وذلك كما يأتي:

أولاً: عناصر الاتفاقية

اشتملت اتفاقية برنامج الاعتمادات المسندي بين صندوق التنمية الصناعية السعودي ومصرف الإنماء على التزامات وشروط متجهة إلى طرفي الاتفاقية، وهما:

الطرف الأول: المصرف، وقد التزم بأمور، أهمها ما يأتي:

أولاً: فتح حساب جارٍ وحساب وسيط لكل عميل للبرنامج، وتوفير النماذج اللازمة لعملاء الصندوق بما يتوافق مع سياسات الصندوق وإجراءاته المتبعة، مع توضيح مراحل البرنامج للعميل والمتطلبات اللازمة للاستفادة منه.

ثانياً: أخذ موافقة الصندوق قبل فتح الاعتماد للعميل، وفي حال فتح اعتماد لم تصدر عليه موافقة مسبقة من الصندوق فإن المصرف يتحمل مسؤولية ذلك، وتحول العلاقة بشأن الاعتماد إلى علاقة مباشرة بين المصرف والعميل.

ثالثاً: دفع قيمة الاعتماد للبنك المراسل في حال مطابقة المستندات لما ورد بشروط الاعتماد، وللمصرف الحق في عدم تسليم المستندات للعميل إلا بعد سداده المستحقات الحالية عليه.

رابعاً: إبلاغ العميل والصندوق في حال عدم مطابقة المستندات أو عند استبانة عيب فيها أو خلل، وأخذ موافقتهم الخطية على قبول تلك المستندات أو رفضها.

خامساً: اتباع اللوائح المنظمة لإجراءات الاعتمادات المستندية كافة، سواء كانت الأنظمة محلية أم عالمية.

سادساً: لا يعد المصرف مسؤولاً عن أي تلف أو ضرر يلحق بالمواد أو الآلات أو البضائع محل الاعتماد، ولا يعد مسؤولاً عن تأخر وصولها، وتنحصر مسؤوليته في مطابقة تلك المستندات.

سابعاً: للمصرف مساعدة العميل في التحوط من مخاطر المدفوعات المستقبلية مقابل خطاب الاعتماد لحمايته من آثار تقلب العملة المستعملة في الاعتماد، ويمكن أن يكون ذلك من

خلال التأمين التعاوني على نفقة العميل صاحب الثمن المدفوع محل التحوط من تقلب القيمة أو كسادها.

الطرف الثاني: صندوق التنمية الصناعية السعودي.

يلتزم الصندوق بأمور، أهمها ما يأتي:

أولاً: إيداع حصته من مبلغ ضمان الاعتماد في حساب الضمان لكل عميل تعاقد معه، كما يقوم العميل بإيداع حصته في حساب الضمان عند تسلمه مستندات خطاب الاعتماد.

ثانياً: أخذ تعهد العميل بتعميد طرف ثالث مقبول للصندوق لفحص الآلات أو البضائع حسب ما يراه الصندوق كافياً ومناسباً.

ثالثاً: إلزام العميل، وعلى حسابه الخاص، باستصدار التراخيص واستخراج الموافقات وتقديم المستندات والوثائق التي تفرضها الأنظمة واللوائح أو الأعراف من مختلف الجهات فيما يتعلق بفتح الاعتماد والفسح الجمركي، وكذلك كل إجراء لازم لاستكمال تنفيذ الاعتماد، سواء كان طلبه محلياً أم دولياً. وللصندوق أن يستقطع من العميل أية ضرائب أو رسوم أو أعباء مالية، تكون قد سددت أو استحققت بشأن تنفيذ الاعتماد، ولو خارج المملكة.

رابعاً: سداد مبلغ ضمان الاعتماد المستندي كاملاً لكل عميل جرى تنفيذ الاعتماد له، ويتحمل العميل المبالغ التي تزيد عن قيمة الضمان التي التزم بها الصندوق.

هذا ما يتعلق بطرفي العلاقة الأصليين في العقد، وهما المصرف والصندوق، وأما العميل فإنه يترتب عليه التزامات بناء على ما أبرمه مع الصندوق من جهة، ومع المصرف من جهة أخرى، وأهم تلك الالتزامات ما يأتي:

أولاً: يجري تطبيق أحكام الزكاة والرسوم الخاضعة لنظام ضريبة القيمة المضافة على كافة التعاملات، وتخصم من حساب العميل.

ثانياً: فوض العميل المصرف - عند فتح الاعتماد - بأن يقيد على حساب العميل غطاءً نقدياً، اعتباراً بما اجتمعت إرادتهما عليه في «اتفاقية التسهيلات الائتمانية»، إضافةً إلى جميع الأجور والنفقات والمدفوعات والمسحوبات والكمبيالات التي يقبلها المصرف أو يدفعها، أو أي نفقات أو مصاريف يبذلها المصرف بموجب الاعتماد، وذلك دون توجيه إشعار إلى العميل، وللمصرف تحصيل المبلغ بالريال السعودي أو ما يعادله بالعملة الأجنبية وفقاً لسعر الصرف السائد في تاريخ الخصم. وللمصرف الحق في طلب غطاء نقدي إضافي، حينما يرى ذلك ضرورياً، زيادةً في الضمان مقابل الوفاء بالتزامات العميل.

ثالثاً: يحتفظ المصرف بالغطاء النقدي بصفته ضامناً للاعتماد، كما يجوز له استخدامه لتسوية الالتزامات الحالية على العميل، ويمكن أن تصبح مستحقة للمصرف.

رابعاً: يلتزم العميل بإعفاء المصرف وبنوكه المراسلة ووكلائها؛ من المسؤوليات المترتبة على نقص استيفاء مستندات البضاعة، أو التساهل في التحقق من سلامة المستندات والتأكد مما ذكر فيها، أو التقصير في إجراءات الاعتماد شكلاً أو موضوعاً، كالإجراءات اللوجستية وإجراءات التنفيذ وإجراءات الشحنة وما يتصل بها من أمر الكمية والجودة والسعر والتأمين؛ إلى غير ذلك مما هو مشمول بالاعتماد، إذا كان التقصير خارجاً عن إرادة المصرف أو مراسليه أو وكلائهم. وقد وافق العميل على دفع قيمة المستندات للمصرف فور إشعاره. ويحدد المصرف قيمة المستندات الأجنبية وفقاً لسعر الصرف السائد في تاريخ دفع العميل لقيمة المستندات.

خامساً: في حال عدم تنفيذ الاعتماد أو إلغائه لأي سبب كان، فإن العميل يفوض المصرف بإعادة مبلغ الغطاء النقدي -إن وجد- إلى حساب العميل بالريال السعودي إن كان الغطاء بالريال السعودي، وإن كان الغطاء بالعملة الأجنبية فإن الإعادة ستكون بتلك العملة إذا كان لدى العميل حسابٌ بذلك، أو بالريال السعودي وفقاً لسعر الصرف السائد في تاريخ الإعادة.

وقد التزم العميل بتعويض المصرف عن الأجور والمصاريف التي تحملها المصرف ومراسلوه ووكلائهم فيما يتعلق بحالات عدم تنفيذ الاعتماد أو إلغائه؛ لأي سبب خارج عن إرادة المصرف أو مراسليه أو وكلائهم.

سادساً: يسدد العميل للمصرف عند أول مطالبة، مبالغ عمليات السحب من قبل المستفيد والدفعات التي قبضها من المصرف بموجب الاعتماد، وكذلك جميع أجور الاعتماد ومصاريفه التي تحملها المصرف ومراسلوه ووكلائهم بطريق مباشر أو غير مباشر.

سابعاً: يتعهد العميل بالتوقيع على ما يطلبه المصرف من المستندات والتنازلات، وتنفيذ الحوالات، وتقديم الصكوك التي قد يلجأ إليها المصرف لطلبها؛ لتجويرها باسم المصرف بغرض تغطية الاعتماد.

ثامناً: إذا لم يسدد العميل إلى المصرف مستحقته، فتخلف ولم يقدم تعهداً بسداد المبالغ الأصلية والعمولات والأجور المتعلقة بالاعتماد؛ فللمصرف -بدون إشعار أو موافقة من العميل أو أي جهة ذات مصلحة- بيع البضائع الموثقة بالمستندات.

ويستوفي المصرف من ثمن البيع تكاليف الشحن والتأمين ومصاريف البيع والمبلغ الأصلي والعمولة وأي مدفوعات أخرى تكبدها في سبيل إنجاز ما وكله العميل فيه، ويبقى العميل مسؤولاً عن تعويض المصرف عن النقص إن تبقى له شيء بعد هذا البيع^(١).

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٤٧) بعنوان: إجازة خدمة الاعتمادات المستندية =

ثانيًا: الحكم الفقهي

يتوارد هذا التطبيق والتطبيق الذي سبقه على محل واحد، وقد تبين مما سبق في هذا التطبيق أن التعامل بالاعتماد المستندي يشتمل على وكالة من العميل أو من ينييه للمصرف بتقديم المنافع المستوفية لخدمات الاعتماد الإجرائية، ومن أهمها فحص مستندات البضاعة المباعة أو المستوردة أو المستصنعة، وأنه يشتمل على كفالة بضمان المؤسسة المصرفية للعميل المستورد، وكلا العقدين من الوكالة بأجر والكفالة مشروع؛ على ألا يكون الاعتماد منطويًا على بيع بضاعة محرمة شرعًا، أو عقد باطل أو فاسد بموجب ما تضمنه من شروط، أو يتضمن تعاملًا بالفوائد الربوية أخذًا أو إعطاءً، صراحةً أو ضمناً^(١).

فلا بد لمشروعية الاعتماد المستندي من سلامة العقد الموثق بالاعتماد من جهة تحقق أركانه وشروطه، ونوع المبادلة من حيث كونها صرفًا أو بيعًا عاديًا أو غير ذلك، وما يلحقه من شروط إضافية خاصة، وإذا نُصَّ في العقد السابق لفتح الاعتماد، وهو عقد البيع غالبًا، أن تفسيره خاضع لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع أو أي مرجعية أخرى؛ وجب تقييد ذلك بما لا يخالف أحكام شريعة الإسلام، كما سيأتي في الملحوظات مفصلاً^(٢).

وقد اشتملت التزامات العميل في الاتفاقية، في الفقرة الثانية من التزاماته، أن للمصرف الحق في طلب غطاء نقدي إضافي، حينما يرى ذلك ضروريًا، زيادةً في الضمان. وهذه الزيادة لا تخلو من أمرين:

الأول: أن تكون من باب استيفاء الوكيل بأجرة مصاريف الموكل فيه من الوكيل.

فالأصل، كما بينه الفقهاء في حدود ما يتحمله الوكيل مع الموكل، أن الوكيل بأجر يتحمل النفقات الناشئة عن توكله، إذا كان سبب النفقة من صلب العمل وكان مما جرت العادة أن يباشره

= وبعض النماذج التابعة لها ١ / ١١٤.

(١) المقصود بالفائدة الربوية الصريحة ما يحصل في حالة القرض الذي ينشأ من الدفع عن المستفيد في الاعتماد غير المغطى كليًا أو جزئيًا، أما الفائدة الربوية الضمنية فما يقع في حالات الحسم، والتداول -أي: الدفع- للكمبيالات مؤجلة الدفع، والتأخر في الدفع. ولذلك تنص الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية على وجوب التزام المصرف - في حال إتاحة الاعتماد بالتداول - ألا يتضمن ذلك التداول ربًا؛ كما في شراء المستندات مؤجلة الدفع، أو كمبيالات اعتمادات القبول، بأقل من قيمتها الاسمية. وأنه لا يجوز للمصرف أن يكون وسيطًا في ذلك بين المستفيد والمصرف المصدر أو المصرف المعزز، سواء بالدفع أو التبليغ. ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٤٠٠، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، القرار رقم (٤٧) بعنوان: إجازة خدمة الاعتمادات المستندية وبعض النماذج التابعة لها ١ / ١١٤.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الاعتمادات المستندية رقم (١٤)، ص ٣٩٩-٤٠١.

الوكيل بنفسه، وأن الموكل يتحمل النفقات التي لا علاقة لها بالمحل الموكل فيه، كما يتحمل نفقات الأعمال التي لم تجرِ العادة بأن يباشرها الوكيل بنفسه^(١).

وفي هذا صاغت هيئة المحاسبة والمراجعة لمؤسسات المالية الإسلامية ضابطاً عملياً في الوكالات المقترنة بعقود المؤسسات المصرفية، ونصه: المصروفات والثلث في الوكالة بالشراء على الموكل، وعليه أن يدفع إلى الوكيل الثمن والمصروفات التي تتعلق بالمحل الموكل به؛ مثل مصروفات النقل والتخزين والضرائب ونفقات الصيانة والتأمين، ولا يجوز اشتراط ذلك على الوكيل ولا تأجيل دفع هذه المستحقات إن كانت الوكالة بأجر. اهـ^(٢)، وما نصه: يتحمل الوكيل إذا كان شخصية معنوية المصروفات المتعلقة بموظفيه أو بأجهزته. اهـ^(٣)، وما نصه: يتحمل الموكل المصروفات المتعلقة بالاستثمار، مثل النقل والتخزين والضرائب والصيانة والتأمين. ولا يجوز اشتراطها على الوكيل ولا تأجيل دفعها أو ربط دفعها بنتائج الاستثمار. ويتحمل الوكيل إذا كان شخصية معنوية المصروفات المتعلقة بموظفيه أو بأجهزته^(٤).

الثاني: أن يكون من باب الزيادة في الرهن تعزيزاً للأصول الضامنة.

الزيادة في الرهن إجراء سائغ عند عامة الفقهاء؛ لأن تراضي الراهن والمرتهن على الزيادة بعد العقد بمنزلة تراضيهما في أثناء العقد، ولما فيه من مصلحة للطرفين من جهة براءة ذمة الراهن في حال تعذر أداء الحق ومن جهة إيفاء المرتهن حقه، والإجماع محكي على مشروعية الزيادة في الرهن^(٥). كما قد يلجأ المصرف إلى إنظار العميل فيما حل عليه من الالتزامات لقاء تعزيز العميل أصوله الضامنة بإضافة بعض الرهون ونحوها من الضمانات التي تفي بجميع المبالغ المستحقة عليه. وهذا سائغ شريطة ألا يترتب على الإنظار زيادة في المبلغ المستحق، ولا استيفاء رسوم من العميل مقابل الإنظار^(٦).

ومما يلحظ على العقد ما يأتي:

الملحوظة الأولى: إقرار ضريبة القيمة المضافة في التزامات العميل، مع الإعراض عن بيان وجهها هل هي من قبيل العشور وما يقاس عليه، أم من المكوس المنهي عنها.

(١) ينظر: المقدمات الممهدة ١٢٦/٢، ومغني المحتاج ٤٠٠/٣، والمغني ٤٠/٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٨٧-٥٩١.

(٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، رقم (٢٣)، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٣) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار، رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

(٤) المعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

(٥) ينظر: تبين الحقائق ٩٥/٦، والإشراف ١٩١/٦، وبحث رهن الأسهم للوذيناني في مجلة العدل، ع ٢٨، ص ١١٥ وما بعدها.

(٦) ينظر: الأحكام والضوابط الشرعية لمنتجات الإنماء، الضابط رقم (٤٤١)، ص ١٨٦.

الملحوظة الثانية: عدم تقييد أجور المصرف ونفقاته التي تعهد بها العميل بما لا يخالف المعروف، وبأن تتضمن خدمات يصح إفرادها بالعقد؛ كفحص المستندات، وتبليغ الاعتمادات. أما إن كان الاعتماد ضماناً غير مغطى، أي أن قيمته لم يستوفها المصرف من العميل فترتب على الكفالة إقراض المصرف للعميل بما دفعه للمستفيد البائع، فيجب ألا يزيد في الرسوم على التكاليف الفعلية المصروفة في إجراءات اعتماد الضمان، وخطاب الضمان الملاحى، وتعديل مدة الاعتماد، ونحوها.

وقد أفردت للاعتمادات المصرفية فصلاً كاملاً من فصول الرسالة، وهو الفصل السابع في الباب الأول، ودرست هذا العقد دراسة مستوفية تغني عن التكرار في هذا الموضوع.

الملحوظة الثالثة: ما جاء في الفقرة الخامسة من التزامات المصرف المصدر لخطاب الاعتماد، من اتباعه اللوائح المنظمة لإجراءات الاعتمادات المستندية كافة، سواء كانت الأنظمة محلية أم عالمية.

والواجب على المصرف المنتسب إلى المصرفية الإسلامية تقييد ذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فإن الالتزام بما يخالفها طوعاً واختياراً مع الرضى والعلم، كفر وردة وانسلاخ من الدين من غير مخالف من العلماء؛ قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾^(١).

وينبغي أن يكون العمل بالمبادئ المصرفية الشرعية من مستهدفات الجهات المصرفية الإسلامية في تعاملاتها المحلية والعالمية، بحيث لا تذوب المبادئ الإسلامية في القوانين الأجنبية، بل يفرض المصرف الإسلامي رأيه بما سُخر له من أموال وإمكانات كلما أمكنه ذلك.

نعم ثمة انضباط في الجملة لدى المصارف الإسلامية في أروقة المصرف الداخلية، فإذا خرجت المعاملة أو أودعت الأموال في البنك المركزي أو البنوك والأسواق الخارجية لم يعد الأمر منضبطاً، حتى أصاب الناس جميعاً في هذا الزمان بلاء الربا، ومن لم يصبه الربا أصابه غباره^(٢).

الملحوظة الرابعة: النفي القاطع المطلق لمسؤولية المصرف في حال تأخر وصول البضاعة، وحصر مسؤوليته في مطابقة مستندات البضاعة، وهذا مشكل من جهتين:

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٢١.

(٢) ينظر: تفسير الطبري ١٣١/٩، وتيسير العزيز الحميد في شرح كتاب التوحيد ص ٣١ و٤٦٩.

(٣) وبهذا تحققت النبوة في الحديث الذي رواه أبو داود في باب اجتناب الشبهات ٢٤٨/٣ برقم ٣٣٣١ عن الحسن، عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لَيَأْتِيَنَّ عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ لَا يَبْقَى أَحَدٌ إِلَّا أَكَلَ الرِّبَا، فَإِنْ لَمْ يَأْكُلْهُ أَصَابَهُ مِنْ بَخَارِهِ»، قال: أصابه من غباره، وصححه الحاكم بشرط صحة سماع الحسن البصري من أبي هريرة. ينظر: المستدرک ١٢٤/٣.

أولاً: أن هذا الشرط الحكمي سابق لأوانه، ولا ينعقد إسقاط الحق صحيحاً قبل نهوض موجب.

ثانياً: جريانه على طريقة المصارف في الاحتياط لنفسها والتمادي في ذلك حتى لا يعود العميل عليها، وإلا فهذا الشرط غير مُنتج قضاءً للاعتبار الأول.

والذي ينبغي للمصرف الإسلامي تحري العدل وبراءة الذمة، وتوخي الحذر في أثناء الاقتباس من العقود الأجنبية، وموجب الاحتياط للأخرة مراعاة ذلك، بحيث لا تستخدم إمكانات المصرف وتستغل وجاهته في أكل حقوق الضعفاء وعموم المسلمين.

وعلى إدارة المصرف مراعاة ذلك في العلاوة السنوية والمكافآت الدورية لموظفيها، بحيث لا تعتمد العلاوة والمكافأة أو ما يسمى بالبنوص على ما حققه الموظف من أرباح للمصرف، بل ينبغي تأسيس معايير ذلك على مقتضى الأخلاق الإسلامية والآداب الشرعية، فهذا هو الذي يناسب مسمى المصرف الإسلامي.

الملحوظة الخامسة: جاء في الفقرة الثامنة من التزامات العميل إذنه للمصرف في حال تخلفه عن السداد بالاستيفاء من بضاعته إذا رهنه لدى المصرف، وينبغي ذكر مصير ما قد يتبقى من ثمن المرهون بعد بيعه، ولا بد من إعادته إلى الراهن؛ لأنه ملكه، والرهن لا يُغلق من صاحبه.

الملحوظة السادسة: ركافة الأسلوب العربي في صياغة بنود الاتفاقية، وهذا والله أعلم بسبب ضحالة المخزون اللغوي لدى الموظف المنفرد بترجمة أعمال المصرف المستوردة، وينبغي للمصرف تنصيب من يدرُس تحرير العقد دراسة متأنية من علماء اللغة العربية ثم يدفع به إلى مجمع لغوي متخصص لمراجعة الألفاظ والأسلوب، واستبدال الألفاظ المفضولة بالألفاظ الفاضلة، والأساليب الأعجمية الناقصة بالأساليب العربية الوافية، مع التأكد من سلامة المعنى المعدول إليه لدى ذوي الاختصاص من مديري الأعمال المالية والمحاسبين والقانونيين ومن إليهم من الخبراء، حتى لا يتحرف المعنى على العميل أو الهيئة المشتغلة بالتوصيف الفقهي لإجازة المنتج أو رفضه، وهذه الملحوظة شائعة في عقود مصرف الإنماء على وجه الخصوص، وقد بذلت جهداً في إعادة صياغة الاتفاقية على النحو المزبور بعاليه، وعقود مصرف الراجحي وبنك البلاد أميز بمراحل، وكذلك العقود الموحدة من البنك المركزي.



التطبيق الثالث

اتفاقية فتح حساب استثماري

ويشتمل على:

المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له.

المبحث الثاني: الدراسة.

المبحث الأول

التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له

يقدم المصرف الإسلامي لعملائه حساباً لتنمية أموالهم المودعة فيه والاتجار بها يسمى الحساب الاستثماري كما يسمى حساب الاستثمار المشترك - حين يشترك مع العملاء غيرهم في مال المضاربة - ويسمى أيضاً حساب المضاربة، وهو قائم على مبدأ المضاربة الفقهي، حيث يقوم المصرف بعمل المضارب، والعميل رب المال، وتجري المضاربة بالمبالغ المودعة في حساب الاستثمار وفقاً لأحكام المضاربة في الشريعة الإسلامية وأحكام هذه الاتفاقية، لمدة محددة؛ حسب ما سيرد من تفاصيل في الاتفاقية المسماة في هذا التطبيق، فإذا سلّم رأس المال ونتج عن المضاربة ربح؛ فإن المصرف والعميل يتقاسمانه بينهما حسب النسب المتفق عليها في هذه الاتفاقية، وإن نكبوا بخسارة فإن العميل يتحملها وحده، ويخسر المصرف جهده، وقد يتعرض للخسارة فيما اشترك به من أمواله الخاصة.

فالحسابات الاستثمارية هي الحسابات التي تودع فيها الأموال لغرض الاتجار والمضاربة، وقد لا يسمح على كل حال للمودع بسحب ما فيها في كل وقت.

ومصرف الراجحي في الرياض يقدم للعملاء اتفاقية مضاربة وفتح حساب الاستثمار المشترك مع المصرف ليقوم المصرف بالمضاربة بالمبلغ المودع في الحساب، وهو تطبيق صالح كما مر معنا في الفصل الخامس من الباب الأول، وفي غيره من المواضع، والله يرزقني البصيرة والسداد.



المبحث الثاني

الدراسة

تنقسم دراسة الاتفاقية إلى بحثين؛ بحث في بيان أصول العقد والشروط التي اشتمل عليها، وبحث في دراسة الحكم الشرعي والتخريج الفقهي المناسب للاتفاقية، وذلك كما يأتي:

أولاً: عناصر الاتفاقية

اشتملت اتفاقية الحساب الاستثماري على ثلة من العناصر والبنود، وأبرز جوانبها ما يأتي:

الجانب الأول: تُعد المضاربة بموجودات الحساب الاستثماري مضاربة مشتركة مطلقة، يعطي العملاء (أرباب المال) الحق للمصرف (المضارب) في استثمارها على الوجه الذي يراه مناسباً، دون تقييدهم له باستثمارها في مشروع معين أو لغرض معين أو بكيفية معينة، ثم تعود نتائج الاستثمار على مجموع المشاركين فيها.

الجانب الثاني: يرتبط بعمليات المضاربة حساب إضافي مؤقت، ويمكن تمديد ميقاته الزماني فيما بعد، ولا يتاح عليه عمليات السحب أو الإيداع أو إصدار بطاقة صراف آلي أو نحو ذلك، وتنطبق عليه الأحكام والشروط الخاصة بالتعامل على ذلك الحساب المدونة في هذه الاتفاقية.

الجانب الثالث: يدرك العميل أن إجمالي رأس مال المضاربة مشتمل على المبلغ المستثمر من قبله في حساب المضاربة مضافاً إلى الأموال المستثمرة من العملاء الآخرين، والأموال المستثمرة من قبل المصرف في حال كانت المضاربة مشتركة. وأن الأموال المستثمرة تدار كلها من قبل مضارب واحد، هو المصرف.

الجانب الرابع: يبذل المضارب جهده ويستفرغ وسعه لتوظيف خبراته، ويستعين بالخبرات والأدوات اللازمة المتاحة له لتحقيق مصلحة العملاء أرباب المال.

الجانب الخامس: يتحمل رب المال أي خسارة تنتج عن المضاربة وفقاً لأحكام المضاربة في القانون الإسلامي الذي هو الفقه، ولن يكون المصرف مسؤولاً عن الخسارة إلا في حال التعدي أو التفريط.

الجانب السادس: مدة الاستثمار في حساب وديعة المضاربة الناشئة عن الحسابات الاستثمارية شهر واحد، أو ثلاثة شهور، أو ستة شهور، أو سنة كاملة، ويحدد العميل المدة التي

يرغب بها عند طلب فتح الحساب، ويتاح للعميل طلب تجديد المدة، وقد تتجدد المضاربة تلقائياً برأس المال، بنفس المدة، وتحول الأرباح، إن وُجدت، إلى الحساب المرتبط بالمضاربة، حسب الاتفاق.

الجانب السابع: الربح القابل للتوزيع هو الربح الناتج عن الاستثمارات مخصصاً منها المصروفات والنفقات، وتختلف الأرباح باختلاف قيمة المبلغ ومدة الاستثمار، وللمصرف توزيع مبالغ تحت الحساب - أي: قبل الحساب - من إيرادات المضاربة قبل نهاية مدتها بناءً على طلب العميل وموافقة المصرف، على أن تكون ثمة التصفية النهائية في نهاية مدة المضاربة بحيث يحق للمصرف الرجوع على العميل بما أخذه زائداً عن مستحقاته.

الجانب الثامن: كسر الوديعة بأمر العميل أو بأمر المصرف.

أما العميل، فالأصل أنه ليس له كسر الوديعة بعد بدء الاستثمار بسحب المبلغ المستثمر أو أي جزء منه، إلا أن له تقديم طلب الانسحاب من المضاربة السارية من خلال نموذج طلب كسر الوديعة بالشروط التي يتفق عليها الطرفان في الاتفاقية.

وأما المصرف فله الحق في إلغاء هذه الاتفاقية وإشعار العميل بذلك قبل سريان الإلغاء بفترة ثلاثين يوماً، كما أن للمصرف الحق في إلغاء المضاربة الجارية، وله الحق في تجديدها لمدة أخرى مماثلة بعد انقضاء اليوم السابع على انتهائها، ويكون إشعار العميل من خلال قنوات التواصل المضمونة.

الجانب التاسع: يكون مبلغ المضاربة متوافراً في حساب العميل الجاري طبقاً للأوقات المبينة في اتفاقية المضاربة الموقعة مع العميل، ويجري تحويل المبلغ المتفق على المضاربة فيه من حساب التعامل (حساب العميل الإضافي) إلى حساب المضاربة وفقاً للأوقات المبينة في اتفاقية المضاربة الموقعة مع العميل.

الجانب العاشر: يقر العميل بأن من حق المصرف إعادة عكس أي قيد أجري على حساب العميل الجاري بالخطأ نتيجة تنفيذ عملية تحويل بين حساب المضاربة وحساب العميل الجاري.

الجانب الحادي عشر: يدرك العميل أن حساب المضاربة عرضة للربح أو الخسارة وفقاً لأحكام المضاربة الشرعية، ولا يضمن المصرف للعميل بأي حال من الأحوال أصل رأس مال المضاربة أو أرباحه ما لم يتعد أو يفرط.

الجانب الثاني عشر: يتولى المصرف إخراج الزكاة عن موجودات الحساب نيابة عن العميل، وذلك ضمن برنامج الزكاة التي يدفعها لقاء استثماراته، ولا يحق للعميل الرجوع على المصرف بمبلغ الزكاة.

الجانب الثالث عشر: للمصرف أن يضع حداً أعلى أو أدنى للمبالغ المستثمرة في حساب ودیعة المضاربة (الاستثمار المشترك)، وفي هذه الحالة فإن المبالغ الزائدة عن الحد الأقصى أو الناقصة عن الحد الأدنى تعتبر رصیداً غير مستثمر في حساب المضاربة لا يُستحق لقاءها ربح، وللعَمیل طلب إيداعها في حسابه.

الجانب الثالث عشر: تعد سجلات المصرف ومستنداته وحساباته المتعلقة بالعمیل صحيحة وملزمة للعمیل، ولا يحق له الاعتراض عليها باستثناء القيود والمعاملات التي ثبت للمصرف أنها تمت في هذا الحساب بطريق غير صحيح.

الجانب الرابع عشر: ما قد ينشأ من خلاف في تطبيق أو تفسير أحكام الاتفاقية وشروطها، يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ويرجع البت فيه إلى الجهة النظامية المختصة.

ثانيًا: الحكم الفقهي

تبين من العقد أن الحساب الاستثماري مبني على عقد المضاربة فقهاً، يشترك فيه المصرف المضارب أو من ينبيه، والعمیل (رب المال) ومن يُشركه المصرف معه، في الأرباح العائدة من عمليات الاستثمار الناتجة عن المبالغ المودعة فيه، ويجري توزيع الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه، ويمكن العمیل (رب المال) من التصرف في رأس المال بالسحب والإيداع وغير ذلك بحسب الاتفاق، وإذا سحب رب المال شيئاً من رأس مال المضاربة عُدَّ إنهاءً لعقد المضاربة في الجزء المسحوب^(١).

وعقد المضاربة من عقود الشركات، ورأس المال فيه غير مضمون ما لم يتعد المصرف عليه أو يفرط في حفظه، بل هو متردد بين الغنم والغرم، ولو ضمن المصرف للمودع في الحسابات الاستثمارية رأس المال حال الخسارة خرجت يده من كونها يد أمانة وصارت يد ضمان، وذلك ذريعة للربا، ويخرج العقد بذلك عن مقصوده ومقتضاه بحيث يصبح المال ديناً في ذمته، ويستحيل العقد حينئذ قرضاً ولا يعد قراضاً (مضاربة)، فإذا شرط رب المال نصيباً له في الربح فهو ربا؛ لأنه قرض جر منفعة^(٢).

وفي الباب الأول عرضت مسألة نقل عبء إثبات عدم تعدي المصرف أو تفريطه إلى المصرف، حيث ذكر بعض المعاصرين أن على المصرف في حال الخسارة إثبات أنه لم يتعدّ ولم يفرط، نظراً لما يتمتع به المصرف من إمكانيات، كما قرر طائفة من الفقهاء قديماً أن التهمة موجبة لنقل عبء الإثبات إلى الأمانة إذا ادعوا تلف المال الذي أوتمنوا عليه بغير تعد منهم أو تفريط، فإذا ظهر للعمیل صاحب الحساب الاستثماري تقصير المصرف المضارب، فله اتهام المصرف

(١) ينظر: الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ص ١٧٣.

(٢) ينظر: المغني ٥/ ٥١، والإنصاف ٥/ ٤٢٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٢٧٣، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٩/ ٧٠١-٧٠٢، والمعايير الشرعية، معيار حماية رأس المال والاستثمارات ص ١١٢٤.

بالتقصير استناداً إلى ما جرى به العرف، بما يلزم المصرف المضارب أن يأخذ بمبدأ الإفصاح مع المضاربين وإصدار البيانات المالية؛ حيث يكون إخلال المصرف بذلك دليلاً على تقصيره باعتبار ما تخضع له المصارف في الأعمال الاستثمارية إلى المعايير العالية التي تسمى مسؤولية المحترفين، وهذه المسؤولية لا تسري على التاجر أو المضارب غير المحترف ولا المعروف بملاءته وخبرته، ولأجل ذلك لم يُساوِ المصرف بغيره في معيار التفريط والتعدي.

وهذا الاتجاه في تضمين المحترفين، بشروطه الفقهية، معتبر شرعاً؛ لأن التعدي والتفريط مرجعه إلى العرف، وذلك يختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأمكنة والأشخاص.

وهذا ما يقودنا إلى ما جاء في الفقرة الثالثة عشرة من اعتبار قطعية نتائج المصرف المتعلقة بسجلات المضاربة والحسابات المتعلقة بها، وينبغي إتاحة الفرصة للعميل رب مال المضاربة أن يعترض بعد دراسة السجلات والمستندات على النتائج الحسابية للمصرف، ولا سيما إذا قامت شبهة أو نهضت قرينة تدل على الخطأ.

وأما ما يتعلق بمدة المضاربة وكسر الوديعة فمرده إلى رضى المتعاقدين وما اتفقا عليه، والمصرف إذا دخل في كلفة بعد تفويضه بالمضاربة فله وجه في منع رب المال من ماله حتى يحين أجل المضاربة الذي اتفقا عليه، فإن ألغى المصرف الاتفاقية بعد البدء في الاستثمار، فلا بد من إشراك العميل في الأرباح المتحصلة من المضاربة في الفترة السابقة.

كما أفصحت الاتفاقية عما يخصم من الأرباح قبل توزيعها من مصروفات الشراكة ونفقاتها والتكاليف الإدارية والرسوم الحكومية ونحو ذلك.

وفي هذا قرر المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن العميل يتحمل المصروفات المتعلقة بالاستثمار، مثل النقل والتخزين والضرائب والصيانة والتأمين. ولا يجوز اشتراطها على الوكيل المستثمر ولا تأجيل دفعها أو ربط دفعها بنتائج الاستثمار، وأن الوكيل المضارب إذا كان شخصية معنوية فإنه يتحمل المصروفات المتعلقة بموظفيه أو أجهزته^(١).

وقد أقر العميل في الاتفاقية بحق المصرف في إعادة عكس أي قيد على حسابه الجاري بالخطأ نتيجة تنفيذ عمليات التحويل بين حساب المضاربة وحساب العميل الجاري، وهذا مقتضى أداء الحقوق ورد الأمانات إلى أهلها.

هذا ختام الدراسة التطبيقية، والحمد لله أولاً وآخراً، ظاهراً وباطناً.

(١) ينظر: المقدمات الممهدة ١٢٦/٢، ومغني المحتاج ٤٠٠/٣، والمغني ٤٠/٥، وعقد الوكالة بالاستثمار ص ٥٨٧-٥٩١، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢٢)، ١٣/١٣٠١، والمعايير الشرعية، معيار الوكالة بالاستثمار رقم (٤٦)، ص ١١٤٥.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على من بعثه الله خاتماً للرسالات.

وبعد:

فقد شرع الله الضمان حفظاً للأموال والأنفس، وجبراً للضرر، وردعاً عن التفريط، ورداً للعدوان، ثم إنه لما عمّت البلوى بالبنوك الربوية التقليدية المستنسخة من النظم الأجنبية، نشأت مصارف ذات رؤية إسلامية لتخفيف المعاملات المحظورة، حتى شاء الله تعالى أن يتبلور هذا التوجه إلى علم ذي قواعد وأصول مستقلة، فنضجت المؤسسات المصرفية الإسلامية وكتب الله لها القبول في كثير من البلدان، وفي هذا السياق كتبت هذه الرسالة لمعالجة مبحث الضمان الذي يعد عنصراً هاماً في العقود والمعاملات، وعاملاً من عوامل جذب العملاء والشركاء لدى المصارف التجارية، ولا يكاد يخلو منه عقد مصرفي، وجعلت عنوان الرسالة: الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية - دراسة فقهية تطبيقية، فلم أحصر عنوان هذه الدراسة في أعمال المصارف الإسلامية، بل جعلته عاماً في أعمال الجهات المصرفية الإسلامية؛ لأنني وقفت على تحريرات ناقصة في بيان مفهوم الضمان كتبت من قبل غير المسلمين، على أن الرسالة عنيت في الدرجة الأولى بالعقود والاتفاقيات التي تبرمها المصارف التجارية الملتزمة بأحكام الشريعة الإسلامية.

وتتناول الرسالة الضمان بمفهومه العام ومفهومه الخاص؛ فالضمان في اصطلاح فقهاء المسلمين يطلق على ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، وهذا هو المفهوم الخاص، ويعني الكفالة المالية، وأما المفهوم العام للضمان فهو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل؛ كالضمان الطارئ على الأعيان التي أصابها الهلاك أو التلف، والضمان التابع في العقود؛ كضمان البائع السلعة لمشتريها وضمان المشتري الثمن للبائع، ويتناول الضمان بمفهومه العام أيضاً كل ما دل في العقود المعاصرة على معنى الالتزام بالشيء والتعويض عنه والتعهد به وتأمينه وتحمل مسؤولية؛ الأمر الذي استدعى تجديد البحث والدراسة المقترنة بما استجد من المسائل والتطبيقات في أعمال الجهات المصرفية الإسلامية.

فما كان في هذه الدراسة من صواب فمن الله وحده، وما كان من خطأ أو سهو أو نقص فمن نفسي والشيطان، وما توفيقي إلا بالله تعالى.

وفيما يلي ما توصلت له في هذه الدراسة من نتائج وتوصيات:

أولاً: النتائج

توصلت في نهاية هذا البحث من خلال دراسة فصوله ومباحثه إلى نتائج أسجلها فيما يأتي:

١- المقصود بالضمان في أعمال المصرفية الإسلامية، وهو عنوان الرسالة، فيما خلصت إليه أنه: الالتزامات المقتضية لحفظ حقوق أطراف عقود المؤسسات المالية المسلمة المنخرطة في الأنظمة المدنية المعاصرة.

٢- وبه يتبين أن المصرفية الإسلامية تشمل المصارف التجارية الإسلامية وغيرها من المؤسسات المصرفية الإسلامية، غير أن هذه الرسالة تناولت التزامات المصارف التجارية الإسلامية أصالةً، واعتمدت من حيث الجملة في أثناء إعداد الخطة على ما جرى عليه العمل في المصارف التجارية الإسلامية بالمملكة العربية السعودية.

٣- ساد العالم في القرن الماضي نظامان متقابلان في الاقتصاد، وهما: النظام الرأسمالي، والنظام الاشتراكي، وقد فُتن بكل منهما طوائف من المتتبعين إلى الإسلام، وكل واحد منهما قد وافق الإسلام في أشياء، وخالفه في أشياء أخرى.

٤- التجربة العملية للنظام الرأسمالي كشفت عن عيوب جوهرية وإشكالات كبرى، وأبرزها: مخالفته شريعة الإسلام، وأن لوحة الحرية لم تحم الضعفاء والفقراء بل زادتهم فقرًا بالقروض الربوية واستغلهم أصحاب العمل، فنشأ نظام طبقي يحدد أدوات الإنتاج في يد فئة قليلة صلبة، وبناء عليه فشلت البطالة، وظهر التضخم والاحتكار دون التفات إلى مصلحة المستهلكين، ووقع الإسراف في استغلال الموارد والثروات في سبيل كسب السوق والهيمنة عليه، ورُوج لثقافة الاستهلاك وشجعوا عليها، وتكررت الأزمات الاقتصادية، كما حصل في العام الميلادي ٢٠٠٨م، حتى أفلس على إثر هذه الأزمة مئات البنوك والمؤسسات المالية الكبرى، وقد كانت هذه الإشكالات من أسباب التفات العقلاء من علماء الاقتصاد إلى النظام المالي الإسلامي.

٥- الأصل في الضمان التبرع والإرفاق والإحسان، كالقرض، وليس الأصل فيه المعاوضة حتى يُستحق به الأجر والربح نظير المال والعمل، فيستغل به الضامنون من التجار المضمونين، كما يستغل المقرض المرايبي المدينين المعسرين.

٦- الأصل في الشروط التي يقصد بها ضمان الحقوق مما يتفق عليها المتعاقدان في عقود المصرفية الإسلامية، هو الإباحة والصحة، ما لم تخالف نصاً أو إجماعاً أو تخالف مقصود العقد؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ

يَبْنِيَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَجَرَّةً عَنْ تَرْضٍ مِنْكُمْ^(١)، وقد رضي المتعاقدان بما اتفقا عليه، وإلّا قرار النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جابراً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على شرطه في الجمل الذي ابتاعه منه، حيث اشترط جابر فقار ظهر الجمل حتى يبلغ المدينة، وبوب عليه البخاري باباً إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمّى جاز.

٧- لا مانع من تأقيت الضمان إلى أجل معلوم، كتعليقه على عمل معين أو شخص معين؛ لأن الضامن حُرٌّ في الشيء الذي يضمنه، كما أن المضمون له حر في قبول كفالة الضامن، ولا يكلف الضامن إلا بما ضمن.

٨- خطاب الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية يراد به: التعهد الكتابي الذي يلتزم بمقتضاه المصرف الإسلامي بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام تحمّله العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف المستفيد، خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة من المستفيد خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته في ذلك الوقت.

٩- فالكفيل، في خطاب الضمان، هو المصرف الذي يصدر التعهد الخطي بدفع مبلغ معين نيابة عن العميل خلال مدة معينة. والمكفول هو العميل، طالب خطاب الضمان. والمكفول له (المستفيد) هو الشخص أو الجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها.

١٠- تبين من النتيجة السابقة أن خطاب الضمان صورة معاصرة لصورة سابقة مشابهة ذكرها الفقهاء، وهي ضمان عهدة المبيع للبائع نيابة عن المشتري، حيث يضمن الضامن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، فهو في الجملة ضمان الثمن أو جزء منه، والعهدة هي الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن، فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، ولهم في انعقاده ألفاظ منها: ضمنتُ عهده أو دركه أو ثمنه أو ضمنت خلاصك منه، وقد أقره الفقهاء سوى بعض أصحاب الشافعي.

١١- أوضحت خطابات الضمان اليوم عرفاً تجارياً ذا قيمة ذاتية، وارتبطت بها مصالح الناس ومعاملاتهم على مستوى الأفراد والشركات، ولم يعد النقد يغني غناءها.

١٢- توصيف خطاب الضمان وخطاب الاعتماد في الاعتمادات المستندية وقع فيه اضطراب لدى الفقهاء المعاصرين، وكثيراً ما كان ينتهي البحث في المجامع الفقهية

والهيئات العلمية إلى القناعة بحاجة المسألة إلى مزيد بحث وتحليل للوصول إلى التوصيف الفقهي السليم، حتى استقر القول على أن خطاب الضمان عقد ضمان مالي (كفالة مالية).

١٣- وذلك لا يمنع من دخول عقود أخرى تابعة؛ كالوكالة بأجر ويبيع المنافع، غير أن المقصود هنا بيان وجهة العقد من حيث الأصالة لا التبعية، ولا داعي لتشقيق أساس المعاملة بين العقود المسماة فيقال مثلاً: هو كفالة فيما بين المصرف والمستفيد البائع، ووكالة فيما بين المصرف والعميل، وبالله العجب! كيف قامت الكفالة بين المصرف والمستفيد من دون ركن المضمون وهو العميل المشتري الموكل.

١٤- فإن كان المبلغ مغطى من حين التعاقد على الاعتماد المصرفي أو خطاب الضمان، وكانت وكالة العميل للمصرف في الاستلام والتسليم مقابل أجر، فخطاب الضمان حينئذ عقد وكالة بأجر وإن أطلق على المصرف مسمى الكفيل في مواجهة المستفيد؛ فالوكيل بأجر يكون أجيراً مشتركاً ضامناً لما هلك تحت يده.

١٥- حقق الاعتماد المستندي الذي تُصدره المصارف الإسلامية اليوم مصالح التجار في معاملاتهم وسهل لهم الوفاء بما التزموا به في عقودهم؛ فالبائع (المستفيد) يبيع بضاعته ويؤمن له ثمنها من قبل المصرف الوسيط، والمشتري (الآمر) يكتسب ثقة البائع لشراء بضاعته ويضمن سلامتها ووصولها في الميعاد ويستفيد من خبرة المصرف وعلاقاته الخارجية بما يوفر عليه الوقت والمال، كما أن المشتري قد يستفيد أيضاً من التسهيلات المالية المصرفية المتمثلة في القرض والضمان، والتسهيلات الإجرائية المتمثلة في الاستلام والتسليم وتوابعهما من فحص المستندات والتحقق من البيانات وتخليص الإجراءات الحكومية وما إليها، أما المصرف الإسلامي فإنه يكسب العملاء ويشغل موظفيه على حساب عملائه ويزيد سيولته، وقد يتربح لقاء صرف العملات.

١٦- إذا لم يقدم المستفيد المستندات المطلوبة في المدة المحددة للاعتماد المستندي، فإن الاعتماد يكون منتهياً، ولا يلتزم المصرف حينئذ بدفع شيء من قيمة الاعتماد. وإذا وجد اختلاف في القيمة بين المستندات والاعتماد المستندي، فإن المصرف ملتزم بدفع قيمة الاعتماد، أو قيمة البضاعة إذا كانت أقل من قيمة الاعتماد. وعليه، فلا يعد فتح الاعتماد من جانب المشتري وفاءً نهائياً منه بالثمن، وتبقى ذمته مشغولة به في مواجهة البائع حتى يدفع المصرف قيمة المستندات، كما أن انقضاء مدة الاعتماد لا يترتب عليها انفساخ عقد البيع بالضرورة.

١٧- الرهن من عقود الضمان الجائزة شرعاً، وقد دل على ذلك المنقول والمعقول؛ فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿وَلَمْ يَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾^(١)، ومن السنة ما روى البخاري أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه، وما روى البخاري أيضاً أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الرهن يُرْكَبُ بنفقته إذا كان مرهوناً، ولَبْنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»، ومن المعقول أن الحاجة داعية إلى الرهن، وفيه مصلحة للطرفين، فالراهن يتمكن من إبرام العقد، والمرتهن يستوثق به الحق، فكان سبباً من أسباب استيفاء الحقوق وداعياً من دواعي استقرار العقود، ولذلك اجتمعت كلمة أهل العلم على مشروعيتها.

١٨- أجمع الفقهاء على أن الرجل إذا اشترى سلعة وشرط البائع أن يرهنه بها شيئاً معلوماً من ماله، أن البيع صحيح، ولم يمنع من الرهن إلا مجاهد، فيما يروى عنه، في الحضر، وأجازه في السفر، وقد تنكب المسلمون مخالفته، فهي مخالفة شاذة إن صحت عنه، والله أعلم، وذلك أن الرهن شرط من مصلحة العقد، غير منافي لمقتضاه.

١٩- من القواعد الكلية المتقررة في باب الرهن أن ما جاز بيعه جاز رهنه؛ لأن مقصود الرهن الاستيثاق للدين، ولا يكون الاستيفاء من ثمن الرهن حتى يتعذر استيفاءه من الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، فما كان محلاً للبيع كان محلاً لغاية الرهن، وبناء عليه لا يجوز رهن ما لا يجوز إصداره والتعامل فيه من الأوراق المالية والصكوك؛ مثل السندات الربوية، والأسهم الممتازة، وأسهم التمتع، وكذلك شهادات الاستثمار التقليدية وشهادات الودائع الاستثمارية التقليدية، وأسهم الشركات التي يكون الغرض من إنشائها محرماً، مثل تصنيع الخمر، أو الاتجار في الخنازير، أو التعامل بالربا، وأسهم المؤسسات المالية التقليدية وما في حكمها من شركات التمويل التقليدية وشركات التأمين التجاري التقليدي، وأسهم الشركات التي أصل نشاطها حلال لكن تخللها الربا ونحوه من المحرمات.

٢٠- من صور الرهن المعاصرة المستعرضة في هذه الرسالة من بين أعمال المصرفية الإسلامية: رهن الحساب الجاري، ورهن موجودات الحساب الاستثماري، ورهن الأسهم والمحافظ، ورهن نمائها، ورهن الراتب، ورهن المستندات كالشهادات الاستثمارية والصكوك المصرفية والأوراق التجارية.

- ٢١- الأوراق التجارية التي يمكن استخدامها أداة للضمان من خلال الرهن، محصورة في أنواع ثلاثة في اتفاقية جنيف للأوراق التجارية المبرمة عام ١٩٣٠م، والمصارف الإسلامية اليوم خرجت يوم خرجت من رحم المصارف الغربية الرأسمالية، ولذلك لم تتجاوز تلك الأنواع الثلاثة، وهي: الكمبيالة والسند لأمر والشيك؛ أما الكمبيالة فهي في النظر الفقهي مركبة من عدة عقود؛ فتارة تكون بمعنى السُفْتَجَة، وتارة تكون بمعنى الحوالة، وتارة بمعنى القرض أو الوكالة في القرض من جهة الإقراض أو الاقتراض، ومتى أخذ الراهن ورقة تجارية من غيره ليرهنها مع علم مستحق الورقة بذلك، لم يكن به بأس؛ لأن الأصل في الرهن أنه للتوثيق لا للاستيفاء، وقد أجاز الفقهاء المسلمون أن يستأجر الراهن شيئاً ليرهنه، وأن يستعير شيئاً ليرهنه بإذن ربه، أما السند لأمر فهو وثيقة بدين يطلبها المصرف الإسلامي عادة لتضيضها بعد حلول الدين بما لا يزيد عن الدين الباقي في ذمة العميل، أما الشيك فهو كلمة محرفة عن كلمة عربية، وهي كلمة صك، حيث كانت صكوك البضائع مما جرى به العمل من لدن عصر الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وللشيك أنواع عدة، من أشهرها شيك التحويلات المصرفية، وهو من قبيل السفتجة إذا اتحد النقد المدفوع مع النقد المراد تحويله.
- ٢٢- رهن السهم رهنٌ لما يمثله من موجودات الشركة، ولذلك نظير عند الفقهاء، من جهة التبعية، لما قرروا أن صاحب الحق إذا ارتهن أرضاً أو داراً، تبع الأرض والدار في الرهن ما يتبع في البيع؛ كالشجر، والبناء، ولو خرب البناء لم يزل وصف الرهن عن الانقراض. ومثل الأسهم في كون رهنها رهنًا لما تمثله: رهن المستندات، ورهن الصكوك والشهادات الاستثمارية. والتوجيه الشرعي لجواز رهن الأسهم؛ كونها تمثل حصة مشاعة في موجودات متقومة، من نقود أو أعيان أو منافع أو حقوق أو دين.
- ٢٣- رهن نماء الأسهم رهنٌ لنماء ما تمثله شركة المساهمة من موجودات، وهي - والله أعلم - من قبيل نماء الرهن المتصل، كالسمن والتعلم الطارئ على العبد المرهون والحيوان المرهون ونحوهما، ونماء الرهن المتصل يقابل النماء المنفصل عن الرهن، كالأجرة والولد. وقد قرر عامة الفقهاء أن نماء الرهن المتصل به تابع لأصل الرهن؛ لأن الرهن حكم يثبت في العين بعقد المالك، فيدخل فيه النماء والمنافع كالمالك بالبيع وغيره.
- ٢٤- من المسائل المشابهة لنازلة رهن الحساب الاستثماري مما يمكن الإفادة منه والتخريج عليه، ولو بوجه دون وجه: مسألة رهن المدبر؛ فالمدبر هو العبد الذي

عُلّقَ عتقه بموت سيده، ووجه الشبه بين المسألتين: تطرق الاحتمال بعدم استقرار ملك الراهن للمرهون في كلٍّ؛ فالعميل صاحب الحساب الاستثماري قد يخسر أمواله في الاستثمار، وكذلك العبد المدبر المعلق عتقه بموت سيده قد يموت سيده في أثناء رهنه، ولم يمانع في ذلك أكثر الفقهاء؛ إذ كان الغرر في التوثيق أسهل منه في المعاوضات؛ ذلك أن الغرر في الرهن لا يضيّع أصل الحق. ومسألة ثانية، وهي: الوارث إذا رهن تركة الميت وعلى الميت دين، وهو رهن صحيح في أحد الوجهين عند الحنابلة، إذ كان ما يشتمل عليه الحساب الاستثماري من الأموال قد يكون مستحقاً لجهة أخرى يتجر معها المصرف أو من ينوبه.

٢٥- لرهن ما في يد الجهات المصرفية الإسلامية من الأموال نظائر في الفقه الإسلامي، في مسألة رهن العين المستأجرة عند مستأجرها قبل انتهاء مدة الإجارة، ورهن البستان عند العامل فيه بعقد المساقاة، ونحو ذلك مما يكفي في حيازته رهنًا، القبض السابق بالإجارة والمساقاة، ولا يستدعي رهنه تجديد القبض عليه.

٢٦- رهن الراتب من قبيل الوعد بالرهن، وهو شرط استيثاقه تقتضيه مصلحة العقد، والشريعة أقرت الأسباب الداعية إلى توثيق الحقوق في المعاملات من الكتابة والإشهاد والارتهان والكفالة، وما إلى ذلك.

٢٧- من الشروط السائغة التي يضمن بها المتعاقد حقه في عقود المعاوضة المبرمة مع الجهات المصرفية الإسلامية ما يلي: اشتراط الرهن، والكفيل، وحبس البائع للمبيع على ثمنه في عقد البيع، وتحرير المشتري سنداً لأمر البائع، والاتفاق على إلغاء البيع المزمع انعقاده مواعيداً إذا حلَّ الأجل وتخلف المشتري عن أداء الثمن، والاتفاق على إسقاط الأجل إذا تخلف المشتري عن أداء الأقساط المنجّمة بشرط الحطّ من أرباح البائع بقدر المدة المتبقية، والاتفاق على إذن المشتري للبائع المرتهن في بيع الرهن لاستيفاء الثمن إذا حلَّ الأجل أو أخل المشتري بالشروط المتفق عليها، واشتراط المصرف على العميل أن يفتح حساباً جارياً لديه بغرض الاستيفاء من رصيده حسب الأقساط المجدولة، واشتراط تعزيز الضمانات المقدمة أو استبدالها إذا انخفضت قيمتها السوقية، والمواعدة على حبس ممتلكات المشتري التي تحت يد المصرف إذا تخلف عن الأداء للاستيفاء منها مقاصّةً، واشتراط هامش الجدية على الواعد بالشراء قبل ثبوت عقد المرابحة، واشتراط الخيار مدة معلومة على البائع الأصلي بحيث يمكن رد السلعة إذا صرف العميل النظر عن التمويل، وإلزام

العميل الأمر بالشراء في عقد المرابحة بإحضار كفيل قبل ثبوت العقد، وإرجاء تسجيل السلعة باسم العميل المشتري بعد انتقال الملكية إليه حتى سداد الثمن، واشتراط تأمين السلعة التعاوني على العميل في عقد المرابحة مع عدم الإخلال بمسؤولية المؤسسة المصرفية عن تكاليف التأمين وقت تملكها للسلعة قبل البيع على العميل الواعد بالشراء.

٢٨- للراهن أن يوقع الرهن على ماله الذي في يد المرتهن؛ سواء كان قبض المرتهن له ابتداءً قبض أمانة كالعين المودعة والعين المعارة والعين المؤجرة ومال المضاربة، ومثله موجودات الحساب الاستثماري، أم كان قبضه له ابتداءً قبض ضمان كالقرض وثن المبيع والسلم والأجرة، ومثله ودائع الحساب الجاري، وتتحول يد المرتهن في الحال الأخيرة من يد الضمان إلى يد الأمانة، وفي حالة رهن حساب جارٍ لدى الجهة المصرفية الإسلامية؛ فليس لها أن تستخدمه لصالحها إلا إذا اتفق الطرفان على نقله إلى حساب استثماري بحيث تتحول موجوداته من حكم القرض إلى أحكام المضاربة تجنباً لانتفاع المؤسسة المرتهنة (الدائنة) بنماء الرهن، ويستحق صاحب الحساب ربح رب المال، وتستحق الجهة ربح المضارب.

٢٩- ترك المرهون إذا خشي فساده بعينه أو خشي عليه كساد السوق حتى تنخفض قيمته السوقية، مفضي إلى إضاعة المال الذي نهى عنه، ويخالف مقصود العقد من جهة تخلف استيفاء المرتهن لدينه من الرهن بإذن الراهن أو الحاكم، وأن الراهن لن يوفي به ما عليه؛ فللراهن والمرتهن أن يحفظا الرهن بالوسائل المشروعة من التأمين التعاوني على المرهون، وأن يأذنا لبعض بالتجارة في المرهون، مع بقاء ثمنه مرهوناً؛ لأن العين ملك الراهن، وهي مستوثة في يد المرتهن، وقد أذن المرتهن للراهن بالاستثمار فيها، كما قد تنازل المرتهن عن حقه في الإمساك بالرهن، ومن ذلك استثمار الحساب المصرفي المرهون.

٣٠- لا يسوغ للمرتهن التصرف في الرهن بالبيع للاستيفاء منه إلا أن يأذن مالك الرهن أو وكيله بعد حلول الأجل؛ لأن الرهن أداة توثيق وليست أداة وفاء، وغلق الرهن منهى عنه في الإسلام، وغلق الرهن فكاكه من مالكه، وهو أن يصير الشيء المرهون ملكاً لرب الدين إذا لم يدفع الدين عند حلول أجله.

٣١- للجهة المصرفية الإسلامية التصرف في الضمانات التي قدمها العميل، لاستيفاء الحق الذي ثبت في ذمته، وذلك في الأحوال التي أذن العميل في التصرف بضماناته عند

تحقق واحد منها واتفقا عليها في عقد المعاوضة المبرم بينهما، ومن تلك الأحوال التي تدون عادةً في العقود المصرفية: مماطلة العميل بأداء الحق الحال، وإخلاله بالإقرارات والتعهدات الواردة في الاتفاقية الأساسية، وإخلاله بتقديم الضمانات الإضافية المطلوبة، وتقصيره في إبلاغ المؤسسة وأخذ موافقتها قبل تغيير شكله القانوني أو إدارته التنفيذية، وتعرضه للمساءلة الجنائية أو القانونية، ومصادرة ممتلكاته أو الحجر عليها أو المنع من التصرف بها، ومنعه من ممارسة النشاط أو إلغاء ترخيصه أو سجله، وإقامة دعاوى قضائية مالية ضده أو مطالبات تنفيذية أو دخوله في صلح مع الدائنين، أو تزويره لإحدى المعلومات الجوهرية التي قدمها للمصرف. وليس للجهة المصرفية أن تشترط على العميل إذنه لها بالتصرف في الضمانات بمطلق عدم الوفاء بأي التزام واجب ومشمول الأداء لصالح المصرف، وليس للجهة المصرفية أيضًا أن تقرر من تلقاء نفسها وقوع الحال الموجب للاستيفاء إلا بينة، والأولى تسمية محكم عدل في العقد، يرضيان الرجوع إليه للفصل بينهما إذا اختلفا في وقوع مسوغ من مسوغات التصرف في الضمانات حسماً لمادة النزاع ونفيًا للظلم حتى لا يحابي المصرف شخصه إذا انتهى علمه إلى وقوع المسوغ ولم يسلم به العميل.

٣٢- كل شرط في العقود المصرفية أحل حراماً في شريعة الإسلام أو حرم حلالاً فهو باطل وإن كان مائة شرط، ولو قصد به المصرف ضمان حقّه، كالشرط الجزائي في المدائنات، واشتراط إسقاط الأجل في عقود البيع بتخلف المشتري عن أداء الأقساط المنجمة من دون الحط من أرباح البائع بقدر المدة المتبقية، واشتراط خيار الفسخ المطلق، وتحميل العميل الأمر بالشراء في عقود المرابحة ضمان ما قد يطرأ على السلعة من أضرار وهلاك خلال فترة الشحن أو التخزين قبل انتقال السلعة إلى ملك العميل، واشتراط المؤجّر على المستأجر غرامات مالية مقطوعة أو بالنسبة، إذا تأخر في دفع الأجرة، ما لم يشترط المؤجّر أن تُدفع الغرامة إلى جهة بر أو جهة قضائية ذات ذمة منفصلة عن المؤجّر، بحيث تكون جهة البر أو جهة التعزير القضائي هي المسؤولة في مواجهة المستأجر ولا صفة للمؤجّر في مطالبته بها، فينتفع المسلمون بما تبرع به إن طالبته جهة البر بالغرامة الخيرية وألزمته بأدائها أو طالبته جهة القضاء بإيداع الغرامة في بيت مال المسلمين، بحيث يحصل باشتراطها في العقد تأمين حق المؤجر إلى حد ما من جهة استحداث المستأجر على أداء الحق، وفي حال إعساره فلن تتعسف جهة البر في استيفاء التبرع كما تتعسف بعض الجهات المصرفية، حتى في النظر القضائي لن يعامل الحق الخيري العام معاملة حق المعاوضة الخاص.

٣٣- من أساليب ضمان استرجاع الثمن المدفوع في اتفاقيات الجهات المصرفية الإسلامية: خيار الشرط؛ كاشتراط المؤسسة المصرفية على الجهة التعليمية في عقد شراء الخدمات التعليمية = حقها في استعادة ثمن الخدمات المدفوعة خلال مدة القبول، ومن الأساليب كذلك: اشتراط فسخ العقد؛ كاشتراط المصرف على مقيّم العقارات، التي سيرتهنها المصرف، فسخ عقد التقييم في حال تعدي المقيم أو تفريطه في إجراءات التقييم أو إخلاله بالتزامات العقد، وفي حال فسخ عقود الإجارة على العمل، فعلى المؤسسة المصرفية أن تقيد استرجاع الثمن بما لا يخل بحق الأجير فيما قام به وأنجزه.

٣٤- من أساليب الجهات المصرفية التجارية الإسلامية في عقود البيع لضمان حد أدنى من الأرباح بغلبة الظن: الاشتراط على البائع بالتصريف، ألا يتعاقد مع جهة منافسة للمصرف خلال مدة الاتفاقية.

٣٥- للجهة المصرفية أن تشتري السلعة التي رغب فيها العميل، ثم تبيعها عليه بعد دخولها في ملك المصرف وضمانه، على أن مسايرة المصارف التجارية الإسلامية للمصارف التجارية الرأسمالية في وجهة التمويل بأسلوب المرابحة للأمر بالشراء لا تتناسب مع مبادئ المصرفية الإسلامية.

٣٦- الأصل في تصرف المشتري في المبيع بالبيع قبل دخوله في ضمانه هو المنع، ودخوله في ضمانه يكون بالقبض الشرعي، والقبض الشرعي لا يستلزم القبض اللغوي الحسي الذي هو بمعنى الأخذ والإمساك. والدليل على المنع: ما رواه أحمد وأهل السنن من نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن، وقوله ﷺ: «مَنْ ابْتاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ» رواه البخاري.

٣٧- العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، فلا ضمان عليه فيها إلا في حال التعدي عليها أو التفريط في حفظها، والصيانة الأساسية ضمانها على المؤجر مالك العين، كصيانة الأساسات والحيطان وصيانة أنابيب المياه ونحو ذلك مما لا يتمكن المستأجر من استيفاء منفعة العين إلا به، أما الصيانة التشغيلية فالأصل أنها من ضمان المستأجر ما لم يقتض العرف أو العقد خلاف ذلك؛ كصيانة المصاييح والمحابس والعوامات ونحو ذلك مما لا يتوقف استيفاء المنفعة عليه.

٣٨- من أساليب ضمان حق المؤجر، المتمثل في الأجرة، في عقود المصرفية الإسلامية: اشتراط حلول أقساط الأجرة إذا تأخر المستأجر في أداء قسط من أقساط الأجرة بلا

عذر مع مراعاة الحط من ثمن الأقساط المعجلة مما كان محله التأجيل، واشتراط حيازة موجودات المستأجر في العين محل الإجارة على سبيل الارتهان حتى يستوفى الحق، إلى غير ذلك من الوسائل، والأصل في الوسائل الموصلة إلى الحق المشروع والسبل الموثقة له الحل.

٣٩- يضمن المصرف ما هلك تحت يده مما استؤجر على حفظه من الودائع المستندية، وما يسمى وديعة الخزائن الحديدية التي يستأجرها العملاء لحفظ النقود، وحفظ الأموال العينية كالمجوهرات، والوثائق الشخصية، والمستندات التجارية، وما شابه ذلك.

٤٠- إذا كانت اليد في عقود المعاوضات يد أمانة لا تُضمن إلا بالتعدي أو التفريط، فلا يسوغ قلبها إلى يد ضامنة؛ كاشتراط المؤجر على المستأجر ضمان العين المستأجرة مطلقاً، ما لم يكن الشرط مقيداً بأحوال التعدي والتفريط، وكتابة الشرط حيثنذ وعدمه سواء في مضي الحكم بتضمين اليد الأمانة إذا احتفت بمادة التعدي أو التفريط.

٤١- ضمان كفاءة العاملين والمشرفين في عقود المقاوله على إنشاء مواقع الصرافات الآلية، يكون بالتزام المقاول أن يستعمل العدد الكافي من المؤهلين وذوي الخبرة في إنجاز المعقود عليه، وللجهة المصرفية الإسلامية الحق في مطالبة المقاول بتغيير من ظهر منه عدم الكفاءة والأهلية، وليس لها حق الإلزام بالتغيير ما لم يقر المقاول بذلك أو يأمر به الحاكم عند الاقتضاء، والأولى أن يسمى في العقد محكّم خبير يرضيانه للفصل بينهما عند الاختلاف في ثبوت عدم الأهلية ونحوه اختصاراً للنزاع وحداً من أمد التقاضي وإجراءاته، ووفاء بالمعقود عليه.

٤٢- من وسائل ضمان التزام المقاول بتسليم العمل في الميقات المسمى في العقد: الشرط الجزائي العادل الذي يستحقه المتقاول عند تأخر المقاول بلا عذر، أو مشاركة المقاول في العقد على أن يكمل المتقاول العمل مع مقاول ثانٍ على حساب المقاول الأول، وللمتقاول في سبيل ذلك أن يحجز على ما بقي في الموقع من آلات المقاول ومواده، على أن يأذن له المقاول بذلك في الاتفاقية الأساسية المبرمة بينهما.

٤٣- وهذا لا يعني إجازة كل عقد مقاوله اشتمل على هذا الشرط، بل لا بد من نظر خاص في كل عقد لفحصه والتأكد من سلامته، وعدم الاغترار بعنوان الاتفاقية، فإن لكل عقد تفاصيل وشروطاً قد يتغير معها التوصيف الفقهي والحكم الشرعي.

٤٤ - من الأساليب التي تضمن بها المؤسسات المصرفية الإسلامية إلتقان عمل المقاوله والاستصناع على الوجه المزبور في الاتفاقية المنعقدة بين أطرافها: اشتراط ضمان هيكّل الوحدة العقارية المستصنعة على المطور العقاري في عقود استصناع العقارات، وإلزام المطور العقاري بالصيانة الأساسية للعقار المشيّد مدّة مسماة، وإلزام المطور العقاري بتعويض عادل إذا تأخر في تسليم العقار من غير عذر.

٤٥ - أمين الاستثمار الذي يسمى أمين الحفظ هو: أيّ مصرفٍ أو مؤسسة مالية ذات درجة عالية في التصنيف وخبرة وملاءة مالية يعهد إليها بتسليم الأموال ومستندات المحل المستثمر فيه ليكون مؤتمناً عليها، ولمنع المضارب أو المستثمر من التصرف فيها بما يخالف شروط المضاربة، وذلك مقابل أجره سنوية متفق عليها، أو عمولة تُحسب بالنسبة المئوية من القيمة السوقية لصافي أصول الاستثمار محل الشراكة، ولا مانع من ذلك بشرط أن يكون المساهمون على بينة، وعلى ألا يتدخل أمين الاستثمار في القرارات، بحيث يقتصر عمله على حفظ الأصول والمستندات مع التثبت من مراعاة قيود الاستثمار الشرعية والفنية.

٤٦ - ضمان أمين الحفظ أو من يسمى أمين الاستثمار من جنس ضمان الأجير المشترك، فالأصل في أمين الحفظ الذي يحفظ مستندات أصول التجار والشركات وعوائدها، كالأوراق المالية، أن يضمن ما يضمنه الأجير المشترك، وقد ترجّح للباحث أن الأجير المشترك يضمن ما هلك تحت يده المنفردة بالأعيان المستأجر عليها، إلا من شيء غالب كالحرّيق الغالب والعدو المكابر، إذ كانت أفضية الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ والتابعين على تضمينه، والأصل المتقرر في المعاملات أن على اليد ما أخذت حتى تؤديه، وأن الغنم بالغرم؛ فلو لم يَغرَم الأجير المشترك ما هلك تحت يده لم يستحق أجر ما عمل بيده، فإنه قبض العين للاسترباح قاصداً حظ نفسه.

٤٧ - غرض دفع رسم الدخول في المناقصات هو إثبات جدية المتقدم للمناقصة، لضمان الالتزام بالوعد عند الجهة الطارحة للمناقصة، ومصادرة الجهة الطارحة لرسم الدخول من دون مقابل متقوم ممنوع شرعاً، سواء كان الرسم مدفوعاً من قبل من استقرت المناقصة ورست عليه أم لم يكن كذلك؛ لعموم قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً؛ بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟!» رواه مسلم.

٤٨ - تسري أحكام الوكالة على المؤسسة المصرفية الإسلامية إذا توكلت عن العملاء وكالة بغير أجر، وتعتبر يدها يد أمانة لا يد ضمان، ما لم تتعدّ أو تفرط، فإذا تعدت أو

فرطت انقلبت يدها ضامنةً، وعلى العميل عبء إثبات التعدي أو التفريط، ومستوى المسؤولية المطلوبة والمحاسبة الواردة على المؤسسات المصرفية الإسلامية أعلى من الوارد على الأشخاص ذوي الخبرة المتوسطة.

٤٩- إذا أصدر العميل للجهة المصرفية أمر التحويل من أمواله المودعة في الحساب الجاري، انتقلت يد المصرف على أموال العميل في الحساب الجاري من يد الضمان إلى يد الأمانة على المال الموكّل في تحويله، وذلك في مقدار المال الذي اشتملت عليه عملية الحوالة المصرفية؛ لأن الحوالة المصرفية وكالة، ويد الوكيل يد أمانة؛ فلا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط أو تعدٍّ؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فالهالك في يده كالهالك في يد المالك، ولأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة، وفي تعلق الضمان بها خروج عن مقتضى الإرفاق والمعونة فيها. فإن كانت الوكالة بأجر فإن حكم المصرف حكم الأجير المشترك في الضمان؛ لأن الوكيل بعوض يأخذ حكم الأجير المشترك.

٥٠- منفذو الحوالات المصرفية بأجر لعموم الناس ضامنون لما هلك تحت أيديهم من أموال منشئي الحوالات ما لم يكن سبب الهلاك من الأمور الظاهرة العامة، كالحرّيق الغالب والزلازل المدمرة والاختراقات التقنية العامة، جرياً على الحكم بتضمن الأجير المشترك.

٥١- إذا تغير سعر الصرف قبل وصول الحوالة إلى حساب المستفيد؛ فلا يلزم الجهة المصرفية الوكيل في إيصال الحوالة المصرفية دفع ما نقص من قيمة الحوالة وقت قبضها من العميل؛ لأن الجهة ليست طرفاً أصيلاً في الحوالة المصرفية، بل هي وكيله عن الأصيل؛ فلا تغرم ما نقص من قيمة العملة في المبلغ المحوّل، كما أنها لا تغنم ما زاد في قيمتها، وعليه يكون ضمان تقلب سعر العملة على منشئ أمر الحوالة، وهو العميل الموكّل، حتى ولو كانت الحوالة بأجر؛ لأن انخفاض قيمة العملة من جنس الأمور الظاهرة التي لا يُكذّب الوكيل في وقوعها ولا تتطرق إليه فيها التهمة، وذلك ما لم يتعدّد الوكيل أو يفرط، كما لو تأخر مثلاً في إجراء الحوالة ليتجر بالمال المزعم تحويله، حتى أفضى تأخره إلى انخفاض سعر العملة وهي في يده.

٥٢- إذا كسدت عملة من العملات الورقية المعاصرة حتى بطل أثرها وانقطعت قيمتها، فإن أداء الحقوق المرتبطة بها يكون بالقيمة لا بالمثل، ولا يجري عليها كلام الفقهاء في النقدين من الذهب والفضة لكونهما يحملان قيمةً ذاتيةً، والضرر الوارد عليها لا يبطلها،

ولأن الثمنية في النقدين خلقة، وأما الثمنية في النقود الورقية اليوم فإنها اصطلاحية، وقابلة للإلغاء، والمتعاملون بها لا يقصدون من الاحتفاظ بها تملك أعيانها.

٥٣- تتخذ البنوك المركزية إجراءات احترازية وتدابير وقائية لحماية الودائع المصرفية في المصارف الإسلامية المحلية، ومن ذلك: الاحتفاظ بأرصدة نقدية للمصارف لدى البنك المركزي، وهذه الأرصدة النقدية عبارة عن نسبة من الودائع الجارية، والودائع الادخارية، والأموال المخصصة لخطابات الاعتماد؛ حيث يجري احتساب النسبة شهرياً بالنظر إلى ما يطرأ على ودائع المصرف من زيادة أو نقصان، وتفاوت البنوك المركزية في تحديد نسب الاحتياطي القانوني.

٥٤- يضع البنك المركزي سقفاً أعلى للتمويلات والتسهيلات بحيث لا تتجاوز المصارف الخاضعة لإشرافه، وذلك حمايةً لأموال المودعين، وحداً من أفة توليد النقود حتى لا تتضخم العملة المحلية، وفي الحالة السعودية حظرت المادة (٨) من نظام مراقبة البنوك في المملكة على أي بنك أن يمنح تسهيلات ائتمانية أو أن يقدم كفالة، أو ضماناً، أو أن يتحمل أي التزام مالي آخر لصالح أي شخص طبيعي أو اعتباري بمبالغ تتجاوز ٢٥٪ من مجموع احتياطيات البنك ورأس ماله المدفوع، أو المستثمر.

٥٥- عقود المضاربة في أعمال المصرفية الإسلامية يرجى من نفعها للسوق والعاملين فيه ما يفوق غيرها من الأعمال المصرفية، في الجملة، كما أنها أبعد عن الصورية.

٥٦- الالتزام بضمان رأس المال في عقد المضاربة يُخرج العقد من باب الشركة إلى باب الربا.

٥٧- يد المضارب على المال يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط؛ لأن المضارب قبض المال من ربه بإذنه على وجه لا يختص فيه بربحه، كالوديع والوكيل، وإذا ضمن المضارب مال المضاربة، بشبهة تطبيق أحكام إجارة الأشخاص المشتركين أو لغير ذلك من الاعتبارات الفاسدة، خرج العقد عن مقصوده وأصبح قرضاً في ذمة المضارب، فإذا أخذ رب المال منه مالا زائداً على ما دفعه أولاً؛ صار قرضاً جازاً للمنفعة، وربحاً لما لم يضمن، وغنماً بلا مسؤولية عن الغرم.

٥٨- ليس من المضاربة المشروعة: المضاربة على الهبوط، والمضاربة على الصعود؛ لأنها تقوم على أساس المقامرة والمخاطرة على سعر السلعة في البورصة، ولا تقوم على المتاجرة والمضاربة في السلع المعلومة؛ فيشتري المضارب على الصعود مثلاً السلعة الوهمية بسعر وهو يخاطر في أنه سيرتفع، فإذا ارتفع باعه حالاً بأكثر مما اشتراه مؤجلاً، وإن لم يرتفع خسر، وليس ثمة تسلّم أو تسليم للثمن إلا يوم التصفية.

٥٩- لتعدي الجهة المصرفية المضاربة صور، منها: أن يلتزم باجتناّب سلعة معينة، كأسهم شركات الكحول، ثم يتاجر فيها، ومنه أن ينشر قوائم مالية ليست صحيحة، وأن يخاطر بأموال المستثمرين في أسواق المضاربات المالية أو يتعامل مع من عُرف عنه الإخلال بالالتزامات، وألا يأخذ الضمانات مع اقتضاء الحال لها، وألا يدرس الجدوى، وألا يحفظ السلع في المكان المناسب لمثلها، وهو - أي: التعدي - أبلغ من التفريط لما فيه من المجاوزة بالفعل.

٦٠- لتفريط المصرف المضارب وأذرعه الاستثمارية صور، منها: أن يكتّم معلومات مالية عن المستثمرين كان يجب عليه إظهارها، أو يهمل حفظ الأموال، أو يقصر في متابعة الموظفين. ويؤخذ في الاعتبار المصرف المضارب ومن يفوضه من الشركات الاستثمارية لا ينبغي أن يُعاملوا معاملة المضارب العادي من جهة معيار التفريط والتعدي، بل يعاملون على أساس مسؤولية المحترفين بحيث يُطالب من الإجراءات والاحتياطات بما يتناسب مع خبرته وقوته، فإن قصّر فيها عدّ مفرطاً ولو كان من دونه في السوق لا يعد مفرطاً بها، وهذا لا يعني تسويق نقل عبء الإثبات عليهم إذا اتهموا بالتعدي أو التفريط، بل البينة على من ادعى ذلك.

٦١- يتحمل المضارب النفقات الناشئة عن توكله بالاستثمار إذا كانت النفقة في صلب العمل الاستثماري المرتكز على المضارب أصالةً وجرت العادة بمباشرة المضارب له؛ مما يبذله بجهده أو يجريه على عماله ومن يعاونه، وأن رب المال (الموكل) يتحمل المصروفات المتعلقة بالاستثمار إذا لم تجرِ العادة بمباشرة المضارب (الوكيل بالاستثمار) لها بنفسه، وهو ما يُعبر عنه في بعض الاتفاقيات المصرفية بالمصروفات الإضافية، أي: المضافة إلى العمل الذي يتناوله المضارب أصالةً؛ مثل أجرة سيارات النقل، ومصاريف الصيانة، وتكاليف التراخيص والتأمين التعاوني، ونفقات الدعاية والإعلان، وما إلى ذلك؛ غير أنه إذا جرى عرفٌ ما بأن هذه النفقات على رب مال المضاربة، لم يتحملها المضارب، وعلى رب المال تعويضه، ويُرجع في ضبط العرف إلى أهل الخبرة في كل قطاع بحسبه. فإن شاركت الجهة المصرفية الوكيل في الاستثمار موكلها بدفع حصة من رأس مال الاستثمار، بسبب عدم وفاء رأس مال الموكل بما يتطلبه المجال المستثمر فيه أو لغير ذلك من الأسباب، ولم ينو الرجوع عليه، فإنهما يتحملان الخسائر، كل على قدر حصته، وعلى الوكيل في الاستثمار الإفصاح عن ذلك.

٦٢- حساب المضاربة في المصارف التجارية الإسلامية هو حساب استثماري مبني على عقد المضاربة فقهاً؛ العميل فيه رب المال، والمصرف أو من ينيب هو المضارب، ويعد سحب رب المال لشيء من رأس مال المضاربة إنهاءً لعقد المضاربة في الجزء المسحوب، ويشتركان في توزيع الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه، ولا يضمن المصرف الخسارة لأن المضارب أمين وله أن يتبرع بجبر الخسارة، وليس لرب المال (العميل) أن يشترط نصيباً من الربح يضمنه له المصرف المضارب في حال الخسارة؛ لأن هذا الشرط يقلب العقد من القراض (المضاربة) إلى القرض، فيصير ما زاد على رأس المال من المنفعة المشروطة التي جرها القرض للمقرض.

٦٣- الأصل أن الضمان في الشركة لا ينفرد به بعض الشركاء دون بعض، وذلك أن مقتضى الشركة الاجتماع في المغنم والمغرم فتتقاسم الخسارة كما يتقاسم الربح، وهذا هو المعنى الذي يميز الاستثمار الإسلامي العادل عن الاستثمار الربوي الجائر، فمن لم يتحمل تبعه الاستثمار لم يستحق من الربح شيئاً؛ لأن الخراج - أي: الربح - بالضمان، ولا يسوغ أن تجرنا ضغوط الواقع المتوهمة إلى تجاوز الحدود الشرعية، كيف وقد أثنى الله تعالى على الربانيين بأنهم ما ضعفوا وما استكانوا، والله يحب الصابرين، والحرام من مفسدات الأموال، وتطلب الحلال وتقوى الله في ذلك سبب للنماء والإعانة والبركة، على أن العدل المحض في كل شيء متعذر علماً وعملاً ولكن الشأن في الأمثل فالأمثل.

٦٤- لما كانت المصارف الربوية تضمن رأس المال في الودائع الاستثمارية وتضمن أرباحاً لرب المال، فقد سعت المصارف الإسلامية إلى حلول منافسة، ومنها: تبرع المصرف المضارب بجبر الخسارة من غير شرط سابق ولا عرف ملزم، والتزام طرف ثالث خارجي يضمن الخسارة تبرعاً منه بدون مقابل على أن يكون هذا الالتزام مستقلاً عن عقد المضاربة بحيث لا يعود نكول المتبرع على عقد المضاربة بالإبطال، وتشكيل جمعية تعاونية ذات ذمة مالية مستقلة مشتملة على صندوق تعاوني تودع فيه استقطاعات دورية من رؤوس أموال المستثمرين أو من الأرباح المتحصلة لتحقيق الموازنة في التوزيعات الدورية، وحماية رأس المال، ومواجهة الانخفاضات المستقبلية المحتملة في رأس مال المضاربة.

٦٥- المخاطر التي تعرض للصندوق المصرفي الوقفي تتمثل في احتمالات واردة، منها: الكساد والاعتداء والإيقاف الحكومي والخسارة في المجال الذي يستثمر

فيه الصندوق، ولا بد لناظر الوقف، وهو شركة الاستثمار التي تدير الصندوق، من إعداد التدابير الوقائية قبل وقوع الخطر، واتخاذ الإجراءات الكافية في عرف الخبراء والتجار بعد وقوع الخطر.

٦٦- من سبل حماية أموال الموقفين ووقايتها من المخاطر المحتملة: الاشتراك في تأمين تعاوني تكافلي عند تأسيس الصندوق المصرفي الوقفي.

٦٧- لضمان سرعة التعامل مع مخاطر الصندوق المصرفي الوقفي، يمكن للموقفين المشتركين بأموالهم في الصندوق أن يخولوا الشركة الاستثمارية التابعة للمصرف الإسلامي، ويفوضوها بصفتها مديرة للصندوق، في استبدال أصول الصندوق بأصول تراها أكثر فائدة لمصلحة الوقف، وفي تغيير الشكل النظامي للصندوق عند اقتضاء الحاجة، وما إلى ذلك؛ لأن هذه الأصول لا تُعدُّ موقوفة بعينها، بل الأصل الوقفي هو الوحدات المقسمة على الموقفين بناء على حصيلة الصندوق الوقفي وموجوداته.

٦٨- ضمان سلامة رأس المال وضمان مخاطر التعدي والإفلاس في معاملات الجهات المصرفية الإسلامية من خلال الاشتراك في التأمين التجاري التقليدي محرم شرعاً؛ ذلك أن التأمين التجاري يستهدف الربح من التأمين نفسه، ولا ينطلق من مبدأ التعاون على رفع الجوائح المحتملة وتقاسم المشتركين آثار الخسائر والأضرار في المستقبل، ولا يجري فيه توزيع الفائض وأرباح الاشتراكات المعزولة لغرض الاستثمار وتنمية المال دفعاً لاحتمال زيادة المطلوبات على الاشتراكات، بل يذهب على المشتركين إذا سلّموا جميعاً كل ما دفعوا، وفي ذلك من شبهة الغرر والمقامرة ما لا يخفى.

٦٩- التأمين السائع للتعامل به في أعمال المصرفية الإسلامية هو التأمين التعاوني التكافلي لدى جهات التأمين التي لا تؤمن على شخصها لدى جهات التأمين التجاري التقليدي، القائمة في عملها على مبدأ المشاركة في تحمل آثار الخسائر والمصائب النازلة بالمشاركين، وهو من أعمال القرب التي يثاب عليها المشترك إن احتسب أجر تخفيف مصاب المشتركين وإعانتهم، والأصل فيه ما روى البخاري في باب الشركة في الطعام والنهد والعروض عن أبي موسى الأشعري، قال: قال النبي ﷺ: «إن الأشعريين إذا أزمَلُوا -أي: قل ما عندهم- في الغزو، أو قل طعام عيالهم بالمدينة، جمَعُوا ما كان عندهم في ثوب واحد، ثم اقتسموه بينهم... فهم منِّي وأنا منهم»؛ فانظر كيف جاز التفاضل وساعت التسيئة في الأموال الربوية بتخلف شرط المعاوضة على الطريقة الأشعرية.

٧٠- ذكر الفقهاء صوراً مشابهة للتأمين التعاوني التكافلي، وعدوها من قبيل ضمان ما لم يجب أو ضمان المجهول، واستساغوه الجمهور؛ فمن الصور التي ذكروها: ضمان تجار الحرب ما يذهب من البلد أو البحر، وضمن السوق الذي هو أن يُضمن ما يجب على التجار للناس من الديون، وضمن دين الضامن نحو أن يضمن الضامن ضامناً آخر، وضمن نفقة الزوجة المستقبلية. بل من الصور عندهم ما هو أوسع من التأمين التعاوني المعاصر، كضمان الضامن للمشتري - في مسألة ضمان عهدة المبيع - وما يحدث في المبيع من بناء أو غرس، وذلك إذا بنى المشتري فيما اشتراه أو غرس فيه، فاستحق المبيع؛ رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص.

٧١- من الأصول الشرعية المقررة لمعنى محاسبة الوكلاء على أموال المسلمين تحصيلًا أو تفريقًا أو مضاربةً ما رواه البخاري ومسلم عن أبي حميد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: استعمل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجلاً على صدقات بني سليم - يدعى ابن اللثبية - فلما جاء حاسبه قال: هذا مالكم، وهذا هدية. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فهلأ جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيتك هديتك إن كنت صادقاً»، ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله، فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أُهديت لي، أفلا جلّست في بيت أبيه وأمه حتى تأتيته هديته، والله لا يأخذ أحدٌ منكم شيئاً بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة، فلا عرفن أحدًا منكم لقي الله يحمل بغير له رُغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر»، ثم رفع يده حتى رُئي بياض إبطه يقول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اللهم هل بلغت»، بَصَرَ عَيْنِي وَسَمِعَ أذْنِي. والشاهد هو قول الراوي: «فلما جاء حاسبه؛ أي: أمر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من يحاسبه ويقبض منه.

٧٢- الأصل فيما يسمى بالودائع المصرفية في الحسابات الجارية أنها قروض من العميل للمصرف، وبناء عليه تكون الوديعة مضمونةً على المصرف، ويردُّ المصرف بدلها متى ما طالبه بها العميل ولو سُفِّتَجَةً في بلد آخر، على أن العلاقة بين المصرف والعميل في عقد الحساب الجاري ليست متمحضةً في القرض، بل يشوبها غالباً عقد أو أكثر من عقود الوكالة والحوالة والسمسرة والبيع والإجارة والرهن والمصارفة والشراسة، كما في إجراء الحوالة البنكية وإجراء سداد الفواتير وإجراء الشراء بالبطاقات، وقد يتعاقب العقد التالي للقرض في أكثر من واقعة، وإذا اشتملت اتفاقية فتح الحساب على بنود متعلقة بعقد آخر، فيتوجه عليه حينئذ مبحث اجتماعه مع القرض.

٧٣- إذا قبض المصرف القرض من العميل المقرض من خلال جهاز الإيداع النقدي، فإن قيمة القرض تستقر في ذمة المصرف وضمائه حتى يرد بدلها إلى المقرض. ويستوي في ذلك أن يكون المصرف هو الذي تولى القبض أصالةً بواسطة جهاز الإيداع ومن ثمّ تقييد الوديعة في السجلات أو كان الذي تولى القبض وكيلاً له كشركات نقل الأموال، على أن له في هذه الحالة تضمين شركة نقل الأموال بصفتها أجيرًا مشتركًا ما لم يكن للشركة عذر ظاهر في حال تلف المال من الزلازل والفيضانات والانفجارات والحوادث العامة وما أشبهها مما لا تتطرق إليه التهمة.

٧٤- المصارف الإسلامية لا تمارس ما استمرأته البنوك التقليدية التي لم تنعتق من ربة المصرفية الرأسمالية الغربية القائمة على دوران المال على نفسه بالربا، من جهة أن البنوك التقليدية الربوية تتحاشى المخاطرة الكامنة في الاستثمارات الحقيقية، فما تقترضه بفائدة من المودعين تذهب لتقرضه بفائدة أعلى، وتأخذ الضمانات الكافية على المقترضين لسداد قروضهم، وهذه الطريقة لا تتعامل بها المصارف الإسلامية لاشتغالها على الربا الصريح، ومن جهة أن البنوك الربوية تلجأ في حال تعرضها لنقص في السيولة إما إلى البنك المركزي والاقتراض منه بفائدة، أو تلجأ إلى الاقتراض الداخلي بين البنوك ممن يملك فائضًا نقديًا، فتقرض منه بفائدة، وهذه الطريقة أيضًا لا تلجأ إليها المصارف الإسلامية لاشتغالها على الربا، وهو أم الكبائر المحرمة في باب المعاملات.

٧٥- الأصل فيما أمر الله تعالى به ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الإلزام، ولا سيما إذا تعلق بالأمر الشرعي حقوق خاصة، والسلطة القضائية تتولى تنفيذ ما أمر الله سبحانه وتعالى به، ونتيجة لذلك انتهت إلى لزوم الوفاء بالوعد من حيث الجملة، ولا سيما إذا دخل الموعود في كلفة، والقول بخلاف ذلك يؤثر في قيمة الوعد عند المسلمين.

٧٦- من ثمار النتيجة الآنف أن مسوّق الأوراق المالية، كالأسهم، إن وعد مصير الأوراق بشراء ما تبقى منها بعد تسويق الاكتتاب فيها، فإنه ملزم بشراء ما لم يكتب فيه من الأوراق المالية.

٧٧- ضمان السهم بعد البيع - أي: بعد الاكتتاب - وقبل التخصيص - أي: قبل الفرز والقبض التام - يتوجه على الجهة الطارحة للاكتتاب، وعلى المصرف الذي عيّنته وزارة التجارة لإيداع حصيلة الاكتتاب في حساب جارٍ يفتح لهذا الغرض، ولا يلزم لحصول القبض الشرعي دخول الشركة المساهمة في بورصة التداول.

٧٨- لا يجوز للشركة المساهمة أن تميّز بعض المساهمين بضمان رأس مال السهم، أو بضمان ربحه، أو بضمان حق الأولوية عند توزيع الأرباح أو عند التصفية. ولها أن تميّز مساهمًا بنسبة أعلى من الربح لقاء أمر معتبر، كما لو كان المساهم عاملاً ببدنه، أو مستشارًا للشركة خبيرًا بأمور التجارة، على أن تكون الزيادة عادلة ومتكافئة مع الجهد المبذول.

٧٩- أميز ما كُتب حتى تاريخ هذه الرسالة في معاملات المؤسسات المصرفية الإسلامية شمولاً ونضجاً، وضبطاً وتحريراً، مع اختصار العبارة وإتقان صياغتها، وصلاحيتها لأن يكون دليلاً عملياً تطبيقياً لتأسيس عمل مصرفي إسلامي، هو كتاب الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، إلا أنه خلا من الاستدلال والتخريج، ويقع مع فهارس الكلمات المفتاحية في إحدى عشرة صفحة ومائتين متضمنًا ثمانية ضوابط وستمائة، وله جزء ثانٍ يُعمل عليه.

٨٠- الفتيا للمستفتي التاجر المنتفع في تجارته أمام الجمهور من اسم المفتي وفتواه، مقابل مال من المستفتي، واقعة حادثة في تعامل المؤسسات المصرفية الإسلامية مع أعضاء الهيئات الشرعية؛ لم تكن معروفة في صدر الإسلام.

ثانيًا: التوصيات

بعد إتمام البحث ودراسة عقود الجهات المصرفية الإسلامية والاطلاع على ما صُنّف في أعمالها المرتبطة بعنصر الضمان؛ خلصتُ إلى تسجيل التوصيات الآتية:

١- الحذر من سريان مفاهيم المصرفية الرأسمالية في أعمال المصرفية الإسلامية، ولا سيما المصارف التجارية الإسلامية التي قامت على أساس التجارة المقتضية للربح والخسارة، حيث انطلقت بعض الكتابات الفقهية من مفاهيم الثقافة الرأسمالية الغالبة التي تسللت إلى أذهانهم، ومن هذه المفاهيم الظالمة أن المصرف لا بد أن يربح ولا يمكن أن يخسر؛ فسخر بعض الباحثين جهودهم وطوعوا النصوص لخدمة هذا المفهوم الدّخيل.

٢- أن تراعي المصارف التجارية في تعاملها مع العملاء الأحكام الشرعية التي لا تتصل بموضوع التعاقد مباشرة، كحكم السرف، وحكم إيتاء السفية المال، وحكم إنظار المعسر، حيث انطلقت بعض المصارف التجارية الإسلامية من مصالحها التجارية الخاصة، من دون مراعاة مصالح المسلمين، فتوسعوا في برنامج التمويل، ولم يألوا جهداً في إبرام العقود مع عموم الناس دون تحري الراشد من السفية، والمحتاج

من المبذر، ثم اقترن بهذا التسهيل التشديد في الاستيفاء، مستغلين الثقة الحكومية وانغماس الناس في الدنيا، وحالة الترف العامة، ووقع الإشكال بعد ذلك في مراعاة أحكام المعسرين وإنظارهم إلى ميسرة.

٣- أن تتحرى المصارف التجارية مصالح الأطراف الأخرى كما تتحرى مصالحها الخاصة فيما تضعه من المستهدفات وتصيغه من العقود بما يلاقي انتسابها إلى المصرفية الإسلامية، بحيث لا تستغل ملاءتها ونفوذها لغمط الحقوق، بل تحب للمسلمين ما أحبت لشخصها، فمن الأخذ بأحكام الإسلام الذي جاءت الشريعة بذمه والتحذير من مشابهة اليهود فيه، الاقتصار على أحكام الشريعة الإسلامية في باب دون باب، والإيمان ببعض الكتاب دون بعض.

٤- أن يتوسع نشاط المصارف التجارية الإسلامية في أساليب تنمية الاقتصاد المتنوعة، ولا سيما ما كان من العقود سبباً في إنشاء المشاريع الصناعية أو التجارية التي تزيد المسلمين قوة وشوكة.

٥- أن يدرس الباحثون في المصارف التجارية الإسلامية الحالات العملية لتطبيقات المربحة لدى المصارف الإسلامية، حتى توضع الأصول وتؤسس القواعد التي تعصم من وقوع الخلل في التطبيق والواقع العملي، وتعين على مراعاة الأحكام الشرعية العامة أو الخاصة ببيع المربحة للأمر بالشراء، على أن العدل المحض في كل شيء متعذر علمًا وعملاً ولكن المقصود تحري الأمل فالأمثل.

٦- دراسة المسائل التي تبين في أثناء كتابة الرسالة حاجتها إلى البحث والدراسة، ومنها على سبيل المثال لا الحصر: الأصل الذي يبنى عليه تقلب العملات الورقية لمعرفة ما نقص من قيمتها، ومسألة حدود التضخم الذي تعتبر به العملات الورقية نقوداً كاسدة.

٧- أن تعنى الدراسات الفقهية بتأصيل نموذج مصرفي وتطبيقات تعاقدية تقام على أساس من التقوى وفق الأصول الشرعية في المعاملات المالية، من دون ارتباط بنظام مصرفي أجنبي، أو البناء على عقد مستورد مترجم.

٨- دراسة القرارات الفقهية في المعاملات المالية المعاصرة التي دونت باللغة الإنجليزية في كتب القانون المصرفي الإسلامي وفي تراجم معاني آيات الأحكام في القرآن.

٩- دراسة ترجمات العقود المصرفية الإنجليزية التي بنيت عليها قرارات المجامع الفقهية والهيئات الشرعية دراسة دقيقة، على أن يكون في الدارسين عارفون بالعلوم

الخادمة المتعلقة بعلم اللغات والترجمة وعلم اللغة العربية وعلم القانون المصرفي وعلم الاقتصاد وعلم المحاسبة وعلم إدارة الأعمال وما إلى ذلك، حيث ظهر لي من المفاهيم المبتورة والإشكالات ما كان سببه التقصير في الترجمة، أو ضعف المترجم في علم اللغة العربية وعلم الفقه الإسلامي. وإذا صارت الترجمة ركيكة لا تعكس حقيقة ما دَوّن في العقد لم يكن قرار الهيئة الشرعية مطابقاً لواقع المعاملة. ومما عجبت له في أثناء عملي مع هيئة شرعية لأحد المصارف الإسلامية إسناد مهمة الترجمة إلى أفراد من الموظفين، ومثل هذا العمل يحتاج إلى فحص ومراجعة وعرض على كبار الخبراء في المجامع العلمية العارفين بمصطلحات العلوم والعمق الدلالي في الكلمات، كمجامع اللغة العربية ومجامع أعمال الترجمة والمجامع الاقتصادية والهيئات المحاسبية والفقهية، حتى تكون ترجمة العقد مهيأة للدراسة والتوصيف الفقهي. ولأجل ذلك، كان عنوان رسالتي بادئ الأمر: معاني آيات أحكام المعاملات المترجمة إلى اللغة الإنجليزية دراسة فقهية نقدية، ثم عدلت عنه بناء على توصية فضيلة المرشد الأكاديمي حفظه الله، وهو الشيخ أ. د. الوليد آل فريان.

١٠- أن تعتمد الأقسام الفقهية في الكليات الشرعية أمهات الكتب المعاصرة التي تطوي على الباحث المسافات وتختصر له مراحل الرسالة، فيتهياً له الانشغال بالمقصود من الرسالة أصالةً، ولا تذهب همته في نقل المسائل المعروفة والتعريفات المتقررة، وقد وقع لي في أثناء ابتعائي إلى الخارج من الرسائل الأكاديمية في الدراسات العليا ما لم يتجاوز مائة صفحة وما هو أقل من المائة بكثير، وكان في ذلك من إزالة الحُجُب وتسهيل الوقوف على المطلوب ما حصل به المقصود.

١١- أن تتضمن المراجع المعتمدة للبحث في الرسائل العلمية في أقسام الفقه ما يأتي: المغني لابن قدامة بتحقيق طلاب الدكتوراه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، وزاد المعاد لابن القيم مع الإفادة من اختصار الشيخ محمد ابن عبد الوهاب، والموسوعة الفقهية الكويتية، وتسهيل الفقه الجامع لمسائل الفقه القديمة والمعاصرة للشيخ أ. د. عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي لطلاب الدكتوراه في جامعة الملك سعود؛ فإن في هذه الكتب - مع عدم التهوين من غيرها - من التحرير والتحقيق والجمع والتوفيق ما يكون جامعاً لشتات المسائل المتفرقة، وتمهيداً مناسباً للإفادة من المصادر الأصلية الأخرى، ويضاف معها في كل رسالة بحسب موضوعها. وأكثر هذه الكتب قد جرى

تحميلها وتفرغها في المكتبة الشاملة الجديدة. هذا إلى جانب الاستعانة في معرفة درجة الحديث ومنزلته عند فقهاء السلف، إذا لم يكن في الصحاح، بكتاب فضل الرحيم الودود بتخريج سنن أبي داود للشيخ ياسر فتحي آل عيد، فإن علم تخريج الحديث التطبيقي عند المتقدمين والمتأخرين ينتهي إلى هذا الكتاب إذا كتب الله له أن يتم، وقد بلغ الآن اثنين وعشرين مجلدًا.

١٢- أن يكون تنصيب أعضاء الهيئات الشرعية في المؤسسات المصرفية الإسلامية من قبل المؤسسات الوقفية والهيئات العلمية المستقلة، مراعاة لمبدأ تجرد عضو الهيئة الشرعية ونفيًا لشبهة المحاباة، وشبهة أخذ المفتي أجره من المستفتي التاجر المنتفع أمام الجمهور في تجارته من اسم المفتي وفتواه، كما أن عضو الهيئة الشرعية لن يتعرض أمام المؤسسة المصرفية للمضايقة أو الاستبعاد إذا تكرر منه التحفظ على توقيع قرارات إجازة المنتجات المصرفية.

١٣- أن تستكتب المؤسسات المصرفية الإسلامية العلماء واللجان الدائمة للإفتاء والأقسام العلمية في الكليات لدراسة العقود المصرفية ومناقشة المسائل المشككة.

١٤- أن تعلن المؤسسات المصرفية الإسلامية نتائج دراسات الباحثين لديها، وإتاحة فرصة الدراسة والنقد للإفادة من علماء المسلمين في مختلف العلوم، وسيكون تحقيق هذا المعيار من قبل المؤسسة المصرفية الإسلامية جاذبًا لعموم المسلمين المتحررين في معاملاتهم المالية اجتناب الربا والمحرمات التي تمحق المال وتذهب ببركته.

وبهذا تنتهي الخاتمة، وآخر دعواي أن الحمد لله رب العالمين.



الفهارس العامة

وتشتمل على:

- فهرس الآيات القرآنية الكريمة.
- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.
- فهرس الآثار.
- فهرس الأعلام المترجم لهم.
- ثبت المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات.

فهرس آيات القرآن الكريم

نص الآية	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
﴿وَأَذِّنْ لِلْعَذَابِ﴾	٥١	١٥٠
﴿لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُوا وُجُوهَكُمْ قَبْلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ﴾	١٧٧	١٦٦
﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ﴾	١٩٨	١٩٥
﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾	٢٣٥	١٥١
﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقْوَمُونَ إِلَّا﴾	٢٧٥	٣٣٩، ٢٥
﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾	٢٧٩	٤٤
﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾	٢٨٠	٢٢٥، ٧٧، ٤٢
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى﴾	٢٨٢	٢٠١، ٨٥، ٨٤
﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً﴾	٢٨٣	٤٨١، ٣٩٥، ٣٨١، ٢٣٠، ٢٠١، ١٩٩
سورة النساء		
﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾	٦	٨٧
﴿كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ﴾	٢٤	٦٧
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ لِأَنْ تَكُونُوا تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ بَيْنَكُمْ﴾	٢٩	٢٢٣، ١٨٤، ١٧٥، ١٣٠، ٩٣، ٧٥، ٣٨ ٤٧٩، ٢٥٥، ٢٤٧
﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾	٣٣	١٤٤
﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾	٥٨	٣٠٧، ١٩٠
سورة المائدة		
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	١	٢٤١، ٢٢٥، ١٧٩، ١٥٧، ٧٨، ٧٧ ٣٣٢، ٢٥٥، ٢٥٣، ٢٤٦
﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ الَّتِي نَدَىٰ عَلَيْكُمْ بِالْعَدْوَىٰ وَالْبَغْضَاءِ﴾	٩١	١٣٠

نص الآية	رقم الآية	الصفحة
سورة الأنعام		
﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾	١١٩	٦٧
سورة التوبة		
﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ﴾	٣٧	٤١٥، ٢٧٨، ٢٦٧، ٢٣٧
﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا﴾	٦٠	٤١٣، ٣١٤، ١١٩
﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ﴾	٧٧	١٦٧، ١٥٤
﴿عَنْ مُوَعِدَةٍ وَعْدَهَا إِيَّاهُ﴾	١١٤	١٥٤
سورة يوسف		
﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	٧٢	٢٢٨
سورة النحل		
﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾	٩٠	٢٤٩، ٢٤٠
﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾	٩١	٣٣٢، ٢٥٣
﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾	١٢٦	٤٥
سورة الإسراء		
﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾	٣٤	١٥٧
سورة الكهف		
﴿فَاتَّبِعُوا أَحَدَكُمْ يَورِثُكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ﴾	١٩	٤١٣، ٣٠٣، ١١٩
﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَائٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا﴾	٢٣	١٦٣
﴿إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾	٢٤	١٦٣
سورة مريم		
﴿وَأَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ﴾	٥٤	١٥٤
سورة الأنبياء		
﴿ثُمَّ صَدَقْنَاهُمُ الْوَعْدَ﴾	٩	١٦٧
﴿وَذَاوُدَ وَسَلَيْمَانَ إِذْ يَخْتَكِمَانِ فِي الْحَرِّ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ﴾	٧٨	٢٤٧

نص الآية	رقم الآية	الصفحة
﴿فَقَهَّمْنَهَا سُلَيْمَنَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾	٧٩	٢٤٧
سورة النور		
﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ﴾	٦١	٢٣٠
سورة الروم		
﴿وَمَا ءَاتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا لِّيَرْبُوهَا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرِيحُوا عِندَ اللَّهِ﴾	٣٩	١٣٧
﴿وَمَا ءَاتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا﴾	٣٩	١٣٧
سورة ص		
﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾	٢٤	٢٣١
سورة الممتحنة		
﴿وَإِن فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَاقِبْتُمْ﴾	١١	٢٤٨، ٨٧
سورة الصف		
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾	٢	١٦٦، ١٦٠، ١٥٤
سورة التحريم		
﴿وَإِذَا أَسْرَ النَّبِيُّ إِلَىٰ بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثًا فَلَمَّا نَبَّأَتْ بِهِ﴾	٣	٣٣٢
﴿إِن تَتُوبَا إِلَى اللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾	٤	٣٣٢
﴿إِن تَتُوبَا إِلَى اللَّهِ﴾	٤	٣٣٢
سورة المزمل		
﴿عَلِمَ أَنَّ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَّرْضَىٰ وَءَاخِرُونَ يَضْرِبُونَ﴾	٢٠	٣٧٣، ٣٠٤



فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

رقم الصفحة	الحديث
٦١	أتراني إنما ماكستك لأخذ جملك خذ جملك ودراهمك فهو لك
١٧٧	إذا بايعت فقل: لا خلافة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال
٢٣٥	استعار النبي ﷺ من صفوان عاريتين، إحداهما بضمان، والأخرى بغير ضمان
٤٩٤، ٤٤٠، ٣٦٦	استعمل رسول الله ﷺ رجلاً على صدقات بني سليم - يدعى ابن اللتبية - فلما جاء حاسبه
٥٦	اشترى واشترطي لهم الولاء؛ فإن الولاء لمن أعتق
٤٠٩	أن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه، فأجازه النبي ﷺ
٣٨٦	أن جابرًا رضي الله عنه قال: أعتق رجل غلامًا له عن دبر، فقال النبي ﷺ: «من يشتريه مني؟»
٤٨١، ٣٨١	أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه درعه
٥٥	أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط
١٧٨	أن رجلًا اشترى من رجل يبريًا واشترط عليه الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله ﷺ البيع
٣٩١، ٢٣٠	أن رجلًا رهن دارًا بالمدينة إلى أجل، فلما جاء الأجل قال الذي ارتهن: هي لي، فقال النبي ﷺ: «لا يغلُّ الرهن»
١٦٧	أن رجلًا قال لرسول الله ﷺ: أكذب امرأتي يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا خير في الكذب..»
٨٧	أن رسول الله ﷺ كلم غريمه اليهودي ليأخذ ثمر نخله بالذي له
٢٣٥	أن صفوان بن أمية رضي الله عنه اشترط على النبي ﷺ ضمان العارية، فقال ﷺ: «بل عارية مضمونة»
٤٩٣، ٤٤٥، ٤١١	إن الأشعرين إذا أرملوا في الغزو أو قل عيالهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد
٢٢٩	إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة
٢٢٧، ٩٢	إن نزلتم بقوم، فأمر لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا، فخذوا منهم حق الضيف

الحديث	رقم الصفحة
انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب...	١٣٨
أنه ﷺ قال لامرأة سألته شيئاً فلم تجده عنده، فقالت: عدني. فقال ﷺ: «العدة عطية»	١٥٧
آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان	١٦٠، ١٦٦
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه	٢٧٥
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف	٢٢٧
الخراج بالضمان	١٣٩، ١٤١
دعه، لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه	٢٦٨
الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء..	١١٥
الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولين الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة	٨٧، ٣٨١، ٣٨٩، ٤٨١، ٤٩٤
عدة المؤمن دين	١٥٧
العدة دين	١٥٧
العدة عطية	١٦٦
عن عروة البارقي رضي الله عنه : أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشتري له به شاتين..	١٢٠
فأنت بالخيار ثلاثاً	١٧٨
قضى أن خراج العبد بضمانه	١٤١
قلنا للنبي ﷺ: إنك تبعثنا، فننزل بقوم لا يقرؤنا، فما ترى فيه؟..	٢٢٧
كتاب الله القصاص	٦٧
كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته	٢٤١
كنا تاجرين على عهد رسول الله ﷺ، فسألنا رسول الله ﷺ عن الصرف..	١١٥
كنا أكثر أهل المدينة حقلاً، وكان أحدنا يكري أرضه فيقول: هذه القطعة لي وهذه لك..	٥٨
كنا أكثر أهل المدينة مزدرعاً، كنا نكري الأرض بالناحية منها مسمى لسيد الأرض..	٢٨٧
لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة..	٣٣٩

فهرس الآثار

رقم الصفحة	الأثر
٨١	أجاز بيع جارية على أنه إن لم يُنقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع
٣٣٢	إذا حدث الرجل بحديث ثم التفت فهي أمانة
٢٣٥	استعار النبي ﷺ من صفوان عاريتين، إحداهما بضمنان، والأخرى بغير ضمان
٣٣١	أسر إلي النبي ﷺ سرًا، فما أخبرت به أحدًا بعده، ولقد سألتني أم سليم فما أخبرتها به
٢٣٦	أضمن العارية؟ فقال: «نعم إن شاء أهلها»
١٥٩	إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقًا من ماله بالعالية
١٩١	أن عليًا، وشريحًا، كانا يضمنان الأجير
٣٤٠	إنك بأرض الربا بها فاش، إذا كان لك على رجل حق، فأهدى إليك حمل تين..
١١٥	أنه التمس صرفًا بمائة دينار، قال: فدعاني طلحة بن عبيد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ..
١٨٩، ١٨٨	أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك
١٦٠	أي هتاه! إنك أحب الناس إلي، وإنني أحب أن تردني إلي ما نحللتك، قالت: نعم
١٨٠	صح القول بامتداد الخيار عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وغيره
٩٠	كان السماك يهدي إلى الرجل الدائن السمك، فأتى ابن عباس فسأله عن ذلك..
١٤٢	كان عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من أجْد أصحاب..
٢٣٤	لا ضمان في العارية
٢٣٤	لا يصلح الكراء بالضمنان
١٥٨	لا يعد أحدكم صبيه ثم لا ينجزه
٣٣٨	لا، ولكنه سلف، فإني أخشى عليه الضيعة
٢٣٧	ليس على مؤتمن ضمان
٢٣٥	ليست العارية مضمونة، إنما هو معروف إلا أن يخالف فيضمن

الآثر	رقم الصفحة
مقاطع الحقوق عند الشروط	٢٥٣
من أمر بإنجاز الوعد وفعله الحسن وقضى ابن الأشوع بالوعد..	١٥٥
من قاسم الريح فلا ضمان عليه	٢٦٧
من كان له عند النبي ﷺ عدة أو دين، فليأتنا، فأتيته فقلت..	٢٠٥، ١٦٢
هو أن يلوي الإنسان لسانه بالشهادة كما يلوي الرجل دين الرجل إذا مطله	٤٥
وإني أخاف أن أكون أثرتك على ولدي	١٦٠
يريد هدية الرجل الشيء يرجو أن يثاب أفضل منه، فذلك الذي لا يربو عند الله	١٣٧



فهرس الأعلام المترجم لهم

العلم	رقم الصفحة
سعيد بن عمرو بن الأشوع	١٥٥
أبو الزبير محمد بن مُسلم القرشي	٥٦
الحكم بن عتيبة الكندي	٩٠
عبد الوارث بن سعيد العنبري	٥٤
محارب بن دثار	٥٦
هشام بن عروة بن الزبير	٥٦



ثبت المصادر والمراجع

- ١- الإبانة في اللغة العربية، سلمة بن مسلم العوتبي الصحاري، الناشر: وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، سلطنة عمان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- ٢- أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، المؤلف: الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، طبع ونشر الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، الطبعة الرابعة ١٤٣١هـ.
- ٣- الاتجار في العملات عبر وسائل الاتصال الحديثة وأشهر صور المضاربة المطبقة في الأسواق العالمية، المؤلف: صالح بن زابن المرزوقي البقمي، الناشر: مكتبة الرشيد في الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٤٥هـ.
- ٤- إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر ابن إسماعيل بن سليم بن قايماز البوصيري الشافعي (ت ٨٤٠هـ)، المحقق: دار المشكاة للبحث العلمي، دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- ٥- إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة، د. عبد الرحمن بن عبد الله السعدي، دار الميمان، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٩هـ.
- ٦- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، المؤلف: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت ٧٣٩هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ٧- أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، إعداد: حسان بن إبراهيم بن محمد السيف، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- ٨- أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، د. سعد بن تركي بن محمد الخثلان، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.
- ٩- أحكام القرآن، المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تاريخ الطبع: ١٤٠٥هـ.
- ١٠- أحكام القرآن، المؤلف: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (ت ٥٤٣هـ) راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ.
- ١١- الأحكام والضوابط الشرعية لمنتجات الإنماء وخدماته المستخلصة من قرارات اللجنة الشرعية، دار الميمان، الطبعة الأولى ١٤٤٥هـ.

- ١٢- أخيار مكة في قديم الدهر وحديثه، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن العباس الفاكهي المكي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، الناشر: دار خضر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.
- ١٣- إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني المصري، أبو العباس، شهاب الدين (ت ٩٢٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة: السابعة، ١٣٢٣هـ.
- ١٤- الإرشاد إلى سبيل الرشاد، المؤلف: أبو علي ابن أبي موسى الهاشمي (ت ٤٢٨هـ)، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.
- ١٥- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (ت ١٤٢٠هـ) إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥هـ.
- ١٦- الاستذكار، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ١٧- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، المؤلف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت ٩٢٦هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
- ١٨- أسهل المدارك في شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، المؤلف: أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (ت ١٣٩٧هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية.
- ١٩- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
- ٢٠- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المؤلف: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.
- ٢١- الأشباه والنظائر، المؤلف: تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ٢٢- الاشتقاق، المؤلف: أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت ٣٢١هـ) تحقيق وشرح: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الجيل، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.
- ٢٣- الإشراف على مذاهب العلماء، المؤلف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت ٣١٩هـ)، المحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ٢٤- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادى المالكي (ت ٤٢٢هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

- ٢٥- الأصل - (العبادات)، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ)، الناشر: مطبعة المعارف، الطبعة: الأولى ١٩٧٣م.
- ٢٦- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، المؤلف: محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي (ت ١٣٩٣هـ)، الناشر: دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الخامسة، ١٤٤١هـ.
- ٢٧- إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، المؤلف: أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدماطي الشافعي (ت ١٣١٠هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى.
- ٢٨- الإعلام بفوائد عمدة الأحكام، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت ٨٠٤هـ)، المحقق: عبد العزيز بن أحمد بن محمد المشيقي، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- ٢٩- إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، المحقق: محمد عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان - مكتبة فرقد الخاني، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ.
- ٣٠- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت.
- ٣١- إكمال تهذيب الكمال في أسماء الرجال، المؤلف: علاء الدين مغلاطي بن قليج الحنفي (ت ٧٦٢هـ)، المحقق: محمد عثمان، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ٢٠١١م.
- ٣٢- الإلمام بأحاديث الأحكام (ومعه حاشية شمس الدين بن عبد الهادي)، المؤلف: تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد (ت ٧٠٢هـ) حقق نصوصه وشرح غريبه: محمد خلوفاً العبد لله، الناشر: دار النوادر، سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- ٣٣- الأم، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠-٢٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٣هـ.
- ٣٤- الإمام في بيان أدلة الأحكام، المؤلف: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠هـ) دراسة وتحقيق: رضوان مختار بن غريبة في رسالة ماجستير بقسم أصول الفقه، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ.
- ٣٥- الأموال لابن زنجويه، المؤلف: أبو أحمد حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله الخرساني المعروف بابن زنجويه (ت ٢٥١هـ) تحقيق: الدكتور شاكر ذيب فياض، الأستاذ المساعد - بجامعة الملك سعود، الناشر: مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

- ٣٦- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت ٨٨٥ هـ)، تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي - د عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ-١٩٩٥ م.
- ٣٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت ٩٧٠ هـ) وفي آخره: «تكملة البحر الرائق» لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت ١١٣٨ هـ) وبالحاشية: «منحة الخالق» لابن عابدين، الطبعة: الثانية، تصوير: دار الكتاب الإسلامي.
- ٣٨- بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، المؤلف: الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت ٥٠٢ هـ)، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩ م.
- ٣٩- بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي، المؤلف: عبد الله بن سليمان المنيع، الناشر: دار عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٣٧ هـ.
- ٤٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥ هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
- ٤١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بـ «بملك العلماء» (ت ٥٨٧ هـ)، الطبعة: الأولى ١٣٢٧-١٣٢٨ هـ تبعاً للأجزاء ١-٢: مطبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر الأجزاء ٣-٧: مطبعة الجمالية بمصر وصورتها: دار الكتب العلمية وغيرها. تنبيه: أصدرت دار الكتب العلمية طبعة أخرى لاحقاً بصف جديد في ١٠ أجزاء بتحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود.
- ٤٢- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت ٨٠٤ هـ)، المحقق: عبد الله ابن سليمان وآخرون، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ-٢٠٠٤ م.
- ٤٣- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت ١٢٤١ هـ)، الناشر: دار المعارف، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٤٤- بلوغ المرام من أدلة الأحكام، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) تحقيق وتعليق: سمير بن أمين الزهري، الناشر: دار الفلق - الرياض، الطبعة: السابعة، ١٤٢٤ هـ.

- ٤٥- البناية شرح الهداية، المؤلف: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بيدر الدين العيني الحنفي (ت ٨٥٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، تحقيق: أيمن صالح شعبان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.
- ٤٦- بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، المؤلف: علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (ت ٦٢٨هـ) المحقق: د. الحسين آيت سعيد الناشر: دار طيبة - الرياض الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ٤٧- البيان في مذهب الإمام الشافعي، المؤلف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليميني الشافعي (ت ٥٥٨هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- ٤٨- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٢٠هـ) حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- ٤٩- البيع بالتقسيط، بيع التقسيط وأحكامه، المؤلف: سليمان بن تركي التركي، دار إشبيلية، الأولى، ١٤٢٤هـ.
- ٥٠- تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق: جماعة من المختصين من إصدارات: وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت - المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، أعوام النشر: (١٣٨٥-١٤٢٢هـ) = (١٩٦٥-٢٠٠١م).
- ٥١- التاج والإكليل لمختصر خليل، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت ٨٩٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
- ٥٢- تاريخ أصبهان = أخبار أصبهان، المؤلف: أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ)، المحقق: سيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
- ٥٣- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ) حققه وضبط نصه وعلق عليه: د بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.
- ٥٤- التاريخ الكبير، المؤلف: الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ) رواية: أبي الحسن محمد بن سهل البصري الفسوي، تحقيق ودراسة: محمد بن صالح بن محمد الدباسي ومركز شذا للبحوث بإشراف محمود بن عبد الفتاح النحال، الناشر: الناشر المتميز للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٤٠هـ.
- ٥٥- تاريخ مدينة دمشق، وذكر فضلها وتسمية من حلها من الأماثل أو اجتاز بنواحيها من واردتها وأهلها، المؤلف: أبو القاسم علي بن الحسن ابن هبة الله بن عبد الله الشافعي المعروف بابن عساكر (ت ٥٧١هـ)، دراسة وتحقيق: محب الدين أبو سعيد عمر بن غرامة العمروي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عام النشر: ١٤١٥هـ.

- ٥٦- التبصرة، المؤلف: علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللمخي (ت ٤٧٨هـ) دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ.
- ٥٧- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي، المؤلف: عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد الشلبي [ت ١٠٢١هـ]، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٤هـ.
- ٥٨- تحبير المختصر وهو الشرح الوسيط على مختصر خليل في الفقه المالكي، المؤلف: تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري (ت ٨٠٣هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب ود. حافظ بن عبد الرحمن خير، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ.
- ٥٩- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ)، المحقق: عبد السلام محمد الشريف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ.
- ٦٠- تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف، المؤلف: جمال الدين أبو الحجاج يوسف بن عبد الرحمن المزني (ت ٧٤٢هـ)، المحقق: عبد الصمد شرف الدين، الناشر: المكتب الإسلامي، والدار القيمة، الطبعة: الثانية: ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
- ٦١- تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، المؤلف: سليمان بن محمد ابن عمر البجيرمي المصري الشافعي (ت ١٢٢١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤١٥هـ.
- ٦٢- تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الثانية ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- ٦٣- تحفة الفقهاء، المؤلف: علاء الدين السمرقندي (ت ٥٣٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٦٤- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (على ترتيب المنهاج للنووي)، المؤلف: ابن الملحن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت ٨٠٤هـ)، المحقق: عبد الله بن سعاف اللحياني، الناشر: دار حراء - مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ٦٥- التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ «تدريب المبتدي وتهذيب المتتبي» ومعه «تمة التدريب» لعلم الدين صالح ابن الشيخ سراج الدين البلقيني رَحِمَهُ اللهُ [وتبدأ التمة من كتاب النفقات إلى آخر الكتاب]، المؤلف: سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي حقه وعلق عليه: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، الناشر: دار القبلتين، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ.

- ٦٦- تعليقات ابن عثيمين على الكافي لابن قدامة، المؤلف: محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت ١٤٢١هـ).
- ٦٧- تغليق التعليق على صحيح البخاري، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، المحقق: سعيد عبد الرحمن موسى القزقي، الناشر: المكتب الإسلامي ودار عمار - بيروت وعمان - الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ.
- ٦٨- التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، المؤلف: عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي (ت ٣٧٨هـ)، المحقق: سيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
- ٦٩- تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، المحقق: سامي بن محمد السلامة، الناشر: دار طيبة، الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- ٧٠- تفسير الماوردي = التكت والعيون، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ)، المحقق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٧١- تقريب فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية، المؤلف: أحمد بن ناصر الطيار، الناشر: دار ابن الجوزي في السعودية، الطبعة الأولى ١٤٤١هـ.
- ٧٢- تقويم الأدلة في أصول الفقه، المؤلف: أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي (ت ٤٣٠هـ)، المحقق: خليل محيي الدين الميس، مفتي زحلة والبقاع ومدير أزهر لبنان، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
- ٧٣- التلقين في الفقه المالكي، المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت ٤٢٢هـ)، المحقق: أبو أويس محمد بن خبزة الحسني التطواني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- ٧٤- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد ومحمد عبد الكبير، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية في المغرب، عام النشر: ١٣٨٧هـ.
- ٧٥- التمييز في تلخيص تخريج أحاديث شرح الوجيز المشهور بالتلخيص الحبير، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، المحقق: الدكتور محمد الثاني ابن عمر بن موسى، الناشر: دار أضواء السلف، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ.
- ٧٦- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان ابن قايماز الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الحي عجيب، الناشر: دار الوطن - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- ٧٧- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (ت ٧٤٤هـ)، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الخباني، دار النشر: أضواء السلف - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ.

- ٧٨- التنوير شرح الجامع الصغير، المؤلف: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الصنعاني، (ت ١١٨٢هـ)، المحقق: د. محمد إسحاق محمد إبراهيم، الناشر: مكتبة دار السلام، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ.
- ٧٩- تهذيب الأسماء واللغات، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية يطلب من: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٨٠- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، المؤلف: جمال الدين أبو الحجاج يوسف المزي (٧٤٢هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى.
- ٨١- تهذيب اللغة، المؤلف: محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور (ت ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.
- ٨٢- تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، ضمن مجموعة آثار الإمام ابن قيم الجوزية وما لحقها من أعمال (٢٩)، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) ج ١: تحقيق علي بن محمد العمران، ونبل بن نصار السندي، الناشر: دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الثانية، ١٤٤٠هـ.
- ٨٣- التهذيب في اختصار المدونة، المؤلف: خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (ت ٣٧٢هـ) دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.
- ٨٤- توضيح الأحكام من بلوغ المرام، المؤلف: أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد بن إبراهيم البسام التميمي (ت ١٤٢٣هـ)، الناشر: مكتبة الأسد، مكة المكرمة، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- ٨٥- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المؤلف: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت ٧٧٦هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ.
- ٨٦- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المؤلف: عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (ت ١٣٧٦هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- ٨٧- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، المؤلف: أبو جعفر، محمد بن جرير الطبري (٣١٠هـ)، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٣٤هـ.
- ٨٨- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، المؤلف: زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي (ت ٧٩٥هـ)، المحقق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، الناشر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

- ٨٩- الجامع الكبير (سنن الترمذي)، المؤلف: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩هـ) حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٩٩٨م.
- ٩٠- جامع المسائل، ضمن مجموعة آثار شيخ الإسلام ابن تيمية وما لحقها من أعمال، المؤلف: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد عزيز شمس وعلي بن محمد العمران، الناشر: دار عطاءات العلم (الرياض) ودار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الثانية، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م.
- ٩١- الجامع لأحكام القرآن، المؤلف: أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ.
- ٩٢- الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، المؤلف: أ. د. خالد بن علي بن محمد المشيقي، الناشر: دار مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف والنشر، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٤٠هـ.
- ٩٣- الجامع لعلوم الإمام أحمد بن حنبل أبي عبد الله، الناشر: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم - جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ.
- ٩٤- جزء فيه من حديث أبي الحسين عبد الوهاب بن الحسن الكلابي عن شيوخه، المؤلف: أبو الحسين عبد الوهاب بن الحسن بن الوليد بن موسى الكلابي الدمشقي (ت ٣٩٦هـ)، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: الدار الأثرية، الطبعة: الأولى ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- ٩٥- جلاء الأفهام في فضل الصلاة على محمد خير الأنام، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: الأرناؤطين شعيب وعبد القادر، الناشر: دار العروبة - الكويت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٧هـ.
- ٩٦- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن علي ابن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (ت ٨٨٠هـ) حققها وخرج أحاديثها: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- ٩٧- الجوهر النقي على سنن البيهقي، المؤلف: علاء الدين علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني، أبو الحسن، الشهير بابن التركماني (ت ٧٥٠هـ)، الناشر: دار الفكر.
- ٩٨- حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب)، المؤلف: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل (ت ١٢٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر.
- ٩٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٠٠- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت ١٣٩٢هـ)، الطبعة: الأولى - ١٣٩٧هـ.

- ١٠١- حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، المؤلف: أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي (ت ١٢٣١هـ) ضبطه وصححه: محمد عبد العزيز الخالدي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
- ١٠٢- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المؤلف: أبو الحسن علي ابن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
- ١٠٣- الحاوي للفتاوي، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، عام النشر: ١٤٢٤هـ.
- ١٠٤- الحسبة في الإسلام، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت ٧٢٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.
- ١٠٥- حماسة الخالدين = الأشباه والنظائر من أشعار المتقدمين والجاهليين والمخضرمين، المؤلف: أبو بكر محمد بن هاشم الخالدي، (ت ٣٨٠هـ)، وأبو عثمان سعيد بن هاشم الخالدي (ت ٣٧١هـ)، المحقق: الدكتور محمد علي دقة، الناشر: وزارة الثقافة السورية، في ١٩٩٥م.
- ١٠٦- حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المؤلف: عبد الحميد الشرواني، الناشر: دار الفكر - بيروت.
- ١٠٧- الحيوان، المؤلف: عمرو بن بحر بن محبوب الكناني بالولاء، الليثي، أبو عثمان، الشهير بالجاحظ (ت ٢٥٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤هـ.
- ١٠٨- الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ.
- ١٠٩- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
- ١١٠- درر الأحكام شرح غرر الأحكام، المؤلف: منلا خسرو الحنفي، وبهامشه حاشية: غنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام، لأبي الإخلاص حسن بن عمار بن علي الوفاي الشرنبلالي الحنفي (ت ١٠٦٩هـ)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.
- ١١١- الدرر السننية في الأجوبة النجدية، جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة: السادسة، ١٤١٧هـ.
- ١١٢- دعاوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري، رسالة دكتوراه في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء، المؤلف: عبد العزيز بن محمد المتيبي، ١٤٢٤هـ.

- ١١٣- دليل الطالب لنيل المطالب، المؤلف: مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي (ت ١٠٣٣هـ)، المحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- ١١٤- ديوان الضعفاء والمتروكين وخلق من المجهولين وثقات فيهم لين، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، المحقق: حماد بن محمد الأنصاري، الناشر: مكتبة النهضة الحديثة - مكة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٧هـ-١٩٦٧م.
- ١١٥- الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب جزء ومحمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
- ١١٦- رجال الحاكم في المستدرک، المؤلف: مقبل بن هادي بن مقبل بن قائد الهمداني الوادعي (ت ١٤٢٢هـ)، الناشر: مكتبة صنعاء الأثرية، الطبعة: الثانية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- ١١٧- رجال صحيح مسلم، المؤلف: أحمد بن علي بن محمد بن إبراهيم، أبو بكر ابن منجويه (ت ٤٢٨هـ)، المحقق: عبد الله الليثي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧م.
- ١١٨- رسالة جواب الاستفتاء عن حقيقة الربا، ضمن مجموعة آثار العلامة المعلمي، المؤلف: عبد الرحمن المعلمي اليماني، تحقيق: محمد عزيز شمس، الناشر: دار عالم الفوائد، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ.
- ١١٩- رسائل وفناوى العلامة عبد الله بن عبد الرحمن أبابطين (ت ١٢٨٢هـ)، (مطبوع ضمن مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، الجزء الثاني)، الناشر: دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، بمصر ١٣٤٩هـ.
- ١٢٠- الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع، المؤلف: منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، تحقيق: خالد بن علي المشيقح، عبد العزيز بن عدنان العيدان، أنس بن عادل اليتامي، الناشر: دار ركاثر - الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨هـ.
- ١٢١- الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع، المؤلف: منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، تحقيق وعناية: شركة إثراء المتون، الطبعة: الخامسة، ١٤٤٠هـ.
- ١٢٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
- ١٢٣- زاد المعاد في هدي خير العباد، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (٦٥٩-٧٥١)، الناشر: دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الثالثة، ١٤٤٠هـ.
- ١٢٤- سبل السلام شرح بلوغ المرام، المؤلف: محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني (١١٨٢هـ)، تحقيق: عصام الصبابطي - عماد السيد، الناشر: دار الحديث - القاهرة، مصر، الطبعة: الخامسة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

- ١٢٥- سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
- ١٢٦- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (ت ١٤٢٠هـ) دار النشر: دار المعارف، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
- ١٢٧- السنة، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن نصر بن الحجاج المروزي (ت ٢٩٤هـ)، المحقق: سالم أحمد السلفي، الناشر: مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ١٢٨- سنن ابن ماجه، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (٢٠٩-٢٧٣هـ)، المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
- ١٢٩- سنن أبي بكر الأثرم، المؤلف: أبو بكر أحمد بن محمد بن هانئ الإسكافي الأثرم الطائي وقيل: الكلبي (ت ٢٧٣هـ)، المحقق: عامر حسن صبري، الناشر: دار البشائر الإسلامية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٤م.
- ١٣٠- سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ)، المحقق: شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
- ١٣١- سنن الدارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (ت ٣٨٥هـ) حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
- ١٣٢- السنن الصغير للبيهقي، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجري الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي باكستان، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ.
- ١٣٣- السنن الكبير، المؤلف: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٣٨٤-٤٥٨هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ.
- ١٣٤- سنن النسائي (مطبوع مع شرح السيوطي وحاشية السندي) صححها: جماعة، وقرئت على الشيخ: حسن محمد المسعودي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣٤٨هـ-١٩٣٠م.
- ١٣٥- سؤالات البرقاني للدارقطني رواية الكرجي عنه، المؤلف: أحمد بن محمد بن أحمد بن غالب، أبو بكر المعروف بالبرقاني (ت ٤٢٥هـ)، المحقق: عبد الرحيم محمد أحمد القشغري، الناشر: كتب خانة جميلي - لاهور، باكستان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ.

- ١٣٦- سير أعلام النبلاء، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- ١٣٧- سير أعلام النبلاء، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط تقديم: بشار عواد معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ١٣٨- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت ١٢٥٠هـ)، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى.
- ١٣٩- شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (ت ٨٣٧هـ) اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- ١٤٠- شرح أخصر المختصرات من دروس صوتية مفرغة، المؤلف: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله ابن جبرين.
- ١٤١- شرح التلقين، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي (ت ٥٣٦هـ)، المحقق: محمد المختار السلامي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٨م.
- ١٤٢- شرح الخرشي على مختصر خليل، المؤلف: أبو عبد الله محمد الخرشي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الطبعة: الثانية، ١٣١٧هـ وصورتها: دار الفكر للطباعة - بيروت.
- ١٤٣- شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، المؤلف: عبد الباقي ابن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (ت ١٠٩٩هـ) عني به: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- ١٤٤- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المؤلف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ١٤٥- شرح الزركشي، المؤلف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت ٧٧٢هـ)، الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ١٤٦- شرح السنة، المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط - محمد زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ١٤٧- الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، المؤلف: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٨٢هـ)، تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي - د. عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
- ١٤٨- الشرح الممتع على زاد المستقنع، المؤلف: محمد بن صالح العثيمين، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

١٤٩- شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع (كتاب الطهارة)، المؤلف: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، الناشر: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة لمراجعة المطبوعات الدينية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ.

١٥٠- شرح زاد المستقنع، المؤلف: أحمد بن محمد بن حسن بن إبراهيم الخليل، المكتبة الشاملة.

١٥١- شرح صحيح البخاري، المؤلف: ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

١٥٢- شرح صحيح مسلم للقاضي عياض المسمى إكمال المعلم بفوائد مسلم، المؤلف: عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى السبتي، أبو الفضل (ت ٥٤٤هـ)، المحقق: الدكتور يحيى إسماعيل، الناشر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

١٥٣- شرح علل الترمذي، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، المحقق: الدكتور همام عبد الرحيم سعيد، الناشر: مكتبة المنار - الزرقاء - الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

١٥٤- شرح مختصر الطحاوي، المؤلف: أبو بكر الرازي الجصاص (٣٠٥-٣٧٠هـ)، تحقيق: طلاب الدكتوراه في كلية الشريعة بجامعة أم القرى، راجعه: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة: الأولى، ١٤٣١هـ.

١٥٥- شرح مشكل الآثار، المؤلف: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (ت ٣٢١هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى - ١٤١٥هـ، ١٤٩٤م.

١٥٦- شرح منتهى الإرادات - المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المؤلف: منصور بن يونس بن بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، الناشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

١٥٧- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المؤلف: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، رسالة دكتوراه في كلية التربية بجامعة الملك الإمام، العام الدراسي: ١٤٢٥ - ١٤٢٦هـ.

١٥٨- الشركات في الفقه الإسلامي، المؤلف: علي الخفيف، الناشر: دار الفكر العربي في القاهرة، ١٤٣٠هـ.

١٥٩- الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المؤلف: د. عياد بن عساف بن مقبل العنزي، الناشر: دار كنوز إشبيلية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ.

١٦٠- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، المحقق: د. حمد الكبيسي. أصل التحقيق: رسالة دكتوراه، الناشر: مطبعة الإرشاد - بغداد، الطبعة: الأولى، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م.

١٦١- شفاء الغليل في حل مقفل خليل، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي (ت ٩١٩هـ) دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

- ١٦٢- الصارم المنكي في الرد على السبكي، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (ت ٧٤٤هـ)، تحقيق: عقيل بن محمد بن زيد المقطري اليمني، الناشر: مؤسسة الريان في بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.
- ١٦٣- صحيح ابن خزيمة، المؤلف: إمام الأئمة، أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري (٢٢٣-٣١١هـ) تحقيق: الدكتور: محمد مصطفى الأعظمي (ت ١٤٣٩هـ) راجعه وحكم على بعض أحاديثه: العلامة: محمد ناصر الدين الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت.
- ١٦٤- صحيح البخاري، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، المحقق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، مراجعة ومصححة على النسخة السلطانية، الناشر: دار التأصيل، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ.
- ١٦٥- صحيح البخاري، وهو: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، المحقق: د. مصطفى ديب البغا، الناشر: (دار ابن كثير، دار اليمامة) - دمشق، الطبعة: الخامسة، ١٤١٤هـ.
- ١٦٦- صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، الناشر: دار الميمان، الطبعة: الأولى ١٤٢٩هـ.
- ١٦٧- الضعفاء الكبير، المؤلف: أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي المكي (ت ٣٢٢هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلججي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ.
- ١٦٨- الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، محمد عبد المنعم أبو زيد، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي في القاهرة، المنشور الثاني عشر من مشروع دراسات في الاقتصاد الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.
- ١٦٩- الضمان في الفقه الإسلامي، المؤلف: علي الخفيف، الناشر: دار الفكر العربي في القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ١٧٠- الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، المؤلف: أمانة الهيئة الشرعية، الناشر: دار الميمان، الطبعة الأولى: ١٤٣٤هـ.
- ١٧١- الطبقات الكبير، المؤلف: محمد بن سعد بن منيع الزهري (ت ٢٣٠هـ)، المحقق: الدكتور علي محمد عمر، الناشر: مكتبة الخانجي، القاهرة - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
- ١٧٢- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (ت ٦٢٣هـ)، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.
- ١٧٣- عقد المناقولة، أ. د. عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، الناشر: وزارة التعليم العالي - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ.
- ١٧٤- عقد الوكالة بالاستثمار دراسة تأصيلية تطبيقية على المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، المؤلف: د. طلال بن سليمان بن إبراهيم الدوسري، دار كنوز إشبيلية، الطبعة: الأولى ١٤٣٧هـ.

- ١٧٥- العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، المؤلف: د. محمد حسن الجبر، الناشر: جامعة الملك سعود، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.
- ١٧٦- العقود المالية المركبة دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، المؤلف: د. عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، الناشر: دار كنوز إشبيليا، الطبعة: الثانية، ١٤٣١هـ.
- ١٧٧- علل الترمذي الكبير، المؤلف: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت ٢٧٩هـ)، المحققون: صبحي السامرائي وأبو المعاطي النوري ومحمود خليل الصعدي، الناشر: دار عالم الكتب ومكتبة النهضة العربية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ.
- ١٧٨- العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، المؤلف: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت ٥٩٧هـ)، المحقق: إرشاد الحق الأثري، الناشر: إدارة العلوم الأثرية، فيصل آباد، باكستان، الطبعة: الثانية، ١٤٠١هـ.
- ١٧٩- العلل لابن أبي حاتم، المؤلف: أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم (ت ٣٢٧هـ)، تحقيق: فريق من الباحثين بإشراف وعناية د. سعد بن عبد الله الحميد ود. خالد بن عبد الرحمن الجريسي، الناشر: مطابع الحميضي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ.
- ١٨٠- عمدة الفقه، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، المحقق: أحمد محمد عزوز، الناشر: المكتبة العصرية، الطبعة: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ١٨١- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، المؤلف: بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني (ت ٨٥٥هـ) عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه: شركة من العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية.
- ١٨٢- العملات المصرفية حقيقتها وأحكامها الفقهية، المؤلف: د. عبد الكريم محمد أحمد السماعيل، الناشر: دار كنوز إشبيليا، الطبعة: الثانية، ١٤٣٢هـ.
- ١٨٣- العناية شرح الهداية، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابر تي (ت ٧٨٦هـ) مطبوع بهامش: فتح القدير للكمال ابن الهمام، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الأولى، ١٣٨٩هـ.
- ١٨٤- عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، المؤلف: محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (ت ١٣٢٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ.
- ١٨٥- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المؤلف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنكي (ت ٩٢٦هـ)، الناشر: المطبعة الميمنية، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

- ١٨٦ - غريب الحديث، المؤلف: أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي، المحقق: الدكتور حسين محمد محمد شرف، مراجعة: عبد السلام هارون، الأمين العام لمجمع اللغة العربية، الناشر: الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤ هـ.
- ١٨٧ - غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، المؤلف: أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت ١٠٩٨ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- ١٨٨ - فتاوى الاستصناع والمقالات والسلام، المؤلف: ندوة البركة، جمع: د. أحمد محيي الدين، الناشر: مجموعة دلة البركة وشركة البركة للاستثمار والتنمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ.
- ١٨٩ - فتاوى السبكي، المؤلف: أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦ هـ)، الناشر: دار المعارف.
- ١٩٠ - الفتاوى السعدية، المؤلف: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، الناشر: المؤسسة السعيدية بالرياض - شارع الخزان - لصاحبها فهد السعيد، ١٩٨٣ هـ.
- ١٩١ - الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية، المؤلف: جماعة من العلماء برئاسة الشيخ: نظام الدين البرنهابوري البلخي بأمر السلطان: محمد أورنك زيب عالمكير، الطبعة: الثانية، ١٣١٠ هـ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر.
- ١٩٢ - الفتاوى الفقهية الكبرى، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين، أبو العباس (ت ٩٧٤ هـ) جمعها: تلميذ ابن حجر الهيتمي، الشيخ عبد القادر بن أحمد ابن علي الفاكهي المكي (ت ٩٨٢ هـ)، الناشر: المكتبة الإسلامية.
- ١٩٣ - الفتاوى الكبرى، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله ابن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت ٧٢٨ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ.
- ١٩٤ - فتاوى اللجنة الدائمة - المجموعة الثانية، المؤلف: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، عدد الأجزاء: ١١ جزءاً، الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض.
- ١٩٥ - فتاوى وسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ (ت ١٣٨٩ هـ)، جمع وترتيب وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن ابن قاسم، الناشر: مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٩ هـ.
- ١٩٦ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣-٨٥٢ هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز ابن عبد الله بن باز.

- ١٩٧- فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، تحقيق: محمود بن شعبان وآخرين، الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية. الناشر: مكتب تحقيق دار الحرمين - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- ١٩٨- فتح القدير على الهداية، تأليف: الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي (ت ٨٦١هـ)، ويلي: تكملة شرح فتح القدير المسماة: نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تأليف: شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده (المتوفى سنة ٩٨٨هـ)، الناشر: البابي الحلبي وأولاده بمصر، وصورتها دار الفكر، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٣٨٩هـ.
- ١٩٩- فتح القدير، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت ١٢٥٠هـ)، الناشر: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٤هـ.
- ٢٠٠- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب المختصر من منهاج الطالبين للنووي، المؤلف: زكريا بن محمد ابن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت ٩٢٦هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة: ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- ٢٠١- الفردوس بمأثور الخطاب، المؤلف: شيرويه بن شهردار بن شيرويه بن فناخسرو، أبو شجاع الديلملي الهمداني (ت ٥٠٩هـ)، المحقق: السعيد بن بسيوني زغلول، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ٢٠٢- الفروسية المحمدية، ضمن مجموعة آثار الإمام ابن قيم الجوزية وما لحقها من أعمال (١١)، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، المحقق: زائد بن أحمد النشيري، راجعه: سليمان بن عبد الله العمير - علي بن محمد العمران، الناشر: دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الرابعة، ١٤٤٠هـ.
- ٢٠٣- الفروع، ومعه: تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي (ت ٨٨٥هـ) وحاشية ابن قندس: تقي الدين أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلی (ت ٨٦١هـ)، مؤلف كتاب الفروع: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي (ت ٧٦٣هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: (مؤسسة الرسالة - بيروت)، (دار المؤيد - الرياض)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.
- ٢٠٤- الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق مع تهذيب الفروق حاشية إدرار الشروق ابن الشاط، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت ٦٨٤هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٢٠٥- الفروق الفقهية والأصولية، مقوماتها- شروطها- نشأتها- تطورها (دراسة نظرية - وصفية- تاريخية)، المؤلف: أ. د. يعقوب بن عبد الوهاب بن يوسف الباحسين، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
- ٢٠٦- الفروق، المؤلف: أسعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر، جمال الإسلام الكرايسي النيسابوري الحنفي (ت ٥٧٠هـ)، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٢هـ.

- ٢٠٧- فضل الرحيم الودود بتخريج سنن أبي داود، المؤلف: أبو عمرو ياسر بن محمد فتحي آل عيد، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ١٤٤٢هـ.
- ٢٠٨- فقه المعاملات المالية المعاصرة، المؤلف: أ. د. سعد بن تركي الخثلان، الناشر: دار الصميعي، الطبعة: الثالثة، ١٤٣٥هـ.
- ٢٠٩- فقه النوازل، المؤلف: بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد (ت ١٤٢٩هـ) الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى - ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.
- ٢١٠- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: أحمد بن سالم بن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (ت ١١٢٦هـ)، الناشر: دار الفكر، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ.
- ٢١١- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، المؤلف: الدكتور سعدي أبو جيب، الناشر: دار الفكر. دمشق - سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م تصوير: ١٩٩٣م.
- ٢١٢- القاموس المحيط، المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ.
- ٢١٣- قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، المؤلف: المجموعة الشرعية في المصرف، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى: ١٤٣١هـ.
- ٢١٤- قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، المؤلف: الأمانة العامة للهيئة الشرعية في مصرف الإنماء، الطبعة: الأولى، ١٤٤٠هـ.
- ٢١٥- قرعة عيون الأخيار بتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار على حاشية ابن عابدين رد المحتار تكملة لها، مؤلف التكملة: محمد علاء الدين أفندي، نجل ابن عابدين [ت ١٣٠٦هـ]، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: ١٤١٥هـ.
- ٢١٦- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، المؤلف: د. نزيه حماد، الناشر: دار البشر في جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
- ٢١٧- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المؤلف: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت ٦٦٠هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، ١٤١٤هـ-١٩٩١م.
- ٢١٨- القواعد لابن رجب، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، الناشر: مكتبة الخانجي، مصر.
- ٢١٩- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، المؤلف: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، الناشر: مطبعة المدني بالقاهرة، تاريخ النشر: ١٣٧٥هـ.
- ٢٢٠- القوانين الفقهية، المؤلف: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت ٧٤١هـ)، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، تاريخ النشر: ١٤٣٤هـ.

- ٢٢١- الكافي في فقه الإمام أحمد، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ.
- ٢٢٢- الكافي في فقه أهل المدينة، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت ٦٣٠هـ)، المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ.
- ٢٢٣- الكامل في ضعفاء الرجال، المؤلف: أبو أحمد بن عدي الجرجاني (ت ٣٦٥هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض، الناشر: الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٢٢٤- كتاب العين، المؤلف: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (ت ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال.
- ٢٢٥- كشاف القناع عن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ)، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، الناشر: وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩-١٤٢١هـ.
- ٢٢٦- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، المؤلف: علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت ٧٣٠هـ) وبهامشه: أصول البزدوي، الناشر: شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول، الطبعة: الأولى، مطبعة سنه ١٣٠٨هـ-١٨٩٠م.
- ٢٢٧- كشف الخفاء ومزيل الإلباس، المؤلف: إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدمشقي، أبو الفداء (ت ١١٦٢هـ)، الناشر: المكتبة العصرية، تحقيق: عبد الحميد بن أحمد بن يوسف بن هندواوي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.
- ٢٢٨- كشف اللثام شرح عمدة الأحكام، المؤلف: شمس الدين، أبو العون محمد بن أحمد السفاريني الحنبلي (ت ١١٨٨هـ) المحقق: نور الدين طالب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، دار النوادر - سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ.
- ٢٢٩- الكشف والبيان عن تفسير القرآن، المؤلف: أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق (ت ٤٢٧هـ)، تحقيق: أبي محمد بن عاشور، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.
- ٢٣٠- كفاية النبي في شرح التنبيه، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (ت ٧١٠هـ)، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م.
- ٢٣١- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المؤلف: أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء الحنفي (ت ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش - محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت.

- ٢٣٢- كنز الدقائق، المؤلف: أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي (نحو ٦٢٠-٧١٠هـ)، المحقق: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
- ٢٣٣- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المؤلف: علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير بالمتقي الهندي (ت ٩٧٥هـ)، المحقق: بكري حياني - صفوة السقا، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الخامسة، ١٤٤٠هـ-١٩٨١م.
- ٢٣٤- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، المؤلف: أبو محمد علي بن زكريا المنبجي (ت ٦٨٦هـ)، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، الناشر: دار القلم - الدار الشامية - سوريا - دمشق، لبنان - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ.
- ٢٣٥- اللباب في شرح الكتاب على: المختصر المشتهر باسم «الكتاب» الذي صنفه أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي (٣٣٢-٤٢٨هـ)، المؤلف: عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.
- ٢٣٦- لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت ٧١١هـ) الحواشي: لiliaزي وجماعة من اللغويين، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.
- ٢٣٧- المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت ٨٨٤هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٢٣٨- المبسوط، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، باشر تصحيحه: جمع من العلماء، الناشر: مطبعة السعادة - مصر، وصورتها: دار المعرفة - بيروت، لبنان.
- ٢٣٩- مجالس ثعلب، المؤلف: أحمد بن يحيى بن زيد بن سيار الشيباني بالولاء، أبو العباس، المعروف بثعلب (ت ٢٩١هـ).
- ٢٤٠- مجلة الأحكام العدلية، المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء، المحقق: نجيب هوايني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
- ٢٤١- مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية علمية محكمة، تصدر عن: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء.
- ٢٤٢- مجلة العدل، مجلة فصلية علمية محكمة تعنى بشؤون الفقه والقضاء، تصدر عن: وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية.
- ٢٤٣- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الناشر: المكتبة الشاملة، أعدها للشاملة: أسامة بن الزهراء.
- ٢٤٤- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف: عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي (ت ١٠٧٨هـ)، وفي الهامش: الشرح المسمى: بدر المتقى في شرح الملتقى، الناشر: المطبعة العامرة - تركيا، ١٣٢٨هـ.

٢٤٥- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المؤلف: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت ٨٠٧هـ)، المحقق: حسام الدين القدسي، الناشر: مكتبة القدسي، القاهرة عام النشر: ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.

٢٤٦- مجمع الضمانات، المؤلف: أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (ت ١٠٣٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.

٢٤٧- مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، بمعونة ابنه محمد، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة - السعودية، عام النشر: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٢٤٨- مجموع رسائل وخطب الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، الناشر: إدارة الشؤون الإسلامية في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر.

٢٤٩- المجموع شرح المذهب مع تكملة المطيعي الأولى، المؤلف: محمد نجيب المطيعي، الناشر: المكتبة السلفية - المدينة المنورة (وهو إعادة صف للتكملة الأولى للمطيعي).

٢٥٠- المجموع شرح المذهب، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) باشر تصحيحه: لجنة من العلماء، الناشر: (إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي)، القاهرة، ١٣٤٤-١٣٤٧هـ.

٢٥١- المحرر في أحاديث الأحكام، المؤلف: محمد بن أحمد بن عبد الهادي المقدسي (ت ٧٤٤هـ)، المحقق: د عبد المحسن بن محمد القاسم، محقق على نسخ نفيسة عتيقة، الطبعة: الثانية، ١٤٤٢هـ-٢٠٢١م.

٢٥٢- المحكم والمحيط الأعظم، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد الحميد هندawi، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.

٢٥٣- المحلى بالآثار، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (الظاهري)، المحقق: عبد الغفار سليمان البنداري، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٥٤- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المؤلف: برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (ت ٦١٦هـ)، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.

٢٥٥- المختارات الجليلة من المسائل الفقهية، المؤلف: عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، اعتنى بها: محمد خاطر، الناشر: دار الآثار، الطبعة: الأولى، تاريخ النشر: ٢٠٠٥م.

٢٥٦- مختصر اختلاف العلماء، المؤلف: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (ت ٣٢١هـ) اختصار: أبي بكر أحمد بن علي الجصاص (ت ٣٧٠هـ)، المحقق: د. عبد الله نذير أحمد، الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٧هـ.

- ٢٥٧- مختصر العلامة خليل، المؤلف: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت ٧٧٦هـ)، المحقق: أحمد جاد، الناشر: دار الحديث/ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.
- ٢٥٨- المختصر من علم الشافعي ومن معنى قوله، المؤلف: أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني (ت ٢٦٤هـ) تصحيح وتعليق: أبي عامر عبد الله شرف الدين الداغستاني، الناشر: دار مدارج للنشر - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م.
- ٢٥٩- مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، المحقق: محمد المعتمد بالله البغدادي، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٦هـ.
- ٢٦٠- المدونة، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- ٢٦١- المراسيل، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، المحقق: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ٢٦٢- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المؤلف: محمد قدرى باشا (ت ١٣٠٦هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة: الثانية، ١٣٠٨هـ-١٨٩١م.
- ٢٦٣- مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، المؤلف: إسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج (ت ٢٥١هـ)، الناشر: عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ.
- ٢٦٤- المستدرک على الصحيحين، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، مع تضمينات: الذهبي في التلخيص والميزان والعراقي في أماليه والمناوي في فيض القدير وغيرهم، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
- ٢٦٥- مسند أبي يعلى الموصلي، المؤلف: الإمام الحافظ أحمد بن علي بن المثنى التميمي (ت ٢١٠هـ-٣٠٧هـ) ومعه: رحمت الملاء الأعلى بتخريج مسند أبي يعلى، تخريج وتعليق: سعيد بن محمد السناري، الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ.
- ٢٦٦- مسند الإمام أبي حنيفة رواية أبي نعيم، المؤلف: أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ)، المحقق: نظير محمد الفاريابي، الناشر: مكتبة الكوثر - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٢٦٧- مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤-٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.

- ٢٦٨- مسند الإمام الشافعي، المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت ٢٠٤هـ) رتبه على الأبواب الفقهية: محمد عابد السندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، عام النشر: ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.
- ٢٦٩- مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، المؤلف: أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد ابن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار (ت ٢٩٢هـ)، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله وغيره، الناشر: مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م.
- ٢٧٠- مسند الدارمي المعروف بـ(سنن الدارمي)، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل ابن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (ت ٢٥٥هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني (ت ١٤٤٣هـ)، الناشر: دار المغني، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.
- ٢٧١- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه المغربي، د. عبد الرزاق السنهوري، الناشر: مؤسسة التاريخ العربي في بيروت، الطبعة: الأولى.
- ٢٧٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.
- ٢٧٣- المصنف، المؤلف: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العباسي الكوفي (ت ٢٣٥هـ)، المحقق: سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري، تقديم: ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري، الناشر: دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
- ٢٧٤- المصنف، ويليهِ: كتاب الجامع للإمام معمر بن راشد الأزدي من رواية عبد الرزاق الصنعاني، المؤلف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (١٢٦-٢١١هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي - الهند، توزيع المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٢٧٥- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، المحقق: مجموعة من الباحثين في ١٧ رسالة جامعية تنسيق: د. سعد ابن ناصر بن عبد العزيز الشثري، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع - دار الغيث للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى من المجلد ١-١١: ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م من المجلد ١٢-١٨: ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- ٢٧٦- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المؤلف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدًا ثم الدمشقي الحنبلي (ت ١٢٤٣هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ٢٧٧- المطالع على ألفاظ المقنع، المؤلف: محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البجلي، أبو عبد الله، شمس الدين (ت ٧٠٩هـ)، المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، الناشر: مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

- ٢٧٨- معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، المؤلف: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت ٣٨٨هـ)، الناشر: المطبعة العلمية - حلب، الطبعة: الأولى ١٣٥١هـ-١٩٣٢م.
- ٢٧٩- المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المؤلف: ديبان بن محمد الديان، تقديم: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. صالح بن عبد الله بن حميد، ومحمد بن ناصر العبودي، وصالح بن عبد العزيز آل الشيخ، الطبعة: الثانية، ١٤٣٢هـ.
- ٢٨٠- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، المؤلف: د. محمد عثمان شبير، الناشر: دار النفائس، الطبعة: السادسة، ١٤٢٦هـ.
- ٢٨١- المعايير الشرعية، المؤلف: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، الناشر: دار الميمان، ١٤٣٧هـ.
- ٢٨٢- المعجم الأوسط، المؤلف: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (٢٦٠-٣٦٠هـ)، المحقق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد - أبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، الناشر: دار الحرمين - القاهرة عام النشر: ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- ٢٨٣- معجم الشعراء، المؤلف: للإمام أبي عبيد الله محمد بن عمران المرزباني (ت ٣٨٤هـ) بتصحيح وتعليق: الأستاذ الدكتور ف. كرنكو، الناشر: مكتبة القدسي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- ٢٨٤- المعجم الكبير، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (ت ٣٦٠هـ)، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية - القاهرة، الطبعة: الثانية، المجلد ١٣ (دار الصميعي - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م).
- ٢٨٥- معرفة السنن والآثار، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجدي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- ٢٨٦- معرفة علوم الحديث، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (ت ٤٠٥هـ)، المحقق: السيد معظم حسين، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٧هـ.
- ٢٨٧- المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، المؤلف: القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت ٤٢٢هـ) تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق أصل الكتاب: رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة.
- ٢٨٨- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المؤلف: أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت ٨٤٤هـ)، الناشر: دار الفكر.

٢٨٩- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن محمد، الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ) حققه وعلق عليه: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

٢٩٠- المغني عن الحفظ والكتاب (مطبوع مع جنة المرقاب بنقد المغني عن الحفظ والكتاب لأبي إسحاق الحويني)، المؤلف: عمر بن بدر بن سعيد الوراقاني الموصلي الحنفي، ضياء الدين، أبو حفص (ت ٦٢٢هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ.

٢٩١- المغني عن حمل الأسفار في الأسفار، في تخريج ما في الإحياء من الأخبار (مطبوع بهامش إحياء علوم الدين)، المؤلف: أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي (ت ٨٠٦هـ)، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

٢٩٢- المغني، المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي (٥٤١-٦٢٠هـ)، المحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٢٩٣- مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت ٦٠٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠هـ.

٢٩٤- المفصل في القواعد الفقهية، المؤلف: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباسحين، الناشر: دار التدمرية وجامعة المعرفة العالمية، الطبعة: الثانية، ١٤٣٢هـ.

٢٩٥- المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، المؤلف: د. جواد علي، الناشر: الشريف الرضي وجامعة بغداد.

٢٩٦- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، المؤلف: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي (ت ٩٠٢هـ)، المحقق: محمد عثمان الخشت، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٢٩٧- مقاصد الشريعة عند الإمام أحمد وأثرها في المعاملات المالية، المؤلف: د. محمد بن مقبل بن ناصر المقبل، الناشر: دار كنوز إشبيلية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٩هـ.

٢٩٨- مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٢٩٩- المقدمات الممهّدات، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور محمد حجي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

- ٣٠٠- مكارم الأخلاق ومعاليها ومحمود طرائقها، المؤلف: أبو بكر محمد بن جعفر بن محمد بن سهل ابن شاعر الخرائطي السامري (ت ٣٢٧هـ) تقديم وتحقيق: أيمن عبد الجابر البحيري، الناشر: دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
- ٣٠١- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، المؤلف: أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجي (ت ٦٣٣هـ) اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي - أحمد بن علي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
- ٣٠٢- المتتقى شرح الموطأ، المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واثق التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت ٤٧٤هـ)، الناشر: مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢هـ (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة: الثانية، بدون تاريخ).
- ٣٠٣- المتتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري (ت ٣٠٧هـ)، الناشر: دار التقوى - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
- ٣٠٤- منتهى الإرادات مع حاشية ابن قائل، المؤلف: تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- ٣٠٥- المشور في القواعد الفقهية، المؤلف: الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي (٧٤٥-٧٩٤هـ) حققه: د. تيسير فائق، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- ٣٠٦- منح الجليل شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد عlish، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ.
- ٣٠٧- منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت ٧٢٨هـ)، المحقق: محمد رشاد سالم، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- ٣٠٨- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢.
- ٣٠٩- المذهب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.
- ٣١٠- الموافقات، المؤلف: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- ٣١١- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

- ٣١٢- موسوعة الفقه الإسلامي، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، الناشر: بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
- ٣١٣- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الأجزاء ١-٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت، الأجزاء ٢٤-٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر، الأجزاء ٣٩-٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة، في ١٤٠٤-١٤٢٧هـ.
- ٣١٤- موسوعة القواعد الفقهية، المؤلف: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
- ٣١٥- الموطأ، المؤلف: مالك بن أنس، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي (ت ١٤٣٩هـ)، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبوظبي - الإمارات، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- ٣١٦- موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء الشبكي (www.boe.gov.sa).
- ٣١٧- نتائج البحوث وخواتيم الكتب، المؤلف: مؤسسة الدرر السنية الوقفية، الناشر: المكتبة الشاملة، في ١٤٣٣هـ.
- ٣١٨- النجم الوهاج في شرح المنهاج، المؤلف: كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي (ت ٨٠٨هـ)، الناشر: دار المنهاج (جدة)، المحقق: لجنة علمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- ٣١٩- نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي، المؤلف: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت ٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة وغيره، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ٣٢٠- نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء، المؤلف: أ. د. نزيه كمال حماد، الناشر: مجلة القضائية، العدد الأول، محرم ١٤٣٢هـ.
- ٣٢١- النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (ت ٧٦٣هـ)، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤هـ.
- ٣٢٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت ١٠٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط أخيرة - ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- ٣٢٣- نهاية المطلب في دراية المذهب، المؤلف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت ٤٧٨هـ)، الناشر: دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

- ٣٢٤- النهر الفائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت ١٠٠٥هـ)، المحقق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ٣٢٥- النواذر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت ٣٨٦هـ)، تحقيق: ج ١، ٢: عبد الفتاح محمد الحلوج ٣، ٤: محمد حجي ج ٥، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٣: محمد عبد العزيز الدباغ ج ٦: عبد الله المرباط الترغي، ومحمد عبد العزيز الدباغ ج ٨: محمد الأمين بوخيزة ج ١٢: أحمد الخطابي، ومحمد عبد العزيز الدباغ ج ١٤، ١٥ (الفهارس): محمد حجي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٩م.
- ٣٢٦- نيل الأوطار، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٣٢٧- ورقة بحثية في اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة في الفقه الإسلامي للدكتور نزيه حماد قدمت إلى الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي.
- ٣٢٨- الوسيط في المذهب، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، المحقق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.

330- Dictionary of banking terms, Thomas Fitch.

331- Standards abstracted from resolutions of sharia board of bank albilad.



فهرسالموضوعات

رقم الصفحة

الموضوع

٥	المقدمة
٢٥	التمهيد
٢٧	المبحث الأول: تعريف الضمان لغةً
٢٩	المبحث الثاني: تعريف الضمان اصطلاحاً
٣١	المبحث الثالث: تعريف الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية

الباب الأول

٣٣ أحكام الضمان في أعمال المصرفية الإسلامية

٣٥	الفصل الأول: الضمان في بيوع المصرفية الإسلامية
٣٧	المبحث الأول: ضمان لزوم البيع بإسقاط الخيار
٤١	المبحث الثاني: ضمان ثمن المبيع
٤١	المطلب الأول: ضمان تسليم ثمن المبيع في الوقت المتفق عليه بالاتفاق على شرط جزائي
٥٠	المطلب الثاني: ضمان ثمن المبيع بحبس المبيع
٥٣	المطلب الثالث: ضمان ثمن المبيع باشتراط ضمانات على المشتري
٧٣	المطلب الرابع: ضمان تسليم الثمن بإسقاط الأجل عند التخلف عن أحد الأقساط
	المطلب الخامس: ضمان تسليم الثمن بالاتفاق على فسخ العقد عند حلول الأجل وتخلف المشتري
٧٨	المطلب السادس: ضمان ثمن المبيع بسند لأمر يحرره المشتري
٨٥	المطلب السابع: ضمان ثمن المبيع بحبس ممتلكات المشتري التي تحت يد المصرف
٩٣	المطلب الثامن: التزام المشتري بفتح حساب جارٍ لدى المصرف وتعهده بأن يفني رصيده بالأقساط المجدولة
٩٣	المطلب التاسع: إجراء مقاصة مع حسابات المشتري الجارية لسداد ما التزم به
٩٥	المبحث الثالث: مسوغات تصرف المصرف في الضمانات المقدمة من المشتري
٩٩	المطلب الأول: عدم الوفاء بأي التزام واجب ومشمول الأداء لصالح المصرف
١٠٠	المطلب الثاني: المماطلة في السداد
١٠٠	المطلب الثالث: الإخلال بالإقرارات والتعهدات الواردة في الاتفاقية الأساسية
١٠١	المطلب الرابع: ظهور تزوير إحدى المعلومات الجوهرية التي قدمها المشتري للمصرف
١٠١	المطلب الخامس: إخلال المشتري بتقديم الضمانات الإضافية المطلوبة

الموضوع

رقم الصفحة

- المطلب السادس: طرء تغير في الشكل القانوني أو الإدارة التنفيذية على المشتري دون علم المصرف وموافقته المسبقة ١٠٢
- المطلب السابع: الوقوع تحت المساءلة الجنائية أو القانونية أو التصرف بما يخل بالأمانة أو النزاهة أو الشرف ١٠٣
- المطلب الثامن: مصادرة ممتلكات المشتري أو الحجر عليها أو المنع من التصرف منها ... ١٠٤
- المطلب التاسع: منع المشتري من ممارسة النشاط أو إلغاء ترخيصه أو سجله ١٠٤
- المطلب العاشر: توجيه دعاوى قضائية مالية على المشتري أو مطالبات تنفيذية أو دخول في صلح مع الدائنين ١٠٤
- المبحث الرابع: علاقة ضمان المبيع بقبضه والتصرف فيه ١٠٧
- المطلب الأول: بيان ما يحصل به القبض في المبيعات المصرفية ١١٠
- المطلب الثاني: الاتفاق على أن يضمن المشتري المبيع من دون أن يقبضه أو يتصرف فيه ... ١١٤
- المبحث الخامس: التزام المشتري بتقديم ضمانات بديلة إذا نقصت قيمة الضمانات المقدمة ... ١١٧
- المبحث السادس: ضمان المصرف للتكاليف والأضرار التي تلحق المشتري بسبب المصرف ... ١١٩
- المبحث السابع: التزام المصرف بتعويض المشتري إذا استوفى منه خطأ قبل حلول الأجل ١٢٥
- المبحث الثامن: نفي مسؤولية المصرف عما يلحق المشتري بسبب ممارسة الحقوق الناشئة عن الاتفاقية ١٢٧
- المبحث التاسع: التعهد للمشتري بهدية عند شراء المبيع ١٢٩
- المبحث العاشر: بيع الضمان وأخذ العوض عليه ١٣٣
- المبحث الحادي عشر: ضمان مسوق الأوراق المالية للاكتتاب في عقد بيع الأوراق المالية ١٤٧
- المبحث الثاني عشر: الضمان في بيوع الخدمات ١٧١
- المطلب الأول: الضمان في شراء خدمات تعليمية بخيار الشرط ١٧٣
- المسألة الأولى: حق المصرف في استعادة ثمن الخدمات المدفوعة خلال مدة القبول ١٧٤
- المسألة الثانية: التزام الجهة التعليمية بعدم التعاقد مع أي منافس للمصرف خلال مدة الاتفاقية ١٨١
- المسألة الثالثة: حق المصرف في فسخ العقد إذا أخلت الجهة التعليمية بالتزامات الاتفاقية .. ١٨٢
- المطلب الثاني: حق المصرف في فسخ عقد تقييم العقارات حال تعدي الطرف الآخر أو تفریطه أو إخلاله بالتزامات العقد ١٨٣
- المسألة الأولى: حق المصرف في فسخ عقد التقييم العقاري إذا فرط المقيم أو تعدى أو أخل بالتزامات العقد، مع عدم استحقاق المقيم المبالغ المتفق عليها ١٨٤
- المسألة الثانية: فوات الأجرة على المقيم ١٨٥
- المسألة الثالثة: حق المصرف في الرجوع على المقيم حال التعدي والتفریط والإخلال بالتزامات العقد ١٨٥

رقم الصفحة

الموضوع

- المبحث الثالث عشر: ضمان المشتري الأول للسلعة في بيع التورق..... ١٩٣
- المبحث الرابع عشر: ضمانات المصرف في عقود المراجعة..... ١٩٥
- المطلب الأول: أخذ العربون من الواعد بالشراء قبل ثبوت عقد المراجعة..... ١٩٧
- المطلب الثاني: إلزام العميل الواعد بإحضار كفيل قبل ثبوت عقد المراجعة..... ١٩٨
- المطلب الثالث: إلزام العميل الواعد بإحضار رهن قبل ثبوت عقد المراجعة..... ١٩٩
- المطلب الرابع: اشتراط تأمين السلعة على العميل في عقد المراجعة..... ٢٠٢
- المطلب الخامس: كون وعد العميل بالشراء في بيع المراجعة ملزماً..... ٢٠٤
- المطلب السادس: اشتراط تحمل العميل لحالات عطب السلعة أو هلاكها..... ٢٠٦
- المطلب السابع: تعهد العميل بتعويض المصرف عن الضرر إذا نكل عن الشراء..... ٢٠٨
- المبحث الخامس عشر: بيع المراجعة من خلال فتح الاعتماد المستندي لصالح العميل..... ٢١١
- الفصل الثاني: الضمان في الإجازات والمقاولات المصرفية الإسلامية..... ٢١٣
- المبحث الأول: الضمان في الإجازات المصرفية..... ٢١٥
- المطلب الأول: ضمان العين المؤجرة تأجيراً موصوفاً في الذمة..... ٢١٥
- المطلب الثاني: ضمان صيانة العين المستأجرة..... ٢١٦
- المسألة الأولى: ضمان الصيانة الأساسية..... ٢١٧
- المسألة الثانية: ضمان الصيانة التشغيلية..... ٢١٨
- المسألة الثالثة: ضمان الصيانة الوقائية..... ٢١٩
- المطلب الثالث: ضمان حق المؤجر..... ٢٢٠
- المسألة الأولى: فرض غرامات التأخر في سداد قيمة الإجارة..... ٢٢٠
- المسألة الثانية: اشتراط حلول أقساط الإجارة عند التأخر في السداد..... ٢٢١
- المسألة الثالثة: تمديد مدة الإجارة إذا كانت منتهية بالتملك..... ٢٢٦
- المسألة الرابعة: حيازة موجودات المستأجر في العين المؤجرة حتى إكمال السداد..... ٢٢٦
- المسألة الخامسة: فرض الشرط الجزائي على المستأجر..... ٢٣١
- المطلب الرابع: اشتراط الضمان على المستأجر..... ٢٣٢
- مسألة: شرط المؤجر على المستأجر الضمان مطلقاً..... ٢٣٢
- المبحث الثاني: الضمان في عقود المقاول لإنشاء موقع صرف آلي..... ٢٣٩
- المطلب الأول: ضمان كفاءة العمال والمشرفين..... ٢٤٠
- المطلب الثاني: ضمان سلامة العاملين..... ٢٤٠
- المطلب الثالث: ضمان مطابقة الأعمال المنفذة والمواد لشروط العينات المعتمدة وأصول الصناعة..... ٢٤١
- المطلب الرابع: ضمان حسن التنفيذ والسلامة من العيوب..... ٢٤٢
- المطلب الخامس: تعويض المصرف من قبل المقاول عن الأضرار إذا امتنع عن إخلاء الموقع أو تأخر في تسليمه..... ٢٤٣

الموضوع

رقم الصفحة

المطلب السادس: توقيت مدة الضمان في عقد المقايضة.....	٢٤٨
المطلب السابع: حق المصرف في حجز موجودات الموقع من آلات ومواد لضمان حقوقه ..	٢٥٠
المطلب الثامن: حق المصرف في إيقاع شرط جزائي على المقاول لضمان التزاماته التعاقدية...	٢٥١
الفصل الثالث: الضمان في الشركات والتوكيلات في المصرفية الإسلامية	٢٥٩
المبحث الأول: الضمان في المضاربة المصرفية.....	٢٦١
المطلب الأول: ضمان رأس مال المضاربة المصرفية على الهبوط وعلى الصعود	٢٦١
المطلب الثاني: توصيف الوديعة المصرفية على أنها عقد مضاربة	٢٦٣
المطلب الثالث: الحلول المطروحة لضمان المضاربة في المصارف الإسلامية.....	٢٦٥
المسألة الأولى: تضمين المصرف باعتباره مضارباً مشتركاً.....	٢٦٥
المسألة الثانية: تضمين المصرف في عقد المضاربة باعتباره متبرعاً	٢٦٨
المسألة الثالثة: التزام طرف ثالث بالضمان في عقد المضاربة	٢٦٩
المسألة الرابعة: تشكيل جمعية تعاونية بين المضاربين	٢٧٢
المطلب الرابع: الضمان في المضاربة على أساس مسؤولية المحترفين.....	٢٧٣
المطلب الخامس: محدودية المسؤولية في الشركات المصرفية القائمة على أساس المضاربة	٢٧٣
المطلب السادس: نقل عبء إثبات عدم التعدي أو التفريط على المصرف المضارب	٢٧٤
المبحث الثاني: الضمان في الشركات المصرفية المساهمة	٢٨١
المطلب الأول: ضمان الشريك للسهم بعد البيع وقبل التخصيص.....	٢٨٢
المطلب الثاني: ضمان المصرف لأموال الاكتتاب المستثمرة قبل التخصيص	٢٨٤
المطلب الثالث: محدودية مسؤولية الشريك في الشركة المساهمة	٢٨٥
المطلب الرابع: امتياز السهم	٢٨٧
المسألة الأولى: الامتيازات المالية للسهم	٢٨٧
المسألة الثانية: الامتيازات غير المالية للسهم	٢٩٠
المطلب الخامس: ضمان السهم بعد البيع والتخصيص وقبل التداول	٢٩٢
المطلب السادس: ضمانات حصص المؤسسين للشركة المساهمة.....	٢٩٢
المبحث الثالث: الضمان في اتفاقية تسلم طلبات اكتتاب أسهم حقوق الأولوية	٢٩٣
المطلب الأول: ضمان الكيان المتسلم تقديم الخدمات بكفاءة	٢٩٤
المطلب الثاني: ضمان الكيان المتسلم لسلامة البيانات وسريتها	٢٩٥
المطلب الثالث: مسؤولية الكيان المتسلم عن دعاوى العملاء ومطالباتهم.....	٢٩٦
المطلب الرابع: تعهد الكيان المتسلم بتعويض مدير الاكتتاب عن الدعاوى والمطالبات	٢٩٦
والأحكام الصادرة عليه.....	٢٩٦
المبحث الرابع: الضمان في اتفاقية أمين الحفظ للشركات	٢٩٩
المطلب الأول: ضمان أمين الحفظ	٢٩٩

رقم الصفحة

الموضوع

- المطلب الثاني: ضمان شركة الاستثمار خلو الأوراق المالية من الالتزامات والمطالبات ٣٠١..
- المبحث الخامس: الضمان في الوكالة بالاستثمار بين المصارف ٣٠٣
- المطلب الأول: تعهد الوكيل ببذل الجهد الكافي لضمان جدوى الصفقات الاستثمارية ٣٠٥...
- المطلب الثاني: تعويض الوكيل عن المصروفات والأضرار والمخاطر والخسائر..... ٣٠٥
- المطلب الثالث: التزام الوكيل برد ما تبقى من مبلغ الاستثمار حال الخسارة ٣٠٧
- المطلب الرابع: تغطية الوكيل للفارق بين الربح الحقيقي والربح المتوقع ٣٠٨
- المطلب الخامس: تغطية الوكيل للفارق بين ما تبقى من رأس المال والربح المتوقع ٣١٠
- الفصل الرابع: الضمان في التحويلات والمصارفات والحسابات المصرفية ٣١١
- المبحث الأول: الضمان في التحويلات المصرفية..... ٣١٣
- المطلب الأول: إعفاء المصرف من المسؤولية بسبب عدم تنفيذ التحويل أو التأخر فيه..... ٣١٧
- المطلب الثاني: تحميل العميل مصروفات البنك المراسل إذا تعثر التحويل ٣٢٠
- المطلب الثالث: حق المصرف في وضع حدود لكل نوع من أنواع التحويلات حسب درجة المخاطرة لكل عميل ٣٢١
- المطلب الرابع: سقوط الضمان بالحوالة ٣٢١
- المطلب الخامس: ضمان سعر العملة مع تقلبه ٣٢٤
- المبحث الثاني: الضمان في الاتفاق المصرفي مع شركات التحويلات المالية السريعة ٣٣٠
- المطلب الأول: ضمان حقوق الملكية ٣٣٠
- المطلب الثاني: ضمان أمن البرامج والبيانات ٣٣١
- المطلب الثالث: ضمان حماية القنوات الإلكترونية والهاتف المصرفي..... ٣٣١
- المطلب الرابع: مسؤولية الممثل المحلي المصرفي عن الخسائر..... ٣٣٢
- المطلب الخامس: مسؤولية الممثل عن أداء الطرف الثالث وضمن التزامه ٣٣٣
- المبحث الثالث: الضمان في الودائع المصرفية ٣٣٥
- المطلب الأول: ضمان الودائع المصرفية التي لا تساهم في النشاط الاستثماري للمصرف ٣٣٦..
- المسألة الأولى: ضمان الوديعة المصرفية الجارية ٣٣٦
- المسألة الثانية: ضمان الوديعة المستندية..... ٣٤٢
- المسألة الثالثة: ضمان الوديعة المخصصة لغرض معين..... ٣٤٢
- المسألة الرابعة: ضمان وديعة الخزائن الحديدية ٣٤٣
- المطلب الثاني: ضمان الودائع المصرفية التي تساهم في النشاط الاستثماري للمصرف ٣٤٤...
- المسألة الأولى: ضمان الودائع تحت الطلب ٣٤٤
- المسألة الثانية: ضمان الودائع الآجلة ٣٤٥
- المطلب الثالث: الودائع المصرفية غير المضمونة ٣٤٦
- المطلب الرابع: ضمان التمويل للعميل عند نفاذ وديعته وانكشاف حسابه ٣٤٦

المطلب الخامس: تدابير المصرف المركزي العامة لحماية الودائع المصرفية.....	٣٤٧
المسألة الأولى: الاحتياطي النقدي القانوني.....	٣٤٧
المسألة الثانية: نسبة السيولة الداخلية.....	٣٤٨
المسألة الثالثة: الرصيد الاحتياطي.....	٣٤٨
المسألة الرابعة: نسب التمويل والتسهيلات.....	٣٤٨
المسألة الخامسة: تقييد استثمارات المصارف.....	٣٤٩
المبحث الرابع: الضمان في الحساب الاستثماري المرن.....	٣٥١
المطلب الأول: تغطية المصرف للفرق بين العائد المحقق والمتوقع.....	٣٥٢
المطلب الثاني: ضمان المصرف للخسائر الناتجة عن تعدد أو إهمال.....	٣٥٢
المطلب الثالث: التزام المستثمر بتعويض المصرف عن الضرائب والرسوم المفروضة....	٣٥٣
الفصل الخامس: الضمان في الودائع والبطاقات والأوقاف المصرفية.....	٣٥٥
المبحث الأول: الضمان في أجهزة الإيداع النقدي للشركات.....	٣٥٧
المطلب الأول: الضمانات المفروضة على المصرف في عقود أجهزة الإيداع النقدي للشركات.....	٣٥٧
المسألة الأولى: ضمان صيانة جهاز الإيداع.....	٣٥٨
المسألة الثانية: تحمل تكاليف تدريب الطرف الثاني لاستخدام جهاز الإيداع.....	٣٥٨
المسألة الثالثة: المحافظة على سلامة النقد عند نقله بواسطة جهاز الإيداع.....	٣٥٩
المطلب الثاني: الضمانات المفروضة على المستفيد من جهاز الإيداع النقدي.....	٣٥٩
المسألة الأولى: تحمل تكاليف إصلاح أعطال جهاز الإيداع.....	٣٥٩
المسألة الثانية: تحمل تكاليف كسر جهاز الإيداع أو محاولة فتحه عنوة.....	٣٥٩
المبحث الثاني: الضمان في البطاقات الائتمانية.....	٣٦١
المطلب الأول: التزام مصدر البطاقة الائتمانية بكفالة حامل البطاقة غرامياً أمام التاجر.....	٣٦١
المطلب الثاني: التزام حامل البطاقة برهن حساباته لدى مصدر البطاقة.....	٣٦٢
المبحث الثالث: الضمان في الصندوق المصرفي الوقفي.....	٣٦٥
المطلب الأول: حماية الأصل الموقوف في الصندوق المصرفي الوقفي.....	٣٦٥
المطلب الثاني: مسؤولية مدير الصندوق المصرفي الوقفي عن الخسائر.....	٣٦٦
المطلب الثالث: ضمان سرعة التعامل مع مخاطر الصندوق المصرفي الوقفي.....	٣٦٨
المطلب الرابع: مسؤوليات أمين حفظ الصندوق المصرفي الوقفي.....	٣٦٨
الفصل السادس: الضمان في الاستثمارات المصرفية والتوثيقات.....	٣٧١
المبحث الأول: الضمان في الاستثمار المباشر.....	٣٧٣
المطلب الأول: حق المصرف في اختيار السلعة وكالة عن العميل إذا تعددت أنواعها.....	٣٧٤
المطلب الثاني: تحمل المصرف للخسائر والأضرار الناتجة عن تعدد منه أو إهمال.....	٣٧٥

رقم الصفحة

الموضوع

- المطلب الثالث: تعويض المستثمر للمصرف مقابل المصروفات الإضافية..... ٣٧٨
- المبحث الثاني: الرهن المصرفي..... ٣٨١
- المطلب الأول: رهن الحسابات الجارية..... ٣٨١
- المطلب الثاني: رهن موجودات الحساب الاستثماري..... ٣٨٥
- المسألة الأولى: رهن المدير..... ٣٨٦
- المسألة الثانية: الوارث إذا رهن تركة الميت وعلى الميت دين، وهو رهن صحيح في أحد الوجهين عند الحنابلة..... ٣٨٧
- المطلب الثالث: حبس المبيع ضماناً لتقديم الرهن..... ٣٨٧
- المطلب الرابع: استثمار الرهن..... ٣٨٧
- المطلب الخامس: رهن المستندات..... ٣٨٨
- المطلب السادس: رهن الأسهم والمحافظ..... ٣٩٠
- المطلب السابع: رهن نماء الأسهم..... ٣٩٤
- المطلب الثامن: رهن نسبة معينة من قيمة الصفقة في البيع على المكشوف..... ٣٩٦
- المطلب التاسع: رهن الشهادات الاستثمارية..... ٣٩٧
- المطلب العاشر: رهن الراتب..... ٣٩٨
- المطلب الحادي عشر: رهن الأوراق التجارية..... ٣٩٩
- المسألة الأولى: رهن الكمبيالة..... ٤٠٠
- المسألة الثانية: رهن السند لأمر..... ٤٠٠
- المسألة الثالثة: رهن الشيك..... ٤٠٠
- المطلب الثاني عشر: رهن الصكوك المصرفية..... ٤٠١
- المطلب الثالث عشر: إفراغ العقار للمشتري في بيع التقسيط أثناء رهنه للمصرف..... ٤٠٢
- المطلب الرابع عشر: تحميل العميل تكلفة تقييم العقار المرهون..... ٤٠٢
- المطلب الخامس عشر: حق الراهن في تداول أسهم محفظته المرهونة..... ٤٠٣
- المطلب السادس عشر: منح الشركة المصرفية الحق في بيع الأصول الضامنة عند الاقتضاء..... ٤٠٤
- المطلب السابع عشر: تعزيز الأصول الضامنة إذا انخفضت قيمتها السوقية..... ٤٠٥
- المبحث الثالث: خطاب الضمان..... ٤٠٧
- المطلب الأول: توصيف خطاب الضمان..... ٤٠٨
- المطلب الثاني: التزامات خطاب الضمان..... ٤٠٨
- المسألة الأولى: الحصول على موافقة المستفيد..... ٤٠٨
- المسألة الثانية: إخلاء مسؤولية المصرف إذا رفض المستفيد خطاب الضمان..... ٤٠٩
- المسألة الثالثة: التعهد بدفع المبالغ المستحقة للمصرف وكافة المصاريف..... ٤١٠
- المسألة الرابعة: السماح باستيفاء التأمين على إصدار خطاب الضمان من حسابات طالب الخطاب..... ٤١٠

الموضوع

رقم الصفحة

المسألة الخامسة: تفويض المصرف في خصم المبالغ المستحقة من حسابات طالب	
الخطاب	٤١٢.....
المطلب الثالث: أخذ العمولة في مقابل خطاب الضمان	٤١٣.....
الفصل السابع: الاعتمادات المصرفية	٤١٧
المبحث الأول: توصيف الاعتمادات المصرفية	٤١٩.....
المطلب الأول: توصيف الاعتماد المصرفي البسيط	٤١٩.....
المطلب الثاني: توصيف الاعتماد المصرفي المستندي	٤٢٠.....
المبحث الثاني: ضمانات الاعتماد المصرفي البسيط	٤٢٧.....
المطلب الأول: تعهد المصرف بالدفع إذا تخلف العميل عن التزاماته	٤٢٧.....
المطلب الثاني: تجنب العميل مخاطر تقلب أسعار العملات	٤٢٨.....
المطلب الثالث: حق العميل في ترك استغلال الاعتماد	٤٢٨.....
المطلب الرابع: تمكين دائني العميل من المطالبة بتنفيذ الاعتماد	٤٢٨.....
المطلب الخامس: ضمانات المصرف في الاعتماد المصرفي البسيط	٤٢٩.....
المسألة الأولى: التزام العميل بدفع عمولة مقابل تعهد المصرف	٤٢٩.....
المسألة الثانية: التزام العميل بتقديم الضمانات العينية	٤٢٩.....
المسألة الثالثة: التزام العميل بتقديم الضمانات الشخصية	٤٢٩.....
المسألة الرابعة: التزام العميل بدفع تعويضات على المبالغ المسحوبة	٤٣٠.....
المبحث الثالث: ضمانات الاعتماد المصرفي المستندي	٤٣١.....
المطلب الأول: ضمانات المستفيد في الاعتماد المستندي	٤٣١.....
المسألة الأولى: التزام المصرف بأداء الثمن خلال مدة محددة	٤٣١.....
المسألة الثانية: التزام المصرف بأن يكون الالتزام المستندي قطعياً	٤٣٢.....
المسألة الثالثة: حق المستفيد في تعزيز الاعتماد المستندي	٤٣٣.....
المسألة الرابعة: حق المستفيد في تحويل الاعتماد المستندي إلى مستفيد آخر	٤٣٣.....
المطلب الثاني: ضمانات المصرف في الاعتماد المستندي	٤٣٤.....
المسألة الأولى: ضمانات المصرف الخارجي في الاعتماد المستندي	٤٣٤.....
المسألة الثانية: ضمانات المصرف الداخلي في الاعتماد المستندي	٤٣٦.....
المطلب الثالث: ضمانات المستورد	٤٤٢.....
المسألة الأولى: التزام المصرف بأن يكون الاعتماد المستندي قطعياً	٤٤٢.....
المسألة الثانية: التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الاعتماد للمستفيد	٤٤٢.....
المسألة الثالثة: التزام المصرف بتسليم البضاعة في الوقت والمكان المتفق عليهما	٤٤٣.....
المسألة الرابعة: التزام المصرف بالتحقق من مطابقة مستندات البضاعة للشروط	٤٤٣.....

رقم الصفحة

الموضوع

- المسألة الخامسة: التزام المصرف بتمكين المستورد من بيع البضاعة والتصرف فيها قبل وصولها عن طريق مستنداتها ٤٤٤
- المسألة السادسة: حق المستورد في رفض البضاعة بعد فحصها والتحقق عليها ٤٤٤
- المسألة السابعة: التأمين على بضاعة المستورد ٤٤٤
- المسألة الثامنة: حماية سلعة المستورد عند إعساره أو إفلاسه ٤٤٥

الباب الثاني

- ٤٤٧ الدراسة التطبيقية للضمان في أعمال المصرفية الإسلامية
- التطبيق الأول: اتفاقية الشروط العامة لخطابات الضمان ٤٤٩
- المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له ٤٥١
- المبحث الثاني: الدراسة ٤٥٣
- التطبيق الثاني: اتفاقية برنامج الاعتمادات المستندية مع صندوق التنمية الصناعية السعودية ... ٤٥٧
- المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له ٤٥٩
- المبحث الثاني: الدراسة ٤٦١
- التطبيق الثالث: اتفاقية فتح حساب استثماري ٤٦٩
- المبحث الأول: التعريف بالتطبيق وبالجهة المصدرة له ٤٧١
- المبحث الثاني: الدراسة ٤٧٣

٤٧٧ الخاتمة

- أولاً: النتائج ٤٧٨
- ثانياً: التوصيات ٤٩٦

٥٠١ الفهارس العامة

- فهرس الآيات القرآنية ٥٠٣
- فهرس الأحاديث النبوية ٥٠٧
- فهرس الآثار ٥١١
- فهرس الأعلام المترجم لهم ٥١٣
- ثبت المصادر والمراجع ٥١٥
- فهرس الموضوعات ٥٤٥



الضمان

في أعمال المصارف الإسلامية

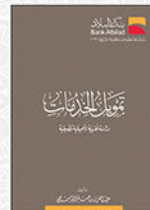
منذ الكتاب

يُعد الضمان أداة رئيسة في عمل أي مصرف إسلامي، كما أنه يشكل جزءاً لا يتجزأ من عمل المصارف على مستوى العالم، وعاملاً من عوامل قوتها ووجودها، ولا تخلو أكثر منتجات البنك وخدماته من صورة من صور الضمان ضمن تفاصيلها.

وتهدف هذه الدراسة إلى تحرير معاني الضمان وتأسيس مفهوم الضمان الفقهي، ودراسة العديد من صور الضمان في الأعمال المصرفية في مختلف صورها من بيع وإيجارات وشركات وتوكيلات وتحويلات، وصولاً إلى الضمان في الحسابات المصرفية والبطاقات والاستثمارات والاعتمادات، مع ربط قواعد الضمان وأصوله الشرعية بالواقع العملي في الضمان المصرفي.

وتساهم هذه الدراسة في تصحيح وتعزيز الممارسات في المالية الإسلامية، لتشكل لجنة علمية رصينة وإضافة في مكتبة الفقه الإسلامي

الناسخ



ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٠٥-٩٨٣٦-٦

ISBN 978-603-05-9836-6



9 786030 598366

إصدارات بنك البلاد



واتساب: +966 55 48 07111

Info@DarAlMaiman.com

www.DarAlMaiman.com

DarAlMaiman

دار الميمان

