

الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء
وأحكامها في الفقه الإسلامي

جميع الحقوق محفوظة
١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م

الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن مقدمة من:

يوسف بن عبد الله الشبيلي

المحاضر بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور

عبد الله بن محمد المطلق

الأستاذ بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

الجزء الثالث

١٤٢٢ هـ

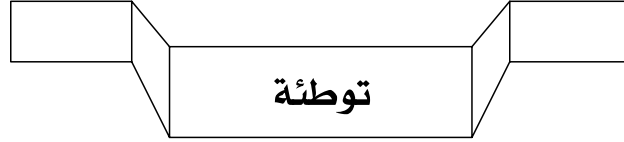
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفصل الثاني

مسؤولية الضمان في الخدمات الاستثمارية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التأصيل الشرعي للضمان في الخدمات الاستثمارية.
المبحث الثاني: الحلول المطروحة في مسألة الضمان وموقف
الشريعة الإسلامية منها.



سنحاول في هذا الفصل التركيز بالدراسة على قضية الضمان المصرفي لأموال المستثمرين، نظرًا لأهمية هذه القضية، وكثرة ما أثير حولها من جدال ومحاولات ترمي لتخطي القواعد الشرعية المحكمة في هذا الباب، وتخريجها بوجه أو بآخر، فقد ولد المركز التنافسي للمصرف الإسلامي في مواجهة المصارف الربوية الأخرى حافزًا لدى كثير من الباحثين إلى إعادة النظر في أحكام الضمان المقررة في هذا الباب، والقول بتضمين المصرف الإسلامي لما لديه من أموال المستثمرين حماية لمركزه التنافسي، نظرًا لأن البنك الربوي يتفوق - في ظاهر الأمر - على المصرف الإسلامي في هذا المجال، فهو يضمن عائدًا محددًا للمستثمرين، فضلًا عن ضمانه لأصل المال.

ولسنا هنا بصدد بيان أحكام الضمان في المضاربة فقد أفردنا لذلك مبحثًا مستقلًا في الباب الأول من هذه الرسالة، وإنما الغرض مناقشة ما أثير حول هذه القضية، والحلول المعاصرة المطروحة لتجاوزها، ومدى موافقة تلك الحلول للأحكام الشرعية.

المبحث الأول

التأهيل الشرعي للضمان في الخدمات الإستثمارية

إن الذي أجمعت عليه كلمة الفقهاء أن يد العامل على المال في المضاربة يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط^(١).

ذلك أن المضاربة ترتكز على مبدأين:

الأول: شئوع الربح.

والثاني: عدم ضمان العامل.

فإذا عري العقد من أحد هذين المعنيين خرج من حيز المضاربة إلى حيزٍ آخر يختلف تمامًا في مقصوده وأحكامه وآثاره، ألا وهو عقد القرض، فيصير ربح المال فيه زيادة ربوية مشروطة في قرض.

ومثل عقد المضاربة في هذا الحكم عقود شركات الإنتاج الأخرى كالمساقاة والمزارعة والمغارسة وغيرها.

فالأصل الشرعي في عقود المشاركات أن خسارة النقص في رأس المال يتحملها رب المال وحده على أساس أن خسارة العامل تقع في عمله بدون أجر، فرب المال يقدم المال وفي حال الخسارة يخسر المال، والعامل يقدم العمل، وفي حال الخسارة يخسر قيمة هذا العمل.

ويخرج عن هذا الأصل أسباب توجب تحمل العامل قيمة الخسائر والتلف، وهي الأسباب التي ترجع إلى تعدي العامل أو تفريطه، كالمجازفة

(١) انظر أدلة ذلك ونصوص الفقهاء فيه في الباب الأول ص ٢٦٤.

بأموال المستثمرين في الأسواق المالية، والبيع بأقل من سعر المثل أو الشراء بأكثر من ثمن المثل.

وقد أجاز الفقهاء أن يطلب رب المال من العامل رهناً يضمن به تعدي أو تقصير المضارب، كما أجازوا له أن يطلب كفيلاً يضمن له ما يضيع من ماله أو يتلف بتعدٍ أو تقصير^(١).

فهذا هو الأساس الشرعي لقضية الضمان بصفة عامة، فهل ينطبق هذا الحكم على عمل المصرف في الخدمات الاستثمارية؟

للإجابة على هذا التساؤل: نستذكر ما سبق أن بيناه في شهادات الوحدة الاستثمارية، من أن علاقة المصرف بالمستثمرين إما أن تكون علاقة مضاربة، أو شركة على غرار المساقاة والمزارعة، أو وكالة بأجر.

والحالة الأخيرة: لا تشكل أهمية تذكر لأن دور المصرف فيها يقتصر على مجرد تنفيذ الأوامر الصادرة من العملاء، فليس فيها استثمار بالمعنى الحقيقي.

أما الحاليتين الأخريين فإن يد المصرف فيهما على الأموال يد أمانة لأنه إما مضارب أو عامل في الشركة، وفي كلا الحاليتين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط بإجماع فقهاء الأمة.

ويتفق التنظيم المصرفي لصناديق الاستثمار بالمملكة العربية السعودية في هذه القضية مع الأساس الشرعي، فقد نصت المادة الثالثة من قواعد تنظيم صناديق الاستثمار الموافق عليها بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٢٠٥٢/٣ على ما يلي:

ثالثاً: ٤ - مكونات العقد: تتضمن العقود المبرمة بين المدير والمستثمرين (كحد أدنى) الشروط والأوضاع التالية:

(١) الكفاية ٣١٣/٦، البحر الرائق ٢٥٦/٦، مواهب الجليل ٣٦٠/٥، بلغة السالك ٢/٢٤٧، المغني ٧٦/٧، الفروع ٤/٢٤٠.

٥ - النص صراحة على أن البنك لا يضمن المبلغ المستثمر في الصندوق أو أي عائد عليه»^(١).

وقد صدر بهذا الشأن قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة، ونص المقصود منه: «لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع، أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان، واستحق المضارب ربح مضاربة المثل»^(٢)،

وعلى ذلك فيحرم الاشتراك في صناديق الاستثمار المضمونة، سواء كان الضمان لجميع رأس المال أو بعضه، كالضمان الذي تتعهد به بعض الصناديق المحلية حيث تضمن ٩٥٪ أو ٩٦٪ من القيمة الاسمية للوحدة^(٣).

فلو اشترك الإنسان في صندوق استثماري مضمون، فهل يفسد العقد، أم يفسد الشرط وحده ويصح العقد؟.

ينبغي على اختلاف الفقهاء في فساد عقد المضاربة باشتراط الضمان فيه، وهذا ما سنبينه في المسألة التالية:

أثر اشتراط الضمان على عقد المضاربة:

للفقهاء في أثر شرط الضمان على عقد المضاربة قولان:

(١) الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية ص ٧٨، ولا أدري كيف سمح لبعض البنوك المحلية باستحداث صناديق استثمار مضمونة، وفي هذا مخالفة صريحة للنظام!!.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤/٣/٢١٦٣، وانظر: قرارات ندوة البركة الخامسة الفتوى رقم ٢، فتاوى بنك دبي الإسلامي فتوى رقم ٥٠١/٦، الفتاوى الاقتصادية ص ١٢٤.

(٣) مثل: صناديق الاستثمار المضمونة بالبنك العربي الوطني.

القول الأول: يصح عقد المضاربة ويفسد الشرط.
وهذا مذهب الحنفية^(١)، والحنابلة في الرواية المشهورة^(٢).
استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

ما ثبت في الصحيحين في قصة بريدة رضي الله عنها حين شرط أهلها لبيعها على عائشة أن يكون الولاء لهم، فقال النبي ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق» ثم خطب عليه الصلاة والسلام فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط»^(٣).

ووجه الدلالة منه: أن النبي ﷺ أبطل الشرط الفاسد وأمضى العقد، حيث قال: «خذيها واشترطي لهم الولاء»، فهذا الحديث أصل في إبطال الشروط الفاسدة وصحة العقد^(٤).

نوقش هذا الاستدلال:

بأن اللام في قوله ﷺ: «واشترطي لهم الولاء» بمعنى: على، أي اشترطي عليهم الولاء^(٥).

أجيب من وجهين:

الأول: أن الولاء ثابت للمعتق فلا حاجة إلى اشتراطه.

(١) بدائع الصنائع ٢٤/٨، البحر الرائق ٢٦٤/٧، حاشية الشلبي ٥٤/٥، تحفة الفقهاء ٣/٢١.

(٢) المغني ١٧٩/٧، شرح الزركشي ١٣٧/٤، كشف القناع ١٧٣٣/٥، شرح المنتهى ٢/٣٣٧.

(٣) أخرجه البخاري (كتاب البيوع باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل برقم ٢١٦٨) ومسلم (كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣٩/٢٩، زاد المعاد ١٦٥/٥، الشرح الكبير على المقنع ٢٣٥/١١.

(٥) فتح الباري ١٩١/٥، الشرح الكبير على المقنع ٢٣٥/١١.

الثاني: أنهم أبوا البيع إلا أن يشترط لهم الولاء، فكيف يأمرها بما علم أنهم لا يقبلونه منها.

وأما أمرها بذلك فليس هو أمراً على الحقيقة، وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية، فكأنه قال لها: اشترطي لهم أولاً تشترطي، فإنما الولاء لمن أعتق^(١).

الدليل الثاني:

أن العقد قد تم بأركانه، وهذا الشرط زائد عن أصل العقد، ولا يؤدي إلى قطع الشركة في الربح التي هي مقصود العقد.

وهذا الدليل مبني على أصل معتبر عند هؤلاء وهو أن الشرط الفاسد إن كان يؤدي إلى جهالة الربح فإنه يفسد العقد، لأن الجهالة تمنع التسليم، فتفضي إلى التنازع، وما عدا ذلك فلا يفسد العقد^(٢).

القول الثاني: يفسد العقد والشرط.

وهذا مذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أن في شرط الضمان على العامل زيادة غرر في القراض نفسه^(٦).

(١) الشرح الكبير على المقنع ١١/٢٣٥، المجموع شرح المهذب ٩/٣٧٢.

(٢) بدائع الصنائع ٨/٢٥، المبدع ٤/٥٧.

(٣) المدونة ٣/٦٤٧، المقدمات الممهدة ٣/١٢، شرح مياره ٢/١٣٠، حاشية الدسوقي ٣/٥٢٠.

(٤) المهذب ١٤/٣٨٣، أسنى المطالب ٢/٤٤٤، الحاوي الكبير ٩/١١٣، حاشية البجيرمي ٣/١٩٥.

(٥) المغني ٧/١٧٩، الإنصاف ١٤/٤٥.

(٦) بداية المجتهد ٢/٢٨٧.

وبيان ذلك :

أن نصيب المضارب من الربح مع شرط الضمان عليه يكون عادة أكبر من نصيبه مع عدم الضمان، فكان الضمان مقابلاً بجزء من الربح، فإذا كان الضمان فاسداً ولا يعلم نصيبه من الربح، فإن ذلك يؤدي إلى جهالة نصيب كل منهما من الربح فيفسد العقد، لأن من شرط العقد أن يكون نصيب كل منهما معلوماً.

الدليل الثاني:

أن رب المال إنما رضي بزيادة نسبة العامل في مقابلة الضمان فإذا فسد الشرط صارت الزيادة بغير رضاه^(١).

نوقش هذان الدليلان:

بأن رب المال إذا شرط الضمان على العامل لا يخلو إما أن يكون عالماً بفساده أو جاهلاً.

فإن كان عالماً فلا يحق له لكونه دخل العقد عالماً بفساد هذا الشرط فيمضي عليه العقد بالزيادة التي مقابل الضمان تغييراً له، كما أمضاه النبي ﷺ على أهل بريدة.

وإن كان جاهلاً، فإذا علم بالتحريم فله الفسخ لأنه إنما رضي العقد بشرط الضمان فإذا لم يحصل له فقد فات شرط من شروط العقد وهو الرضى فكان له حق الفسخ^(٢).

الدليل الثالث:

أن في هذا الشرط نقلاً للضمان عن محله بإجماع، فاقتضى ذلك فساد العقد والشرط^(٣).

(١) حاشية الدسوقي ٣/٥٢٠، الشرح الكبير على المقنع ١١/٢٣٣.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣٣٩.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٧/٧٢.

ويناقش: بعدم المنازعة بأن هذا الشرط نقل للضمان عن محله، أما كونه يقتضي فساد العقد فهذا هو محل النزاع، فالاستدلال به استدلال في محل النزاع وهو مسلك غير مقبول.

الترجيح:

الذي يتبين رجحانه أن اشتراط الضمان في عقد المضاربة يفسد الشرط ولا يفسد به العقد، لقوة أدلة القول الأول وسلامتها من المناقشة. ولعل في هذا القول مخرجاً لمن يحتاج إلى التعامل مع بعض صناديق الاستثمار الإسلامية المضمونة كتلك التي تجيز هيئاتها الشرعية إصدار سندات مقارضة مضمونة من طرف ثالث على النحو الذي أشرنا إليه في الباب الأول.

فإذا احتاج الإنسان لإيداع أمواله في تلك الصناديق وهو ممن لا يرى جواز الضمان بهذه الصورة فله الإيداع فيها بنية ألا يطالبهم أو أن يقبل منهم التعويض عند حدوث خسارة أو تلف، ولا ضير عليه في الدخول في العقد، قال شيخ الإسلام ابن تيمية مبيناً فقه حديث عائشة المتقدم: «إن هؤلاء القوم كانوا قد علموا أن هذا الشرط منهي عنه، فأقدموا على ذلك بعد نهى النبي ﷺ، فكان وجود اشتراطهم كعدمه، وبين لعائشة أن اشتراطك لهم الولاء لا يضر، فليس هو أمراً بالشرط، ولكن إذناً للمشتري في اشتراطه إذا أبى البائع أن يبيع إلا به، وإخباراً للمشتري أن هذا لا يضره، ويجوز للإنسان أن يدخل في مثل ذلك»^(١).

(١) مجموع الفتاوى ٣٣٩/٢٩.

المبحث الثاني

الحلول المطروحة في مسألة الضمان

وموقف الشريعة الإسلامية منها

وهذه الحلول على ضربين:

الضرب الأول: تخريجات فقهية لدور المصرف الواسطي يقصد منها تضمينه.

ويندرج تحتها: ١ - تضمين المصرف باعتباره مضارباً مشتركاً.

٢ - تضمين المصرف باعتباره متبرعاً.

الضرب الثاني: إجراءات يقصد منها تحميل الضمان لجهات أخرى.

ويندرج تحتها: ١ - التزام طرف ثالث بالضمان.

٢ - تشكيل جمعية تعاونية بين المستثمرين.

المطلب الأول

تضمين المصرف باعتباره مضاربًا مشتركًا

وفيه فرعان:

الفرع الأول: عرض الفكرة:

المسألة الأولى: منشأ الفكرة:

إن أول من أثار فكرة المضاربة المشتركة - فيما أعلم - هو الدكتور/ سامي حسن حمود^(١)، وكان الهدف الأساسي منها هو تضمين المصرف باعتباره مضاربًا مشتركًا قياسًا على تضمين الأجير المشترك^(٢).

وسوف نستعرض فيما يلي وجهة نظره تلك، وأدلته، ومن ثم مناقشته فيما انتهى إليه:

فبعد أن استعرض - حفظه الله - أوجه القصور في المضاربة الخاصة^(٣)

(١) في كتابه: «تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية» ص ٤٢٨، وقد أخذ بهذه الفكرة ندوة البركة السادسة، الفتاوى الاقتصادية ص ١٠٦، كما أن صاحب الفكرة أعاد طرحها في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته التاسعة.

(٢) الأجير المشترك: هو الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب أو بناء حائط، وحمل شيء إلى مكان معين، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها، كالطبيب، وسمي مشتركًا لأنه يتقبل أعمالًا لاثنين أو أكثر في وقت واحد، ويعمل لهم فيشتركون في منفعته.

الشرح الكبير على المقنع ١٤/٤٢٧، روضة الطالبين ٥/٢٣٨.

(٣) يقصد بالمضاربة الخاصة في هذا المطلب: المضاربة بالمعنى الفقهي المعروف تمييزًا لها عن المضاربة المشتركة.

(وقد سبق مناقشة تلك الأوجه في الباب الأول) خلص إلى القول: «بأن من الإنصاف أن تبقى - أي المضاربة الخاصة - حاکمة في ميدانها الذي صيغت له، لكي نبحت عن الشكل التعاقدى الجديد، الذي يمكن له أن يتلاءم مع المتطلبات الحديثة دون أن يخرج عن مقصود الشريعة الغراء» وهذا الشكل الجديد هو ما عناه بقوله: «إن المسألة تحتاج في العصر الحاضر إلى إيجاد شكل آخر من المضاربة حيث يكون المضارب مشتركاً يأخذ الأموال من الكافة.. كالأجير المشترك، ويعمل فيها بشروط تخضع للتنظيم الذي يصنعه هذا المضارب»^(١).

وعن أطراف العلاقة الجديدة، فإن المضاربة المشتركة تضم ثلاثة فرقاء:

الفريق الأول: جماعة المستثمرين، وهم الذين يقدمون المال بصورة انفرادية لاستثماره.

الفريق الثاني: جماعة المضاربين، وهم الذين يأخذون المال بصورة انفرادية للعمل به.

الفريق الثالث: الجهة التي تكون مهمتها التوسط بين الفريقين.

وإن: «تعامل هذا الوسيط مع أطراف الفريق الأول المتعددين وغير المعينين بشكل محصور يبعده عن أن يكون مضارباً خاصاً، ويقربه أكثر من إمكان وصفه بالمضارب المشترك، ذلك أن هذا المضارب لا يلتزم بالعمل كمضارب لشخص معين أو أشخاص معينين.. أما بالنسبة للمضاربين فإن المضارب المشترك يبدو أمامهم كمالك للمال، حيث إنه يعطيهم هذا المال بالشروط المنفردة التي يتفق بها مع كل من يتعامل معه على حده»^(٢).

= والفقهاء يقصدون بالمضاربة الخاصة: المضاربة المقيدة في مقابل المضاربة العامة أي المطلقة.

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص ٤٢٧.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٣٤.

المسألة الثانية: الأثر المترتب على المضاربة المشتركة من حيث الضمان:

يترتب على فكرة المضاربة المشتركة أن المصرف (المضارب المشترك) يكون ضامناً للأموال المودعة للاستثمار.

يقول حفظه الله: «إن المدخل الذي نراه سليماً من هذه الناحية - يعين مسألة الضمان - إنما يتمثل في النظر للمضارب المشترك على غرار ما نظر به بعض أهل الفقه للأجير المشترك» وبعد أن ذكر آراء الفقهاء في تضمين الأجير المشترك^(١)، خلص إلى القول: «إذا كان انفراد الأجير المشترك بالعمل في الشيء الذي استؤجر عليه، وترجيح جانب الهلاك نتيجة تفريطه المفترض، هما من العوامل التي دعت المالكية لاعتباره ضامناً، فإن المضارب المشترك لا يقل شبيهاً - في وضعه بالنسبة للمستثمرين - عن الأجير المشترك حيث ينفرد المضارب المشترك بإدارة المال وإعطائه مضاربة كيف شاء ولمن يشاء، فلو لم يكن ضامناً لأدى به الحال - جرياً وراء الكسب السريع - إلى الإقدام على إعطاء المال للمضاربين المقامرين دون تحفظ أو مراجعة للموازنين.»^(٢)

المسألة الثالثة: الأدلة:

تتمثل أدلة تضمين المصرف - بناءً على هذه الفكرة - فيما يلي:^(٣)

١ - قياس المضارب المشترك على الأجير المشترك، وقد سبق بيان وجه هذا القياس.

(١) ذهب الصحاحبان من الحنفية والحنابلة في رواية إلى تضمين الأجير المشترك ما تلف بفعله مطلقاً، وهذا هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما، ومثل ذلك إذا كان التلف بغير فعله وكان من الممكن دفعه كالسرقة العادية، وإلى هذا ذهب بعض متأخري المالكية. وذهب أبو حنيفة وزفر والشافعية في قول إلى عدم تضمين الأجير المشترك. انظر: الشرح الكبير على المقنع ٤٧٢/١٤، مجمع الضمانات ص ٢٧.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٤٤.

(٣) خالفت المنهج المعتاد في سياق الأدلة، ومناقشة كل دليل عقبه مباشرة حتى يسهل تصور الفكرة، لارتباط الأدلة بعضها ببعض.

٢ - نقل الباحث قول ابن رشد^(١) - في المضارب يدفع المال مضاربة لآخر - قال: «ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران، وإن كان ربح فذلك شرطه، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه، فيوفيه حظه مما بقي من المال»^(٢).

وعلق على ذلك بقوله: «إن ابن رشد يذكر الاتفاق على أنه ضامن، ورغم أنه لم يقع في أيدينا ما يؤكد ما ذكره، فإن الأمر يحتمل أن يكون مستنداً فيما نقله إلى مؤلفات لم تصل إلينا»^(٣).

٣ - كما استند الباحث إلى نصين لبعض فقهاء الحنفية في بيان وجه استحقاق المضارب الأول للربح إذا دفع المال إلى مضاربٍ ثانٍ مع أنه لم يكن منه مالٌ ولا عمل.

فقد قال الكاساني - في معرض استدلاله على استحقاق الربح بالضمان -: «والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاقه الفضل إلا بالضمان».

وهذا التعليل ذكره الكاساني في الشركات لكنه - عندما عرض لمسألة ربح المضارب الأول - لم يذكر هذا التعليل بل قال: إن الربح يطيب له: «لأن عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه، كما لو استأجر إنساناً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر له الأجير من خاطه بنصف درهم، طاب له الفضل، لأن عمل أجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه...».

فكان الأولى - كما يقول الباحث - أن يسير على ما علل به الأمر

(١) بداية المجتهد ٢/٢٩١.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٤٦.

(٣) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٤٦.

في حالة الصانع، لأن المثالين (الصانع والخياط) متطابقان^(١).
 وأما النص الثاني فقد قال صاحب تبين الحقائق في ذات المسألة:
 «إن مثل هذا الأمر - أي إعطاء المضارب به لمضارب آخر - يعتبر: «...»
 تجارة حسنة حيث يستحق الأول سدس الربح وهو قاعد».
 وإن القاعد - كما يقول الباحث - لا يستحق الربح إلا إذا كان منه
 مال أو عمل أو ضمان، وبما أنه ليس في الحالة المعروضة مال ولا
 عمل، فلا يتبقى إلا القول بالضمان كسبب لاستحقاق الربح^(٢).

الفرع الثاني: مناقشة الفكرة:

لا يجد المتأمل في فكرة المضاربة المشتركة فارقاً حقيقياً عن
 المضاربة المعتادة، أو كما يسميها صاحب الفكرة المضاربة الخاصة.
 فهذا البديل المقترح لا يعدو أن يكون توسعاً في تطبيق قواعد
 المضاربة التي عرفها الفقهاء.
 فالمضاربة - كما بينها الفقهاء - قد تكون ثنائية بين طرفين، وقد
 تكون جماعية يشترك جماعة في دفع أموالهم إلى مضارب واحد.
 ولهذا تحدث الفقهاء عن خلط الأموال في المضاربة، وما ينبغي على
 المضارب أن يعمل إذا ضارب لمجموعة من أرباب الأموال.
 ومن الواضح أن هذه الصورة هي المضاربة المشتركة، وتحتوي على
 جميع السمات التي تتم بها المضاربة في الاستثمارات المصرفية المعاصرة.
 فإذا كان الأمر كذلك، فلنا أن نتساءل: لماذا ينظر إلى المضاربة
 المشتركة على أنها نظام مستقل لا يلتقي مع المضاربة المعتادة بوجه من
 الوجوه؟.

(١) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٤٧.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٤١.

إن كان المقصود من هذه التسمية هو الإشارة إلى معنى الاستثمار الجماعي مع بقاء أحكام المضاربة المعتادة، فلا مشاحة في الاصطلاح.

لكن الحقيقة بخلاف ذلك فإن ما يرمي إليه أصحاب هذا الحل هو أن تنسحب أحكام الأجير المشترك والتي من أهمها ضمان يده على المضارب المشترك.

وإذا كان أصحاب هذا الحل قد اعتبروه مخرجاً من العقبات التي تواجه تطبيق المضاربة الخاصة في الاستثمارات المالية المعاصرة، سواء قضية الضمان، أو الخلط المتلاحق للأموال، أو تقييد المضارب بالشروط، أو قسمة الربح مع بقاء المضاربة.. الخ تلك العقبات، فلم يبينوا لنا المستند الشرعي لجواز هذه الأمور في المضاربة المشتركة وتحريمها في المضاربة الخاصة.

فهل يكفي مجرد تغيير الاسم من المضاربة إلى المضاربة المشتركة لأن تتغير معه أحكام العقد وضوابطه؟.

إن نبل الغاية التي قصدها القائلون بهذا الحل والمتمثلة في أن: «المتعامل مع المصرف الربوي لا يجد نفسه أحسن حالاً من الوضع الذي يمكن أن يتحقق له في تعامله مع المصرف الذي يسير في استثمار الأموال على نظام المضاربة المشتركة».

أقول: إن ذلك لا يبرر اللجوء إلى تخطي القواعد المحكمة في هذا الباب لمجرد تغيير الأسماء، بل لا بد من أدلة شرعية يستند إليها في ذلك.

وما ذكره هؤلاء من أدلة وبراهين لا ينسجم مع الأصول والقواعد الشرعية، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: مناقشة قياس المضارب المشترك على الأجير المشترك:

بصرف النظر عن صحة القول بتضمين الأجير المشترك، فإن هذا القياس غير صحيح لأمر:

١ - أن أركان القياس - كما يقول الأصوليون - أربعة:

أ - الأصل: وهو محل الحكم المشبه به.

ب - الفرع: وهو محل المشبه.

ج - العلة: وهي الوصف المشترك بين الأصل والفرع.

د - الحكم: وهو الذي اتجه القياس إلى تعديده من الأصل إلى الفرع^(١).

ومن شروط القياس أن تكون العلة متساوية في تحققها بين الفرع والأصل.

وبالنظر في القياس المذكور، فإن العلة التي من أجلها ضمن الأجير المشترك غير متساوية في تحققها بين الأصل (الأجير المشترك) والفرع (البنك أو المضارب المشترك).

ذلك أن العلة التي أوجبت الاستناد إلى المصلحة في تضمين الأجير المشترك هي - كما يقول صاحب الاعتصام: «أنهم - أي الصناع - يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ»^(٢).

وهذه العلة غير موجودة في عمل البنوك، لأن الإهمال وترك الحفظ في عمل البنك أمر عارض.

٢ - أن المال في المضاربة عرضة للربح والخسارة بطبيعته، سواء

(١) انظر: شرح الكوكب المنير ٤/١٤، الأحكام للآمدي ٣/١٧١.

(٢) الاعتصام ٢/٦١٦.

أكانت مضاربة خاصة أم مشتركة، فالخسارة في معظم الأحيان تكون لأمر خارج عن قدرة المضارب، حتى مع حذقه وحرصه واجتهاده، لذلك لا يجب عليه الضمان إلا إذا فرط فيه أو تعدى.

أما المال الذي وضع عند الأجير المشترك لصنعه فليس عرضة للضياع بطبيعته، وإنما ضياعه دليل التفريط أو التعدي عليه، بعكس مال المضاربة، فافتقرت الجهة، وبالتالي بطل قياس أحدهما على الآخر^(١).

٣ - أن الباحث اعتبر انفراد الأجير المشترك بما استؤجر عليه سبباً موجباً لتضمينه، والمضارب المشترك لا يقل شبهاً بالنسبة لأصحاب الودائع من الأجير المشترك، لأنه ينفرد بإدارة المال والتصرف فيه.

وهذا القول غير مسلم، فإن ما ذكر ليس هو سبب الضمان، وإنما السبب في تضمين الصنّاع هو أنهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال ولذا كان الغالب عليهم التفريط.

والدليل على ذلك: أن انفراد المضارب بإدارة المال والتصرف فيه سواء كان مضارباً مشتركاً أم خاصاً، من مسلمات عقد المضاربة، بل إن بعض العلماء اشترط لصحة المضاربة انفراد المضارب بالعمل، بحيث لو شرط رب المال مشاركته فيه لم تصح، ولم يقل أي منهم إن ذلك موجباً لتضمين المضارب.

٤ - ولو صح هذا القياس للزم القول به في جميع العقود، فالوديعة قد تكون خاصة ومشاركة والوكالة كذلك، وغيرها، ولم يقل أحد من أهل العلم - فيما أعلم -: «إن الوديع أو الوكيل المشترك يضمن وإن لم يتعد أو يفرط».

٥ - وحتى على قول من يضمن الأجير المشترك ما تلف بفعله فقط،

(١) انظر: الودائع النقدية المصرفية واستثمارها في الإسلام ص ٣٢٢.

فإن هذا القياس لا يصح لأن المال في الإجارة لم يسلم للتصرف فيه، بل لعمل محدد هو ما استؤجر عليه، فالأجير يظل مقيدًا بأمر المستأجر ومؤتمراً به، ولذا فإن الضمان يلائم طبيعتها تلك.

أما المضاربة فإن المال فيها مسلم للعمل والتصرف فيه في كل ما من شأنه تحقيق الربح، فتضمن العامل، والحالة تلك لا يلائم طبيعة العمل المسند إليه.

٦ - أن القول بتضمن المضارب المشترك فيه مجافاة للعدل، وإضرار بالمضارب، بخلاف تضمن الأجير المشترك فإن له وجهًا من الصحة.

وبيان ذلك: أن الأجير المشترك له أجر محقق معلوم على عمله، أما المضارب فإن عمله نظير ربح قد يتحقق وقد لا يتحقق، فإلزامه بالضمان فضلًا عن احتمال خسارة جهده وربحه فيه غبن فاحش له.

٧ - أن مبنى الشركة على العدالة والمساواة بين الطرفين، إذا ربح المال ربحًا جميعًا وإذا خسر خسرًا جميعًا، وإلزام المضارب بضمان المال يخل بهذا المبدأ لأنه في حال الخسارة سيغرم المضارب ضعف ما يستحقه، فهو سيغرم جهده، ومقدار التعويض لرب المال، بينما رب المال سالم على كل الأحوال، وهو ما ينافي مقتضى العقد ومقصوده.

ثانيًا: مناقشة استشهاده بكلام ابن رشد:

وأما استشهاده الباحث بما نقله عن ابن رشد فهو أمر يدعو إلى العجب، فإن ابن رشد في سياق عبارته تلك يتناول حالة من حالات التعدي، وهي قيام المضارب بدفع المال مضاربة لآخر بدون إذن رب المال، فالقول بضمانه حينئذٍ لا خلاف فيه بين الفقهاء.

والأدلة على ذلك:

١ - أن ابن رشد قد أورد هذه المسألة في أحكام الطوارئ المتعلقة بالمضاربة، والمقصود بالطوارئ عند الفقهاء: الأمور التي ترد على العقد

على خلاف المألوف من مجريات الأمور، ومعلوم أن دفع المال مضاربة
لآخر بإذن رب المال ليس فيه خروج عن المألوف.

٢ - أن سياق الكلام هو في تصرف العامل بالمال بغير إذن رب
المال فيما يجب فيه الإذن.

ودونك نص كلامه:

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل
يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال، فقال هؤلاء كلهم ما عدا
مالگًا: هو تعد ويضمن، وقال مالك: ليس بتعد، ولم يختلف هؤلاء
المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى
مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران، وإن كان ربح فذلك على
شرطه..»^(١).

ويلاحظ في هذا النص أن ابن رشد تناول مسألتين:

الأولى: خلط العامل مال المضاربة بماله، بدون إذن رب المال.

الثانية: دفع العامل مال المضاربة لآخر بدون إذن رب المال.

وقد بين ابن رشد اختلاف هؤلاء العلماء في المسألة الأولى: هل
توجب الضمان أو لا؟.

ثم لما عطف عليها المسألة الثانية لم يعد القيد (من غير إذن رب
المال) اكتفاءً بذكره في المسألة الأولى^(٢).

٣ - ومما يؤكد ذلك: أن الذي لم يختلف علماء الأمصار في
تضمينه هو من يدفع مال المضاربة لمضارب آخر من غير إذن رب المال،
أما من يفعل ذلك بإذنه فلم يختلف الفقهاء الذين أجازوا ذلك في عدم

(١) بداية المجتهد ٢/٢٩٢.

(٢) انظر: الودائع النقدية المصرفية واستثمارها في الإسلام ص ٣٢١.

ضمانه، فكيف يصح بعد ذلك حكاية الإجماع على خلافه؟! .

يوضح ذلك نصوص الفقهاء التي تقيد الضمان بعدم الإذن:

ففي مجمع الضمانات: «وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة، ولم يأذن له رب المال في ذلك لم يضمن بالدفع، ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال..»^(١).

وفي الموطأ: «قال مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في رجل أخذ من رجل مالا قراضاً، ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضاً بغير إذن صاحبه أنه ضامن للمال»^(٢).

والشافعية ذهبوا في المعتمد عندهم إلى عدم جواز المضاربة إذا دفع المضارب مال المضاربة لآخر مضاربة ليشركه في الربح، ولو أذن له رب المال، ولكنهم مع ذلك صرحوا بأن للإذن فائدة، وهي عدم الضمان.

قال في المنهاج: «ولو قارض العامل آخر بإذن المالك ليشركه في العمل والربح لم يجز في الأصح، وبغير إذنه فاسد، فإن تصرف الثاني - (أي الذي أخذه بغير إذن المالك) - فتصرف غاصب»^(٣)، أي فيضمن كما قاله في الشرح.

٤ - أن قول الباحث: إن ما ذكره ابن رشد يحتمل أن يكون مستنداً إلى مؤلفات لم تصل إلينا.. الخ، هو قول غريب عجيب، إذ كيف يتصور أن تكون مسألة يطبق عليها علماء الأمة كافة، ثم تخلو منها كتب الفقه المتداولة؟! .

(١) مجمع الضمانات ص ٣٠٤، وانظر: البحر الرائق ٢٦٤/٧، المغني ١٥٦/٧، الفروع ٣٨٣/٤.

(٢) الموطأ (١٠٥/٧ - مع المنتقى)، وانظر: القوانين الفقهية ص ٢١٠، الشرح الكبير ٣/٥٢٦.

(٣) المنهاج ٤٠٦/٣ - مع شرحه مغني المحتاج، وانظر: أسنى المطالب ٣٨٦/٢.

فهل من المعقول أن تؤخذ الأحكام الشرعية من احتمالات وأوهام مبنية على كتب ضائعة ومراجع مفقودة؟.

إن المسألة التي أثبتها ابن رشد هي مسألة واضحة كعين الشمس لم يخل منها أي كتاب من كتب الفقه التي تطرقت للمضاربة، فهي تتحدث عن حالة من حالات التعدي التي يقوم بها المضارب، والتي توجب ضمانه بغير خلاف^(١).

ثالثاً: مناقشة استشهاده بنصوص أئمة الحنفية:

يناقش استشهاد الباحث بنصوص فقهاء الحنفية من أوجه متعددة:

الأول: أنه ليس من الإنصاف أن نترك الألفاظ الصريحة التي تعبر عن مقصود أصحابها، ثم نتمسك بألفاظ موهمة، ونحملها ما لا تحتمل، ونفسرها بما يوافق رغبتنا.

فهؤلاء الأئمة جاءت النصوص صريحة عنهم في عدم ضمان العامل مطلقاً إلا بالتعدي أو التفريط، وأن شرط الضمان فاسد باتفاق الفقهاء، لم يخالف في ذلك أحد لا فقهاء الأحناف ولا غيرهم، وقد سبق نقل الإجماع في ذلك، فكيف نتمسك بعد ذلك بألفاظ عامة لا تدل من قريب ولا من بعيد على المقصود.

فالأولى: أن يفسر المشتبه من كلام الإمام بالواضح منه.

(١) ونظير عبارة ابن رشد هذه التي سببت هذا الإيهام، قول ابن جزي في القوانين الفقهية ص ٢١٠: «الفرع الرابع: ليس للعامل أن يبيع بدين إلا أن يؤذن له خلافاً لأبي حنيفة، وليس له أن يأتمن على المال أحداً، ولا يودعه ولا يشاركه فيه ولا يدفعه قراضاً، فإن فعل شيئاً من ذلك فهو ضامن.

الفرع الخامس: إذا خلط العامل ماله بمال القراض من غير إذن رب المال فهو غير متعد خلافاً لهما...»

فواضح أن السياق هو في عمل هذه التصرفات من غير إذن، فلم تكن المسألة التي تحدث عنها ابن رشد مفقودة ولا معدومة.

وإيضاحاً لذلك نورد نص كلام الكاساني في عدم ضمان العامل إذا دفع المال مضاربة إلى آخر:

فقد ذكر رحمته حالين لمضاربة المضارب:

بيّن الأولى بقوله: «وإن لم يقل له ذلك - (أي لم يقل له: اعمل برأيك) - فنقول: لا يخلو من وجوه:

١ - إما إن كانت المضاربتان صحيحتين.. فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني، حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك أمانه.

٢ - وإن كانت فاسدتين فلا ضمان على واحدٍ منهما - (أي العامل الأول والثاني).

٣ - وإن كانت إحداهما صحيحة والأخرى فاسدة، فكذلك لا ضمان على واحد منهما».

وبيّن الثانية بقوله: «فأما إذا قال له: اعمل برأيك، فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره، لأنه فوض الرأي إليه»^(١).

ويتبين من هذا أنه حصر ضمان المضارب في المضاربة المركبة في حال واحدة وهي أن يكون ذلك دون إذن رب المال، وقيد الضمان في هذه الحال بقيدين:

الأول: أن تكون كل من المضاربتين صحيحة.

والثانية: أن يعمل الثاني في المال.

الثاني: اعترض الباحث على عدول الكاساني عن تعليل استحقاق الربح بالضمان في مثال الخياط، كما علل بذلك في مثال الصانع، مع أن صورة المثالين - كما يقول الباحث - واحدة.

(١) بدائع الصنائع ٤٦/٨ - ٤٨.

والحق أن الكاساني ترك التعليل بالضمان في مثال الخياط عمداً بدليل أنه إنما أورد مثال الصانع في سياق الاستدلال على استحقاق الربح بالضمان في حال ما إذا كان الربح مشروطاً كله للعامل.

قال رَحِمَهُ اللهُ: «والأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان... وأما بالضمان فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان... والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر... الخ»^(١).

فواضح من هذا السياق أن العامل لا يضمن إلا إذا كان الربح كله له، وهنا يصبح العقد عقداً آخر، بينه الكاساني في موضع آخر بقوله: «ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا»^(٢).

فالكاساني يفرق بين ما إذا كان الربح كله للعامل بالضمان عليه، لأن العقد حقيقة قرض، وهذا لا خلاف فيه، أما إذا كان مشتركاً بينه وبين رب المال فلا ضمان عليه، وبهذا يتضح سبب عدم ذكره للضمان في مسألة الخياط.

فكان الأولى بالباحث أن ينقل النص من أوله حتى يفهم المراد منه.

الثالث: أن الكاساني فرق بين المثالين، فوصف الأجير في المثال الأول بأنه صانع، ولا يوصف إلا من نصب نفسه للصنع، بينما في المثال الثاني لم يصفه بكونه خياطاً بل قال: «كما لو استأجر إنساناً» وهو أشمل من كونه نصب نفسه للخياطة، ومن شرط تضمين الأجير المشترك - عند القائلين به - أن ينصب نفسه لعموم الناس، أما إن كان يعمل لشخص أو جماعة مخصوصة فلا ضمان عليه^(٣)، فالكاساني لم يعلل بالضمان في المثال التالي لأنه لا ضمان على العامل أصلاً.

الرابع: أن استحقاق الربح بالضمان المجرد لا يصح على إطلاقه،

(١) بدائع الصنائع ٥١٧/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٢٦/٨.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٢٨/٤، مواهب الجليل ٤٣٠/٥.

وما ذكره الأئمة في ذلك ليس على عمومه، وقد سبق أن ناقشنا هذه المسألة وبيننا أن الضمان سبب تابع وليس سبباً مستقلاً للربح.

الخامس: أن ابن قدامة رحمته الله ذكر أن الضمان سبب لاستحقاق الربح، ثم استدل على ذلك بشركة التقبل^(١)، لكنه لما تعرض لمسألة ربح المضارب الأول إذا دفع المال مضاربة لآخر قال: «وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لأنه ليس من جهته مالٌ ولا عمل، والربح إنما يستحق بواحد منهما»^(٢). فلو كان ضامناً لا يستحق الربح، فهذا يدل على أن القضية محل وفاق بين الفقهاء، فالمضارب لا ضمان عليه في هذه الحالة.

السادس: وأما استشهاده بما قاله صاحب تبيين الحقائق من أن المضارب الأول يستحق الربح وهو قاعد، فإذا لم يكن منه مال ولا عمل، فلا سبب لاستحقاقه الربح إلا الضمان، فهو منقوص بكلام المؤلف نفسه، فإن المؤلف بين في أول كلامه أن سبب استحقاق الربح هو عمل الثاني، وأن عمل الثاني وقع له، أي للأول.

قال رحمته الله: «ويطيب ذلك - أي الربح - لكلهم، لأن رب المال يستحقه بالمال، لأنه نماء ملكه، والمضارب الأول والثاني، يستحقانه بالعمل، لأن عمل الثاني وقع عنهما»^(٣).

فكيف يصح التعلق بكلمة موهمة (وهو قاعد) مع التصريح بأن سبب الاستحقاق هو العمل؟.

السابع: أن فقهاء الحنفية يعللون سبب استحقاق المضارب الأول للربح بأن مباشرته العقد مع الثاني يعد عملاً محترماً يستوجب الربح^(٤). وبما سبق يتبين فساد تضمين المصرف باعتباره مضارباً مشتركاً لفساد الأدلة التي استند إليها القائلون بذلك.

(١) المغني ٧/١١٣.

(٢) المغني ٧/١٥٨.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٦٤.

(٤) المبسوط ٢٢/١٠٢.

المطلب الثاني تبرع المصرف بالضمان

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان هذا الحل:

الحل الثاني المقترح لمعالجة مشكلة الضمان في الاستثمارات المصرفية يتمثل في قيام البنك أو مدير الاستثمار بالضمان على اعتباره متبرعاً بذلك.

وهذا الحل في الواقع ذو شقين:

الأول: أن ننظر إلى البنك على أنه أجنبي، وأن العقد هو بين المستثمرين وجهات التوظيف.

وقد طرح هذا الحل: محمد الصدر في كتابه: «البنك اللاربوي في الإسلام»، حيث يقول: «يقوم البنك نفسه بضمان الوديعة والتعهد بقيمتها الكاملة للمودع في حالة خسارة المشروع، وليس في ذلك مانع شرعي، لأن ما لا يجوز هو أن يضمن العامل رأس المال، وهنا نفترض أن البنك هو الذي يضمن لأصحاب الودائع نقودهم، وهو لم يدخل العملية بوصفه عاملاً في عقد المضاربة لكي يحرم فرض الضمان عليه، بل بوصفه وسيطاً بين العامل ورب المال، فهو إذن جهة ثالثة، يمكنها أن تتبرع لصاحب المال بضمان ماله، ويقرر البنك هذا الضمان على نفسه، بطريقة تلزمه شرعاً»^(١).

(١) البنك اللاربوي في الإسلام ص ٣٢.

والثاني: أن يقوم البنك أو مدير الاستثمار تبرعاً منه بضمان الأموال المودعة من غير أن ينص على ذلك في لائحة الاستثمار. والمحرم شرعاً هو أن يكون الضمان مشروطاً في صلب العقد، أما إذا قام به العامل اختياراً فلا محذور في ذلك^(١). ويؤيد ذلك ما ذهب إليه بعض المالكية من جواز تطوع العامل بالضمان في المضاربة. قال في حاشية الدسوقي: «وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف»^(٢).

الفرع الثاني: الحكم الشرعي لهذا الحل:

فيما يظهر للباحث أن الحل المقترح - بشقيه - غير صحيح. أما الأول: فهو غير مقبول لما يلي:

- ١ - أن إطلاق صفة الوسيط على المصرف المضارب بدل المضارب لا يغير من حقيقة مهمته، وهو أنه عامل في رأس مال عائد لغيره - وهم المستثمرون - على نسبة من الربح متفق عليها بين الطرفين. وهذه هي حقيقة المضاربة^(٣).
- ٢ - أن البنك يأخذ نسبة من عوائد الأموال الموظفة لصالح المستثمرين، ولو كان أجنبياً، فما هو السبب الشرعي لاستحقاق تلك النسبة؟
- ٣ - أن هذا التخريج مبني على أن دور المصرف يقتصر على دفع المال إلى جهات التوظيف بطريق المضاربة، وهذا القول يكذبه الواقع العملي فإن المصارف الإسلامية لا توظف أموالها بصيغة المضاربة إلا في نطاق ضيق جداً.

(١) المصارف والأعمال المصرفية ص ١٤٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٥٢٠/٣.

(٣) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٤٨٩، تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٤١.

٤ - وعلى فرض صحة كونه أجنبياً فإن التزامه بضمان ما لا يُضمن أصلاً محل نظر ستأتي الإشارة إليه في المطلب التالي.

وأما الشق الثاني من الحل:

فهو غير مقبول أيضاً لأن شرط الضمان وإن لم ينص عليه في اتفاقية العاقد، فإن البنك ملزم به، لأن ذبوع العلم به وتعارف الناس عليه يجعله كالمشروط في العقد، والقاعدة الشرعية أن: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، لأن البنك إذا التزم بهذا التبرع أمام المستثمرين كان لهم مطالبته بذلك أمام الجهات القضائية، فهو ملزم به بقوة القانون.

وما ذكره بعض المالكية من جواز تطوع العامل بالضمان لا يصح الاستشهاد به في هذا الموضوع لأن مرادهم هو فيما إذا تطوع العامل بذلك بعد تمام العقد.

قال في حاشية العدوي: «وأما لو تطوع به العامل بعد العقد ففي صحة القراض وفساده قولان»^(١).

ولهذا قاسوا جواز ذلك على ما إذا تطوع الوديع والمكتري بضمان ما بيده إذا كان هذا التطوع بعد تمام العقد^(٢).

وجمهور المالكية على التحريم حتى ولو تطوع بالضمان بعد العقد لأنه يكون متهماً برغبته في استدراج رب المال وإبقاء رأس المال بيده^(٣).

والرأي الأول هو الصحيح لأن المحرم هو أن يكون الضمان مشروطاً إما نصاً أو عرفاً.

فإذا ما رغبت جهة الإصدار في تجنب أي خسارة يمكن أن تلحق المشارك نتيجة رغبته في الخروج من الصندوق ولا سيما في حال كون

(١) حاشية العدوي على الخرشي ٢٠٦/٦، وانظر: مواهب الجليل ٣٦٠/٥.

(٢) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٣٢٣/٦.

(٣) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٣٢٣/٦.

القيمة السوقية المعلنة للورقة المالية أقل من القيمة المكتتب بها، فيجوز حينئذٍ ضمان رأس المال المشارك، وشراء الأوراق المالية التي بحوزته بالقيمة المكتتب بها، وليس بالقيمة السوقية، إذا لم يكن ذلك مشروطًا مسبقًا في العقد^(١).

فالخلاصة أن تطوع المضارب بالضمان يصح إذا كان بعد إتمام العقد، ويكون محرّمًا إذا كان مشروطًا في العقد أو متعارفًا عليه، أو أعلن البنك أمام المستثمرين قبل العقد تبرعه بذلك^(٢).

(١) انظر: صناديق الاستثمار الإسلامية ص ٥٥.

(٢) أما إذا أعلن البنك مسبقًا تنازله عن الأجر التي يتقاضاها عادة، فيما لو خسر الصندوق فلا محذور في ذلك لأنه ليس من ضمان رأس المال، وقد أجازت الهيئة الشرعية لشركة الراجحي عددًا من لوائح صناديقها الاستثمارية والتي يُنص فيها على هذا التعهد.

انظر: ملحق النماذج، نموذج صندوق الراجحي للأسهم العالمية.

المطلب الثالث

التزام طرف ثالث بالضمان

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان هذا الحل:

من أكثر الحلول انتشارًا في المصارف الإسلامية لمعالجة قضية الضمان في الاستثمارات المصرفية، أن يتعهد طرف ثالث، والغالب أن يكون جهة حكومية، وقد يكون جهة خاصة، بضمان رأس المال أو جزء منه للمستثمرين.

والتزام الطرف الثالث على ضريين:

الأول: إما أن يكون متبرعًا بذلك.

وهذا هو الغالب فيما إذا كانت الجهة المتبرعة بالضمان هي الحكومة، فهي تهدف من ذلك تشجيع الناس على المشاركة في المشاريع الاستثمارية التي قد يحجم كثير منهم عنها لولا وجود هذا الضمان^(١).

والثاني: أن يكون هذا الالتزام بأجر.

وهو ما تقوم به بعض المصارف حيث تؤمن على أموال المستثمرين لدى شركات تأمين تجارية.

(١) ومثال ذلك: ضمان الحكومة هنا في المملكة نسبة من قيمة الاكتتاب في أسهم شركات الكهرباء لتشجيع الناس على المساهمة فيها، لكن قد يشكل على ذلك أن الحكومة تمتلك الغالبية العظمى من أسهم هذه الشركات فيكون من ضمان العامل لا من ضمان طرف أجنبي.

وعلى كلا الحالين إما أن يكون الضمان بنية الرجوع على العامل، أو أنه بغير نية الرجوع عليه، وهذا هو الغالب، وفيما يلي بيان حكم كل حالٍ على حدة:

الفرع الثاني: الحكم الشرعي لذلك:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الحكم الشرعي للالتزام طرف ثالث بالضمان من غير نية الرجوع على العامل:

وهذا الالتزام على نوعين:

النوع الأول: أن يكون الضامن متبرعاً:

اختلف العلماء المعاصرون فيما إذا التزم طرف ثالث غير طرفي العقد بضمان أموال المستثمرين تبرعاً منه، بلا مقابل، ومن غير نية الرجوع على العامل، على قولين:

القول الأول: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى تحريم ضمان رأس مال المستثمرين أو بعضه، سواء كان الضامن هو العامل (البنك) أو طرفاً ثالثاً غير طرفي العقد^(١).

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

اتفاق الفقهاء على أن الضامن إنما يصح ضمانه لما هو مضمون على الأصل، كالقرض وثمان المبيع وسائر الديون، أما ما لم يكن مضموناً على الأصل، فلا يصح ضمانه، مثل الوديعة ورأس مال المضاربة.

(١) وممن ذهب إلى هذا القول من المعاصرين: د. السالوس، د. العثماني، د. الضريز، وعمر الأشقر، د. محيي الدين أحمد، انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢٣٠، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي مج ٦ ص ٣.

وهذه بعض النصوص الفقهية التي تدل على ذلك:

قال في الهداية: «والكفالة بالأعيان المضمونة، وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رَحِمَهُ اللهُ، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون، ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة»^(١).

وفي البحر الرائق: «و ضمان الخسران باطل، لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون، كما لو قال: بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلي»^(٢).

وفي بلغة السالك: «إن دفع رب المال للعامل المال واشترط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلق بتعديه فلا يفسد بذلك، لأن هذا الشرط جائز، وأما إن شرط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه مطلقاً، تعدى في التلف أم لا، فسد القراض، ولو كان الضمان بالوجه، ولا يلزم»^(٣).

وفي مغني المحتاج: «يصح ضمان رد كل عين ممن هي في يده مضمونة عليه كمغصوبة ومستعارة ومستأمة ومبيع لم يقبض.. أما إذا لم تكن العين مضمونة على من هي بيده كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل والوصي فلا يصح ضمانها، لأن الواجب فيها التخلية دون الرد»^(٤).

وفي المغني: «ويصح ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعارية.. فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة..

(١) الهداية ٦/٣١٢.

(٢) البحر الرائق ٦/٢٥٦، وانظر: الكفاية ٦/٣١٣، رد المحتار ٧/٦١٤.

(٣) بلغة السالك ٢/٢٤٧، وانظر: حاشية الدسوقي ٣/٥٢٠، مواهب الجليل ٥/٣٦٠.

(٤) مغني المحتاج ٣/٢٠٥، وانظر: حاشية الجمل ٣/٣٨٠، حاشية قليوبي وعميره ٢٠/٤١٠.

فهذه إن ضمنها من غير تعدد فيها لم يصح، لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه، وإن ضمنها إن تعدي فيها، فظاهر كلام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يدل على صحة الضمان^(١).

نوقش هذا الاستدلال:

بأن عدم صحة الضمان في هذه الأعيان إنما يعني أن المبلغ المكفول به لا يلزم الكفيل قضاءً، وإنما يعتبر وعدًا محضًا يلزمه الوفاء به ديانة لا قضاءً^(٢).

ويجاب عنه من وجهين:

الأول: بعدم التسليم بأن هذا هو المراد، فقد صرح بعضهم^(٣) بفساد القراض إذا شرط فيه ضامن.

الثاني: أن التزام الضامن به ديانة لا يفيد المستثمرين شيئاً إذا لم يمكن الإلزام به قضاءً، فالمقصود من هذا الالتزام أن يجبر المتبرع عليه قضاءً.

الدليل الثاني:

أن ضمان الطرف الثالث ذريعة إلى الوقوع في الربا، فينبغي تحريمه عملاً بقاعدة سد الذرائع في الشريعة الإسلامية.

وبيان ذلك: أن الطرف الثالث إذا جاز له ضمان الأصل، فيجوز له ضمان نسبة من الربح^(٤)، وبذلك يفتح باب الربا على مصراعيه، وتقبل كل

(١) المغني ٧/٧٦، وانظر: الفروع ٤/٢٤٠، غاية المنتهى ٣/٣٠٥.

(٢) بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢٣٢.

(٣) انظر ما سبق نقله عن بلغة السالك.

(٤) وقد قال بذلك بعض أصحاب القول الأول، فيقول أحدهم وهو د. منذر قحف: «يمكن لجهة الضمان أن توسع ضمانها بحيث يشمل عدم الخسارة كما يشمل عائداً معيناً تتبرع به الجهة الضامنة» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي مج ١.

الفوائد الربوية على أنها وعد ملزم فيمكن لبنك رئيس أن يضمن الأصل والفوائد للمودعين في البنوك الفرعية، وكل منها له ذمة مستقلة^(١).

وسوف نرى أن من القائلين بالجواز من أباح ضمان البنك الرئيس للأموال المستثمرة في صناديق الاستثمار التابعة له، وهكذا يتحول الأمر إلى ضمانات متبادلة، بين البنك الرئيس وفروعه، والفروع بعضها مع بعض، والنتيجة في النهاية واحدة.

القول الثاني: ذهب جمع من العلماء المعاصرين إلى جواز التزام طرف ثالث في عقد المضاربة منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد، بالتبرع بدون مقابل، بمبلغ مخصص لجبر الخسران الذي قد يطرأ على أموال المستثمرين.

فيجوز أن يضمن جميع المبلغ المكتتب به.

ويجوز أن يضمن نسبة منه.

وإلى هذا ذهب مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة^(٢)، وعدد من الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية^(٣).

والشرط الأساسي عند أصحاب هذا القول أن يكون للطرف المتبرع ذمة مستقلة عن ذمة العامل.

وقد يصعب في بعض الأمثلة التطبيقية التي عثرت عليها أن تظهر صفة الاستقلالية للمتبرع بشكل واضح، فمثلاً:

(١) د. علي السالوس، تعليق على بحث منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبد العزيز:

الاقتصاد الإسلامي مج ٦.

(٢) مجلة المجمع ٤/٣/٢١٦٤، مع ملاحظة أن قرار المجمع لم يتعرض لقضية الإلزام بالوعد من عدمها.

(٣) الفتاوى الاقتصادية ص ١٠٧، «تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية» د. سامي حمود، مرجع سابق ص ١٩٢٨، «سندات القراض وضمان الفريق الثالث» د. منذر قحف، مرجع سابق ص ٥٤.

١ - من توصيات الندوة الفقهية الاقتصادية المنعقدة بين مجمع الفقه الإسلامي والبنك الإسلامي للتنمية في ١٦ - ١٧/٥/١٤١١هـ: جواز ضمان البنك لما يبيعه لصندوق الاستثمار التابع له، والذي يتولى إدارته على أساس المضاربة^(١).

هذه مع أن البنك قد يكون من أكبر المساهمين في الصندوق.

٢ - من توصيات ندوة البركة السادسة للاقتصاد الإسلامي: جواز ضمان فرع بنك البركة في جدة لأموال المستثمرين في بنك البركة، بلندن، إذا اقتضت قوانين بلد البنك المضمون (فرع لندن) ضمان أموال المستثمرين^(٢).

٣ - كما جوزت الهيئة الشرعية للبنك الأردني الإسلامي ضمان الدولة لأموال الأوقاف المستثمرة التي تديرها وزارة الأوقاف^(٣).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

ما روى صفوان بن أمية رضي الله عنه أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغضب؟ فقال ﷺ: لا، بل عارية مضمونة^(٤).

ووجه الدلالة منه: أن الأصل في العارية أنها أمانة، لكن لما التزم

(١) مجلة المجمع ٥٣٣/١/٧.

(٢) الفتاوى الاقتصادية ص ١٠٦.

(٣) «تصوير حقيقة سندات المقارضة» ص ١٩٢٨.

(٤) أخرجه أحمد ٤٠١/٣، وأبو داود (كتاب البيوع باب في تضمين العارية برقم ٣٥٦٢) والدارقطني (كتاب البيوع ٣/٣٩) والبيهقي (كتاب العارية باب العارية مضمونة - ٦/٨٩) والحاكم في المستدرک ٤٧/٢ والطحاوي في شرح مشكل الآثار ٤٤٥٥ والبغوي في شرح السنة (باب ضمان العارية ٨/٢٢٤ برقم ٢١٦١).

والحديث صححه الحاكم ووافقه الذهبي، وله طرق يرتقي بها إلى درجة الحسن.

انظر: نصب الراية ٤/١١٦، تلخيص الحبير ٣/٥٢.

النبي ﷺ بضمائها صح الضمان ولزم، ويقاس على العارية المال المضارب به، فالأصل فيه أنه أمانة لكنه يصير مضموناً بالشرط^(١).

ويناقش: بأنه لو صح الاستدلال بهذا الحديث هنا لجاز أن يضمن العامل في القراض بالشرط كالمستعير، والإجماع منعقد على منعه.

والفرق بين العارية والقراض أن العارية واجبة الرد بعينها بلا زيادة أو نقصان، أما القراض فإن العامل يأخذ المال ليستثمره لنفسه ولمالكه، فإذا شرط عليه الضمان صار ديناً مشروط الرد بزيادة فيكون من الربا. فالضمان في العارية لا يؤدي إلى محذور شرعي بخلاف المضاربة.

الدليل الثاني:

أن الأصل في التصرفات الإباحة، ما لم يرد دليل على الحظر، وهذا الالتزام لا يترتب عليه محذور شرعي، لأن الالتزام المحذور في المضاربة هو ضمان العامل للخسارة، حتى لا تجتمع عليه خسارة الربح الذي كان يسعى لتحقيقه، وخسارة المال بسبب لا بد له فيه، والطرف الثالث ليس رب مال ولا عاملاً فيه، بل هو متبرع، وإذا كان التبرع بالمال جائزاً فإن التبرع بالضمان أحرى بالجواز^(٢).

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أن ضمان الفريق الثالث خلاف مقتضى عقد المضاربة.

فإن مقتضى العقد أن يكون الغنم بالغرم، وألا يستحق رأس المال شيئاً من الربح إلا على وجه المشاركة مع العمل توقعاً للربح وتحسباً للخسارة، فالضمان لا يناسب طبيعة المضاربة أيّاً كانت الجهة الملتزمة به^(٣).

(١) «تصوير حقيقة سندات المقارضة» ص ١٩٢٩.

(٢) «تصوير حقيقة سندات المقارضة» ص ١٩٢٨، «سندات القراض وضمان الفريق الثالث» ص ٥٤.

(٣) د. أحمد محيي الدين: تعليق على بحث «سندات القراض وضمان الفريق الثالث» مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، مج ٣.

الثاني: أن الطرف الضامن لا يخلو إما أن يكون جهة حكومية أو خاصة:

فالأول غير مقبول لأن الخزينة العامة ملك الجميع فلا يصح أن تتحمل خسائر بعض الأفراد، والتي قد تكون نتيجة لمغامرات أو سوء إدارة أو سوء تخطيط^(١).

والذين قالوا بالجواز لم يقيدوا ذلك بالمشروعات التي تتبناها الدولة والتي تعود بالنفع على المجتمع.

وأما الاحتمال الثاني فإنه من غير المتصور أن تتبرع جهة خاصة بهذا الضمان دون أن يكون لها مردود من ذلك، إما بطريق مباشر (كالأجر مثلاً) أو غير مباشر (كتبادل الضمانات فيما بينها وبين الجهة المضمونة)^(٢).

الدليل الثالث:

أن ضمان الفريق الثالث هو من باب الوعد الملزم، وليس من باب العقد، فيلزمه الوفاء به بناءً على رأي من يلزم بالوفاء بالوعد ديانة وقضاء^(٣).

ولأن هذا الدليل هو معتمد القائلين بجواز ضمان الفريق الثالث، ولأهمية مسألة الإلزام بالوعد، حيث ينبني عليها مسائل كثيرة سترد في هذا البحث، فإننا نشير إلى أقوال أهل العلم في هذه المسألة:

مسألة الإلزام بالوعد:

والوعد هو: الإخبار بإيصال الخير في المستقبل^(٤).

(١) د. أحمد محيي الدين، المرجع السابق ص ٧١.

(٢) د. أحمد محيي الدين، المرجع السابق ص ٧١.

(٣) «تصوير حقيقة سندات المقارضة» ص ١٩٢٨.

(٤) عمدة القاري ١/ ٢٢٠، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٥٣.

ولا خلاف بين العلماء:

- ١ - أن من وعد بشيء محرم فلا يجوز له الوفاء به^(١).
- ٢ - ومن وعد بشيء واجب عليه شرعاً فيجب الوفاء به^(٢).
- ٣ - ومن وعد بمباح أو مندوب إليه، فيستحب له الوفاء به اتفاقاً^(٣)، وهل يجب عليه الوفاء به، ويلزم به قضاء؟.

اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً، والواعد ملزم به ديانةً وقضاءً.

وإليه ذهب: عمر بن عبد العزيز، والحسن البصري، وابن شبرمة، وإسحاق بن راهوية، وهو ظاهر صنيع البخاري في صحيحه، وأخذ به بعض المالكية كابن العربي وابن الشاط، وابن تيمية من الحنابلة^(٤).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٢﴾ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٣﴾﴾ [الصف: ٢ - ٣].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى ذم الذين يقولون ما لا يفعلون، وأخبر سبحانه أنه يمقت ذلك، والمقت أشد البغض، ولا يكون

(١) المحلى ٢٩/٨.

(٢) المحلى ٢٩/٨.

(٣) فتح العلي المالک ٢٥٤/١.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٤/١٨٠٠، المحلى ٢٨/٨، الفروق مع حاشية ابن الشاط ٤/٢٤، جامع العلوم والحكم ص ٤٠٤، الاختيارات الفقهية للبعلي ص ٤٧٩، الإنصاف ٢٨/٢٥١، المبدع ٩/٣٤٥، الأذكار للنووي ص ٤٥٤، فتح الباري ٥/٢٨٩، عمدة القاري ١٣/٢٥٧، فيض القدير ٦/٤٢١، سبل السلام ٤/١٥٨٨، تحفة الأحوذى ٦/١٣١.

مثل هذا الوعيد إلا في ترك واجب أو فعل محرم، والوعد إذا أخلف قول لم يفعل، فيكون مشمولاً بالوعيد المذكور^(١).

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن المراد بالآية الذين يقولون ما لا يفعلون في الأمور الواجبة كالوعد بإنصاف من دين أو أداء حق^(٢).

ويجاب:

- ١ - بأن هذا تخصيص للآية من غير دليل.
- ٢ - أن ترك الواجب مذموم مطلقاً سواء كان مقترناً بوعد أم لم يكن.

الوجه الثاني: أن المحذور الذي مقت الله فاعله أن يعد وفي ضميره ألا يفى بما وعد، أو أن الآية محمولة على الإنسان الذي يقول عن نفسه من الخير ما لا يفعله^(٣).

ويجاب عنه: بمثل الجواب الأول في المناقشة الأولى.

الدليل الثاني:

أن الله تعالى أثنى على رسله بالوفاء بالوعد، فقال عن إبراهيم: ﴿وَأَبْرَاهِيمَ الَّذِي وَفَّى﴾ [النجم: ٣٧]، وقال عن إسماعيل: ﴿إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَبِيًّا﴾ [مريم: ٥٤].

فدل ذلك على أن الوفاء بالوعد مأمور به في جميع الأديان^(٤).

نوقش: بأن غاية ما تفيده تلك الآيات هو الاستحباب، وهو أمر متفق عليه^(٥).

(١) الفروق ٤/٢٠، الجامع لأحكام القرآن ١٨/٥٢.

(٢) المحلى ٨/٢٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/٦٦٢.

(٤) فيض القدير ١/٤٥٣.

(٥) فيض القدير ١/٤٥٣.

الدليل الثالث:

ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»^(١).

ووجه الدلالة منه: أن النبي صلى الله عليه وسلم عد إخلاف الوعد من خصال النفاق، والنفاق محرم شرعاً، فيكون الإخلاف محرماً^(٢).

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الحديث مصروف عن ظاهره، والمراد به: أن المتخلق بهذه الصفات شبيه بالمنافقين في هذه الخصال، وهذا فيمن كانت هذه الخصال سجيةً له^(٣).

الوجه الثاني: أن خلف الوعد لا يقدر إلا إذا كان العزم عليه مقارناً للوعد، أما لو كان عازماً على الوفاء ثم عرض مانع، أو بدا له رأي، فهذا لم توجد منه صورة النفاق، بدليل حديث زيد بن أرقم الآتي^(٤).

الوجه الثالث: وهو لابن حزم حيث ناقش الاستدلال بالحديث بمثل ما ناقش الاستدلال بالآية الأولى^(٥).

ويجاب عنه بمثل ما تقدم.

الدليل الرابع:

عن جابر رضي الله عنه قال: «لما مات رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء أبا بكر مألً من قبل العلاء بن الحضرمي، فقال أبو بكر: «من كان له على النبي صلى الله عليه وسلم دين،

(١) أخرجه البخاري (كتاب الإيمان باب علامة المنافق برقم ٣٣) ومسلم (كتاب الإيمان باب بيان خصال المنافق برقم ١٠٧).

(٢) الفروق ٢٠/٤.

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم ٤٧/٢، فتح الباري ٩٠/١، فيض القدير ٦٣/١.

(٤) فتح الباري ٩٠/١، غمز عيون البصائر ٢٣٧/٣.

(٥) المحلى ٢٩/٨.

أو كانت له قبله عدة فليأتنا قال جابر: فقلت: وعدني رسول الله ﷺ أن يعطيني هكذا وهكذا فبسط يديه ثلاث مرات، قال جابر: فعد في يدي خمسمائة ثم خمسمائة ثم خمسمائة»^(١).

ووجه الدلالة منه: أن أبا بكر رضى الله عنه وفى من كان له عدة من النبي ﷺ، فدل ذلك على وجوب الوفاء بها^(٢).

نوقش: بأن الحديث لا دلالة فيه على الوجوب بل غاية ما يفيد هو الاستحباب^(٣).

الدليل الخامس:

عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تمار أخاك ولا تمازحه ولا تعده موعدًا فتخلفه»^(٤).

ووجه الدلالة منه: النهي عن إخلاف الوعد، والنهي المطلق يقتضي التحريم، فيكون الوفاء واجبًا.

نوقش من وجهين:

الأول: أن الحديث ضعيف كما هو مبين في تخريجه.

الثاني: أن لفظ «فتخلفه» روي منصوبًا ومرفوعًا، فعلى الأول يكون جوابًا على تقدير: أن، فيكون مسببًا عما قبله، وعلى الثاني يكون النهي للوعد المستعقب للإخلاف، أي لا تعده وعدًا فأنت تخلفه^(٥).

(١) أخرجه البخاري (كتاب الشهادات باب من أمر بإنجاز الوعد برقم ٢٦٨٣).

(٢) انظر: التمهيد ٢٠٩/٣، عمدة القاري ١٢/١٢١.

(٣) التمهيد ٢٠٩/٣، عمدة القاري ١٢/١٢١.

(٤) أخرجه الترمذي (كتاب البر والصلة باب ما جاء في المراء برقم ١٩٩٦) وقال: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه.

والحديث في إسناده ليث بن أبي سليم وقد ضعفه الجمهور.

والحديث ضعفه الترمذي كما تقدم، والعراقي (تخريج الإحياء ١٩٦/٢) وابن حجر (بلوغ المرام ص ٣٠٦) والسيوطي والمناوي (فيض القدير ٤٢١/٦).

(٥) فيض القدير ٤٢١/٦، تحفة الأحوذى ١٣١/٦.

الدليل السادس:

عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «عدة المؤمن دين»^(١).

وعن زيد بن أسلم مرفوعاً: «وأى المؤمن واجب»^(٢).

ووجه الدلالة من هذين الحديثين: أن النبي ﷺ بين أن وأى المؤمن - أي وعده - واجب، وأنه بمنزلة الدين، والدين واجب الوفاء، فدل ذلك على وجوب الوفاء بالوعد وتحريم إخلافه^(٣).

نوقش الاستدلال بهذين الحديثين من وجهين:

الأول: أن أسانيدهما ضعيفة كما هو مبين في تخريجهما.

الثاني: إجماع العلماء على أن من وعد بمال لم يضرب له مع الغرماء إذا أفلس الواعد، ولو كان الوعد ديناً لاستحق أن يضرب له^(٤).

ويجاب: بأن كون الوعد ديناً لا يلزم منه اتفاقهما في جميع الأحكام، بل المراد أنه كالدين من حيث اللزوم ووجوب الوفاء عند القدرة عليه، فإذا لم يتمكن من الوفاء سقط عنه الوجوب اتفاقاً.

(١) أخرجه الديلمي في مسند الفردوس برقم ٤٠٨٢، والقضاعي في مسند الشهاب ٤٠/١، حديث رقم ٥، وله شاهد عند الطبراني في المعجم الصغير ٦٦/١ برقم ٤١١ من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

والحديث في إسناده دارم بن قبيصة، قال الذهبي: لا يعرف (فيض القدير ٣٠٨/٤). وقد ضعف الحديث كل من العراقي (تخريج الإحياء ١٤١/٣) والسيوطي والمنائوي (فيض القدير ٣٠٨/٤) والألباني (ضعيف الجامع ٦٥/٤) والغماري (تخريج أحاديث الشهاب ٢١/١) وقال ابن رجب في جامع العلوم والحكم ص ٤٠٤: «في إسناده جهالة»، وقال الهيتمي في مجمع الزوائد ١٦٦/٤: «فيه حمزة بن داود ضعفه الدارقطني».

(٢) رواه أبو داود في مراسيله ص ٢٤٥، وضعفه ابن حزم ٢٩/٨ والسيوطي في الجامع الصغير (٦/٣٦٠ - مع فيض القدير).

(٣) أضواء البيان ٣٢٣/٤.

(٤) التمهيد ٢٠٧/٣.

الدليل السابع:

عن عبد الله بن عامر رضي الله عنه قال: «دعنتني أمي يوماً، ورسول الله صلى الله عليه وسلم قاعد في بيتنا، فقالت: ها، تعال أعطك، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أردت أن تعطيه فقالت: أردت أن أعطيه تمرًا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أما إنك لو لم تعطه شيئاً كتبت عليك كذبة»^(١).

ووجه الدلالة منه: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل إخلاف الوعد كذبًا، والكذب محرم إجماعًا، فيكون إخلاف الوعد محرماً، والوفاء به واجباً.

القول الثاني: أن الوفاء بالوعد مستحب وليس واجباً فلا يقتضي به على الواعد.

وهذا مذهب الجمهور من الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والظاهرية^(٥).

استدل أصحاب هذا القول على أصل المشروعية بأدلة القول الأول، واستدلوا على عدم الوجوب بما يلي:

الدليل الأول:

عن زيد بن أرقم رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا وعد الرجل

(١) أخرجه أحمد ٤٤٧/٣ وأبو داود (كتاب الأدب، باب في التشديد في الكذب برقم ٤٩٩١) وقال ابن رجب في جامع العلوم والحكم ص ٤٠٤: «في إسناده من لا يعرف». وقال العراقي في تخريج الإحياء ١٤٤/٣: «رواه أبو داود وفيه من لم يسم، وقال الحاكم: إن عبد الله بن عامر ولد في حياته صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه، قلت: وله شاهد من حديث أبي هريرة وابن مسعود ورجالهما ثقات، إلا أن الزهري لم يسمع من أبي هريرة»، وقال الألباني في السلسلة الصحيحة ٣٨٥/٢: «أما حديث ابن مسعود فلم أعرفه الآن وأما حديث أبي هريرة فهو بلفظ: «من قال لصبي: تعال هاك، ثم لم يعطه شيئاً فهي كذبة». وهذا سند رجاله ثقات لكنه منقطع بين ابن شهاب وأبي هريرة». وقد صحح الحديث.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٦٦٢/٣، عمدة القاري ٢٥٧/١٣.

(٣) فتح الباري ٢٨٩/٥، الأذكار للنووي ص ٤٥٤.

(٤) الإنصاف ٢٥١/٢٨، المبدع ٣٤٥/٩.

(٥) المحلى ٢٩/٨.

أخاه، ومن نيته أن يفي فلم يف فلا إثم عليه»^(١).

ووجه الدلالة منه: أن الحديث دل على جواز إخلاف الوعد إذا لم يكن ذلك من قصد الواعد حين الوعد^(٢).

نوقش من وجهين:

الأول: أن الحديث ضعيف كما هو مبين في تخريجه.

الثاني: أن الحديث محمول على من لم يف بوعد مضطراً لعدم تمكنه منه، جمعاً بينه وبين الأدلة الدالة على المنع من إخلاف الوعد^(٣).

الدليل الثاني:

ما روى مالك في الموطأ أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: أكذب امرأتي؟

فقال: «لا خير في الكذب»، فقال الرجل: يا رسول الله: أعدها

(١) أخرجه أبو داود (كتاب الأدب باب في العدة برقم ٤٩٩٥) والترمذي (كتاب الإيمان باب ما جاء في علامة المنافق برقم ٢٦٣٥) وقال: حديث غريب وليس إسناده بالقوي.

والحديث تفرد في إسناده أبو نعمان وأبو الواقص، وهما مجهولان، قاله الترمذي. وممن ضعف الحديث أبو حاتم (جامع العلوم والحكم ص ٤٠٤) والمنذري (مختصر سنن أبي داود ٢٨٤/٧) والذهبي والسيوطي والمناوي (فيض القدير ١/٤٥٣) والهيثمي (مجمع الزوائد ١/١٠٨).

ومن العجب أن ابن حجر ذكر للحديث شاهداً عند الطبراني (الكبير ٦/٢٧٠) من حديث سلمان رضي الله عنه وقال: «إسناده لا بأس بهم، ليس فيهم من أجمع على تركه» (الفتح ١/٩٠) مع أن فيه الراويين المذكورين، وقد حكم عليهما في التقريب ص ٤٨٠، ٤٨٧ أنهما مجهولان.

وقال ابن مفلح (الآداب الشرعية ١/٣١): «وهذا الخبر وإن كان ضعيفاً إلا أنه يعضد بغيره من الأخبار والمعنى».

(٢) عون المعبود ١٣/٢٣١.

(٣) حاشية ابن الشاط على الفروق ٤/٢١.

وأقول لها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا جناح عليك»^(١).

ووجه الدلالة منه: أن النبي ﷺ لم يجعل إخلاف الوعد من الكذب، وبين أنه لا حرج عليه في إخلافه^(٢).

نوقش من ثلاثة أوجه:

الأول: أن الحديث لم يصح مسنداً إلى النبي ﷺ، وإنما هو مرسل كما بينته في تخريجه.

الثاني: أن النبي ﷺ لم يجعل إخلاف الوعد قسيماً للكذب من حيث هو كذب، بل إنما جعله قسيماً له من حيث هو خبر، لأن الكلام قسمان: إنشاء وإخبار، والكذب من الإخبار وهو عن الماضي، والوعد من الإنشاء وهو للمستقبل^(٣).

وعلى هذا فالحديث لا دلالة فيه على جواز الإخلاف، بل فيه الإذن بالوعد، ويحمل قول الرجل: «أعدها» أي وأنا أعتقد الوفاء، ومعلوم أنه قد يتيسر له ذلك وقد لا يتيسر، لكن لما كان لأمر مستقبل لم يكن كذباً^(٤).

الثالث: أن هذا الحديث جاء في وعد الرجل زوجته، ويغترف في العلاقة بينهما ما لا يغترف في غيرها، ولهذا جاز الكذب فيما يصلح المرء بينه وبين أهله^(٥).

(١) رواه مالك في الموطأ (٩/٤٩١ - مع المنتقى) عن صفوان بن سليم عن النبي ﷺ مرسلًا، وقال ابن عبد البر في التمهيد ١٦/٢٤٧: «لا أحفظه بهذا اللفظ عن النبي ﷺ مسندًا، وقد رواه ابن عيينة عن صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار عن النبي ﷺ».

(٢) الفروق ٢١/٤.

(٣) حاشية الفروق ٢١/٤.

(٤) المنتقى شرح الموطأ ٩/٤٩٢.

(٥) التمهيد ١٦/٢٤٨.

الدليل الثالث: (وهو دليل الإجماع):

حيث نقل بعضهم الإجماع على أن الوفاء بالوعد مستحب^(١).

نوقش: بأن نقل الإجماع مردود، لأن الخلاف في هذه المسألة مشهور بين العلماء^(٢).

الدليل الرابع:

أن الوعد إخبار بإنشاء المعروف في المستقبل، فهو في معنى الهبة، بجامع أن كلاً منهما تبرع، والهبة لا تلزم إلا بالقبض، فيجوز للواهب الرجوع قبل قبضها، فكذلك للواعد الرجوع قبل إتمام وعده^(٣).

ويناقد من وجهين:

الأول: أن المسألة المقيس عليها، وهي عدم لزوم الهبة قبل القبض غير مجمع عليها، بل فيها خلاف بين أهل العلم، فالمالكية وهم المنازعون في المسألة التي معنا - يقولون بلزوم الهبة قبل القبض، ومعلوم أن من شروط صحة القياس أن يكون الأصل المقيس عليه متفقاً على حكمه.

الثاني: أن عقود التبرعات لا تلزم قبل القبض إذا كانت مجردة من الوعد، أما إذا كانت مقترنة به فيجري فيه الخلاف المذكور، فالاستدلال بها استدلال في محل النزاع، وهو ممنوع.

القول الثالث: التفصيل في وجوب الوفاء بالوعد^(٤).

وهو لفقهاء المالكية، ولهم في هذا التفصيل رأيان:

(١) فتح الباري ٢٨٩/٥.

(٢) فتح الباري ٢٨٩/٥.

(٣) الأذكار للنووي ص ٤٥٤.

(٤) التمهيد ٢٠٨/٣، فتح العلي المالک ٢٥٤/١، إيضاح المسالك ص ٩٩، البيان والتحصيل ١٨/٨، الفروق ٢٠/٤.

الرأي الأول: وهو المشهور من الأقوال أنه يجب الوفاء بالوعد ويقضى به إذا كان على سبب دخل الموعود بسببه في شيء، كأن يقول: اهدم دارك وأنا أسلفك، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، ثم باشر الموعود شيئاً من هذه التصرفات، فيلزم الواعد الوفاء به قضاءً.

الرأي الثاني^(١): أنه يقضى بالوعد إذا كان على سبب وإن لم يدخل الموعود له في مباشرة شيء.

كما لو قال: أريد أن أتزوج أو أشتري أو أن أقضي غرمائي، فأسلفني كذا فقال: نعم، ثم بدا للواعد الرجوع قبل أن يباشر الموعود له شيئاً من ذلك، فإن ذلك يلزمه ويقضى به عليه، وكذلك لو لم يسأله وقال الواعد من نفسه: أنا أسلفك كذا لتتزوج فإن ذلك يلزمه أيضاً.

استدل أصحاب هذا القول:

بأن النصوص في هذه المسألة متعارضة فمنها ما أوجب الوفاء مطلقاً، ومنها ما لا يوجب ذلك، فيتعين الجمع بينهما، ولا يمكن الجمع إلا بأن تحمل أدلة الوجوب على ما إذا أدخله في سبب يلزم بوعده كما هو الرأي الأول عند المالكية، أو كان وعده مقروناً بذكر السبب كما هو الرأي الثاني عندهم، وذلك لتأكد العزم على الدفع حينئذٍ ولأن إخلاف الوعد فيما إذا كان الوعد على سبب يلحق الموعود ضرر بإخلافه، وقد جاءت الشريعة بدفع الضرر، وفيما عدا ذلك يكون الوفاء مستحباً^(٢).

(١) وهذا التفصيل ذكره أيضاً بعض فقهاء الحنفية وأن الوعد إذا كان معلقاً على سبب فيجب الوفاء به ولذا قالوا: «المواعيد في صورة التعاليق لازمة»، غمز عيون البصائر ٢٣٧/٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، م٨٤ ١/٨٧، المدخل الفقهي العام ١٠٢٩/٢.

(٢) الفروق ٢٥/٤.

نوقش هذا الاستدلال:

«بأن الجمع بين الأدلة على هذا النحو لا دليل عليه، وتفصيلهم لا وجه له ولا برهان يعضده لا من قرآن ولا سنة ولا قول صحابي ولا قياس فإن قيل: قد أضر الواعد بالموعود إذ كلفه من أجل وعده عملاً ونفقة، قلنا: فهب أنه كما تقولون، فمن أين وجب على من ضر بآخر وظلمه وغره أن يغرم له مالا»^(١).

ويجاب: بأن الأدلة الشرعية أمرت بإزالة الضرر، ولا يمكن إزالة الضرر عن الموعود إذا دخل بسبب الوعد في شيء إلا بإيجاب الوفاء بالوعد، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

القول الرابع: أن الوفاء بالوعد يلزم ديانة لا قضاءً.

وقال به بعض الشافعية^(٢)، وصاحب أضواء البيان^(٣).

استدل أصحاب هذا القول على وجوب الوفاء بالوعد بأدلة القول الأول، واستدلوا على عدم الإلزم به قضاءً بما يلي:

الدليل الأول:

أن الوعد تبرع محض، ولا إلزام في التبرع المحض^(٤).

الدليل الثاني:

إجماع العلماء على أن الموعود بمال لا يضرب له مع بقية الغرماء إذا أفلس الواعد، ولو كان مستحقاً لأن يقضى له بالوعد لضارب مع الغرماء^(٥).

(١) المحلى ٢٨/٨، حاشية ابن الشاط على الفروق ٢٥/٤.

(٢) وهو السبكي انظر: طبقات الشافعية ٢٣٢/١، الفتوحات الربانية شرح الأذكار للنووي ٢٥٨/٦.

(٣) فضيلة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي رحمته الله، أضواء البيان ٣٢٨/٤.

(٤) أضواء البيان ٣٢٨/٤.

(٥) التمهيد ٢٠٧/٣، فتح الباري ٢٩٠/٥.

الدليل الثالث:

أن غاية ما تفيده أدلة النهي عن إخلاف الوعد هي وجوب الوفاء به، أما القضاء بذلك والإلزام به فهو خارج عن دلالة تلك الأدلة.

الترجيح:

الذي يترجح للباحث - والله أعلم - هو القول الأخير وهو أن إخلاف الوعد إذا لم يكن ثم عذر لا يجوز لكونه من علامات النفاق، ولكن الواعد إذا امتنع من إنجاز الوعد لا يحكم عليه به ولا يلزم به جبراً، فيؤمر به ديانة ولا يحكم عليه قضاءً، لأن الوعد تبرع محض، وعقود التبرعات ذاتها غير لازمة قبل قبض محل العقد، فيجوز فسخها، فجواز فسخ الوعد بها أولى، وبهذا تجتمع الأدلة، والله أعلم.

وبناءً على ما سبق يظهر الجواب عما استدل به القائلون بجواز ضمان الفريق الثالث تخريجاً لذلك على مسألة الإلزام بالوعد، فإن الجواب عن حجته تلك من وجهين:

الأول: عدم التسليم بصحة الإلزام بالوعد، لما تقدم.

والثاني: وعلى فرض التسليم بصحة الإلزام بالوعد، فإن نطاق الإلزام به هو في عقود الإرفاق والقربى، لا لتغطية الاستثمارات والحماية من المخاطر^(١)، فإن الوعد هو الإخبار بإنشاء معروف في المستقبل، والقائلون بالإلزام به لم يقصدوا المواعدة في المعاوضة، والاستدلال بكلامهم على هذه المسألة في غير محله^(٢).

الترجيح في مسألة ضمان الفريق الثالث:

الذي يتبين للباحث هو عدم جواز التزام طرف ثالث بضمان رأس

(١) أحمد محيي الدين: «تعليق على بحث منذر قحف» ص ٧٢.

(٢) انظر ما سيأتي حول هذه المسألة في الباب الرابع.

المال المكتتب به أو بعضه، أو نسبة ربح معه، وذلك لما يلي:

١ - أن عقد المضاربة يقتضي المشاركة في الربح والخسارة، والالتزام بالضمان يخرج عن مقصوده، أيًا كانت جهة الالتزام.

٢ - أن معتمد القول بالجواز هو تخريج الضمان على الإلزام بالوعد، وهذا التخريج لا يصح لأن الأصل الذي بنوا عليه غير مسلم، ولو سلم لهم ذلك فلا يصح الاستدلال به في هذا الموضع لأننا لو جعلناه وعدًا ملزمًا صار ضمانًا لازمًا، فلم يبق معنى لعدم صحة ضمان رأس مال الشركة والمضاربة، وقد رأينا أن المالكية وهم القائلون بلزوم الوعد المعلق يفسدون القراض إذا تضمن التزامًا بالضمان من طرف ثالث.

فإقحام الوعد الذي في أصله تبرع في مسائل المعاوضات يحول الأمور إلى مسائل شكلية تتغير فيها الأحكام بمجرد تغير الأسماء:

فيصح لمن اقترض مالا أن يعد برده وزيادة عليه تطوعًا، ويكون هذا من باب الوعد الملزم وليس من الاقتراض بفائدة.

ويصح لمن ابتاع سلعة قبل أن يملكها البائع أن نلزمه بالشراء، لأن هذا وعد ملزم وليس من بيع ما لا يملك.

وإذا جاز أن نلزم الطرف الثالث بالوعد، فلم لا يجوز أن نلزم المضارب إذا وعد بذلك، ولا يعتبر ذلك مشروطًا.

وهكذا ما لا يستباح بالعقد يمكن استباحته تحت مسمى الوعد الملزم، والنتيجة التي لا مفر منها أن يصبح جوهر عمليات المصارف الإسلامية هو جوهر عمليات المصارف الربوية، والفارق يكمن في طريقة الإخراج.

٣ - أن القول بأن الطرف الثالث متبرع بهذا الضمان دعوى يكذبها الواقع، فإن المؤسسات المالية لم تفتح أبوابها لتصدق على الناس وتحسن إليهم، ولئن صدق ذلك في بعض الحالات النادرة فإنه لا يصح في

معظمها، فهذه المؤسسات لا تقدم على أي خطوة إلا ولها مصلحة مادية منها، فهي وإن تبرعت بيدها اليمنى فإنها تأخذ أكثر بيدها اليسرى. فحري بالمفتي ألا يغتر بظواهر الألفاظ وأن ينظر في عاقبة فتواه، لا سيما في مثل هذه البيئة الموبوءة بالربا، والتي تستحله بأدنى الحيل، فما الذي يمنع أن تتفق البنوك على تبادل الضمانات فيما بينها، وبذا يتحول معنى المشاركة في الربح والخسارة إلى صورة افتراضية لا وجود لها في الواقع.

والخلاصة أنه إذا تطوع طرف ثالث بالضمان فيصح تطوعه، لكن لا يكون ملزماً له، ولا يصح أن يطالب به قضاءً، والله أعلم.

النوع الثاني من التزام الطرف الثالث: أن يكون الالتزام بأجر:

لا أعلم أحداً من أهل العلم المتقدمين منهم والمعاصرين جوز ضمان طرف ثالث غير طرفي العقد في المضاربة بأجر يأخذه مقابل هذا الضمان.

ذلك أن العقد بهذا الشرط يكون نوعاً من التأمين التجاري^(١).

فبالإضافة إلى موانع الصحة السابقة في ضمان الطرف الثالث إذا كان متبرعاً، فإن الضمان إذا كان بأجر يتضمن المحاذير الآتية:

١ - أنه أكل للمال بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٨].

ذلك أن الضامن يأكل الأجر من غير طريقه المشروع، فهو من الباطل.

(١) التأمين التجاري: عقد يلتزم فيه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن. المعاملات المالية المعاصرة ص ٩٨.

٢ - أنه يتضمن الميسر والقمار، وقد قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

ووجه ذلك: أنه عقد معلق على خطر تارة يقع وتارة لا يقع فهو قمار معنى.

٣ - أنه يشتمل على غرر فاحش مفسد للعقد، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر^(١).

ووجه ذلك: أن كلاً من طرفي العقد: الدافع - سواء كان البنك أو المستثمر - والضامن - الأجنبي - لا يدري عند إنشاء العقد ما سيأخذ ولا ما سيعطي، لأن مبلغ التعويض الذي وقع العقد عليه قد يحصل عليه المستثمر وقد لا يحصل، لأن حصوله يتوقف على خسارة رأس المال، وهو أمر محتمل.

كما أن العقد يتضمن غرراً في مقدار العوضين، فالمستثمر يجهل مقدار ما سيأخذه، والضامن يجهل مقدار مجموع الأقساط.

فكلاً من الطرفين دائر بين الغنم والغرم، وهذا هو حقيقة الغرر.

فهذه الأسباب فإن تأمين الاستثمار عند شركة أجنبية، يعتبر محرماً ومفسداً لعقد الاستثمار.

وفي اعتقادي أن من أجاز التأمين التجاري فيلزمه القول بجواز هذا العقد^(٢)، إذ لا فرق بينهما معنىً، إلا أنني لم أطلع على قول لأحد من العلماء المعاصرين يجيز فيه ضمان طرف ثالث بأجر، بل كل من أجاز ضمان الطرف الثالث اشترط أن يكون متبرعاً.

(١) الحديث سبق تخريجه ص ٧٣٤.

(٢) ولا أدري ما الذي جعل فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا عليه رحمة الله حرم أخذ الأجر على ضمان الطرف الثالث - وذلك في جواب استفتاء وجه إليه من د. منذر قحف في مجلة جامعة الملك عبد العزيز مج ١ - مع أنه ممن يرى جواز التأمين التجاري.

المسألة الثانية: ضمان الطرف الثالث ضماناً شخصياً (الكفالة)^(١):

عرفنا في المسألة السابقة حكم ضمان الطرف الثالث إذا لم يكن بنية الرجوع على العامل (البنك) وفي هذه المسألة نتناول بالدراسة حكم ضمان الطرف الثالث للعامل ضماناً شخصياً أي كفالته له.

وكفالة الطرف الثالث على نوعين:

النوع الأول: أن تكون مطلقة.

النوع الثاني: أن تكون مقيدة بتعدي العامل أو تقصيره.

وفيما يلي بيان حكم هذين النوعين:

النوع الأول: ضمان الطرف الثالث للبنك ضماناً مطلقاً:

وفي هذا النوع يلتزم الطرف الثالث سواء كان جهة حكومية أم خاصة بضمن أموال المستثمرين أو جزء منها، على أن يكون له حق الرجوع على البنك العامل.

والحكم الشرعي لهذا النوع من الضمان هو التحريم، سواء كان بأجر أو تبرعاً، لأن مآل الضمان حينئذ على العامل، ولم يجز هذا النوع من الضمان إلا عدد قليل من العلماء المعاصرين وقد سبق مناقشتهم في الفصل الثالث من الباب الأول عند الحديث عن سندات المقارضة، والتي تعتبر أنموذجاً لهذا النوع.

النوع الثاني: أن يكون الضمان مقيداً بتعدي العامل أو تفريطه:

وهذا النوع له حالتان:

(١) الضمان الشخصي: ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، وقيد بكونه شخصياً لتمييزه عن الضمان بمعناه العام والذي يشمل ضمان اليد وضمن العقد وضمن الإلتاف والضمن بالزام الشارع.

انظر: نظرية الضمان الشخصي، د. موسى ص ١٣٥.

الحالة الأولى: أن يكون الضامن متبرعاً:

وهذا هو الغالب في حالات الضمان التي تكون بين البنك والصندوق الاستثماري التابع له، حيث يقوم البنك بضمان مدير الاستثمار في الصناديق التابعة له تجاه المستثمرين، والهدف من هذا الضمان هو تحفيز المستثمرين وتشجيعهم على الدخول في الصندوق، لا سيما في الأيام الأولى من عمر الصندوق.

والحكم الشرعي لهذا الضمان هو الجواز، لتوفر الشروط المعتبرة شرعاً للضمان، ولأن التعدي والتفريط من الأسباب الموجبة للضمان^(١).

الحالة الثانية: أن يكون الضامن بأجر:

وهذه الحالة كالحالة الأولى إلا أن الضامن يأخذ أجرًا مقابل ضمانه.

ومن هذا النوع أن يقوم البنك بضمان ما يبيعه لصالح صندوق استثماري آخر بأجر، بحيث إذا لم تلتزم جهة التوظيف المستفيدة بأداء مستحقات الصندوق فإن البنك يصبح ملزمًا بأدائها له، فالبنك في هذه الحالة ضامن، والصندوق الاستثماري مضمون له، وجهة التوظيف مضمون عنه^(٢).

وحكم هذا الضمان ينبنى على خلاف الفقهاء في حكم أخذ الأجر على الضمان الشخصي (الكفالة).

وللعلماء في حكم أخذ الأجر على الضمان الشخصي (الكفالة)

قولان:

القول الأول: تحريم أخذ الأجر على الضمان الشخصي:

(١) انظر الخلاف حول جواز الضمان قبل ثبوت الدين ص ١١٣٧.

(٢) «الندوة الفقهية الاقتصادية المنعقدة بين مجمع الفقه الإسلامي والبنك الإسلامي للتنمية» مجلة المجمع ٥٣٣/١/٧، صناديق الاستثمار الإسلامية ص ١٢١.

وهذا مذهب الجمهور من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

الإجماع.

ففي الإشراف لابن المنذر: «أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الجمالة بجعل يأخذها الحميل، لا تحل ولا تجوز»^(٦).

نوقش: بأن دعوى الإجماع هذه لا تصح، فقد نقل في الحاوي الكبير عن إسحاق بن راهويه قوله بجواز الضمان بجعل^(٧).

ويجاب: بأن ما نقل عن إسحاق ليس بظاهر الدلالة على المراد، فنص عبارة الحاوي الكبير: «والضمان إن كان بشرط الجعل فاسد بخلاف ما قاله إسحاق بن راهويه»، فهذا يحتمل أن مراده فساد الشرط وصحة العقد، خلافاً للجمهور الذين يرون فساد العقد والشرط معاً، ويحتمل أن مراده جواز الجعل إن لم يكن مشروطاً، وهذا ظاهر ما نقله عنه ابن المنذر، فإنه بعد أن حكى الإجماع على تحريم الجمالة بجعل قال: «واختلفوا في ثبوت الضمان على الشرط.. وقال أحمد في مسألة الكفالة:

(١) المبسوط ٣٢/٢٠، الفتاوى البزازية ١٨/٦، منحة الخالق على البحر الرائق ٢٤٢/٦، غمز عيون البصائر ١٥٤/٣.

(٢) البهجة شرح التحفة ٢٩٦/١، حاشية الدسوقي ٣٤١/٣، بلغة السالك ١٦٠/٢، شرح الخرشني ٣٠/٦.

(٣) الأم ٢٣٤/٣، الحاوي الكبير ١٢١/٨، روضة الطالبين ٢٦٣/٤، مغني المحتاج ٣/٢١٨.

(٤) المغني ٩١/٧، الفروع ٢٠٧/٤، المبدع ٢١٣/٤، شرح المنتهى ٢٢٥/٢.

(٥) المحلى ١١١/٨.

(٦) الإشراف ١/١٢٠، وانظر: مواهب الجليل ١١٣/٥.

(٧) الحاوي الكبير ١٢١/٨.

ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق، وقال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن»^(١).

فظاهره: ما يعطيه عن طيب نفس من دون شرط^(٢).

الدليل الثاني:

أن الأصل في الضمان أنه من عقود التبرعات، فإذا شرط الضامن لنفسه حقاً خرج عن موضوعه، فمنع صحته^(٣).

نوقش من وجهين:

الأول: عدم التسليم بأن الضمان محض تبرع، فكونه «تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرع»^(٤).

الثاني: وعلى فرض التسليم بأن الأصل في الضمان أنه تبرع، فإنه لا يمتنع شرعاً أن ينقلب بالتراضي إلى معاوضة، فالهبة - وهي أساس التبرعات - لا يمتنع شرعاً أن يتراضى الطرفان على قلبها إلى معاوضة، كما في هبة الثواب، والعارية يجوز فيها اشتراط العوض فتقلب إجارة، مع أن الأصل فيها أنها تبرع بمنافع العين المعارة، والوكالة والوديعة كذلك، يصح فيها اشتراط العوض مع أنها في الأصل عقود إرفاق^(٥).

الدليل الثالث:

أن الشارع جعل الضمان والقرض من أبواب المعروف التي

(١) الإشراف ١/١٢١.

(٢) أحكام الأوراق النقدية والتجارية ص ٣٠٣.

(٣) الأم ٣/٢٣٤، المبسوط ٨/٢٠، الاختيار لتعليل المختار ٢/٤٤٨.

(٤) فتح العزيز ١٠/٣٦٠.

(٥) «جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان» بحث أحمد علي عبد الله، مجلة المجمع ٢/٢/١١٣٦.

لا تفعل إلا الله تعالى فكان أخذ العوض عليها سحت، كأخذ الأجر على الصلاة والصيام ونحو ذلك^(١).

ويناقش من وجهين:

الأول: أن القول بعدم جواز أخذ العوض عن المعروف والقرب فيه نظر، فقد ثبت في السنة جواز اشتراط الأجر على الرقية بالقرآن، ونص أهل العلم على جواز أخذ الأجر على بعض الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإمامة، وأخذ الأجر على الشهادة وتغسيل الميت وتكفينه، إلى غير ذلك من القرب^(٢).

الثاني: أن قياس الضمان على القرض قياس مع الفارق، لأن القرض قد دل الدليل على المنع من ابتغاء الأجر به، فامتناع الأجر فيه لذاته، أما الضمان فلا يمتنع أخذ الأجر عليه لذاته وإنما يمتنع إذا كان يؤول إلى القرض، كما سيأتي.

مع أن إطلاق القول بأن القرض لا يكون إلا لله ليس بمسلم، بل فيه تفصيل، وبيانه أن القرض يقع على أبعة أوجه:

- ١ - أن يكون لوجه الله تعالى، فللمقرض الأجر والمثوبة من الله.
 - ٢ - أن يكون لوجه المقرض، أي أن المقرض يقصد استرضاءه وتطييب نفسه، فله عندئذ وجه صاحبه، أي رضاه وطيب نفسه، وهذا سائغ شرعاً.
 - ٣ - أن يكون لنفع المقرض بأخذ زيادة مشروطة، فهذا قرض محرم يراد به أخذ خبيث بطيب.
- وإلى هذه الأنواع الثلاثة أشار ابن عمر رضي الله عنهما بقوله: «السلف على ثلاثة

(١) بلغة السالك ١٦٠/٢، حاشية الدسوقي ٧٧/٣، جواهر الإكليل ١١٢/٢.

(٢) نظرية الضمان الشخصي ص ٧٠٠، «خطاب الضمان» د. المصري، مجلة المجمع ٢/١١١٨.

وجوه: سلف تسلفه تريد به وجه الله، فلك وجه الله، وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك، فلك وجه صاحبك، وسلف تسلفه لتأخذ خبيثاً بطيب فذلك الربا^(١).

٤ - أن يكون لنفع المقرض والمقترض جميعاً من غير مضرة بواحد منهما، كما في السفتجة التي أجازها كثير من محققي الفقهاء، ومن التطبيقات المعاصرة لهذا الوجه: الإيداع الخالي من الفائدة الربوية في الحساب الجاري لدى المصارف، إذ ليس قصد المقرض (المودع) وجه الله ولا وجه البنك ولا الحصول على الفائدة الربوية ولكن أن ينتفع بحفظ ماله وإمكان سحبه في أي وقت ومن أي فرع، وينتفع المصرف باستثمار المال لحسابه^(٢).

الثالث: أن قياس الضمان على الصلاة والصيام في عدم جواز أخذ الأجر غير سديد، فإن الصلاة والصيام من الواجبات العينية على المكلف، والتي يجب أن تكون خالصة لله تعالى، أما الضمان فلا يجب على المسلم أن يضمن ديون الناس كلما طلب منه ذلك^(٣).

والذي يظهر أن الذي دفع فقهاءنا المتقدمين إلى اعتبار الضمان من الواجبات هو العرف المعتاد عندهم، وهو كونه يبذل لمحتاج يستدين ولا يجد من يسلفه إلا بضمان مليء، فيضمنه الغني تفريجاً لكربته، وتفريج الكربة عن المسلم من الواجب على أخيه المسلم، وهذا هو الذي جعل بعض الفقهاء يعتبر أخذ الأجر على الضمان من الرشوة^(٤)، ولا شك أنه

(١) الموطأ ٥١٦/٦ - مع المنتقى.

(٢) «مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة» بحث د. نزيه حماد. مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي مج ٩.

(٣) «مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة» ص ١٠٨، «جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان» ص ١١٣٦.

(٤) المبسوط ٣٢/٢٠.

إذا خلا الضمان من هذه الصورة فلا يقول أحد إنه من الواجب، فإنه الآن يبذل للأغنياء ولذوي الجاه فلم يلجأوا للضمان لسد فاقة أو دفع حاجة وإنما لتسهيل معاملاتهم ومبادلاتهم التجارية، ولو بقي الضمان يقدم تطوعاً وتبرعاً لتعسر على كثير من الناس في أيامنا هذه الحصول عليه، وإن أمكنهم فقد لا يتوفر في الوقت المطلوب، أو بالحجم المنشود، فينبغي أن يتغير الحكم الشرعي تبعاً لتغير العرف^(١).

الرابع: أن إطلاق القول بأن أخذ الأجر على الواجب محرم، فيه نظر، فقد ذكر أهل العلم مسائل متعددة يجوز فيها أخذ الأجر على الواجب العيني، ومن ذلك: «الإرضاع، وتعليم الفاتحة، وإنقاذ الغريق، والرزق على القضاء والحرف حيث تعينت، وحفظ الوديعة وإن تعينت على شخص بعينه»^(٢).

الدليل الرابع:

أن الأجر إنما يستحق شرعاً في مقابلة مال أو عمل، وليس الضمان مالا ولا عملاً، فيكون أخذه بسببه من أكل أموال الناس بالباطل^(٣).

نوقش: «بأن محض الالتزام فيه منفعة مقصودة ومصلحة مشروعة، مشابهة للمنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والوكالة، ولذلك صح كونه محلاً للعقد في الضمان والوديعة، كما جاز مبادلته بالمال في كثير من الفروع والمسائل الفقهية، ومن ذلك:

أ - جواز أخذ الأجر على محض الالتزام بالحفظ في الوديعة..

ب - أن الحنفية والحنابلة^(٤) أجازوا الربح في مقابل الضمان، إذ

(١) «خطاب الضمان» د. المصري ص ١١٧.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٢١، تحفة المحتاج ١٠٠/٧.

(٣) غمز عيون البصائر ٣/١٥٤، الحاوي الكبير ٨/١٢١، بلغة السالك ٢/١٦٠.

(٤) بدائع الصنائع ٧/٥٠٢، المغني ٧/١٢١.

أجازوا شركة الوجوه، وهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال.. ج - ما قرره المالكية من جواز أخذ العوض المالي على صنوف من الالتزامات الجائزة شرعاً، ولو كان محلها ليس بمال، كالتزام الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذه منها، وكالتزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جعل على ذلك.. إلخ^(١). ومن ذلك أيضاً أن الحنابلة وبعض الشافعية والمالكية أجازوا أخذ الأجر على الجاه مطلقاً ولو لم يكن فيه كلفة^(٢).

الدليل الخامس:

أن اشتراط الأجر على الضمان من بيع الغرر. ووجه ذلك: «أن من اشترى سلعة وقال لرجل: تحمل عني بثمنها، وهو مائة على أن أعطيك عشرة دنانير، لم يدر الحميل: هل يفلس من تحمل عنه أو يغيب فيخسر مائة دينار ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة»^(٣).

نوقش: بأن هذا التعليل مقبول لو كان الأجر عوضاً عن الدين المكفول به، ولكنه عوض مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته^(٤).

ويناقش أيضاً: بأن الأصل هو بقاء الدين في ذمة المدين وقدرته على الوفاء، وكونه يفلس أو يغيب أمر عارض، ولا يعني ذلك أن الضامن خسر ماله، بل يبقى ديناً في ذمة المدين، ولو صح اعتبار ذلك غرراً لكان الذي يبيع بيعاً آجلاً قد خاطر بماله كالضامن.

-
- (١) «مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة» ص ١٠٣، وانظر: فتح العلي المالك ١/٢٣٤.
 (٢) الفروع ٤/٢٠٧، شرح المنتهى ٢/٢٢٥، فتاوى النووي ص ١٥٣، تحفة المحتاج ٦/٣٦٥، حاشية الدسوقي ٣/٢٢٤، المعيار المعرب ٦/٢٣٩.
 (٣) شرح مياره على التحفة ١/١٢١.
 (٤) «مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة» ص ١١٥.

الدليل السادس:

أن اشتراط الأجر في الضمان يؤول إلى قرض جر منفعة.

ووجه ذلك: أنه في حال أداء الضامن للمضمون له يكون الضامن مقرضاً للمضمون، فإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له زيادة على ما أقرضه وهو ربا^(١).

نوقش: بأن الضامن إنما ملك المال للمضمون له لا للمضمون، ولهذا لا يصح تسمية الأخير مقرضاً من الضامن، ولا اعتباره كذلك في الأحكام^(٢).

ويجاب: بأنه وإن لم يسلمه المال حقيقة، فإنه نائب عنه في الأداء، فيكون مديناً له بمثل ما أدى عنه.

القول الثاني: جواز أخذ الأجر على الضمان.

وذهب إلى هذا القول بعض المتأخرين^(٣).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أن الأصل في العقود والشروط الحل، ولم يثبت عندهم ما يمنع من اشتراط الأجر على الضمان، فضلاً عن أن الضمان عمل محترم، يعزز من قيمة التزامات العميل المضمون، ويحتمل الضامن بسببه المخاطرة، فكان حرياً أن يستحق الأجر بهذا العمل^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٧/٤٠٥، منحة الخالق على البحر الرائق ٦/٢٤٢، حاشية الدسوقي ٣/٣٤١، المغني ٦/٤٤١.

(٢) «مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة» ص ١١٦.

(٣) منهم: الخفيف، وعبد الرحمن عيسى، وعبد الحليم محمود، ونزيه حماد، وغيرهم. انظر: الربا والمعاملات المصرفية ص ٣٩٠، البنك اللاروي في الإسلام ص ١٣١.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

وتناقش هذه الحجة: بأنه لو نظر إلى الأحكام الشرعية بهذا الاعتبار لكان المقرض أولى بالأجر من الضامن لأن المقرض قد تجشم المخاطرة فعلاً، وبذل المال، وعزز من التزامات المقرض أكثر مما يقدمه الضامن للمضمون، لأن الضامن قد أبدى الاستعداد فقط، أما المقرض فقد باشر بالفعل، فلو قيل بهذا القول لفقد تحريم الربا حجيته، إذ كيف يحرم هذا المقرض الذي تخلى عن ماله، ويسمح للضامن لمجرد تعرضه لأن يؤدي عن المضمون مالاً في المستقبل وقد لا يؤدي، فإن كان الضامن قد خاطر فالمقرض أشد خطورة، وإن كان الضامن قد عزز من إمكانيات المضمون فالمقرض قد عزز أكثر، وإن كان الضامن قد عمل عملاً محترماً، فالمقرض قد عمل ما هو أشد احتراماً ومع ذلك حرم عليه أخذ الأجر والأحكام الشرعية لا ينظر إليها بهذا الاعتبار، وإنما ينظر إليها بالمعيار الشرعي المستنبط من الكتاب والسنة.

الدليل الثاني:

ما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الخراج بالضمان»^(١).
ووجه الدلالة: أن الضامن يغرم في حال عدم تأدية المضمون، فله أن يربح بمقابلة ذلك.

ويناقش: بأن الاستدلال بهذا الحديث في غير محله، فإن موضوع الحديث العقود التي يكون فيها الضمان تبعاً لا أصلاً، كمن اشترى دابة فإنه في مدة الخيار يضمنها، وفي المقابل يستحق منافعها أثناء تلك المدة، فالضمان هنا تابع لعقد البيع، وليس مقصوداً وقد يثبت ما لا يثبت استقلالاً^(٢).

الدليل الثالث:

أن تحريم الأجر على الضمان مبني على العرف، فلذا ينبغي أن يتغير

(١) الحديث سبق تخريجه ص ٤٠٣.

(٢) انظر: بدائع الفوائد ٤/٢٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣٢.

الحكم بتغيير العرف، لأن أعمال التبرعات محكومة بالعرف لا بالنص، بدليل انقلاب كثير من أعمال التبرعات إلى أعمال تؤدي بالأجر كالإمامة والأذان والضيافة، فإذا كان الضمان الذي لا يجوز أخذ الأجر عليه هو الضمان الشخصي المبني على الشهامة أو دفع الكرب عن الناس، فإن الضمان الصادر من المصرف ليس فيه من هذا المعنى شيء، لأنه عمل يؤدي لفئة من رجال الأعمال وهم لا يطلبون شفقة ولا إحساناً^(١).

ويناقش: بأن ما ذكر لا يغير من واقع الأمر شيئاً، لأن الحكم الشرعي إذا لم يكن مرتبطاً بالعرف فإنه يبقى ثابتاً، ولا يتغير بتغيير العرف، وتحريم الأجر على الضمان لا يستند إلى مجرد كونه معروفاً، بل له من الأدلة ما تحكم ببقائه مع تغير العصور والأزمان.

ولو صح ما ذكر لجاز أن يقال: إن القرض إذا كان بقصد الاستثمار، وبذل لرجال الأعمال في بناء المنشآت وتصميم المشاريع، وخرج عن كونه استغلالاً للضعفاء والمساكين جاز أخذ الأجر عليه، لأن الضمان والقرض سواء، وأحسب أنه لو أجزى هذا لم يبق شيء من أحكام الشريعة إلا ويتغير مراعاة للعرف.

الترجيح:

بالنظر في القولين السابقين فإن الذي يظهر للباحث أن إطلاق القول بجواز أخذ الأجر على الضمان أو بمنعه، فيه نظر، بل يصح إذا كان لا يؤول إلى القرض بمنفعة، لأن أدلة المنع لم تسلم من المناقشة سوى الدليل السادس منها، فإذا خلا اشتراط الأجر من هذا المحذور فيجوز، ومما يؤيد ذلك: ما ذكره أهل العلم من جواز أخذ ثمن الجاه، مع أن علل المنع من الأجر في الضمان متحققة فيه، فهو من المعروف، وليس عملاً ولا مألماً، إلا أنه يفارق الضمان بكونه لا يؤول إلى القرض، لأن

(١) ينظر مجلة المجمع ١١٥٨/٢.

صاحب الجاه لا يغرم، بخلاف الضامن فإنه يغرم، وهذا يبين أن الإجماع المحكي في تحريم الأجر على الضمان ينبغي حمله على ما إذا كان يؤدي إلى القرض بمنفعة.

وبناءً على ذلك فيجوز للبنك أن يضمن مدير الاستثمار تجاه المستثمرين، أو جهات التوظيف تجاه الصندوق الاستثماري، ضماناً شخصياً بأجر، إذا كان الضمان الصادر من البنك مسبقاً بتسليم جميع المبلغ المضمون، لأن هذا الأجر ليس في مقابل قرض ولا ما يؤول إلى القرض، فالمصرف لا يدفع من ماله شيئاً وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه^(١).

(١) ينظر: الربا والمعاملات المصرفية ص ٣٩١، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٤٨٧.

المطلب الرابع

تشكيل جمعية تعاونية بين المستثمرين

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان ذلك:

من الحلول الهامة لمعالجة قضية الضمان في الاستثمارات المصرفية: إنشاء صندوق تعاوني (جمعية تعاونية) بين المستثمرين، بحيث تقتطع نسبة معينة من رؤوس أموال المستثمرين، أو من الأرباح المتحققة، وتودع ذلك الصندوق، ويتم تغذيته بشكل دوري.

والهدف من هذا الصندوق التعاوني مواجهة أي انخفاض مستقبلي في الأرباح وتحقيق موازنة في التوزيعات، فضلاً عن حماية رأس المال من أي مخاطر محتملة للاستثمار.

وتتناسب قوة المركز المالي للصندوق الاستثماري مع قيمة الأموال المجمعة في الصندوق التعاوني، وكلما زادت قيمة الأموال المجمعة في هذا الصندوق كلما قوي المركز المالي لصندوق الاستثمار، وقد تصل نسبة الأموال الاحتياطية في بعض الصناديق إلى ما يعادل ضعف رأس مال الصندوق الأصلي^(١).

الفرع الثاني: الحكم الشرعي لذلك:

تقدم الكلام عن حكم هذه العملية، وذلك أثناء حديثنا عن

(١) صناديق الاستثمار الإسلامية ص ٦٩.

مصروفات الاستثمار، وكيفية تحميلها على الصندوق^(١).

وتبين من ذلك أن هذه العملية جائزة، والأساس الذي بني عليه هذا الحكم - مع أن المستثمر قد لا يستفيد بشكل مباشر من هذه المصروفات - هو كونها قائمة على التبرع من قبل المستثمرين.

ويجوز أن ينصب التبرع في هذا الصندوق على ما يكفي لجبر نقصان الربح عن حد معين، بحيث يبقى ما يفيض عن ذلك على ملك المستثمرين، ويمكن أن يكون التبرع بكل ما يقتطع من الربح ويوضع في الصندوق التعاوني، وفي هذه الحالة فإن ما يزيد عن جبر الخسران أو نقصان الربح يصرف في نهاية المشروع في مشاريع خيرية.

وإذا تم تداول وحدات الاستثمار، فإن المالك الجديد بقبوله لشراء الوحدة يعتبر موافقاً على هذا التبرع، لأن لائحة الصندوق تحوي ما يفيد اقتطاع نسبة من الأرباح لتكوين احتياطي لمواجهة مخاطر الاستثمار^(٢).

وقد يثور تساؤل عن وجه التفرقة بين تأمين مخاطر الاستثمار عن طريق الصندوق التعاوني، وتأمينها بالتزام طرف ثالث متبرع، فعلى كلا الحالين الطرف الضامن متبرع، وعلى كلا الحالين قد يكون المتبرع أجنبياً، لأن المستثمرين يتغيرون فقد يستفيد من الأموال الاحتياطية في الصندوق مستثمرون غير المتبرعين به حقيقة، فلماذا أجاز الأول ومنع الثاني؟.

والجواب عن ذلك: أن تأمين الاستثمار عن طريق الصندوق التعاوني ليس ضماناً للمال ولا هو في معنى الضمان، وإنما هو تبرع محض بمبلغ من المال محدد لا علاقة له بقيمة التعويض المحتمل، فقد تكفي الأموال الاحتياطية لجبر النقص في رأس المال وقد لا تكفي، أما في ضمان

(١) انظر: ص ٥٥٢.

(٢) «ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المقارضة» د. حسين حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤/٣/١٨٧٦.

الطرف الثالث - عند من يرى جوازه - فإن الضامن ملزم ولو كان متبرعاً بتعويض كامل نسبة التقصان التي التزم بضمانها .

وجواب آخر: وهو أن أموال الصندوق التعاوني تجمع من أموال المستثمرين، وهم يتحملون مسؤولية الضمان، وكونهم يتغيرون لا يلزم منه أن تبقى أموال المتبرع حتى بعد خروجه، فإنه يسترد قيمة ما دفع عند بيع الوحدة وذلك بما تؤثره هذه الاحتياطات من ارتفاع في قيمة الوحدة .

وبعد: فهذه أهم الحلول المطروحة في الساحة لمعالجة مشكلة الضمان في الاستثمارات المصرفية، وقد تبين من خلال هذه الدراسة أن جميع هذه الحلول لا تخلو من اعتراض، ولم يسلم منها إلا مقترحان:

الأول: وضع صندوق احتياطي يدار بطريقة التأمين التبادلي .

الثاني: تطوع طرف ثالث بالضمان من غير أن يلزم أو يلتزم بذلك .

والحقيقة أن هذين ليسا من الضمان بالمعنى الفقهي .

ومنه يعلم أن «الضمان» و«الشركة» لا يجتمعان بحال، فالشركة اجتماع في المغنم والمغرم: وهذا هو المعنى المميز للاستثمار الإسلامي القائم على مبدأ العدالة، عن الاستثمار الربوي الجائر، فأى حيلة أو ذريعة لإسقاط هذا المبدأ فهي مرفوضة .

إن فكرة تضمين العامل لا تلتقي بحال مع الهدف من إنشاء المصارف الإسلامية ومع الأساس لمنظري المفهوم الإسلامي لعوائد الاستثمار .

لذا فإن من الضروري قبل ملاحقة مسالك النشاط الاقتصادي المتصارعة، والانسياق وراء جزئيات العمليات المصرفية الحديثة أن نعرف مقصود الشارع من حركة النشاط الاقتصادي، والخطوط العريضة التي تحكم هذه الدقائق الفرعية، وأن نتفهم طبيعة الحكم الشرعي وغاياته .

وليس بعيد عن الأذهان أن المنظرين عندما انطلقوا يبشرون بالصحة الاقتصادية كانوا ينتقدون على الصيغ الاستثمارية المصرفية التقليدية أنها تضمن رأس المال وأنها تضمن الربح أيضًا، ويعدون الآثار السلبية لذلك على التنمية والنمو والتوازن الاجتماعي، ولم يكن كل ذلك حماسًا زائدًا، ولا شعارًا للاستقطاب، وإنما كان استجابة لدواعي إحقاق الحق، وعملاً بالقاعدة الشرعية الذهبية التي ارتضاها الفقه الإسلامي لتحكم حركة الاستثمار، وهي قاعدة: الغنم بالغرم، والخراج بالضمان، ولا ربح لمن لا يضمن، فمن لم يتحمل تبعه الاستثمار فجدير به أن لا يستحق شيئًا من الربح^(١).

(١) بتصرف من: محيي الدين أحمد، تعليق على بحث منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي مج ٣.

الفصل الخامس

رهن الشهادات الاستثمارية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الحالات التي ترهن فيها الشهادات الاستثمارية.

المبحث الثاني: شروط العين المرهونة.

المبحث الثالث: حكم رهن الشهادات الاستثمارية.

تمهيد

في التعريف بالرهن ومشروعيته

الرهن في اللغة: الثبوت والدوام.

يقال: ماء رهن، أي راكد، ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة.

ويأتي بمعنى الحبس، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١]. أي محبوس بما كسب^(١).

وفي الشرع: توثقة دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها أو من ثمنها، إن تعذر الوفاء من غيرها^(٢).

والرهن ثابت بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً»^(٣).

(١) مفردات ألفاظ القرآن ص ٣٦٨، القاموس المحيط ص ١٥٥١، لسان العرب ١٣/١٨٨، المصباح المنير ص ٩٢ مختار الصحاح ص ١٠٩.

(٢) وهذا هو تعريف الحنابلة (الإقناع ٢/٣٠٩).
وتعريف الحنفية: «جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون» (الهداية ٩/٦٤).

وتعريف المالكية: «مالٌ قبض توثقاً به في دين» (الخرشي ٥/٢٣٦).
وتعريف الشافعية: «جعل عين مالٍ متمولَةٍ وثيقةً بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه».
(نهاية المحتاج ٤/٢٣).

(٣) الحديث سبق تخريجه ص ٧١٦.

- وقال ابن قدامة: «أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة»^(١).
- وللرهن خمسة أركان:
- ١ - الصيغة: وهي الإيجاب والقبول.
 - ٢ - الراهن: وهو المدين.
 - ٣ - المرتهن: وهو الدائن.
 - ٤ - المرهون: وهو العين التي يوثق بها.
 - ٥ - المرهون به: وهو الحق الثابت في ذمة المدين»^(٢).

(١) المغني ٦/٤٤٤، وانظر: الهداية ٩/٦٥.

(٢) فتح القدير ٩/٦٥، حاشية الدسوقي ٣/٢٣١، روضة الطالبين ٤/٣٨، نيل المآرب ٢/١٢٧.

المبحث الأول

حالات رهن الشهادات الاستثمارية

تستخدم المصارف الشهادات الاستثمارية كأداة لتوثيق الديون المتعلقة بحامل الشهادة أو الصك، وذلك لأن مبلغ الشهادة محجوز لدى البنك لا يستطيع صاحبه سحبه إلا بإخطار البنك.

ورهن الشهادات الاستثمارية له حالان:

الحال الأولي: أن يكون الدين الذي ترهن به الشهادة لنفس البنك المصدر للشهادة.

مثال ذلك: استثمر زيد مبلغًا من المال لدى بنك البحرين الإسلامي، ثم احتاج إلى شراء سيارة بالتقسيط من نفس البنك، فطلب منه البنك أن يرهن شهادته الاستثمارية لدى البنك لتوثيق هذا الدين.

وفي هذه الحال يحسب نصيب الوديعة في الأرباح المتحققة على أساس الفرق بين المبلغ المقرض وأصل الحساب الاستثماري، مع مراعاة المدة التي استخدم فيها كل جزء.

ويثبت الرهن في هذه الحال إما بحيازة البنك للشهادة، أو بالتوثيق الرسمي^(١)، بأن يختم على الشهادة أنها مرهونة، أو يسجل في الحاسب

(١) وهو ما يعرف في القانون باسم «الرهن الرسمي» أو «الرهن السائل» ويكون في الأشياء التي يشترط لتملكها أو تملكها التوثيق الرسمي لدى الجهات المعنية: كالعقارات والسيارات ونحو ذلك.

انظر: البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى ص ١٧٧.

الآلي لدى البنك، وذلك لمنع الراهن من التصرف فيها تصرفاً يخرجها عن ملكه .

الحال الثانية: أن يكون الدائن غير البنك الذي أصدر الشهادة.

مثال ذلك: استثمر زيد مبلغاً من المال لدى بنك البحرين الإسلامي، ثم احتاج إلى شراء سيارة بالتقسيط من بنك البركة الإسلامي - البحرين، فطلب منه البنك الأخير أن يرهن شهادته الاستثمارية الصادرة من بنك البحرين لتوثيق هذا الدين .

مثال آخر: استثمر زيد مبلغاً من المال لدى صندوق الراجحي للأسهم العالمية، ثم اشترى سيارة بالتقسيط من بنك الراجحي، وrehن شهادته الاستثمارية الصادرة من الصندوق لتوثيق الدين .

فالبنك في هذا المثال له شخصية وذمة مالية مستقلة عن الصندوق الاستثماري .

وطريقة إثبات الرهن في هذه الحال كالحال الأولى، إما أن تكون بحيازة الشهادة من قبل البنك الدائن، أو التوثيق الرسمي لها بالختم بما يدل على رهنها، أو إدخال رقم الشهادة في شبكة المعلومات (الحاسب الآلي) المشتركة بين البنوك .

وموجب التفرقة بين الحالين هو أن الرهن في الحال الأولى مقبوض قبضاً حقيقياً من قبل المرتهن، لأن موجودات الشهادة الاستثمارية في حيازة البنك نفسه، فهو دائن وشريك في آن واحد، والعين المرهونة هي حصة المستثمر في تلك الشركة .

أما في الحال الثانية، فإنه يتعذر القبض الحقيقي لموجودات الشهادة، لذا فإن البنك الدائن يكتفي بالقبض الحكمي^(١) .

(١) انظر: «الودائع المصرفية، حسابات المصارف» بحث د. حمد الكبيسي مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة، مجلة المجمع ١/٩ / ٧٦٥، الفتاوى الاقتصادية ص ٢١ .

المبحث الثاني

شروط العين المرهونة

لا خلاف بين الفقهاء على جواز رهن كل متمول يمكن أخذ الدين منه، أو ثمنه عند تعذر وفاء الدين من ذمة الراهن^(١).

ثم اختلفوا في بعض التفاصيل:

فاشترط الحنفية في المرهون ما يلي^(٢):

١ - أن يكون محلاً قابلاً للبيع، فلا يصح رهن الميتة والدم ونحو ذلك لانعدام ماليتها، ولا رهن المجهول أو المعدوم أو غير المقدور على تسليمه.

٢ - أن يكون مفرزاً أي مقسوماً، فلا يجوز رهن المشاع.

٣ - أن يكون مفرغاً عن ملك الراهن، فلا يجوز رهن مشغول بحق الراهن، كدار فيها متاعه.

٤ - أن يكون مميزاً، فلا يجوز رهن المتصل بغيره اتصال خلقة، كالثمر على الشجر بدون الشجر، لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع.

(١) بدائع الصنائع ٨/١٤١، بداية المجتهد ٢/٣٢٧، فتح العزيز ١٠/٦، الشرح الكبير على المقنع ١٢/٣٦٥.

(٢) بدائع الصنائع ٨/١٤١، فتح القدير ٩/٦٩، تبين الحقائق ٦/٧٠، رد المحتار ١٠/٩٧.

وقال الشافعية^(١) والحنابلة^(٢): إن كل عين جاز بيعها جاز رهنها، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه، إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، ولأن ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن.

فيجوز عندهم رهن المشاع سواء رهن عند شريكه أم عند غيره، قبل القسمة أم لم يقبلها، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه، ولا رهن ما لا يصح بيعه كالوقف وأم الولد والكلب والخنزير ونحو ذلك.

وجوز الحنابلة رهن التمر والزرع الأخضر قبل بدو صلاحهما بدون شرط القطع، لأن النهي من البيع لعدم الأمن من العاهة، وبتقدير تلفهما لا يفوت حق المرتهن من الدين.

وقال المالكية^(٣): يجوز رهن كل عين يصح بيعها، وما فيه غرر كعبد أبق وبغير شارد، وثمر لم يبد صلاحه، لأن للمرتهن دفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه بما فيه غرر، لأنه شيء في الجملة فهو خير من لا شيء.

كما جوزوا رهن الدين للمدين إذا كان أجل الدين الرهن مثل أجل الدين الذي فيه الرهن، أو أبعد منه، ولغير المدين إذا قبضه المرتهن.

وخلاصة الشروط التي يذكرها الفقهاء في هذا الباب ما يلي:

١ - أن يكون مالا متقوماً شرعاً.

وهذا الشرط محل اتفاق بينهم.

(١) الحاوي الكبير ١٠٢/٧، فتح العزيز ٦/١٠، روضة الطالبين ٣٨/٤، مغني المحتاج ٤٦/٣.

(٢) الشرح الكبير على المقنع ٣٦٥/١٢، كشاف القناع ١٥٥٢/٥، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٥٨/٥، نيل المآرب ١٤٨/٣.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٨١٢/٢، بداية المجتهد ٣٢٧/٢، حاشية الدسوقي ٢٣١/٣، بلغة السالك ١٠٩/٢.

فلا يصح رهن الميتة والخمر والخنزير لانعدام ماليتها .
ولا خلاف أنه لا يشترط في الرهن أن يكون ملكاً للراهن، فيصح رهن المستعار بإذن المعير باتفاقهم .

قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنائير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل، فإن ذلك جائز»^(١) .

٢ - أن يكون عيناً:

فخرج بذلك الدين، والمنافع، فلا يصح رهنها عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية .

٣ - أن يكون مما يصح بيعه:

فلا يصح رهن أم الولد والوقف ونحو ذلك، ولا رهن المجهول وغير المقدور على تسليمه لأنه لا يصح بيعهما .

وهذا الشرط متفق عليه في الجملة، واستثني منه بعض الصور:

فجوز المالكية رهن المجهول وغير المقدور على تسليمه، وبعضهم - أي بعض المالكية - رخص في الغرر اليسير دون الكثير، وجوز الحنابلة رهن الثمر والزرع الأخضر قبل بدو صلاحهما بدون شرط القطع .

٤ - ألا يكون مما يسرع إليه الفساد، إن كان مما يفسد قبل محل الدين، ولم يشترط المرتهن على الراهن بيعه، وجعل ثمنه مكانه، كالعنب والرطب والبطيخ والطبيخ، وهذا الشرط للشافعية وحدهم، قالوا: لأن بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن، فلم يجب، ولم يصح رهنه .

(١) الإجماع ص ٩٧ .

٥ - أن يكون مفرزاً:

وهذا الشرط للحنفية وحدهم.

فلا يصح عندهم رهن المشاع، وألحقوا بالمشاع:

أ - المتصل بما ليس بمرهون، كما لو رهن أرضاً بدون البناء أو شجراً بدون ثمره، أو ثمرًا بدون شجره.

ب - ما كان متصلًا بملك للراهن، كما لو رهن دارًا فيها متاعه، أو دابة عليها حملة.

٦ - أن يكون مقبوض المرتهن.

وهذا الشرط محل خلاف بين العلماء^(١).

والذي يعيننا في هذه الدراسة هو الشرط الثاني والخامس والسادس، دون ما عداها، لذا ستركز الحديث عنها في المبحث التالي.

(١) انظر في تفصيل هذه الشروط: بدائع الصنائع ١٥٧/٨، شرح الخرشبي ٢٣٦/٥، فتح العزيز ٦/١٠، المغني ٤٥٥/٦، المحلى ٨/٨٩.

المبحث الثالث

حكم رهن الشهادات الاستثمارية

بالتمعن في الشروط السالفة في المبحث السابق نجد أن شروط العين المرهونة تنطبق على الشهادة الاستثمارية، عدا ثلاثة منها، وهي:

١ - كون العين المرهونة مفرزة، أي غير شائعة.

إذ من المعلوم أن الشهادة الاستثمارية تمثل حصة شائعة في موجودات الصندوق، فعلى هذا الشرط، فإنه لا يصح رهنها.

٢ - كونها عيناً لا ديناً.

وهذا الشرط قد يتعذر تحقيقه إذا كانت جميع موجودات الصندوق أو معظمها ديوناً، كما لو كانت استثمارات الصندوق في بيوع المرابحة الآجلة.

٣ - كونها مقبوضة المرتهن.

وهذا الشرط قد لا يتحقق في كل صور رهن الشهادة، فقد يكتفي البنك بختم الشهادة أو تسجيل بياناتها ونحو ذلك.

أما بقية الشروط فهي محققة في الشهادة:

- فهي تمثل مالاً متقوماً شرعاً، والكلام إنما هو في الشهادات التي تستثمر موجوداتها في مشاريع مباحة.

وهي بالطبع مما لا يسرع إليه الفساد.

- وهي معلومة لكل من الراهن والمرتهن، إذ يسجل عليها عدد الوحدات الاستثمارية التي تمثلها، وقيم هذه الوحدات معلنة ومعروفة للجميع، كما أنها مقدور على تسليمها.

ويبقى النظر في شروط: القبض، والإفراز، والعينية، فنحذر كلام أهل العلم في هذه المسائل الثلاث لتبين من خلالها الحكم الشرعي لرهن الشهادة:

المطلب الأول

قبض الرهن

أولاً: تحرير محل النزاع:

١ - اتفق الفقهاء على أن للمرتهن أن يقبض الرهن بنفسه، أو يوكل غيره في قبضه ويجوز أن يتفق الراهن والمرتهن على جعله في يد شخص آخر عدل يرضيانه.

٢ - واتفقوا على أن الرهن جائز في حق المرتهن، فله أن يفسخه متى شاء، لأن العقد شرع لمصلحته.

٣ - واتفقوا على أنه لازم في حق الراهن بعد القبض.

٤ - واتفقوا على أن القبض شرط للرهن.

لكنهم اختلفوا في طبيعة هذا الشرط:

- هل هو شرط صحة؟ فلا يصح الرهن إلا به.

- أم هو شرط لزوم؟ فيصح، ولكن لا يلزم في حق الراهن إلا به.

- أم هو شرط تمام؟ يصح ويلزم الرهن بدونه، لكنه لا يتم ولا يختص المرتهن بالمرهون دون سائر الغرماء إلا به.

ولهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال^(١):

القول الأول: أن القبض شرط لصحة عقد الرهن.

(١) سردت الأقوال قبل الأدلة على غير المعتاد لأن القولين الأول والثاني يشتركان في كثير من الأدلة كما سيأتي.

وإلى هذا ذهب الظاهرية^(١)، وبعض الحنفية^(٢)، وبعض الحنابلة^(٣).
القول الثاني: أن القبض شرط لزوم الرهن، فيصح العقد قبل القبض لكنه غير لازم في حق الراهن، وله أن يفسخ العقد ما لم يقبض المرتهن الرهن.
وهذا مذهب الجمهور من الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة في الرواية المشهورة^(٦).

القول الثالث: أن القبض شرط تمام وكمال، بمعنى أن الرهن يلزم الراهن بالعقد، وعليه أن يقبض المرتهن العين المرهونة، وللمرتهن حق المطالبة بالإقباض، ويجبر الراهن عليه، والقبض يعتبر متمماً للرهن، أي أن المرتهن لا يختص بالرهن دون بقية الغرماء إلا بالقبض.
وإلى هذا ذهب المالكية^(٧)، وبعض الحنابلة^(٨).

استدل أصحاب القول الأول والثاني على أن الرهن شرط للعقد:
بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَوَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾
[البقرة: ٢٨٣].

-
- (١) المحلى ٨٨/٨.
(٢) فتح القدير ٦٦/٩، أحكام القرآن للجصاص ٧١٥/١، الفتاوى الهندية ٤٣٣/٥، الدر المختار ٧٣/١٠.
(٣) منهم الخرقى وابن عقيل وابن عبدوس، انظر: المغني ٤٤٦/٦، شرح الزركشي ٤/٢٧، الإنصاف ٢٩١/١٢، المبدع ٢٢٠/٤، مجموعة الرسائل والمسائل النجدية ١/١١٨.
(٤) بدائع الصنائع ١٦١/٨، البحر الرائق ٢٦٣/٨، فتح القدير ٦٦/٩، الجوهرة النيرة ١/٢٢٦.
(٥) الأم ١٤٢/٣، فتح العزيز ٦٢/١٠، مغني المحتاج ٥٨/٣، حاشية البجيرمي ٣٧٠/٢.
(٦) المغني ٤٤٥/٦، الإنصاف ٣٩١/١٢، المحرر في الفقه ٣٣٥/١، العدة شرح العمدة ٣٣٧/١.
(٧) الكافي لابن عبد البر ٨١٣/٢، شرح مياره ١٠٦/١، حاشية الدسوقي ٢٣١/٣، الفواكه الدواني ١٦٥/٢.
(٨) المغني ٤٤٦/٦، الإنصاف ٣٩٢/١٢، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٦١/٥، المجموعة الكاملة لابن سعدي ١٥١/٤.

والاستدلال بهذه الآية من وجوه خمسة:

الوجه الأول: أن قوله: «فرهان» مصدر مقرون بحرف الفاء واقع في جواب الشرط، فيفيد الأمر، والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه^(١).

نوقش: بأن «الرهان» ليست مصدرًا، بل إنها جمع رهن بمعنى مرهون، كالنعل والنعال، بدليل وصفها بأنها «مقبوضة» بالتأنيث^(٢).

الوجه الثاني: أن الآية معطوفة على ما تقدم وهو قوله ﷻ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والعطف يقتضي التشريك.

فلما كان استيفاء العدد المذكور والصفة المشروطة للشهود واجبًا، وجب أن يكون كذلك حكم الرهن، فيما شرط له من الصفة فلا يصح إلا عليها^(٣).

ويناقش: بأن هذا استدلال بدلالة الاقتران، وهي ضعيفة عند الأصوليين، بدليل قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَءَاتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١].

فعطف واجبًا على مباح^(٤).

الوجه الثالث: أن الله ﷻ «وصف الرهن بالقبض، فوجب أن يكون شرطًا في صحته كوصف الرقبة بالإيمان، والاعتكاف بالمسجد»^(٥).

الوجه الرابع: «أنه ذكر غير الرهن من العقود ولم يصفها بالقبض،

(١) العناية ٦٧/٩.

(٢) الكفاية ٦٨/٩، تكملة فتح القدير ٦٨/٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٧١٤/١.

(٤) انظر: شرح الكوكب المنير ٢٦٠/٣.

(٥) الحاوي الكبير ٩٧/٧، وانظر: المغني ٤٤٦/٦.

وذكر الرهن ووصفه بالقبض، فلا يخلو أن يكون وصف الرهن بالقبض: إما لاختصاصه به أو ليكون تنبيهاً على غيره، وأيهما كان فهو دليل على لزومه فيه^(١).

الوجه الخامس: «أن ذكر القبض يوجب فائدة شرعية.. ولا فائدة في ذكره إن لم يجعل القبض شرطاً في صحته»^(٢).

نوقش الاستدلال بالأوجه الثلاثة الأخيرة:

«بأن الله ذكر - في هذه الآية - للعباد أعلى الحالات التي يتوثقون بها لحقوقهم، فذكر - قبل ذلك - شاهدين رجلين، ثم نقلهم إلى رجل وامرأتين، ومن المعلوم قبول شهادة رجل وامرأتين، ولو مع وجود رجلين، ولكن الرجلين أكد، بل وكذلك ثبت أنه ﷺ قضى في الحق بشاهد وعين المدعي، فلا يقال: إن ظاهر الآية عدم قبول ذلك، فكذلك الرهن إذا لم يقبض لا يقال: إنه لا يثبت، بل يقال: إن الرهن المقبوض أزيد وثيقة لصاحب الحق، والرهن الذي لم يقبض لم تنفه الآية، وأثبتته الأدلة الأخرى»^(٣).

واستدل أصحاب القول الثاني على أن الرهن غير لازم قبل القبض بما يلي:

الدليل الأول:

الآية السابقة.

ووجه الدلالة منها: أن الله تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة، وهذا يقتضي أن لا تكون لازمة قبل القبض إذ لو لزم بدون القبض لم يكن للتقييد به فائدة^(٤).

(١) الحاوي الكبير ٩٧/٧.

(٢) الحاوي الكبير ٩٧/٧.

(٣) المجموعة الكاملة لابن سعدي ٥٥١/٤.

(٤) نهاية المحتاج ٢٥٤/٤، مغني المحتاج ٥٨/٣.

ويناقدش: بأن التقييد له فائدة وهو إجبار الراهن على تسليم الرهن، وأن يقدم المرتهن على سائر الغرماء عند الفلاس أو الموت.

الدليل الثاني:

أن الرهن عقد تبرع يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض والهبة^(١).

ويناقدش من وجهين:

الأول: عدم التسليم بأن الرهن عقد تبرع بل هو عقد استيثاق فيه معنى المعاوضة: «لأن الراهن وإن لم يستوجب شيئاً على المرتهن ابتداءً فقد استوجب عليه شيئاً في البقاء، وهو صيرورة المرتهن مستوفياً لدينه عند الهلاك، فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه»^(٢).

الثاني: أن المنازعين وهم المالكية يمنعون حكم الأصل، لأن الهبة والقرض يلزمان عندهم بالعقد^(٣)، فبطل القياس، لأن من شروط صحة القياس أن يكون الأصل المقيس عليه متفقاً على حكمه^(٤).

الدليل الثالث:

«أنه عقد لا يلزم وارث العاقد بمجرد القول، فوجب أن لا يلزم العاقد بمجرد القول»^(٥).

ويناقدش: بأن الحيابة شرط تمام الرهن فإذا مات الراهن أو أفلس قبل أن يحوزه المرتهن فهو عقد لم يكتمل شرطه، فيكون المرتهن أسوة الغرماء ولا يختص بالرهن^(٦).

(١) المغني ٤٤٦/٦، بدائع الصنائع ١٤٥/٨، تكملة فتح القدير ٦٧/٩.

(٢) تكملة فتح القدير ٦٦/٩.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣، شرح الخرشي ٢٣٢/٥، جواهر الإكليل ٢١٢/٢.

(٤) انظر: شرح الكوكب المنير ٢٧/٤.

(٥) الحاوي الكبير ٩٨/٧، المغني ٤٤٦/٦.

(٦) انظر: الفواكه الدواني ١٦٦/٢.

واستدل أصحاب القول الثالث على أن القبض ليس بشرط للرهن وإنما متمم له بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

والاستدلال بهذه الآية من وجهين:

الأول: «أن الله أثبتها رهاناً قبل القبض»^(١).

وهو ما يفيد أنها قد تكون رهاناً قبل أن تقبض لأن الوصف خارج عن حقيقة الموصوف.

الثاني: «أن قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ أمر، لأنه لو كان خبراً لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض.. فيثبت أنه أمر»^(٢).

ويناقش الوجه الأول: بأن كون العقد قبل قبض يسمى رهناً، مسلمٌ فيه، لكن لا دلالة فيها على أنه يكون لازماً.

ويناقش الوجه الثاني بما يلي:

١ - أنه لو كان المعنى ما ذكرتم لكان إلزاماً بأصل الرهن، وأنتم لا تقولون به.

٢ - ولو صح هذا المعنى لكان مقتضاه وجوب القبض على المرتهن، لأنه قال: «مقبوضة» والذي يقبض هو المرتهن، ولا قائل بذلك من أهل العلم.

الدليل الثاني:

قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ [الإسراء: ٣٤].

(١) المنتقى شرح الموطأ ٢٥٨/٧.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٢٥٨/٧.

ووجه الاستدلال من هاتين الآيتين: أن الرهن عقد، وعهد، فوجب الإيفاء به من غير توقف على القبض^(١).
نوقش: بأن هذه الآيات مخصوصة بأدلة القول الأول^(٢).

الدليل الثالث:

أن الرهن وثيقة بالدين، فيكون لازماً بمجرد العقد كالكفالة والضمان^(٣).

نوقش: «بأن المعنى في الضمان أنه لما تم بالضامن وحده من غير قبول، تم بالقول^(٤) وحده، ولما لم يتم الرهن بالراهن وحده حتى يقترب به القول، جاز أن لا يلزم بالقول وحده^(٥). ويمكن أن يفرق أيضاً أن الكفالة محلها الذمة ويتعذر فيها القبض بخلاف الرهن فإن محله العين المرهونة.

الدليل الرابع:

أنه عقد يختص بالمال فكان لازماً بمجرد القول، كالبيع^(٦).
نوقش: بأن البيع عقد معاوضة، والرهن عقد إرفاق فلا يصح قياس أحدهما على الآخر^(٧).

الترجيح:

بالنظر في هذه الأقوال وأدلتها نجد أن كل قول اعتمد في استدلاله على قول الله تعالى: ﴿فَوَهَنُ مَقْبُوضَةً﴾ مع أن الآية إنما وصفت الرهن

(١) الجامع لأحكام القرآن ٣/٢٥٦.

(٢) الحاوي الكبير ٧/٩٨.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٧/٢٥٨.

(٤) في المطبوع: «تم بالقبول وحده» وما أثبتته هو الذي يقتضيه السياق.

(٥) الحاوي الكبير ٧/٩٨.

(٦) بداية المجتهد ٢/٣٣٢، المغني ٦/٤٤٩، الحاوي الكبير ٧/٩٨.

(٧) المغني ٦/٤٤٦.

بكونه مقبوضاً فحسب، وذلك يقتضي أن يكون القبض شرطاً فيه، وليس فيها ما يدل على كونه شرط صحة أو لزوم أو تمام. لذا فإن الاستدلال بالآية على أي من هذه الأقوال الثلاثة غير ظاهر، ويبقى النظر فيما عداها من الأدلة.

والأدلة التي استند عليها أصحاب القول الأول والثاني لا تخلو من مقال، أما الآية فقد سبق الجواب عنها، وأما قياسهم على عقود التبرعات كالقرض والهبة فهو بعيد لأن الهبة والصدقة وغيرها تبرع محض، والرجوع فيه لا يترتب عليه ضرر على الغير، بخلاف الرهن فإنه عقد استيثاق يتعلق به حق للمرتهن، ورجوع الراهن فيه أو تصرفه فيه يؤدي إلى الإضرار بالمرتهن بفقدان ما يستوثق به حقه، والضرر مدفوع في الشريعة.

لذا فإن القول الراجح هو أن القبض شرط تمام لا شرط صحة ولا لزوم، ويؤيد ذلك:

١ - أن الأدلة في هذه المسألة متوازنة، فيبقى الرجوع إلى الأصل، والرهن عقد، والأصل في العقد وجوب الوفاء مطلقاً للآيات الآمرة بالوفاء بالعقود والعهود.

٢ - أن مقصود الرهن وهو الاستيفاء يتحقق حتى وإن لم يكن قبض.

٣ - أن الناس يحتاجون إلى ذلك، لأن المدين قد لا يتمكن من رفع يده عن عقاره الذي فيه معيشته، وصاحب السيارة قد لا يتمكن من تسليم سيارته التي فيها قوته، فلو ألزم الناس بالقبض لكان فيه مشقة بالغة عليهم، ولو قيل: إنه قبل القبض لا يلزم لم يأمن الدائن من خيانة المدين وتلاعبه.

فالعدل يقتضي أن يلزم الراهن بموجب ما عقده، وإن لم يكن قبض^(١)، والله أعلم.

(١) وقد جرى القضاء في المملكة على لزوم الرهن قبل القبض في العقارات خاصة، ففي =

استدامة القبض:

حيث ترجح لزوم الرهن مع عدم القبض ابتداءً فلزومه مع عدم استدامة القبض من باب أولى، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

وقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن استدامة القبض ليست شرطاً في صحة الرهن أو لزومه، فإذا تم القبض للرهن من جهة المرتهن أو عدل صح الرهن ولزم، ثم إذا خرج من يد المرتهن أو العدل فيما بعد إلى الراهن لينتفع به أو إلى غيره لم يؤثر ذلك في صحة الرهن أو لزومه. وهذا هو مذهب الشافعي^(١).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

الأدلة - السابقة - على أن القبض ليس شرطاً في صحة الرهن أو لزومه.

ووجه الاستدلال منها: أنه إذا ثبت لزوم الرهن مع عدم القبض ابتداءً فلزومه مع عدم استدامة القبض أولى، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، وكل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء، وقد يعتبر في الابتداء ما لا يعتبر في الاستدامة^(٢).

= جواب لسماحة الشيخ محمد بن إبراهيم رحمته الله عن سؤال موجه إليه من مدير البنك الزراعي، ما نصه: «ونفيدكم أن العمل الجاري وعليه الفتوى لزوم الرهن في الأراضي الزراعية ولو لم يقبض، حيث إن القول بقبضها فيه حرج ومشقة على أصحابها، وتعطيل لهم عن الانتفاع بها بالاستغلال والاستصلاح، وعليه فلا مانع من رهن العقارات الزراعية المساقى عليها ولو لم تقبض، إذ إن المساقاة لا تمنع استحقاق البنك بيع الرهن متى اقتضاه الأمر ذلك، وبالله التوفيق» فتاوى ابن إبراهيم ٢١٦/٧.

(١) الحاوي الكبير ١٠٤/٧، فتح العزيز ١١٩/١٠، نهاية المحتاج ٢٦٥/٤.

(٢) المغني ٤٤٩/٦.

الدليل الثاني:

قوله عليه الصلاة والسلام: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(١).
 ووجه الاستدلال منه: «أن النبي ﷺ جعل الرهن مركوباً ومحلوباً، ولا يخلو أن يكون ذلك للراهن أو للمرتهن، فلم يجز أن نجعل ذلك للمرتهن لأمرين:

أحدهما: إجماعهم أن المرتهن لا يستحق ذلك.

والثاني: أنه جعل على الراكب والشارب نفقة الرهن، والنفقة الواجبة على الراهن دون المرتهن.

فثبت بهذين جواز ذلك للراهن، فصار مستحقاً لإزالة يد المرتهن عنه، ثم لم يزل حكم الرهن عنه»^(٢).

ويناقش الوجه الأول: بأن دعوى الإجماع غير مسلمة، فالحنابلة^(٣) يرون جواز انتفاع المرتهن بالرهن المركوب والمحلوب بقدر نفقته ولو بلا إذن الراهن، ويوافقهم الأحناف^(٤) والمالكية^(٥) إذا كان ذلك بإذنه.

ويناقش الوجه الثاني: «بأن قوله: «بنفقته» يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة، وإنما ذلك حق المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر»^(٦).

الدليل الثالث:

«أن القبض في الرهن أوسع من القبض في البيع لجواز اشتراط

(١) الحديث سبق تخريجه ص ٧١٦.

(٢) الحاوي الكبير ١٠٤/٧.

(٣) المغني ٥١١/٦.

(٤) حاشية الطحطاوي ٢٣٦/٤.

(٥) بلغة السالك ١١٢/٢، حاشية الدسوقي ٢٤٦/٣.

(٦) المغني ٥١٢/٦.

الرهن على يد عدل، فلما لم تكن استدامة القبض في البيع - مع قوته - شرطاً في صحته فلأن لا تكون استدامة القبض في الرهن - مع ضعفه - شرطاً في صحته أولى^(١).

ويناقد من وجهين:

الأول: أن المقصود من البيع هو التملك وهو لا يفتقر إلى استدامة القبض، بخلاف الرهن فإن المقصود منه الاستيثاق، فناسب اشتراط استدامة القبض فيه.

الثاني: أن هذا الدليل حجة عليكم - أعني الشافعية الذين اشترطوا ابتداء القبض لصحة الرهن -، فلم تقولوا بمقتضاه في ابتداء القبض، فالبيع لا يشترط لصحته ولا للزومه ابتداء القبض ولا استدامته، فيما أن تُعملوا هذا الدليل في الموضوعين معاً - وهو الأولى - أو تهملوه فيهما معاً، وإلا كان تناقضاً.

الدليل الرابع:

أن استدامة القبض إما أن تكون حسية أو حكمية، والأولى ليست بشرط قطعاً للاتفاق على جواز وضعه عند عدل، فثبت أن الشرط هو الاستدامة الحكمية، وهو معتبر وإن خرج من يد المرتهن باستحقاق لأنه في حكم المقبوض له فهو لا يخرج عن سلطانه ولا يحال بينه وبينه^(٢).

القول الثاني: أن استدامة القبض شرط لبقائه لازماً.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) الحاوي الكبير ١٠٥/٧.

(٢) الحاوي الكبير ١٠٥/٧.

(٣) بدائع الصنائع ١٦٢/٨، البحر الرائق ٢٧٧/٨، تبين الحقائق ٦٥/٦.

(٤) المدونه ٢٠٢/٣، بداية المجتهد ٣٣٢/٢، أحكام القرآن لابن العربي ٢٦١/١، مواهب الجليل ٨٣/٣.

(٥) المغني ٤٤٩/٦، الفروع ٢١٦/٤، غاية المنتهى ٢٦٢/٣.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن وصف الرهان بأنها مقبوضة يقتضي الدوام لغة^(١).

ويناقش: بما سبق في مناقشة الاستدلال بالآية على ابتداء القبض، وهو أن الآية لا حجة فيها لأنها تتناول أعلى درجات التوثيق لا مطلق التوثيق.

الدليل الثاني:

أن مقصود الرهن هو التوثيق، ولا يكون إلا بالحبس الدائم للمرهون في يد المرتهن^(٢).

ويناقش: بأن الحبس الحكمي كافٍ في صيانة حق المرتهن.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن استدامة القبض ليست شرطاً لبقائه لازماً، لقوة أدلة القول الأول، وسلامتها من المناقشة.

(١) بدائع الصنائع ١٦٢/٨، بداية المجتهد ٣٣٢/٢.

(٢) المبسوط ٦٩/٢١، المغني ٤٤٩/٦.

المطلب الثاني

رهن المشاع

اختلف العلماء في حكم رهن المشاع على قولين:

القول الأول: جواز رهن المشاع من الشريك، ومن غيره، سواء أمكنت قسمته أم لا.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَوَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة من الآية: أن كلمة «رهان» في الآية نكرة في سياق الشرط فتعم كل ما يمكن أن يوثق به، فتشمل المشاع والمقسوم، وحتى على قول من يرى من الأصوليين أن النكرة في سياق الشرط لا تعم، فإنها

(١) المدونة ١٣١/٤، المنتقى شرح الموطأ ٢٥٩/٧، بداية المجتهد ٣٣٠/٢، التاج والإكليل ٥٤١/٦.

(٢) الأم ١٩٤/٣، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٧٥/٣، تحفة المحتاج ٥٥/٥، فتاوى السبكي ٣٠١/١.

(٣) المغني ٤٥٦/٦، الإنصاف ٣٦٩/١٢، الفروع ٢١٢/٤، كشاف القناع ١٥٥٦/٥.

(٤) المحلى ٨٨/٨.

حينئذٍ مطلقة، فلم تقيد بكونها مشاعة أو مقسومة، وما أطلق فلا يصح تقييده إلا بدليل^(١).

الدليل الثاني:

أن موجب الرهن استحقاق البيع في الدين، والمشاع عين يجوز بيعها فيصح رهنها كالمقسوم^(٢).

نوقش: بأن هناك فرقاً بين بيع المشاع ورهنه، فإن موجب البيع ملك المبيع، وموجب الرهن استحقاق الحبس الدائم^(٣).

ويجاب: بعدم التسليم بأن موجب الرهن الحبس الدائم، بل موجب استيفاء الدين منه.

القول الثاني: عدم صحة رهن المشاع مطلقاً من الشريك أو من غيره، سواء أمكنت قسمته أم لا.

وهذا مذهب الحنفية^(٤)، قالوا: لكن لو رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن عند كل واحد منهما، وكذا يجوز لو رهن رجلان بدين عليهما لرجل رهنًا واحدًا.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

«أن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء، واستحقاق الحبس الدائم، ولا يتصور الحبس الدائم في المشاع، لأنه يبطل بالمهاياة^(٥) قبضه، كأنه

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٢٦١/١.

(٢) الحاوي الكبير ١٠٦/٧، المغني ٤٥٦/٦.

(٣) المبسوط ٦٩/٢١.

(٤) بدائع الصنائع ١٦٤/٨، العناية ٨٢/٩، مجمع الأنهر ٥٩٣/٢، مجمع الضمانات ص ١٠٠.

(٥) المهاياة: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. درر الحكام شرح غرر الأحكام ٤٢٦/٢.

رهنه يوماً ويوماً لا»^(١).

فهذا الدليل مبني على ما سبق من أن الحنفية يرون أن موجب الرهن استدامة القبض، فإذا كان المرهون مشاعاً لم يتحقق ذلك، لأنه يحتاج إلى المهايأة مع المالك في الإمساك فينتفع به المالك يوماً بحكم الملك، ويحفظه المرتهن يوماً بحكم الرهن، فهو بمنزلة قولك: رهنتك يوماً، ويوماً لا، ولا يجوز مع شريكه أيضاً لأن ثبوت اليد في المشاع لا يتصور، ولأنه لو جاز لأمسكه يوماً بحكم الرهن، ويوماً بحكم الملك^(٢).

نوقش:

١ - بعدم التسليم بأن المقصود من الرهن هو الحبس بل المقصود استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره^(٣).

٢ - وبأن قبضه حكم مستدام، وخروجه في يوم المهايأة عن يده لا يزيل حكم قبضه عنه، وإن حصل في يد غيره، فصار كمن رهن شيئاً على أن يكون في يد مرتنه يوماً، وعلى يد عدل يوماً^(٤).

الدليل الثاني:

القياس على الهبة والنكاح، فإن هبة المشاع الذي تمكن قسمته فاسدة، والنكاح إذا أضيف إلى نصف المرأة، كان باطلاً بالاتفاق^(٥).

ويناقد من وجهين:

الأول: عدم التسليم بأن هبة المشاع لا تصح بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فالعفو هنا

(١) البحر الرائق ٢٧٥/٨، أحكام القرآن للجصاص ١/٧١٥.

(٢) المبسوط ٢١/٦٩، معين الحكام ص ١٣٩، الجوهرة النيرة ١/٢٢٨.

(٣) المغني ٦/٤٥٦.

(٤) الحاوي الكبير ٧/١٠٧.

(٥) المبسوط ٢١/٧٠.

هبة ما يجب من نصف الصداق، فلم يفرق بين أن يكون مما ينقسم أو مما لا ينقسم.

الثاني: وأما النكاح فإن هناك فرقاً بين المقصود من النكاح والمقصود من الرهن، فالمقصود من النكاح حل الزوجة، والشيوخ ينافيه، والمقصود من الرهن الاستيفاء، والشيوخ لا ينافيه.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو جواز رهن المشاع لقوة أدلته، ولأن الدليل الذي بنى عليه المانعون قولهم غير مسلم لهم أصلاً.

المطلب الثالث

رهن الدين

رهن الدين له صورتان:

١ - إما أن يرهنه ممن هو عليه، مثل أن يكون لزيد دين على بكر يساوي (٥٠) ألف ريال، فيشتري زيد منه سلعة بـ (٢٠) ألفاً مؤجلة، ويجعل دينه السابق (٥٠) ألف ريال رهناً لديه.

٢ - وإما أن يرهنه من غير من هو عليه، مثل أن يشتري زيد من عمرو بئمن لأجل، ولزيد دين على بكر، فيقول زيد لعمرو: جعلت الدين الذي لي على بكر رهناً تحت يدك حتى يأتيك الثمن.

ولا خلاف بين الفقهاء على صحة رهن الدين في غير الابتداء، وذلك كما لو تلفت العين المرهونة بعد قبضها فألت ديناً في ذمة متلفها.

واختلف الفقهاء في حكم رهن الدين ابتداءً على قولين:

القول الأول: عدم صحة رهن الدين، سواء رهنه ممن هو عليه أو من غيره.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والشافعية^(٢) والحنابلة في

(١) الميسوط ٦٩/٢١، أحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١، رد المحتار ١٢٥/١٠، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ٩٧/٢.

(٢) فتح العزيز ٣/١٠، روضة الطالبين ٣٨/٤، أسنى المطالب ١٤٣/٢، مغني المحتاج ٤٦/٣.

الرواية المشهورة^(١) والظاهرية^(٢).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿فَوَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة، فلا تصح إلا مقبوضه، والدين لا يمكن قبضه، إذ لو أمكن قبضه لصار عيناً^(٣).

ويناقد من وجهين:

الأول: عدم التسليم بأن الرهن لا يصح إلا بالقبض.

الثاني: وعلى فرض صحته فإن قبض كل شيء بحسبه فقبض العقار بالتخلية، وقبض المنقول بالنقل وقبض الدين يقبض وثيقته أو الإشهاد، كما سيأتي.

الدليل الثاني:

«أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض، وقبض المرتهن له هنا لا يصادف ما يتناوله العقد لأنه فرع عن أخذ المالك له، وإذا أخذه خرج عن أن يكون ديناً»^(٤).

ويناقد: بعدم التسليم بأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض لما سبق في المطلب الأول.

(١) الإنصاف ٣٥٩/١٢، شرح المنتهى ٢٢٨/٢، كشاف القناع ١٥٥١/٥، حاشية الروض المربع للعنقري ١٥٩/٢.

(٢) المحلى ٨٨/٨.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١.

(٤) شرح البهجة ٧٦/٣، نهاية المحتاج ٢٣٨/٤.

الدليل الثالث:

أن الدين غير مقدور على تسليمه لأنه في ذمة المدين، ففيه غرر^(١).
نوقش: بأن الغرر الذي لا يغتفر هو غرر المعاوضات، وأما التوثقات فإنها زيادة على مجرد المعاملة، فيها مصلحة لمن له الحق، وإذا كان الحق له ورضي أن تكون توثقته ناقصة أو ديناً، فلا شيء يمنع من ذلك^(٢).

الدليل الرابع:

أن الرهن وثيقة بالدين، والدين قبل قبضه غير موثوق به، فإذا قبض صار عيناً لا ديناً^(٣).

ويناقش: بأن التوثيق بالرهن وإن كان ديناً فهو خير من عدم التوثيق مطلقاً، واحتمال عدم وفائه كاحتمال تلف العين المرهونة.

القول الثاني: جواز رهن الدين مطلقاً، سواء رهنه ممن هو عليه أو من غير من هو عليه.

وهذا مذهب المالكية^(٤)، والشافعية في قول مرجوح^(٥)، والحنابلة في رواية صححها صاحب الإنصاف^(٦)، وصاحب الإقناع^(٧).

واشترط المالكية في رهن الدين للمدين أن يكون أجل الدين الرهن

(١) فتح العزيز ٣/١٠، مغني المحتاج ٤٦/٣.

(٢) المجموعة الكاملة لابن سعدي ١٥١/٤.

(٣) تحفة المحتاج ٥٥/٥.

(٤) المنتقى شرح الموطأ ٧/٢٦٢، حاشية الدسوقي ٣/٢٣١، بلغة السالك ١١١/٢، مواهب الجليل ٣/٥.

(٥) المنثور في القواعد ٣/١٣٩، حاشية الشبراملسي ٤/٢٣٤، تحفة المحتاج ٥٥/٥، حاشية قليوبي وعميرة ٢/٣٢٧.

(٦) الإنصاف ١٢/٢٩٨، وانظر المجموعة الكاملة لابن سعدي ١٥١/٤.

(٧) الإقناع ٢/٢٩٨، وانظر شرح الزركشي ٤/٢٥.

مثل أجل الدين الذي فيه الرهن، أو أبعد منه، فإن كان أجل الدين الرهن أقرب، أو كان الدين الرهن حالاً منع، لأدائه لـ «أسلفني أسلفك» إن كان الدينان من قرض، ولأدائه لاجتماع بيع وسلف إن كانا من بيع.

واشترطوا لرهن الدين لغير المدين قبضه بالإشهاد على حوزة، ودفع الوثيقة للمرتهن^(١).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أن موجب الرهن استحقاق البيع في محل الحق، والدين يجوز بيعه، فجاز رهنه^(٢).

ويناقش: بأن المنازعين لا يسلمون بصحة بيع الدين^(٣)، فلا يصح الاحتجاج عليهم بذلك.

الدليل الثاني:

أن رهن الدين ممن هو عليه أكد قبضاً من المعين^(٤).

الدليل الثالث:

أن الرهن توثقة بحق ثابت بدونها، وإنما فائدته أن يتوثق صاحب الدين بوثيقة الرهن، فاستيثاقه ولو بدين خير من لا شيء^(٥).

الدليل الرابع:

أن الحق للمرتهن فإذا رضي بذلك فيلزم ما تراضيا عليه^(٦).

(١) حاشية الدسوقي ٢٣١/٣، بلغة السالك ١١١/٢.

(٢) الإنصاف ٢٩٨/١٢، فتح العزيز ٣/١٠.

(٣) ينظر: البحر الرائق ١٢٩/٦، نهاية المحتاج ٩٢/٤، شرح المنتهى ٢٢٢/٢.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٢٦١/١.

(٥) الاختيارات الجلية مع نيل المآرب ١٢٨/٣.

(٦) المجموعة الكاملة لابن سعدي ١٥١/٤.

الترجيح:

- الراجح - والله أعلم - هو جواز رهن الدين من المدين ومن غيره،
لما يلي:
- ١ - أن الدين يجوز بيعه على القول الصحيح، وقد سبق ترجيح ذلك.
 - ٢ - أن حجة المانعين مبنية على أصل ضعيف وهو أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض.
 - ٣ - ولأن المرتهن قد يرجو من المدين الآخر ما لا يرجو من المدين الأصلي.
 - ٤ - ولأن الرهن من عقود التوثيق، وهي أوسع من عقود المعارضات فإذا جاز بيع الدين فرهنه أولى بذلك.

المطلب الرابع

تنزيل أحكام المسائل الثلاث

السابقة على الشهادات الاستثمارية

الذي نخلص إليه من دراسة المسائل الثلاث السابقة في حكم رهن شهادات الوحدة الاستثمارية، ما يلي:

١ - لا يجوز رهن الشهادات الاستثمارية مطلقاً في المذهب الحنفي، لأنها من رهن المشاع، ورهن المشاع عندهم لا يجوز. أما عند الجمهور فهو صحيح.

٢ - لا يجوز رهن الشهادات الاستثمارية إذا كانت جميع موجوداتها أو نسبة كبيرة منها ديوناً، عند جمهور العلماء، لأنه من رهن الدين، وهو لا يصح عندهم خلافاً للمالكية الذين يرون صحة رهن الدين.

٣ - لا يجوز رهن الشهادات الاستثمارية عند الظاهرية إذا لم يقبض البنك المرتهن الشهادة الاستثمارية، وعند الحنفية والشافعية والحنابلة يصح الرهن ولكن لا يلزم، أما عند المالكية فهو صحيح ولازم.

٤ - إذا قبض البنك المرتهن الشهادة الاستثمارية ثم أعادها إلى المستثمر صار الرهن جائزاً عند الحنفية والمالكية والحنابلة، أما عند الشافعية فيبقى لازماً كما كان.

وعلى القول الذي رجحه الباحث في المسائل الثلاث السابقة يتبين ما يلي:

أ - يجوز رهن الشهادة الاستثمارية مطلقاً من البنك المصدر للشهادة

أو من غيره، سواء أكانت موجودات الشهادة نقوداً أم أعياناً أم ديوناً أم مختلطة، بناءً على صحة رهن المشاع، والدين.

ب - يلزم الرهن المستثمر بمجرد العقد، ولا يفتقر ذلك إلى قبض الشهادة أو الإشارة عليها.

فإذا لزم الرهن لم يصح تصرف المستثمر بها ملكيتها لأنها مشغولة بحق المرتهن، والأولى - موافقة لرأي الجمهور - أن يتم إقباض الرهن.

ويعتبر التوثيق الرسمي للرهن كافيًا في القبض الحكمي للشهادة، فإذا ختم البنك على الشهادة أنها مرهونة، أو أشار بذلك على رقمها في شبكة المعلومات، فإن ذلك يعد قبضاً شرعياً، لأن هذا التوثيق يمنع المستثمر من التصرف في الشهادة المرهونة بما يضر المرتهن، من بيع أو رهن أو غير ذلك، ويعطى المرتهن الحق في استيفاء حقه من قيمة الشهادة عند تعذر الاستيفاء من غيرها.

وقبض كل شيء بحسبه، فقبض الدنانير والدرهم بالمناولة، وقبض الدور بدفع المفاتيح، وقبض الأرض بالتخلية، وقبض المشاع أن يسلمه إليه وليس دونه حائل، ويعرف مقدار نصيبه - كما في قبض المشاع في البيع - إذ لا يتصور أن يكون في البيع قبض للمشاع ولا يكون في الرهن كذلك.

وقد نص أهل العلم على أن المرجع في القبض إلى العرف، قال في معالم السنن: «القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها»^(١).

والرهن الرسمي في هذا العصر في مثل قوة الرهن الحيازي، بل

(١) معالم السنن ٥/١٣٧.

أفضل فإن الرهن - بحيازته - يكون معرضاً للتلف والضياع والنقصان وغير ذلك، وقد يبقى معطلاً من غير أن ينتفع به الراهن أو المرتهن، بخلاف ما إذا كان بيد مالكة، ينتفع به ويقضي حوائجه منه، ويكون تحت ضمان يده.

ومما يؤكد صحة ذلك:

١ - أن علة اشتراط القبض في الرهن - كما ذكرها الفقهاء - هي تمكن المرتهن من استيفاء دينه ببيع المرهون عند الحاجة، وهذا المقصود حاصل بالتوثيق الرسمي.

٢ - أن التوثيق الرسمي للرهن فيه مصلحة للجانبين، فالمرتهن يحتفظ بحق التسديد دون أن يضمن المرهون، والراهن ينتفع بملكه طيلة فترة المدائنة، غاية الأمر أنه ربما يتضرر به الغرماء الآخرون عند إفلاس الراهن، فإن المرتهن يكون أحق بذلك الشيء منهم، ولكن ضررهم هذا لم يعتبر شرعاً فيما إذا كان الرهن مقبوضاً حقيقة للمرتهن، فتبين أن مجرد الضرر لا يفسد الرهن.

٣ - أن قبض المرهون قد يكون متعذراً في التجارة الدولية التي يكون البائع فيها ببلد والمشتري ببلد آخر، ونقل المرهون يتطلب مؤونة كبيرة ونفقات باهظة، ولا سبيل لتوثيق الدين في مثل هذه الصورة إلا بالتوثيق الرسمي^(١).

ج - وإذا رهن المستثمر الشهادة الاستثمارية من البنك المصدر لها فإن القبض السابق لموجوداتها يقوم مقام القبض اللاحق المستحق بالرهن عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة لأن استدامة القبض للعين قبض حقيقة، لوجود الحيازة مع التمكن من التصرف:

أما عند الأحناف فلأن شرطهم أن يكون القبض السابق أقوى أو

(١) بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢١.

مساوياً للقبض اللاحق، وهو متحقق هنا فإن قبض البنك الأول قبض أمانة لأنه شريك، والقبض المستحق بالرهن قبض أمانة أيضاً، فهما متساويان. وأما عند الشافعية فلأن شرطهم إذن الراهن، ومضي زمن يتأتى فيه القبض إذا كان الشيء غائباً عن مجلس العقد، وكلا هذين الشرطين معتبر في رهن الشهادة، إذ لا ترهن إلا بإذن صاحبها، وتأخذ إجراءات تسجيل الرهن زمناً يتأتى فيه القبض عادة.

وأما عند المالكية والحنابلة فلأن القبض السابق يقوم مقام القبض المستحق بالعقد مطلقاً دون شرط^(١).

فظهر بهذا أن رهن الشهادة الاستثمارية من البنك المصدر لها لا يتوقف على موجوداتها حقيقة وقت العقد عند عامة الفقهاء.

(١) انظر: ص ٧٤٥.

الباب الرابع

تطبيق في دراسة أساليب توظيف الأموال في الخدمات الاستثمارية ومدى موافقتها للأحكام الشرعية

وفيه فصلان:

الفصل الأول: أساليب استثمار الأموال في الخدمات الاستثمارية
في الأوراق المالية.
الفصل الثاني: أساليب استثمار الأموال في الخدمات
الاستثمارية في العقود التمويلية.

توطئة

تحدثنا في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة عن دور المصرف في الخدمات الاستثمارية، وقلنا: إن المصرف يقوم بدور الوسيط بين جهتين:

الأولى: هي جهة المستثمرين (المودعين).

والثانية: هي جهة الممولين (جهات التوظيف).

وفيما مضى كان الحديث منصباً عن العلاقة الأولى وهي علاقة المصرف بالمستثمرين، والتخريجات الفقهية التي تكيف عليها تلك العلاقة، وأنواع العوائد المتحققه وكيفية توزيعها، ثم أحكام تعامل المستثمرين بالوحدات الاستثمارية.

وفي هذا الباب ستركز الحديث عن الجانب الثاني من الدور الواسطي، ويحسن التذكير هنا بما سبق أن بيناه في التمهيدي من عدم وجود ارتباط بين طبيعة علاقة البنك بالمستثمرين وطبيعة علاقته بالتمويلين، فالعلاقة الأولى قد تكون مبنية على أسس شرعية بينما العلاقة الثانية قد لا تكون كذلك، وأقرب مثال على ذلك: صناديق الاستثمار بالسندات فإن العلاقة بين البنك والمستثمرين لا شائبة فيها، لكن توظيف الأموال بالسندات محرم، فتحرم المشاركة في الصندوق لأجل ذلك.

وقد يكون العكس، كما في صناديق الاستثمار المضمونة بالأسهم المباحة، فإن العلاقة الأولى محرمة، والثانية مباحة:

وتقسم أساليب توظيف الأموال في الخدمات الاستثمارية إلى

قسمين:

القسم الأول: توظيف الأموال في الأوراق المالية (وهي الاستثمارات غير المباشرة).

ويشمل: الاستثمار في الأسهم وفي السندات وفي العملات.

القسم الثاني: توظيف الأموال في عقود التمويل (وهي الاستثمارات الحقيقية).

ويشمل: التمويل بالمرابحة، وبالاستصناع، وبالمشاركة.

الفصل الأول

أساليب استثمار الأموال في الخدمات الاستثمارية في الأوراق المالية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المتاجرة في الأسهم.

المبحث الثاني: المتاجرة في السندات.

المبحث الثالث: المتاجرة في سلة العملات.

تمهيد

في التعريف بالأوراق المالية

تنقسم الأوراق المتداولة في الأسواق المالية إلى قسمين:

١ - الأوراق المالية المتداولة في سوق النقد:

والمقصود بسوق النقد: السوق التي توظف فيها أدوات تمويل قصيرة الأجل أي لأقل من سنة، والتي تصدرها الجهات المقترضة المختلفة، كالحكومات، والشركات المعروفة ذات الأهلية الائتمانية العالية والهيئات العامة.

والغرض الأساسي من سوق النقد هو المواءمة بين الاحتياجات التمويلية قصيرة الأجل للمقترضين، وبين الأموال التي يوفرها المستثمرون ذوو الميول أو الموارد قصيرة الأجل.

وجميع الأوراق المالية المتداولة في هذه السوق تمثل صكوك دائنية، ومن هذه الأوراق:

شهادات الإيداع البنكية القابلة للتداول، والكمبيالات المصرفية، وأذونات الخزينة والأوراق التجارية.. إلخ^(١).

٢ - الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال:

وسوق رأس المال متخصصة في الأوراق المالية الأطول أجلاً، أي

(١) إدارة الاستثمارات ص ١٦٧، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١١، إدارة المحافظ الاستثمارية ص ٣٧، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٨٠، الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٢٩.

لأكثر من سنة، مثل سندات الشركات التي تمتد مدتها لأكثر من سنة، والأوراق المالية المضمونة برهن، والأسهم العادية والممتازة، أو تكون الورقة خليطاً من هاتين الأداةين (الأسهم والسندات) في صورة سندات قابلة للتحويل، أو سندات تشتمل الحق في شراء أسهم^(١).

ومن جانب آخر تنقسم الأوراق المالية إلى قسمين:

أ - أوراق مالية تمثل صكوك ملكية: مثل الأسهم العادية، والممتازة، والوحدات الاستثمارية في الصناديق الاستثمارية.

ب - أوراق مالية تمثل صكوك مديونية: مثل السندات وما يجري مجراها كأذونات الخزينة وشهادات الإيداع وغيرها^(٢).

(١) الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات ص ٥٥، إدارة الاستثمارات ص ١٧٦، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٤٦، الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٣١.

(٢) إدارة الاستثمارات ص ١٦٥، الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ١٠، إدارة المحافظ الاستثمارية ص ٣٧.

المبحث الأول

المتاجرة في الأسهم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الأسهم وحكم المتاجرة بها.

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية لتداول الأسهم.

المطلب الثالث: الجانب التطبيقي لتداول الأسهم وموقف الفقه

الإسلامي منه.



المطلب الأول

تعريف الأسهم وحكم المتاجرة بها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حقيقة الأسهم:

يعرف السهم بأنه: «صك قابل للتداول يصدر عن شركة مساهمة، ويعطى للمساهم ليمثل حصته في رأس مال الشركة»^(١).

وتعتبر الأسهم أداة التمويل الأساسية لتكوين رأس المال في الشركات المساهمة، إذ تطرح للاكتتاب العام ضمن مهلة محددة يعلن عنها

(١) إدارة الاستثمارات ص ١٧٩، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١٧، الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ١٢، النقود والبنوك والأسواق المالية ص ٧١.

مع الإصدار^(١).

وتتميز الأسهم بعدد من الخصائص، من أهمها:

١ - أنها متساوية القيمة:

فلا يجوز إصدار أسهم عادية عن نفس الشركة بقيم مختلفة، بينما لا يحكم هذا الشرط إصدار الأوراق المالية الأخرى^(٢).

٢ - القابلية للتداول:

وهذه الخاصية توفر للسهم مرونة كبيرة في سوق الأوراق المالية، تجعل بالإمكان التنازل عنه بالطرق التجارية، دون حاجة لاتباع طرق الحوالة المدنية والتي تتطلب ضرورة قبول الشركة المصدرة للحوالة أو إبلاغها بها.

وتضع القوانين التجارية في معظم الدول شروطًا خاصة على عملية التداول بقصد الحد من عمليات المضاربة غير المشروعة بالأسهم، منها على سبيل المثال: عدم السماح للمؤسسين أن يتصرفوا في أسهمهم إلا بعد مضي سنتين على تأسيس الشركة نهائيًا^(٣).

٣ - عدم قابلية السهم للتجزئة في مواجهة الشركة:

فإذا تملك السهم أشخاص متعددون سواء بطريق الشراء أو الإرث، وجب عليهم أن يختاروا أحدهم فيؤكلوه لينوب عنهم في استعمال الحقوق المختصة بالسهم في مواجهة الشركة^(٤).

(١) إدارة الاستثمارات ص ١٧٩.

(٢) المادة ٤٨ من نظام الشركات السعودي رقم ١٨٥ في ١٧/٣/١٣٨٥ هـ.

(٣) إدارة الاستثمارات ص ١٧٩، المادة ١/١٠٠ من نظام الشركات السعودي، وانظر القانون التجاري السعودي ص ٢٦٤.

(٤) شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٣٦، الشركات للخياط ٩٥/٢.

٤ - المسؤولية المحدودة للمساهم:

فمسؤولية المساهم في الشركة لا تتجاوز قيمة السهم، فلا يسأل عن ديون الشركة إلا بمقدار أسهمه التي يملكها^(١).

دور الاستثمار في الأسهم في الاستثمارات المصرفية:

يشكل الاستثمار في الأسهم حيزًا كبيرًا في سوق الاستثمارات المصرفية المحلية، وقد حقق هذا النوع من الاستثمار نموًا مطردًا في السنوات العشر الأخيرة، فقد كانت نسبة الاستثمار في الأسهم لا تشكل سوى ٨,١٪ من إجمالي استثمارات الصناديق المحلية في العام ١٩٩١م، في حين أصبحت بنهاية عام ١٩٩٨م تشكل ما نسبته ٢٠,٨٪ من إجمالي أصول الصناديق^(٢).

ويعزى هذا الإقبال المتزايد إلى وفرة العوائد المتحققة من هذه الاستثمارات - والذي يصل في بعض الصناديق إلى ٤٠٪ -، مقارنة بالاستثمار في الأوراق المالية ذات الدخل الثابت والمستقر كالسندات والودائع البنكية وأذونات الخزينة وغيرها، والتي لا يتجاوز العائد عليها في المتوسط ٥٪.

ومع ذلك فلا تزال نسبة كبيرة من المستثمرين تفضل الاستثمار في الأسهم بطريق مباشر (أي عن طريق شاشات التداول دون الاشتراك في الصناديق)، حيث يمكنهم الاستفادة من نظام المعلومات الآلي وخدمات الوساطة المميزة والميسرة لدى البنوك المحلية، إضافة إلى تمتع المستثمرين بحقوق التصويت عند استثمارهم مباشرة في سوق الأسهم^(٣).

(١) إدارة الاستثمارات ص ١٨٠، الشركات للخياط ٩٥/٢.

(٢) واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ٧٩، التقرير السنوي الرابع والثلاثون لمؤسسة النقد العربي السعودي ص ١٢٥.

(٣) انظر ملحق النماذج: نموذج العائد السنوي المتحقق من صناديق الاستثمار.

وتصل نسبة صناديق الاستثمار بالإسهام إلى ما يزيد عن ٥٣٪ من إجمالي عدد صناديق الاستثمار بالمملكة في العام ١٩٩٨م والتي يصل عددها إلى ١١٤ صندوقاً^(١).

الفرع الثاني: حكم تداول الأسهم:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم تداول الأسهم باعتبار نوع السهم:

يختلف الحكم الشرعي لتداول الأسهم بحسب نوع السهم المراد شراؤه، وتتنوع الأسهم باعتبارات مختلفة، وفيما يلي بيان هذه الأنواع، وحكم كل منها:

أولاً: أنواع الأسهم باعتبار الحقوق التي يقررها للمساهمين:

وهي من هذا الجانب تنقسم إلى:

١ - أسهم عادية:

وهي التي يحصل المساهم بموجبها على قدر من الربح يتناسب مع ما دفعه للشركة، دون أي زيادة أو مزية أخرى، ويكون عليه من الخسارة بمقدار أسهمه.

حكم هذا النوع:

هذا النوع هو الأصل في الإسهام، وهو يوافق أحكام الشريعة الإسلامية لأنه مبني على العدالة، وتساوي الحقوق والواجبات^(٢)، والأدلة على جواز تداوله نفس الأدلة المتقدمة على جواز تداول الوحدات الاستثمارية.

(١) واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ٧٥.

(٢) هذه النسبة من واقع حصر ميداني لجميع الصناديق المحلية.

٢ - أسهم ممتازة:

«وهي التي تختص بمزايا لا تتمتع بها الأسهم العادية، وذلك أن الشركة قد ترغب في زيادة رأس مالها، فتعطي الأسهم الجديدة امتيازات لا تتمتع بها الأسهم القديمة لتشويق الجمهور للاكتتاب بها»^(١).

وهي على أنواع:

١ - الأول:

قد يكون الامتياز بأن يمنح بعض أصحاب الأسهم حق الأولوية في استرجاع قيمة أسهمهم بكاملها عند تصفية الشركة (م/١٠٣/٣ - من نظام الشركات السعودي).

حكم هذا النوع:

هذا النوع غير جائز شرعاً لأن الشركة تقوم على المخاطرة، والخسارة تكون من رأس المال فإذا ضمن لأصحاب هذه الأسهم حق استرجاع قيمتها كان ذلك منافياً لمعنى الشركة، ومن ناحية أخرى فإن الشركة إذا خسرت استرد أصحاب هذه الأسهم وفاء أسهمهم من أسهم الآخرين، وذلك منافٍ للعدالة وظلم للمشاركين الآخرين^(٢).

٢ - الثاني:

وقد يكون الامتياز بأن تعطى الأسهم الممتازة حق الأولوية في الحصول على الأرباح، وذلك بأن يأخذوا حصة في الأرباح بنسبة معينة مثل ٥٪ ثم توزع الأرباح بعد ذلك على جميع المساهمين بالتساوي، ومنهم أصحاب الأسهم الممتازة (م/١٠٣/٣ - من نظام الشركات السعودي).

(١) شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٥٨، الشركات للخياط ٩٦/٢.

(٢) الشركات للخياط ٩٧/٢، الوجيز في النظام التجاري السعودي ص ٢٠١، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٢٣، م/١٠٣/٣ - ٤ من نظام الشركات السعودي.

حكم هذا النوع:

ذهب عامة الباحثين إلى أن الشرط غير جائز شرعاً^(١).

وحجتهم:

أن الأسهم متساوية، وليس لأصحاب الأسهم الممتازة مالٌ أو عملٌ زائدٌ يستحقون به هذه الزيادة في الربح، وهو إنما يستحق بالمال أو بالعمل^(٢).

وما ذهب إليه هؤلاء يتفق مع ما ذهب إليه المالكية والشافعية من وجوب قسمة الربح في شركة العنان على قدر المالكين، لأن الربح تبع للمال وثمره له فلا بد أن يكون على قدره^(٣).

وذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز قسمة الربح في العنان حسب الاتفاق سواء أكان على قدر المالكين، أم يتفاضلان فيه مع تساويهما في المال، لأن الأصل في القسمة هو الشرط، وقد يكون عند أحد الشريكين مزية ليست عند الآخر فيستحق الزيادة^(٤).

وهذا القول هو الراجح لأن مبنى العقود على الرضى، فعلى أي نسبة اتفق الشركاء عمل بها، وليس في الأدلة الشرعية ما يوجب أن تكون قسمة الربح بقدر المالكين.

وبناءً على ذلك، فإن شرط في شركة المساهمة زيادة في نسبة الربح لبعض المساهمين بقرار من الجمعية العمومية، جاز ذلك، لأن الجمعية مفوضة من قبل المساهمين باتخاذ القرارات الاستثمارية المناسبة، وقد

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية للخياط ٢/٢٢٢.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٦٠، الشركات في الشريعة الإسلامية للخياط ٢/٢٢٢.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) بداية المجتهد ٢/٣٠٦، مغني المحتاج ٣/٢٢٨ [وقد سبقت هذه المسألة بأدلتها مفصلة ص ٤٦٣].

يكون من مصلحة الشركة في بعض الأحيان أن تعلن عن مزايا لمن يكتتبون فيها، كما لو انخفضت القيمة السوقية لأسهم الشركة، فمن مصلحة المساهمين فيها أن يعلن عن هذه المزايا لترتفع القيمة السوقية، فلم يكن في هذا القرار إضرار بهم.

والشرط في صحة هذا الامتياز ألا يؤدي إلى قطع الشركة في الربح، فلا يصح أن يفرض لحملة الأسهم الممتازة مبلغاً مقطوعاً، أو ضماناً من الخسارة، بل يقتصر الجواز على ما إذا كان الامتياز زيادة في نسبة الربح.

٣ - الثالث:

وقد يكون الامتياز بأن يمنح أصحاب الأسهم الممتازة الأولوية في الأمرين معاً، أي في قبض ربح معين، وفي استرداد ما دفع من رأس المال عند التصفية، (م/١٠٣/٣ - من نظام الشركات السعودي).

حكم هذا النوع:

هذا النوع لا يجوز شرعاً لاشتماله على الشرط المحظور وهو ضمان رأس المال، كما تقدم.

٤ - الرابع:

وقد يكون الامتياز بمنح بعض الأسهم أكثر من صوت في الجمعية العمومية، وهذا النوع من الامتياز منعه النظام السعودي (م/١٠٣/٣ - من نظام الشركات السعودي).

حكم هذا النوع:

لا يجوز إصدار أو تداول هذه الأسهم لأن المفروض هو تساوي الشركاء في الحقوق، ومن هذه الحقوق: التساوي في الأصوات بحسب الأسهم^(١).

(١) بدائع الصنائع ٥١٨/٧، المغني ١٣٨/٧.

٥ - الخامس:

وقد يكون الامتياز بأن يعطى أصحاب الأسهم الممتازة فائدة سنوية ثابتة سواء ربحت الشركة أم خسرت، مثل ٥٪ من قيمة السهم.

حكم هذا النوع:

هذا الامتياز باطل شرعاً لأنه يتضمن الربا والظلم والضرر^(١).

٦ - السادس:

وقد يكون الامتياز بأن يمنح أصحاب الأسهم القدامى حق الأولوية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة، لأنهم هم الشركاء الأولون.

حكم هذا النوع:

هذا الامتياز جائز، إذ لا يصح شرعاً أن تطرح أسهم جديدة للاكتتاب إلا بموافقتهم في الجمعية العمومية التي تتكون منهم، فإذا أرادوا توسيع أعمال الشركة فلهم أن يقرروا ذلك بأن يزيدوا من رأس المال منهم أو من بعضهم، أو أن يدخلوا شركاء جدد، وحق الشفعة مقرر في الشرع وهو هنا للمساهمين القدامى فهم أولى من المكتتبين الجدد بشراء الأسهم الجديدة^(٢).

ثانياً: أنواع الأسهم من حيث الاستهلاك وعدمه:

تنقسم الأسهم من حيث الاستهلاك وعدمه إلى قسمين:

١ - أسهم رأس المال:

وهي الأسهم التي لم يقبض المساهم قيمتها الاسمية من الشركة أي لم تستهلك^(٣).

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية للخياط ٢/٢٢٣.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية للخياط ٢/٢٢٣، أحكام الأسواق المالية ص ٢٢٩.

(٣) الشركات في الشريعة الإسلامية للخياط ٢/٢٢٤.

حكم هذا النوع:

هذا النوع هو الأصل في الأسهم، وحكمه كحكم الأسهم العادية المتقدم.

٢ - أسهم التمتع:

وهي التي يحصل عليها المساهم عندما يسترد كل القيمة الاسمية لأسهمه أثناء حياة الشركة، أي عندما تستهلك أسهمه.

والأصل أنه لا يجوز رد قيمة الأسهم للمساهمين إلا عند انقضاء الشركة، وبعد الوفاء بديونها، إذ من حق كل مساهم أن يبقى في الشركة طيلة فترة قيامها إلا أن الشركة قد تجد من الضروري استهلاك الأسهم في بعض الحالات، فتنص على ذلك في نظامها، كما إذا كان مشروعها يهلك تدريجياً أو يقوم على حقوق مؤقتة، كشركات المناجم والمحاجر أو الشركات الحاصلة على امتياز حكومي بمقتضاه تؤول موجوداتها إلى الدول عند نهاية المدة.

ويكون الاستهلاك تبعاً بطريق القرعة السنوية أو بأية طريقة أخرى تحقق المساواة كاستهلاك نسبة معينة من قيمة جميع الأسهم كل عام بشكل تدريجي، كما يجوز أن يتم الاستهلاك عن طريق قيام الشركة بشراء أسهمها وإعدامها، بشرط أن يكون سعر الأسهم في هذه الحالة في السوق أقل من قيمتها الاسمية أو مساوياً لها (م/١٠٤/٢ - من نظام الشركات السعودي).

ويظل صاحب أسهم التمتع محتفظاً كشريك في الشركة حتى بعد استهلاك أسهمه، فيشارك في الأرباح وفي التصويت وفي الجمعية العمومية، وفي فائض التصفية، إلا أن حقه في الأرباح وفي فائض التصفية أقل من أصحاب أسهم رأس المال، حيث إنه يجب أن تخصص نسبة مئوية من صافي الربح السنوي لتوزع على أسهم رأس المال بالأولوية على أسهم التمتع، وفي حالة انقضاء الشركة يكون لأصحاب أسهم رأس المال

أولوية الحصول على ما يعادل القيمة الاسمية لأسهمهم من فائض التصفية^(١).

حكم هذا النوع:

يُفرق في الحكم الشرعي لهذه الأسهم بين حالين:

الحال الأولى: ما إذا كانت الشركة المساهمة تصدر نوعين من الأسهم: أسهمًا عادية، يبقى أصحابها ملتزمين بالتزامات الشركة، وأسهمًا تمتع، يستهلكها أصحابها ويتخلصون من خسارتها، ويبقى لهم نصيب من أرباحها، فهذا لا يجوز لأنه مخالف لمقتضى عقد الشركة من المساواة بين الجميع، واحتمال المخاطرة للجميع، فلا يجوز أن ينجو مساهمون من تحمل الخسارة حين يأخذون قيمة أسهمهم، ويتحمل الباقون الخسارة كلها، فهذا ظلم وإجحاف لا يجوز^(٢).

الحال الثانية: أن يتم الاستهلاك بنسبة معينة من قيمة جميع الأسهم كل عام بشكل تدريجي، بحيث لا تصدر الشركة نوعين من الأسهم، وإنما يتساوى الجميع في هذا الاستهلاك، فلا بأس بها شرعًا لأنها تحقق المساواة بين جميع المساهمين، وما يعطاه المساهمون يمكن أن يكيف على أنه جزء من الأصول أو الأرباح، أو أن ذلك بمثابة تصفية جزئية مستمرة في كل سنة إلى أن تنتهي، وتنتهي معها موجودات الشركة^(٣).

ثالثًا: أنواع الأسهم من حيث الشكل:

وهي بهذا الاعتبار قسمان:

- (١) القانون التجاري السعودي ص ٢٦٢.
- (٢) «الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي» بحث د. علي محيي الدين القرة داغي، مجلة المجمع ١٢٣/١/٧، شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٦٧، الشركات للخياط ٢/٢٢٥، أحكام الأسواق المالية ص ٢٣٣.
- (٣) «الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي» ص ١٢٢، الشركات للخياط ٢/٢٢٦، شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٦٧.

١ - أسهم اسمية:

وهي التي تحمل اسم صاحب الحق فيها، وتتداول بطريق القيد في سجل المساهمين الذي تعده الشركة لهذا الغرض^(١). وهذا النوع لا غبار عليه شرعاً.

٢ - أسهم لحاملها:

وهي التي لا تحمل اسم صاحب الحق فيها، وإنما يذكر فيها عبارة أنه لحامله، ويعتبر حامل السهم هو المالك في مواجهة الشركة. وتتجه التشريعات التجارية في الوقت الحاضر إلى حظر إصدار الأسهم لحاملها وذلك للتحقق من جنسية المساهمين، والتأكد من حصة المواطنين في رأس مال الشركات، وفي نفس الوقت القضاء على التهرب من الضرائب ودرء مخاطر الضياع أو السرقة^(٢).

حكم هذا النوع:

اختلف العلماء المعاصرون في حكم الأسهم لحاملها على قولين:
القول الأول: تحريم إصدار الأسهم لحاملها^(٣).
استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أن جهالة المشتركين تؤدي إلى الغرر الفاحش، إذ بهم يتم التعاقد، وتعيين مجلس الإدارة وعزله، وتكوين الشركة وزيادة رأس مالها، فالجهالة بهم لا شك أنها من الغرر الفاحش المفسد للعقود^(٤).

(١) القانون التجاري السعودي ص ٢٦٠. الوجيز في النظام التجاري السعودي ص ٢٠١.

(٢) القانون التجاري السعودي ص ٢٦٠، الوجيز في النظام التجاري السعودي ص ٢٠١.

(٣) الشركات في الشريعة الإسلامية للخياط ٢/٢٢١، شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٥٥.

(٤) أسواق الأوراق المالية لسمير رضوان ص ٢٨١.

الدليل الثاني:

بأن جهالة المشترك تفضي إلى النزاع والخصومة، وإضاعة الحقوق، فلو سرقت صكوك هذه الأسهم أو استولى عليها مغتصب، أو ضاعت والتقطها آخر، فإن حاملها هو الذي يصبح مالكا لها، وفي هذا تضييع لحقوق العباد، وما أفضى إلى الخصومة والضرر فيمتنع شرعاً، لأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

الدليل الثالث:

ولأن جهالة المشترك قد تؤدي إلى أن يكون المشترك فاقد الأهلية، وفاقدا الأهلية لا يصح اشتراكه بنفسه^(١). وعلى هذا فيجب رد قيمتها إلى من ساهم فيها أولاً أو استبدالها بأسمهم اسمية.

القول الثاني: جواز إصدار الأسهم لحاملها.

وإلى هذا ذهب مجمع الفقه الإسلامي^(٢).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

بأن شهادة السهم هي وثيقة إثبات استحقاق المساهم في حصته من الشركة، وليس هناك ما يلزم شرعاً أن يدون عليها اسم المستحق.

الدليل الثاني:

وللتفاق على جواز إصدار شيك لحامله، فكذلك شهادة الأسهم.

نوقش: بأنه لا يمكن قياس شهادة الأسهم بالشيك لأن عمليات بيع

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية للخياط ٢/٢٢١، شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٥٥.

(٢) مجلة المجمع ٧/١/٧١٢.

وشراء الأسهم تجري بصورة سريعة، وبمبلغ كبير حتى ملايين الدولارات أو أكثر^(١).

الترجيح:

الذي يترجح للباحث هو القول الثاني لقوة أدلته إذ ليس في الأدلة الشرعية ما يلزم بتدوين اسم المالك على السلعة، فيبقى الأمر على الأصل وهو الحل، والله أعلم.

رابعاً: أنواع الأسهم من حيث الحصة المدفوعة:

وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

١ - أسهم نقدية:

وهي التي تعطى نظير الحصص النقدية، وتكون قابلة للتداول بمجرد تأسيس الشركة.

وهذه الأسهم جائزة شرعاً.

٢ - أسهم عينية:

وهي التي تعطى نظير حصص غير نقدية يقدمها المساهم، وتكون غير قابلة للتداول قبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين ماليتين كاملتين لا تقل كل منهما عن اثني عشر شهراً من تاريخ تأسيس الشركة^(٢).

حكم هذا النوع:

حكمها الجواز لما تقدم من جواز المشاركة بالعروض، والله أعلم.

(١) أحكام الأسواق المالية، محمد صبري هارون ص ٢٢٥.

(٢) القانون التجاري السعودي ص ٢٦١، الوجيز في النظام التجاري السعودي ص ٢٠١.

المسألة الثانية: حكم تداول الأسهم بحسب نوع نشاط الشركة المساهمة:
وفيها ثلاث حالات:

الحال الأولى: تداول أسهم الشركات القائمة على أنشطة محرمة:
والمقصود بهذه الحال أن يكون جل نشاط الشركة المساهمة في أمور
محرمة.

ويدخل في هذه الحال:

- ١ - الشركات التي تتاجر بالخمور أو المخدرات أو التصاوير أو الملاهي أو القمار.
- ٢ - المصارف الربوية بشتى أنواعها، لأن جل نشاطها في التمويل بفائدة.
- ٣ - شركات التأمين التجاري.
- ٤ - شركات الإعلام الهابط، أو الإعلام المحارب للعقائد والمبادئ الإسلامية.
- ٥ - شركات الأسلحة في البلدان الكافرة.

فهذه الأسهم جميعها لا يجوز إنشاؤها، ولا المساهمة فيها، ولا التصرف فيها بالبيع والشراء، لأن من شرط صحة البيع أن يكون المبيع مباحًا، وهذه الأسهم محرمة.

ومن أمثلة الصناديق الاستثمارية المحلية التي تشتمل على بعض هذه الأسهم^(١):

- ١ - صندوق البنك السعودي الهولندي للمتاجرة بأسهم البنوك المحلية.
- ٢ - صندوق الأهلي المضمون للأسهم الأمريكية (١٧٪ منه أسهم بنكية).

(١) ملاحظة: جميع هذه الإحصائيات من تقارير الأداء لهذه الصناديق عن الربع الثاني لعام ١٩٩٩م.

- ٣ - صندوق الأهلي المضمون للأسهم الأوروبية (٢٥,٥٪ منه أسهم بنكية).
- ٤ - صندوق الأهلي المضمون للأسهم الدولية (مؤلف من مؤشرات الأسهم العالمية).
- ٥ - صندوق الأهلي للميزان الاستثماري (٣٠٪ من أصوله تقريباً أسهم بنكية).
- ٦ - صندوق الأهلي المضمون للأسهم اليابانية (١١,٥٪ من أصوله أسهم بنكية).
- ٧ - صندوق الأهلي المضمون لأسهم جنوب شرق آسيا (١١٪ من أصوله أسهم بنكية).
- ٨ - صندوق الأهلي المضمون للأسهم العربية (٢٤٪ تقريباً من أصوله أسهم بنكية).
- ٩ - صندوق الأهلي المضمون للأسهم السعودية (٦٣,٨٪ من أصوله أسهم بنكية).
- ١٠ - صندوق البريطاني للاستثمار في الأسهم السعودية (١): (٢١,٥٪ من أصوله أسهم بنكية).
- ١١ - صناديق مؤشرات الأسهم العالمية بالبنك السعودي البريطاني .
- ١٢ - صندوق الصناديق المحدود للمستثمر العربي بالبنك العربي الوطني (مؤلف من أسهم بنكية وغيرها).
- ١٣ - صندوق النسر للمستثمر العربي بالبنك العربي الوطني (مؤلف من أسهم بنكية وغيرها).
- ١٤ - صندوق أوروبا الشرقية للمستثمر العربي بالبنك العربي الوطني (مؤلف من أسهم بنكية وغيرها).

١٥ - صندوق العربي للاستثمارات المحلية (٣٢,٧٪ من أصوله أسهم بنكية).

الحال الثانية: تداول أسهم الشركات القائمة على أنشطة مباحة:

وهي الشركات التي تقع كل عملياتها في دائرة الحلال، حيث يكون رأس المال حلالاً، وتتعامل في الأنشطة المباحة، وينص نظامها وعقدتها التأسيسي على أنها تتعامل في حدود الحلال، ولا تتعامل بالربا إقراضاً أو اقتراضاً، ولا تتضمن امتيازاً خاصاً أو ضماناً مالياً لبعض دون بعض. فهذا النوع من أسهم الشركات - مهما كانت تجارية أو صناعية أو زراعية - لا خلاف في جواز إنشائها والاكتتاب بها وبيعها وشرائها، وما أثير حولها من شبهات قد سبق الجواب عليه.

والأصل في التصرفات الإباحة، ولا تتضمن هذه الأسهم أي محرم، وكل ما فيها أنها نظمت أموال الشركة حسبما تقتضيه قواعد الاقتصاد الحديث دون التصادم مع أي من المبادئ الإسلامية^(١).

ويمكن أن نمثل لهذا النوع بالمصارف الإسلامية التي ثبت جدتها في أسلمة أعمالها المصرفية كلها، مثل: الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي، بنك فيصل الإسلامي السوداني، البنك الإسلامي لغرب السودان.

الحال الثالثة: تداول أسهم الشركات ذات الأنشطة المختلطة:

ويقصد بها تلك الشركات التي لا يغلب على استثماراتها أنها في أمور محرمة، وإنما تنتج سلعا وخدمات مشروعة، مثل شركات الأدوية والإسمنت والكهرباء والشركات الصناعية. . إلخ، ولكن وجودها في بيئة رأسمالية قد يؤدي إلى أن تمول عملياتها عن طريق الاقتراض الربوي أو توظف سيولتها الفائضة توظيفاً ربوياً قصير الأجل.

(١) «الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي» ص ٨٩.

فهذه المسألة واحدة من معضلات العصر، نظرًا لانتشار الشركات المساهمة في كل صقع، وقلما تخلو واحدة منها من الاعتماد في جزء من تمويل مشاريعها على القروض الربوية أو إيداع فائض السيولة لديها في الحسابات الآجلة.

وقد ثار جدل كبير حول حكم المساهمة في هذه الشركات، وانقسم الباحثون حيالها إلى فريقين: مبيح، ومانع.

وسوف نعرض فيما يلي أقوال الفريقين، وأدلتهم، وما يثار حول كل دليل من مناقشات سائلين الله ﷻ أن يلهمنا الصواب، وأن يرينا الحق حقًا ويرزقنا اتباعه:

أولاً: تحرير محل النزاع:

لا أعلم خلافاً بين العلماء المعاصرين على^(١):

- ١ - أن المساهمة في الشركات التي يغلب عليها المتاجرة بالأنشطة المحرمة، محرمة ولا تجوز لما فيها من الإعانة على الإثم والعدوان.
- ٢ - وأن من يباشر إجراء العقود المحرمة بالشركة - كأعضاء مجلس الإدارة الراضين بذلك - أن عملهم محرم، قلّت نسبة الحرام في الشركة أم كثرت.
- ٣ - وأن الاشتراك في تأسيس شركات يكون من خطة عملها أن تتعامل في جملة معاملاتها بالعقود المحرمة، أو كان منصوصاً في نظامها على جواز ذلك، فإن هذا الاشتراك محرم.
- ٤ - وأن المساهم لا يجوز له بأي حال من الأحوال أن يدخل في ماله

(١) انظر: «حكم تداول أسهم الشركات المساهمة» بحث الشيخ ابن منيع، مجلة البحوث الفقهية العدد السابع، «الاستثمار في الأسهم» بحث د. علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع.

كسب الجزء المحرم من السهم، بل يجب عليه إخراجه والتخلص منه، حتى على القول بجواز مساهمته.

٥ - ولا ينبغي أن يكون خلاف على أن المساهم العادي إذا كان قادراً على منع مزاولة الأنشطة المحرمة - وإن كانت يسيرة -، كما لو كانت حصته في الشركة تمثل أغلبية فلم يمنع الشركة من مزاومتها أنه أثم بذلك، فإن لم يكن قادراً على التغيير فيجب عليه على أقل الأحوال أن يعارض الممارسات المحرمة بصوته في الجمعية العمومية للشركة.

واختلفوا في حكم المساهمة في الشركات المشروعة من حيث الأصل لكنها تتعامل في بعض معاملاتها بالأنشطة المحرمة أو تقترض أو تودع بالفوائد على قولين:

القول الأول: يرى جمع من العلماء المعاصرين، وعدد من الهيئات الشرعية، جواز المساهمة في هذه الشركات.

ويرى هؤلاء أن الربح الناتج عن الفوائد الربوية قليل، فيكون مغموراً وتابعا للأرباح الحلال.

ويجب على المساهم في هذه الحال أن يتحرى مقدار ما دخل على عائدات أسهمه من الإيرادات المحرمة، وذلك من واقع القوائم المالية للشركة، فيتخلص منها بتوزيعها على أوجه البر، دون أن ينتفع بها أي منفعة، ولا أن يحتسبها من زكاته، ولا يعتبرها صدقة من حُرِّ ماله، ولا أن يدفع بها ضريبة حكومية.

وممن ذهب إلى القول: الهيئة الشرعية لشركة الراجحي^(١)، والهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني^(٢)، والمستشار الشرعي لبنك البركة^(٣)،

(١) قرارات الهيئة الشرعية للشركة ٢٤١/١.

(٢) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني فتوى رقم ١.

(٣) الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، مجموعة دلة البركة فتوى رقم ٣٧.

وندوة البركة السادسة^(١)، وعدد من العلماء المعاصرين^(٢).

استدل أصحاب هذا القول بعددٍ من القواعد والمؤيدات الشرعية
نوجزها فيما يلي:

الدليل الأول:

الاستدلال بقاعدة: «يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً».

فهذه القاعدة معتبرة في الشريعة الإسلامية، دل عليها قوله عليه
الصلاة والسلام: «من باع عبداً له مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترطه
المبتاع»^(٣).

فدل على جواز بيع العبد مع ماله بثمن نقدي دون مراعاة لشروط
الصرف، لأن المال الذي مع العبد تابع لا مقصود.

ولهذه القاعدة تطبيقات متعددة منها: جواز بيع الحامل، والدار مع
الجهل بأساسات الحيطان وغير ذلك^(٤).

وعلى ذلك: «فهذا النوع من الأسهم وإن كان فيه نسبة بسيطة من
الحرام لكنها جاءت تبعاً، وليست أصلاً مقصوداً بالتملك والتصرف»^(٥).

(١) الفتاوى الاقتصادية ص ١٩.

(٢) منهم فضيلة الشيخ محمد بن عثيمين (مجلة النور ع ١٨٣ لعام ١٤٢١هـ) وفضيلة الشيخ
عبد الله بن منيع في بحثه المنشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة ع ٧ لعام ١٤١١هـ
بعنوان «حكم تداول أسهم الشركات المساهمة»، وكل من د. نزيه حماد، ومصطفى
الزرقا، ومحمد تقي العثماني، انظر (مجلة النور ع ١٨٣ لعام ١٤٢١هـ) ود. علي
محبي الدين القره داغي في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة
بعنوان «الاستثمار في الأسهم».

(٣) الحديث سبق تخريجه ص ٦٩٧.

(٤) انظر - في تأصيل هذه القاعدة وتطبيقاتها -: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢٨،
القواعد للمقري ٢/٤٣٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٥٣.

(٥) «الاستثمار في الأسهم» د. علي محبي الدين القره داغي ص ٨٢.

«فيمكن اعتبار بيع سهم - من هذا النوع - من جزئيات هذه القاعدة»^(١).

نوقش هذا الاستدلال من خمسة أوجه:

الوجه الأول: أن القواعد الفقهية ليست من الأدلة الشرعية - المتفق عليها أو المختلف فيها - التي نص عليها علماء الفقه والأصول، فلا يصح الاحتجاج بها^(٢).

والسبب في ذلك: «أن القواعد الفقهية هي أحكام أغلبية غير مطردة فهي إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا، وترتيب أحكامها، والقياس كثيرًا ما ينخرم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة، وجلب المصالح ودرء المفاسد ودفع الحرج. . . ولذلك كانت القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها»^(٣).

الوجه الثاني: أن هذه القاعدة وردت في مسائل منصوص أو مجمع على حرمتها استقلالاً وجوازها تبعاً، كبيع مال العبد مع العبد، والحمل مع أمه، واللبن في الضرع مع الشاة ونحو ذلك، وهذا بخلاف ما معنا، فإن المحتج بهذا الدليل يريد أنه إذا حرم استقلالاً يجوز الاجتهاد في حله تبعاً، وليس هذا الذي عناه الفقهاء من القاعدة، لا سيما في باب الربا المقطوع بتحريمه وضرره^(٤).

(١) «حكم تداول أسهم الشركات المساهمة» ص ١٩.

(٢) «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفوائد» بحث د. صالح البقمي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ع ٢١ لعام ١٤١٤هـ.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقي ص ٣٤، وانظر: تهذيب الفروق ١/٣٦.

(٤) «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفوائد» ص ١١٨.

ويناقد هذا الاستدلال أيضًا:

الوجه الثالث: بأن التبغ الذي يغتفر مما كان أصله المنع يشترط فيه أن يكون غير مقصود، كما تقدم بيان ذلك في بيع الوحدات الاستثمارية، أما هنا فإن الإيداع أو الاقتراض بفوائد مقصود في عمل الشركة، ولذا تلحظ إصرار المجالس الإدارية للشركات على هذا العمل مع علمهم بتحريمه.

الوجه الرابع: وهذه القاعدة معارضة بأدلة وقواعد قد تكون أقوى منها دلالة في هذا الباب، فمن ذلك:

أ - قصة القلادة التي بيعت بخبير^(١)، حيث لم يتساهل النبي ﷺ في التابع الذي مع الربوي، مما يبين أن الربا قليله وكثيره حرام، بخلاف غيره من المحظورات كالغرر ونحوه فقد يتسامح في قليلها.

ب - قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»^(٢).

ج - قاعدة: «درء المفسد مقدم على جلب المصالح»^(٣).

الوجه الخامس: وبأن قياس تملك الأسهم على تملك العبد ونحوه قياس مع الفارق، فإن المحظور في تملك العبد هو في البيع نفسه لا في العبد، بينما في السهم يظل التحريم ملازمًا لملكية السهم حتى بعد العقد، فتعاطي العقود المحرمة سيظل باقياً حتى بعد امتلاك السهم، ويد المساهم هي يد شريك، فكون الشركة أكثر أعمالها مباحة لا يبيح لها ممارسة قليل الحرام، ولهذا لم يجوز أهل العلم - القائلون بجواز بيع العبد بماله - أن يستثمر الشريك ماله بأمور محرمة ولو كانت يسيرة غير مقصودة.

(١) الحديث سبق تخريجه ص ٧٥٧.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٩، غمز عيون البصائر ١/٣٣٥، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٤٣.

(٣) انظر: قواعد الأحكام ١/٩٨، غمز عيون البصائر ١/٢٩٠.

الدليل الثاني:

الاستدلال بقاعدة: «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة».

والأصل فيها قول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

ولهذه القاعدة تطبيقات متعددة تقاس عليها المسألة المذكورة، فمن ذلك:

أ - جواز بيع العرايا: قال ابن تيمية: «يجوز للحاجة ما لا يجوز بدونها كما جاز بيع العرايا بالتمر»^(١).

ب - ما ذكره في قواعد الأحكام بقوله: «لو عم الحرام الأرض بحيث لا يوجد فيه حلال جاز أن يستحل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة، ولا يقف تحليل ذلك على الضرورات...»^(٢).

ج - تجويز مشايخ بلخ من الحنفية حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج، لتعامل أهل بلادهم بذلك، وللحاجة، مع أن متقدمي الحنفية صرحوا بعدم جوازه.

د - جواز النظر إلى المخطوبة.

وغير ذلك من التطبيقات^(٣).

ووجه الاستدلال بهذه القاعدة: «أن حاجة الناس تقتضي الإسهام في هذه الشركات الاستثمارية، لاستثمار مدخراتهم، فيما لا يستطيعون الاستقلال بالاستثمار فيه، كما أن حاجة الدولة تقتضي توجيه الثروة

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/٤٨٠.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/١٨٨.

(٣) انظر - في تأصيل القاعدة وتطبيقاتها -: الموافقات ٢/١١، المنشور في القواعد ٢/٢٤، الفروق ٤/٧٠، قواعد الأحكام ٢/١٦١، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٤٩، إعلام الموقعين ٢/١٤٢.

الشعبية إلى استخدامها فيما يعود على البلاد والعباد بالرفاهية والرخاء»^(١).

ويناقش هذا الاستدلال:

بعدم التسليم بوجود حاجة عامة للاستثمار.

وبيان ذلك أن الحاجة المذكورة إما أن تكون:

١ - في إنشاء الشركة، أي لمصلحة الدولة.

٢ - أو في المساهمة فيها، أي لمصلحة الأفراد.

والأولى غير واردة قطعاً لأننا إذا اعتبرنا استثمار مدخرات الناس في شركات حاجة، فليس من حاجة تدعو إلى أن تقوم الشركات بالقرض والاقتراض الربوي، وهو أمر متفق عليه، بل لا أظن أصحاب هذا القول ينازعون في أن المشارك في إنشاء شركات من هذا القبيل آثم، حتى ولو كانت نسبة الحرام فيها قليلة، ولا خلاف أن المسؤولين عن الشركة لا يحل لهم تجميع ما لديهم من فائض سيولة في الإقراض الربوي بحجة الحاجة إلى ذلك.

وإن أريد بالحاجة: احتياج عامة الناس إلى المشاركة بها، فهذا غير وارد أيضاً لأمر:

الأول: أن الحاجة: «ما يفتقر إليها من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوات المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة»^(٢).

وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ يدل على ذلك، فقد فسّر ابن عباس رضي الله عنهما الحرج ب: الضيق^(٣).

(١) «حكم تداول أسهم الشركات المساهمة» ص ٢١، «الاستثمار في الأسهم» ص ٨٣، قرارات الهيئة الشرعية للراجحي ١/٢٤٣.

(٢) الموافقات ٤/٢.

(٣) جامع البيان في تأويل آي القرآن ٩/١٩٢.

«ومن الثابت أن أفراد الأمة الإسلامية لا يلحقهم الحرج والمشقة من عدم شراء أسهم الشركات التي تأخذ من المصارف أو تعطيها الفوائد الربوية، حسب تفسير ابن عباس رضي الله عنهما للحرج، ولا من قريب منه، لأنه لم تغلق في وجوههم وسائل الاستثمار المباحة في التجارة بأنواعها المتعددة والزراعة والصناعة والخدمات لا سيما بعد أن استنبط علماء الفقه والاقتصاد من مسائل الفقه معاملات تسهل على الناس التعامل مع المصارف بحيث يستفيد منها أرباب المشاريع بإقامة مشروعاتهم، وتستفيد منها المصارف بالربح الذي تطمح إليه، مثل المضاربة والشركات الخالية من الربا بأنواعها المتعددة ومثل السلم والمرابحة ونحو ذلك»^(١).

فالمساهمة في هذه الشركات لم تتعين طريقاً للكسب، إذ يوجد طرق أخرى من الكسب الحلال أفضل منها وتغني عنها، فثبت أن الحاجة غير متحققه.

وترك المساهمة في هذه الشركات المشبوهة فيه مشقة، لكنها مشقة غير معتبرة شرعاً، إذ لا يخلو حكم شرعي من قدر من المشقة: «والشارع إنما قصد بوضع الشريعة إخراج المكلف عن اتباع هواه حتى يكون عبداً لله، فإن مخالفة الهوى ليست من المشقات المعتبرة في التكليف، وإن كانت شاقة في مجاري العادات، إذ لو كانت معتبرة حتى يشرع التخفيف لأجل ذلك، لكان ذلك مناقضاً لما وضعت الشريعة له، وذلك باطل، فما أدى إليه مثله»^(٢).

الثاني: وعلى فرض وجود الحاجة فهي غير مستوفية لشروطها، إذ من شروط الحاجة التي توجب تدابير استثنائية من الأحكام العامة:

الشرط الأول: أن تكون عامة لجميع الأمة.

(١) «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفوائد» ص ١٢٠.

(٢) الموافقات ١٠٣/٢.

ولست هناك حاجة لعموم الأمة لأسهم الشركات التي تتعامل بالربا، ونسبة المستثمرين في الأسهم من عامة الناس أقل بكثير من غير المستثمرين بها، وهذا أمر واضح لا يحتاج إلى برهان، ومن يحضر اجتماعات الجمعيات العمومية للشركات يدرك ذلك تماماً، فضلاً عن أن غالب المستثمرين في الأسهم هم من طبقة رجال الأعمال، فالأمر عندهم ليس حاجياً بل تحسيني، يدل لذلك أن الحديث هنا هو عن «المدخرات» و«الرفاهية» و«الرخاء»، وكلها أمور تحسينية.

أما باقي المستثمرين فهم قلة بالنسبة لأولئك، والقليل لا يبني عليه حكم.

الشرط الثاني: أن ما يجوز للحاجة إنما يختص بما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وأما ما ورد فيه نص بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح، ولو ظنت فيه مصلحة لأنها حينئذٍ وهم^(١).

والنصوص متوافرة على تحريم الربا كله، قليلة وكثيره^(٢).

والأمثلة التي استشهد بها أصحاب هذا القول تؤكد ذلك:

- فإن جواز بيع العرايا ورد استثناءً بنص خاص، ولهذا لا يصح القياس عليه لأنه لأنه رخصة بنيت على خلاف النص والقياس.
- وتجوز مشايخ بلخ حمل الطعام ببعض المحمول، للأحاديث الدالة على جوازه، ومنها أحاديث المزارعة والمساقاة، لا بسبب الحاجة، ولا لأجل تعامل أهل بلخ به، وإن علل بذلك بعض الفقهاء.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢١٠.

(٢) «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفوائد» ص ١٢٢.

- وجواز النظر إلى المخطوبة ثابت بالسنة كما هو معلوم.
- وما ذكره في قواعد الأحكام ليس فيه دليل على الدعوى لأنه والله الحمد لم يعم الحرام الأرض، فوسائل الاستثمار المباحة كثيرة جداً.
- وما نقلوه عن شيخ الإسلام ابن تيمية من: «أن الشارع لا يحرم ما يحتاج إليه الناس في البيع لأجل نوع من الغرر... إلخ» صحيح ولكنه في الغرر وليس في الربا، ولذا قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ومفسدة الغرر أقل من الربا فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه»^(١).

الشرط الثالث: أن يقطع بارتفاع الحاجة بارتكاب المحظور.

ولهذا حرم الشارع التداوي بالخمير وغيره من المحرمات لأنه لا يتيقن الشفاء بها، ولم تتعين - أي الخمرة - طريقاً له - كما ذكر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢).

وفي الاستثمار بالأسهم، قد يسهم الفرد في شركة تتعامل بالربا فيخسر فتزداد حاجته، أو لا يربح فتبقى حاجته.

الشرط الرابع: أن تقدر الحاجة بقدرها.

فإذا كانت الضرورة تقدر بقدرها، فما بالك بالحاجة التي هي أدنى من الضرورة؟ فهل يسوغ القول بأن تتعدى قدرها إلى أن نجعلها تشريعاً عاماً؟^(٣).

الثالث: ولو صح العمل بمقتضى قاعدة الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة للزم من ذلك القول بجواز الاستثمار في السندات والقبولات البنكية ونحو ذلك دفعاً للضرورة.

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/٢٥، وانظر: «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفوائد» ص ١٢٣.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٤/٢٦٨.

(٣) انظر: «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفوائد» ص ١٢٢.

فإن قيل: إن الضرورة تقدر بقدرها، وهذه الضرورة تندفع بالاستثمار في الأسهم المباحة الأصل فقط، لأنها أخف الضررين.

فالجواب: أن الاستثمار في الأسهم يحمل في طياته مخاطر كبيرة، ولذا يفضل معظم المستثمرين الاستثمار في السندات والأوراق البنكية على الاستثمار في الأسهم^(١)، فالضرورة في حق هؤلاء - لو صح كونها ضرورة - لا تندفع إلا بالاستثمار في السندات.

الرابع: ولو فرضنا أن الاستثمار في الأسهم يحقق حاجة ومصلحة للبلد، فما القول في الاستثمار في الأسهم العالمية؟ والتي أصبحت تضارع في نفوذها وسيطرتها على سوق الأسهم المحلية.

ويكفي أن نعرف أن استثمارات الصناديق في الأسهم المحلية في العام ١٩٩٨م لم تتجاوز (١,٣)، مليار ريال، وهي لا تشكل سوى نسبة ضئيلة من حجم السوق الذي بلغ في العام ذاته (٢٤,٣٨) مليار ريال، في حين بلغت استثمارات الصناديق في الأسواق العالمية (٩,٨) مليار ريال^(٢).

ولغة الأرقام هذه تعطي دلالة واضحة على التدفقات الضخمة الخارجة من البلد والتي تنعم بها الشركات الأجنبية، وتصنع بها الرفاهية في بلادها، كل ذلك تسوق له الصناديق، متذرة بأنها لا تساهم في شركات الخمور والقمار وغير ذلك، فهل يكفي ذلك لاستباحة الفوائد بحجة أنها تحقق حاجة ملحة للبلد؟.

(١) بلغ حجم الاستثمار في السوق النقدية قصيرة الأجل في صناديق الاستثمار المحلية بالمملكة في العام ١٩٩٨م: ١٩,٢٩ مليار ريال، بينما بلغ حجم الاستثمار في الأسهم: ٥,٠٩ مليار ريال.

واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ٨١.

(٢) انظر: التقرير السنوي الرابع والثلاثين لمؤسسة النقد العربي السعودي ١٩٩٨ ص ١٢٥، مجلة بحوث اقتصادية عربية ع ١٩ لعام ٢٠٠٠ ص ١٢، واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ٧٧.

في ظني أن هذا الاستثمار أبعد ما يكون عن هذه المعاني.

الدليل الثالث:

الاستدلال بقاعدة: «اختلاط الجزء المحرم بالكثير المباح لا يصير المجموع حراماً» وقاعدة: «لأكثر حكم الكل».

ومفاد هاتين القاعدتين أن اليسير المحرم إذا كان مغموراً في الكثير المباح فإنه لا يؤثر في صحة التصرفات الشرعية من بيع وشراء وإجارة وغير ذلك.

والأصل في ذلك أن النبي ﷺ كان يعامل اليهود بيعاً وشراءً ورهنًا وقرضاً مع أن الله وصفهم بأكل السحت والربا وأكل أموال الناس بالباطل.

وقد ذكر العلماء لهاتين القاعدتين تطبيقات متعددة في أبواب الطهارة، والعبادات، والمعاملات والصيد والأطعمة واللباس كالحرير، وغيرها^(١)، فمن ذلك:

ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية: «الحرام إذا اختلط بالحلال فهذا نوعان:

أحدهما: أن يكون محرماً لعينه كالميتة، فإذا اشتبه المذكي بالميتة حرماً جميعاً.

الثاني: ما حرم لكونه غصباً، والمقبوض بعقود محرمة كالربا والميسر، فهذا إذا اشتبه واختلط بغيره لم يحرم الجميع بل يميز قدر هذا من قدر هذا، فيصرف هذا إلى مستحقه وهذا إلى مستحقه»^(٢).

(١) انظر - في تطبيقات القاعدتين -: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٣٤٣ - مع غمز عيون البصائر، قواعد الأحكام ١/٨٤، المنشور في القواعد ٢/٢٥٣، قواعد ابن رجب ص ٢٩، بدائع الفوائد ٣/٢٥٧.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/٣٢٠.

وسئل عن معاملة من كان غالب أموالهم حرامًا، فقال: «إذا كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة، وإن كان الحرام هو الأغلب، قيل بحل المعاملة، وقيل: بل هي محرمة، فأما المتعامل بالربا، فالغالب على ماله الحلال، إلا أن يعرف الكره من وجه آخر، وذلك أنه باع ألفًا بألف ومائتين فالزيادة هي المحرمة فقط»^(١).

وفي الأشباه والنظائر: «إذا غلب على ظنه أن أكثر بيعات أهل السوق لا تخلو عن الفساد، فإن كان الغالب هو الحرام تنزهه عن شرائه، ولكن مع هذا لو اشتراه يطيب له»^(٢).

وفي القواعد والفوائد الأصولية: «الأكل من مال من ماله حرام، هل يجوز أم لا؟».

في المسألة أربعة أقوال.. الثالث منها: إن كان الأكثر الحرام حرم وإلا فلا، إقامة للأكثر حكم الكل»^(٣).

وبناءً على ذلك فإن: «جزءًا يسيرًا من أسهم الشركات التي هي موضوع بحثنا من هذا النوع حرام، والباقي منها وهو الكثير مباح»^(٤). أي فيكون الحكم للأكثر وهو المباح.

ويناقش هذا الاستدلال من أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن قياس المشاركة في شركات تتعامل بالربا على معاملة من اختلط ماله الحرام بالحلال قياس مع الفارق^(٥).

ويظهر الفرق من ثلاثة أمور:

- (١) مجموع الفتاوى ٢٩/٢٧٢.
- (٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٢٤٣ - مع غمز عيون البصائر.
- (٣) القواعد والفوائد الأصولية ص ٩٦.
- (٤) «حكم تداول أسهم الشركات المساهمة» ص ٢٢، «الاستثمار في الأسهم» ص ٧٧.
- (٥) فتاوى الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي السوداني، فتوى رقم ١٦.

أ - أن معاملة من اختلط ماله بالحرام تحمل على الجزء المباح من ماله، حملاً لتصرفات المسلمين على الصحة.

أما المشاركة في شركات تتعامل بالربا فلا يمكن تصحيح الجزء المحرم لأن المال المستثمر بالربا هو عين مال الإنسان، فلو ثبت أن النبي ﷺ - وحاشاه من ذلك - وضع أموالاً عند اليهود لاستثمارها بطريق المشاركة، أو أن أحداً من أهل العلم استعمل القاعدتين في باب المشاركة كما في البيع، لكان حجة في ذلك، ولكن كل ذلك لم يكن بل جاء عنهم ما يفيد المنع كما سيأتي.

ب - أنه لو صح هذا القياس - أي قياس الشركة على المعاوضة - لجاز للإنسان أن يستثمر أمواله في الشركات ذات الأغراض المحرمة، قياساً على جواز المعاملة معها بالبيع والشراء، وهو أمر ممنوع بالاتفاق.

ج - أن مشاركة من يتعامل بالربا فيها معنى الإعانة على الإثم، بخلاف التعامل معه بيعاً وشراءً واستئجاراً ونحو ذلك، فإن المشتري أو المستأجر يأخذ من المرابي ما يقابل عوضه المبدول.

الوجه الثاني: أن هاتين القاعدتين مردودتان بقاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»، ومن فروعها: لو اشتبهت محرمة عليه بأجنيبات محصورات لم تحل، ومن أحد أبويه مأكول والآخر غير مأكول.

الوجه الثالث: أن إعطاء الأكثر حكم الكل ليس على إطلاقه، فالشراب المسكر محرم وإن كانت الخمرة التي فيه أقل من الماء، والنجاسة إذا غيرت لون الماء أو ريحه تنجس ولو كانت قليلة.

الوجه الرابع: وما نقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره من أهل العلم من جواز معاملة من اختلط ماله بالحرام لا يصح الاستشهاد به هنا لأمر:

أ - أن هذه النقول هي في حالة الاشتباه، والحالة التي نناقشها ليس

فيها اشتباه، وإنما فيها علم وإقدام على شراء أسهم فيها حرام^(١).

ب - ما ذكره شيخ الإسلام وغيره عن المحرم لكسبه إنما هو فيما إذا جاء الغاصب ونحوه بمال حرام فضمه إلى ماله الحلال وخلطه، فإن هذا الخلط لا يحرم ماله الحلال، لا أن العقد الفاسد - كما في موضوعنا - يكون صحيحًا، فهو لم يحكم بتصحيح الغصب، ولا ذلك العقد الفاسد.

وحينئذٍ إذا أراد الخلاص من الحرام يميز كلاً منهما عن الآخر، فيصرف كلاً منهما إلى مستحقه، فالمغصوب إلى المغصوب منه، والحلال يبقى عنده.

وهذا الحكم متفق عليه، فلا يحكم بحرمة جميع مال المساهم الذي اشترك في الشركة معتقداً أنها لا تودع ولا تقرض بفوائد ربوية، ثم يتبين له مستقبلاً أنها تفعل ذلك، وإنما يقدر نصيب أسهمه من الفوائد الربوية ويخرجها منه، أو من ربحها لأنها محرمة عليه، والباقي حلال له، لكن نقول: «إن المساهم الذي يعلم أن الشركة تأخذ وتعطي فوائد ربوية يحرم عليه البقاء فيها، كالغاصب أو المتعامل بعقد فاسد يحرم عليه الاستمرار فيه».

فهذا هو مراد أهل العلم فيما نقل عنهم^(٢).

ج - أن في معاملة من في ماله حلال وحرام لا يجزم المتعامل معه بالبيع والشراء والاستئجار ونحو ذلك أن نصيبه وقع في الحرام قطعاً، بخلاف المساهم في الشركات التي تتعامل بالربا فإنه بتملكه أسهماً في الشركة سيسهم قطعاً مع الشركاء فيما سيستقبلونه من أعمال تالية لتملك السهم، فإذا كانت هذه الأعمال محرمة، فبأي وجه يمكن تجويزها، ومن المعلوم أن السهم حصة شائعة في الشركة بجمع ما تشمل عليه من أصول

(١) «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بالفوائد» ص ١٢٦.

(٢) انظر: «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بالفوائد» ص ١٢٦.

ثابتة أو منقولة أو حقوق أو أرباح ملوثة أو غير ذلك، ولا يمكن تمييز حصته عما عداه من الشركاء.

د - على أنه قد ورد عن بعض السلف تحريم معاملة المرابي ونحوه، فقد سئل الإمام أحمد عن الذي يعامل بالربا، يؤكل عنده؟ قال: لا، : «قد لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله»^(١)، وقد أمر النبي ﷺ بالوقوف عند الشبهة^(٢). اهـ.

الدليل الرابع:

الاستدلال بقاعدة: «ما لا يمكن التحرز منه فهو عفو». ولهذه القاعدة تطبيقات متعددة ذكرها الفقهاء، منها: العفو عن يسير رذاذ البول، ويسير طين شارع تحققت نجاسته، ونحو ذلك^(٣). ووجه الاستدلال بهذه القاعدة: أن أسهم الشركات التي تتعامل بشيء من الحرام لا يمكن الاحتراز منها، فهي معفو عنها^(٤).

ويناقد هذا الاستدلال:

بأن موضوع القاعدة فيما لا بد للإنسان منه كالفروع المذكورة، وأما أسهم هذه الشركات فيمكن التحرز منها بعدم الاكتتاب بها أو شرائها.

الدليل الخامس:

الاستدلال بالمصلحة.

(١) أخرجه البخاري (كتاب اللباس باب من لعن المصور برقم ٥٩٦٢) من حديث أبي جحيفة رضي الله عنه، ومسلم (كتاب المساقاة باب من لعن أكل الربا وموكله برقم ١٥٩٨) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٢) القواعد والفوائد الأصولية ص ٩٧، وانظر: البيان والتحصيل ٥١٤/١٨.

(٣) انظر - في تطبيقات القاعدة -: المبسوط ١٣٩/٢، المغني ٧٢/١، كشف الأسرار للبخاري ٢٢٦/١، المشور في القواعد ٢٦٦/٣، قواعد ابن رجب ص ٣٤٣.

(٤) «حكم تداول أسهم الشركات المساهمة» ص ٢٥.

ووجه ذلك: أن في تملك الأسهم من قبل أهل الخير والصالح المنكرين لهذه المعاملات فيه مصلحة شرعية بالقضاء على تلك المعاملات عن طريق الدخول في المجالس الإدارية^(١).

ويناقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن المصلحة إذا كانت مصادمة للنص فهي ملغاة، فلا عبرة بها.

الوجه الثاني: أن هذه المصلحة غير محققة، والمفسدة المترتبة على المساهمة محققة، والمفسدة المحققة مقدمة في الاعتبار على المصلحة المظنونة، كما هو معلوم من قواعد الشرع.

الوجه الثالث: أن هذا التعليل متوجه في حق كبار التجار، والشركات الإسلامية، الذين يرجى من مساهمتهم التغيير المباشر لنظام الشركة، أما آحاد الناس فإن هذا المقصد إن صدق في بعضهم فهو غير موجود عند كثير منهم.

الدليل السادس:

قياس ملكية الأسهم في الشركات ذات الغرض المباح، والتي تتعامل ببعض الأعمال المحرمة على ملكية الرقيق، بجامع أن المسؤولية في كل منهما محدودة بمقدار القيمة الكلية.

وقد ذكر الفقهاء أنه: «لا ينبغي الإذن لغير المأمون ومتعاطي الربا، فإن فعل وكان يعمل بالربا تصدق السيد بالربح، وإن جهل ما يدخل عليه من الفساد في البيع استحباب التصدق بالربح لعدم يقين الفساد»^(٢).

فمالك السهم إذا عرف ما يدخل على الشركة من الفساد تصدق به،

(١) الفتاوى الاقتصادية ص ١٧، «الاستثمار في الأسهم» ص ٨٧.

(٢) الذخيرة للقرافي ٣١٩/٥.

وإذا لم يعلم استحباب له أن يتصدق بالربح الناتج من أعمال الشركة، وذلك إنما هو على سبيل الاستحباب ولا وجه حينئذ للقول بتحريم الاستثمار في هذه الشركات، وإلا لكان حراماً على المسلم أن يمتلك عبداً يعمل بالربا^(١).

ويناقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن قياس ملكية الأسهم على ملكية الرقيق فاسد من أصله، وقد سبق بيان فساد^(٢).

الوجه الثاني: أن السيد لا يجوز له أن يأذن لعبده بالمتاجرة في الحرام، وما ذكره أهل العلم إنما هو فيما إذا دخل عليه منه شيء.

الوجه الثالث: أنه لو صح هذا القياس وما بني عليه من نتائج لجاز امتلاك أسهم الشركات التي أصل نشاطها محرم، كالتي أصل نشاطها مباح: «فالعبد المأذون ربما يغش في التجارة، ويتعامل بالربا، ويتاجر في الخمر، ولا يتعلق ذلك بسيدته - ومقتضى هذا التخريج - فالشركة شبيهة بالعبد المأذون، فلا حرج على المساهمين أن يمتلكوا الشركات التي تغش في التجارة وتتعامل بالربا وتبيع الخمر.. لأنه لا سلطة لهم عليها، فالشركة تتصرف بشكل مستقل عنهم»^(٣).

القول الثاني: يرى جمع من العلماء المعاصرين، وعدد من الهيئات الشرعية تحريم المساهمة في الشركات التي يكون أصل نشاطها مباحاً، إذا كانت تتعامل ببعض المعاملات المحرمة كالإقراض والاقتراض بفائدة.

فيحرم الاكتتاب بها، وبيعها وشراؤها وامتلاكها.

(١) «الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة» بحث د. محمد القري، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية مج ٥ ص ٢٤.

(٢) انظر ص ٢٣٦.

(٣) «تعليق د. الضربير على بحث القري السابق» بتصرف يسير ص ٧١.

وممن ذهب إلى هذا القول: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة^(١)، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي^(٢)، والهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي^(٣)، وهيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي السوداني^(٤)، وعدد من العلماء المعاصرين^(٥).

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته السابعة ما نصه:
«ج: الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة»^(٦).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨]، وقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا وإن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع»^(٧).

(١) فتاوى اللجنة ١٣/٤٠٧.

(٢) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، فتوى رقم ٥٣٢.

(٣) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، فتوى رقم ٤٩.

(٤) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي السوداني، فتوى رقم ١٦.

(٥) منهم: د. صالح المرزوقي في بحثه «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفوائد» مرجع سابق، د. السالوس في بحثه «أحكام أعمال البورصة في الفقه الإسلامي» المقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته السادسة، مجلة المجمع ٦/١٣٤٣، والشيخ عبد الله بن بيه في بحثه «المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام» المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، مجلة المجمع ٧/١/٤١٥، والأستاذ علي العيسى في كتابه: مفاهيم حول أسهم الشركات المساهمة، وهذا القول هو مفهوم كلام د. الخياط في كتابه: الشركات ٢/٢٠٦.

(٦) مجلة المجمع ٧/١/٧١٢.

(٧) أخرجه أحمد ٣/٣٢٠ ومسلم (كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ برقم ١٢١٨) وأبو داود (كتاب الحج باب صفة حجة النبي ﷺ برقم ١٩٠٥) والنسائي (كتاب الحج باب الكراهية في الثياب المصبغة للمحرم برقم ٢٧١٣) من حديث جابر رضي الله عنه.

وعن جابر رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه»^(١).

ووجه الدلالة من هذه النصوص: أنها عامة في التحريم فتشمل الربا قليله وكثيره.

فكلمة: «الربا» في الآيتين معرفة بأل التي تفيد استغراق الجنس، فتعم، وكلمة: «كل» في حديث جابر من صيغ العموم، و«آكل الربا» و«موكله» نكرتان مضافتان إلى معرفة، و«الربا» في الحديث الأخير معرفة بأل، وهي من صيغ العموم، فيشمل الحديث كل آكل للربا أو مؤكل له، قل الربا أو كثر.

والربا الناتج عن اقتراض الشركات المساهمة أو إيداعها هو من ربا الجاهلية الذي جاء القرآن بتحريمه، والذي بينت حكمه هذه الأحاديث الشريفة، فكيف يسوغ لقائل بعد ذلك أن يقول: إن الربا إذا كان قليلاً ومغموساً في الحلال الكثير فهو جائز^(٢).

نوقش: بأن المستثمر لا يأخذ الربا، إذ يجب عليه فوراً التخلص من مقدار الكسب الحرام، وصرفه في وجوه البر^(٣).

ويجب عنه من أوجه:

الوجه الأول: أنه وإن كان لا يأكل الربا فهو يؤكله، لأن الشركة تتمول بفوائد فتدفع الربا لجهات التمويل، فهو داخل في لعن النبي صلى الله عليه وسلم.

الوجه الثاني: أن تقدير الحرام وإخراجه لا يبيح شراء أسهم هذا النوع من الشركات ولا يكون توبة من الذنب الذي وقع فيه:

أ - أما أنه لا يبيح المساهمة فلأن محل العقد (وهو سهم الشركة

(١) الحديث سبق تخريجه آنفاً.

(٢) «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفوائد» ص ٩٦.

(٣) «الاستثمار في الأسهم» ص ٨٦، قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١/ ٢٤٥.

التي تقتضى بفوائد ربوية) ما لم محرم بسبب ما اشتمل عليه من الربا. وبناءً عليه، فهذا العقد باطل على مذهب جمهور الفقهاء، وفساد عند الحنفية لأن العقود التي يدخلها الربا تكون فاسدة عندهم كبيع الدينار بالدينارين، فإذا زال المفسد وهو الدينار صح العقد.

لكن الربا في الأسهم هذه لا يمكن فصله عن المبيع حتى يمكن إمضاء العقد في المباح ومنعه في الحرام، لاختلاط ذلك اختلاطاً يتعذر معه التمييز، ولأن الواقع أن بائع الأسهم يبيعهما بجميع حقوقها، ولا يتم استثناء شيء من ذلك، ولذا فإن العقد باطل لم تترتب عليه آثاره، فمشتري السهم لم يمتلك السهم أصلاً حتى يتخلص من مكاسبه المحرمة^(١).

ب - ولأن هذا التقدير مبني على الحزر والتخمين، ولا يستطيع أي محاسب مهما بلغ من العلم أن يصل إلى حساب قطعي.

والتخمين لا يكفي في العقود الربوية، لأن التخمين لا يؤدي إلى التساوي يقيناً، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل، بدليل تحريم المزابنة^(٢)، والمحاولة^(٣)، وعلة تحريمهما عدم العلم بالتساوي لنشوفة أحدهما ورطوبة الآخر^(٤).

ج - وأما أن هذا لا يكون توبة من الذنب فلأن من شروط التوبة الإقلاع عن الذنب، والعزم على ألا يعود، والندم على ما عمل، والذي دأبه أخذ الحرام ثم إخراجة لا يعد نادماً ولا عازماً على الإقلاع.

قال ابن القيم رَضِيَ اللهُ تَعَالَى: «تستحيل التوبة مع مباشرة الذنب»^(٥).

(١) «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بالفوائد» ص ١٠٣.

(٢) المزابنة: بيع كل شيء لا يعلم كيله أو وزنه أو عدده بشيء من جنسه، مثل بيع الرطب بالتمر، والكرم بالزبيب، تيسير العلام ١٥٠/٢.

(٣) المحاولة: بيع الحنطة بسنبلها بحنطة صافية من التبن، تيسير العلام ١٥١/٢.

(٤) «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بالفوائد» ص ١٣١.

(٥) مدارج السالكين ١/١٨٢.

الدليل الثاني:

قول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

وعن جابر رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وكتابه وشاهديه»^(١).

ووجه الدلالة من هذين النصين: أن الذي يساهم في الشركات التي تتعامل بالمحرمات معين لهما على الإثم، فيشملة النهي.

ولهذا اشترط الفقهاء لصحة العقد أن يكون السبب الباعث مشروعاً، فبيع العنب مثلاً، حلال، لكن إذا كان بيعه ممن يتخذه خمراً، فهو محرم، ومثله بيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو بيع الأمة للغناء.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «لا يجوز بيع العنب لمن يعصره خمراً، بل لقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من يعصر العنب لمن يتخذه خمراً فكيف بالبائع له الذي هو أعظم معونة»^(٢).

والذي يساهم في هذه الشركات أشد إعانة على الإثم ممن يبيع العنب ممن يتخذه خمراً، وبيان ذلك من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الإعانة على الإثم في بيع العنب مظنونة، لأن المشتري قد لا يتخذه خمراً، بخلاف المساهم في الشركة، فإن من دأب الشركة طيلة السنة أن تودع فائض سيولتها في البنوك، وهذا أمر معلوم مقطوع به.

الوجه الثاني: أن المساهم يعين الشركة على الإثم بعين ماله، بخلاف البائع للعنب، فإنه يأخذ مقابل العنب عوضه، والمشتري يملك العنب فتصرفه فيه بعد ذلك تصرف في ملكه.

(١) الحديث سبق تخريجه ص ٩٢٥.

(٢) الفتاوى الكبرى ٣/٤٤٢، وانظر: الفروق للكرائيسي ٢/٢٨٣، مواهب الجليل ٤/٢٥٤، أسنى المطالب ٢/٤١، الفروع ٤/٤٢.

الوجه الثالث: أن المساهم كما يعين الشركة على الإثم ابتداءً، فهو يعين مشتري السهم منه بعد ذلك انتهاءً، لأن الغالب أن المساهمين لا يتحرزون من الجزء الحرام، فيكون قد باع السهم ممن يغلب على الظن أنه يأخذ به الربا، وفي هذا إعانة على الإثم.

ويناقش هذا الاستدلال:

بأن الشركة ماضية في إيداع الأموال بفوائد، سواء ساهم هذا المستثمر أم لم يساهم، فلم يتحقق كونه معيناً على الإثم.

ويجاب عنه: بأنه وإن لم يكن معيناً على أصل الإيداع، فإنه قد أعان على إيداع ما يقابل حصته من مال الشركة، وهذا بلا شك زيادة في الإثم، فصدقة درهم لا تساوي الصدقة بمائة درهم، وكذا زيادة درهم ربا لا تستوي مع زيادة مائة درهم.

وفضلاً عن ذلك فإن امتناع المستثمرين عن المشاركة في تلك الشركات سوف يكون دافعاً لها للابتعاد عن الربا وعن جميع العقود الممنوعة، وهذا مطلب شرعي.

الدليل الثالث:

قوله عليه الصلاة والسلام: «درهم ربا يأكله الرجل، وهو يعلم، أشد من ست وثلاثين زنية»^(١).

ووجه الدلالة منه: أن النبي ﷺ عد أكل درهم واحد من الموبقات، ورتب عليه هذا الوعيد الشديد، فكيف بمن يضع المئين والآلاف من أمواله في المصارف الربوية؟ وإخراج قدر الحرام تخمين فمن غير المستبعد أن يدخل ماله شيء من الحرام^(٢).

(١) أخرجه أحمد ٥/٢٢٥، والدارقطني ٣/١٦، والطبراني في الأوسط ١/١٤٢، والمقدسي في الأحاديث المختارة ٩/٢٦٧، من حديث عبد الله بن حنظلة رضي الله عنه.

(٢) انظر: «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بالفوائد» ص ٩٦.

ويناقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الحديث ضعيف لا يصح الاحتجاج به، لأن في إسناده: ليث بن أبي سليم وهو صدوق لكنه اختلط جداً، ولم يتميز حديثه فترك^(١).

ويجاب: بأن ليث بن أبي سليم لم ينفرد بهذا الحديث بل توبع عليه^(٢)، ولهذا صحح الحديث جمع من أهل العلم^(٣).

الوجه الثاني: أن الحديث وإن صح إسناده فإن معناه شاذ، لأن جريمة الزنا متعلقة بالعرض، ومعصية الربا متعلقة بالمال، وقد عرف من مقاصد الشريعة أن المحافظة على العرض أعظم من المحافظة على المال، وقد حكم الشرع على مرتكب الزنا بالجلد والتغريب إن كان بكراً، وبالرجم إن كان محصناً، ولم يوقع جزاءً دنيوياً على متعاطي الربا، فكيف يكون الربا، بل ودرهم واحد منه، أشد من ست وثلاثين زنية؟.

أجيب عنه من ثلاثة أوجه:

١ - بأن الربا إنما كان أشد من الزنا لأن من أكل الربا فقد حاول مخالفة الله ورسوله ومحاربتهم بعقله الزائف، فتحريمه محض تعبد، وأما قبح الزنا فظاهر شرعاً وعقلاً، وله روادع وزواجر سوى الشرع^(٤).

(١) تقريب التهذيب ٤٨/٢.

(٢) تابعه عبد العزيز بن رفيع عند الإمام أحمد ٢٢٥/٥، وعبد العزيز ثقة أخرج له الشيخان. تقريب التهذيب ٦٠٣/١.

(٣) ممن صحح الحديث: الحافظ عبد الغني المقدسي في الأحاديث المختارة ٢٦٧/٩، والمنذري في الترغيب والترهيب ٧/٣، والهيثمي في مجمع الزوائد ١١٧/٤، والعراقي وابن حجر والسيوطي والمنائوي (فيض القدير ٥٢٤/٣)، والبوصيري في مصباح الزجاجاة ١٩٨/٢، والسفارينبي في غذاء الألباب ١٠٣/١، والألباني في السلسلة الصحيحة ٢٩/٣، والساعاتي في الفتح الرباني ٦٩/١٥، وانظر: التعليق المغني على سنن الدارقطني ١٦/٣.

(٤) فيض القدير ٥٢٤/٣.

٢ - أو يكون ما ورد في الحديث: «خرج مخرج الزجر والردع والتنفير منه لما ألقوه في الجاهلية من تعاطيه، وقد قالوا: إنما البيع مثل الربا، ولتعلقه بحق الأدمي المبني على المضايقة والمشاحة لافتقاره، ولتعلق الزنا بحق الله تعالى المبني على الاتساع والمساهلة لكرمه وغناه»^(١).

٣ - وبأن الوعيد الوارد في الحديث غير مستبعد فإن الإيذان بحرب من الله ورسوله أشد عقوبة ونكالا منه، ولهذا قال ابن القيم: «وآذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله، ولم يجئ مثل هذا الوعيد في كبيرة غيره، ولهذا كان من أكبر الكبائر»^(٢).

وعلى كل هذه الأوجه فإن ما يفيد الحديث أن الربا وإن قل من أكبر الكبائر، فلا يصح التساهل فيه بحجة أنه تابع أو يسير.

الوجه الثالث: أن الحديث قيد الوعيد بمن يأكل الربا وهو يعلم أنه ربا، والواقع أن المساهم لا يعلم دخول شيء من الربا في ماله بعد تقدير الحرام وإخراجه.

ويجاب: بأن المراد من يعقد العقد وهو يعلم أنه عقد ربوي، أو يعلم حكم الله فيه، قال في فيض القدير: «وهو يعلم»: أي والحال أنه يعلم أنه ربا أو يعلم الحكم، فمن نشأ بعيداً عن العلماء، ولم يقصر فهو معذور»^(٣).

الدليل الرابع:

أن يد الشركة على المال هي نفس يد المساهم، فأى عمل تقوم به فهو عمله لا فرق بينهما، فكما يحرم على الإنسان أن يستثمر جزءاً من ماله - ولو يسيراً - في معاملات محرمة، فكذا يحرم عليه المشاركة في

(١) فتاوى الرملي ١٢٤/٢.
 (٢) إعلام الموقعين ١٣٥/٢.
 (٣) فيض القدير للمناوي ٥٢٤/٣.

شركات تتعامل بالحرام، لأن المال المستثمر هو ماله بعينه^(١).
ويتأيد هذا الدليل بثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن الشركة فيها معنى الوكالة، والشريك وكيل عن صاحبه في التصرف، فتصرف الوكيل يقع للموكل نفسه.

قال ابن القيم رحمته الله: «وما باعوه - أي أهل الذمة - من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم جاز لهم شركتهم في ثمنه، وثمره حلال، لا اعتقادهم حله، وما باعوه واشتروه بمال الشركة، فالعقد فيه فاسد، فإن الشريك وكيل، والعقد يقع للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير»^(٢).

وهذا نص واضح على أن معاملة المرابي ومن اختلط ماله بالحرام بالحلال إنما تجوز على غير وجه المشاركة في عمله المحرم، أي فيما كان قبل الشركة.

وعلى هذا: فإن مجلس الإدارة يعتبر وكيلاً عن المساهم في التصرفات.

فإن قيل: إن المساهم لم يفوض مجلس الإدارة بذلك، ولم يرض بهذه التصرفات، وقد يكون في المجلس من لم يرشحه المساهم.

فالجواب: إن المساهم بقبوله المساهمة بالشركة قد فوض مجلس الإدارة، ووكلمهم في التصرف بالمال، لأن هذا الأمر مشروط في لائحة الاكتتاب.

الأمر الثاني: أن أهل العلم - رحمهم الله - كرهوا مشاركة اليهودي والنصراني، ومن لا يحترز من الشبهة، وبعضهم حرم ذلك إذا كان على وجه يخلو بالمال، وذلك خشية أن يدخل عليه الحرام.

(١) «المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام» ص ٤٢٠.

(٢) أحكام أهل الذمة ١/٢٧٤.

فهذا إذا لم يكن يعلم عنه أنه يستثمر المال في الحرام، فما بالك إذا كان يعلم أنه يتعاطى الحرام؟ فالتحريم حينئذ متعين، ولا أعلم أحدًا من أهل العلم أقره على الاشتراك معه إذا اكتشف أنه يتعامل بالحرام.

قال في المغني: «قال أحمد: يشارك اليهودي والنصراني، ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه، ويكون هو الذي يليه لأنه يعمل بالربا. . فأما ما يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فإنه يقع فاسدًا وعليه الضمان، لأن عقد الوكيل يقع للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فأشبهه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا، وما خفي أمره فلم يعلم فالأصل بإباحته وحله»^(١).

الأمر الثالث: أن من المتفق عليه أن الشركة لو كانت بين اثنين، فيحرم عليهما المتاجرة بالربا ولو كان يسيرًا، والبقاء في هذه الشركة يعتبر محرّمًا، فكذلك إذا زاد عدد الشركاء إذ لا فرق بين أن يكون الشركاء اثنين أو بالمئات أو بالآلاف.

نوقش هذا الاستدلال (أي الدليل الرابع من أدلة القول الثاني):

بأن الشركة المساهمة ليست من قبيل الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي ولا تنطبق عليها أحكامها: «فإن القوانين تنص على أن أموال الشركة المساهمة ليست مملوكة لحملة أسهمها. . ويترتب على هذا النظر أن امتلاك سهم الشركة يختلف عن حالة كون المساهم شريكًا في شركة عنان تعمل بالربا، لأن الحالة الثانية ليس على القول بجوازها دليل، إذ إن ذلك يؤول إلى القول بجواز التعامل بالربا فيكون مخالفًا لما عليه الإجماع قديمًا وحديثًا، أما الأولى فإن الأمر فيها يختلف، إذ الشركة شخصية

(١) المغني ١١٠/٧، وانظر أقوال أهل العلم في حكم مشاركة اليهودي والنصراني في أحكام أهل الذمة ٢٧٠/١، نهاية المحتاج ٦/٥، بدائع الصنائع ٥٠٩/٧، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ١٨٥/٢.

اعتبارية مستقلة عن ملاكها»^(١).

ويجاب من وجهين:

الوجه الأول: ما سبق في مناقشة أدلة القول الأول من أن إثبات الشخصية الاعتبارية للشركة، وكونها ذات مسؤولية محدودة لا يخرجها عن حقيقة شركة العنان، فقد أثبت الفقهاء جوانب متعددة من الشخصية الاعتبارية لشركة العنان، والشيء الجديد في الموضوع هو التسمية الاصطلاحية، والتوسع في مفهوم الشخصية الاعتبارية.

الوجه الثاني: أنه لو صح ما ذكر لم يكن ثمة فرق بين المساهمة في الشركات التي يكون أصل نشاطها حلالاً، والشركات التي يكون أصل نشاطها حراماً، فكلاهما تتصرفان بشخصية اعتبارية مستقلة عن المساهمين.

الموازنة بين القولين:

من خلال استعراض أدلة الفريقين يتبين أن القول الثاني قد أخذ بعموم الأدلة الشرعية في تحريم الربا قليله وكثيره، بينما القول الأول استند على قاعدة التيسير ورفع الحرج.

وعند التأمل في القول الأول نجد أنه ينبني على أمرين اثنين:

الأمر الأول: أن نسبة الربا من أرباح الشركة تابعة وغير مقصودة.

الأمر الثاني: أنه بالإمكان تقدير هذه النسبة والتخلص منها.

وقد يقول قائل إن كلاً من هذين الأمرين افتراضي، بمعنى أنه مجرد تنظير ذهني لا حقيقة له في الواقع العملي.

(١) «مبررات إعادة في النظر مسألة الاستثمار في أسهم الشركات التي يكون أصل نشاطها مباحاً، ولكنها تتعامل بالفوائد المصرفية» بحث للشيخ نظام يعقوبي، مجلة النور ع ١٨٣، لعام ١٤٢١هـ.

وبيان ذلك فيما يلي :

مناقشة الأمر الأول: وهو أن نسبة الربا من أرباح الشركة تابعة وغير

مقصودة:

وسوف نناقش هذا الأمر من خلال النقاط الآتية:

النقطة الأولى:

إن الشركة حين تعقد الصفقات المحرمة إما بالاقتراض من البنوك أو الإيداع فيها، فإنما تعقدها منفردة، أي غير مشوبة بمعاملات حلال، فهي مقصودة بالعقد، وبالتالي فإن جميع ما يترتب على تلك العقود يعتبر باطلاً عند جمهور الفقهاء ولا أثر له، لأنه نشأ عن عقد باطل، وما ترتب على الباطل فهو باطل.

ولذا قال أهل العلم: إن العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة، فليس له وجود شرعي ومن ثم فهو عدم، والعدم لا ينتج أثراً^(١).

ولو أخذنا برأي الحنفية الذي يفرق بين الفاسد والباطل^(٢)، فإن هذا العقد يعتبر فاسداً ويجب فسخه في الحال، لأنه فعل معصية، ولكل من العاقدين فسخه.

ومع تراكم السنين فإن موجودات الشركة بهذه العقود الفاسدة تشكل نسبة لا يستهان بها من ميزانيتها، وقبض هذه الموجودات لا يفيد الملك، وبيان ذلك:

(١) بداية المجتهد ٢/٢٣٠، حاشية الدسوقي ٣/٥٤، مغني المحتاج ٢/٣٧٨، القواعد والفوائد الأصولية ص ١١١.

(٢) الفاسد عند الأحناف: كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة. والباطل: كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما. بدائع الصنائع ٧/٣٦٦، ٣٧٧.

أن الفقهاء اختلفوا في العقد الفاسد إذا اقترن به قبض، هل يفيد الملك أم لا؟ على قولين:

القول الأول: أنه لا يثبت به الملك.

وهذا مذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، والظاهرية^(٣)، وهو قول المالكية^(٤) أيضًا لكن بشرط عدم فوات المبيع^(٥).

واستثنى المالكية من شرط الفوات ما إذا كان العقد ربويًا فهو واجب الرد مطلقًا ولا يثبت به ملك، قال في الاستذكار: «قال مالك: ومن البيوع ما يجوز إذا تفاوت أمره وتفاوح رده فأما الربا فإنه لا يكون فيه إلا الرد أبدًا، ولا يجوز منه قليل ولا كثير، ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره، لأن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩]. اهـ. (٦).

وعلى هذا فالمالكية يوافقون قول الجمهور في المسألة التي معنا.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله ﷻ توعد آكل الربا، ولو كان

(١) الحاوي الكبير ٦/٣٨٧، المجموع شرح المهذب ٩/٣٦٩.

(٢) المغني ٦/٣٢٧، شرح المنتهى ٢/١٦٣.

(٣) المحلى ٨/٤٢١.

(٤) التاج والإكليل ٦/٢٥٥، شرح مختصر خليل ٥/٨٥.

(٥) يكون فوات المبيع - عند المالكية - بتغير سوق المثلي والعقار، وبنقل المحل بكلفة، وبنماء المبيع أو نقصانه، وبخروجه من يد قابضه بنحو بيع أو هبة وتعلق حق. بلغة السالك ٢/٣٨.

(٦) الاستذكار ٢١/١٣٩.

المقبوض بعقد فاسد يملكه لما توعدده^(١).

الدليل الثاني:

ما ثبت في الصحيحين أن النبي ﷺ استعمل رجلاً بخير، فجاءه بتمر جنيب، وسأله فأخبره أنهم يأخذون الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال له عليه الصلاة والسلام: «أوه، عين الربا، بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيباً»^(٢).

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ أمره بالرد وذلك بعد ما قبض^(٣).

الدليل الثالث:

القياس على ما لو كان الثمن ميتةً أو دمًا، فإنه لا يملكه بالقبض بالاتفاق^(٤).

القول الثاني: أن الملك يثبت بهذا القبض، بشرط أن يكون بإذن مالكة.

وهذا مذهب الحنفية، لكنهم قالوا: إنه ملك من نوع خاص، فهو ليس ملكًا مطلقًا كالذي يفيد العقد الصحيح، بل هو ملك يستحق الفسخ، وهو مضمون بالقيمة لا بالمسمى، ومنهم من يرى أن المشتري يملك التصرف دون العين، ولا خلاف عندهم على أن التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام، ولبس الثوب، وركوب الدابة، وسكنى الدار

(١) الحاوي الكبير ٦/٣٨٧، المجموع شرح المهذب ٩/٣٧٨.

(٢) أخرجه البخاري (كتاب البيوع باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه برقم ٢٢٠١) ومسلم (كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم ١٥٩٢) من حديث أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما.

(٣) شرح الكوكب المنير ٣/٨٦.

(٤) المجموع شرح المهذب ٩/٧٨، المغني ٦/٣٢٧.

أنه لا يحل، لأن الثابت بهذا العقد ملك خبيث^(١).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قصة عتق بريرة رضي الله عنها، فإن عائشة رضي الله عنها شرطت لهم الولاء بأمر النبي صلى الله عليه وسلم، وهو شرط فاسد بالاتفاق، ثم أعتقتها ونفذ عتقها، وأقر النبي صلى الله عليه وسلم كل ذلك^(٢).

نوقش: بأن الحديث يدل على صحة العقد، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة رضي الله عنها فيه، ولا يمكن أن يأذن في عقد فاسد، فيكون الشرط فاسداً والعقد صحيحاً^(٣).

الدليل الثاني:

أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده^(٤).

ويناقش: بأن إمضاء العقد مع إفساد الشارع له فيه مضادة لحكم الله، والثابت بهذا العقد ملك خبيث والملك الخبيث واجب الرفع.

الترجيح:

الذي يترجح للباحث هو القول الأول لقوة أدلته، وسلامتها من المناقشة، ويتأيد هذا القول في المسألة التي معنا فإن التحريم فيها لحق الله تعالى لا يمكن أن يترتب عليه أثره، إذ لو ثبت الملك، والإذن بالتصرف في العقود الربوية لكان ذلك تقريراً لتلك المفسدة، والمفسدة لا ينبغي أن

(١) بدائع الصنائع ٣٧٦/٦، البحر الرائق ٧٤/٦، كشف الأسرار ٢٥٨/١، فتح القدير ٩٢/٦.

(٢) الحاوي الكبير ٣٨٧/٦، المجموع شرح المهذب ٢٧٨/٩، المغني ٣٢٧/٦.

(٣) الحاوي الكبير ٣٨٨/٦، المغني ٣٢٧/٦.

(٤) الهدايه ٩٢/٦ - مع فتح القدير.

تقر وإلا لما ورد النهي عنها^(١).

وبناءً على ذلك فإن ما تقبضه الشركة بالعقود الفاسدة لا يثبت به الملك، حتى ولو تقادم عليه الزمان، لأن الفاسد لا يصير صحيحاً بتقادم الزمان، ولو حكم الحاكم بنفاذه^(٢).

النقطة الثانية:

ولمتسائل أن يتسائل: ما هو حد اليسير الذي يتسامح فيه؟.

فنحن نعلم أن نسبة الربا تتفاوت من ١٪ من أرباح الشركة إلى ١٠٠٪، فما هو الحد الذي يمكن أن يميز به بين اليسير التابع، والكثير المقصود.

وإذا كانت الشركة تقترض بفوائد، فما هي النسبة المسموح بها من القروض المحرمة؟.

فمن المعلوم أن الشركات تفضل عادة تمويل توسعاتها الرأسمالية عن طريق القروض، وليس بإصدار أسهم جديدة، فهي تقترض بأضعاف رأس مالها الأصلي.

وفي هذا الصدد أشير إلى الاختلاف بين ما تضمنه قرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي وما تضمنه قرار هيئة الرقابة الشرعية والفتوى بالبنك الأهلي التجاري.

فقد نص قرار الهيئة الأولى على أنه: «إذا كان العنصر الحرام في مجموع الأموال التي تستثمرها الشركة من عقار ومنقول وأثاث وموارد أولية وسلع تجارية، ونحوها يقل عن ثلث ماليتها - أي رأس مالها واحتياطياتها -

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٢٨٣، وانظر: البحر المحيط ٢/٤٣٩، شرح الكوكب المنير ٣/٨٦.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٣٠، حاشية الدسوقي ٣/٥٤، القواعد والفوائد الأصولية ص ١١.

فإن هذه الشركة لا يحرم تداول أسهمها بيعًا وشراءً^(١).

وفي قرار هيئة الرقابة والفتوى بالبنك الأهلي التجاري ما نصه: «إذا كانت فوائد الشركة لقاء الإيداع ٥٪ من مجموع أرباحها أو أقل، فهذا قليل في كثير، ومما يعفى عنه، ولا يؤثر على جواز الاستثمار في أسهم هذه الشركة.. وأما إذا كانت نسبة الفائدة الخبيثة في أرباح الشركة أكثر من ٥٪ فلا يجوز الدخول في الاستثمار في أسهمها.. وإذا كانت الشركة أصل نشاطها مباحًا ولكن تحتاج إلى تمويل بالربا.. فإن كان ما تستقرضه من البنوك أقل من الثلث من قيمة الشركة السوقية فيجوز الدخول في التجارة في أسهمها..»^(٢).

فنلاحظ أن القرار الأول حدد النسبة بالثلث من القيمة الحقيقية للموجودات، بينما القرار الثاني حددها بالثلث من القيمة السوقية، وبين القيمتين بون شاسع.

والاعتراض على هذا التحديد من وجهين:

الأول: أنه لا دليل على أي من هذه النسب لا ٥٪ ولا ثلث القيمة السوقية ولا ثلث القيمة الحقيقية، وقياس الربا على الوصية قياس مع الفارق، فإن الوصية عمل مشروع، فالزيادة فيه مطلوبة.

والثاني: أن القرارين اعتبرا قيمة القروض وقت الاشتراك، ونحن نعلم أن الشركة طيلة عمرها - والذي قد يصل إلى عشرات السنوات - تقترض وتودع بالفوائد، فالموجودات التي أخذتها الشركة بالعقود الفاسدة يجب إخراجها من أصول الشركة عند الحساب.

النقطة الثالثة:

لو سُلم - جدلاً - بصحة أعمال قاعدة: يثبت تبعًا ما لا يثبت

(١) قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١/٢٥٠.

(٢) مجلة النور ١٨٣ لعام ١٤٢١هـ.

استقلالاً، في هذه المسائل، فالواجب الرجوع إلى كلام أهل العلم في تحديد: «التابع المغتفر» في باب الربا.

وقد سبق نقل نصوصهم في ذلك، وتبين أن معنى التابع عندهم لا يخرج عن كونه يسيراً غير مقصود، أو أنه شيء لا يؤبه به إذا أفرد، أو أنه شيء ليس بذبي بال... إلخ، وأين هذه المعايير من ملايين الريالات التي تدر على هذه الشركات من جراء العقود الربوية؟.

أولاً يعد إصرار المجالس الإدارية للشركات على تعاطي هذه العقود المحرمة مع علمها بأنها محرمة دليلاً كافياً على أن هذه المعاملات مقصودة لهذه الشركات، ومن صميم نشاطها، وليست معاملات عرضية؟.

إننا نعلم أن القائمين على هذه الشركات - في البلاد الإسلامية - هم أناس يعلمون حرمة الربا، وعظم جرمه عند الله، فلم يكونوا ليقدموا على هذه الأعمال من أجل حفنة من الدرهمات، أو فوائد ليست بذبي بال.

النقطة الرابعة:

إذا نظرنا إلى واقع الشركات نجد أن الأنظمة في شتى الدول تفرض على الشركات تخصيص جزء من أرباحها ليكون احتياطياً لها، وهو ما يعرف بالاحتياطي النظامي، ففي نظام الشركات السعودي مثلاً تنص المادة (١٢٥) على أنه يجب على مجلس الإدارة تجنيب ١٠٪ من الأرباح الصافية كل سنة لتكوين احتياطي، ويجوز للجمعية العمومية أن توقف هذا التجنيب متى ما بلغ هذا الاحتياطي نصف رأس المال.

يضاف إلى ذلك الاحتياطي الاتفاقي الذي تقره الجمعية العمومية للشركة^(١).

فهل من المناسب في هذا المقام أن نحسن الظن بشركات لا تتورع

(١) انظر: القانون التجاري السعودي ص ٢٩٨.

عن أكل الحرام، فنتوقع منها أن تحتفظ بهذه الأرصدة في الحسابات الجارية؟.

إن الغالب هو أن الشركات سوف تحتفظ بهذه الأرصدة في الودائع الآجلة، وتقتضي عليها فوائد، وهي نسبة لا يستهان بها من رأس مال الشركة.

النقطة الخامسة:

وتأكيداً لهذا الجانب، فقد اخترت عينات عشوائية للمراكز المالية لثلاث شركات محلية لتبين نسبة العنصر الحرام إلى العنصر الحلال في أعمالها:

أ - شركة سابك:

أوضح المركز المالي للشركة في (٣١/١٢/١٩٩٨م) البنود الآتية:

٢٧,٨٤٨ مليار ريال	مجموع حقوق المساهمين
٧٤,٥٠٣ مليار ريال	مجموع الموجودات
٢٢,٨٤ (قروض صندوق التنمية الصناعي	قروض طويلة الأجل
١,٢١١) = ٢١,٦٣ مليار ريال	
٦٣٧ مليون	تسهيلات بنكية قصيرة الأجل
٣,٢٨٠ مليار ريال	تسهيلات ائتمانية بصدد الحصول عليها
٢٥,٥٥ مليار ريال	مجموع القروض

ومن هذا الجدول يتبين ما يلي:

- أن نسبة القروض البنكية إلى حقوق المساهمين: ٩٢٪.
- ونسبة القروض البنكية إلى إجمالي الموجودات: ٣٤٪.

يضاف إلى ذلك ما جاء في قائمة الدخل للشركة وتحت بند (إيرادات أخرى) فقد بلغت هذه الإيرادات (٦٩٦,٥٠١) مليون ريال، وبلغ صافي

ربح الشركة (٢,٠٢٠,٩٥) مليار ريال، وبلاستفسار عن طبيعة الإيرادات الأخرى تبين أن ٧٢٪ منها هي إيرادات الودائع الآجلة، وعليه فتكون نسبة إيرادات الودائع الآجلة إلى صافي الربح: ٢٤٪.

ب - الشركة السعودية للصناعات الدوائية^(١):

- حققت الشركة في نهاية العام ١٩٩٦م صافي ربح يساوي (٢٦,٣٨٨) مليون ريال كان نصيب إيرادات الودائع الآجلة منها يساوي (٣,٨٤٩) مليون ريال.

أي أن نسبة الإيرادات المتحصلة من الودائع الآجلة إلى صافي الربح تساوي: ١٤,٦٪.

- يضاف إلى ذلك أن الشركة تستثمر ما يساوي (١١٨,٩٣٣) مليون ريال في السندات الحكومية، ولم تفصح الشركة عن نصيب هذه السندات من الأرباح إلا بصفة إجمالية تحت بند «إيرادات أخرى»، والتي تشمل الاستثمارات في السندات الحكومية، وفي الشركات التابعة، والاستثمارات الأخرى، وقد بلغت هذه الإيرادات: (١٦,٦١٣) مليون ريال، فإذا افترضنا أحسن الأحوال فإن متحصلات السندات من الإيرادات الاستثمارية لن تقل عن (٣) ملايين فتكون نسبة الإيرادات الربوية إلى صافي ربح الشركة: ٢٦٪.

ج - شركة إسمنت اليمامة^(٢):

حققت الشركة صافي ربح في نهاية العام ١٩٩٨م يساوي (٣٠٠,٨٩٤,٨٢٨) ريال بلغ نصيب إيرادات الاستثمار في السندات الحكومية (٣٤,٥٥٠,٠٠٠)^(٣) ريال فتكون نسبة هذه الإيرادات إلى صافي الربح: ١٢٪.

(١) المرجع: جريدة الجزيرة العدد ٩٣٠٢.

(٢) المرجع: التقرير السنوي والقوائم المالية للشركة لعام ١٩٩٨م، الصادر عن الشركة.

(٣) لم تحدد الميزانية حصة سندات التنمية من الإيرادات لكنها بينت إجمالي موجودات =

- يضاف إلى ذلك أن الشركة حققت إيرادات متنوعة - ولم تفصح عن طبيعتها^(١) - تساوي (٢٤,٨٨٣,٧٨٨) ريال أي ٨٪ من صافي الربح.

وليس الهدف هو استعراض القوائم المالية لجميع الشركات المساهمة، فإن هذا الأمر يطول، وإنما الهدف الإشارة إلى أن الإيرادات المحرمة في الشركات المساهمة التي تتعامل بالحرام لا يمكن اعتبارها يسيرة مغموسة في بحر الحلال، ذلك أن الشركة إذا استباححت لنفسها أكل درهم ربا هان عليها استباحة ملايين الدراهم، لأن القضية قضية مبدأ، فإما سلامة ونقاء من الربا، وإما غمس وانغماس في لوثاته.

ومن المعلوم أن عامة الشركات لا تتجرأ على الإفصاح عن نسبة العوائد الربوية من أرباحها، حتى لا تخسر قطاعًا كبيرًا من المساهمين، وإنما تدرج هذه العوائد تحت بند «إيرادات أخرى».

الأمر الثاني: مناقشة إمكانية التخلص من الكسب الحرام:

ومما يؤيد أن القول الأول هو قول افتراضي استحالة تحديد مقدار الكسب المحرم من عوائد السهم.

ونحن هنا في مقام لا يحتمل الظن والتخمين، بل لا بد من القطع واليقين.

وإيجاب البعض - عند الجهل بالحرام - بإخراج نصف ربح السهم أو ثلثه غير صحيح لأن الشركة قد لا تحقق أرباحًا تذكر من مبيعاتها في بعض السنوات، فتبقى معتمدة في توزيعات الأرباح على فوائد الودائع،

= السندات إلى الاستثمارات، وهي تساوي ٩٢٪ من قيمة الاستثمارات البالغة ٣٧٧ مليون ريال.

(١) علمًا بأن جميع بنود الإيرادات الأخرى من الشركات التابعة والزميلة وإيرادات المبيعات موضحة.

والسندات البنكية والأوراق قصيرة الأجل ذات الدخل الثابت، كما أن بعض الشركات تقوم بتوزيع الأرباح قبل البدء بتشغيل منشأتها، وهذه الأرباح تحصلت عليها من إيداع رأس المال في البنوك.

وإذا كان الأمر محتملاً فلا يكفي التقدير في هذه الحالة.

وتحديد مقدار الكسب الحرام قد يكون متعذراً لأمر، منها:

١ - أن جميع المجيزين يفترضون أن الشركة تودع وتأخذ فوائد، فيوجبون على المساهم إخراج ما يقابل نصيب الودائع من الأرباح. فإذا كانت الشركة تقترض من البنوك لتمويل أعمالها، أو لإجراء توسعات رأسمالية ونحو ذلك، فما السبيل لتحديد ما يقابل هذه القروض من الأرباح؟.

٢ - أن أغلب المستثمرين يشترون الأسهم بقصد الحصول على الأرباح الرأسمالية، أي فرق السعر بين الشراء والبيع، ومن المتعذر في هذه الحالة تحديد مقدار الكسب الحرام، لا سيما وأن من العوامل المؤثرة على القيمة السوقية للسهم مدى قدرة الإدارة على الحصول على التسهيلات والقروض البنكية.

٣ - إذا خسرت الشركة، فما هو نصيب الكسب الحرام من هذه الخسارة؟.

فإذا علمنا أن إيرادات الودائع والسندات ثابتة، فهذا يعني أن الخسارة على من يريد التخلص من الربا ستكون مضاعفة.

٤ - ومن المعتاد أن الشركة تستثمر جزءاً من أموالها في شركات تابعة أو شركات زميلة أو في صناديق استثمارية بالأسهم أو السندات، وقد تكون تلك الأسهم لشركات ذات أنشطة محرمة أو ذات أنشطة مباحة وتتعامل بالفوائد، وهكذا تمتد السلسلة إلى ما لا نهاية، ويصبح تحديد الحرام في هذه السلسلة من الشركات أشبه بالمستحيل.

ويترتب على القول بتحريم هذا النوع من المساهمات عدة أمور،
منها:

أ - يجوز للإنسان في مرحلة الاكتتاب - أي عند تأسيس الشركة - المساهمة في الشركات ذات الغرض المباح، وكذا بعد الاكتتاب وقبل مواولة نشاطها قبل أن تمارس الإيداع بفوائد، لأن الأصل في هذه الأسهم الإباحة، ولم يثبت بعد التحريم.

فإذا مارست الشركة أعمالها الربوية بعد ذلك فعلى المساهم أن يبذل جهده في إيقاف هذه الأعمال، فإذا لم يستطع فعلية التخلص من تلك الأسهم^(١).

ب - شراء أسهم الشركات المذكورة، أو الاكتتاب في أسهم لاحقة لها - مثل أن تطرح الشركة أسهمًا جديدة توسيعًا لأعمالها - يعتبر عقدًا باطلًا عند الجمهور، وفاسدًا عند الأحناف، وتترتب عليه الأحكام السابقة في العقد الفاسد.

وباتفاق الفقهاء فإن ما يحصل لهذه الأسهم من أرباح أو حقوق أو مزايا فجميعها للبايع، وليس للمشتري شيء منها سواء قبل قبضها أم بعده، لأن البيع الباطل لم ينقل الملك للمشتري عند الجمهور، وأما عند الأحناف فلأن الزيادة تابعة للأصل والأصل واجب الرد فكذلك التبع^(٢).

ج - يجب على المساهم أن يتحرى ويسأل عن أعمال الشركة التي سيساهم بها، لأن أعمال الشركة وإن كانت من حيث الأصل محمولة على الصحة والسلامة، إلا أن هذا الأصل قد نازعه ظاهر قوي، وهو غلبة

(١) انظر: «حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بالفوائد» ص ١٤٦.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٠، بدائع الصنائع ٧/٣٧٤، كشف الأسرار ١/٢٥٨، فتح القدير ٦/٩٢، الحاوي الكبير ٦/٣٨٨، القواعد والفوائد الأصولية ص ١١١.

الإيداع والاقتراض بفوائد على أعمال الشركات المعاصرة.

ولهذا كره أهل العلم مشاركة من لا يحترز من الشبهة لأن الظاهر من حاله هو التعامل بالحرام، مع أن الأصل في تصرفاته الصحة.

فإذا لم يتبين للمستثمر أن الشركة تتعامل بالربا أو أخبره أحد المسؤولين فيها بخلوها من ذلك، فلا حرج عليه في المشاركة، فلو كان فيها شيء من ذلك - وهو لا يعلم - فإنما إثمه على من أفتاه.

د - لا فرق في الأحكام المتقدمة بين الشركات التي يديرها مسلمون والتي يديرها كفار، فالمساهمة في شركات تدار بأيدي كافرة ولا تتعامل بالربا، جائزة، ولا وجه للتفرقة بين المسلم والكافر في هذا المجال لأن كراهة أهل العلم مشاركة الكافر لكونه قد يخلو بالمال فيدخل عليه الكسب الحرام، وهذه العلة منتفية في الشركات المساهمة لأن أعمال الشركة تحكمها نظم محاسبية ورقابية دقيقة، وتراجع من جهات خارجية بشكل لا يدع مجالاً للتستر أو التلاعب.

هـ - من الصناديق الاستثمارية المحلية التي يقتصر نشاطها على الاستثمار في هذا النوع من الأسهم ما يلي:

- ١ - صندوق الأهلي للمتاجرة بالأسهم العالمية.
- ٢ - صندوق الأهلي للمتاجرة بأسهم الشركات الصاعدة.
- ٣ - صندوق الأهلي للمتاجرة بالأسهم الأوروبية.
- ٤ - صندوق الأهلي للمتاجرة بالأسهم الأمريكية.
- ٥ - صندوق الأهلي للمتاجرة بالأسهم السعودية.
- ٦ - صندوق الهلال للمستثمر العربي بالبنك العربي الوطني.
- ٧ - صندوق الاستثمار في الأسهم السعودية (٢) بالبنك السعودي البريطاني.

- ٨ - صندوق الراجحي للأسهم العالمية .
- ٩ - صندوق الراجحي للأسهم المصرية .
- ١٠ - صندوق الراجحي للأسهم المحلية .
- ١١ - صندوق العربي لأسهم الشركات السعودية .
- ١٢ - صندوق الراجحي للأسهم الخليجية .
- ١٣ - صندوق الراجحي لأسهم الشرق الأوسط .

فجميع هذه الصناديق وما شابهها يجري عليها الخلاف السابق، وهو - كما ترى رعاك الله - خلاف قوي، وقد أخذ بكل قول جمع من أهل العلم ممن يشار إليهم بالبنان، وتسطر بمآثرهم صحائف الزمان، فلعل هذا من الخلاف الذي فيه رحمة للأمة، وأنا وإن كنت إلى القول الثاني أميل، إلا أن ذلك لا ينقص من وجاهة القول الآخر أو يحط من قدر قائله، فالجميع مجتهد، ومن اجتهد فأصاب فله أجران، ومن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد، أسأل الله أن يلهمنا الحق والصواب، وأن يجنبنا الزيغ والزلل والارتباب .

المطلب الثاني

الضوابط الشرعية لتداول الأسهم

بما أن الأسهم تمثل حقوق ملكية لحاملها في الشركة المساهمة فإن تداول الأسهم ينطبق عليه نفس أحكام تداول الوحدات الاستثمارية التي سبقت الإشارة إليها، من حيث الشروط والضوابط والآثار المترتبة عليها، لأن كلَّ

أ من السهم والوحدة الاستثمارية يمثل حصة مشاعة في الجهة المصدرة.

فإذا كانت موجودات الشركة أعياناً أو منافع فإن تداول أسهمها يأخذ حكم البيع الحاضر، فلا يشترط فيه التقابض أو التماثل.

وإذا كانت موجوداتها نقوداً فإن تداول أسهمها له أحكام الصرف، فيجب التقابض والتماثل، فلا يباع السهم بأكثر أو أقل من قيمته الحقيقية.

وإذا كانت موجوداتها ديوناً فإن بيع السهم له أحكام بيع الدين، فإذا كانت الديون المكونة للشركة من النقود، فلا يصح بيعها بنقود مثلها أو من عملة أخرى لأن ذلك يؤدي إلى ربا النسيئة، لكن يصح بيعها بغير النقود بشرط ألا يباع السهم بأكثر من قيمته الحقيقية، لئلا يربح المساهم فيما لم يدخل في ضمانه.

وإذا كانت موجوداتها مختلطة فإن الحكم يتبع طبيعة نشاط الشركة، فإذا كان المقصود الأساسي من نشاطها هو الاستثمار في الديون كالأستثمار في البيوع الآجلة، أو كان نشاطها الرئيس في الاستثمار بالنقود، فإن التداول يأخذ حكم الصرف أو بيع الدين على نحو ما تقدم.

أما إن كان نشاطها الأساسي في التجارة في السلع الحاضرة أو في الصناعة أو الزراعة ونحو ذلك، ووجود الديون والنقود فيها تابع غير مقصود فإن التداول يأخذ حكم البيع الحاضر، فلا يشترط تقابض ولا تماثل^(١).

(١) انظر تفاصيل هذه الأحكام ص ٧٧٣.

المطلب الثالث

الجانب التطبيقي لتداول الأسهم وموقف الفقه الإسلامي منه

يتم تداول الأسهم بيعًا وشراءً بين المستثمرين من خلال الأسواق المالية، وهذه الأسواق على نوعين:

١ - السوق الأولية.

٢ - السوق الثانوية.

ويأخذ تداول الأسهم في هذه الأسواق أساليب متعددة، وسوف نستعرض فيما يلي الجوانب التطبيقية لتداول الأسهم في نوعي الأسواق الآتية الذكر، وحكم كل منها.

الفرع الأول: بيع الأسهم في السوق الأولية (سوق الإصدار):

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مفهوم السوق الأولية:

يقصد بالسوق الأولية أو سوق الإصدار: السوق التي تباع فيها الإصدارات الجديدة من الأوراق المالية، وهي الأوراق التي تطرح عند تأسيس شركة مساهمة جديدة أو صندوق استثماري جديد، أو زيادة رأس مال شركة قائمة عن طريق إصدار أسهم جديدة.

وعادة ما يتم تسويق هذه الإصدارات عن طريق مؤسسة مالية يطلق عليها عادة «بنك» أو «بنك الاستثمار».

وفي بعض الدول التي تتسم أوراقها المالية بالصغر (كما هو الحال

في عامة الدول العربية) تقوم المصارف التجارية بدور بنك الاستثمار^(١).

ويقوم بنك الاستثمار بعدد من المهام منها:

١ - تقديم المشورة لجهة الإصدار بشأن حجم الإصدار، ومدى ملاءمته وتوقيته، والسعر المناسب للورقة المالية.

٢ - إدارة الإصدار: وذلك بإتمام جميع الإجراءات الإدارية والقانونية المتعلقة بالأوراق المالية.

٣ - وهو الأهم من ذلك كله: تسويق الأوراق المالية، ويتم ذلك بإحدى طريقتين:

الأولى: أن يقتصر دور بنك الاستثمار على الوساطة فقط بين الشركة المصدرة والمستثمرين من غير تعهد بتغطية الاكتتاب. وتعرف هذه الطريقة بالترتيبات الخاصة.

الثانية: أن يكون التسويق مصحوباً بتعهد من بنك الاستثمار بتصرف كامل الكمية المقرر إصدارها، أو حد أدنى منها، وفي هذه الحالة يقوم بنك الاستثمار بشراء الأوراق المالية من جهة الإصدار بسعر أقل من قيمتها الاسمية التي سيبيعها على المستثمرين، حيث يمثل الفرق مقابل المصروفات بالإضافة إلى ربح ضامن الاكتتاب (بنك الاستثمار). وتعرف هذه الطريقة بـ «ضمان الاكتتاب»^(٢).

المسألة الثانية: الحكم الشرعي للبيع في السوق الأولية:

يختلف الحكم الشرعي للبيع في السوق الأولية حسب طريقة التسويق:

(١) الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٣١، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٦٧، إدارة الاستثمارات ص ١٦٤.

(٢) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٦٧، إدارة الاستثمارات ص ١٦٤، الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٣١.

حكم الحال الأولى:

في هذه الحال يقتصر دور بنك الاستثمار على مجرد الوساطة في البيع، فالعقد جائز، والأجرة المقررة لبنك الاستثمار هي مقابل السمسرة.

وهذه الحال على نوعين: ذلك أن الوساطة إما أن تكون مقدرة بالزمن - وهذا نادر أو يكاد يكون افتراضياً - أو تكون مقدرة بالعمل وهذا هو الغالب.

حكم النوع الأول: تكون الوساطة مقدرة بالزمن، إذا عهدت الجهة المصدرة إلى بنك الاستثمار بتصريف إصداراتها من الأوراق المالية خلال مدة معينة، على أن يستحق الأجرة المسماة بانقضاء المدة بصرف النظر عما تم تسويقه فعلاً من تلك الأوراق.

فهذا العقد من باب الإجارة وهو جائز باتفاق الفقهاء^(١).

حكم النوع الثاني: وهو الوساطة المقدرة بالعمل، وذلك بأن تعهد الجهة المصدرة إلى بنك الاستثمار بتصريف إصداراتها، وله أجر مسمى عن كل ورقة مالية يتم تصريفها، مثل أن يُضرب لبنك الاستثمار (٥)، ريال عن كل ورقة أو ٥٪ من قيمة الورقة (والنتيجة في كلا التسميتين واحدة لأن القيمة الاسمية للورقة ثابتة لا تتغير).

وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد السمسرة المقدر بالعمل على

قولين:

القول الأول: جواز عقد السمسرة المقدر بالعمل، سواء أكان العمل كثيراً أم قليلاً.

وهذا مذهب الحنفية في أحد قوليهما^(٢)، والمالكية في المشهور

(١) المبسوط ١١٥/١٥، البهجة في شرح التحفة ٢/٢٩٩، روضة الطالبين ٥/٢٥٧، كشف القناع ٥/١٨٠٢.

(٢) الفتاوى البزازية ٥/٤٠، رد المحتار ٩/٨٧، غمز عيون البصائر ٣/٧٢،

عندهم^(١)، والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التي ذكرناها سلفاً بجواز عقد السمسرة بجزء من الثمن^(٤)، ويضاف إلى ذلك:

الدليل الأول:

أن الأصل في المعاملات الحل ما لم يَقم دليل على المنع.
ولا دليل على المنع من تقدير أجرة السمسار بالعمل.

الدليل الثاني:

أنه يجوز عقد الإجارة على السمسرة مقدراً بزمن، فجاز مقدراً بعمل، كالخياطة^(٥).

القول الثاني: تحريم عقد السمسرة المقدر بالعمل.

(١) المدونة ٤٦٦/٣، التاج والإكليل ٤٩٧/٧، شرح مياره ١٠٢/٢.
ونسب إلى الإمام مالك القول بجوازه في العمل القليل دون الكثير، لأن الكثير يشغل السمسار عن أن يبيع ويشتري ويعمل غيرها، فلم يجز إلا بإجارة معلومة.
كما نسب إليه أيضاً القول بجوازه في الشراء مطلقاً، أما في البيع ففي السلع القليلة دون الكثيرة، لأن المالك ينتفع بعمل السمسار قبل البيع، وذلك بحفظ السلع عنده مدة كونها بيده.

وسبب هذا الاختلاف هو تضارب النقول عن الإمام مالك، والذي رجحه ابن رشد في المقدمات الممهدة ١٨٠/٢ أنه لا فرق عند مالك بين القليل والكثير، وأن المنع يتوجه فيما إذا كان المالك ينتفع من العقد قبل تمامه، كحفظ السلع ونحو ذلك، لأن العقد عقد جعالة، ولا يجوز في الجعالة - عند المالكية - أن تكون مما ينتفع به الجاعل قبل تمام العمل سواء كان قليلاً أم كثيراً.

انظر: شرح منح الجليل ٧/٤، شرح الخرشني ٦٣/٨.

(٢) روضة الطالبين ٢٥٧/٥، مغني المحتاج ٤٤٦/٣، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٢٧٠/٥.

(٣) المغني ٤٢/٨، كشف القناع ١٨٠٢/٥.

(٤) انظر ص ٦٨٠.

(٥) المغني ٤٢/٨.

وهذا مذهب الحنفية في المعتمد عندهم^(١).

استدل أصحاب هذا القول:

بأن عقد السمسرة إذا قدر بالعمل اشتمل على الغرر والجهالة من وجهين:

الوجه الأول: أن العمل مجهول، فالبيع قد يتم بكلمة واحدة، وقد لا يتم بعشر كلمات، كما أن الزمن الذي يستغرقه البيع مجهول، فقد يطول وقد يقصر^(٢).

الوجه الثاني: أن العمل المعقود عليه لا يقدر على إقامته بنفسه، فإن البيع لا يتم ما لم يساعده المشتري على ذلك^(٣).

نوقش هذا الاستدلال: بأن الغرر الذي في هذا العقد مغتفر وغير مؤثر، لكثرة التعامل به، ولحاجة الناس إلى عقد السمسرة، فيجوز كدخول الحمام بلا تسمية أجرة^(٤).

ومن شرط كون الغرر مؤثراً ألا يكون بالناس حاجة إلى ذلك العقد، ولا تخفى حاجة الناس إلى عقد السمسرة إذ ليس كل أحد يستطيع أن يتولى البيع بنفسه إما لكونه لا يحسنه، أو لانشغاله عنه.

وقلما يخلو عقد من عقود منافع الأبدان كالإجارة والمضاربة من الغرر، ومع ذلك انعقد الإجماع على جوازها واعتفار ما فيها من الغرر لحاجة الناس إليها^(٥).

وقد يكون من مصلحة العاقدين أن يقدر العقد بالعمل لا بالمدة،

(١) المبسوط ١١٥/١٥، بدائع الصنائع ٥٥٠/٥، رد المحتار ٨٧/٩.

(٢) المبسوط ١١٥/١٥، بدائع الصنائع ٥٥٠/٥.

(٣) المبسوط ١١٥/١٥.

(٤) رد المحتار ٨٧/٩، التاج والإكليل ٤٩٧/٧.

(٥) انظر: الوساطة التجارية في المعاملات المالية ص ٧٩.

ليكون ذلك حافزًا للسمسار على النصح والاجتهاد فيما أوكل إليه .

الترجيح:

الذي يترجح هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة .
وعليه فإنه يجوز للجهة المصدرة أن تتعاقد مع بنك الاستثمار بتقدير نسبة أو مبلغ محدد عن كل ورقة مالية يقوم البنك بتسويقها .

حكم الحال الثانية:

وهي ما إذا كان التسويق مصحوبًا بتعهد من بنك الاستثمار بشراء كل الأوراق المالية أو حدٍ أدنى منها .

ويتخرج هذا العقد على أحد الاحتمالين الآتيين .

التخريج الأول: تخريجه على عقد الضمان .

وإلى هذا ذهب مجمع الفقه الإسلامي ففي قرار المجمع رقم ٦٥ / ٧ / ١ ما نصه: «ضمان الإصدار: هو الاتفاق عند تأسيس شركة مع من يلتزم بضمان جميع الإصدار من الأسهم أو جزء من ذلك الإصدار، وهو تعهد من الملتزم بالاككتاب في كل ما تبقى مما لم يكتب فيه غيره وهذا لا مانع منه شرعًا إذا كان تعهد الملتزم بالقيمة الاسمية بدون مقابل لقاء التعهد، ويجوز أن يحصل الملتزم على مقابل عن عمل يؤديه - غير الضمان - مثل إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم»^(١) .

ومستند هذا التخريج:

أن تسويق الإصدارات مقرون بتعهد من بنك الاستثمار، فالعقد فيه معنى الضمان .

ويترتب على هذا التخريج:

تحريم أخذ البنك أجرًا مقابل هذا التعهد، لأن أخذ الأجر على

(١) مجلة المجمع ٧ / ١ / ٧١٢ .

الضمان محرم، ويجوز أخذ الأجر على الأعمال الأخرى غير الضمان.

ويناقد هذا التخريج:

بأن الربح الذي يتحصل عليه البنك في هذا العمل ليس مقابل ضمان مجرد، حتى نجعله من قبيل أخذ الأجر على الضمان، بل إنه مقابل امتلاك الأوراق المالية ومن ثم بيعها، فالضمان ضمان ملك، لا ضمان مجرد.

فهنا يجب أن نفرق بين حالين:

الحال الأولي: أن يلتزم بنك الاستثمار للجهة المصدرة بدفع كامل القيمة الاسمية أو جزء منها في حال عدم شراء الورقة المالية في السوق الأولية، مع احتفاظ الجهة المصدرة بملكية الورقة.

فهذه الحال لا شك في تحريمها، والغرر فيها ظاهر، ولا أعلم أن هذا النوع من التعهد معمول به في الأسواق المالية.

الحال الثانية: أن يلتزم البنك بشراء ما يتبقى من تلك الأوراق بعد التسويق بالقيمة المتفق عليها أو يلتزم بشراء جميع الأوراق بتلك القيمة، ومن ثم تسويقها بقيمتها الاسمية.

ففي هذه الحال لا يلزم أن يكون الأجر الذي يأخذه البنك بمقدار نفقاته الفعلية للتسويق، لأن البنك يشتري هذه الأوراق.

وهذا الشرط يكون متوجهاً فيما إذا كانت موجودات الجهة المصدرة نقوداً أو ديوناً - كما لو كانت الجهة المصدرة مصرفاً أو صندوقاً استثمارياً متخصصاً في البيع الآجل - فلا يصح بيع إصداراتها على بنك الاستثمار إلا بالقيمة الفعلية لتلك الموجودات لا بأقل ولا أكثر.

التخريج الثاني: تخريج العقد على بيع الوضعية.

وبيع الوضعية: بيع بمثل الثمن الأول، مع نقصان شيء معلوم منه.

وهو جائز باتفاق الفقهاء من حيث الجملة^(١).

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٧، تبیین الحقائق ٧٣/٤، المدونة ٢٤٦/٣، التاج =

ومستند هذا التخريج:

أن جهة الإصدار تباع الأوراق المالية المتفق عليها من بنك الاستثمار بالقيمة الاسمية لتلك الأوراق ناقصًا نسبة محددة، ويمثل الفرق بين القيمة الاسمية والقيمة المباعة لهذه الأوراق الربح المتحقق للبنك^(١).

ويترتب على هذا التخريج:

أن الربح الذي يأخذه بنك الاستثمار مباح لأنه ناتج عن عملية شراء وبيع حقيقية.

ويناقد هذا التخريج من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن القيمة الاسمية للورقة قد لا تكون بضمن التكلفة، فلا يكون البيع بيع وضيعة، بل هو بيع مساومة.

الوجه الثاني: أن جهة الإصدار تشتت على بنك الاستثمار أن يبيع الورقة بالقيمة الاسمية وليس له الزيادة على ذلك، ولو كان مالًا لما كان لها أن تقيده بذلك.

ويجاب: بأن هذا بيع بشرط يخالف مقتضى العقد، وهو شرط صحيح - كما تقدم - ما دام فيه مصلحة للبائع أو للمبيع.

الوجه الثالث: أن في العقد غررًا، ووجه ذلك: أن النسبة المتبقية بعد تصريف الإصدار والتي يلزم البنك بشرائها، غير معلومة، فقد يتبقى النصف أو الثلث أو الربع أو لا يتبقى شيء.

ويجاب: بأن العلم بقيمة الورقة الواحدة كافٍ في انتفاء الجهالة وإن لم يتبين مقدار الأوراق المباعة جملة، لأن ما يشترط في الثمن هو أن يكون معلومًا، سواء كان ذلك للجملة دون التفصيل، أو التفصيل دون الجملة، لأن المراد هو تجنب الجهالة المفضية إلى نزاع.

= والإكليل ٤٣٦/٦، حاشية الجمل ١٧٨/٣، تحفة المحتاج ٤٢٩/٤، المغني ٢٧٦/٦، الفروع ١١٨/٤.

(١) صناديق الاستثمار الإسلامية ص: ١٢٢.

فصورة هذا البيع كما لو قال: بعتك بعض هذه الصبرة كل قفيز بدرهم^(١).

وقد اختلف الفقهاء في حكم ما لو باعه من الصبرة - (أي بعضها دون تسمية البعض) - كل قفيز بدرهم، على قولين:
القول الأول: المنع.

وهو مذهب الجمهور من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والظاهرية^(٥)، والمعتمد عند الحنابلة^(٦).

استدل أصحاب هذا القول:

بأن الثمن مجهول حالة العقد، فالعقد فيه غرر^(٧).

القول الثاني: الجواز.

وهو قول عند المالكية^(٨) والحنابلة^(٩).

استدل أصحاب هذا القول:

١ - بأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، لأن الثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من البيع، والغرر منتفٍ في الحال، لأن ما يقابل كل

(١) وهو البيع بسعر الوحدة، وله صور منها: لو باعه كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم، فالبيع جائز عند الجمهور والصاحبين، ويصح قفيز واحد عند أبي حنيفة، ومنها: لو باعه كل الصبرة كل قفيزين أو ثلاثة بكذا. انظر: الغرر وأثره في العقود ص: ٢٦٥.

(٢) المبسوط ٦/١٣، بدائع الصنائع ٦/٦٠١، تبين الحقائق ٤/٥، فتح القدير ٥/٤٧٢.

(٣) التاج والإكليل ٦/٩٣، حاشية الدسوقي ٣/١٧، بلغة السالك ٢/١٠.

(٤) المجموع شرح المذهب ٩/٣١٣، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٦/١٤٢.

(٥) المحلي ٩/٢٠.

(٦) المغني ٦/٢٠٨، الفروع ٤/٣٠، شرح المنتهى ٢/١٥٢، مطالب أولي النهى ٣/٤٢.

(٧) شرح الخرشي ٥/٢٥.

(٨) التاج والإكليل ٦/٩٣.

(٩) المغني ٦/٢٠٨.

قفيز معلوم القدر حينئذٍ، فغرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل، كما ينتفي بالعلم بالجملة^(١).

٢ - وبالقياس على ما لو أجره الدار كل شهر بدرهم، أو أجره كل دلو بتمر، فيصح كما ثبت في السنة^(٢).

الترجيح:

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الثاني لقوة أدلته. وعلى ذلك فإذا صح هذا التخريج فإن الجهالة في مقدار الأوراق المالية التي ستؤول إلى ملكية بنك الاستثمار غير مؤثرة، لأن العلم بسعر الورقة الواحدة كافٍ في رفع الجهالة.

الترجيح بين التخرجين:

الراجح هو التخريج الثاني لأن البنك يملك الأوراق المالية حقيقة، فالربح المتحقق له ربح مشروع لأنه ناتج عن عملية شراء وبيع حقيقي، لكن البيع هنا ليس من قبيل بيع الوضعية لأن 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، فهو بيع مساومة لا بيع أمانة، والله أعلم.

الفرع الثاني: تداول الأسهم في السوق الثانوية:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مفهوم السوق الثانوية:

يقصد بالسوق الثانوية أو سوق التداول: السوق التي تتداول فيها الأوراق المالية بعد إصدارها، أي بعد توزيعها بواسطة بنوك الاستثمار^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٠١.

(٢) انظر: ص ٦٩٧.

(٣) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٧٠، الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٣٣.

أي أن السوق الثانوية يتم فيها تداول الأوراق المالية بين المستثمرين أنفسهم، وليس بين المستثمرين والشركات والهيئات المصدرة لهذه الأوراق،

وتنقسم هذه الأسواق إلى قسمين:

أ - السوق المنظمة (الرسمية):

ويطلق عليها أيضًا بورصة الأوراق المالية، وهي تمثل الهيئة الرسمية التي تتولى التعامل بالأوراق المالية، ويكون لها مكان محدد يتم فيه تداول هذه الأوراق.

والمتعاملون في هذه السوق هم أعضاء محددون ولا يسمح لسواهم بذلك، ويكتسب الواحد منهم تلك العضوية عن طريق استئجار مقعد في السوق يخوله المزايدة، وهؤلاء إما سماسرة يقومون بالبيع والشراء لحساب عملائهم مقابل عمولة، أو تجار يتولون البيع والشراء لأنفسهم^(١).

ومن أمثلة هذه الأسواق: بورصة لندن، وبورصة طوكيو، وبورصة نيويورك للأسهم، وتعتبر هذه الأخيرة أكبر بورصة للأوراق المالية في العالم.

ومن الأسواق الخليجية: بورصة الكويت، وهي أقدمها (افتتحت عام ١٩٧٧م)، ثم افتتحت بورصة البحرين، وبورصة عمان في العام ١٩٨٩م، وافتتحت مؤخرًا سوق الإمارات للأوراق المالية.

وفي المملكة تم افتتاح سوق رسمية لتداول الأسهم في العام ١٩٨٤م، إلا أن هذه التجربة لم تدم أكثر من ثلاثة أسابيع بسبب العديد من المشكلات الفنية والإدارية، ويقتصر التعامل حاليًا في الأسهم على

(١) الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٣٣، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٧١.

السوق غير المنظمة^(١).

ب - السوق غير المنظمة:

وهذه السوق ليس لها مكان معين يتم فيه تبادل الأوراق المالية، ولكنها تتكون من عدد من المتعاملين في هذه الأوراق منتشرين في أماكن متفرقة داخل الدولة، وتربطهم شبكة اتصالات قوية عن طريق خطوط الهاتف أو أطراف للحاسب الآلي أو غيرها من وسائل الاتصال السريعة، والتي توفر لحظة بلحظة أسعار كل ورقة متعامل بها.

ويطلق على هذه السوق: السوق الموازية^(٢).

والأوراق المالية موضع التعامل في هذه السوق تخص الشركات التي لا تستطيع الوفاء بمتطلبات وشروط القيد في السوق الرسمية، وكذلك الشركات التي لا تريد الإفصاح عن المعلومات المالية الخاصة بها بالشكل الذي يتطلبه القيد في السوق الرسمية^(٣).

وفي المملكة مرت الأسواق غير المنظمة لتداول الأسهم بثلاث مراحل متميزة:

فالمرحلة الأولى امتدت حتى عام ١٩٨٤م، وكان التداول فيها يتم إما بطريق مباشر بين البائع والمشتري، أو عن طريق مكاتب وساطة متخصصة في بيع وشراء الأسهم.

ثم في المرحلة الثانية (ما بين ٨٤ - ٩٠م) حصر التداول عن طريق وحدات متخصصة لدى البنوك التجارية فقط.

(١) النقود والبنوك والأسواق المالية ص ٩٠، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات ص ٢٥٠.

(٢) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٧٦، الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ٣٧، الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٣٤.

(٣) الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٣٤، الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ٣٧.

ثم بدأت المرحلة الثالثة في العام ١٩٩٠م، حيث يتم التداول بواسطة البنوك التجارية عن طريق نظام إلكتروني مشابه لنظام (NASDAQ) المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية، يربط هذا النظام الفروع الرئيسية للبنوك التجارية بنهايات طرفية مربوطة بجهاز حاسب آلي مركزي لدى مؤسسة النقد^(١).

المسألة الثانية: طرق تداول الأسهم في الأسواق المالية الثانوية والحكم الشرعي لها:

يتم بيع الأسهم في الأسواق الثانوية بطرق متعددة.

وهذه البياعات على ضربين:

١ - بيوع عاجلة: وهي ما يعرف بالإنجليزية Spot markets.

وهي على ثلاثة أنواع:

أ - بيوع عاجلة عادية.

ب - عمليات الشراء بالهامش.

ج - البيوع القصيرة.

٢ - بيوع آجلة:

وهي على نوعين:

أ - البيوع الباتة القطعية (العقود المستقبلية).

ب - بيوع الخيارات.

وفيما يلي بيان كل واحد من هذه البيوع وحكم كل منها:

(١) النقود والبنوك والأسواق المالية ص ٩١.

القسم الأول: البيع العاجلة:

النوع الأول: البيوع العاجلة العادية:

أولاً: مفهوم البيوع العاجلة العادية:

البيوع العاجلة العادية هي البيوع التي يلتزم فيها كل من البائع والمشتري بإتمام الصفقة نقدًا، وذلك بأن يستلم المشتري الأوراق المالية، ويسلم ثمنها حالاً، أو خلال مدة وجيزة جداً، تقدر في بعض الأسواق الغربية بيومين، وفي مصر بأربعة أيام، وفي بورصة نيويورك يلزم أن تصفى العملية في موعد أقصاه ساعة قبل افتتاح الجلسة التالية.

ولا تشكل هذه البيعات نسبة كبيرة في الأسواق المالية لا سيما في الدول التي يسمح فيها بالاقتراض من البنوك والسماسة للمضاربة في أسواق المال^(١).

ثانياً: الحكم الشرعي لها:

البيع بهذه الطريقة جائز لا غبار عليه، بل إنه الأصل في البيوع في الشريعة الإسلامية.

فإذا كان السهم المراد بيعه مستوفياً لشروطه وضوابطه المعتبرة شرعاً فالبيع صحيح^(٢).

النوع الثاني: عمليات الشراء بالهامش (المارجن):

أولاً: مفهوم الشراء بالهامش:

يقصد بالشراء بالهامش: شراء الورقة المالية بسداد جزء من قيمتها نقدًا بينما يسدّد الباقي بقرض، بضمان الأوراق محل الصفقة.

(١) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١٠٩، أسواق الأوراق المالية ص ٣١٣، «الأسواق المالية» بحث د. محمد القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٥٨٠/٦.

(٢) انظر: أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٢٤، أسواق الأوراق المالية ص ٣١٨.

لذا يسمى: الشراء بالهامش، إذ تمثل قيمة المدفوعات النقدية هامشاً مبدئياً لصفقة الشراء، وفي العادة لا تزيد نسبة الهامش عن ٦٠٪ من قيمة الصفقة^(١).

وفي هذا النوع من العقود يفتح العميل حساباً بالهامش لدى السمسار، الذي يقوم بدوره بالاقتراض من البنوك التجارية لتغطية الفرق بين قيمة الصفقة وبين القيمة المدفوعة كهامش، على أن توضع الأوراق محل الصفقة كرهن لسداد قيمة القرض^(٢).

ويخضع مقدار ما يشكله الهامش لمجمل القيمة لقوانين صارمة، ويتغير بشكل مستمر تبعاً للظروف الاقتصادية، ويستخدم كأداة لضبط حركة السوق، فعندما ترتفع مستويات الأسعار وتزداد المضاربات يمكن للسلطات المالية أن ترفع نسبة الهامش، مما يؤدي إلى انخفاض الطلب على القروض المستخدمة في تمويل الشراء النقدي الجزئي لتضعف بذلك سيولة السوق بما يضع حدًا للمضاربات المحمومة، وعلى نفس النهج يمكن إنقاص نسبة الهامش عندما يعاني السوق من حالة ركود.

ويبقى السهم عندما يشتري بالهامش في حيازة السمسار، كما يكون مسجلاً باسمه وليس باسم العميل، ولكن يحق للمشتري أن يمارس حق التصويت في الجمعية العمومية للشركة وأن يحصل على ما يتحقق من أرباح^(٣).

وكما يبدو فإن القيمة النقدية التي يدفعها المشتري هي في حقيقتها هامش أمان للسمسار، فلو أن قيمة الصفقة (١٠٠٠) ريال، بينما دفع العميل منها (٦٠٠) ريال نقدًا، أي ٦٠٪ من قيمة الصفقة، فلو انخفضت

(١) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١١٠.

(٢) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١١٠.

(٣) الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ٩٧، «الأسواق المالية» د. القري ص ١٦٠١.

القيمة السوقية للأوراق المالية محل الصفقة بتلك النسبة، يظل السمسار قادرًا على استرداد قيمة القرض (٤٠٠) ريال، من حصيلة بيع الأسهم التي تحت يده والمسجلة باسمه.

ويدفع السمسار للبنك المقرض معدل فائدة يساوي تقريبًا معدل الفائدة فيما بين البنوك، أما سعر الفائدة الذي يدفعه العميل للسمسار فيزيد عن سعر الفائدة الأول بما يتراوح بين ٥٪ إلى ٢٪، وتمثل هذه الزيادة عائدًا إضافيًا للسمسار.

وتفرض بعض القوانين هامش وقاية مستمر مصاحب للهامش المبدئي الذي تشتري به الصفقة، والهدف منه حماية جانب السمسار ضد مخاطر الانخفاض في القيمة السوقية للورقة المالية.

فإذا ما انخفضت نسبة الهامش المبدئي عن هامش الوقاية يطلب السمسار من العميل دفع مبلغ إضافي، والعكس يحصل فيما لو ارتفعت القيمة السوقية للأوراق المالية محل الصفقة، فإنه يحق للعميل حينئذ إما سحب جزء من القيمة التي سبق أن دفعها من أمواله الخاصة، أو زيادة مشترياته من الأوراق محل الصفقة^(١).

والشراء بالهامش لا يخلو من قدر كبير من المجازفة، وإقدام المستثمر على التوسع فيه مبني على تنبؤاته بتحقيق قدر أكبر من الربح عنه فيما لو اشترى نقدًا، ولإيضاح ذلك نفرض أن مستثمرًا يريد أن يستثمر (١٠٠٠) ريال في أسهم شركة معينة، وكان سعرها السوقى آنذاك (٢٠) ريالاً، فإذا كان الشراء بالنقد فإنه سيتمكن من شراء (٥٠) سهمًا فقط، فإذا ما صحت توقعاته وارتفعت القيمة السوقية للأسهم الشركة إلى (٢٥) ريالاً، فإنه سيحقق ربحًا مقداره (٢٥٠) ريالاً فقط، لكن لو أن الشراء كان بالهامش، وكانت نسبة الهامش ٥٠٪ فإنه سيتمكن من شراء (١٠٠) سهم،

(١) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١١٢.

في المثال السابق، وبالتالي فإن أرباحه سترتفع لتصبح (٥٠٠) ريال،
مخصوصاً منها الفوائد المستحقة للسهم.

وعلى العكس لو انخفضت القيمة السوقية لهذه الأسهم، فإن خسارته
في حال شرائه بالهامش ستكون مضاعفة^(١).

ثانياً: الحكم الشرعي لها:

من الواضح أن المعاملة بالصفة المذكورة آنفاً محرمة، لأن فيها
قرضاً بفائدة، فالمستثمر يشتري السهم ويدفع للسهم فائدة مقابل مبلغ
القرض الذي حصل عليه، والسهم يدفع فائدة للبنك مقابل مبلغ القرض
لصالح العميل.

فالعقد مركب من عقود ربوية، ولا خلاف في تحريمه^(٢).

النوع الثالث: البيع على المكشوف (البيع القصير):

أولاً: مفهوم البيع على المكشوف:

وهو عكس النوع السابق، ففي هذا النوع يقوم المستثمر ببيع الورقة
المالية أولاً قبل أن يمتلكها، ثم يشتريها فيما بعد عندما تنخفض قيمتها
السوقية عن القيمة التي سبق أن بيعت بها.

ويسمى هذا البيع بالبيع القصير تمييزاً له عن البيع الطويل، ولا
علاقة لهذا التعبير بالمدة الزمنية، ولكن علاقته مرتبطة بالهدف من
الاستثمار، فالوضع الطويل يتعلق بشراء الأسهم والاحتفاظ بها للحصول
على الربح أو بيعها للحصول على الزيادة الرأسمالية في أسعارها، أما

(١) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٢٦، أسواق
الأوراق المالية ص ٣٢٨.

(٢) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٢٩، أسواق
الأوراق المالية ص ٣٣٠.

الوضع القصير فيتعلق بالمقاومة على انخفاض أسعارها سواء أكان المستثمر مالكا أم غير مالك لها في وقت إنشاء عقد البيع^(١).

ولتوضيح هذا النوع نفرض أن شخصا ما يتوقع انخفاض القيمة السوقية لأسهم إحدى المنشآت، ومن ثم فقد أعطى أمرا للسمسار بأن يبيع على المكشوف (١٠٠) سهم منها بالسعر الجاري الذي يبلغ ٣٠ ريالاً للسهم الواحد، وعادة ما يقوم السمسار ببيع تلك الأسهم لصالح العميل من مخزون لديه من الأسهم، أو باقتراضها من طرف ثالث، وقيمة هذه البيعة يتم تحويلها تلقائياً للطرف المقرض كرهن للأسهم التي أقرضها، وهنا يكمن السبب الذي من أجله يقبل السمسار أو الطرف الثالث إقراض الأسهم، فقيمة الرهن تعد أموالاً مجانية لا يدفع عنها فوائد، ويمكن استثمارها وتحقيق عائد من ورائها، إضافة إلى أنه سيحصل على قيمة التوزيعات النقدية للأسهم محل الصفقة من البائع، فيما لو استحققت تلك التوزيعات قبل إقفال حساب العميل.

فلو أن الأسهم محل الصفقة انخفضت قيمتها لتصبح (٢٠) ريالاً للسهم، فحينئذٍ يمكن للعميل إقفال مركزه لدى السمسار بإعطائه أمراً بشراء الأسهم من السوق بالسعر السائد (١٠٠ × ٢٠ = ٢٠٠٠ ريال) وتسليمها - أي الأسهم المشتراة - للمقرض سواء كان السمسار نفسه أم شخصا آخر، على أن يسترد البائع قيمة الرهن المتمثلة في القيمة التي سبق أن باع بها الأسهم (٣٠٠٠) ريال محققاً عائداً قدره (١٠٠٠) ريال، لكن لو ارتفعت القيمة السوقية للأسهم لتصل إلى (٤٠) ريالاً فإن هذا يعني أن البائع سيتكبد خسارة مقدارها (١٠٠٠) ريال^(٢).

والغرض من عمليات البيع بالهامش هو استغلال توقعات المضارب بأن الأسعار سوف تنخفض، وتحقيق ربح من هذا التوقع، لكن لهذه

(١) «الأسواق المالية» د. القري ص ١٦٠٢.

(٢) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١٢٠.

العملية آثار سلبية في نشر الرعب بين المتعاملين في السوق ومن ثم يؤدي انتشارها في الوقت غير المناسب إلى انهيار أسهم الشركات محل هذه البيوع^(١).

ثانياً: الحكم الشرعي لها:

من الواضح أن البيع بهذه الكيفية محرم لأمرين:

الأول: أنه مشتمل على قرض بفائدة، لأن المقرض يقرض البائع تلك الأسهم، ويستحق التوزيعات النقدية للأسهم محل الصفقة فيما لو استحققت تلك التوزيعات قبل سداد قيمة القرض.

والثاني: أن المقرض يشترط على البائع الاحتفاظ بقيمة الأسهم المبيعة للانتفاع بها واستثمارها حتى سداد القرض، فصورة ذلك: أسلفني أسلفك، فالمقرض سواء كان السمسار أو غيره يسلف البائع هذه الأسهم على أن يسلفه البائع قيمتها، وهذا محرم^(٢).

قال في المغني: «وإن شرط في القرض أن يؤجره داره، أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقرض مرة أخرى لم يجز، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف ولأنه شرط عقداً في عقد فلم يجز»^(٢).

ولا خلاف بين الفقهاء أن المرتهن متى شرط على الراهن الانتفاع بالرهن بلا عوض فيما لا يحتاج حفظه إلى مؤنة، وكان المرهون به دين قرض، فالشرط فاسد لأنه قرض بمنفعة^(٣).

(١) انظر: «الأسواق المالية» د. القري ص ١٦٠٤.

(٢) المغني ٤٣٧/٦، وانظر: شرح المنتهى ٢٢٧/٢، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد م ٧٤٥، المقدمات الممهدة ٥١٩/٢، حاشية الدسوقي ٧٧/٣.

(٣) انظر: حاشية الطحطاوي ٢٣٦/٤، بلغة السالك ١١٢/٢، حاشية الدسوقي ٢٤٦/٣، روضة الطالبين ٧٩/٤ أسنى المطالب ١٦١/٢، المغني ٥١٠/٦، كشاف القناع ١٥٨٥/٥.

القسم الثاني: البيع الآجلة:

النوع الأول: البيوع الباتة القطعية (العقود المستقبلية):

أولاً: مفهوم البيوع الباتة:

يقصد بالعمليات الآجلة الباتة تلك الصفقات التي تجري بين المتعاقدين، ويحدد، لتنفيذها موعد ثابت لاحق يسمى موعد التصفية، يتم فيه دفع الثمن وتسليم الأوراق المالية محل الصفقة.

وتسمى: الباتة، تمييزاً لها عن عقود الاختيارات الآتية، وذلك لأن العاقدين ليس لهم حق الرجوع أو الخيار في تنفيذ العملية، ولكن لهم الحق في تأجيل موعد التصفية النهائية إلى موعد آخر.

وتسمى: العقود المستقبلية تمييزاً لها عن العقود الحاضرة التي سبق الحديث عنها.

وقد بدأت العقود المستقبلية في السلع الزراعية ثم تطور الأمر فلم يعد التعامل فيها مقتصرًا على السلع الزراعية، بل امتد للأصول المالية، فهناك عقود مستقبلية على مؤشرات السوق فضلًا عن الأسهم والسندات والعملات^(١).

وسبب لجوء الطرفين لتلك السوق هو الرغبة في تخفيض مخاطر تقلبات السعرية المستقبلية للأصل محل التعاقد، فالمزارع الذي سيجني محصوله مثلاً في الشهر التاسع يمكنه بيع محصوله في الشهر الخامس بمقتضى عقد مستقبلي بسعر محدد من الآن بصرف النظر عن السعر السائد في السوق الحاضر في الشهر التاسع، والذي قد يكون منخفضاً بسبب وفرة المحصول، كما أن المشتري يمكنه من الشهر الخامس عقد الصفقة وتحديد سعرها من الآن متجنباً مخاطر تقلبات الأسواق.

(١) الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ٣٢٣، إدارة الاستثمارات ص ٢٧٢.

وتنفيذ هذا النوع من العقود يؤدي إلى خسارة أحد الطرفين وربح الآخر، إلا إذا كان السعر المستقبلي معادلاً للسعر الحاضر عند التنفيذ، وهذا نادر^(١).

ويحتاج الطرفان عند إبرام هذا العقد إلى تقديم هامش مبدئي يسلم إلى سلطة السوق، ولا يتجاوز في العادة ١٥٪ من قيمة الصفقة، والهدف منه ضمان التزام كل منهما بالعقد^(٢).

وما يميز العقود المستقبلية هو أن السلع التي تباع فيها قابلة للتسليم، أي أنها قابلة للتداول، والواقع أن العقد لا يتم بين البائع والمشتري مباشرة، فلكل سوق من أسواق العقود المستقبلية بيت لتسوية الصفقات يتألف من أعضاء السوق، ويتم العقد حقيقة بين البائع وبيت التسوية، ثم بين المشتري والبيت، فلا توجد علاقة مباشرة بين البائع والمشتري، بل العقد يتكون من طرفين بينهما بيت التسوية، يتعهد الأول مثلاً في يناير ١٩٩٩م بشراء (١٠٠٠) سهم لإحدى الشركات بسعر (١٠٠) ريال، للسهم، تسليم ٣٠ يونيو ١٩٩٩م، ويتعهد الآخر بتسليمه هذه الأوراق في التاريخ المحدد وبالسعر المتفق عليه.

والذي يجري بين شهري يناير ويونيو هو انتقال هذا العقد بين المضاربين عن طريق بيت التسوية تلك عشرات المرات يومياً، فالمعاملات كلها تصفى في آخر النهار، ثم تبدأ في الغد بيعاً وشراءً، فمن يمتلك حق الحصول على تلك الأسهم بسعر (١٠٠) ريال سيربح تلقائياً عندما يرتفع السعر لأكثر من هذا المبلغ، والمتعهد بتسليم تلك الأسهم بالسعر نفسه سيخسر عندما يرتفع السعر المذكور. . وهكذا، أما التسليم والقبض الفعلي للأصل محل العقد فهذا أمر لا يهتم به المتعاملون إلا في تاريخ القبض

(١) الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ٣٢٥.

(٢) إدارة الاستثمارات ص ٢٧٣.

أي في ٣٠ يونيو، حيث يتحول العقد في النهاية إلى المشتري الحقيقي بعد أن يكون قد مر على مئات المضاربين خلال الفترة التي تفصل بين العقد الأول والقبض الفعلي^(١).

ويقع على عاتق بيت التسوية مسؤولية ضمان تنفيذ الصفقة في الوقت المحدد إذا ما تعثر أحد طرفيها في تنفيذ ما عليه من التزامات.

لكن لو أن السعر الحاضر للإسهام في ٣٠ يونيو انخفض إلى ٩٠ ريالاً للإسهام، فليس أمام المشتري الأخير سوى أحد خيارين:

الأول: استلام الأوراق المتعاقد عليها فعلياً، ودفع الثمن المقابل، وهذا الاحتمال يكون قائماً إذا كان المشتري راغباً في تملك المعقود عليه بقصد الاستثمار طويل الأجل، وهو احتمال بعيد لأن الغرض من هذه العقود هو المضاربة على فروق الأسعار، وليس الاستثمار طويل الأجل.

الثاني: أن يتوقع تحسن السعر في التصفية التالية بما يعوضه عن خسارته، وحينئذ يصدر أمراً للسمسار بتأجيل مركزه، فيبحث له السمسار عن بائع يرغب في تأجيل التسليم، ويدفع له طالب التأجيل بدلاً معيناً يجري الاتفاق عليه تبعاً للظروف، فإذا لم يجد السمسار بائعاً راغباً في تأجيل التسليم فإنه يبحث عن ممول ينقل إليه مركز المضارب حتى ميعاد التصفية التالية، فيتسلم الأوراق بدلاً من المضارب، ويدفع ثمنها حسب سعر التصفية، أي أنه يشتريها منه نقدًا ثم يبيعها له بأجل مقابل حصوله على بدل التأجيل^(٢).

ثانياً: الحكم الشرعي لها:

يتضمن البيع في العقود المستقبلية الباتة عدداً من المحاذير الشرعية التي تجعله من العقود المحرمة شرعاً، فمن تلك المحاذير:

(١) «الأسواق المالية» د. القرني ص ١٦٢٤.

(٢) أسواق الأوراق المالية ص ٣٣٥، الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ٣٩٤، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٢٩٠.

١ - تأخير تسليم العوضين - الثمن والمثمن - إلى أجل محدد، فهو من بيع الكالئ بالكالئ المجمع على تحريمه.

وقد: «ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ هو المؤخر الذي لم يقبض، كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر، فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ»^(١).

وقد حكى هذا الإجماع غير واحد من أهل العلم^(٢).

٢ - أن المسلم فيه يباع قبل قبضه.

وهو محرم إذا بيع بأكثر من قيمته لأنه يتضمن ربح ما لم يضمن، ومن المعلوم أن المضارب إنما يبيع الأصل المنمط في العقود المستقبلية إذا ضمن تحقق ربح له من ذلك البيع.

ولا يصح تخريج هذه العقود على السلم، لأن السلم يشترط فيه أن يكون رأس المال حالاً: «لهذا سمي سلماً لتسليم الثمن، فإذا أقر الثمن دخل في حكم الكالئ بالكالئ، بل هو نفسه، وكثرت المخاطرة، ودخلت المعاملة في حد الغرر»^(٣).

كما لا يصح تجويز هذه العقود تخريجاً على قول المالكية بجواز تأخير مال السلم اليومين والثلاثة، ولو بالشرط، لأنه ليس مبنياً على تجويز بيع الدين المؤخر بالدين المؤخر عندهم، بل هو مبني على تأويل معنى التعجيل طرداً للقاعدة الفقهية «ما قارب الشيء يعطى حكمه»، فاعتبروا هذا التأخير اليسير معفواً عنه لأنه في حكم التعجيل^(٤).

(١) إعلام الموقعين ١/٣٨٨.

(٢) انظر ص ٧٦٥ من هذه الرسالة. والدكتور نزيه حماد بحث بعنوان «بيع الكالئ بالكالئ» ضمن كتابه: دراسات في أصول المدائيات.

(٣) إعلام الموقعين ١/٤٠٠.

(٤) بداية المجتهد ٢/٢٤٢، إيضاح المسالك للونشريسي ص ٦٨.

ولهذا لا يجوز عندهم ولا عند غيرهم التأخير المشروط إذا تباعد - كما في العقود المستقبلية - ويسمي المالكية هذه الصورة من بيع الكالئ بالكالئ: «ابتداء الدين بالدين»^(١).

٣ - ولأن ما يجري في العقود المستقبلية هو مجرد عقد صفقات وهمية على كميات خالية من السلع المؤجلة بأسعار وأثمان مؤجلة، لا يقصد بها إنتاج ولا تسليم بل مجرد مضاربة بالأسعار ثم المحاسبة في الموعد المحدد على فرق السعر الذي يربحه أحد الطرفين في حالة ارتفاع السعر أو هبوطه، وهي عملية - كما يرى - أشبه بالمقامرة منها بالنشاط الاقتصادي، والإسلام إنما يهدف إلى تحقيق المصالح الصحيحة فيفتح لها الأبواب التي تنتج نفعاً للمجتمع ويغلق أبواب المضاربة بالحفظ التي تغري بالكسل وتقعّد الفرد عن العمل^(٢).

وقد ذهب أحد الباحثين^(٣) إلى تجويز العقود المستقبلية الباتة إذا كانت في أوراق مالية يجوز التعامل بها، استناداً إلى تجويز المالكية والحنبلة اشتراط تأجيل تسليم العين في عقد البيع إلى المدة التي يحددها العاقدان.

وما ذكره محل نظر، فهؤلاء إنما جوزوا تأخير الثمن أو المثلن - أحدهما لا كليهما - فلم يجيزوا - حسبما أعلم - اشتراط تأخير الثمن والمثلن معاً، وهذا هو بيت القصيد، وقد سبق نقل إجماعهم على ذلك، ولا أعلم أحداً غيره من العلماء المعاصرين جوز البيع في العقود المستقبلية بهذه الكيفية، والله أعلم^(٤).

(١) حاشية الدسوقي ٦١/٣، شرح الخرشي ٧٦/٥.

(٢) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ص ١٧.

(٣) د. محمد عبد الغفار الشريف، في بحثه «أحكام السوق المالية» المقدم لمجمع الفقه الإسلامي، في دورته السادسة.

انظر: مجلة المجمع ١٣٠٧/٢/٦.

(٤) انظر: أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٢٩، مجلة =

النوع الثاني: عقود الخيارات:

أولاً: مفهوم الخيار في الأوساط المالية:

الخيار في سوق الأوراق المالية يعني: حق شراء أو بيع عدد محدد من الأوراق المالية بسعر محدد خلال مدة محددة، أو في تاريخ محدد^(١).

ولا يترتب على مشتري الخيار التزام بيع أو شراء، وإنما هو مجرد حق يمتلكه يستطيع أن يمارسه أو يتركه، ويصبح المضارب مالكا للخيار بمجرد دفع قيمته^(٢).

وتتنوع الخيارات باعتبارها متعددة:

فمن حيث نوع الحق الذي يمنحه الخيار تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- ١ - خيار الشراء.
- ٢ - خيار البيع.
- ٣ - الخيار المركب^(٣).

وفيما يلي تعريف موجز بكل واحد من هذه الخيارات، ليعقب ذلك الحكم الشرعي لكل منها:

١ - خيار الشراء:

خيار الشراء: عقد على دفع مبلغ معين مقابل الحصول على حق شراء ورقة مالية معينة خلال فترة محددة وبالسعر المسمى في العقد، ويسمى هذا السعر سعر التنفيذ^(٤).

= مجمع الفقه الإسلامي ٧/١/٧١٦، أسواق الأوراق المالية ص ٣٤٣.
 (١) الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ١٨٣، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات ص ١٦٣، إدارة الاستثمارات ص ٢٦٤.
 (٢) «الأسواق المالية» د. القري ص ١٦٠٩، الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ١٨٤.
 (٣) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٦٠٦.
 (٤) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٦٠٨.

مثال ذلك :

لنفرض أن أسهم إحدى الشركات تباع في السوق الحاضرة بـ ٤٨ ريالاً، وأن مستثمراً يتوقع أن ترتفع أسعارها في المستقبل، فقرر شراء خيار شراء مائة سهم بسعر تنفيذ يساوي ٤٨ ريالاً مثلاً، في مقابل ريالين عن كل سهم يدفعها لمحرر الاختيار (البائع)، ولمدة تسعين يوماً من تاريخ شراء الخيار.

فإذا صدقت توقعاته وارتفعت أسهم الشركة مثلاً إلى (٥٤) ريالاً خلال فترة الخيار، أي خلال التسعين يوماً، فمن المتوقع أن المستثمر سيمارس هذا الحق ويمتلك المائة سهم بسعر (٤٨) ريالاً، ليقوم ببيعها في السوق بسعرها الجاري (٥٤) ريالاً، وهذا يعني أن المشتري قد حقق عائداً عن كل سهم يساوي (٦) ريالاً.

ولما كان قد سبق له أن دفع لمحرر الاختيار (البائع) مبلغاً غير قابل للرد قدره ريالان عن كل سهم، فإن صافي ربح المشتري عن السهم الواحد سوف يبلغ (٤) ريالاً، وهو ما يمثل في الوقت نفسه خسارة صافية لمحرر الاختيار.

وقد يفضل مشتري الخيار في حال ارتفاع القيمة السوقية للأسهم خلال فترة الخيار الانتظار حتى آخر يوم في صلاحية الخيار، طمعاً في أن ترتفع القيمة السوقية للسهم عما هي عليه الآن.

وغني عن القول أنه إذا لم تصدق توقعاته، وظلت القيمة السوقية للسهم أقل من سعر التنفيذ حتى انقضاء فترة الخيار، فإن مشتري الخيار لن يمارس حقه في الشراء، فبدلاً من أن يشتري بسعر أعلى وبيعه بسعر أقل، فسوف يحصر خسارته في المبلغ الذي اشترى به الخيار (ريالين عن كل سهم)، والذي يعتبر في ذات الوقت ربحاً صافياً لمحرر الخيار^(١).

(١) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٦٠٨.

ومن الجدير بالذكر أن بائع الخيار ليس بالضرورة أن يكون مالگًا للأسهم - محل الخيار - عند بيعه للخيار، فإذا كان مالگًا لها سمي خيارًا مغطى، وإذا لم يكن مالگًا سمي خيارًا مكشوفًا.

وليس لمشتري الخيار حق في أي حقوق أو توزيعات تترتب على ملكية تلك الأسهم طالما لم يمارس حقه في امتلاك تلك الأسهم.

٢ - خيار البيع:

خيار البيع: عقد لبيع عدد من الأسهم أو الأوراق المالية بسعر محدد مسبقًا، وذلك خلال فترة من الزمن.

وهو عملية عكسية لخيار الشراء، فمشتري الخيار له الحق في بيع عدد من الأسهم إلى طرف ثانٍ بسعر محدد سلفًا^(١).

٣ - الخيار المركب:

الخيار المركب: عقد يجمع بين خيار البيع وخيار الشراء، وبمقتضاه يصبح لمالكة الحق في أن يكون بائعًا أو أن يكون شاريًا للأوراق المالية محل التعاقد، بحسب ما تقتضيه مصلحته^(٢).

وينقسم الخيار المركب إلى قسمين:

أ - خيار مركب لا يتغير فيه سعر الشراء عن سعر البيع:

فالمستثمر يشتري هذا الخيار ثم ينظر في تقلبات السوق، فإن وجد الأجدى له البيع مارسه، وإذا وجد الأجدى له الشراء مارسه، وبذا يكون متيقنًا من الحصول على حد أدنى من العائد مقابل تحمله قيمة الخيار والتي عادة ما تكون أعلى من قيمة الخيار المفرد^(٣).

(١) إدارة الاستثمارات ص ٢٦٦، الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ١٩٥.

(٢) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٢٠٣ - ٢١٢.

(٣) «الأسواق المالية» د. القري ص ١٦١٥.

ب - خيار مركب يتغير فيه سعر الشراء عن البيع:

وفي هذا النوع لا يربح مشتري الخيار إلا إذا تقلبت أسعار الأسهم بما يتجاوز سعر التنفيذ في خيار الشراء، أو نقصت عن سعر التنفيذ في خيار البيع، فإذا ارتفعت أسعار السوق خلال فترة الخيار مارس حقه في الشراء، أما إذا انخفضت فإنه يمارس حقه في البيع، أما إذا راوحت بينهما - أي بين هذين السعيرين - فإن الرابح هو بائع الخيار (المحرر) أما المشتري فهو خاسر.

مثال ذلك:

نفرض أن مستثمراً اشترى خياراً مزدوجاً يكون لحامله حق شراء أسهم معينة بسعر تنفيذ يساوي (٨٥) ريالاً، أو حق بيعها بسعر تنفيذ يساوي (٧٥) ريالاً خلال فترة الخيار، وقيمة حق الخيار (٣) ريالات.

فها هنا ثلاثة احتمالات:

الأول: أن ترتفع أسعار الأسهم فوق (٨٥) ريالاً، ولنفرض أنها بلغت (٩٢) ريالاً، فإن مشتري الخيار سوف يمارس حقه في الشراء فيأخذ السهم بـ (٨٥) في الوقت الذي يباع فيه بالسوق بـ (٩٢) ريالاً ويكون له صافي ربح في كل سهم بمقدار (٤) ريالات (فرق السعر الجاري عن سعر التنفيذ، مخصوصاً منه قيمة الخيار)، وهذا المبلغ ذاته يمثل صافي خسارة للبائع.

الثاني: أن تنخفض عن (٧٥) ريالاً ولنفرض أنها بلغت (٧٠) ريالاً فمشتري الخيار سيمارس حقه في البيع، وبيعهها لصالحه بـ (٧٥) في الوقت الذي تباع فيه بالسوق بـ (٧٠) ريالاً، ويكون له صافي ربح يساوي ريالان، وهو نفس خسارة البائع.

الثالث: أن تتراوح الأسعار بين (٧٥ - ٨٥) فبائع الخيار في هذه الحالة هو الرابح، فلو كان سعر السهم (٨٢) ريالاً، فإن مارس مشتري الخيار حقه في البيع، فإن بائع الخيار يكسب (٨٢ - ٧٥) = ٧ ريالات

عن كل سهم إضافة إلى قيمة الخيار (ريالين)، وإن مارس حقه في الشراء فإن بائع الخيار يكسب (٨٥ - ٨٢) = ٣ ريالاً عن كل سهم إضافة إلى قيمة الخيار^(١).

وتتنوع الخيارات بحسب الأصل محل التعاقد:

فمنها الخيارات التي يكون محلها الأسهم، والخيارات على السندات، والخيارات على العملات والخيارات على مؤشرات السوق^(٢).

ومما ينبغي ملاحظته في سوق الخيارات - مما يهم الباحث الشرعي للوصول إلى تكييف مناسب لهذه العقود المستحدثة - ما يلي:

١ - أن عقد الخيار لا بد أن يتضمن خسارة لأحد الطرفين - البائع أو المشتري - في مقابل ربح الآخر، فأحدهما رابح لا محالة والآخر خاسر، والمكسب الذي يحققه البائع هو ذاته خسارة المشتري، والعكس أيضاً.

واحتمال سلامتهما معاً نادر جداً، إذ لا يتصور إلا إذا بلغت القيمة السوقية للسهم وقت التنفيذ سعر التنفيذ زائداً أو ناقصاً قيمة الخيار.

ففي هذه العقود لا حد لأرباح المشتري بينما تنحصر خسائره بمقدار ما دفعه كقيمة للخيار، أما البائع فخسائره لا حد لها، بينما أرباحه محصورة بمقدار ما أخذه كقيمة للخيار^(٣).

(١) أسواق الأوراق المالية ص ٣٥٥.

(٢) يقصد بمؤشرات السوق: تشكيلة من أسهم عدد من المنشآت يعتقد في أنها عينة ممثلة للأسهم المتداولة في السوق الحاضر، ومن ثم تؤخذ حركة أسعارها على أنها انعكاس للاتجاهات المستقبلية للأسعار في تلك السوق، ومن أشهر المؤشرات العالمية: مؤشر داوجونز، مؤشر ستاندرز آند بورز، ومؤشر نيكاي وغيرها، انظر؛ الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ١٩٨.

(٣) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٦١١، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات ص ١٧٠.

٢ - شهادات الخيار هي أيضًا أوراق مالية يجري تداولها في أسواق رأس المال، وتتحرك أسعارها باتجاه أسعار الأسهم أو الأوراق المالية التي تتضمنها، لذلك فإن المستثمر لا يحتاج إلى ممارسة حقه في الخيار للحصول على الربح، فقد يكفي ببيع شهادة الخيار بسعرها السوقي ويبلغى مركزه المالي، ومن ثم فقد أصبحت الخيارات ذاتها مصدرًا للربح^(١).

٣ - ليست كل الأسواق المالية تعطي مشتري الخيار فترة صلاحية لممارسة حقه، وفي هذا الصدد يفرق بين الخيار الأوروبي الذي لا يمكن تنفيذه إلا في يوم محدد، مثلًا: بعد تسعين يومًا من تاريخ الشراء، بينما الخيار الأمريكي يمكن تنفيذه في أي لحظة منذ شراء الخيار، وحتى نهاية مدة الصلاحية، مثلًا: خلال تسعين يومًا من تاريخ الشراء^(٢).

٤ - يهدف المستثمر من شراء الخيار إلى أمرين، أحدهما مؤكد والآخر مظنون.

أما المؤكد فهو حماية نفسه من أي خسارة متوقعة بإلقاء المخاطرة على طرف آخر، وإلزامه بالشراء عند حصول المكروه بثمن لا يتجاوز قيمة الخيار.

وأما المظنون فهو الحصول على فرصة تحقيق ربح إذا ما تغيرت أسعار الأسهم في صالحه^(٣).

ثانيًا: الحكم الشرعي لها:

اختلفت أنظار الباحثين المعاصرين في حكم عقود الخيارات، فذهب

(١) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٦١٦، إدارة الاستثمارات ص ٢٦٣.

(٢) الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ١٨٥، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات ص ١٦٣.

(٣) الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ١٨٩.

نزر يسير منهم إلى إباحتها، وذهب عامتهم إلى تحريمها، ونظرًا لأهمية هذا الموضوع، ولأن سوق الخيارات تشكل أهم نشاطات الأسواق المالية في البيوع الآجلة؛ فسوف نبسط الخلاف فيها في الصفحات التالية.

القول الأول: يرى جمهور الباحثين المعاصرين عدم جواز عقود الخيارات مطلقًا، سواء منها البسيطة أم المركبة، وسواء كانت خيارًا للبيع أم للشراء^(١).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أن عقد الخيار عقد معاوضة يتضمن غررًا فاحشًا، والبيع بهذه الصفة نوع من الميسر، ففيه أكل للمال بالباطل، وهو مفض إلى الظلم والتباغض^(٢).

ويظهر كونه غررًا من عدة أوجه:

أ - تضمن الخيار المركب غررًا فاحشًا، إذ لا غرر أكثر من أن لا يدري المتعاقد حين العقد أهو بائع أم مشتر.

ب - أن خسارة بائع الخيار لا حدود لها، إذ قد ترتفع الأسعار في خيار الشراء إلى أكثر مما يتوقع، وقد تنخفض في خيار البيع بأقل بكثير من سعر التنفيذ.

ج - أن العقد دائر بين الغنم والغرم، والسلامة فيه نادرة إن لم تكن

(١) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٤٣، أسواق الأوراق المالية ص ٣٦١، «الأسواق المالية» د. القري ص ١٦١٤، «الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي» د. القرة داغي ص ١٥٩، أحكام الأسواق المالية د. محمد صبري هارون ص ٢٨١.

(٢) المراجع السابقة.

معدومة، فخسارة أحدهما تستلزم ربح الآخر، والعكس، وهذا هو معنى القمار^(١).

ويناقش هذا الاستدلال:

بعدم التسليم بأن جميع عقود الخيارات تتضمن الغرر، فالغرر في الخيار المركب ظاهر ومتفاحش، أما في الخيارات البسيطة كخيار البيع المفرد، أو خيار الشراء المفرد فإن الغرر غير موجود إذا نفذ المشتري حقه في الخيار، أما إذا لم ينفذ فإن الغرر محصور بمقدار ما دفعه قيمةً للخيار، وهو يسير ومغتفر لا سيما عند من يجوز بيع العربون.

أما كون الغرر غير موجود إذا نفذ المشتري حقه في الخيار فيتضح ذلك من تعريف الغرر:

فقد عرف الغرر بأنه: « ما يكون مستور العاقبة »^(٢).

وعرف بأنه: « هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا »^(٣).

وقيل: إنه: « ما انطوى أمره وخفي عليه عاقبته »^(٤).

وعرفه شيخ الإسلام ابن تيمية بأنه: « المجهول العاقبة »^(٥).

فضابط الغرر هو بيع الإنسان ما لا يعلم حصوله، أو لا يقدر على تسليمه، أو لا يعرف حقيقة مقداره^(٦).

وهذا الوصف للغرر غير موجود في عقد الخيار البسيط لأن العاقدين يجريان العقد بسعر محدد وثابت ومعلوم، والسلعة مقدور على تسليمها،

(١) انظر: أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٤٣.

(٢) المبسوط ٦٨/١٣.

(٣) الفروق ٢٦٥/٣.

(٤) المهذب ٢٥٧/٩ - مع المجموع.

(٥) القواعد النورانية ص ١٣٨.

(٦) زاد المعاد ٨١٨/٥.

وكونهما يصرفان النظر عما يؤول إليه سعر السلعة في السوق لا يجعل هذا العقد غرراً، لأن البيع هو بالسعر المتفق عليه لا بسعر السوق، بل إن هذا العقد على مقتضى قواعد الفقهاء أصح مما لو أجريا العقد بسعر السوق من غير تحديد، لما سبق من أن جمهورهم يمنع البيع بما ينقطع به السعر.

وكون بائع الخيار قد يخسر ما بين سعري التنفيذ والسوق إذا جاءت الأسعار في غير صالحه لا يجعل هذا العقد غرراً أو ميسراً، لأن البيع وقع بالسعر الأول لا بالسعر الجاري.

ومما يؤيد ذلك:

أ - في خيار الشرط:

لو ارتفعت الأسعار أو انخفضت مدة الخيار، والخيار فيه للمشتري فأمضى البيع أو فسخه وفقاً لمصلحته، فليس في ذلك غرر، ولم يكن الضرر اللاحق للبائع بذلك موجباً لإفساد العقد عند الفقهاء.

ب - في السلم:

لو ارتفعت أسعار المسلم فيه وقت الأداء، فيجب على المسلم إليه الأداء بمقدار ما وقع عليه العقد حتى ولو كلفه ذلك الشراء من السوق إذا لم يكن المسلم فيه موجوداً عنده^(١).

قال في روضة الطالبين: «ولو وجد - أي المسلم فيه - في غير ذلك البلد، لكان يفسد بنقله، أو لم يوجد إلا عند قوم امتنعوا من بيعه، فهو انقطاع، ولو كانوا يبيعونه بثمنٍ غالٍ، فليس بانقطاع بل يجب تحصيله»^(٢).

ج - في القرض:

لو هبطت أسعار العملة أو ارتفعت فيجب الأداء بالمثل عند جمهور

(١) السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية ص ٩٦.

(٢) روضة الطالبين ١٢/٤.

الفقهاء حتى ولو تضرر أحد العاقدين بذلك^(١).

الدليل الثاني:

أن عقود الخيارات تنطوي على بيع الإنسان ما ليس عنده^(٢).
وقد جاءت السنة بالنهي عن ذلك في قوله عليه الصلاة والسلام
لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(٣).

ووجه كون عقد الخيار من بيع ما ليس عنده: أن محرر خيار الشراء
قد لا يكون مالكا للأسهم محل العقد أصلاً، كما أن مشتري خيار البيع
قد لا يكون مالكا لها أيضاً، فهما يبيعان أسهماً لم تدخل في ملكهما.

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا القول ليس على إطلاقه فقد يكون محرر
الخيار مالكا للسلعة، وهذا كثير، وليس بنادر، بل إن محرر الخيار قد
يكون هو نفس الشركة المصدرة للأسهم محل العقد^(٤).

الوجه الثاني: وعلى فرض أن البائع يبيع ما لا يملك، فإن هذا بيع
موصوف في الذمة، وهو جائز عند الشافعية، بناء على قولهم بصحة السلم
الحال^(٥).

ويجاب: بإيراد أقوال الفقهاء في حكم بيع الإنسان ما ليس عنده إذا
كان موصوفاً في الذمة حالاً، وترجيح ما يوافق الدليل.

فقد اختلف الفقهاء في حكم بيع الموصوف في الذمة إذا كان حالاً
ولم يكن عند البائع، سواء بيع على غير وجه السلم، أو على وجه السلم،

(١) آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي ص ٣٨٠.

(٢) أسواق الأوراق المالية ص ٣٦٤.

(٣) الحديث سيأتي تخريجه ص ١٠٥٩.

(٤) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٦٥٥.

(٥) انظر: أسواق الأوراق المالية ص ٣٦٤.

ولهم في هذه المسألة قولان^(١):

القول الأول: المنع من بيع ما في الذمة إذا كان حالاً، ولم يكن عند البائع.

وهذا مذهب الجمهور، من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والظاهرية^(٤)، وقولٌ عند الحنابلة^(٥).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قوله عليه الصلاة والسلام - في حديث حكيم بن حزام السابق -: «لا تبع ما ليس عندك»^(٦).

ووجه الدلالة منه: أنه نهاه عن بيع ما لا يملكه مطلقاً سواء كان معيناً أو موصوفاً في الذمة، واستثني ما كان مؤجلاً بالنص والإجماع، فيبقى ما عداه على أصل النهي^(٧).

نوقش: بأن المراد بالحديث أن يبيع السلعة المعينة التي هي مال الغير، فيبيعها ثم يملكها، والمعنى لا تبع ما ليس عندك من الأعيان، لأنها غير مضمونة، أما الموصوف في الذمة المضمون فلا يشمل النهي^(٨).

أجيب: بأن هذا المعنى ضعيف جداً: «فإن حكيم بن حزام ما كان

(١) وانظر أيضاً لحكم بيع الموصوف في الذمة على غير وجه السلم، سيأتي في حكم الاستصناع في المسلم على غير وجه السلم، ص ١١٩٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٤٤/٧، تحفة الفقهاء ١١/٢، تبين الحقائق ١١٥/٤.

(٣) المدونة ٨٠/٣، حاشية الدسوقي ٢٠٥/٣، التاج والإكليل ٥٠٠/٦.

(٤) المحلى ١٠٧/٩.

(٥) المغني ٤٠٢/٦، الإنصاف ١٠٤/١١، مطالب أولي النهى ٢٢٢/٣.

(٦) الحديث سيأتي تخريجه ص ١٠٥٩.

(٧) بدائع الصنائع ١٤٤/٧.

(٨) الأم ٩٠/٣، فتح الباري ٢٥٢/٥، عمدة القاري ٢٥٤/١١.

يبيع شيئاً معيناً هو ملك لغيره، ثم ينطلق فيشتره منه، ولا كان الذين يأتونه يقولون: نطلب عبد فلان ولا دار فلان وإنما الذي يفعله الناس أن يأتيه الطالب، فيقول: أريد طعاماً كذا وكذا.. فيقول: نعم، أعطيك، فيبيعه منه، ثم يذهب فيحصله من عند غيره إذا لم يكن عنده.. ولهذا قال: «يأتيني فيطلب مني المبيع ليس عندي»، لم يقل: يطلب مني ما هو مملوك لغيري، فالطالب طلب الجنس لم يطلب شيئاً معيناً^(١).

الدليل الثاني:

قوله عليه الصلاة والسلام - في حديث ابن عباس رضي الله عنهما -: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»^(٢).

ووجه الدلالة منه: أنه أوجب مراعاة الأجل في السلم كما أوجب مراعاة القدر، فدل على كونه شرطاً فيه، ويبيع الموصوف في الذمة الحال هو من السلم الحال، وكون العقد يقع بلفظ السلم أو بغيره لا يؤثر في هذا الحكم شيئاً^(٣).

نوقش: بأن الحديث لا يفيد اشتراط الأجل، بل معناه: من أسلم في مؤجل فليكن الأجل معلوماً، بدليل جواز السلم فيما ليس بمكيل ولا موزون في العدد المذكور^(٤).

الدليل الثالث:

أن السلم الحال يفضي إلى المنازعة، وقد يكون مضراً برب السلم، ذلك: «أن السلم بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه، ورب السلم يطالب بالتسليم، فيتنازعان على وجه تقع

(١) زاد المعاد ٥/٨١١.

(٢) انظر: تخريج الحديث ص ١١٦٣.

(٣) بدائع الصنائع ٧/١٤٤، المغني ٦/٤٠٢.

(٤) الحاوي الكبير ٧/١٣.

الحاجة إلى الفسخ، وفيه إلحاق الضرر برب السلم، لأنه سلّم رأس المال إلى المسلم إليه، وصرفه في حاجته، فلا يصل إلى المسلم فيه ولا إلى رأس المال، فشرط الأجل حتى لا يملك المطالبة إلا بعد حل الأجل، وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهرًا^(١).

ويناقش: بأن المسلم فيه إذا كان مملوكًا للبائع، وهو قادر على الإعطاء، فلا مجال للمنازعة، لأن التسليم حينئذٍ لا يتأخر.

الدليل الرابع:

ولأنه إذا صح المنع عن بيع المبيع قبل قبضه، فبيعه قبل تملكه أولى، لأن القبض تالٍ للملك.

نوقش: بأن النهي عن بيع المبيع قبل قبضه: «إنما هو في المبيع المعين، وأما ما في الذمة فالاعتياض عنه من جنس الاستيفاء»^(٢)، يدل على ذلك أمران:

الأول: جواز اقتضاء الدراهم التي في الذمة بالدنانير، والدنانير من الدراهم، كما أفاده حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

الثاني: جواز بيع دين السلم - ولو كان طعامًا - قبل قبضه.

القول الثاني: جواز بيع الموصوف في الذمة الحال وإن لم يكن مملوكًا للبائع عند العقد.

وهذا مذهب الشافعية^(٣)، وقولٌ عند الحنابلة إذا بيع الموصوف على غير وجه السلم، قال في تصحيح الفروع: «هو الصحيح من المذهب»^(٤).

(١) بدائع الصنائع ١٤٥/٧.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٢/٢٩، تهذيب السنن ١١٤/٥.

(٣) الأم ٩٠/٣، فتح العزيز ٢٢٦/٩، روضة الطالبين ٧/٤، نهاية المحتاج ١٨٨/٤.

(٤) تصحيح الفروع ٢٣/٤، وقال ابن القيم - في زاد المعاد ٨١٣/٥ -: «والتحقيق أنه لا فرق بين لفظ ولفظ فالاعتبار في العقود بحقائقها ومقاصدها، لا بمجرد ألفاظها، ونفس بيع الأعيان الحاضرة التي يتأخر قبضها يسمى سلفًا إذا عجل له الثمن».

استدل أصحاب هذا القول:

بأن السلم إذا جاز مؤجلاً فجوازه حالاً من باب أولى لأنه أبعد عن الغرر: «فالمسلم فيه المؤجل قد ينقطع عند حلول الأجل، وهذا وجه غرر غير موجود في السلم الحال»^(١).

نوقش: بأن بيع المؤجل جائز للضرورة، وهو بيع المفاليس، لأن البائع احتاج أن يبيع إلى أجل، وليس عنده ما يبيعه الآن، فأما الحال فيمكن أن يحضر المبيع فيراه فلا حاجة إلى بيع موصوف في الذمة^(٢).

أجيب: بعدم التسليم بأن التأجيل أجز للضرورة، أو أنه على خلاف الأصل، بل تأجيل المبيع كتأجيل الثمن، كلاهما من مصالح العالم^(٣).

الترجيح:

من الواضح أن سبب اختلاف الفريقين هو اختلافهم في معنى نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الإنسان ما ليس عنده، فهل يشمل النهي الموصوفات، أم أنه مختص بالأعيان؟.

والذي يترجح للباحث - والله أعلم - أن المراد بالحديث النهي عن بيع كل ما لا يقدر البائع على تسليمه، سواء كان عيناً أو موصوفاً في الذمة، فلا يكون هذا المبيع عنده حساً ولا معنى.

وهذا هو المعنى الذي اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية^(٤)، وابن القيم^{(٥)(٦)}، وهو أخص من تفسير أصحاب القول الأول الذين منعوا بيع

(١) أسنى المطالب ١٢٤/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٤٥/٧.

(٣) زاد المعاد ٨١٣/٥.

(٤) مجموع الفتاوى ٥٢٩/٢٠.

(٥) إعلام الموقعين ٣٩٩/١.

(٦) توهم البعض أن ابن القيم يوافق الشافعية على جواز بيع غير المعين قبل امتلاكه.

انظر: (أسواق الأوراق المالية ص ٣٦٤، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٢٦٠).

= والذي يظهر لي أن سبب الوهم عبارات ابن القيم الموهمة في هذه المسألة، فمن ذلك:

١ - تعليقه الجواز على القدرة على التسليم، ومعلوم أن الإنسان قد يكون قادرًا وإن لم يملك.

٢ - قوله رحمته: «والقول الثالث - وهو أظهر الأقوال -: أن الحديث . . إنما أريد به أن يبيع ما في الذمة مما ليس هو مملوكًا له، ولا يقدر على تسليمه، ويربح فيه، قبل أن يملكه، ويضمنه، ويقدر على تسليمه . . .» (زاد المعاد ٨١٢/٥)، فتقييده النهي على عدم القدرة على التسليم مع كونه غير مملوك له، يوحي بأن مجرد عدم الامتلاك لا يعد كافيًا في تحقق النهي.

٣ - قوله رحمته: «وعلى هذا فإن كان السلم الحال والمسلم إليه قادرًا على الإعطاء، فهو جائز، وهو كما قال الشافعي: إذا جاز المؤجل، فالحال أولى بالجواز». (زاد المعاد ٨١٢/٥).

٤ - قوله رحمته: «وقد ظن طائفة أن السلم مخصوص من عموم هذا الحديث - أي «لا تبع ما ليس عندك» - وليس كما ظنوه، فإن الحديث إنما تناول بيع الأعيان، وأما السلم فعقد على ما في الذمة، بل شرطه أن يكون في الذمة . . وما في الذمة مضمون مستقر فيها، وبيع ما ليس عنده إنما نهى عنه لكونه غير مضمون عليه، ولا ثابت في ذمته». (تهذيب السنن ١٥٨/٥).

والأقرب أن ابن القيم مع شيخه يوافقان رأي الجمهور على المنع من بيع ما ليس عند الإنسان مطلقًا ولو كان موصوفًا في الذمة، فإنه نص على ذلك بصريح عبارته حيث يقول: «ومما يبين أن هذا مراد النبي ﷺ أن السائل إنما سأله عن بيع شيء مطلق في الذمة كما تقدم، لكن إذا لم يجز بيع ذلك، فبيع المعين الذي لم يملكه أولى بالمنع» (زاد المعاد ٨١٢/٥)، ويقول رحمته مبيّنًا ما يشمله حديث حكيم: «وهذا يتناول أمورًا . . الثاني: السلم الحال في الذمة إذا لم يكن عنده ما يوفيه» (إعلام الموقعين ٣٩٩/١).

والجواب عن العبارات المتقدمة كالتالي:

١ - أما تعليقه الجواز بالقدرة على التسليم، فإنه فسر ذلك بأمور، منها: ألا يكون مملوكًا له، فاعتبر عدم الملك كافيًا في انتفاء القدرة على التسليم، وبهذا يشمل النهي السلم المؤجل إذا لم يكن قادرًا على توفيته.

٢ - وقوله في العبارة الثانية: « . . . مما هو ليس مملوكًا له، ولا يقدر على تسليمه . . » الأظهر أن عدم القدرة على التسليم صفة كاشفة للحال وليست مقيدة، أي ليس مملوكًا له وعلّة ذلك أنه لا يقدر على تسليمه، فهو كقوله تعالى: =

الموصوف في الذمة وإن كان مملوكًا للبائع، وأعم من تفسير أصحاب القول الثاني الذين قصرُوا النهي في الحديث على الأعيان. وعلى هذا التفسير فإن النهي يتناول عدة أمور^(١):

أحدها: بيع عين معينة ليست مملوكة للبائع، وهذا هو تفسير الشافعية للحديث.

الثاني: بيع الموصوف في الذمة الحال إذا لم يكن عنده ما يوفيه، فأما إذا كان عنده فيصح بيعه بالصفة خلافًا للقول الأول.

الثالث: بيع الموصوف في الذمة المؤجل إذا لم يكن على ثقة من توفيته عادة.

والذي يرجح هذا المعنى أمور:

١ - أن هذا التفسير مطابق لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر، فبائع ما ليس عنده من جنس بائع الغرر الذي قد يحصل وقد لا يحصل، وهو من جنس القمار والميسر.

٢ - أن قيام البائع ببيع ما ليس عنده إذا لم يكن قادرًا على التسليم يشتمل على عدة محاذير، منها:

أ - أنه يلزم ذمته بشيء حال، ويربح فيه، وليس هو قادرًا على إعطائه، وإذا ذهب يشتريه فقد يحصل وقد لا يحصل، فهو من نوع الغرر والمخاطرة.

= ﴿وَمَنْ يَدْعُ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ لَا بُرْهَانَ لَهُ بِهِ﴾ وقوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ﴾.

٣ - ومراده بجواز السلم الحال أي فيما كان مملوكًا للبائع، خلافًا للجمهور الذين يمنعون السلم الحال مطلقًا سواء كان المسلم فيه مملوكًا للبائع أم لا.

٤ - وأما عبارته في تهذيب السنن فليس فيها ما يفيد جواز السلم الحال مطلقًا، لأن حديثه منصب على السلم المؤجل، إذ هو المراد عند إطلاق لفظ السلم، والله أعلم.

(١) إعلام الموقعين ١/٣٩٩.

ب - أن المبيع إذا كان موصوفاً حالاً وجب عليه تسليمه في الحال، وليس بقادر على ذلك، ويربح فيه قبل أن يملكه ويضمّنه، وربما أحاله على الذي ابتاع منه، فلا يكون قد عمل شيئاً بل أكل المال بالباطل.

ج - أن أكثر الناس لو علم أنه يبيعه ثم يشتري من غيره لم يشتروا منه، بل يذهبون ويشترون من حيث اشترى هو.

٣ - «ومما يبين أن هذا مراد النبي ﷺ أن السائل سأله عن بيع شيء مطلق في الذمة، لكن إذا لم يجز بيع ذلك فبيع المعين الذي لم يملكه أولى بالمنع، وإذا كان إنما سأله عن بيع شيء في الذمة، فإنما سأله عن بيعه حالاً، فإنه قال: أبيع، ثم أذهب فأبتاعه، فقال له: «لا تبع ما ليس عندك»، فلو كان السلف الحال لا يجوز مطلقاً لقال له ابتداءً: لا تبع هذا سواء كان عنده أو ليس عنده»^(١).

وبهذا يتضح عدم جواز بيع الإنسان ما ليس عنده ولو كان المبيع موصوفاً في الذمة لعدم القدرة على التسليم.

الدليل الثالث: (من أدلة المانع لعقود الخيارات):

أن عقود الخيارات صورية، ولا يجري تنفيذها، ولا يترتب عليها تمليك ولا تملك، فلا المشتري يملك المبيع ولا البائع يملك الثمن، وبالتالي فهي مخالفة لمقتضى البيع، وما كان كذلك فهو باطل^(٢).

يدل على ذلك:

أ - ما ذكره بعض الكتاب المتخصصين في هذا المجال من أن معظم المستثمرين لا يفضلون تنفيذ العقود، بل يؤثرون التبرح من بيع حقوق الخيار عن تنفيذها^(٣).

(١) زاد المعاد ٥/٨١٢.

(٢) أسواق الأوراق المالية ص ٣٦٥.

(٣) أسواق الأوراق المالية ص ٣٦٦.

ب - أن مشتري الخيار عندما يقوم بتنفيذ حقه في الخيار لا يقوم بدفع قيمة التنفيذ واستلام الأسهم حقيقة، بل يقوم المحرر بدفع فرق السعر لمشتري الخيار وتنتهي العملية^(١).

ويناقش الأمر الأول من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن عدم تنفيذ الحق لا يعني أنه صوري، بل هو حق ثابت للمشتري سواء نفذه أم لا، كالمستأجر يستأجر البيت ثم قد يسكنها وقد لا يسكنها.

الوجه الثاني: أن سبب تفضيل معظم المستثمرين عدم ممارسة الحق يعود إلى أن الخيار له فترة صلاحية، فخلال هذه الفترة من غير المتوقع أن يمارس أي من حاملي الخيار - وعددهم يصل إلى المئات - حقوقهم في الخيار، إذ يفضل معظمهم بيع الخيار لأن القيمة السوقية للخيار تساوي تقريباً الفرق بين القيمة السوقية للسهم وسعر التنفيذ.

لكن المالك الأخير حتماً سيستخدم هذا الخيار إذا كانت الأسعار في صالحه.

فالخيار له فائدة، وفائدته لا تظهر إلا وقت التنفيذ أي في نهاية المدة.

الوجه الثالث: أنه ليس من شرط البيع في الفقه الإسلامي أن تمتلك السلعة لذات الغرض الذي تستخدم له، فالسيارة قد تشتري لتركب، وقد تشتري لتباع، ولو صح هذا الاستدلال لحرم بيع الأسهم أيضاً لأن معظم المساهمين يفضلون جني أرباحها بالبيع على الاحتفاظ بها لعوائدها الدورية.

(١) الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ١٨٨، «الاختيارات»، محمد مختار السلامي ص ٢٢٣.

ويناقد الأمر الثاني:

بأن اقتضاء الفرق بين السعيرين لا يعني أن البيع صوري، فحقيقة الأمر أن العاقدين أجريا مقاصة بينهما، وتطارحا الدينين، لأن مشتري الخيار له في ذمة البائع أسهم، وللبائع في ذمة المشتري نقود، فيسقط من الأكثر منهما وهو النقود بقدر الأقل وهو الأسهم، ويأخذ مشتري الخيار قدر الفرق بينهما.

ويبقى النظر في حكم هذا التصرف:

فقد اختلف الفقهاء في حكم تطارح الدينين مختلفي الجنس على قولين:

القول الأول: المنع من تطارح الدينين.

وهذا مذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أنه من بيع الدين بالدين، وهو محرم لأمرين:

الأمر الأول: ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ^(٣).

الأمر الثاني: إجماع الأمة على تحريم بيع الدين بالدين، وقد حكى الإجماع غير واحد من أهل العلم^(٤).

نوقش الأمر الأول:

بأن الحديث ضعيف فلا يصح الاحتجاج به.

(١) الحاوي الكبير ٦/١٧٩، تكملة المجموع للسبكي ١٠/١٠٧، مغني المحتاج ٣/٢٦.

(٢) المغني ٦/١٠٦، الفروع ٤/١٨٧، شرح المنتهى ٢/٢٢٤.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص ٧٤٥.

(٤) انظر: حكاية الإجماع هذه ص ٧٦٥.

ونوقش الأمر الثاني:

«بأن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ هو المؤخر الذي لم يقبض بالمؤخر الذي لم يقبض، وهذا كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق»^(١). ذلك «أن المنهي عنه قد اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة، فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذه فينتفع بتعجيله، وينتفع صاحب المؤخر بربحه»^(٢)، وهذا بخلاف مطارحة الدينين فإنها تقتضي تفرغ كل واحدة من الذمتين.

الدليل الثاني:

ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في بيع الذهب والفضة: «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»^(٣).

ووجه الدلالة منه: أنه إذا لم يجز غائب بناجز، فإن الغائب بالغائب أخرى أن لا يجوز^(٤). فهذا في المصارفة في الذمة.

فإذا كانت موجودات الأسهم نقوداً فلا يجوز مطارحتها بنقود، لأنها مشمولة بهذا الحديث.

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن حديث أبي سعيد مجمل، فسره حديث ابن عمر الآتي في جواز اقتضاء الدراهم من الدينانير التي في الذمة، فيصير معنى حديث أبي سعيد: «لا تبيعوا منها غائباً - ليس في ذمة - بناجز»^(٥).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٢/٢٠.

(٢) إعلام الموقعين ٣٨٩/١.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص ٧١٣.

(٤) التمهيد ٨/١٦، بداية المجتهد ٢/٢٣٨.

(٥) التمهيد ٨/١٦، وانظر: تكملة المجموع للسبكي ١١١/١٠.

الوجه الثاني: أن الذمة الحاضرة، كالعين الحاضرة^(١)، «لأن كلاً منهما اشترى ما في ذمته وهو مقبوض له بما في ذمة الآخر، فهو كما لو كان لكل منهما عند الآخر وديعة، فاشتراها بوديعة عند الآخر، وهذا أولى بالجواز من شراء ما في ذمة الغير»^(٢).

الدليل الثالث:

أن في تطرح الدينين بيعاً للدين قبل قبضه، فيشمله النهي عن بيع ما لم يقبض^(٣).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: بأن نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض: «إنما هو في المعين، فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، وأما ما في الذمة فالاعتياض عنه من جنس الاستيفاء، وفائدته: سقوط ما في ذمته عنه، لا حدوث ملك له، فلا يقاس بالبيع الذي يتضمن شغل الذمة. . والبيع المعروف: هو أن يُملَّك المشتري ما اشتراه، وهذا لم يملكه شيئاً، بل سقط الدين من ذمته، ولهذا لو وفاه ما في ذمته لم يقل: إنه باعه دراهم بدراهم، بل يقال: وفاه حقه»^(٤).

الوجه الثاني: أن النهي عن بيع ما لم يقبض: «إن أريد به بيعه من غير بائعه، وأما بيعه من البائع، ففيه قولان معروفان، وذلك لأن العلة في المنع إن كانت توالي الضمانين اطرده المنع في البائع وغيره، وإن كانت عدم تمام الاستيلاء، وأن البائع لم تنقطع علقه عن المبيع. . . لم يطرد النهي في بيعه من بائعه قبل قبضه، لانتفاء هذه العلة في حقه، وهذه العلة أظهر»^(٥).

(١) انظر: الاستذكار ١٦/٢٠، المغني ١٠٤/٦.

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٥.

(٣) انظر: البناية شرح الهداية ٤٥٧/٧، تهذيب السنن ١١٣/٥.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ وانظر: تهذيب السنن ١١٥/٥.

(٥) تهذيب السنن ١١٥/٥.

القول الثاني: جواز مطارحة الدينين، وإن كانا مختلفي الجنس.
وهذا مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣)، وتلميذه ابن القيم^(٤).
وقيد المالكية الجواز بكون الدينين حاليين، فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً لم يجز عندهم.
استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

حديث ابن عمر رضي الله عنهما في سؤاله النبي صلى الله عليه وسلم عن اقتضاء الدراهم من الدينارين، والدينارين من الدراهم، فقال له عليه الصلاة والسلام: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء»^(٥).
ووجه الدلالة منه أمران:

الأول: أن الحديث دل على جواز الصرف إذا كان أحد العوضين ديناً، والآخر عيناً، فكذلك إذا كانا دينين، لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة^(٦).

الثاني: أنه إذا جازت مصارفة ما في الذمة بعين - مع أن الصرف مما يشترط له القبض -، فالاعتياض عن الدين بما لا يشترط له القبض أولى بالجواز.

نوقش هذا الاستدلال:

بأن غاية ما يفيد الحديث جواز مصارفة الدين بالعين الحاضرة، ولا

-
- (١) فتح القدير ٢٧٢/٦، تبين الحقائق ١٤٠/٤، رد المحتار ٥٢٣/٧.
(٢) بداية المجتهد ٢٣٨/٢، شرح الخرشي ٢٣٤/٥، جواهر الإكليل ٧٧/٢.
(٣) مجموع الفتاوى ٤٧٢/٢٩، نظرية العقد ص ٢٣٥.
(٤) إعلام الموقعين ٣٨٩/١.
(٥) الحديث سبق تخريجه ص ٧٣٦.
(٦) التمهيد ٨/١٦، وانظر: نظرية العقد ص ٢٣٥.

دلالة فيه على جواز مبادلة الدينين، أحدهما بالآخر^(١).

ويجاب: بأن النبي ﷺ أمر في الصرف أن يكون عيناً بعين، ويداً بيد، وكونه أجاز فعل ابن عمر دليل على أن ما في الذمة في حكم العين المقبوضة في مجلس العقد، فإذا صح الصرف وأحد العوضين في الذمة، فكذا إذا كانا جميعاً في الذمة، لأن من شرط الصرف حضور العوضين لا أحدهما.

الدليل الثاني:

أن هذا التصرف يقتضي تفرغ كل من الذمتين، وهو المقصود من القبض، ولا فائدة في أخذه منه ثم إعادته إليه^(٢).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه هو القول الثاني بجواز تطرح الدينين وإن كانا مختلفي الجنس، لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، وليس ثمة دليل على المنع، والله أعلم.

وبناءً على ذلك فإن اقتضاء مشتري الخيار فرق السعر من البائع تصرف صحيح، ولا يعكّر على هذا التخريج اشتراط المالكية أن يكون الدينان حاليين، لأن الحلول من طبيعة عقود الخيارات عند التنفيذ.

الدليل الرابع (من أدلة المانعين من عقود الخيارات)

تعارض شروط عقود الخيارات مع قاعدة العدل المطلوبة في كل المعاملات.

«فالعدل: هو التسوية بين الشئيين، وفي العقود يكون العدل بالتسوية بين المتعاقدين، وهو واجب، ونقيضه الظلم... وعدم العدل في شروط

(١) تكملة المجموع للسبكي ١١١/١٠.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٧٢/٢٩، ٥١٤.

أسواق الخيارات يكمن في إعطاء أحد المتعاقدين فرصة واسعة لأن يحقق مكاسب على حساب المتعاقد الآخر، إذ إنه تتاح له فرصة معرفة مستويات الأسعار في موعد التصفية، ومقارنتها بأسعار التعاقد، ثم يختار هل ينفذ العقد أو يفسخه^(١).

ويناقد من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن العدل يقتضي التسوية مطلقاً:

فالعدل في الميراث يكون بإعطاء الذكر ضعف حق الأنثى.

والعدل في قسمة الأرباح في شركة العنان يقتضي أن تقسم بالشرط

لا بالسوية.

والعدل في البيع أن يوفى لكل عاقد شرطه إذا لم يكن مخالفاً

لأحكام الشريعة.

فالأصل في البيع تساوي العاقدين في الحقوق والالتزامات، لكن

يخرج عن هذا الأصل ما إذا شرط أحدهما لنفسه شرطاً دون الآخر،

كاشتراط تعجيل الثمن دون المثل، أو العكس، أو اشتراط نفع معلوم في

المبيع.

الوجه الثاني: أن هذا الاعتراض وارد أيضاً على خيار الشرط لأحد

العاقدين، فما كان جوابكم عنه فليكن جواباً عن عقود الخيارات.

الدليل الخامس:

أن الغرض من هذه العقود هو الرغبة في دفع المخاطرة، وضمنان

سعر محدد للبيع أو الشراء في المستقبل، ومن ثم تفادي الخسارة، ومقابل

ذلك يتنازل المستثمر عن مبلغ محدد يمثل ثمن الخيار المذكور، فالخيار

نوع من التأمين^(٢).

(١) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٤٨، أسواق

الأوراق المالية ص ٣٦١.

(٢) «الأسواق المالية» د. القري ص ١٦١.

ويناقدش: بأن نسلّم بأن الغرض هو ما ذكر، لكن عقد الخيار يختلف عن التأمين، فالتأمين فيه غرر فاحش، لأن كلاً من العاقدين لا يعرف مقدار ما سيدفع، ومقدار ما سيأخذ، بخلاف عقد الخيار، فإن السعر فيه ثابت، وكون المشتري قد يخسر قيمة الخيار لا يعد غرراً، قياساً على بيع العربون.

وليس كل عقد يراد منه دفع مخاطر تقلبات الأسعار يعتبر باطلاً، ففي السلم قد يكون غرض المسلم ضمان سعر محدد للسلعة المسلم فيها خشية ارتفاع سعرها عند حلول الأجل، وهذا غرض مباح^(١).

الدليل السادس:

أن عقود الخيارات تتضمن منفعة لا يقتضيها العقد لأحد المتعاقدين، وما كان كذلك فهو مفسد للعقد في جميع المذاهب^(٢).

ويناقدش من وجهين:

الوجه الأول: أن ما ذكر ليس محل إجماع، فقد سبق ذكر الخلاف في المسألة وترجيح صحة الشرط حتى ولو كان منافياً لمقتضى العقد، شريطة ألا يخالف أحكام الشريعة، أو المقصود من العقد.

يوضح ذلك الوجه الثاني وهو: أن إفساد العقد بمجرد اشتراط منفعة لا يقتضيها العقد لا دليل عليه، بل إن ظواهر الكتاب والسنة تدل على خلافه.

وقد انتصر شيخ الإسلام ابن تيمية للقول بأن الأصل في الشروط الصحة، ورد على من منع الصحة بكون الشرط يخالف مقتضى العقد، وذكر أدلة ذلك من الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار.

(١) انظر: السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية ص ٣٠.

(٢) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٤٥، أسواق الأوراق المالية ص ٣٦٢.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وهذا عام يشمل ما عقده المرء على نفسه.

ومن السنة قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(١).

وقد أجمع المسلمون على جواز اشتراط زيادة على موجب العقد المطلق كاشتراط المشتري ثمرة النخل المؤبرة، وأما دليل الاعتبار فلأن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم.

وأيضاً فإن الأصل في العقود رضى المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فلم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة ثبت حلها بدلالة القرآن إلا أن تتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك^(٢).

الدليل السابع:

أن حق الخيار ليس محلاً للعقد، لأنه ليس بمال متقوم شرعاً، فهو لا يقبل حكم العقد عند سائر الفقهاء^(٣).

ويناقش: بأن الخيار من الحقوق المجردة، وقد أجاز جمهور الفقهاء بيع الحقوق المجردة، مثل حق المرور، وحق التعليم، وحق التسييل، وحق الشرب، وحق وضع الخشب على الجدار، وحق فتح الباب، ونحو ذلك^(٤).

(١) الحديث سبق تخريجه ص ١٧٤.

(٢) القواعد النورانية ص ٢١٤، إعلام الموقعين ٢/٣٢٦.

(٣) أسواق الأوراق المالية ص ٣٧٢.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي ٣/١٤، نهاية المحتاج ٣/٣٧٢، شرح المنتهى ٢/١٤٠.

القول الثاني: يرى بعض الباحثين^(١) جواز عقود الخيارات القائمة في الأسواق المالية بصورتها الراهنة، سواء تلك الخيارات البسيطة أم المركبة، وسواء كان الخيار للبيع أم للشراء.

وقد بنى أصحاب هذا القول قولهم هذا على أمرين:

الأول: تخريج عقد الخيار على خيار الشرط.

الثاني: تخريج عقد الخيار على بيع العربون.

أولاً: تخريج عقد الخيار على خيار الشرط:

فيرى أصحاب هذا القول أن عقد الخيار نوع من خيار الشرط^(٢) الذي أباحته الشريعة، والمشمول بأمر الله بالإيفاء به في قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم».

ولما كان أحد أركان عقد الخيار في هذه الأسواق، بل والباعث عليه هو أن يدفع من يشتري حق الخيار إلى من باع له هذا الحق مبلغاً من

(١) د. وهبة الزحيلي في بحثه: «السوق المالية» مجلة المجمع ١٣٣٠/٢/٦، د. محمد الشريف في بحثه الذي سبقته الإشارة إليه، على أنه استثنى من الجواز «خيار البيع»، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٣٨٧/٥.

(٢) خيار الشرط: حق يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو كليهما، يخول مشرطه فسخ العقد في مدة معلومة.

(الخيار وأثره في العقود ص ١٩١).

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام - للرجل الذي كان يخدع في البيوع -: «من بايعت فقل: لا خلا به، ثم أنت بالخيار» أخرجه البخاري (كتاب البيوع باب ما يكره من الخداع في البيوع برقم ٢١١٧) ومسلم (كتاب البيوع باب من يخدع في البيوع برقم ١٥٣٣). من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وقد حكى غير واحد الإجماع على صحة خيار الشرط ثلاثة أيام فأقل، منهم ابن قدامة في المغني ٣٠/٦، والنووي في المجموع ١٩٠/٩، والعجب من ابن حزم حيث حكى الإجماع على جوازه في مراتب الإجماع ص ٨٦، ثم هو يخالفه في المحلى ٣٧٠/٨.

المال مقابل تخويله حق فسخ العقد خلال مدة الخيار إذا ما استبان له اتجاه الأسعار في السوق في غير صالحه، أو تنفيذه إذا ما اتجهت الأسعار حسبما توقع في صالحه، فالمال الذي يأخذه بائع حق الخيار من المشتري هو حق للبائع لا يرد إلى دافعه^(١).

ما يترتب على هذا التخريج:

يترتب على هذا التخريج صحة عقد الخيار من حيث الأصل، بناءً على جواز خيار الشرط في الشريعة الإسلامية. وقد اعترض بعض الباحثين على هذه النتيجة محتجاً بأن مدة الخيار - عند جمهور الفقهاء - لا تتجاوز ثلاثة أيام، أو قدر ما تنقضي به حاجة المتبايعين، بينما في عقود الخيارات لا تقل مدة الخيار في الغالب عن تسعين يوماً^(٢).

وما اعترض به غير مسلم، فإن من لوازم صحة هذا التخريج صحة عقد الخيار.

وإيضاحاً لذلك أشير إلى أقوال أهل العلم في أكثر مدة الخيار:

فقد اتفق العلماء القائلون بصحة خيار الشرط على جواز اشتراط الخيار ثلاثة أيام^(٣) فأقل، ثم اختلفوا فيما زاد على ذلك، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم جواز زيادة الخيار أكثر من ثلاثة أيام.

وهذا مذهب الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥).

-
- (١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٥/٤٢٥، بحث د. الزحيلي ص ١٣٣١.
(٢) أسواق الأوراق المالية لسمير رضوان ص ٣٦٦، وانظر: أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٤٤.
(٣) انظر: الإفصاح لابن هبيرة ١/٣٢١، بداية المجتهد ٢/٢٥٠، مراتب الإجماع ص ٨٦.
(٤) المبسوط ١٣/٤٠، البحر الرائق ٦/٥، فتح القدير ٥/٤٩٨، الفتاوى الهندية ٣/٣٥، رد المحتار ٧/١١٣.
(٥) الحاوي الكبير ٦/١٧٣، المجموع شرح المهذب ٩/١٨٨، مغني المحتاج ٢/٤١٧، حاشية الجمل ٣/١١٣.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قوله عليه الصلاة والسلام للرجل الذي كان يخدع في البيوع^(١): «إذا بايعت فقل: لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد»^(٢).

ووجه الدلالة منه من وجهين:

الأولى: «أن حبان كان أحوج الناس إلى الزيادة في الخيار لمكانه من ضعف النظر وحاجته إلى استدراك الخديعة، فلما لم يزد بالشرط على الثلاث، دل على أنها غاية الحد في العقد»^(٣).

الثانية: «أنه حده بالثلاث، والحد يفيد المنع: إما من المجاوزة أو من النقصان، فلما جاز النقصان من الثلاث، علم أنه حدٌ للمنع من مجاوزة الثلاث»^(٤).

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: بأن النبي ﷺ ذكر المدة في حديث حبان وجعلها له مجرد البيع وإن لم يشترطه، لأنه كان يغلب في البيوع، فجعل له ثلاثاً في كل سلعة يشتريها سواء اشترط ذلك أم لم يشترطه^(٥).

(١) هو: حبان بن منقذ رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الدارقطني (كتاب البيوع ٣/٥٥) والبيهقي (كتاب البيوع باب الدليل على أن لا يجوز الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ٥/٢٧٣) والحاكم في المستدرک (كتاب البيوع ٢/٢٢). من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

والحديث حسنه النووي في المجموع ٩/١٩٠ والعيني في عمدة القاري ١١/٢٣٥ وفي إسناده محمد بن إسحاق وهو مدلس إلا أنه صرح بالسماع. انظر: تلخيص الحبير ٣/٢١.

(٣) الحاوي الكبير ٦/٧٥.

(٤) الحاوي الكبير ٦/٧٥، وانظر، فتح القدير ٥/٤٩٩.

(٥) إعلام الموقعين ٤/٢٢، فتح الباري ٤/٣٣٨.

فالحديث في خيار الغبن لا في خيار الشرط.

الوجه الثاني: أن تحديد الخيار بثلاثة أيام يحتمل أن يكون خاصاً بهذا الرجل، ومن كان بصفته^(١)، بدليل أن الرجل عاش إلى زمن عثمان رضي الله عنه، فكان يتبايع البيع في السوق ويرجع إلى أهله وقد غبن غبناً قبيحاً، فيرجع به على من باعه، فيقول البائع: والله لا أقبلها، فيشهد له أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله أن النبي صلى الله عليه وآله قد جعله بالخيار ثلاثاً فيرد له البائع دراهمه^(٢).

فهذا يدل على اختصاصه بهذا، لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه: إن النبي صلى الله عليه وآله جعل الخيار لمن قال: لا خلافة.

الدليل الثاني:

قوله عليه الصلاة والسلام: «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعاً من تمر»^(٣).

ووجه الدلالة منه: أن النبي صلى الله عليه وآله جعل في المصراة الخيار ثلاثة أيام، فلا يزداد على ما حده النبي صلى الله عليه وآله^(٤).

نوقش: بأن الخيار الذي يثبت للمشتري في المصراة ليس سببه الشرط، بل سببه التدليس والخداع، فالخيار ثابت للمشتري سواء شرط أم لم يشرط^(٥).

(١) انظر: فتح الباري ٤/٣٣٨.

(٢) أخرجه الدراقطني (كتاب البيوع ٣/٥٦) والبيهقي (كتاب البيوع باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام) ٥/٢٧٣.

(٣) أخرجه مسلم بهذا اللفظ (كتاب البيوع باب حكم بيع المصراة برقم ١٥٢٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) الحاوي الكبير ٦/٧٤، فتح الباري ٤/٣٣٨.

(٥) انظر: المغني ٦/٢١٦.

الدليل الثالث:

ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ، إنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدة ثلاثة أيام، إن رضي أخذ، وإن سخط ترك»^(١).

ووجه الدلالة منه: أن عمر رضي الله عنه فهم من جعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار لحبان ثلاثة أيام أنه لا تجوز الزيادة عليه، وعمر رضي الله عنه له سنة متبعة^(٢).
ويناقش: بأن الأثر ضعيف كما هو مبين في تخريجه.

الدليل الرابع:

ولأن شرط الخيار خلاف الأصل فهو رخصة مستثناة، فوجب الوقوف فيه على ما ورد به النص، وهو ثلاثة أيام، ويبقى ما زاد على المنع.

ويظهر كونه خلاف الأصل من وجهين:

الأول: أن الخيار ينافي مقتضى العقد، لأنه يمنع الملك واللزوم وإطلاق التصرف^(٣).

والثاني: أن الخيار غرر، ويزيادة المدة يزداد الغرر، فجاز ما ورد به النص، ومنع ما زاد لثلا يتفاحش الغرر^(٤).

نوقش الوجه الأول بأمرين:

الأول: إن قولهم: «إنه ينافي مقتضى البيع، لا يصح، فإن مقتضى

(١) أخرجه الدارقطني (كتاب البيوع ٣/٥٤) والبيهقي (كتاب البيوع باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ٥/٢٧٤) وقال في الحديث ينفرد به ابن لهيعة وبهذا أعلن ابن حجر، التلخيص ٣/٢١، والفتح ٤/٣٣٨، وانظر: نصب الراية ٤/٨.

(٢) فتح الباري ٤/٣٣٨.

(٣) فتح القدير ٥/٥٠٠، الحاوي الكبير ٦/٧٥.

(٤) الحاوي الكبير ٦/٧٥، أسنى المطالب ٢/٥٠.

البيع نقل الملك، والخيار لا ينافيه، وإن سلمنا ذلك، لكن متى خولف الأصل لمعنى في محل وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى»^(١).

الثاني: إن الصحيح من أقوال أهل العلم صحة الشرط المنافي لمقتضى البيع، وقد سبق ترجيح ذلك.

ونوقش الوجه الثاني: بأن: «كون العقد جائزاً يجوز أن يلزم إن وجد شرط لزومه، ويجوز أن لا يلزم، أو كونه يجوز أن ينعقد إن وجد شرط انعقاده، ويجوز أن لا ينعقد، فليس هذا مما دخل في نهيه ﷺ - أي عن الغر - وليس هذا من القمار لأن العقد إن حصل أو لزم حصل المقصود بحصوله ولزومه، وإن لم يحصل أو لم يلزم لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه، فعلى التقديرين: لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل أصلاً، ولا قمر أحدهما الآخر»^(٢).

القول الثاني: أن المدة لا تحد بثلاثة أيام بل بقدر الحاجة، وهي تختلف باختلاف المبيعات، ففي الثوب يكون خيار الشرط اليوم واليومين، وفي الدار يكون شهراً ونحوه، ولا يجوز الخيار الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع.

وهذا مذهب المالكية^(٣).

استدل أصحاب هذا القول:

بأن الخيار إنما شرع للحاجة فيتقدر بقدرها، ولأن الحكمة من مشروعيته هي التأنى والتروي واختبار المبيع، وذلك يختلف باختلاف المبيعات^(٤).

(١) المغني ٦/٣٩.

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٨.

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٥٠، الكافي لابن عبد البر ٢/٧٠٢، القوانين الفقهية ص ٢٠٤، البهجة في شرح التحفة ٢/٩٨.

(٤) بداية المجتهد ٢/٢٥١.

نوقش: بأن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها، لخفائها واختلافها ولأن ربط الحكم بها يؤدي إلى التنازع والاختلاف، وإنما يربط بمظنتها، وهو الإقدام، فإنه يصلح أن يكون ضابطاً^(١).

القول الثالث: أنه يجوز اشتراط الخيار إلى أي مدة معلومة يتفقان عليها، قلت هذه المدة أو كثرت. وهذا مذهب الحنابلة^(٢)، وقال به أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٣)، وابن المنذر^(٤).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

الأدلة العامة على أن الأصل في العقود والشروط الصحة وال لزوم.

مثل قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم»^(٥).

ووجه الدلالة من هذه النصوص: أن من الوفاء بالعقد الوفاء بالشروط التي يلزم الإنسان بها نفسه عند العقد، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على شروطهم»، عام، فيشمل شرط الخيار ولو طال المدة^(٦).

نوقش: بأن النبي ﷺ استثنى من الشروط بقوله: «إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٧).

ويجاب: بأن هذا الشرط لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً فلم يرد في الشرع - فيما أعلم - ما يمنعه.

(١) المغني ٣٩/٦.

(٢) المغني ٣٩/٦، الإنصاف ٢٨٤/١١، التنقيح المشيع ص ١٧٦، شرح المنتهى ١٦٨/٢.

(٣) البحر الرائق ٥/٦، فتح القدير ٤٩٩/٥.

(٤) المغني ٣٨/٦، فتح الباري ٣٢٨/٤.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص ١٧٤.

(٦) القواعد النورانية ٢١٤ - ٢٢٦، شرح المنتهى ١٦٨/٢.

(٧) الحاوي الكبير ٧٥/٦.

الدليل الثاني:

ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه اشترى جارية، وجعل الخيار إلى شهرين^(١).

نوقش من وجهين:

الأول: أن الأثر ضعيف لا يصح الاستشهاد به، كما هو مبين في تخريجه.

الثاني: أن الخيار فيه مطلق فيجوز أن المراد به خيار الرؤية والعيب^(٢).

الدليل الثالث:

أن خيار الشرط حق يعتمد الشرط، فرجع في تقديره إلى مشروطه، كالأجل^(٣).

الدليل الرابع:

أن مدة خيار الشرط مدة ملحقة بالعقد، فكانت إلى تقدير المتعاقدين، كالأجل^(٤).

الترجيح:

الذي يترجح للباحث - والله أعلم - هو القول الثالث لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة.

نوقش تخريج عقد الخيار على خيار الشرط من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن عقود الخيارات تتعارض مع قصد الشارع من إباحة

(١) ذكره الفقهاء في مصنفاتهم، كالسرخسي في المبسوط ٤١/١٣ والمرغيناني في الهداية ٤٩٩/٥ ولم أجده في شيء من المصنفات الحديثية، وقال في نصب الراية ٨/٤: «غريب جداً».

(٢) البحر الرائق ٥/٦، العناية ٤٩٩/٥.

(٣) المغني ٣٩/٦، شرح المنتهى ١٦٨/٢.

(٤) المغني ٣٩/٦.

خيار الشرط، فخيار الشرط جوز خلافاً للأصل لحاجة الناس، فهو كما قال صاحب المقدمات الممهديات: «الخيار في بيع في أصله غرر، وإنما جوزته السنة لحاجة الناس إلى ذلك لأن المبتاع قد لا يخبر ما ابتاع، فيحتاج إلى أن يختبره ويعلم إن كان يصلح له أم لا، وإن كان يساوي الثمن الذي ابتاعه به أم لا، وقد يحتاج في ذلك كله إلى رأي غيره»^(١).

ولم يرد به - أي خيار الشرط - أن يتأكد المستفيد من تطور سعر الورقة المالية، وما إذا كان ذلك في صالحه أم لا، أو أن يحدد المستفيد منه، هل هو بائع أم مشتري؟، ولهذا منع جمهور أهل العلم أن يتجاوز في مدته ثلاثة أيام أو قدر ما تنقضي به الحاجة^(٢).

ويجاب عنه: بأن هذه المناقشة مبنية على رأي الجمهور الذين يرون أن خيار الشرط على خلاف الأصل، فلا يتجاوز به قدر الحاجة، وقد سبق تفنيدها هذا القول، وترجيح القول بجوازه مطلقاً ما دامت المدة معلومة.

الوجه الثاني: أن الخيار الذي يتعامل به الناس في أسواق المال هو عقد مستقل عن عقد البيع، فالصيغة تتضمن انفصال البيع عن الخيار، فيكون للخيار ثمن، وللسلعة أو السهم ثمن^(٣).

ويجاب عنه: بأن كون الخيار له ثمن لا يمنع صحة التخريج، فبيع العربون نوع من بيع الخيار، والخيار فيه مشروط بثمن.

الوجه الثالث: أن هذا التخريج لا يصح على إطلاقه، فهو إن صح في الأسواق التي يكون فيها للمشتري مدة خيار (كما هو المعمول به في

(١) المقدمات الممهديات ٨٦/٢.

(٢) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٤٤، أسواق الأوراق المالية ص ٣٦٦.

(٣) «الأسواق المالية» د. القري ص ١٦١٠.

السوق الأمريكية)، فلا يصح في الأسواق التي تحدد يومًا واحدًا مؤجلًا للتنفيذ (كما هو الحال في الأسواق الأوروبية).

ثانيًا: تخريج عقد الخيار على بيع العربون:

فيرى أصحاب هذا القول أن الخيار إذا كان للمشتري فهو بمنزلة بيع العربون^(١)، لأن خيار الشراء يعطي مشتريه الحق في شراء عدد من الأسهم خلال فترة محددة، وقيمة الخيار التي دفعها مقدمًا، كالعربون للبائع^(٢).

ما يترتب على هذا التخريج:

يترتب على هذا التخريج الخلاف في صحة بيع العربون.

فقد اختلف الفقهاء في حكم بيع العربون على قولين:

القول الأول: بطلان بيع العربون.

وهذا مذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، وبه قال بعض الحنابلة^(٥).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع العربان»^(٦).

(١) بيع العربون هو: أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهمًا أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة، احتسب من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع. المغرب ص ٣٠٩.

(٢) «أحكام السوق المالية» د. الشريف ص ١٣٠٨.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٢٥/٦، شرح الخرشبي ٧٨/٥، بلغة السالك ٣٤/٢.

(٤) المجموع شرح المهذب ٣٣٥/٩، حاشية الجمل ٧٢/٣، تحفة المحتاج ٣٢٢/٤.

(٥) وهو قول أبي الخطاب، الإنصاف ٢٥٢/١١، المبدع ٥٩/٤.

(٦) أخرجه مالك في الموطأ ٢٥/٦ وأحمد (١٨٣/٢) وأبو داود (كتاب البيوع باب في العربان برقم ٣٥٠٢) وابن ماجه (كتاب التجارات باب بيع العربان برقم ٢١٩٢).

والحديث رواه مالك بلفظ: أخبرني الثقة عن عمرو بن شعيب، ومثل هذا لا يحتج به لأنه لم يسم الثقة، وقال ابن حجر في التلخيص ١٧/٢: «وسمي في رواية لابن ماجه =

ووجه الدلالة منه: أن نهيهِ عليه الصلاة والسلام يقتضي بطلان البيع .
نوقش: بأن الحديث ضعيف، فلا يصح الاحتجاج به، كما هو مبين
في تخريجه .

الدليل الثاني:

أن فيه غرراً وأكلاً لأموال الناس بالباطل .

أما كونه غرراً فلأن فيه جهالة تحديد مدة الرد، فهو بمنزلة الخيار
المجهول .

وأما كونه أكلاً لأموال الناس بالباطل، فلأن البائع يمتلك ما دفعه
المشتري بلا عوض إذا اختار ترك السلعة^(١) .

نوقش الوجه الأول: بأن من شرط صحة بيع العربون أن يكون الرد
مؤقتاً بمدة معلومة، فتنتفي الجهالة حينئذ .

ونوقش الوجه الثاني: بأن قولهم: إنه بغير عوض، غير صحيح
فالعربون لدفع الضرر الواقع على البائع بحبس السلعة عن عرضها للشراء
بما قد يكون أكثر غبطة .

القول الثاني: صحة بيع العربون .

= ضعيفة: عبد الله بن عامر الأسلمي، وقيل: هو ابن لهيعة، وهما ضعيفان، ورواه
الدارقطني والخطيب في الرواة عن مالك من طريق الهيثم بن اليمان عنه عن عمرو بن
الحارث عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن الحارث ثقة، والهيثم ضعفه الأزدي، وقال
أبو حاتم: صدوق، وذكر الدارقطني أنه تفرد بقوله: عن عمرو بن الحارث . . ورواه
البيهقي من طريق عاصم بن عبد العزيز عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن
شعيب^{أهـ} .

والحديث ضعفه الإمام أحمد (المغني ٦/٣٣١) والبيهقي (٥/٣٤٢) والنووي (المجموع
٩/٣٣٥) والشوكاني (نيل الأوطار ٦/٢٣٦) .
(١) معالم السنن ٥/١٤٣، شرح الخرشني ٥/٧٨ .

وهذا هو مذهب الحنابلة، إلا أنهم اختلفوا هل يشترط تأقيته بمدة معينة أم لا؟.

والصحيح من المذهب أنه لا يشترط تأقيته^(١).
استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

ما روى زيد بن أسلم أن النبي ﷺ: «سئل عن العربان في البيع فأحله»^(٢).

نوقش: بأن الحديث ضعيف^(٣)، مع إرساله^(٤).

الدليل الثاني:

ما روي أن نافع بن عبد الحارث اشترى داراً للسجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر فالبيع له، وإن عمر لم يرض فأربعمائة لصفوان^(٥).

ووجه الدلالة منه: أن نافعاً كان عاملاً لعمر رضي الله عنه على مكة، فلم يكن ليفعل ذلك إلا بأمره، وعمر له سنة متبعة.

نوقش من أوجه:

الوجه الأول: أن اشتراط العربون لم يكن داخلاً في نفس العقد بل هو وعد^(٦).

(١) انظر: المغني ٣٣١/٦، الإنصاف ٢٥١/١١، غاية المنتهى ٧٨/٣.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (كتاب البيوع والأقضية باب في العربان في البيع ٣٠٤/٧).

(٣) لأن في إسناده إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الأسلمي، قال فيه الإمام أحمد: قدري معتزلي جهمي كل بلاء فيه، وقال يحيى القطان: كذاب، الكاشف ٤٧/١.

(٤) التلخيص الحبير ١٧/٢.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (كتاب البيوع والأقضية باب في العربان في البيع ٣٠٦/٧) والبيهقي (كتاب البيوع باب ما جاء في بيع دور مكة ٣٤/٦) وعلقه البخاري في صحيحه (٧٥/٥ - فتح الباري).

(٦) عمدة القاري ٢٦٢/١٢.

ويجاب: بأن هذا التأويل بعيد لأن نافعاً صرح بالشرط في نفس العقد بقوله: «وإن لم يرض عمر فأربعمئة لصفوان».

الوجه الثاني: أن هذا البيع بيع بشرط الخيار لعمر رضي الله عنه (١).

ويجاب: بأنه لو كان كذلك لم يستحق العربون عند عدول عمر عن الشراء.

الوجه الثالث: أن نافعاً كان وكيلاً لعمر، وللوكيل أن يأخذ لنفسه إذا رده الموكل بالعيب ونحوه (٢).

ويجاب: بأن الأثر ظاهر الدلالة على أن الشراء كان لعمر، والعربون لصفوان، فلم يكن نافع ليأخذ شيئاً لنفسه.

الدليل الثالث:

أن بيع العربون روي جوازه عن جمع من الصحابة والتابعين، منهم ابن عمر وابن سيرين ومجاهد (٣).

الترجيح:

الذي يترجح للباحث هو جواز بيع العربون لقوة أدلة القول الثاني، لكن بشرط أن يكون مؤقتاً بأجل معلوم، لأنه لو لم يوقت لألحق بالخيار المجهول، للجهالة في الأجل، فيكون غرراً، والله أعلم.

نوقش تخريج عقد الخيار على بيع العربون من أوجه:

الوجه الأول: أن العربون جزء من الثمن بخلاف ثمن خيار الشراء فإنه ثمن منفصل عن سعر الأسهم، وهو سعر للخيار ذاته (٤).

(١) عمدة القاري ١٢/٢٦٢.

(٢) عمدة القاري ١٢/٢٦٢.

(٣) انظر: المغني ٦/٣٣١.

(٤) «الأسواق المالية» د. القري ١٦١١.

ويجاب: بأن مشتري الخيار إذا مارس حقه في الشراء صار سعر السهم المشتري مركبًا من قيمة الخيار وسعر التنفيذ، فالسعران وإن كانا منفصلين صورة، فإنهما يجتمعان عند التنفيذ.

الوجه الثاني: أن الثمن والمثمن في خيار الشراء لا يتم تسليمهما أثناء العقد، بل في فترة يتفق عليها المتعاقدان خلافًا لبيع العربون^(١).

ويجاب: بأن العوضين وإن لم يتم تسليمهما فهما غير مؤجلين (كما في عقود الخيارات الأمريكية)، فلا محذور في ذلك، وليس هذا من الكالئ بالكالئ، بل إن من طبيعة بيع العربون عدم تسليم الثمن والمثمن في الحال.

الوجه الثالث: أن ثمن الخيار قد يدفعه المشتري وقد يدفعه البائع^(٢).

ويجاب: بأن جواز بيع العربون يستفاد منه صحة المعاوضة عن حق الخيار، وكون المعتاض بائعًا أو مشتريًا لا أثر له في الحكم.

الوجه الرابع: أن موضوع الخيارات ليس السلع، وإنما هي تجري حتى على المؤشرات التي لا تعدو أن تكون ضربًا من القمار^(٣).

ويجاب: بأن فساد محل العقد في بعض الأحيان لا يلزم منه الحكم بفساد هيئته دومًا، فقد يكون محل العقد الخياري أسهمًا أو سلعةً أو غير ذلك من الأصول الحقيقية، ولو كان ما ذكرتم موجبًا لفساد العقد من أصله للزم من ذلك إفساد البيوع برمتها لأن محلها قد يكون سلعةً محرمة.

فعقد الخيار في المؤشرات محرم لا لهيئة العقد بل لموضوعه، وعقد الخيار في النفط أو الأسهم المباحة، مباح.

(١) «الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي» د. القره داغي ص ١٥٨.

(٢) «الاختيارات» للسلامي ص ٢٣٣.

(٣) «الاختيارات» للسلامي ص ٢٣٣.

الترجيح:

باستعراض أدلة الفريقين فإن الذي يترجح للباحث هو جواز عقد الخيار البسيط، أي خيار البيع المفرد، أو خيار الشراء المفرد، دون المركب منهما معاً، بالشروط الآتية:

١ - أن يكون الأصل محل العقد جائز التداول، وفقاً للضوابط التي أشرنا إليها في المطلب السابق.

٢ - أن يكون حق الخيار حلالاً، بمعنى أن تكون مدة الخيار تالية لشرائه مباشرة ولو امتدت لفترة طويلة.

وعلى هذا فالذي يظهر أن الخيار بالصيغة المعمول بها في الأسواق الأمريكية أقرب إلى قواعد الشريعة من الخيار الأوروبي، لأن الثاني يقتضي تأجيل البدلين، وهذا محرم، لأنه من بيع الكالئ بالكالئ.

٣ - أن تكون الأسهم أو الأصول محل العقد مملوكة للملتزم بالبيع - (وهو محرر الخيار في خيار الشراء، ومشتري الخيار في خيار البيع) - من حين الشراء حتى التنفيذ.

وبذا تتحقق مصلحتان:

الأولى: موافقة رأي الجمهور في المنع من بيع الإنسان ما ليس عنده.

والثانية: (وهي خاصة بخيار الشراء): أن محرر الخيار يكون في مأمن من الاضطرار لشراء السهم من السوق بسعره الجاري - والذي سيكون مرتفعاً - وبيعه بسعر التنفيذ - والذي سيكون قطعاً أقل من السعر الجاري -، وبذا ينتفي الضرر أو الغرر.

والذي اقتضى هذا الترجيح أن عقود الخيارات معاملات مستحدثة، لا يظهر فيها ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، مع ما تتضمنه من

منافع لكلا العاقدين، فالمشتري يأمن من تقلبات الأسعار، والبائع يستفيد من قيمة الخيار.

ويمكن أن يستأنس لصحة هذه العقود بما يلي:

- ١ - جواز خيار الشرط.
- ٢ - جواز بيع العربون، وصورة العربون مطابقة تمامًا لصورة خيار الشراء.
- ٣ - جواز الشرط الجزائي عند امتناع المتعهد عن التنفيذ، إذ يمكن أن نعتبر قيمة الخيار شرطًا جزائيًا يلزم به المتعهد عند التخلف، والله أعلم.

المبحث الثاني المتاجرة في السندات

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

حقيقة السندات

السندات من الأوراق المالية التي تصدرها الشركات المساهمة، أو المؤسسات العامة، أو الدول.

والسند: «قرض طويل الأجل تتعهد الشركات المقترضة بموجبه أن تسدد قيمته في تواريخ محددة»^(١).

والدافع لإصدار السندات أن الشركة المساهمة قد تحتاج في أثناء مزاولة عملها، وبعد أن تكون قد حصلت على رأس مالها، إلى بعض الأموال، ولا ترغب في عرض اكتتاب بأسهم جديدة على الجمهور لئلا تتضاءل أنصبة الشركاء، فتعتمد إلى القروض عن طريق إصدار سندات متساوية القيمة^(٢).

(١) الموسوعة الاقتصادية لراشد البراوي ص ٣١٤، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٣٢، الموسوعة الاقتصادية د. سميح مسعود ص ٨٧.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ص ٣٨٦، الشركات التجارية لعلي حسن يونس ص ٥٥٨، الأسهم والسندات من منظور إسلامي ص ٥٢.

والسندات كألسهم من حيث الخصائص العامة، فهي قابلة للتداول، ولا تكون قابلة للتجزئة، ويمكن أن تكون اسمية أو لحاملها^(١).

وتختلف السندات عن الأسهم من عدة جوانب:

- ١ - السند يمثل ديناً على الشركة، ويعتبر صاحبه دائئاً للشركة، بينما السهم حصة من رأس المال، ويعتبر صاحبه شريكاً.
- ٢ - السند يعطي صاحبه حقاً في فائدة ثابتة سواء ربحت الشركة أم خسرت، أما السهم فإن حامله معرض للربح والخسارة في حالة تعرض المشروع لأي منها.
- ٣ - عند تصفية الشركة يكون لصاحب السند الأولوية في الحصول على قيمة السند، أما صاحب السهم فلا يأخذ شيئاً إلا بعد تصفية السندات وقضاء الديون.
- ٤ - السند لا يعطي صاحبه حقاً في حضور الجمعية العمومية للشركة ولا بالتصويت، والاشتراك في الإدارة وغير ذلك مما يستحقه صاحب السهم.
- ٥ - لحامل السند أن يحصل على قيمته عند انتهاء الأجل المتفق عليه، أما السهم فلا ترد قيمته طالما أن الشركة قائمة إلا في أسهم التمتع التي قد تلجأ الشركة إلى إصدارها^(٢).

وبالنظر في الخصائص السابقة للسندات يتبين أن حقيقتها الشرعية لا تختلف عن حقيقة شهادات الودائع ذات القيمة الاسمية التي سبق الحديث عنها في الباب الأول، فكل منهما يمثل ديناً لحامله في ذمة الجهة

(١) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص٣٢، إدارة الاستثمارات ص١٩١، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص١١٦.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص١٧٦، النقود والبنوك والأسواق المالية ص٧١، الأسهم والسندات من منظور إسلامي ص٥٢.

المصدرة، والفوارق الفنية بين هذين الإصدارين غير مؤثرة من الناحية الشرعية، ويمكن إجمال هذه الفوارق فيما يلي:

أ - الجهة التي تتولى إصدار شهادات الإيداع هي البنوك التجارية، أما السندات فيتولى إصدارها الشركات المساهمة أو الهيئات العامة أو البنوك المركزية^(١).

ب - كل السندات قابلة للتداول في الأسواق المالية، أما شهادات الإيداع فبعضها قابل للتداول وبعضها ليس كذلك^(٢).

ج - السندات عبارة عن قروض طويلة الأجل، ولذا يتم تداولها في أسواق رأس المال أما شهادات الإيداع فهي من الأوراق المالية قصيرة الأجل، لذا تتداول في أسواق النقد^(٣).

وهذه الفوارق - كما نرى - غير مؤثرة في التكييف الشرعي، لذا يمكن القول: إن النظرة الشرعية للسندات تتفق مع النظرة القانونية، فالسندات قروض من حاملها للجهة المصدرة سواء كانت شركة أم هيئة حكومية أم غير ذلك^(٤).

(١) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٢٥، ١٢، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٦٠، ٣١.

(٢) إدارة الاستثمارات ص ١٦٩.

(٣) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٢٥، ١٢.

(٤) انظر: شركة المساهمة في النظام السعودي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ص ٣٩٥، الشركات للخياط ص ٢٢٨، المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ص ١٧٩.

المطلب الثاني

حكم المتاجرة بالسندات

تبين لنا من خلال العرض السابق أن السندات قروض، وأن صاحبها يستحق فائدة ثابتة بشكل دوري، فهي من القرض بفائدة.

وتكاد تتفق كلمة العلماء المعاصرين على تحريم السندات لما تتضمنه من الفائدة الربوية، ولم يخالف في ذلك سوى نزر يسير من الباحثين ممن لا يعتد بخلافهم في هذا الشأن، وقد سبق بيان الأدلة في هذه المسألة والرد على شبه المخالفين عند الحديث عن شهادات القيمة الاسمية في الباب الأول بما يغني عن إعادته هنا^(١).

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٦٢/١١/٦، ما نصه: «السند شهادة يلتزم المصدر بموجبها أن يدفع لحاملها القيمة الاسمية عند الاستحقاق، مع دفع فائدة متفق عليها منسوبة إلى القيمة الاسمية للسند، أو ترتيب نفع مشروط سواء أكان جوائز توزع بالقرعة أم مبلغًا مقطوعًا أم خصمًا».

فقد قرر المجلس:

١ - إن السندات التي تمثل التزامًا بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعًا، من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة، ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكًا استثمارية أو ادخارية،

(١) انظر الفصل الثاني من الباب الأول.

- أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.
- ٢ - تحرم أيضاً السندات ذات الكوبون الصفري باعتبارها قروضاً يجري بيعها بأقل من قيمتها الاسمية، ويستفيد أصحابها من الفروق باعتبارها خصماً لهذه السندات.
- ٣ - كما تحرم أيضاً السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضاً اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقرضين أو لبعضهم لا على التعيين، فضلاً عن شبهة القمار^(١).
- وعلى ذلك فإنه يحرم الاشتراك في الصناديق الاستثمارية التي تشمل أصولها على سندات أيّاً كان نوع هذه السندات.
- ويجدر التنبيه إلى أن هذا النوع من الاستثمارات يطلق عليه في الأوساط المالية عدة أسماء منها:
- ١ - الاستثمارات النقدية، نسبة إلى سوق النقد التي تتداول فيها هذه الأوراق.
- ٢ - الاستثمارات قصيرة الأجل، لأن هذه الأوراق المالية تستحق غالباً خلال أقل من سنة.
- ٣ - الاستثمارات ذات الدخل الثابت، لأن الفائدة المستحقة عليها ثابتة خلافاً للأسهم فهي ذات دخل متغير.
- وللأسف فإن عدد هذه الصناديق في السوق المحلية كبير جداً، إذ يصل عدد صناديق الاستثمار التي تتاجر بالسندات وما يماثلها من الأوراق النقدية قصيرة الأجل إلى ما يزيد عن (٣٠) صندوقاً، من (١١٤) صندوقاً مصرحاً لها في العام ١٤٢٠هـ.

(١) مجلة المجمع ١٧٢٥/٢/٦، وانظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ٣٤٥/١٣، شركة المساهمة في النظام السعودي دراسة فقهية مقارنة ص ٣٩٥، البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق ص ١٣٧، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ١٦٠.

ومن هذه الصناديق^(١):

أصول الصندوق	اسم الصندوق	البنك المصدر
ودائع لأجل، اتفاقيات إعادة شراء، سندات ذات دخل متغير، سندات التنمية الحكومية	صندوق الأهلي للاستثمار الوطني	١ -
أوراق تجارية، سندات ذات دخل متغير، وودائع لأجل	صندوق الأهلي للدولار قصير الأجل	٢ -
سندات حكومية ومؤسسات، أصول قابلة للتحويل النقدي، سندات الخزينة الأمريكية، أوراق مالية للشركات	صندوق الأهلي للسندات العالمية	٣ -
سندات الخزنة الأمريكية، أسهم بنكية، سندات الحكومة الإيطالية، مؤسسة القروض الوطنية الفدرالية (أمريكا)، مؤسسة القروض الوطنية الحكومية (أمريكا)، شركات تمويل مالية	صندوق الأهلي للميزان الاستثماري	٤ -
سندات التنمية الحكومية، وودائع لأجل، أسهم محلية	صندوق العربي للاستثمارات المحلية	٥ -
سندات، أوراق مالية، أسهم	صندوق أوروبا الشرقية	٦ -
سندات تنمية حكومية، أوراق نقدية قصيرة الأجل، أسهم عالمية، وحدات صناديق استثمار عالمية	صندوق الصناديق	٧ -
سندات تنمية حكومية، وودائع آجلة	السوق النقدية بالريال	٨ -
ودائع آجلة، أوراق مالية، أدوات خزينة	السوق النقدية بالدولار	٩ -

(١) المرجع: النشرات التعريفية الخاصة بكل صندوق.

أصول الصندوق	اسم الصندوق	البنك المصدر
ودائع آجلة، أذونات الخزينة الأمريكية، القبولات البنكية	صندوق الدولار	بنك الرياض ١٠ -
سندات عالمية، وودائع آجلة	صندوق السندات بالدولار	١١ -
أذونات خزينة، سندات عالمية، وودائع آجلة	صندوق السندات الدولي	١٢ -
سندات التنمية الحكومية، وودائع آجلة، أوراق تجارية	صندوق الرياض النقدي	١٣ -
ودائع آجلة، سندات التنمية الحكومية	السوق النقدية بالريال	بنك السعودي الفرنسي ١٤ -
أذونات خزينة، أوراق تجارية، قبولات بنكية	السوق النقدية بالدولار	١٥ -
سندات عالمية، أذونات خزينة	صندوق السندات العالمي	١٦ -
سندات أمريكية، أصول قابلة للتحويل النقدي	صندوق السندات الأمريكي	١٧ -
سندات عالمية، وودائع آجلة، أسهم	صندوق سامبا (١)	بنك السعودي الأمريكي ١٨ -
ودائع آجلة، أوراق تجارية، أذونات خزينة	سامبا ذو السيولة المالية بالدولار	١٩ -
ودائع آجلة، قبولات بنكية، سندات تنمية حكومية	سامبا ذو السيولة المالية بالريال	٢٠ -
سندات عالمية، أصول قابلة للتحويل النقدي	سامبا للاستثمار في السندات الدولية	٢١ -
سندات عالمية، أسهم، سندات الخزينة الأمريكية	سامبا للاستثمارات الدولية المتوازنة	٢٢ -
سندات عالمية، أوراق تجارية، أوراق مالية أخرى	صندوق السندات العالمية	بنك السعودي البريطاني ٢٣ -
أذونات خزينة أمريكية، سندات أمريكية	صندوق السندات بالدولار	٢٤ -
سندات التنمية الحكومية	صندوق السندات الحكومية السعودية	٢٥ -
ودائع آجلة، أوراق نقدية قصيرة الأجل	صندوق الدولار	٢٦ -
ودائع آجلة، أوراق تجارية	صندوق الريال	٢٧ -
قبولات بنكية، وودائع آجلة، سندات	صندوق الاستثمار بالجنيه الإسترليني	٢٨ -

المطلب الثالث

**الجانب التطبيقي للمتاجرة بالسندات
وموقف الفقه الإسلامي منه**

يتم تداول السندات في الأسواق المالية الثانوية بنفس الأساليب الخمسة السابقة في الأسهم، فقد يكون الشراء عاجلاً عادياً، أو بالهامش، أو بالعمليات الباتة، أو بعمليات البيع القصير، أو عن طريق سوق الخيارات.

وتداول السندات بأي من هذه الطرق محرم، لأن المحل المعقود عليه محرم.

وتتنوع إصدارات السندات في السوق الأولية باعتبارات مختلفة:

- فمن حيث جهة الإصدار:

تنقسم إلى سندات حكومية تصدر عن الدولة ومؤسساتها، مثل سندات الخزينة، وسندات التنمية، وسندات أهلية تصدرها الشركات المساهمة والمؤسسات المالية.

- ومن حيث شكل الإصدار:

إما أن يكون السند اسمياً يحمل اسم مالكة، أو سنداً لحامله يصدر خلواً من اسم المستثمر.

- ومن حيث الضمان:

تنقسم إلى سندات مضمونة برهن خاص على بعض موجودات المنشأة الثابتة، وسندات غير مضمونة.

- ومن حيث نوع الدخل :

تنقسم إلى سندات ذات فائدة دورية ثابتة بصرف النظر عن نتيجة أعمال الشركة، وسندات ذات فائدة متغيرة، حيث ينقسم التدفق النقدي إلى جزأين: الأول ثابت ويمثل فائدة دورية بمعدل ثابت والثاني متغير يتوقف على الأرباح التي تحققها الشركة، ويسمى هذا النوع سندات الدخل.

- ومن حيث القابلية للاستدعاء :

تنقسم إلى سندات غير قابلة للاستدعاء، فيحق لحاملها الاحتفاظ بها إلى حين انتهاء أجلها وهذا هو الأصل في السندات، وسندات قابلة للاستدعاء، فيحق للجهة المصدرة إطفاء قيمة السند في الموعد الذي تحدده، وإذا امتنع المستثمر عن ذلك فإنه يحرم من فائدة السند، وفي الغالب تحدد مدة تتراوح بين ٥ - ١٠ سنوات من تاريخ الإصدار لايجوز للجهة المصدرة استدعاء السند قبل مضيها.

- ومن حيث القابلية للتحويل :

تنقسم إلى سندات غير قابلة للتحويل، وهذا هو الأصل في السندات، وإلى سندات قابلة للتحويل إلى أسهم عادية بسعر محدد للسهم الواحد، خلال مدة محددة من تاريخ الإصدار.

- ومن حيث الفائدة عليها :

تنقسم إلى ثلاثة أقسام: سندات بفائدة دورية ثابتة، وسندات بفائدة عائمة، وسندات خصم، وهي سندات تباع بسعر أقل من قيمتها الاسمية وبسعر فائدة أقل من سعر الفائدة السائد في السوق، وربما بسعر فائدة يساوي صفرًا، فيستفيد المستثمر من الفرق بين سعر البيع والقيمة الاسمية.

- ومن حيث الأجل :

تنقسم إلى سندات قصيرة الأجل لا يتجاوز أجلها عامًا، وسندات متوسطة أو طويلة الأجل وهي التي يزيد أجلها عن العام الواحد^(١).

(١) انظر في هذه التقسيمات: إدارة الاستثمارات ص ١٩١ - ٢٠٥، الأسواق المالية العالمية =

إلى غير ذلك من أنواع السندات والتي لا يختلف حكمها الشرعي، فكلها محرمة إصدارًا وبيعًا وشراءً واكتتابًا، وهذا التنوع راجع لاعتبارات فنية عند الاقتصاديين، ولا يؤثر على حقيقتها الشرعية. ومثل السندات في الحكم الشرعي للأوراق المالية المتداولة في سوق النقد القصير الأجل، والتي تمثل صكوك دائنية، مثل:

١ - شهادات الإيداع القابلة للتداول:

وقد سبق التعريف بها.

٢ - القبولات المصرفية:

وهي عبارة عن أوامر دفع آجلة مسحوبة على بنك معين بواسطة أحد المصدرين أو المستوردين، فإذا قبل البنك دفع قيمة أمر الدفع فإنه يختمه بعبارة «مقبول»، ويعني ذلك أن البنك سوف يقوم بدفع هذه القيمة في تاريخ الاستحقاق بدون شرط^(١). فمثلاً لو أراد تاجر سعودي أن يستورد بضاعة من اليابان يكون أمامه خياران:

الأول: أن يفتح لذلك اعتمادًا مستنديًا، وهذا الخيار يتطلب دفع ثمن البضاعة كاملاً للمورد بمجرد وصول مستندات شحنها.

والثاني: هو القبولات المصرفية، ويلجأ إليه المستورد متى كانت لا تتوفر لديه السيولة الكافية لدفع ثمن البضاعة فوراً.

فإذا اختار المستورد الخيار الثاني عليه أن يتفق مع أحد البنوك

= وأدواتها المشتقة ص ١١٨ «الأدوات المالية التقليدية» بحث د. محمد جرایة، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، مجلة المجمع ١٥١٢/٢/٦ وما بعدها، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٢٥، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٣١ - ٣٧.

(١) الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٢٧، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٨٥.

السعودية لإصدار قبول مصرفي يضمن فيه هذا البنك للمورد الياباني الحصول على ثمن البضاعة بواسطة بنك مراسل في اليابان، ويصدر هذا القبول بقيمة اسمية تساوي ثمن البضاعة، وأجل يساوي المهلة الزمنية للسداد المتفق عليها بين المورد والمستورد.

وفي هذه الحالة وبعد استلامه للقبول المصرفي يكون بإمكان المورد الياباني أن يختار إما الاحتفاظ به لحين موعد استحقاقه واستلام قيمته الاسمية كاملة من البنك المراسل في اليابان، أو أن يقوم ببيعه في السوق الثانوي للأوراق المالية بخصم معين^(١).

٣ - أذونات الخزينة:

وهي أوراق مالية حكومية قصيرة الأجل، تباع عادة بخصم أي بسعر أقل من قيمتها الاسمية وفي تاريخ الاستحقاق تلتزم الحكومة بدفع القيمة الاسمية المدونة على الإذن^(٢).

٤ - الأوراق التجارية:

وهي غير الأوراق التجارية المتعارف عليها في السوق التجاري كأداة من أدوات الائتمان، والمقصود بها هنا الكمبيالات لحاملها التي تصدرها شركات معروفة بمتانة مركزها المالي، وتتراوح فترة استحقاقها بين (٣) أيام و(٢٧٠) يومًا، والهدف منها هو الحصول على تمويل قصير الأجل لتمويل النشاط التجاري للشركة^(٣).

فهذه الأوراق جميعًا وإن تباينت أسماؤها فهي تمثل صكوك مديونية، والعائد المتحقق منها الربا المحرم سواء سمي ربحًا أو فائدة أو عائداً أو خصمًا أو غير ذلك.

(١) إدارة الاستثمارات ص ١٧٠، إدارة المحافظ الاستثمارية ص ٣٩.

(٢) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١٥، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٨٨.

(٣) الأسواق المالية والاستثمارات المالية ص ٢٥، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٦٢.

المبحث الثالث

المتاجرة في سلة العملات

تهتم المصارف بتشكيل محافظ (سلات) متعددة ومتنوعة من العملات الرئيسية المتداولة في العالم، نتيجة لما تدره عليها من أرباح ناتجة عن الفرق الذي يحصل بين سعر الشراء والبيع لهذه العملات.

ويعد سوق العملات أكبر سوق في العالم، ويقدر حجم عملياته اليومي بحوالي (١٢٠٠ بليون دولار) خلال عام ١٩٩٦م، ومعظم هذه العمليات تتم بالعملات الأربع القوية، وهي: الدولار، والإسترليني، والفرنك السويسري، والين الياباني^(١).

وسوف نتناول هذا الجانب بدراسة الضوابط الشرعية التي تحكم المتاجرة بالعملات أولاً، ومن ثم دراسة الجانب التطبيقي لهذا النوع من الاستثمار، والأساليب المتبعة في تبادل العملات وموقف الشريعة الإسلامية منها.

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٣.

المطلب الأول

الضوابط الشرعية التي تحكم المتاجرة بالعملات

من المعلوم أن مبادلة العملات بعضها ببعض لها حكم عقد الصرف في الفقه الإسلامي، لأن الصرف هو: بيع الأثمان بعضها ببعض، فيدخل في ذلك العملات لأنها من الأثمان.

فيشترط في مبادلة العملات إضافة إلى الشروط العامة لعقد البيع - توفر شروط الصرف وهي:

١ - التماثل:

بأن تتساوى العملتان المتبادلتان عددًا.

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والتمر بالتمر والملح بالملح والشعير بالشعير، مثلاً بمثل يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»^(١).

وهذا الشرط في مبادلة العملة بعملة من جنسها كالدولار بالدولار أو الريال بالريال أما إذا اختلف جنس العملتين، كما لو بيع الدولار بالريال فلا يشترط التماثل، للحديث السابق.

(١) أخرجه مسلم (كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا برقم ١٥٨٧) وأبو داود (كتاب البيوع باب في الصرف ٣٣٤٩) والترمذي (كتاب البيوع باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، برقم ١٢٤٠) والنسائي (كتاب البيوع باب بيع البر بالبر ٤٥٦٢) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

ولذا يمكن القول: إن التطورات النقدية الحديثة المتمثلة في التوحيد الداخلي للعملة المتداولة في شكل الورق النقدي، قد أفقدت أي مبرر كان يمكن الاحتجاج به قديماً في بيع الدينار بالدينارين أو الدرهم بالدرهمين، بدعوى اختلاف الجودة أو النوع أو الوزن أو غير ذلك.

فربما الفضل المتصور في بيع النقد بجنسه مع التفاضل لم يعد متصوراً في مبادلة العملات في الأسواق المالية^(١).

٢ - التقابض:

وهذا الشرط في الحقيقة يتضمن شرطين:

الأول: الحلول، بأن يكون العوضان حالين.

والثاني: القبض الحقيقي قبل التفرق.

ودليل ذلك، حديث عبادة رضي الله عنه السابق، فقوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد» يعني القبض الحقيقي في مجلس العقد^(٢).

وعلى ذلك فيشترط في تبادل العملات مطلقاً سواء بيعت بجنسها أم بغير جنسها التقابض قبل التفرق.

ولا خلاف بين الفقهاء أن الحلول والتقابض في مجلس العقد قبل التفرق شرط صحة عقد الصرف، وأن القبض في الصرف هو القبض الحقيقي باليد، فلا يكفي القبض الحكمي بالتخلية، استدلالاً بقوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد»^(٣)، ولم يحك خلاف في ذلك إلا ما ذكره

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص ٣٤٤.

(٢) فتح الباري ٤/٣٧٨.

(٣) تبين الحقائق ٤/١٣٥، فتح القدير ٦/٢٦٠، التمهيد ٦/٨٩، الدسوقي ٣/٢٩، نهاية المحتاج ٣/٤٢٥، المجموع شرح المذهب ٩/٤٠٤، التنقيح المشيع ص ١٨٤، الكافي ٣/٩٦.

بعض فقهاء المالكية من جواز التأخير اليسير مع تفرق الأبدان، ولكن الراجح عند المالكية اشتراط القبض في المجلس قبل تفرق الأبدان^(١). قال ابن المنذر: «أجمعوا أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد»^(٢).

والإخلال بهذا الشرط يؤدي إلى الوقوع في ربا النسيئة، وهو الربا الذي رتعت فيه النظم المصرفية الحديثة، فلم يعد الأمر قاصراً على عدم التقابض فحسب، بل أصبحت معظم عمليات تبادل النقود تتم بالسوق الآجلة، والتي تعتبر في نظر الاقتصاديين من أخطر الأسواق المالية في العالم نظراً للتقلبات الحادة والمفاجئة في أسعار العملات^(٣)، مما تسبب في إفلاس وتصفية بنوك ومؤسسات مالية ضخمة، وهو ما يؤكد لنا حكمة التشريع الإلهي في المنع من ربا النسيئة.

فالبنوك مهما جندت نفسها بكل مبتكرات العصر من أجهزة وآلات اتصال وقدرات بشرية ليست بمنأى عن المغامرة والمخاطرة بأموالها، بل إن التعامل في سوق العملات الآجلة يعتبر ميداناً خاصاً بالمصارف العالمية الكبرى المتمرسه ومع ذلك تقع الخسائر يومياً بالمليارات، وهذا ما يجعلنا نسلم بأن العقل وحده لا يصلح أن يقود سفينة الحياة إلى شاطئ الأمان، ما لم يكن مسترشداً بنور الهدى الإلهي في شرعه الخالد العظيم^(٤).

٣ - الخلو من خيار الشرط:

اتفق الفقهاء على أن اشتراط الخيار في الصرف فاسد^(٥). واختلفوا هل يفسد العقد بذلك أم لا؟.

(١) مواهب الجليل ٣٠٢/٤، شرح الخرشي ٣٧/٥.

(٢) الإجماع ص ٩٢.

(٣) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة. ص ٣.

(٤) انظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص ٣٤٤.

(٥) بدائع الصنائع ١٦٦/٧، المقدمات الممهدة ١٧/٢.

فيرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية أن الصرف لا يصح مع خيار الشرط لأن القبض في هذا العقد شرط صحة، أو شرط بقاءه على الصحة، والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم، فيمنع صحة القبض^(١).

وقال الحنابلة: لا يبطل الصرف بتخاير، أي باشتراط الخيار فيه، كسائر الشروط الفاسدة في البيع، فيصح العقد، ويلزم بالتفرق، ويكون الشرط فاسداً^(٢).

(١) المبسوط ٢٣/١٤، العناية ٢٥٨/٦، التاج والإكليل ١٣٩/٦، مواهب الجليل ٤/٣٠٩، المجموع شرح المذهب ١٩٢/٩، مغني المحتاج ٤١٦/٢.
(٢) المحرر في الفقه ٢٧٢/١، شرح المنتهى ٢٠١/٢.

المطلب الثاني

الجانب التطبيقي لتداول العملات

وموقف الفقه الإسلامي منه

يتم تداول العملات في ما يعرف بسوق العملات الأجنبية، وهي سوق تنفذ من خلالها عمليات بيع وشراء العملات الأجنبية، ولا يوجد مكان محدد لها، بل تتم هذه العمليات بين البنوك بواسطة أجهزة تداول إلكترونية متطورة ومرتبطة بالأقمار الصناعية، تم إنشاؤها من قبل شركات الخدمات المالية، مثل رويتر وتلريت.

وقد تأسست هذه الأسواق في البداية لتنفيذ عمليات المستوردين والمصدرين، فكان المستورد يحتاج لشراء عملات أجنبية لتسديد قيمة بضاعته بعملة المصدر، وكذلك المصدر قد يحتاج لبيع بضاعته بعملة المستورد، وكان حجم هذا السوق ضئيلاً حتى بداية نظام أسعار العملات العائمة عام ١٩٧٣م، الذي بدأ فيه حجم السوق يزداد بشكل مذهل نظراً لرفع القيود على تحركات رؤوس الأموال^(١).

ويتم تداول العملات في الأسواق المالية بنفس الأساليب الخمسة الماضية في الأسهم، أي أن المتاجرة بها قد تكون على أساس السعر الحاضر، أو على أساس السعر الآجل^(٢)، وهذا بيان حكم كل منهما:

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٩.

(٢) إدارة الاستثمارات ص ٧٤، الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ٢٠٣.

الفرع الأول: المتاجرة بالعملات الأجنبية بالأسعار الحاضرة:

وفيها يتم تداول العملات بأسلوبين^(١):

أ - شراء وبيع العملات بأسلوب الهامش:

وتعني هذه العمليات أن يسمح البنك لبعض عملائه بشراء أو بيع العملات وتسجيل قيمتها في حسابات تفتح لهذا الغرض، وتسمى حسابات عملاء الهامش، والمقصود بالهامش التأمين النقدي الذي يدفعه العميل للبنك ضماناً لتسديد الخسائر التي قد تنتج عن تعامل العميل مع البنك.

وفي الغالب فإن الحد الأدنى للتأمين النقدي لا يقل عن ٣٠٪ من مجموع مراكز العميل المدنية^(٢).

والبيع أو الشراء بهذا الأسلوب محرم لما تقدم من أنه يتضمن القرض بفائدة، فإن البنك أو السمسار الذي يتولى عملية البيع أو الشراء لصالح العميل يأخذ فائدة مقابل الحساب المكشوف للعميل.

ب - المتاجرة بالعملات بالتسديد الكامل في الأسواق الحاضرة:

وهو البيع العادي للعملات، بحيث يسدد المشتري كامل الثمن، ويسلم البائع كامل العملة المشتراة، بالقيمة السائدة وقت إجراء الصفقة.

وتشكل السوق الحاضرة للعملات الأجنبية ما يزيد عن ٤٠٪ من حجم العمليات الإجمالية في سوق العملات.

وتتم هذه العمليات من قبل غرفة التداول الموجودة في كل بنك، والمزودة بأحدث الوسائل لإجراء الاتصالات بالأطراف الأخرى، وغالباً ما يكون الطرف الآخر أحد صانعي السوق (وهو اصطلاح يراد به المصارف

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٢٠، ٣٤.

(٢) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٢٤.

الكبرى التي في حوزتها كميات كبيرة من العملات الرئيسية) والذي يعرض أسعار الشراء والبيع بشكل دائم خلال ساعات العمل^(١).

وتسعر العملات بطريقتين:

الأولى: بالنسبة إلى الدولار:

وهذه هي الطريقة المتبعة في شاشات العرض، فتسعر كل عملة بعدد الوحدات منها التي تساوي دولارًا واحدًا، ما عدا الإسترليني، الذي يقيم الدولار بعدد الوحدات منه.

مثال ذلك:

كان سعر الجنيه الإسترليني، والمارك، كما عرضته شاشة رويترز في إحدى اللحظات ما يلي:

ASK	BID	
١,٤٤١٨	١,٤٤١٣	: المارك (DEM)
١,٥٨١٠	١,٥٨٠٠	: الإسترليني (GBP)

وهذا يعني أن سعر بيع (١) دولار = ١,٤٤١٨ مارك.

وأن سعر شراء (١) دولار = ١,٤٤١٣ مارك.

والفرق بينهما (٠,٠٠٠٥) هو هامش الربح، ويتضح منه أن سعر شراء الدولار هو سعر بيع المارك، وسعر بيع الدولار هو نفسه سعر شراء الماركات، والوضع بالنسبة للدولار طبيعي لأن سعر شرائه أقل من سعر بيعه، لكن ما قد لا يفهمه البعض أن يكون سعر بيع المارك أقل من سعر شرائه، ذلك أن تسعير العملات بالنسبة للدولار يكون بالمفهوم العكسي، فعندما يساوي الدولار ماركات أكثر فهذا يعني أن المارك رخيص وهو سعر الشراء، وعندما يساوي الدولار ماركات أقل فهذا يعني أن المارك غالي وهو سعر البيع.

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٢٠.

أما بالنسبة للإسترليني، فإن ما يستفاد من عرض الشاشة السابق عكس ذلك وهو أن:

سعر شراء الإسترليني = ١,٥٨٠٠ دولار.

سعر بيع الإسترليني = ١,٥٨١١ دولار.

والطريقة الثانية للتسعير:

وهي أقل تطبيقًا من الأولى: تسعر الوحدات فيما بينها مباشرة دون توسط الدولار وتسمى هذه الأسعار بأسعار التقاطع^(١).

هذا بالنسبة للعملات الرئيسية، أما العملات المحلية فإنه يحدد سعر صرفها في كثير من الدول خاصة النامية منها على أساس ما يعرف بـ «سلة العملات»، وتحدد هذه السلة من قبل البنك المركزي من مجموعة من العملات الأجنبية وبأوزان نسبية مختلفة يتم تغييرها من وقت لآخر^(٢).

والنظر الشرعي لتداول العملات يقتضي تقويم هذا التداول من ناحيتين:

١ - من حيث تحديد الأسعار.

٢ - ومن حيث التقابض.

أولاً: الحكم الشرعي لتحديد الأسعار في أسواق العملات الحاضرة:

تقدم معنا أن ثمة عدة طرق لتحديد أسعار العملات، وليس هناك ما يمنع شرعاً من اتباع أي طريقة لأن جنسي العملتين مختلفان، فبأي سعر وقع الشراء فهو جائز، لكن ما ينبغي التنبه له هو أنه في بعض المعاملات، والتي تستلزم ألا يربح البنك في صرف العملات للعميل - كما لو كانت

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٤٠.

(٢) إدارة الاستثمارات ص ٧٥.

المصارفة في الذمة - فإنه يجب على البنك أن يستخدم السعر الأدنى في عملية المصارفة من سعري الشراء والبيع.

فمثلاً لو كان العميل من حاملي بطاقة الفيزا، واستخدمها في معاملة تجارية بالمارك فإذا أراد البنك تحويل فاتورة الشراء التي بالمارك إلى العملة المحلية أو إلى الدولار، فيجب أن يكون الصرف على أساس السعر الأدنى بالنسبة للمارك وهو يساوي: ١,٤٤١٨ من الدولار، في المثال السابق، وذلك لثلا يربح فيما لم يضمن، ولقوله عليه الصلاة والسلام لابن عمر - لما سأله عن المصارفة بين الدينين -: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها»^(١)، فيكون الصرف بالسعر الأدنى أو أقل ولا يربح فيه.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «إذا اعتاض عن ثمن المبيع والقرض، فإنما يعتاض عنه بسعره كما في السنن عن ابن عمر رضي الله عنهما وذكر - الحديث السابق - فيجوز الاعتياض بالسعر لثلا يربح فيما لا يضمن»^(٢).

وقوله عليه الصلاة والسلام: «بسر يومها»: المقصود به سعر يوم الأداء لا يوم الاقتراض أو البيع^(٣).

والواقع أن هذه القضية ليست بتلك الدرجة من الوضوح عند كثير من المصارف الإسلامية، فنجد أنها في عملية صرف العملات للديون الثابتة في ذمم عملائها - سواء أكانوا مصدرين أو مستوردين أو حاملي البطاقات الائتمانية - ترتكب خطأين:

الأول: أنها تصرف العملات بالسعر الأعلى لها، وفي بعض الأحيان تضيف على المبلغ الذي يتم تحويله نسبة معينة ١٪ مثلاً^(٤).

(١) الحديث سبق تخريجه. انظر فهرس الأحاديث.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٩/٢٩.

(٣) انظر: معالم السنن ٦٥٠/٣، فتاوى ابن عثيمين ٦٩٦/٢.

(٤) انظر على سبيل المثال: اتفاقية بطاقة فيزا الصادرة من بيت التمويل الكويتي.

الثاني: أن سعر الصرف لا يحدد في يوم الأداء، بل يحدد في يوم الاقتراض أو بعده بيسير، وفي بعض الأحيان تتحين اليوم الذي يكون فيه الصرف مناسباً لها، مع أن مفهوم حديث ابن عمر السابق أن يكون الصرف ملازماً للقبض، والقبض لا يكون إلا في يوم الأداء، فإذا تصارفا من غير قبض فقد وقعا في ربا النسيئة.

ثانياً: الحكم الشرعي للتقايض في أسواق العملات الحاضرة:

إن المتتبع لسير العمليات التبادلية في أسواق العملات، يجد أن المتبايعين سواء أكانا بنكين أم بنكاً وشخصاً لا يتم بينهما قبض فعلي للنقود محل العقد في نفس اليوم الذي يجري فيه التعاقد بل يقتصر الأمر وقت التعاقد على تقييد الحقوق حسابياً لدى كل منهما، أما التسليم والاستلام للنقود فإنه يتأخر لمدة لا تقل عن يومين بعد تنفيذ العملية^(١).

فهل هذا الإجراء يتماشى مع أحكام الصرف في الشريعة الإسلامية؟. الإجابة على هذا السؤال تنبني على «حقيقة القيد المصرفي»^(٢)، وهل يعد قبضاً في الصرف أم لا؟.

فمن المعلوم أنه لا يتم بهذا القيد نقل حسي للنقود، ولكن يترتب عليه نقل ملكية المبلغ المقيد حكماً إلى الطرف المستفيد^(٣).

وتستقر ملكية المستفيد لهذه المبالغ المقيدة من تاريخ قيدها في حسابه^(٤).

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ١٧.

(٢) يعرف القيد المصرفي بأنه: «عملية آلية تتم بتدخل مصرف أو أكثر، فيتحقق عن طريق التسجيل لديه نقل النقود أو القيم المالية، وذلك بتفريغها من حساب مودع إلى حساب آخر قد يكون للأمر ذاته أو لمستفيد آخر دائن له». النقل المصرفي ص ٤٢، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ص ٢٣٨.

(٣) العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٢٨٤.

(٤) النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ص ١٤١، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ص ٢٣٨، النقل المصرفي ص ١٨٥.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في كون القيد المصرفي يعد قبضاً
كافياً في صرف العملات على قولين:

القول الأول: يرى معظم الباحثين أن القيد المصرفي يقوم مقام
القبض الحقيقي للنقود^(١).

وبهذا أخذ أكثرية أعضاء مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم
الإسلامي^(٢)، ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٣)،
واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء^(٤)، وندوة البركة الثانية عشر^(٥).
والمؤتمر الأول للمصرف الإسلامي بدبي^(٦).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما في جواز اقتضاء الدراهم من الدنانير التي
في الذمة^(٧).

ووجه الدلالة منه على جواز القيد المصرفي: «أن المصارفة التي كان
يجريها رضي الله عنه على ما في الذمة ليس فيها تقابض فعلي بأن يبرز كل طرف
ما يريد مصارفته.. ومن ذلك يؤخذ أن غاية القبض هي إثبات اليد، فإذا
كان ذلك حاصلًا فلا ينظر للشكل في المبادلة ولذا كان الصرف في الذمة
جائزًا سواء كان أحدهما دينًا والآخر نقدًا، أو كان المبلغان عبارة عن

(١) منهم: د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية ص ٣٥٠، د. علي السالوس، النقود
واستبدال العملات ص ١٧٠، د. نزيه حماد، ود. سعود البثيني د. علي محيي الدين
القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس المجلد الأول ص ٧٣٤،
٦٥٩، ٥٨٩.

(٢) القرار السابع في دورة المجمع الحادية عشرة.

(٣) القرار رقم ٦/٤/٥٥ في دورة المجمع السادسة.

(٤) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١٣/٥٠٣.

(٥) فتاوى ندوات البركة ص ٢٠٨.

(٦) قرارات وتوصيات المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي بدبي ص ١٦.

(٧) الحديث سبق تخريجه ص ٧٣٦.

دينين في ذمة كل من المتصارفين»^(١).

والقيد المصرفي تثبت به اليد اتفاقاً، فيعد كافياً في القبض.

وقد يناقش هذا الاستدلال:

بأن العوض الذي كان ابن عمر رضي الله عنهما يضطره مستقر في ذمة الطرف الآخر قبل إجراء المصارفة، بخلاف المصارفة بالقييد المصرفي فإن البنكين المتصارفين ليس في ذمة أحدهما للآخر دين سابق، فإن الدينين ينشآن بعقد الصرف ذاته.

٢ - وبأن المرجع في تحديد القبض إلى العرف - كما نص على ذلك أهل العلم -، والعرف في العصر الحاضر يقضي بأن القيد المصرفي في قوة القبض الحقيقي^(٢).

ويناقش: بأن الرجوع إلى العرف إنما هو فيما لم يرد به نص، والقبض في الصرف بينه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: «يداً بيد» وقوله: «هاء وهاء» وما ثبت بالنص لا يتغير بالعرف.

٣ - بأن قبول كل طرف للمبادلة، وإقراره للإجراءات القيدية يعتبر توكيلاً منه للطرف الآخر بالقبض، وقبض الوكيل يقوم مقام قبض الموكل^(٣).

ويناقش: بأن هذا من الحيل على ترك التقابض، ولو صح هذا التخريج لما بقي لشرط التقابض وجود أصلاً، إذ غاية ما هنالك أن يوكل كل من المتصارفين الآخر في القبض، وهذا بعيد عن فقه الشريعة.

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، بتصرف، ص ٣٤٧. موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ص ٣٢٤.

(٢) «القبض، صورته وبخاصة المستجدة منها وأحكامها» بحث د. القره داغي، مجلة المجمع ٥٨٩/١/٦.

(٣) الأعمال المصرفية والإسلام ص ٢٧٣.

٤ - وبأن المراد بالقبض التعيين - كما نص على ذلك فقهاء الحنفية - وهو حاصل بالقبض المصرفي^(١).

ويناقش: بأن الفقهاء متفقون على أن القبض في الصرف لا يكفي فيه التعيين، بل لا بد من القبض، وفقهاء الحنفية الذين فسروا القبض بالتعيين استثنوا من ذلك الصرف، فشرطوا له القبض.

قال في فتح القدير: «ولا بد من قبض العوضين - أي في الصرف - قبل الافتراق بإجماع الفقهاء، وفي فوائد القدوري: المراد بالقبض هنا: القبض بالبراجم - أي الأصابع - لا بالتخلية، يريد: اليد»^(٢).

القول الثاني: يرى بعض الباحثين المعاصرين أن القيد المصرفي لا يقوم مقام القبض الحقيقي في الصرف^(٣).

وبالتالي فلا يصح الاكتفاء به في إجراء المبادلات النقدية.

ويمكن أن يستدل لهذا القول:

١ - بالأحاديث المتقدمة في وجوب التقابض الحقيقي باليد في عقد الصرف، والتقييد المصرفي لا يتحقق فيه التقابض الحقيقي فلا اعتبار به.

نوقش: بأن قوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيداً» و«هاء وهاء» ليس المراد شكله بالأخذ والإعطاء بل المراد إثبات اليد بدليل حديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم^(٤).

٢ - وبأن القيد المصرفي لا يمكن أن يكون في قوة القبض الحقيقي

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص ٣٤٦.

(٢) فتح القدير ٦/ ٢٦٠.

(٣) لا أعلم أحداً بعينه أفتى بذلك، لكن صدور قرار مجمع الفقه التابع للرابطة بالأغلبية - كما أفاده د. بكر أبو زيد في مجلة مجمع الفقه ٦/ ١/ ٧٤٩ - يفيد أن بعض الأعضاء يرى القول الثاني.

(٤) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص ٣٤٧.

فإن البنك المقيد به المبلغ في غير مأمّن من الإفلاس أو التعرض لأي آفة تحول بينه وبين السداد الفعلي.

ويناقش:

- ١ - بأن هذه الاحتمالات نادرة فلا تعود على الأصل بالإبطال.
- ٢ - وبأن لهذه الاحتمالات نظائر في النقود الورقية، فإنها عرضة للتزييف، ومن الممكن أن يعلن عن إبطال التعامل بها بين لحظة وأخرى، ومع ذلك لم يقل أحد من أهل العلم: إن القبض بها لا يعتبر كافيًا.

الترجيح:

من خلال استعراض أدلة الفريقين، فإن الذي يترجح للباحث هو أن القيد المصرفي قبض حكمي يقوم مقام القبض الحقيقي في عقد الصرف، ولا يتعارض ذلك مع نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الذهب بالفضة إلا يدًا بيد، لثلاثة أمور:

الأمر الأول: ثبوت القبض الحكمي في الصرف في صورٍ متعددة، جاءت بها السنة، أو ألحقها الفقهاء بالقبض الحقيقي، مما يعني أن قوله عليه الصلاة والسلام: «يدًا بيد» ليس المراد به ظاهره على الإطلاق، فمن ذلك:

١ - جواز اقتضاء الدنانير التي في الذمة بدراهم حاضرة، كما كان يفعل ابن عمر رضي الله عنهما، وأفتاه النبي صلى الله عليه وسلم بالجواز.

٢ - تطارح الدينين صرفًا، فقد ذهب الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم^(١) إلى أنه لو كان لرجل في ذمة آخر دنانير، وللآخر عليه دراهم، فاصطرفا بما في ذمتهما فإنه يصح ذلك الصرف، ويسقط

(١) البناية ٥١٩/٧، تبين الحقائق ١٤٠/٤، فتح القدير ٢٧٢/٦، التمهيد ٨/١٦، الاستذكار ٢٠٠/١٩، منح الجليل ٥٣/٣، مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٧٢/٢٩، إعلام الموقعين ٣٨٩/١.

الدينان من غير حاجة إلى القبض الحقيقي، وذلك لوجود التقابض الحكمي الذي يقوم مقام التقابض الحسي، وقد عللوا ذلك بأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة.

غير أن المالكية اشترطوا أن يكون الدينان حاليين، فأقاموا حلول الأجلين مقام الناجز بالناجز أي اليد باليد.

٣ - المقاصة بين الدينين، فقد ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية في القول الراجح عندهم والحنابلة^(١)، إلى أنه إذا انشغلت ذمة الدائن بمثل ماله على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء، فإن الدينين يتساقتان إذا كانا متساويين في المقدار، ويسقط من الأكثر بمقدار الأقل إذا تفاوتتا في القدر، لأن ما في الذمة يعتبر مقبوضاً حكماً.

٤ - اعتبار قبض الوكيل قائماً مقام قبض العاقد في الصرف، فقد ذهب عامة فقهاء المذاهب الأربعة^(٢) إلى أن قبض الوكيل يقوم مقام قبض العاقد في الصرف، إذا قبض الوكيل قبل تفرق العاقدين من مجلس العقد، ولم يخالف في ذلك سوى بعض فقهاء المالكية^(٣).

الأمر الثاني: أن المقصود من القبض الحسي: إثبات يد العاقد على المال، وتمكنه من التصرف فيه تصرفاً مطلقاً، وانتهاء صلته بالطرف الآخر، بحيث لا يبقى في ذمة أي منهما للآخر شيء، وجميع هذه الأمور متحققة في القيد المصرفي، فإن الطرف المقيد له ثبت يده على المال ويتمكن من التصرف فيه بمجرد قيد المبلغ لحسابه ولا يتوقف ذلك على التسديد الفعلي كما أن علاقة كل منهما بالآخر تنتهي بإجراء القيود

(١) الكفاية ٢٧٢/٦، الخرشبي ٢٣٣/٥، روضة الطالبين ٥١٩/٨، شرح المنتهى ٢٢٤/٢.

(٢) البحر الرائق ٢٠٩/٦، التاج والإكليل ١٣٥/٦، نهاية المحتاج ٤٢٥/٣، المغني ٦/١١٣.

(٣) حاشية الدسوقي ٣٠/٣.

المحاسبية، ومما يؤكد ذلك أن عامة الناس يفضلون التقييد المصرفي لحقوقهم على التسليم الفعلي لما ينطوي عليه التسليم الفعلي من مخاطر، فالقيد المصرفي قد يكون أكد في ترتب الأثر الحكمي للعقد من القبض الفعلي.

الأمر الثالث: أن الصفقات إذا كانت تتم بمبالغ ضخمة فإن من المستحيل في مثل هذه الحالات التسليم الفعلي، لاسيما إذا كان أحد الأطراف شخصاً لا بنكاً، فإما أن يقال بتحريم هذه المعاملات مطلقاً، وهذا أمر تأباه الشريعة، لأن مصالح الناس لا تقوم إلا بهذه المعاملات، فلو ألزم الصاغة مثلاً بدفع قيمة مشترياتهم من الذهب نقداً لما رضي بهذه المهنة أحد، ومثل ذلك لو ألزمت المصارف بإجراء المقاصات بينها نقداً، فمقاصد الشريعة تقتضي التيسير على الناس فيما لهم فيه مصلحة، ولا يتعارض مع نصوص الشريعة.

إذا تقرر ذلك، فإنه يجب تقييد جواز الاكتفاء بالقييد المصرفي في تبادل العملات بالشروط الآتية:

الأول: أن يكون في حوزة البنك من العملات بقدر المبلغ المقيّد للطرف الآخر، وذلك لئلا يكون من بيع ما لا يملك.

الثاني: أن يتم التقييد قبل مفارقة أحد طرفي العقد الآخر:

- فإذا كان العاقدان شخصين، كما لو اشترى شخص ذهباً ببطاقة الخصم الفوري، فيجب إنهاء إجراءات السحب قبل المفارقة، ولا يغتفر في ذلك أي مدة بعد تفرق طرفي العقد.
- وإذا كان العاقدان شخصاً وبنكاً فيجب أن يتم التقييد في حساب المستفيد قبل مفارقة البنك.
- وإذا كان العاقدان بنكين فيجب إتمام التقييد عبر وسائل الاتصال الفورية تلقائياً، وعلى ذلك فإجراء المصارفة من خلال وسائل الاتصال

التي يتأخر فيها الرد من الطرف الآخر، لا يجوز، لأن التقييد لم يكن فورياً.

الثالث: ألا يكون التسليم الفعلي للنقود مؤجلاً بأجل مقصود، ومعنى «الأجل المقصود» أي لا يكون لضرورة إنهاء متطلبات التسوية، فإذا كان من الممكن إنهاء التسوية خلال يومين لكن العاقدين أجلاها إلى شهر مثلاً فإن هذا لا يجوز، أما إذا كان التأخير لإنهاء متطلبات التسوية فلا يضر ولو طالت المدة، لأن القبض قد تحقق بالقيود لا بتسليم النقود فيما بعد، وإلى هذا أشار قرار مجمع الفقه الإسلامي، فقد جاء فيه مانصه: «ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسليم الفعلي للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل»^(١).

الفرع الثاني: المتاجرة بالعملات الأجنبية بالأسعار الآجلة:

تخضع عمليات بيع وشراء العملات الأجنبية للأسعار الآجلة إذا تم الاتفاق على تسديد الأموال بعد أكثر من يومي عمل.

ويتم تحديد سعر التبادل، وتاريخ التسليم، وقيمة العملات المتبادلة في وقت إجراء العقد، ولا تزيد عادة مدة العقد عن سنة، ومعظم العمليات تتم خلال شهر، أو ثلاثة أشهر، أو ستة أشهر.

ولا يستطيع المتعامل إلغاء الاتفاق الآجل، ولكن يستطيع إغلاق المركز المفتوح بهذا السوق بواسطة تنفيذ عمليات معاكسة^(٢).

وقد جرت العادة على وجود هامش بين سعر الصرف الحاضر، وسعر الصرف الآجل، وهذا الهامش يحتسب بموجب معادلات رياضية وليس مبنياً على التوقعات، وأهم العوامل المؤثرة فيه^(٣):

(١) مجلة المجمع ٦/١/٧٧٢.

(٢) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٤٦.

(٣) إدارة الاستثمارات ص ٧٤.

- ١ - التوقعات المستقبلية لاتجاه الأسعار.
 - ٢ - طول الفترة الزمنية بين تاريخ العقد وتاريخ التسوية.
 - ٣ - وهو أهم هذه العوامل: أسعار الفائدة، فلو فرضنا أن أحد المتعاملين قد اشترى مليون دولار مقابل بيع آجلاً لمدة (٦) أشهر، وأن سعر الفائدة على الدولار ٥,٥٪ وعلى الين ٥,٥٪، فإن هذا المتعامل - في نظر الماليين - لن يستلم المليون دولار التي اشتراها إلا بعد ستة أشهر، ولهذا فهو سيخسر فرصة استثمار هذا المبلغ لنفس مدة الأجل بسعر ٥,٥٪، بينما هو احتفظ بقيمة الين التي باعها ولم يسلمها واستثمرها بنسبة ٥,٥٪.
- لهذا فإن هذا المتعامل سوف يدفع سعراً آجلاً للدولار أقل من السعر الحاضر للدولار لكي يعوضه عن خسارة عدم استثمار المبلغ بسعر الفائدة الأعلى، ومن الطبيعي بأن تعادل قيمة الفرق بين السعر الحاضر، والسعر الآجل قيمة الفرق بين فائدة الدولار وفائدة الين.
- وبناءً على ذلك، فإن ارتفاع أو انخفاض سعر العملة الآجل يتناسب عكسياً مع سعر فائدة العملة، وكلما زاد الفرق بين أسعار فائدة العملتين، وزادت مدة العقد الآجل كلما زاد الفرق بين سعر العملة الحاضر والآجل، لهذا فإن سعر العملة الآجل التي تحمل فائدة أكثر يكون أقل من السعر الحاضر، لأن زيادة سعر الفائدة يعوض هذا الانخفاض في السعر، والعكس صحيح.
- وتسمى زيادة السعر الآجل عن الحاضر علاوة، ونقصان السعر الآجل عن الحاضر يسمى خصماً^(١).
- ويتم تبادل العملات في الأسواق المالية الآجلة بنفس الأسلوبين

(١) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٤٧، إدارة الاستثمارات ص ٧٥.

الماضيين في بيع الأسهم، فالبيع إما أن يكون باتاً (العقود المستقبلية)، أو خيارياً (عقود الخيارات)^(١).

الحكم الشرعي لتبادل العملات في الأسواق الآجلة:

مما لا ريب فيه أن المتاجرة بالعملات في الأسواق الآجلة محرم، سواء كان البيع باتاً أم خيارياً، وذلك لما يلي:

- ١ - أن المتبايعين - في جميع أنواع البيوع الآجلة - لا يقبضان العوضين، ومن شروط الصرف المجمع عليها التقابض قبل التفرق.
 - ٢ - أن هذه الأسعار مرتبطة بشكل مباشر بالفائدة، حيث تدخل هذه الفائدة كفرق سعر بين السعر الحاضر والآجل.
 - ٣ - في العمليات الباتة، يتضمن العقد تأجيلاً للتسوية، فافتقد الصرف لشرط آخر من شروطه وهو «الحلول»، فضلاً عن أن ذلك يجعل العقد من بيع الكالئ بالكالئ، وهو محرم بالإجماع.
 - ٤ - في العقود الخيارية ذات الأجل المحدد للتنفيذ (العقود الخيارية بالنظام الأوروبي) يتضمن العقد نفس المحاذير في الفقرة السابقة.
 - ٥ - أما العقود الخيارية ذات المهلة المحددة للتنفيذ (العقود الخيارية بالنظام الأمريكي) فإنها وإن لم تكن مؤجلة لأن مشتري الخيار يستطيع تنفيذها مباشرة بعد العقد، إلا أنها تتضمن محذورين:
- الأول: عدم التقابض.

والثاني: اشتراط الخيار، ومن شروط الصرف - كما تقدم - الخلو من خيار الشرط.

(١) الأسواق الحاضرة والمستقبلية ص ٢٠٣.

الفصل الثاني

أساليب استثمار الخدمات الاستثمارية في العقود التمويلية

وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: الاستثمار في عقود المراجعة.
- المبحث الثاني: الاستثمار في عقود الاستصناع.
- المبحث الثالث: الاستثمار في عقود المشاركة.

المبحث الأول

الإستثمار في عقود المراجعة

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

التعريف بعقد المراجعة

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المراجعة في اللغة:

المراجعة في اللغة: مفاعلة من الريح، وهو: النماء في التجر.

يقال: نقد السلعة مراجعة على كل عشرة دراهم درهم.

والمفاعلة هنا ليست على بابها لأن الذي يربح إنما هو البائع، فهذا من المفاعلة التي استعملت في الواحد، كسافر، وعافاه الله^(١).

الفرع الثاني: المراجعة في الاصطلاح الفقهي:

يعرف الفقهاء المراجعة بأنها: «بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم»^(٢).

(١) لسان العرب ٢/٤٤٢، المصباح المنير ص٨٢، كشاف اصطلاحات الفنون ١/٥٣٨، التعريفات الفقهية ص٤٧٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٧٣، الخرشبي ٥/١٧١، روضة الطالبين ٣/٥٢٨، الكافي لابن قدامة ٣/١٣٥.

والمراجعة أحد أنواع بيوع الأمانة، وذلك أن البيع ينعقد شرعاً بالنظر إلى طريقة تحديد ثمنه بأسلوبين:

الأول: بيع المساومة: وهو بيع السلعة بثمن متفق عليه دون النظر إلى ثمنها الأول الذي اشتراها به البائع.

والثاني: بيع الأمانة: وهو البيع الذي يأتى فيه المشتري البائع، ومن ثم يطلب منه إعلامه بتكلفة المبيع عليه، حتى يبني المشتري الثمن الذي يعرضه البائع وفقاً لتلكم التكلفة، وعليه:

إذا اشترى المبيع بأقل من تكلفته سمي البيع وضيعة أو حطيطة، وإن اشتراه بذات التكلفة سمي تولية، وإن اشتراه بأزيد من التكلفة سمي مراجعة.

وهذه الصورة من بيع المراجعة حكي فيها خلاف يسير^(١)، إلا أن عامة أهل العلم على جوازها، بل حكى الكاساني وابن قدامة وغيرهما الإجماع على ذلك^(٢)، ولم يزل المسلمون يتعاملون بها في مختلف الأعصار والأمصار من غير تكبير، فصح الاتفاق حكماً على الجواز، وطردها للقاعدة الشرعية: أن الأصل في المعاملات الجواز حتى يقوم دليل على المنع^(٣).

وبيع المكايسة (المساومة) أحب إلى أهل العلم من بيع المراجعة، لأن البائع في المراجعة مؤتمن، وقد لا يتيسر له دائماً ضبط المصروفات التي بذلت في الحصول على السلعة، في حين أن بيع المساومة يخلو من هذا الالتزام ولهذا قال في حاشية الدسوقي تعليقاً على قول خليل: «جاز

(١) المغني ٢٦٦/٦، المحلى ١٤/٩، مغني المحتاج ٤٧٦/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٣/٧، المغني ٢٦٦/٦، الإفصاح ٣٥٠/١، بداية المجتهد ٢٥٦/٢، الاختيار ٢٧٣/٢.

(٣) فتح القدير ١٢٢/٦، مواهب الجليل ٤٨٩/٤، حواشي الشرواني ٤٢٨/٤.

مراجعة والأحب خلافه» قال: «وأما هو فغير محبوب لكثرة احتياج البائع فيه إلى البيان»^(١).

وفي المقدمات الممهديات: «البيع على المكايسة أحب إلى أهل العلم وأحسن عندهم»^(٢).

الفرع الثالث: المراجعة في المصارف:

تتم عمليات المراجعة في الأوساط المصرفية بطريقتين.

الطريقة الأولى: المراجعة البسيطة كالتي سبق شرحها عند الفقهاء.

وهذه الطريقة نادرة التطبيق لأنها تفترض أن البنك في حوزته السلعة أو العقار محل البيع قبل طلب العميل لها وهذا أمر نادر.

الطريقة الثانية: وهي المعروفة بـ «المراجعة للأمر بالشراء»^(٣) أو «المراجعة المركبة»^(٤) ويسمى البعض: «المراجعة للواعد بالشراء»^(٥)، وهذه التسمية الأخيرة أدل الأسماء على حقيقتها.

وصورتها: «أن يتفق البنك والعميل على أن يقوم البنك بشراء سلعة ليست عنده، على أن يقوم العميل بشرائها من البنك بعد ذلك، بسعر عاجل أو آجل، تحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً»^(٦).

(١) حاشية الدسوقي ١٥٩/٣.

(٢) المقدمات الممهديات ١٣٩/٢.

(٣) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص ٤٧٦.

(٤) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٥١٤.

(٥) «بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية» بحث د. رفيق المصري، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ١١٣٧/٢/٥، الدليل الشرعي للمراجعة ص ١٠، والذي يظهر أن عدول هؤلاء عن كلمة «أمر» خشية أن تفيد إلزام العميل بالشراء، وهذا غير وارد فإن الأئمة: الشافعي ومحمد بن الحسن وابن القيم استخدموا هذه الكلمة في نصوصهم الآتية ولم يريدوا الإلزام.

(٦) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٥١٤.

فالمراجعة المصرفية تتكون من مرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة الوعد.

والمرحلة الثانية: مرحلة البيع.

وهذه المعاملة ليست مستحدثة، وإنما المستحدث هو التسمية فقط، أما حقيقة المعاملة فهي معروفة في الفقه الإسلامي:

ففي الأم للشافعي رحمته الله قال: «وإذا أرى الرجل الرجل السلعة، فقال: اشتراها، وأربحك فيها كذا، فاشترها الرجل، فالشراء جائز، والذي قال: أربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه. . . وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: ابتعه وأشتره منك بنقد أو دين، يجوز البيع الأول، ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن حداده جاز، وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما: أنهما تبايعا قبل أن يملكه البائع، والثاني: أنه على مخاطرة أنك إن اشترته على كذا، أربحك فيه كذا»^(١).

وقال محمد بن الحسن في كتاب الحيل: «قلت: رأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الأمر بألف درهم ومائة درهم، فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للامر، فلا يأخذها، فتبقى في يد المأمور، كيف الحيلة في ذلك؟»

قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ويقبضها، ويجيء الأمر ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم، فيقول المأمور: وهي لك بذلك، فيكون ذلك للامر لازماً، ويكون استيجاباً من المأمور للمشتري وإن لم يرغب الأمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيدفع عنه الضرر بذلك»^(٢).

(١) الأم ٣/٣٩.

(٢) المخارج من الحيل ص ١٢٧، المبسوط ٣٠/٢٣٧.

وقال ابن القيم: «رجل قال لغيره: اشتر هذه الدار، أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا، فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريدتها ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار»^(١).

وللمالكية تفصيل مطول في هذه المبيعة ستأتي الإشارة إليه في موضعه إن شاء الله. فظهر بهذا أن المرافحة المركبة تختلف عن المرافحة البسيطة في أمور منها:

- ١ - السلعة في المرافحة البسيطة تكون موجودة عند البائع قبل طلب الأمر، بخلاف المرافحة المركبة.
- ٢ - المرافحة البسيطة تنعقد في مرحلة واحدة، أما المرافحة المركبة ففيها مرحلتان: مرحلة المواعدة، ومرحلة المعاقد.
- ٣ - المرافحة البسيطة قد تكون حالة أو مؤجلة، أما المرافحة المركبة فهي مؤجلة، يكون الثمن فيها دفعة واحدة أو مقسطاً.
- ٤ - في المرافحة البسيطة تنحصر العلاقة بين طرفين، أما العلاقة المركبة فهي بين ثلاثة أطراف^(٢).
- ٥ - البائع في المرافحة البسيطة يتخذ الملك طريقاً للربح، وأما في المرافحة المركبة فإن وجود المشتري المربح مسبقاً هو الطريق إلى الامتلاك، فلولا وجود العميل الأمر بالشراء، لم يكن للمصرف أي نية بالشراء^(٣).

(١) إعلام الموقعين ٢٩/٤.

(٢) انظر: «بيع المرافحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية»، رفيع المصري ص ١١٣٩.

(٣) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٥١٥.

٦ - في المربحة البسيطة قد تكون السلعة قابلة للزيادة والنماء، كأن تكون حيواناً يسمن ويكبر ويلد، أو شجراً يثمر، أما المربحة المصرفية فتجري على سلع غير قابلة للنماء، لأن المصرف لا يتحمل مثل هذه المسؤوليات في التكاثر والعلف والنماء^(١).

٧ - المربحة البسيطة من عقود الاستئمان لأن المشتري يستأمن البائع على الثمن، ولذا اختلف الفقهاء فيما يدخل في الثمن الأول وما لا يدخل، من مصاريف وأجور وسواها.

أما المربحة المصرفية (المركبة) فهي ليست من عقود الأمانات، بل هي بيع مساومة لأن المصرف يفرض السعر الذي يراه، والتكاليف التي لا يدخلها في الثمن الأول يدخلها في الربح^(٢).

ومن هذه الفوارق يتبين أن المربحة المصرفية المركبة لا تلتقي بالمربحة البسيطة المذكورة في كتب الفقهاء إلا بالاسم^(٣)، فهي تختلف عنها قلباً وقالباً.

وبذا يتبين خطأ بعض الباحثين الذين أجروا أحكام المربحة المذكورة في الكتب الفقهية على المربحة المصرفية^(٤).

دور المربحة في الاستثمارات المصرفية:

تعد المربحة المركبة من أهم أساليب توظيف الأموال في المصارف الإسلامية، إذ تصل نسبتها في كثير من المصارف إلى ما يزيد على ٨٠٪.

(١) «بيع المربحة» للمصري ص ١١٤٠.

(٢) «بيع المربحة» للمصري ص ١١٣٩.

(٣) فقه النوازل د. بكر أبو زيد ٥٤/٢، «كشف الغطاء عن بيع المربحة للآمر بالشراء» د. رفيق المصري، بحث في مجلة المسلم المعاصر، ع ٣٢ ١٤٠٢ هـ.

(٤) ينظر: «بيع المربحة» للمصري ص ١٤٠.

من إجمالي توظيف الموارد^(١).

ونظرًا لما حققته هذه المعاملة من قبول لدى عامة الناس فقد شرعت المصارف التقليدية المحلية في منافسة المصارف الإسلامية في هذا المضمار، حتى أصبحت المراهبة المركبة من صميم عمل كثير منها، ونتيجة لذلك فقد اتخذت اللجنة المصرفية بالمملكة قرارًا لا سابقة له، وهو قرارها رقم ١٤١٧/١٦٠ هـ، في الدعوى رقم ١٤١٧/١٥٢ هـ والذي نص على أن شراء العقارات من أجل بيعها وتأجيرها تحقيقًا للربح على سبيل الاحتراف يعد من الأعمال التجارية، أو الأعمال المصرفية، حسب الأحوال ما دام أن هذا النشاط يأخذ شكل التكرار والانتظام والمقاوله، وبناءً على ذلك فقد قررت اللجنة المصرفية اختصاصها في نظر المنازعات المتعلقة ببيع العقارات أو تأجيرها بهدف الحصول على ربح متى ما كان أحد أطرافها بنكًا تجاريًا.

وهذا يعني أن اللجنة المصرفية ستتصدى للنظر في هذه الدعاوى، وهو ما يخالف في ظاهره الأمر السامي الكريم رقم ٤/ب/١١٠ وتاريخ ١٤٠٩/١/٢ هـ، الذي فسر اختصاصات اللجنة المصرفية بالدعاوى ذات الصفة المصرفية البحتة التي تحدث نتيجة لممارسة البنك لنشاطه المصرفي، وفيما سوى ذلك فإن الدعاوى غير المصرفية التي يكون البنك طرفًا فيها - ومن ضمنها دعاوى العقارات - فتتظر من قبل الجهة المختصة أصلاً بنظرها، وهي المحاكم الشرعية.

ولعل في هذا القرار وأمثاله خطوة إلى التحول نحو فكرة المصارف الشاملة التي سبق الحديث عنها في التمهيد.

ويأخذ الاستثمار بالمراهبة حيزًا كبيرًا في صناديق الاستثمار المحلية،

(١) ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ١٤٥ - ١٥٨، تقويم الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية ص ١٨٧.

فعدد هذه الصناديق يزيد على (١٥) صندوقاً من إجمالي عدد الصناديق البالغ (١١٥) صندوقاً في العام ١٤٢٠هـ.

فمن هذه الصناديق:

- ١ - صندوق الراجحي للمضاربة الشرعية بالبضائع.
- ٢ - صندوق الأهلي للمتاجرة العالمية.
- ٣ - صندوق الأهلي للسلم في السلع.
- ٤ - صندوق البنك الأهلي للمتاجرة بالريال.
- ٥ - صندوق العربي للتجارة.
- ٦ - صندوق الاستثمارات والمراهجة بالبنك السعودي الهولندي.
- ٧ - صندوق البدر بالدولار بالبنك السعودي الفرنسي.
- ٨ - صندوق البدر بالريال بالبنك السعودي الفرنسي.
- ٩ - صندوق الاستثمار التجاري ببنك الرياض.
- ١٠ - صندوق سامبا ٣ بالبنك السعودي الأمريكي.
- ١١ - صندوق سامبا ٤ بالبنك السعودي الأمريكي.
- ١٢ - صندوق التضامن للمتاجرة بالريال بالبنك السعودي البريطاني.
- ١٣ - صندوق التضامن للمتاجرة بالدولار بالبنك السعودي البريطاني.

ونظراً لأهمية المراهجة المركبة في الاستثمارات المصرفية فإن الحديث سينصب عليها، فنبدأ بذكر الشروط الضرورية لهذه المعاملة، والتي أرى أن من الأهمية تقريرها أولاً نظراً للانحراف والإخفاق الكبيرين اللذين طرأ على تطبيق هذه المعاملة نتيجة الإخلال بهذه الشروط والضوابط، فأصبح المتأمل في وضعها الراهن لا يلاحظ فارقاً حقيقياً بينها وبين التمويل بالفوائد، فالمراهجة تتم في المكاتب، والعميل يحدد المصدر

وجهة الشراء ووظيفة البنك تقتصر على الأعمال الورقية، ويوكل العميل في الشراء والاستلام، بل ويطلب منه التوقيع على وثيقة تلزمه بتحمل جميع المسؤوليات والمصاريف بل وحتى التأمين على البضاعة، مما أوقع المصارف الإسلامية في ملاحظات شرعية وانتقادات من العملاء الذين شكك بعضهم بالفرق بين هذا الأسلوب في المربحة وبين ما تفعله المصارف التقليدية.

ولا أحب أن أعطي حكمًا عامًا لهذا النوع من المربحة، فإن لها أحوالاً يختلف الحكم باختلافها، وسيتبين حكمها من خلال دراسة الشروط.

المطلب الثاني شروط المراجعة

توطئة:

يشترط لبيع المراجعة ما يشترط لعقد البيع بصفة عامة، وهذه الشروط إجمالاً هي:

- ١ - تحقق التراضي بين العاقدين.
- ٢ - أن يكون العاقدان جائزي التصرف.
- ٣ - أن يكون المعقود عليه مآلاً مباح النفع من غير حاجة.
- ٤ - أن يكون المعقود عليه مملوكاً للبائع، والتمن مملوكاً للمشتري.
- ٥ - القدرة على التسليم.
- ٦ - العلم بالمبيع.
- ٧ - العلم بالتمن^(١).

وليس الغرض هو دراسة هذه الشروط، فهذا يخرج بنا عن مقصود البحث، وإنما الغرض دراسة الشروط المتعلقة بالمراجعة المصرفية، والمرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالجوانب التطبيقية لهذه المعاملة.

(١) ينظر في تفصيل هذه الشروط: بدائع الصنائع ٥٩٢/٦، بلغة السالك ٣/٢، مغني المحتاج ٣٢٣/٢، شرح المنتهى ١٤١/٢.

وقد استقيت هذه الشروط ممن كتبوا سلفاً عن هذه المعاملة^(١).

(١) مثل: فقه النوازل، د. بكر أبو زيد ٧٤/٢، بيع المربحة للأشقر ص ٤٩، الدليل الشرعي للمربحة ص ١٦ - ٣٦، فقه المربحة للبعلي ص ٧٥، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، الجزء الثاني، بحوث متعددة. «كشف الغطاء عن بيع المربحة للأمر بالشراء» بحث د. رفيق المصري، مجلة المسلم المعاصر ع ٣٢، ١٤٠٢هـ.

شروط المربحة المصرفية

الفرع الأول: الشرط الأول: أن يكون البائع مالكاً للسلعة:

لا خلاف بين الفقهاء من حيث الجملة على وجوب أن يكون البائع مالكاً للعين المبيعة، والأصل في ذلك:

١ - حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله يأتييني الرجل، فيريد مني البيع ليس عندي، أبيع منه ثم أبتاعه له من السوق، فقال صلى الله عليه وسلم: «لا تبع ما ليس عندك»^(١).

٢ - وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(٢).

واختلف أهل العلم: هل النهي في الحديثين محمول على بيع الأعيان، أم يشمل حتى الموصوف في الذمة؟ وقد سبق ذكر الخلاف في ذلك.

وقد ثار حول هذا الشرط جدل واسع في أوساط الباحثين المعاصرين، ذلك أن من سمات المربحة المصرفية أن الأمر حين يطلب

(١) أخرجه أحمد ٤٠٢/٣، وأبو داود كتاب البيوع والإجازات باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم ٣٥٠٣) والترمذي (كتاب البيوع باب كراهية بيع ما ليس عندك برقم ١٢٣٢) وحسنه، والنسائي (كتاب البيوع باب ما ليس عند البائع برقم ٤٦١٣)، وابن ماجه (كتاب التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن برقم ٣١٨٧). والحديث صححه ابن حزم (المحلى ٥١٩/٨) والألباني في الإرواء ١٣٢/٥.
(٢) الحديث سبق تخريجه ص ٣٢٥.

السلعة من المصرف فإنها لا تكون موجودة غالباً عند المصرف، بل يذهب ويشتريها ثم يبيعها إياه، بناءً على الوعد السابق بينهما، فهل هذه الصورة داخلة في النهي؟ أم يفرق بين الوعد الملزم وغير الملزم؟ هذا ما سوف نجيب عنه في الأسطر القادمة.

فنقول - تحريراً لمحل النزاع - : إن وظيفة المأمور (البنك) تجاه الأمر لا تخلو من حالين:

الحال الأولى: أن يكون المأمور وكيلًا عن الأمر في شراء السلعة له: وفي هذه الحال لا يشتريها المأمور لنفسه، بل يشتريها لصالح الأمر ابتداءً، فالمأمور وكيل عن الأمر بأجر. ولها ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يقول الأمر: اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقدًا وأنا أبتاعها منك باثني عشر نقدًا.

فالمأمور أجبر على شراء السلعة للأمر بدينارين، وقوله: (وأنا أبتاعها منك) لغو لا معنى له، وهذه المعاملة صحيحة إن لم يشترط الأمر على المأمور نقد الثمن، لأنه حينئذٍ قد جعل له درهمين في نظير سلفه^(١).

والصورة الثانية: أن يقول الأمر: اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقدًا، وأنا أبتاعها منك باثني عشر إلى أجل.

فهذه حرام ولا تجوز، لأنها سلف بمنفعة^(٢).

والصورة الثالثة: أن يقول الأمر: اشتر لي سلعة كذا باثني عشر إلى أجل وأنا أبتاعها منك بعشرة نقدًا.

فهذه لا تصح أيضًا، لأنه سلفه العشرة المنقودة على أن يشتريها له

(١) المقدمات الممهيات ٥٦/٢، بلغة السالك ٤٥/٢.

(٢) المقدمات الممهيات ٥٧/٢، بلغة السالك ٤٥/٢.

باثني عشر، فتمنع لما فيها من السلف بزيادة^(١).
فهذه صور الحال الأولى، ولا أعلم لها تنفيذًا في المربحة المصرفية، لأن المعتاد أن المصرف يشتري السلعة لنفسه ثم يبيعها للآمر.
الحال الثانية: أن يشتري المأمور السلعة لنفسه ثم يبيعها للآمر:
وهذه لها ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن لا يكون هناك مواعدة بين الأمر والمأمور على شراء السلعة، مثل أن يقول الأمر: هل عندك سلعة كذا أبتاعها منك؟ فيقول له: لا، فينقلب عنه من غير مراوضة ولا مواعدة، فيشتري تلك السلعة، ثم يلقاه فيخبره أنه قد اشترى السلعة فيبيعها بما شاء من نقد أو نسيئة.

فهذه الصورة لا أعلم خلافًا في جوازها^(٢)، وليست مطبقة في الاستثمارات المصرفية.

الصورة الثانية: أن يكون بينهما مواعدة، من غير تحديد لمقدار الربح، بل يقول له: اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها، ولا يبين مقدار ما سيربحه.

فهذه الصورة كرهها المالكية^(٣)، وهي عند الجمهور جائزة بلا كراهة كما سيأتي.

الصورة الثالثة: أن يكون بين الأمر والمأمور مواعدة، ويبين مقدار الربح، فيقول: اشتر [بدون أن يقول: لي] السلعة بعشرة وأنا سأبتاعها منك باثني عشر مؤجلة، فهذه صورة المربحة المصرفية.

(١) المقدمات الممهدة ٥٨/٢، بلغة السالك ٤٥/٢.

(٢) المقدمات الممهدة ٥٥/٢، بلغة السالك ٤٥/٢، وجوازها عند غير المالكية من باب أولى.

(٣) المقدمات الممهدة ٥٦/٢، بلغة السالك ٤٥/٢، وجوازها عند غير المالكية من باب أولى.

وقد اختلف فيها أهل العلم على قولين، وفيما يلي بيان هذين القولين:

أقوال أهل العلم في حكم طلب الأمر من المأمور شراء سلعة ليست عنده، مع وعد من الأمر غير ملزم بشرائها من المأمور بثمن مؤجل وربح محدد:

القول الأول: ذهب المالكية إلى تحريم هذه المعاملة، حتى ولو كانت المواعدة بينهما غير ملزمة^(١).

واختار هذا القول من المتأخرين: فضيلة الشيخ محمد العثيمين حفظه الله^(٢)، وفضيلة الشيخ ناصر الدين الألباني، رَحِمَهُ اللهُ^(٣).

استدل أصحاب هذا القول:

بأن هذه المعاملة حيلة لأكل الربا، واستحلال الحرام، وقد جاء الشرع بإبطال الحيل، فالقصد منها حقيقة هو الربا والحصول على النقود، التي كان يحصل عليها العميل من البنك الربوي، فالنتيجة واحدة وإن تغيرت الصورة، فإنها ليست من البيع والشراء في شيء، لأن المشتري ما لجأ إلى المصرف إلا من أجل المال، والمصرف لم يشتري هذه السلعة إلا بقصد أن يبيعها بأجل إلى المشتري، وليس له قصد في شرائها، فهي من العينة، ولذا ذكرها المالكية من صور العينة المحرمة^(٤).

نوقش هذا الاستدلال من أوجه:

١ - أن ما ذكر ليس بصحيح فإن المأمور يشتري السلعة حقيقة، ولكنه

(١) المقدمات الممهدة ٥٦/٢، الدسوقي ٨٩/٣، الخرخشي ١٠٦/٥، بلغة السالك ٢/٤٥.

(٢) باستفتاء مباشر من الباحث بتاريخ ١٨/١٠/١٤١٩هـ.

(٣) وكان رَحِمَهُ اللهُ يحرم الزيادة مقابل الأجل مطلقاً حتى ولو كانت السلعة مملوكة للبائع أصلاً، السلسلة الصحيحة ٤٢٦/٥.

(٤) بيع المراجعة للقرضاوي ص ٣٠، وانظر حاشية الدسوقي ٨٩/٣.

يشترى لبيع لغيره، كما يفعل أي تاجر، وليس من ضرورة الشراء الحلال أن يشتري المرء لانتفاع أو قنية أو لاستهلاك^(١).

٢ - أن هذه المعاملة تفارق العينة، فإن المشتري في العينة وغيرها من الحيل الربوية يقصد المال لا غير، أما في هذه المعاملة فإنه يقصد السلعة حقيقة لا صورة ولا حيلة^(٢).

٣ - وكون المالكية يدرجون هذه المعاملة في صور العينة غير مسلم، فقد خالفهم غيرهم من الأئمة كما سيأتي، واجتهادهم في هذا الباب في المنع من صور كثيرة من المعاملات - سداً للذريعة - يؤجرون عليه، ولكنه لا يسلم لهم إلا فيما قام عليه دليل ثابت، وقد سبق بيان معنى العينة والخلاف فيها.

٤ - على أن المالكية فيما يظهر يخصون المنع من هذه الصورة بأهل العينة، فلا يصح الاحتجاج بقولهم على تحريم المراجعة للآمر بالشراء.

وسبب اختصاص أهل العينة بذلك أنهم - كما يقول صاحب المقدمات الممهديات -: «يتهمون فيما لا يتهم فيه أهل الصحة لعملهم بالمكروه واستباحتهم له»^(٣)، فهذا يدل على أن للعينة أناساً عرفوا بها، وأتقنوا فنونها، فيتحايلون على الربا باسم البيع^(٤)، ولهذا حين يفصل المالكية مسائل العينة - ومنها المسألة التي معنا - يقولون: وصورة ذلك: أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة.. إلخ.

٥ - كما أن الدين الناتج عن المراجعة للآمر بالشراء يختلف عن القروض

(١) بيع المراجعة للقراضوي ص ٣٠.

(٢) بيع المراجعة للقراضوي ص ٣٠.

(٣) المقدمات الممهديات ٤٢/٢.

(٤) بيع المراجعة للقراضوي ص ٤٠.

الربوية معني، فإن التدفقات النقدية المترتبة عن الأول مرتبطة بتدفقات من السلع الضرورية وبما يخدم أهداف التنمية الاقتصادية، وذلك خلافاً لطبيعة عمليات منح الائتمان في المصارف التقليدية التي تنطوي على زيادة كمية النقود المعروضة بما يسمح بمزيد من الضغوط التضخيمية^(١).

يضاف إلى ذلك أن الربح في المربحة ناتج عن امتزاج عنصري المال والعمل ولو كان قليلاً، بخلاف فوائد القروض.

القول الثاني: ذهب الأحناف، والشافعية، والحنابلة إلى جواز هذه المعاملة.

وقد سبق نقل نصوص الأئمة: محمد بن الحسن والشافعي وابن القيم الدالة على الجواز.

واختار هذا القول عامة العلماء المعاصرين وفي مقدمهم سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز رَضِيَ اللهُ عَنْهُ تعالى، وبه صدرت قرارات عدد من المجمع والمؤتمرات والهيئات الشرعية، مثل: مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد بدبي، والمؤتمر المصرفي الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت، ومجمع الفقه الإسلامي التابع للمنظمة، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، وجميع هيئات البنوك الإسلامية^(٢).

استدل أصحاب هذا القول:

بأن الأصل في المعاملات الحل، إلا ما دل الدليل على تحريمه، ولا دليل على تحريم هذه المعاملة، فتبقى على الأصل، ويشملها عموم قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(١) ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٢٦٦.

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٥٩٩/٢/٥، بيع المربحة لأشقر ص ٦٦، ٥٢، ١٣، فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/١٦٦، الدليل الشرعي للمربحة ص ٤٠، نيل المآرب ٦٣/٣.

والصورة المفترضة أن العميل غير ملزم بإتمام الوعد بالعقد أو بالتعويض عن الضرر لو هلكت السلعة، فالبنك يخاطر بشراء السلعة لنفسه وهو على غير يقين من شراء العميل لها بربح فلو عدل أحدهما عن رغبته فلا إلزام، ولا يترتب عليه أي أثر، فهذه الدرجة من المخاطرة هي التي جعلتها في حيز الجواز^(١).

ثم إن البنك يتملك السلعة حقيقة قبل تسليمها للأمر، فالشراء فيها حقيقي، ولهذا لو هلكت أو تعيبت فإنها تهلك وتتعيب على ملك البنك.

الترجيح:

باستعراض القولين وأدلتهما فإن الذي يترجح للباحث هو جواز هذه المعاملة لعدم الدليل المانع من صحتها.

ثم إن القائلين بجواز أصل هذه المعاملة اختلفوا فيما بينهم هل يجوز الإلزام قضاءً بإتمام الوعد أم لا؟.

ولهم في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز عقد المرابحة للأمر بالشراء على أساس الوعد الملزم لكلا الواعدين: الأمر والمأمور.

واختار هذا القول جمع من العلماء المعاصرين^(٢)، وبه صدر قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد بدبي، وقرار مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت^(٣).

وبعض الهيئات الشرعية للبنوك الإسلامية^(٤).

(١) بيع المرابحة للأشقر ص ٤٧، بيع المرابحة للقراضاوي ص ٣٠.

(٢) د. القراضاوي في بيع المرابحة ص ٢٨، د. سامي حمود في: «تطبيقات بيوع المرابحة» ضمن ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٤٢٥.

(٣) ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٢٢.

(٤) الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، والهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، دليل المرابحة الشرعية ص ١١٥ ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٢٨.

وعلى هذا القول فالمواعدة لازمة للواعدين شرطاً ذلك أم لم يشترطاً .

ومعنى إلزام المصرف: أنه إذا اشترى السلعة فيلزمه بيعها إلى العميل بالسعر المتفق عليه، فلو زادت قيمتها فليس له أن يزيد، ولو وجد عرضاً أفضل فليس له بيعها لغير الأمر، وأما قبل شرائه السلعة فالوعد غير لازم في جانبه^(١).

ومعنى إلزام العميل: أن يلزم بشراء السلعة إذا أحضرها المصرف، فإن لم يفعل غرم قيمة النفقات التي تكبدها البنك في هذه المعاملة، وتشمل: نفقات الشراء والنقل وفرق السعر فيما لو باعها البنك بأقل من قيمة شرائها^(٢).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أن هذا القول يتوافق مع القول بلزوم الوفاء بالوعد، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: على رأي من يرى لزوم الوفاء بالوعد مطلقاً، فالأمر فيه ظاهر.

والوجه الثاني: وعلى رأي المالكية الذين يلزمون بالوفاء بالوعد إذا كان على سبب، ودخل الموعود بسببه في شيء، فيصح الإلزام أيضاً فإن البنك ما اشترى السلعة إلا لأجل الواعد.

وعليه: فإن الأدلة السابقة في لزوم الوفاء بالوعد تصح دليلاً لهذا القول.

(١) بيع المراهجة للمصري، مجلة المجمع ٥/٢/١١٥٤.

(٢) الدليل الشرعي للمراهجة ص ١١٤.

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بلزوم الوفاء بالوعد قضاءً، سواء كان الوعد على سبب أو على غير سبب، والذي رجحه الباحث هو لزوم الوفاء ديانة لا قضاء^(١).

الوجه الثاني: أن المقصود بالوعد لدى الفقهاء المتقدمين، والذي وقع فيه الخلاف بينهم هو الوعد بالمعروف، أما الوعد في المعاوضة فلم يقل أي منهم بلزوم الوفاء به، لأنه يصير حينئذٍ عقدًا، فلا استدلال بكلامهم على هذه المسألة استدلال في غير محله^(٢).

يدل على ذلك أمور:

١ - أن الوعد الملزم الذي يجب الوفاء به ديانة وقضاءً أو ديانة فقط هو الوعد الذي لا يترتب على الإلزام به محذور، والإلزام بالوعد في مسألتنا هذه يترتب عليه محذور، هو بيع الإنسان ما لا يملك^(٣).

٢ - أن المالكية الذين قالوا بالإلزام به إذا كان على سبب، منعوا ذلك إذا كان في المعاوضات، فالوعد الواجب الوفاء عندهم إنما هو الوعد بالمعروف، ومما يدل على ذلك:

أ - ذكر مالك في الموطأ في باب «بيعتان في بيعة»، أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل، فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه. قال في المنتقى: «أدخله في باب بيعتين في بيعة، ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة أنه انعقد بينهما أن المبتاع للبعير بالنقد، إنما يشره على أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع، تضمن بيعتين

(١) انظر الخلاف في المسألة ص ٨٤٢.

(٢) بيع المراجعة للأشقر ص ٣٢، فقه النوازل ٥٦/٢، بيع المراجعة للمصري ص ١١٥١.

(٣) «المراجعة للأمر بالشراء» بحث د. الضيرير مجلة المجمع ص ١٠٠١.

إحدهما الأولى وهي بالنقد والثانية المؤجلة، وفيها مع ذلك بيع ما ليس عنده»^(١).

فهذه صورة المراجعة للآمر بالشراء سواء.

ب - أن الوعد عرفه المالكية - كما سبق - بأنه: «إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل»^(٢). فهو في المعروف لا في المعاوضات.

ج - ويزيد الأمر وضوحاً أن المالكية لا يسمون مثل هذه المعاملة وعداً وإنما يسمونها مواعدة، ففي قواعد النونشريسي: «الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية» قال في الشرح: ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه، ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك»^(٣).

فهذه القاعدة صريحة في أنه إذا تضمن الإلزام بالمواعدة محظوراً فلا تصح^(٤).

٣ - ونصوص الفقهاء متظافرة على أن المواعدة في المعاوضة غير مرادة لهم، وأنه لا يصح الإلزام بها:

- فقد سبق نقل نص الشافعي في صورة المواعدة بالمراجعة حيث يقول: «وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع...»^(٥).

- وذكر محمد بن الحسن وابن القيم الحيلة للمأمور بأن يشترط الخيار، ولو كان الوعد لازماً عندهما لما احتاج إلى هذه الحيلة.

(١) المنتقى شرح الموطأ ٦/٣٩٤.

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٥٣.

(٣) إيضاح المسالك ص ٩٩.

(٤) «المراجعة للآمر بالشراء»، الضريح ص ١٠٠١.

(٥) الأم ٣/٣٩.

- وقد بحث الفقهاء المواعدة في الصرف، فمنهم من أجازها، ومنهم من لم يجزها، ولكن أحدًا منهم لم يجعلها ملزمة، لأن الإلزام بها يؤدي إلى الربا^(١).

أجاب أصحاب القول الأول عن الوجه الثاني:

بأنه إذا جاز الإلزام بالوعد بالمعروف والقضاء به، فلأن يلزم به في المعاوضات أولى، لأن الوعد في المعاوضات يترتب عليه التزامات وتصرفات مالية واقتصادية قد تبلغ مبالغ ضخمة، ويترتب على جواز الإخلاف فيها إضرار بمصالح الناس وتغيير بهم، فلأن استسيغ الخلاف في الإلزام بالوعد بالمعروف، فإنه لا ينبغي أن يقع خلاف في الإلزام به في المعاوضات^(٢).

رد على ذلك:

- ١ - بأن الإلزام بالوعد في المعاوضات يترتب عليه محذور شرعي وهو بيع الإنسان ما ليس عنده، بخلاف الإلزام به في التبرعات.
- ٢ - أن في هذا الجواب قلبًا للقاعدة الشرعية وهي أن الغرر يغتفر منه في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات^(٣)، والمنع من الإلزام في هذه المعاملة راجع إلى قاعدة الغرر، لأنه من بيع ما لا يملك.

الدليل الثاني:

ولأن في الإلزام بالمواعدة منعًا من الإضرار بالطرفين، وبترك الإلزام إضرار بأحدهما غالبًا، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤)، ومن القواعد الشرعية المحكمة أن الضرر يزال.

(١) انظر: المقدمات الممهدة ١٤/٢، المحلى ١٥٣/٨.

(٢) بيع المرابحة للقراض ص ٧٦.

(٣) بيع المرابحة للمصري ص ١١٥٢.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص ٢٤٥.

فقد تقع المواعدة على سلعة نادرة في السوق وقلّ من يطلبها فإذا نكل الواعد عن شرائها بعد أن يحضرها المصرف فقد لا يتمكن المصرف من تصريفها، والأمر كذلك بالنسبة للآمر فقد يتسبب تخلف المصرف عن الالتزام له في الإخلال بتعهدات كان قد أوجبها لغيره، ولا سبيل لرفع هذا الضرر إلا بالقول بالإنزام بالوعد^(١).

ويناقش من وجهين:

- ١ - بأن هذا هو سبيل التجارة المشروعة: أن يتحمل التاجر قدرًا من المخاطرة، وهذا هو الفارق بين الربح المشروع والربح الربوي.
- ٢ - وبأن الإنزام بالوعد لم يتعين طريقًا وحيدًا لرفع الضرر، فمن الممكن أن يشتري المأمور السلعة بشرط الخيار وهي الحيلة التي ذكرها محمد بن الحسن وابن القيم.

الدليل الثالث:

ولأن الأخذ بالإنزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل^(٢).

نوقش: بأن المصلحة التي في الإنزام ملغاة، لأنها تتضمن محظورًا شرعيًا، فهي كالمصلحة التي تعود على العاقدين في بيع الإنسان ما ليس عنده، ومع ذلك لم يعتبرها الشارع^(٣).

القول الثاني: عدم جواز عقد المراهبة للآمر بالشراء على أساس الوعد الملزم لأي من الطرفين.

وهذا هو قول الأحناف والشافعية والحنابلة - كما دلت عليه نصوص الأئمة: محمد بن الحسن، والشافعي، وابن القيم، المتقدم -.

(١) بيع المراهبة د. سامي حمود ص ١١٠٧.

(٢) بيع المراهبة للآمر بالشراء للقضاوي ص ٢٠، بيع المراهبة للضرير ص ١٠٠١.

(٣) بيع المراهبة للضرير ص ١٠٠٢.

واختار هذا القول جمع من العلماء المعاصرين، منهم سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز^(١)، وعدد من الهيئات الشرعية^(٢).
استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أن الاتفاق على الإلزام بالمواعدة يؤدي إلى بيع المصرف ما لا يملك، وكون الاتفاق الأول يسمى وعداً أو عقداً غير مؤثر، ما دام أن الطرفين ملزمان به، لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ، وعلى ذلك فإن هذه المعاملة إذا شرط فيها الإلزام دخلت في النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده^(٣).

نوقش من وجهين:

الأول: أن الاتفاق الأول وعد ملزم وليس بيعاً، وثمة فروق بينهما تمنع إلحاق أحدهما بالآخر^(٤)، فمن ذلك:

- ١ - أن السلعة بعد الوعد وقبل تسليمها للواعد ملك للمصرف، وضماتها عليه.
- ٢ - للمصرف - إذا امتنع الواعد عن شراء السلعة - أن يبيعها ويطالب الواعد بالتعويض، ولو كان الاتفاق الأول بيعاً لما كان له ذلك.
- ٣ - في المواعدة لا يكتفي الطرفان بالوعد لانتقال الملكية، بل لا بد أن ينشأ عقد بيع من جديد بعد شراء البنك السلعة وتقديمها للواعد^(٥).

(١) بيع المرابحة للأشقر ص ٥٥، وممن أخذ بهذا القول: الشيخ عبد الله بن بسم: نيل المآرب ٦٣/٣، د. بكر أبو زيد فقه النوازل ٦٨/٢، د. الأشقر: بيع المرابحة ص ١١، د. عبد الستار أبو غدة: ندوة خطة الاستثمار ص ٢٨.

(٢) مثل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: فتاوى اللجنة ٢٣٧/١٣، والهيئة الشرعية لشركة الراجحي: قرارات الهيئة ٣١٦/١.

(٣) بيع المرابحة للأشقر ص ٧.

(٤) بيع المرابحة للقراض ص ٦٠.

(٥) بيع المرابحة للضرب ص ١٠٠٠.

٤ - أن العقد يترتب عليه استحقاق ثمن المبيع وبمجرد العقد، والوعد لا يزيد على المطالبة بالتعويض عن الضرر إن وقع، فلو امتنع الواعد عن استلام السلعة فليس للبنك مطالبته بالثمن، بل بالتعويض فحسب^(١).

أجيب: بأن ما ذكر من فروق غير مؤثر لأن المؤدى في النتيجة واحد وهو أن كلاً من الطرفين ملزم بإنشاء البيع على الصورة التي تضمنها الاتفاق الأول^(٢).

الوجه الثاني: أن النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده محمول على بيع الأعيان لا بيع الموصوفات في الذمة^(٣).

ويجاب بأمرين:

١ - عدم التسليم بذلك، وقد تقدم ذكر الخلاف في معنى حديث حكيم.

٢ - أن عقد المراهبة قد يقع على أعيان وقد يقع على موصوفات في الذمة، ولم يفرق المجيزون للإلزام بينهما.

الدليل الثاني:

أن الإلزام بالوعد يتضمن غرراً، لأن ثمن السلعة غير معلوم وقت الإلزام، فكيف يتم التراضي على مجهول؟^(٤).

الدليل الثالث:

أن من شروط صحة البيع التراضي بين المتعاقدين، والإلزام بالوعد في المراهبة يتنافى مع الرضا المطلوب شرعاً، فيكون العقد اللاحق فاسداً

(١) ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٢٨، الدليل الشرعي للمراهبة ص ٤٨.

(٢) بيع المراهبة للضرب ص ١٠٠٠.

(٣) بيع المراهبة للقرضاوي ص ٥٦.

(٤) بيع المراهبة للمصري ص ١١٥٠.

لأنه اختل شرط من شروطه وهو الرضا، وهذا كخطبة النكاح فلو جعل الوعد فيها ملزمًا لكان النكاح اللاحق واقعًا بغير رضى فيكون فاسدًا^(١).

الدليل الرابع:

أن الشارع قد أعطى المتعاقدين خيار المجلس في البيع اللاحق، ولا يستطيع أحد أن يتذرع بعدم الخيار، مدعيًا بأن المواعدة بينهما ملزمة^(٢).
فالقول بالإلزام يتضمن إسقاط حق فرضه الله لهما.

الدليل الخامس:

أن الإلزام بالوعد يجعل المعاملة من باب «بيعتين في بيعة» المنهي عنها.

ووجه ذلك: أن البنك لا يشتري السلعة إلا بشرط أن يشتريها العميل منه، فالبيعة الثانية مشروطة في البيعة الأولى، وقد فسر العلماء «بيعتين في بيعة»: باشتراط عقد في عقد^(٣).

نوقش: بعدم التسليم بهذا التفسير، فقد فسرها ابن تيمية وابن القيم ببيع العينة^(٤)، وهو غير متصور مع الإلزام^(٥).

القول الثالث: جواز عقد المراجعة للأمر بالشراء على أساس الوعد الملزم لأحد الطرفين.

فيرى أصحاب هذا القول أن الإلزام إذا كان لواحد من العاقدين صح

(١) بيع المراجعة للمصري ص ١١٥٠، بيع المراجعة للأشقر ص ٤٨، مجلة المجمع ٢/٥/٩٥٧.

(٢) «بيع المراجعة للأمر بالشراء» د. المصري، مجلة الأمة ع ٦١، ٢٦.

(٣) بيع المراجعة للضرير ص ٩٩٧، وهذا هو تعليل المالكية في المنع من هذه المعاملة، المنتقى ٦/٣٩٤.

(٤) ستأتي أقوال أهل العلم في تفسير بيعتين في بيعة في الشرط الخامس.

(٥) بيع المراجعة للقرضاوي ص ٥٣.

العقد، فإن كان الإلزام لهما جميعاً فلا يصح، ومن باب أولى أنه إذا لم يكن ثمة إلزام لأي منهما فالعقد صحيح أيضاً.

واختار هذا القول بعض العلماء المعاصرين^(١)، وعدد من الهيئات الشرعية^(٢)، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، حيث جاء فيه: «الوعد وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد... المواعدة: وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز»^(٣).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: أن المواعدة الملزمة لكلا الجانبين تشبه البيع نفسه، فلا تصح لأن المأمور ليس مالكاً للسلعة في حينها^(٤).

ويؤيد ذلك ما ذهب إليه المالكية من التفرقة بين العدة، والمواعدة، فالعدة: أن يعد أحدهما الآخر، وهي لازمة إذا كانت على سبب ودخول الموعد في كلفة بسببها.

والمواعدة: أن يعد كل منهما الآخر، وهي لا تصح - عندهم - فيما لا يصح وقوعه في الحال، فأجروا عليها حكم البيع، قال في مواهب الجليل - مبيناً الفرق بينهما -: «وحرم التصريح بخطبة المعتدة، ومواعدها... والمواعدة: أن يعد كل منهما صاحبه بالتزويج فهي مفاعلة لا

(١) منهم د، الضرير، د. أحمد علي عبد الله: مجلة المجمع ٩٩٨/٢/٥.
 (٢) معظم الهيئات الشرعية للبنوك الإسلامية في السودان أخذت بهذا القول، الدليل الشرعي للمرابحة ص ١١٤.
 (٣) مجلة المجمع ١٥٩٩/٢/٥.
 (٤) مجلة المجمع ١٥٩٩/٢/٥.

تكون إلا من اثنين، فإن وعد أحدهما دون الآخر فهذه العدة وسيأتي أنها مكروهة^(١).

ويتضح من هذا النص أن المالكية يفرقون في الحكم بين الوعد والمواعدة.

ويناقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أن هذه التفرقة لا دليل عليها، فالمحاذير الناشئة عن إلزام العاقدين موجودة أيضًا بإلزام أحدهما، من كونه سينشئ العقد اللاحق بغير رضا، ودون معرفة بالثمن.. إلخ.

الثاني: أن جوهر الموضوع هو في إلزام الأمر، أما المأمور فلا يتضرر من هذا الإلزام أصلاً لأنه عند الجميع غير ملزم إلا بعد شرائه للسلعة، وبمقتضى هذا القول فإنه يصح إلزام الأمر، فالقول إذاً إلى القول الأول

ولهذا نجد من أصحاب هذا القول من يرى إلزام المأمور وحده دون الأمر^(٢)، وهو أمر يفتقر إلى الدليل.

الثالث: أن المالكية الذين استند عليهم هذا القول في الإلزام بالعدة دون المواعدة، لا يرون الإلزام بها في المعاوضات، قال في مواهب الجليل: «الخامس: هل لمن ركنت إليه امرأة وانقطع عنها الخطاب لركونها إليه أن يتركها، أو يكره؟ والظاهر أنه يكره، لأن العدة إنما كرهت في العدة قالوا: خوف اختلاف الوعد»^(٣).

فلم يروا الإلزام بالوعد مع تضرر المرأة بذلك، وسبق نقل أقوال الأئمة في عدم الإلزام بالوعد في المعاوضات.

(١) مواهب الجليل ٤١٣/٣.

(٢) د. الضرير، مجلة المجمع ١٥٣٢/٢/٥.

(٣) مواهب الجليل ٤١١/٣.

الدليل الثاني:

ويستأنس أصحاب هذا القول بما ذكره الشافعي في النص المتقدم حيث يقول: «والذي قال: أربحك فيها، بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً وإن شاء تركه» فجعل الخيار لأحدهما وهو الأمر دون المأمور^(١).

ويناقش: بأن آخر النص يدل دلالة قاطعة على أن الخيار لهما جميعاً، حيث يقول: «ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدده [ولم يقل جدده] جاز»^(٢).

الترجيح:

باستعراض الأقوال وأدلتها فإن الذي يترجح للباحث هو عدم جواز الإلزام مطلقاً لا للأمر ولا للمأمور، لما في ذلك من المحاذير التي لا تنفك عنه، والتي سبقت الإشارة إليها في أدلة القول الثاني، والله أعلم.

الفرع الثاني: الشرط الثاني: أن تكون العين مقبوضة للبائع:

من الشروط اللازمة لصحة بيع المراهبة أن تكون السلعة المراد بيعها مقبوضة للبائع عند العقد، والمراد: قبضه إياها عند البيع لا عند المواعدة.

وقد جرى التنصيص على هذا الشرط لأهميته، ولأن كثيراً من المصارف لا تقوم بقبض السلعة القبض الشرعي الكافي، بل تبيعها مباشرة على الأمر، على أن يقوم بقبضها بنفسه، من البائع الأول، أو تقوم ببعض الإجراءات التي لا تعد كافية في تحقق القبض، الأمر الذي استوجب الوقوف عند هذا الشرط ببيان حقيقته، وضوابطه الشرعية وأقوال أهل العلم فيه، حتى نحكم تلك الإجراءات - الآتي بيانها في المطلب الثاني - إلى تلك الضوابط.

(١) مجلة المجمع ٥/٢/١٥٣٣ [د. الضير].

(٢) الأم ٣/٣٩.

حقيقة القبض :

القبض جاء على لسان الشارع مطلقاً من غير تقييد لا في الشرع ولا في اللغة، ولذا نص عامة الفقهاء على أن المرجع في تحديد القبض إلى العرف، فما تعارف الناس على أنه قبض اعتبر قبضاً شرعياً، وما لا فلا، وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «الأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع، كالصلاة والزكاة، وتارة باللغة كالشمس والقمر، وتارة بالعرف كالقبض والتفرق»^(١).

وقال: «وأما استدلالهم بأن القبض هو التخلية، فالقبض مرجعه إلى عرف الناس حيث لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع»^(٢).

وقال الكاساني: «القبض هو التمكين والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة وحقيقة»^(٣) وفي المجموع: «قال أصحابنا: الرجوع في القبض إلى العرف»^(٤).

وقال الشيخ محمد بن إبراهيم رحمته الله: «ونعرف أن القبض من الأمور التي تختلف باختلاف المقبوضات، فما جاء فيه التنصيص في الشرع صار القبض فيه إلى مقتضى التنصيص وما لا يرجع فيه إلى المتعارف»^(٥).

وفي مختصر خليل: «وقبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف»^(٦).

فإذا تقرر هذا الأصل فنقول:

-
- (١) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٥.
 - (٢) مجموع الفتاوى ٣٠/٢٧٥.
 - (٣) بدائع الصنائع ٦/٥٧١.
 - (٤) المجموع شرح المذهب ٩/٢٧٥.
 - (٥) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم ٧/١٠٣، وانظر مجموعة الرسائل النجدية ١/٣٥٠.
 - (٦) المختصر مع حاشية الدسوقي ٣/١٤٥.

إن الفقهاء اتفقوا على أن قبض العقار يكون بالتخلية، والتمكين من اليد والتصرف، فإن لم يتمكن بأن منعه شخص آخر من وضع يده عليه، فلا تعتبر التخلية قبضاً^(١).

وقيد الشافعية ذلك بما إذا كان العقار غير معتبر فيه تقدير، أما إذا كان معتبراً كما لو اشترى أرضاً مزارعة، فلا بد مع التخلية والتمكين من الذرع^(٢).

وإذا كان العقار له قفل فيكفي في قبضه تسليم المفتاح مع تخليته، بحيث يتمكن من فتحه من غير تكلف^(٣).

وأما المنقول فقد اختلف الفقهاء في كيفية قبضه على قولين:

الأول: للحنفية، وهو أن قبضه يكون بالتخلية على وجه التمكين كالعقار، ولو مع القدرة عليه بلا كلفة، لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع، ففي نحو حنطة في بيت مثلاً، فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو بقر في المرعى فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب، فكونه بحيث لو مد يده تصل إليه، قبض^(٤).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر: بعنيه، قال: هو لك

(١) بدائع الصنائع ٥٧١/٦، رد المحتار ٩٦/٧، مواهب الجليل ٤٧٧/٤، حاشية الدسوقي ١٤٥/٣، أسنى المطالب ٨٦/٢، مغني المحتاج ٤٦٧/٢، المغني ١٨٦/٦، كشف القناع ١٤٧٥/٤.

(٢) روضة الطالبين ٥١٩/٣، مغني المحتاج ٤٦٩/٢.

(٣) حاشية الدسوقي ١٤٥/٣، حاشية البجيرمي ٢٠/٣.

(٤) رد المحتار ٩٦/٧.

يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «بعنيه»، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد الله تصنع به ما شئت»^(١).

ووجه الدلالة:

أن النبي ﷺ تصرف في الجمل - وهو منقول - دون سوق أو تحويل له، فدل ذلك على تحقق القبض بمجرد التخلية^(٢).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: «أن هذا تصرف فيه بالهبة لا بالمعوضة» وهو جائز عند بعض أهل العلم «لأن الهبة تلحق بالعتق، ونقول: هي إخراج عن ملكه، لا تتوالى فيه ضمانات، ولا يكون التصرف بها عرضة لربح ما لم يضمن بخلاف البيع»^(٣).

أجيب: «بأن العلة المانعة من بيعه قبل قبضه عدم استقرار الملك وضعفه ولا فرق في ذلك بين تصرف وتصرف»^(٤).

الوجه الثاني: أنه من المحتمل أن ابن عمر رضي الله عنهما كان وكيلاً في القبض عن النبي ﷺ مما يغني عن مباشرته ﷺ للقبض بنفسه، أو أن النبي ﷺ قد ساق الجمل لكن ذلك لم ينقل^(٥).

ومع وجود هذه الاحتمالات فلا يسلم الاستدلال بهذا الحديث.

ويجاب: بأن هذه الاحتمالات بعيدة، ولا دليل عليها، والأصل حمل النص على إطلاقه.

(١) أخرجه البخاري (كتاب البيوع باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري - برقم ٢١١٥).

(٢) فتح الباري ٣/٣٣٥.

(٣) تهذيب السنن ٩/٢٨١ [طبعة دار الكتب العلمية].

(٤) تهذيب السنن ٩/٢٨١.

(٥) فتح الباري ٣/٣٣٦.

الدليل الثاني:

حديث عائشة رضي الله عنها، في قصة الهجرة، وفيه: «أن أبا بكر رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج، فخذ إحداهما، فقال صلى الله عليه وسلم: قد أخذتها بالثمن»^(١).

ووجه الدلالة:

«أن قوله: «أخذتها» لم يكن أخذًا باليد ولا بحيازة شخصها، وإنما كان التزامًا منه لا يتباعها بالثمن، وإخراجها عن ملك أبي بكر»^(٢).

الدليل الثالث:

عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنت أبيع الإبل بالبيع، فأقبض الورق من الدنانير، والدنانير من الورق، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك، إني كنت أبيع الإبل بالبيع فأقبض هذه من هذه وهذه من هذه، فقال: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء»^(٣).

ووجه الدلالة:

أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يستبدل الذهب المستقر في ذمة المشتري، والعكس، دون أن يستلم بيده ذلك العوض، الذي كان في الأصل ثمنًا للإبل.

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن الحديث ضعيف لأنه من رواية سماك بن حرب، وهو متكلم فيه^(٤).

(١) رواه أحمد ١٩٨/٦، والبخاري (كتاب البيوع باب إذا اشترى متاعًا أو دابة فوضعه عند البائع برقم ١٩٩٤).

(٢) فتح الباري ٤/٤١٢.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص ٧٣٦.

(٤) المحلى ٨/٥٠٤.

وقد سبق الجواب عن هذه المناقشة عند تخريج الحديث.

الوجه الثاني: أن الحديث معارض بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما لم يقبض.

أجيب: بأن «اقتضاء الذهب من الفضة، والفضة من الذهب عن أثمان السلعة هو في الحقيقة بيع ما لم يقبض، فدل جوازه على أن النهي عن بيع ما لم يقبض إنما ورد في الأشياء التي يبتغى ببيعها، وبالتصرف فيها الربح، كما روي أنه ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن، واقتضاء الذهب من الفضة خارج عن هذا المعنى لأنه إنما يراد به التقابض من حيث لا يشق ولا يتعدّر دون التصارف والترايح، ويبين لك صحة هذا المعنى قوله: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها» أي لا تطلب فيها الربح ما لم تضمن»^(١).

الدليل الرابع:

«أن تسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالمًا للمشتري، أي خالصًا له بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية»^(٢).

الدليل الخامس:

«أن تسليم الثمن إلى البائع واجب، ومن عليه الواجب لا بدّ وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، فأما الإقباض فليس في وسعه، لأن القبض بالبرامج فعل اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز»^(٣).

والقول الثاني: وهو للمالكية والشافعية والحنابلة، وهو أن القبض

(١) معالم السنن للخطابي بهامش مختصر سنن أبي داود ٢٥/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٢٤٤/٥ [طبعة دار الكتب العلمية].

(٣) بدائع الصنائع ٢٤٤/٥ [طبعة دار الكتب العلمية].

الحكمي (التخلية) لا يكفي في المنقول، بل لا بد من القبض الحقيقي، وهذا يختلف بحسب المعقود عليه:

- فما كان يتناول باليد عادة، كالنقود والثياب والجواهر، فقبضه إنما يكون بتناوله باليد، وما لا يمكن تناوله باليد، فلا يخلو:
- إما أن يكون مما يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، كمن اشترى صبرة حنطة مكايلة، أو متاعاً موازنة، أو ثوباً مذارعة، أو معدوداً معاددة فقبضه إنما يكون باستيفائه بما يقدر فيه من كيل أو وزن أو ذرع أو عد.
- أو يكون مما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، إما لعدم إمكانه، وإما مع إمكانه لكنه لم يراع فيه، كالأمتعة والعروض والدواب، والصبرة تباع جزافاً، فهذا يكون قبضه بنقله وتحويله عن مكان البائع^(١).

استدل أصحاب هذا القول على أن قبض المنقول لا يتحقق بالتخلية، بل لا بد من أمر زائد عليها بما يلي:

الدليل الأول:

عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» وفي رواية «حتى يقبضه»^(٢).

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»^(٣). وفي رواية: «حتى يقبضه»^(٤).

(١) ينظر: الخرخشي ١٥٨/٥، المجموع شرح المهذب ٢٧٦/٩، المغني ١٨٦/٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص ١١١٠.

(٣) أخرجه مسلم (كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل قبضه برقم ١٥٢٥) وأبو داود (كتاب البيوع والتجارات باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى برقم ٣٤٩٦).

(٤) انظر تخريج هذه الرواية ص ١١١٠.

ووجه الدلالة من هذين الحديثين:

أن قوله: «حتى يكتاله» وقوله: «حتى يستوفيه» تفسير لقوله: «حتى يقبضه»، والاستيفاء لا يكون إلا بالكيل أو الوزن، وذلك فيما يحتاج إلى الكيل أو الوزن^(١).

الدليل الثاني:

عن عثمان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا بعث فكل، وإذا ابتعت فاكتل»^(٢).

نوقش هذا الاستدلال:

بأن الأمر في الحديث بالكيل خرج منخرج الغالب لأن الأغلب في الطعام أن يباع كيلاً، بدليل الاتفاق على جواز بيع الطعام جزأً، وبالوزن، فيكون المراد بالاكتيال: القبض والاستيفاء، وعلى هذا فلا دلالة فيه على وجوب كيل الطعام قبل بيعه^(٣).

الدليل الثالث:

عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم^(٤).

(١) التمهيد ١٣/٣٣٦.

(٢) أخرجه البخاري تعليقاً (كتاب البيوع باب الكيل على البائع والمعطي)، والدارقطني (كتاب البيوع ٨/٣) والبيهقي (كتاب البيوع باب الرجل يبتاع طعاماً كثيراً فلا يبعه حتى يكتاله لنفسه ٥/٣١٦).

كما أخرجه الإمام أحمد في المسند ١/٧٥ بلفظ: «يا عثمان إذا ابتعت فاكتل وإذا بعث فكل».

والحديث في إسناده راوٍ مجهول لكن قال البيهقي: «روي موصولاً من أوجه إذا ضم بعضها إلى بعض قوي» (السنن الكبرى ٥/٣١٥).

وقال ابن حجر - بعد أن أورد للحديث طرقاً -: «وبمجموع هذه الطرق يعرف أن للحديث أصلاً».

(٣) «القبض»، للقره داغي، مجلة المجتمع ٦ ص ٥٦٧.

(٤) انظر تخريج الحديث ص ١١٠٧.

ووجه الدلالة:

أن هذا الحديث مبين لكيفية القبض في المنقولات، وأنه لا يتحقق إلا بنقلها من مكانها، ولا تكفي التخلية، وهذا عام في جميع السلع.

الدليل الرابع:

عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «لقد رأيت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتاعون جزافاً - يعني الطعام - يضربون أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم»^(١).

ووجه الدلالة:

أن التخلية لو كانت كافية لكانوا ضربوا على ذلك، لأن تعزيرهم بذلك دليل على أن فعلهم محرم، وأن قبض الطعام لا يتم إلا بنقله، ويقاس عليه سائر المنقولات.

نوقش الدليل الثالث والرابع:

بأن الإلزام بالنقل والإيواء في هذين الحديثين لأن العرف جارٍ في زمانهم بقبض هذه الأشياء كذلك، وليس فيه دلالة على حصر القبض في ذلك، بدليل حديث ابن عمر رضي الله عنهما السابق في اقتضاء الدينير من الدراهم، والعكس، دون تناول حقيقي، لكون العرف جارياً بذلك^(٢).

فتبين أن المرجع في تحديد القبض إلى العرف.

الدليل الخامس:

عن جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري»^(٣).

(١) أخرجه البخاري - واللفظ له - (كتاب البيوع باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً ألا يبيعه برقم ١٩٩٣) ومسلم (كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ٢٨١٥).

(٢) انظر: «القبض» للقره داغي ٦/٦٥٠.

(٣) أخرجه ابن ماجه (كتاب التجارات باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض =

ووجه الدلالة من الحديث:

أن المقصود بجريان الصاعين: الكيل، وبه يتحقق قبض الطعام، ويقاس على الطعام غيره من سائر المنقولات.

الدليل السادس:

أن العرف جارٍ بأن قبض المنقولات لا يكفي فيه التخلية، والمرجع في تحديد ما يتحقق به القبض هو العرف^(١).

نوقش: بعدم التسليم بأن هذا العرف مطرد في كل زمان ومكان، بل العرف مختلف في هذه المسألة بدليل الخلاف الكبير بين العلماء في ذلك^(٢).

الترجيح:

إن المتأمل في أقوال الفقهاء هنا يجد أن ما يذكرونه من تحديدات للقبض إنما هو بحسب أعراف زمانهم، فاختلف فهم منشؤه اختلاف أعرافهم، والجميع يحيل في هذه المسألة على العرف، إذ ليس في النصوص الشرعية المتقدمة ما يلزم باتباع طريقة معينة في القبض، بل الأمر موكل إلى عرف الناس وعاداتهم، وهو يختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى زمان آخر، وعلى هذا فتعتبر التخلية كافية في تحقق القبض إذا جرى العرف بذلك، وبهذا القول أخذ مجمع الفقه الإسلامي^(٣).

وعلى ذلك فليس لأحد أن يلزم الناس بطريقة معينة في القبض، بل المحكم في ذلك هو العرف، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب

= برقم (٢٢١٩)، والبيهقي ٣١٦/٥ وقال: «وقد روي من وجه آخر، وفي الباب عن أبي هريرة عند البزار بسند حسن».

(١) المغني ٩١/٤ [طبعة دار إحياء التراث].

(٢) «القبض» للقره داغي ٥٦٨/٦.

(٣) مجلة المجمع ٧٧١/١/٦.

فقد ضل وأضل، قال ابن القيم رحمته الله: «فمهما تجد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيتك فلا تجره على عرف بلدك، وسله عن عرف بلده، فأجره عليه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف أعرافهم، وعوائدهم وأزمنتهم، وأحوالهم فقد ضل وأضل»^(١).

ما يجب فيه القبض قبل البيع:

إذا طلب الأمر من المأمور في المراهبة سلعة فاشتراها له المأمور، فهل للمأمور أن يبيعها إياه قبل القبض؟ وهل يختص ذلك بنوع من السلع أم في جميع السلع؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، وفيما يلي إشارة موجزة لأهم الأقوال وأدلتها بشيء من الاختصار حتى لا يخرج البحث عن مقصوده، فنقول:

أجمع العلماء على أن من اشترى طعاماً فليس له بيعه حتى يقبضه^(٢)، إلا ما يروى عن عثمان البتي أنه قال: لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه^(٣)، قال ابن عبد البر: «هذا قول مردود بالسنة، والحجة المجمععة على الطعام فقط، وأظنه لم يبلغه الحديث، ومثل هذا لا يلتفت إليه»^(٤)، وقال ابن القيم: «وأما ما حكى عن البتي من جوازه فإن صح فلا يعتد به»^(٥).

ثم اختلفوا فيما عدا الطعام، إذا اشتراه، فهل له أن يبيعه قبل قبضه، على أربعة أقوال:

(١) إعلام الموقعين ٨٩/٣.

(٢) التمهيد ٣٣٤/١٣، المغني ١٨٩/٦، الإفصاح ٣٤٣/١، المجموع شرح المهذب ٢/٩.

(٣) المغني ١٨٩/٦.

(٤) التمهيد ٣٣٤/١٣، وانظر: بداية المجتهد ١٧٢/٢.

(٥) تهذيب السنن ١٣١/٥.

القول الأول: المنع من بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً، عقاراً كان أو منقولاً .

وهذا هو قول ابن عباس^(١) ومذهب الشافعية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد^(٣)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(٤) وابن القيم^(٥).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - ما روى حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله إني اشتري ببيعاً فما يحل لي منها، وما يحرم علي؟ فقال: «يا ابن أخي إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه»^(٦).

٢ - ما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: «ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبت له نفسي لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»^(٧).

(١) المجموع شرح المذهب ٢٧٠/٩.

(٢) المجموع شرح المذهب ٢٧٠/٩، حاشية قلوبوي وعميره ٢٦٣/٢.

(٣) المغني ١٨٩/٦، الفروع ١٣٤/٤.

(٤) الاختيارات الفقهية ص ١٨٧.

(٥) تهذيب السنن ١٣٢/٥.

(٦) أخرجه أحمد ٤٠٢/٣ وابن حبان في صحيحه (الإحسان ٣٥٨/١١) والدارقطني ٨/٣ والبيهقي ٣١٣/٥ والحديث صححه ابن حبان، وقال عنه البيهقي: «إسناده حسن متصل»، وقال ابن القيم: «وهذا إسناد على شرطهما، سوى عبد الله بن عصمة، وقد وثقه ابن حبان، واحتج به النسائي». تهذيب السنن ١٣١/٥، وحسنه النووي في المجموع ٢٧١/٩.

(٧) أخرجه أحمد ١٩١/٥، وأبو داود (كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفى برقم ٣٤٩٩)، وابن حبان (الإحسان ٣٦٠/١١) والدارقطني ١٣/٣، والحاكم ٤٠/٢، والحديث صححه ابن حبان والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وصححه النووي في المجموع ٢٧١/٩.

ووجه الاستدلال من هذين الحديثين:
أن النهي فيهما عام في كل مبيع^(١).

٣ - ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»^(٢).

ووجه الاستدلال:

أن المبيع قبل القبض غير مضمون على المشتري، بدليل أن ما حدث به من عيب يستحق به المشتري الفسخ، لأنه من ضمان البائع، فإذا باعه المشتري فقد ربح فيما لم يضمن.

نوقش هذا الاستدلال:

بأن المراد بهذا الحديث «نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عندك فينهى الإنسان عن بيع ملك غيره ويضمن تخليصه لأنه غرر، ودليله: قوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»^(٣)، والغلة للمشتري فيكون الضمان منه فما باع إلا مضموناً، فلم يتناول الحديث محل النزاع»^(٤).

٤ - أن الصحابة الذين رووا أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، فهموا أن النهي عام في كل مبيع، ومنهم ابن عباس وجابر بن عبد الله رضي الله عنه^(٥).

القول الثاني: أنه لا يجوز بيع شيء من المنقولات حتى تقبض، أما العقار فلا بأس ببيعه قبل قبضه.

(١) الحاوي الكبير ٦/٢٦٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص ٣٢٥.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص ٤٠٣.

(٤) تهذيب الفروق ٣/٢٨٦.

(٥) المجموع شرح المذهب ٩/٢٧١، تهذيب السنن ٥/١٣٣.

وهذا مذهب الحنفية^(١).

استدل أصحاب هذا القول:

١ - بحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه المتقدم.

والشاهد منه قوله: «حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»، والنقل لا يمكن إلا في المنقولات دون العقار^(٢).

ويناقش: بأن الحديث ليس فيه تخصيص لعموم النهي، لأن من شرط المخصص أن يكون منافياً ولا منافاة بين الجزء والكل^(٣).

٢ - ولأن في المنقول غرر انفساخ العقد الأول بهلاك المبيع، وهو علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه، وهذا المعنى غير موجود في العقار، فإن الهلاك فيه نادر^(٤).

نوقش: بأن هذا منتقض بالمنقولات التي لا يتصور هلاكها كالحديد الكثير، وبالعقار الذي لا يؤمن فسخ العقد بهلاكه كعلو الدار^(٥).

القول الثالث: أنه لا يجوز بيع طعام قبل قبضه إذا اشترى بكييل أو وزن دون ما اشترى جزافاً وفيما سوى ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه. وهذا المشهور من مذهب المالكية^(٦)، ورواية عند الحنابلة^(٧).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من ابتاع طعاماً فلا

(١) بدائع الصنائع ٤١/٧، البحر الرائق ١٢٦/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٨٣/٢.

(٢) العناية ١٣٦/٦.

(٣) ينظر: تهذيب الفروق ٢٨٦/٣.

(٤) فتح القدير ١٣٥/٦.

(٥) المجموع شرح المهذب ٢٧٢/٩، الحاوي الكبير ٢٦٨/٦.

(٦) المنتقى شرح الموطأ ٢٧٢/٦، بداية المجتهد ١٧٢/٢، التاج والإكليل ٤٢٢/٦.

(٧) الفروع ١٣٤/٤، الإنصاف ٥٠٦/١١.

يبعه حتى يستوفيه»^(١)، وعن جابر رضي الله عنه مثله^(٢).

٢ - وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»^(٣).

٣ - وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض»^(٤).

ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث:

بأن هذه الأحاديث خصت النهي بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له بدليل الخطاب، وقوله: «يستوفيه» و«يكتاله» و«يقبضه» دليل على أن ما بيع جزافاً بخلافه، لأن الاستيفاء والقبض يراد به الكيل بدليل القرآن في قوله تعالى: ﴿فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ﴾ [يوسف: ٨٨].

وقوله: ﴿الَّذِينَ إِذَا أَكَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ﴾ ٢٠ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ٢١ [المطففين: ٢، ٣]^(٥).

نوقش هذا الاستدلال من أوجه:

١ - بأن ما في هذه الأحاديث لا يعتبر تخصيصاً، لأن من شرط المخصص أن يكون مخالفاً، ومن المقرر (أن ذكر بعض أفراد العام الموافق له في الحكم لا يقتضي التخصيص)^(٦)، فقد ثبت النهي عن بيع عموم السلع قبل قبضها، ومن المحتمل أن يكون ذكر الطعام خرج

(١) أخرجه البخاري (كتاب البيوع باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة برقم ٢١٣٣) ومسلم (كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٦).

(٢) أخرجه مسلم (كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٩).

(٣) أخرجه مسلم (كتاب البيوع باب بطلان المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٨).

(٤) أخرجه البخاري (كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبع ما ليس عندك برقم ٢١٣٥)، ومسلم (كتاب البيوع باب بطلان المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٥).

(٥) التمهيد ١٣/٣٢٩، المنتقى ٦/٢٧٢.

(٦) البحر المحيط للزركشي ٣/٢٢٠.

مخرج الغالب، فلا مفهوم له^(١).

٢ - وبأن هذا المفهوم معارض بمنطوق الأحاديث التي نهت عن بيع جميع السلع قبل قبضها، والمنطوق مقدم على المفهوم^(٢).

٣ - وبأن اختصاص الطعام بالمنع إنما هو مستفاد من مفهوم اللقب^(٣)، وهو لو تجرد لم يكن حجة فكيف وقد خالفه عموم الأحاديث المصرحة بالمنع مطلقاً؟^(٤).

٤ - وبأن مفهوم المخالفة الذي استدلوا به معارض بما هو أقوى منه دلالة وهو مفهوم الموافقة، فإنه إذا نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع كثرة الحاجة إليه وعمومها فغير الطعام بطريق الأولى^(٥).

٥ - وبأن ابن عباس رضي الله عنهما أحد رواة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه - قال: «وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام»، ففهم أن النهي لا يخص بالطعام.

أجيب: بأنه لو كان النهي عاماً لما نسبته إلى رأيه، ولكنه قال: «أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام»^(٦).

لكن يرد على ذلك: أنه لم ينف النهي عن بيع ما سوى الطعام قبل قبضه، بل أخبر بما سمع، وغيره روى المنع في عموم السلع.

القول الرابع: أنه لا يجوز بيع ما اشترى بوزن أو كيل أو عد أو ذرع حتى يقبض، وفيما عدا ذلك يجوز بيعه قبل قبضه.

(١) تهذيب السنن ١٣٣/٥.

(٢) المجموع شرح المهذب ٢٧١/٩.

(٣) مفهوم اللقب: تخصيص اسمٍ بحكم، مثل: «جعلت لي الأرض مسجداً» شرح الكوكب المنير ٥١٠/٣.

(٤) تهذيب السنن ١٣٣/٥.

(٥) تهذيب السنن ١٣٣/٥.

(٦) فتح الباري ٣٤٩/٤.

وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة^(١).

استدل أصحاب هذا القول بأدلة القول الثالث، وقالوا: «إن الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكياً أو موزوناً أو معدوداً، فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به»^(٢).

ويناقش هذا الاستدلال بمثل ما نوقشت به أدلة القول الثالث.

الترجيح:

باستعراض الأقوال وأدلتها فإن الذي يترجح للباحث هو القول الأول بالمنع من بيع كل السلع قبل قبضها، لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، ولأن العلة التي من أجلها منع البيع قبل القبض متحققة في كل السلع،: «فإن المأخذ الصحيح في المسألة: أن النهي معلل بعدم تمام الاستيلاء، وعدم انقطاع علاقة البائع عنه، فإنه يطمع في الفسخ والامتناع من الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه، ويغره الربح وتضييق عينه منه، وربما أفضى ذلك إلى التحيل على الفسخ ولو ظلمًا، وإلى الخصام والمعاداة، والواقع شاهد بهذا»^(٣).

ولما في ذلك من التحرز عن شبهة الربا فقد سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن علة النهي، فقال: «ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ» أي: «فإذا اشترى طعاماً بمائة دينار مثلاً ودفعها للبائع، ولم يقبض منه الطعام ثم باع الطعام لآخر بمائة وعشرين ديناراً وقبضها والطعام في يد البائع فكأنه باع مائة دينار بمائة وعشرين ديناراً، وعلى هذا التفسير لا يختص النهي بالطعام»^(٤)، والله أعلم.

(١) المغني ٦/١٨١، حاشية المقنع ٢/٦٠، شرح المنتهى ٢/١٨٧.

(٢) المغني ٦/١٨٤.

(٣) تهذيب السنن ٥/١٣٧.

(٤) فتح الباري ٤/٣٤٩.

وعلى ذلك فلا يجوز للمصرف في بيع المرابحة للآمر بالشراء أن يبيع السلعة حتى يملكها ويقبضها قبضاً حقيقياً حتى لا يشمل نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع السلع قبل قبضها.

الفرع الثالث: الشرط الثالث: أن تكون السلعة المباعة حالّة:

من شروط صحة بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا كان الثمن فيها مؤجلاً: أن تكون السلعة المباعة حالّة لا مؤجلة.

ولا يلزم من ذلك أن تكون حاضرة عند المتعاقدين، بل يصح العقد ولو كان البيع على الصفة.

والأصل في هذا الشرط إجماع الأمة على تحريم بيع الكالئ بالكالئ^(١).

والباعث على ذكر هذا الشرط أمران:

الأمر الأول:

ما ذكره فضيلة الدكتور محمد الضرير، في بحثه عن المرابحة^(٢)، حيث يقول: «وقد كان لي رأي قديم في فهم هذا الحديث، كتبه قبل عشرين عاماً خلاصته أن النهي في الحديث - أي حديث حكيم بن حزام في النهي عن بيع ما ليس عنده - يتناول بيع الإنسان ما لا يملك إذا كان مدخولاً على تسليمه في الحال، ولا يتناول بيع الأشياء الموصوفة المتفق على تسليمها بعد مدة محددة من الزمان لأن العلة في المنع هي الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم، وهذا الغرر يزول أو يقل إذا كان التسليم بعد مدة يغلب منها تمكن البائع من الحصول على المبيع وتسليمه للمشتري».

(١) انظر ص ٧٤٥.

(٢) مجلة المجمع ١٠٠٣/٢/٥.

وبناء على ذلك فيمكن أن نعتبر هذا قولاً رابعاً يضاف إلى الأقوال الثلاثة السابقة في الإلزام بالوعد، لكن لا على أنه وعد بل عقد. ويمكن أن نتصور حالات بيع الإنسان ما ليس عنده إذا كان الثمن مؤجلاً على النحو الآتي:

١ - أن تكون السلعة المباعة عيناً فالبيع فاسد، ولا أعلم أحداً من أهل العلم صححه.

٢ - أن تكون السلعة المباعة موصوفة في الذمة وحالة، فالبيع صحيح عند الشافعية وفسد عند الجمهور ولا أعلم أيّاً من المصارف الإسلامية أخذ بقول الشافعي هذا.

٣ - أن تكون السلعة المباعة موصوفة في الذمة ومؤجلة، ومقتضى كلام أهل العلم أنه لا يصح العقد لأنهم منعوا من المواعدة بله المعاقدة، وعلى الرأي الذي ألمح إليه فضيلته فإن العقد محتمل للتصحيح.

والمحظور في هذه الصورة هو أن العوضين مؤجلان، فهي من الكالئ بالكالئ وقد أجمع على تحريمه.

لكن قد يقال: إن حكاية الإجماع هذه غير دقيقة، فقد جوز الأحناف الاستصناع، وجوز المالكية الشراء من دائم العمل لا على وجه السلم، وبيع الدين من غير المدين، وجوز ابن تيمية قلب الدين على المدين إذا لم يربح فيه الدائن، وكل هذه المسائل من الكالئ بالكالئ^(١).

إلا أن مقتضى كلامهم أن هذه استثناءات من أصل التحريم، جوزت للحاجة، والواقع الآن أن ليس ثمة حاجة ملحة لتصحيح المعاقدة في المرابحة كحاجة الناس للاستصناع والتوريد مثلاً، إذ إن حاجة الناس تندفع بالوعد غير الملزم، فضلاً عن أن ثمة أدلة أخرى - سوى الحاجة - سوغت لأهل العلم تجويز المعاملات المذكورة، والله أعلم.

(١) سيأتي الحديث مفصلاً عن هذه العقود في المبحث الثاني بمشيئة الله تعالى.

الأمر الثاني: (الموجب للتنقيص على اشتراط الحلول):

هو أن البنوك - ومنها البنوك الإسلامية - بدأت تتجه في الآونة الأخيرة - من خلال صناديقها الاستثمارية - إلى عقد صفقات المراهبة في الأسواق المالية العالمية.

فتشتري البضائع وتبيعها بالآجل، فلم يعد الأمر قاصراً على المراهبات المحلية.

وهذه المعاملة يجب أن تسترعي انتباه أهل العلم والقائمين على الهيئات الشرعية ذلك أنها لا تخلو من محاذير متعددة منها:

١ - أن المراهبات التي تعقد في الأسواق المالية يتم كثير منها عن طريق العقود المستقبلية، فلا البائع يستلم الثمن، ولا المشتري يستلم البضاعة، فالبيع بهذه العقود محرم لأنه من الكالئ بالكالئ.

٢ - أن كثيراً من هذه المراهبات صورية، وحقيقتها مضاربات في أموال غير موجودة أصلاً عند بائعها فهي أشبه بصفقات البورصة التي هي كالمقامرة على تقلبات الأسعار، فيجب التثبت من امتلاك البائع للبضاعة بطلب شهادة مخزون تثبت أن السلع والبضائع محل التعاقد موجودة فعلاً لدى البنوك الخارجية، وأن تفرز وتميز وتحجز فعلاً تنفيذاً لعقد المراهبة، وذلك كيلا تكون المعاملة صورية غير مشروعة^(١).

٣ - ونقطة الارتكاز في هذه القضية أن الذي يتولى عقد هذه الصفقات بنوك أجنبية بالوكالة عن البنوك الإسلامية، فمن أين لتلك البنوك أن تعرف الضوابط الشرعية في المعاملات؟ أو أن تعرف أحكام الصرف أو بيع الدين أو الكالئ بالكالئ، أو ما يجب فيه التقابض أو التماثل وما لا يجب.

(١) الدليل الشرعي للمراهبة ص ١٣٩.

إن الذي فهمته من عدد من البنوك أن كون الصندوق يضارب في البضائع - متجنباً الأسهم والسندات - يعد كافياً لأن يضيف عليه اسم: صندوق المربحة الشرعية!! فאלله المستعان.

من أجل ذلك فقد صدرت عدة توصيات من بعض الهيئات الشرعية تنادي فيها المصارف الإسلامية تحاشي - قدر الإمكان - الدخول في هذه الأسواق، وإذا لزم الأمر فأن تثبت من شرعية المبيعات.

الفرع الرابع: الشرط الرابع: ألا يكون القصد من المعاملة التحايل على الربا:

لما كان التأجيل من سمات المربحة المصرفية، كان من الضروري ضبط هذه المعاملة بعدم قصد الحيلة منها وذلك لكثرة الأخطاء التطبيقية العائدة إلى عدم الالتزام به في المصارف^(١).

ويظهر التحايل على الربا في المربحة المصرفية في صور متعددة، من أهمها صورتان:

الأولى: أن تحتاج إحدى الشركات إلى تمويل، فتعرض على البنك شراء أسهمها أو شيء من ممتلكاتها بنقد، على أن تشتريها منه بثمن أعلى نسيئة.

والثانية: أن يكون الأمر بالشراء هو نفسه البائع على البنك، فإن كثيراً من الأمرين بالشراء يطلب شراء السلعة من شخص بعينه، قد يكون شريكاً أو وكيلاً له أو بينه وبين الأمر مواطأة على الحيلة.

ويندرج تحت هاتين الصورتين صور فرعية متعددة ستأتي الإشارة إلى شيء منها في المسائل التطبيقية.

وحكم هاتين المسألتين ينبني على اختلاف العلماء في مسألة «العينة»:

(١) الدليل الشرعي للمربحة ص ٧٥.

وسوف نبين أولاً حكم بيع العينة، وعلى ضوء ذلك يتضح الحكم الشرعي لهاتين المسألتين.

فالعينة في اصطلاح الفقهاء: «بيع سلعة إلى أجل ثم شراؤها من المشتري بأقل من ثمنها نقداً»^(١).

سميت بذلك لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً، أي نقداً حاضراً^(٢).

ولا خلاف بين الفقهاء على تحريم بيع العينة إذا كان هناك شرط مذكور في العقد الأول على الدخول في العقد الثاني^(٣).

وأما إذا لم يكن شرط، واشتراها بأقل من ثمنها الأول، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز بيع العينة:
وهذا مذهب الشافعي^(٤)، والظاهرية^(٥).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول

قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ووجه الدلالة منه:

أن الآية عامة، فيدخل بيع العينة في عموم ما أحله الله، ولم يأت

(١) فتح القدير ٦/٣٢٣، مواهب الجليل ٤/٤٠٤، حواشي الشرواني ٤/٣٢٢، شرح المنتهى ٢/١٥٨.

(٢) المصباح المنير ص ١٦٧، المغرب ص ٣٣٥، طلبة الطلبة ص ١١٢.

(٣) تكملة المجموع ١٠/١٥٧، المنشور في القواعد ٢/٢٦٢، المحلى ٩/٤٧.

(٤) أسنى المطالب ٢/٤١، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣/٤٤، نهاية المحتاج ٣/٤٧٧، حاشية الجمل ٣/٦٨.

(٥) المحلى ٩/٤٧.

تفصيل تحريمه في كتاب ولا سنة^(١).
ويناقش: بأن عموم الآية مخصوص بأدلة المانعين كما سيأتي.

الدليل الثاني:

ما روى أبو هريرة وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهما أن النبي ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: «أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «لا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم اشتر بالدرهم جنيباً»^(٢).

ووجه الدلالة منه:

أن النبي ﷺ قال له: «بع الجمع ثم اشتر جنيباً» ولم يفرق بين أن يشتري من المشتري أو من غيره^(٣).

نوقش: بأن قوله: «ثم اشتر بالدرهم جنيباً» «مطلق، والمطلق لا يشمل، ولكن يشيع، فإذا عمل به في صورة سقط الاحتجاج به فيما عداها، ولا يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باعه تلك السلعة بعينها»^(٤).

أي فيجب حمله على صورة البيع الصحيح^(٥).

الدليل الثالث:

ولأنه إذا جاز - بالاتفاق - أن يبيعه السلعة بمائة دينار ديناً ثم

(١) الحاوي الكبير ٦/٣٥١، المحلى ٩/٤٧.

(٢) أخرجه البخاري (كتاب البيوع باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه برقم ٢٢٠١) ومسلم (كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم ١٥٩٣).

(٣) شرح مسلم للنووي ١١/٢١، فتح الباري ٤/٤٠١، الحاوي الكبير ٦/٣٥٣، عمدة القاري ١١/١٠.

(٤) فتح الباري ٤/٤٠١.

(٥) إعلام الموقعين ٣/٢٣٥.

يشتريها منه بمائتين، ولم يُجعل ذلك مبادلة مائة بمائتين، فكذلك، إذا باعها بمائتين ثم اشتراها بمائة^(١).

ولأنه إذا جاز بيع السلعة من غير بائعها بثمن، فيجوز بيعها من بائعها بذلك الثمن كالعرض.

وإذا جاز بيع السلعة من شخص بعرض، فيجوز بيعها منه بقيمة ذلك العرض كالأجنبي^(٢).

ويناقش: بأن الأقيسة المذكورة لا تصح لأمرين:

الأول: أنها أقيسة في معارضة النص فهي فاسدة الاعتبار.

والثاني: أن الصور المذكورة تفارق العينة لانعدام شبهة الربا فيها، بخلاف العينة فإن الشبهة قوية في كونها ذريعة إلى الربا^(٣).

القول الثاني: تحريم بيع العينة:

وإلى هذا ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والحنابلة^(٦).

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»^(٧).

(١) الأم ٧٩/٣.

(٢) الحاوي الكبير ٣٥٢/٦.

(٣) المغني ٢٦١/٦.

(٤) فتح القدير ٣٢٣/٦، العناية ٣٢٣/٦، البحر الرائق ٢٥٦/٦.

(٥) المقدمات الممهدة ٣٩/٢، مواهب الجليل ٤٠٦/٤، بلغة السالك ٤١/٢.

(٦) المغني ٢٦١/٦، الإنصاف ١٩٢/١١، شرح المنتهى ١٥٨/٢.

(٧) أخرجه أحمد ٨٤/٢، وأبو داود (كتاب البيوع والإجازات باب النهي عن العينة برقم =

ووجه الدلالة منه:

أن الحديث دل على أن التبايع بالعينة سبب للإذلال، وجعل الوقوع في هذه الأمور المذكورة بمنزلة الخروج من الدين، ولا يكون ذلك إلا لأمر محرّم^(١).

نوقش الحديث من وجهين:

الأول: أن الحديث ضعيف لأن في إسناده انقطاعاً^(٢).

والثاني: أن دلالة الحديث على التحريم غير واضحة لأنه قرن العينة بالأخذ بأذنان البقر والاشتغال بالزرع، وذلك غير محرّم، وتوعد عليه بالذل وهو لا يدل على التحريم^(٣).

وأجيب عن الوجه الأول بأن للحديث طرقاً يرتقي بها إلى رتبة الاحتجاج كما هو مبين في تخريجه.

وعن الوجه الثاني: بأن الوعيد ليس لمجرد الزرع والحرث بل لما اقترن به من الإخلاد إليه، والانشغال به عن الجهاد في سبيل الله، ولا

= (٣٤٦٢) والبيهقي ٣١٦/٥ وله عن ابن عمر ثلاث طرق:

الأول: عن الأعمش عن عطاء عنه، وفيه عنن الأعمش وهو مدلس.

والثاني: عن إسحاق أبي عبد الرحمن الخراساني عن عطاء الخراساني عنه. وإسحاق هذا ضعيف.

والثالث: عن شهر بن حوشب عن ابن عمر، وشهر هذا فيه مقال.

فطرق الحديث لا تخلو من مقال، إلا أنها باجتماعها يقوي بعضها بعضاً فيرتقي الحديث إلى رتبة الاحتجاج، لذا فقد صحح الحديث: ابن تيمية، وابن القيم (إعلام الموقعين ١٧٨/٣) وابن القطان (نصب الراية ١٧/٤) وقال ابن حجر في بلوغ المرام ص ١٧٧: رواه أبو داود من رواية نافع عنه، وفي إسناده مقال، ولأحمد نحوه من رواية عطاء، ورجاله ثقات.

والحديث صححه الشوكاني (نيل الأوطار ٢٩٨/٦) والألباني (السلسلة الصحيحة ١٦/١).

(١) نيل الأوطار ٢٩٩/٦.

(٢) الدراية ١٥١/٢.

(٣) نيل الأوطار ٢٩٩/٦.

شك أن هذا أمر مذموم شرعاً^(١).

ثم إنه لا يخفى ما في دلالة الاقتران من الضعف، فقد يجمع الكلام بين القرائن في اللفظ الواحد ويفرق بينها في الحكم، كما في قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١].

الدليل الثاني:

عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم، فقالت: يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة، وإني ابتعته منه بستمائة نقداً، فقالت لها عائشة: بئس ما اشتريت وبئس ما شريت، وإن جهاده مع رسول الله ﷺ قد بطل إلا أن يتوب^(٢).

ووجه الدلالة منه:

أن الظاهر أن عائشة رضي الله عنها لا تقول مثل هذا التعليل وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه، يدل على ذلك أمران:

الأول: أن القياس لا يقتضي ما ذكرته.

والثاني: أن إبطال الجهاد بالاجتهاد لا يجوز^(٣).

(١) نيل الأوطار ٢٩٩/٦، السلسلة الصحيحة ١٧/١.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/٨٤ برقم ١٤٨١٢) والدارقطني ٥٢/٣، والبيهقي ٣٣٠/٥، وأعله الدارقطني بجهالة العالية بنت أيفع زوجة أبي إسحاق. وتعقبه غير واحد فقال في الجوهر النقي: «قلت: العالية معروفة روى عنها زوجها وابنها وهما إمامان وذكرها ابن حبان في الثقات» ٣٣٠/٥، وقال ابن الجوزي: «قالوا: العالية مجهولة لا يقبل خبرها، قلنا: بل هي امرأة معروفة جلييلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات» نصب الراية ١٦/٤، وقال ابن القيم: «فهذه امرأة أبي إسحاق وهو أحد أئمة الإسلام الكبار وهو أعلم بامرأته وبعدها فلم يكن ليروي عنها سنة يحرم بها على الأمة وهي عنده غير ثقة» إعلام الموقعين ٣/١٧٩، فظهر بهذا أن الأثر صحيح ولذا قال الزليعي ١٦/٤: «قال في التنقيح: هذا إسناد جيد».

(٣) المغني ٢٦١/٦، الحاوي الكبير ٣٥١/٦، إعلام الموقعين ٣/١٨١.

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أنه لا يصح إسناده لجهالة امرأة أبي إسحاق الراوية لهذا الأثر عن عائشة رضي الله عنها ^(١).

الوجه الثاني: أنه لا يصح معنى لأن زيدياً لو كان أتى أعظم الذنوب من الربا الصريح وهو لا يدري أنه حرام لكان مأجوراً في ذلك أجراً واحداً غير آثم فكيف يظن بأم المؤمنين إبطال جهاد زيد في شيء عمله مجتهداً؟! وإبطال الأعمال لا يكون إلا بالشرك ^(٢).

الوجه الثالث: أنه لو سلم بصحة الأثر لما كان فيه حجة، لأن زيدياً خالفها، وإذا اختلف الصحابييان وكان القياس مع أحدهما كان قول من عاضده القياس أولى ^(٣).

وأجيب عن الوجه الأول: بأن تضعيف الحديث بجهالة امرأة أبي إسحاق مردود بما هو مبين في تخريج الأثر، وقد ذكرها ابن حبان في الثقات ^(٤).

وعن الوجه الثاني: بأن عائشة لم تقصد إحباط العمل بالشرك أو بالردة، بل قصدت أن هذا من الكبائر التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد، ويصير بمنزلة من عمل حسنة وسيئة بقدرها فكأنه لم يعمل شيئاً ^(٥).

وعن الوجه الثالث: بأن القول بأن زيدياً رضي الله عنه قد خالفها غير صحيح، فإنه لم يقل قط: إن هذا حلال، ولا أفتى بذلك يوماً، ومذهب الرجل لا يؤخذ من فعله إذ لعله فعله ناسياً أو ذاهلاً أو غير متأمل ولا ناظراً أو متأولاً أو ذنباً يستغفر الله منه ويتوب ^(٦).

(١) الحاوي الكبير ٦/٣٥٢، المحلى ٩/٤٩.

(٢) المحلى ٩/٥٠.

(٣) الحاوي الكبير ٦/٣٥٢.

(٤) الثقات ٥/٢٨٩.

(٥) تهذيب السنن ٥/١٠٥.

(٦) إعلام الموقعين ٣/١٨١.

الدليل الثالث:

الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم في تحريم هذا البيع، فقد روي ذلك:

- عن عائشة رضي الله عنها وقد تقدم.
- وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل باع من رجل حريرة بمائة ثم اشتراها بخمسين نقداً، فقال: «دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة»^(١).
- وعن أنس رضي الله عنه أنه سئل عن العينة فقال: «إن الله لا يخذع، هذا مما حرم الله ورسوله»^(٢). وهذا له حكم الرفع.
- ولم يعلم لهؤلاء مخالف من الصحابة، فكان كالإجماع منهم على تحريم العينة^(٣).

الدليل الرابع:

أن الله تعالى حرم الربا، والعينة وسيلة إلى الربا، بل هي من أقرب وسائله، والوسيلة إلى الحرام حرام، فإن المتعاقدين لم يعقدا على السلعة بقصد تملكها ولا غرض لهما فيها بحال، وإنما الغرض والمقصود بالقصد الأول: مائة بمائة وعشرين، وإدخال تلك السلعة في الوسط تليس وعبث، حتى لو كانت السلعة تساوي أضعاف ذلك الثمن، أو تساوي أقل جزء من أجزائه لم يباليوا بجعلها مورداً للعقد لأنهم لا غرض لهم فيها^(٤).

(١) ذكره ابن حزم في المحلى ٤٨/٩، وقال ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/١٧٨: «روى محمد بن عبد الله الحافظ المعروف بمطين في كتاب البيوع له - فذكر أثر ابن عباس وأنس الآتي».

(٢) انظر: الهامش السابق.

(٣) تهذيب السنن ١٠١/٥.

(٤) تهذيب السنن ١٠١/٥.

الترجيح:

من خلال استعراض أدلة الفريقين فإن الذي يترجح للباحث هو القول بتحريم بيع العينة إذا كان ثمة مواطأة أو اتفاق أو عادة أو شرط لفظي أو عرفي، أما إذا خلت المبايعة من ذلك فإن الأرجح هو جوازها إذا قبض المشتري السلعة قبضاً تاماً، لأن المعنى الذي حرمت من أجله العينة وهو التحايل على الربا منتفٍ حينئذ، ولأن المشتري لو منع من إعادة السلعة إلى بائعها لربما حصل عليه ضرر في ذلك، فقد لا يجد من يشتريها بسعر مناسب إلا بائعها لأنه قد يكون أعلم بها أو مختصاً ببيعها ونحو ذلك، والخرج مرفوع في الشريعة، وبهذا تجتمع الأدلة بإذن الله.

وقد ذهب إلى مثل هذا الإمام أحمد في مسألة مشابهة، فقال: «لو باع من رجل دنانير بدراهم، لم يجز أن يشتري بالدراهم منه ذهباً، إلى أن يمضي ويبتاع بالورق من غيره ذهباً فلا يستقيم، فيجوز أن يرجع إلى الذي ابتاع منه الدنانير فيشتري منه ذهباً»^(١).

واختار شيخ الإسلام ابن تيمية في بيع العينة أنه إذا لم يكن مواطأة فإنه يصح العقد الأول، فإن كانت مواطأة بطل العقدان جميعاً، وذكر أن هذا قول أحمد^(٢).

وألحق أهل العلم بالعينه عكسها وهو: ما لو باعه سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة، قال ابن القيم رحمته الله: «قد نص أحمد.. على أنه لا يجوز إلا أن تتغير السلعة لأن هذا يتخذ وسيلة إلى الربا، فهو كمسألة العينة سواء، وهي عكسها صورة، وفي صورتين قد ترتب في ذمته دراهم مؤجلة بأقل منها نقداً، لكن في إحدى صورتين: البائع هو الذي اشتغلت ذمته، وفي الصورة الأخرى: المشتري هو الذي اشتغلت ذمته، فلا فرق بينهما»^(٣).

(١) إعلام الموقعين ٣/٢٤٢، الفروع ٤/١٦٧.

(٢) الفروع ٤/١٧٠.

(٣) تهذيب السنن ٥/١٠٧، وانظر: المغني ٦/٢٦٣، حاشية الدسوقي ٣/٨٨، بلغة السالك ٢/٤٧.

وبناء على ما سبق:

فإنه يحرم على البنك في بيع المراجعة للأمر بالشراء أن يشتري السلعة من شركة أو محل تابع للأمر أو من وكيله، لأن صورة ذلك كصورة عكس مسألة العينة فإن الأمر يبيع السلعة بنقد ثم يشتريها من البنك نسيئة.

ولكن لو وقع الشراء منه اتفاقاً، بأن طلب الأمر سلعة موصوفة في الذمة، فلم يجد البنك أحسن عرضاً مما هو عنده لذات السلعة، فالأقرب - والله أعلم - أن العقد جائز إذا لم يكن ثم مواطأة.

ويدخل في العينة بل هي أشد صورها تحريماً ما إذا اتفق الأمر والبنك على أن يبيعه السلعة ثم يبيعه الأمر إلى البائع الأصلي، فهذه هي الحيلة الثلاثية، قال ابن القيم: «وللعينة صورة خامسة - وهي أقبح صورها وأشدّها تحريماً - فذكر الحيلة الثلاثية»^(١).

والمتتبع لقرارات الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية يلحظ اهتماماً واضحاً من قبل تلك الهيئات، ووقوفاً حازماً إزاء تطفل العينة على عقود المراجعة المصرفية، فهي تؤكد بين الفينة والأخرى على الجهات التنفيذية على التحري في هوية الأمر والبائع، وألا يكون البائع وكيلاً أو شريكاً أو متواطئاً مع الأمر^(٢)، نسأل الله أن يكلل هذه الجهود بالنجاح، وأن يصاحب ذلك تنفيذاً جاداً من قبل الجهات التنفيذية. والله الموفق.

وتتحقق العينة في عقود المراجعة المصرفية في عدة صور، منها:

١ - قيام البنك بسد عجز ميزانية الدولة عن طريق شراء أسهم أو معدات

(١) تهذيب السنن ١٠٩/٥، وانظر مجموع فتاوى ابن تيمية ٧٤/٢٨، أقسام المدائنة لابن عثيمين ضمن كتاب رسائل فقهية ص ١٠٧.

(٢) انظر على سبيل المثال: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي رقم ٢٦٦، ١٧، ١٥، وقرارات الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي رقم ١٢١، ٨٨، ٧٨، ٧٢، والفتوى رقم ٢٢ للهيئة الشرعية لبنك الغرب الإسلامي، السودان، الفتوى رقم ٢٩ للمستشار الشرعي للبركة، ندوات البركة الاقتصادية ص ١٤٠، الدليل الشرعي للمراجعة ص ٧٩ - ٩١.

معينة لشركة حكومية ثم بيعها إليها بثمن أكبر مؤجلاً .

٢ - إذا اشترى البنك السلعة من شركة، وباعها لشركة أخرى، ومالك الشركتين واحد (الشركات القابضة).

٣ - أما إذا كان الواعد بالشراء شركة مملوكة جزئياً للبائع أو بالعكس، فقد اختلفت هيئات الفتوى في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنها من العينة، لأن للواعد نصيباً في الشركة البائعة فهو يطلب من البنك الشراء من نفسه والبيع له، وهذا الشرط فيه مصلحة ظاهرة له .

وهذا ما ذهب إليه الهيئات الشرعية لبنك الغرب الإسلامي بالسودان، وبيت التمويل الكويتي^(١).

القول الثاني: أن هذه ليست من العينة لأن من شرط العينة - كما قرر أهل العلم -: أن يكون المشتري الثاني هو البائع الأول أو وكيله^(٢)، والواعد هنا ليس هو البائع الأول ولا وكيلاً له وإنما شريك . وهذا ما ذهب إليه ندوة البركة الاقتصادية الثامنة^(٣).

القول الثالث: إنه يفرق بين الشركات التابعة التي تزيد نسبة ملكية الواعد أو البائع فيها عن النصف، والشركات الزميلة وهي تقل نسبة ملكية الواعد أو البائع فيها عن النصف، فيحرم العقد في الأولى دون الثانية إعطاءً للأكثر حكم الكل .

والذي يظهر للباحث التفصيل في هذه المسألة:

فإما أن ينص الواعد على شراء السلعة من شركة بعينها أو لا، فإذا

(١) الدليل الشرعي للمراجعة ص ٨٤.

(٢) فتح القدير ٦/٦٩، تبين الحقائق ٤/٥٣، التاج والإكليل ٤/٣٩٧، الكافي ٣/٤١.

(٣) فتاوى ندوات البركة ص ١٤٠.

لم ينص فيجوز للبنك أن يشتري السلعة من أي شركة حتى ولو كانت ملكية الواعد فيها تمثل أغلبية، أو كانت الشركة البائعة نفسها تمتلك أغلبية في الشركة الأمرة، لأن احتمال المواطأة منتفٍ حينئذ.

أما إذا نص الواعد على شراء السلعة من شركة بعينها، فالأمر لا يخلو:

أ - إما أن يكون للواعد نسبة قليلة في ملكية الشركة، مثل أي مساهم يطلب شراء سلعة من الشركة التي ساهم فيها، فلا محذور في ذلك، لأن احتمال المواطأة بعيد، ولو حرمت هذه الصورة لأدى ذلك إلى إغلاق المراجعة في وجوه كثير من الناس، إذ قلَّ أن يخلو أحد من أن يحتاج إلى شراء سلعة بالمراجعة من شركة له أسهم فيها.

ب - أو يكون له أغلبية فيها أو العكس، فاحتمال المواطأة وارد جداً، إذ قد يكون الهدف هو التمويل وليس السلعة، فيجب على المصرف أن يتحرى في هذا الطلب، لئلا تتخذ المراجعة غطاءً للتمويل الربوي، فإن تبين أن السلعة مقصودة حقيقة فليس من العينة، وإن تبين أن المقصود هو التمويل فيحرم، ويقوي احتمال المواطأة إذا كانت السلعة موجودة بنفس المواصفات عند شركة أخرى غير المنصوص عليها.

واشترط أهل العلم في العينة أن يكون البائع الأول هو المشتري الثاني لا ينفي تحققها إذا كان ذلك عن مواطأة بينهما، فإنها تكون من العينة الثلاثية، وهي أشد أنواعها تحريمًا.

الفرع الخامس: الشرط الخامس: أن يقع البيع باتًا غير مبهم:

لما كان الأجل ملازمًا للمراجعة المركبة، وكانت المصارف تضع أسعارًا للسلعة المباعة تتفاوت بتفاوت الأجل، جاء اشتراط: (أن يقع البيع باتًا) احترازًا من الإبهام في العقد، بأن يقول للعميل: هي بنقد كذا وبنسيئة كذا، أو يقول: هي بنقد بمائة ألف ريال، أو بالتقسيط ثلاثين شهرًا، بمائة وخمسين، ويقع البيع بينهما من غير بتٍّ بأحد السعرين.

وهذا الشرط مطلوب في مرحلة المعاقدة لا في مرحلة المواعدة.

وقد اختلف العلماء في هذا الشرط على قولين:

القول الأول: ذهب عامة أهل العلم إلى أنه لا يجوز أن يذكر البائع للسلعة ثمينين: أحدهما حالاً، والآخر نسيئة، ويتم العقد دون جزم بأحدهما^(١)، بل حكى بعضهم الاتفاق على ذلك^(٢)، إلا أن هذا الإجماع لا يصح لما سيأتي.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه (نهى عن بيعتين في بيعة)^(٣).

ووجه الدلالة منه:

أن الحديث محمول على ما إذا باعه بعشرة نقداً وبخمس عشرة إلى أجل، فيقع البيع بينهما من غير أن يعين بأي الثمين اشترى^(٤).

وبهذا فسره ابن مسعود رضي الله عنه أحد رواة الحديث - فقد قال: «صفتان في صفقة ربا أن يقول الرجل: إن كان بنقد فبكذا وإن كان نسيئة فبكذا»^(٥).

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الصورة المذكورة بعيدة عن معنى الحديث إذ ليست

(١) المبسوط ٨/١٣، بدائع الصنائع ٥٩٦/٦، المنتقى ٣٩٥/٦، حاشية الدسوقي ٥٨/٣، نيل الأوطار ٢٣٥/٦، الأم ١٨٦/٨، المجموع شرح المهذب ٣٣٨/٩، المغني ٦/٣٣٣، الإنصاف ٢٣٢/١١.

(٢) بداية المجتهد ١٨٣/٢، الغرر ص ٨٢.

(٣) الحديث سبق تخريجه، انظر ص ٦٧٧.

(٤) غريب الحديث ٢/٢٢٤، معالم السنن ٩٨/٥، نيل الأوطار ٢٣٥/٦.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة ٥٤/٥، وعبد الرزاق ١٣٨/٨، وبمثل تفسير ابن مسعود فسره سماك بن حرب راوي هذا الحديث عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، انظر المصنف لابن أبي شيبة ٥٤/٥.

بيعتين، وإنما بيعة واحدة بأحد الثمنين، ولا مدخل للربا هنا^(١).

الوجه الثاني: أن العلماء اختلفوا في تفسير الحديث على أقوال:

القول الأول: أن المراد ببيعتين في بيعة: اشتراط عقد في عقد.

وبهذا فسره الإمام الشافعي وأحمد - رحمهما الله -، في أحد التفسيرين المرويين عنهما، وهو تفسير الحنفية أيضًا^(٢).

القول الثاني: أن المراد قلب الدين في صورة بيع الدين المؤجل على المدين إلى أجل آخر بزيادة عليه.

أشار إلى ذلك في معالم السنن^(٣).

القول الثالث: أن المراد أن يقول له: أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين^(٤).

القول الرابع: أن المراد به ما ذكره أصحاب القول الأول، وهو بيع السلعة بسعرين من غير بت في أحدهما.

القول الخامس: أن المراد بالحديث: بيع العينة.

مثل: أن يشتري سلعة بمائة مؤجلة، ثم يبيعها على بائعها الأول بثمانين حالة.

وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم^(٥)، وقد أيد هذا المعنى بما يلي:

(١) إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية، ضمن الفتاوى الكبرى ٥١/٦، تهذيب السنن ١٤٨/٥، فتح القدير ٨١/٦.

(٢) الأم ٧٨/٣، المغني ٣٣٢/٦، فتح القدير ٨٠/٦، المحلى ١٥/٩.

(٣) معالم السنن ٩٨/٥، نيل الأوطار ٢٣٥/٦.

(٤) المنتقى ٣٩٠/٦، بداية المجتهد ١٨٢/٢.

(٥) إقامة الدليل على إبطال التحليل ٥١/٦، إعلام الموقعين ١٦٢/٣.

أ - أن الحديث جاء مفسراً في الرواية الأخرى في قوله عليه الصلاة والسلام: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»^(١)، إذ المتعامل بالعينة إما أن يأخذ الثمن الزائد فيكون قد أخذ الربا، أو يأخذ الثمن الأقل وهو الأول فيكون قد أخذ الأوكس^(٢).

ب - ما روى الإمام أحمد عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف - الحديث»^(٣)، فجمع النبي عليه الصلاة والسلام في النهي بين البيعتين في بيعة، والبيع والسلف، لأن كلا هذين العقدين يؤولان إلى الربا، فدل على أن المراد بالنهي ما كان يؤول إلى الربا.

الوجه الثالث: أن المراد بتفسير ابن مسعود وغيره من السلف، أن يقول، هي بنقد كذا أبيعكها بنسيئة كذا، فيكون قد جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة، وجعل النقد معياراً للنسيئة^(٤).

الدليل الثاني:

عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»^(٥).

فقد حمل الأحناف معنى النهي عن الشرطين في البيع على ما إذا قال: بعتك هذا العبد بألف نقداً أو بألفين نسيئة، فهذا بيع واحد تضمن شرطين يختلف المقصود فيه باختلافهما^(٦).

(١) وهي رواية أبي داود للحديث، انظر تخريج الحديث.

(٢) تهذيب السنن ١٤٨/٥.

(٣) أخرجه الإمام أحمد ١٧٤/٢، والحديث سبق تخريجه ص.

(٤) إقامة الدليل على إبطال التحليل ٥١/٦، (الفتاوى الكبرى).

(٥) الحديث سبق تخريجه ص ٣٢٥.

(٦) حاشية الشلبي ٥٤/٤، الجوهرة النيرة ٢٠٣/١، شرح السنة ١٤٥/٨.

ويناقش من وجهين:

الأول: أن التفسير المذكور ليس فيه شرطان، بل فيه تخيير بين أمرين.

والثاني: أن المراد بالشرطين في البيع: البيعتان في بيعة، فإن الشرط يطلق على العقد نفسه، لأنهما تشارطا على الوفاء به فهو مشروط، والشرط يطلق على المشروط كثيرا كالضرب يطلق على المضروب، والحلق على المحلوق.

يؤيد ذلك أنه جمع في هذا الحديث السلف والبيع مع الشرطين في البيع، وفي الرواية الأخرى المتقدمة جمع السلف والبيع بالبيعتين في بيعة، وسر ذلك: أن كلا الأمرين يؤول إلى الربا، وهو ذريعة إليه^(١).

الدليل الثالث:

ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر^(٢).

ووجه الدلالة منه: أن البيع إذا كان متردداً بين أمرين، فإنه لم ينعقد بشيء معلوم، ولأن الثمن فيه مجهول لجهلهما باستقراره على الثمن الحاضر أو الثمن المؤجل، فيكون غرراً^(٣).

نوقش: بأن الغرر الذي فيه ليس بأبعد من تخييره بعد البيع بين الأخذ والإمضاء ثلاثة أيام^(٤).

الدليل الرابع:

كما استدلوا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا بأس أن يقول

(١) تهذيب السنن ١٤٩/٥.

(٢) الحديث سبق تخريجه، انظر ص ٧٣٤.

(٣) الأم ٣٠٥/٧، الحاوي الكبير ٤٢٠/٦.

(٤) إعلام الموقعين ١٦٢/٣.

للسلعة: هي بنقد بكذا وبنسيئة بكذا، ولكن لا يفترقا إلا عن رضا^(١).

ويناقش: بأن الأثر ضعيف كما هو مبين في تخريجه.

القول الثاني: جواز الإبهام في البيع، ويصح العقد، وإن لم يعقدا على أحد الثمنين.

وهذا هو قول الأوزاعي، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، ويتخرج وجهًا احتمالًا في مذهب أحمد بناءً على تجويزه الإبهام في الإجارة في إحدى الروايتين^(٢).

وعن طاوس، وعطاء، والحكم، وحماد، وإبراهيم النخعي، أنهم لم يروا بأساً أن يقول: أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا، فيذهب على أحدهما^(٣)، فيحتمل أن مرادهم الجواز مطلقاً، أو أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد، فكأن المشتري قال: أنا آخذه بالنسيئة بكذا، فقال: خذه أو قد رضيت، فيكون هذا عقداً كافياً^(٤).

استدل أصحاب هذا القول:

- ١ - بالأدلة العامة على أن الأصل في العقود والشروط الصحة، وحيث لم يثبت عندهم دليل على المنع، فيبقى الأمر على أصله وهو الجواز.
- ٢ - وبالأدلة السابقة في جواز الإبهام في الإجارة، فإن الإجارة نوع بيع^(٥).

إلا أن شيخ الإسلام ابن تيمية يقيد الجواز بما إذا لم يجعل النقد

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١١٩/٦، وفي إسناده أشعث بن سوار الكندي وهو ضعيف، قاله الألباني في إرواء الغليل ١٥٢/٥.

(٢) معالم السنن ٩٧/٥، شرح السنة ١٤٣/٨، المغني ٣٣٤/٦، إقامة الدليل على إبطال التحليل ٥١/٦، إعلام الموقعين ٤٠١/٣.

(٣) انظر المصنف لابن أبي شيبة ٥٥/٥.

(٤) المغني ٣٣٤/٦.

(٥) انظر ص ٦٩١.

معيارًا للنسيئة - كما تقدم - والمراد أن يكون قصد المشتري التورق، بأن يقوم السلعة في الحال ثم يشتريها إلى أجل بأكثر من ذلك، ويَحْمِلُ على ذلك قول ابن عباس رضي الله عنهما: «إذا استقمت - أي قومت - بنقد وبعث بنقد فلا بأس به، وإذا استقمت بنقد فبعث بنسيئة فلا، فإنما ذلك ورق بورق»^(١).

الترجيح:

الذي يترجح للباحث - والله أعلم - هو القول الأول بالمنع من الإبهام في البيع للحديث الوارد في النهي عن بيعتين في بيعة، فإن الحديث يحتمل التفسيرات المذكورة، لا سيما صورة الإبهام فقد فسره بها ابن مسعود رضي الله عنه، وعليه فيحمل الحديث على جميع هذه الصور لأنه يصدق على كل منها وجود بيعة متضمنة لبيعتين، فتكون مشمولة بلفظ الحديث، ولا يوجد دليل واضح على تعيين المراد بواحد مما ذكر من الأقوال، لا من كلام الشارع ولا من لغة العرب ولا من عرف الاستعمال^(٢).

والفرق بين الإبهام في البيع والإبهام في الإجارة أن الإبهام في الإجارة يقصد منه الحفز والتعجيل، فهو من باب الجعالة، وهي تحتمل الجهالة، بخلاف البيع.

الفرع السادس: الشرط السادس: عدم أفراد الزيادة مقابل التأجيل عن الثمن الحال:

من الإجراءات التي تقوم بها بعض المصارف في مباحثاتها الآجلة أن تحدد سعر السلعة على أساس سعر النقد، ثم تفرد الزيادة مقابل التأجيل - (سواء كان التأجيل دفعة واحدة أو على أقساط) - في خانة مستقلة من العقد.

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٢٣٦/٨، برقم ١٥٠٢٨.

(٢) بداية المجتهد ١٨٢/٢.

فما الحكم الشرعي لهذه العملية؟.

يفرق في هذا الحكم بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون أفراد الزيادة بالذكر في مرحلة المواعدة، أو في مرحلة المساومة، أما العقد فيكون بثمن واحد، فالذي عليه جمهور العلماء المعاصرين أن هذا جائز^(١).

والحالة الثانية: أن يكون أفراد الزيادة في صلب العقد، فهذه لا تخلو إما أن تذكر الزيادة على أساس أنها جزء من فوائد التأخير في الأداء، وتزداد كلما زاد الأجل فهذه لا شك أنها من الربا الصريح سواء سميت فائدة أم لا^(٢).

وإما أن تفرد عن الثمن النقدي في صلب العقد، ولا تزداد بزيادة الأجل، فقد رأى بعض المعاصرين أن هذا جائز لأنه لا فرق بين أفراد الزيادة في العقد أو إدراجها في الثمن الإجمالي للسلعة^(٣).

بينما يرى آخرون منع ذلك، تجنباً لمضارعة الربا، وسدّاً لذريعة مضاعفة القيمة بازدياد الأجل^(٤).

والأقرب هو القول بالكراهة كما كره بعض السلف بيع المراهجة فيما لو قال له: هي علي بمائة درهم، بعثك بها وأربح في كل عشرة درهماً^(٥)، لما فيه من مشابهة الربا، والله أعلم.

(١) فتاوى الهيئة الشرعية للبركة ص ٨٣، الدليل الشرعي للمراهجة ص ١٣٠، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٤.

(٢) بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٤، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة ٥٥٤/٢.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٩٤/١/٦ - ٤٠٠.

(٤) المرجع السابق ص ٣٩٩.

(٥) المغني ٢٦٦/٦.

المطلب الثالث

الجانب التطبيقي لعقود المراجعة^(١)

نتناول في هذا المطلب عددًا من المسائل التطبيقية لعقد المراجعة المصرفية، ومحاولةً لجمع شتات هذه المسائل، ستقسم الدراسة إلى ثلاثة أفرع وفقاً لمراحل المراجعة، وذلك على النحو الآتي:

- ١ - المرحلة الأولى: مرحلة المواعدة.
- ٢ - المرحلة الثانية: مرحلة التملك.
- ٣ - المرحلة الثالثة: مرحلة البيع^(٢).

(١) تنبيه:

لم يكن في الخطة المعتمدة سوى أربع مسائل تطبيقية، وهي المذكورة في الأفرع (الثاني والثالث من مرحلة التملك، والأول والثاني من مرحلة البيع). لكن تحصل أثناء إعداد الرسالة جملة من المسائل التطبيقية الأخرى، فأضفتها إتماماً للفائدة، علماً بأن جميع هذه المسائل ترجع إلى التأصيل الفقهي السابق في المطلب الثاني.

(٢) ينظر: ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ١٨٨.

المرحلة الأولى

مرحلة المواعدة

الفرع الأول: أخذ العربون من الواعد:

اختلفت أنظار الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية في حكم أخذ العربون من الواعد.

ولهم في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: يرى جواز أخذ العربون من الواعد.

ويمثل هذا الاتجاه: الهيئات الشرعية لكل من: بيت التمويل الكويتي، ومصرف قطر الإسلامي، وبه صدر قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت.

والاتجاه الثاني: يرى عدم جواز أخذ العربون من الواعد.

ويمثل هذا الاتجاه: شركة الراجحي، وعمامة البنوك الإسلامية في السودان.

ومأخذ هذين الاتجاهين: هو قضية الإلزام بالوعد، فمن رأى جواز الإلزام بالوعد استجاز أخذ العربون، ومن لا فلا.

والذي رجحه الباحث في هذه المسألة هو عدم جواز الإلزام، وبالتالي فلا يصح أخذ العربون.

ويجدر التنبيه إلى أن جميع من أجاز أخذ العربون يشترط ألا يستقطع منه إلا بمقدار الضرر الفعلي المتحقق على البنك من جراء نكول العميل

عن الشراء، وإذا أتم الواعد الشراء فإن هذا المبلغ يخصم من ثمن السلعة، وهو بهذا يخالف العربون بمعناه الفقهي، والذي يحق للبائع أخذه كاملاً إذا عدل المشتري عن الشراء^(١).

ويلحق بمسألة الوعد ما إذا طلب الواعد شراء سلعة معينة كعقار مثلاً، فاحتاج البنك إلى تامين هذا العقار من أهل الخبرة، وكلفه ذلك مبالغ معينة، فإنه لا يجوز أن يطالب الواعد بدفع هذه المبالغ مقدماً مع الوعد، وإنما له أن يدرجها ضمن التكلفة الإجمالية عند البيع^(٢).

الفرع الثاني: أخذ البنك ضمانات من العميل في مرحلة الوعد:

درجت بعض البنوك على أخذ الضمانات من رهون أو كفالات في مرحلة الوعد، وهذا الأمر أجازته الهيئات الشرعية، ولكن بشرط عدم استخدام هذه الضمانات إلا بعد توقيع العملاء على عقود المرابحة، واشترطت الهيئة الشرعية لشركة الراجحي أيضاً: «أن تكتب الشركة في خطاب قبولها الضمانات وتحديد سقف التعامل معه عبارة تؤكد عدم أحقية الشركة في استخدام هذه الضمانات في معاملات المرابحة إلا بعد توقيع عقود المرابحة من الطرفين»^(٣).

وقد يرد على هذا الإجراء أن من الفقهاء من منع أخذ الرهن أو الضمان قبل ثبوت الدين.

وبيان ذلك فيما يلي:

(١) ينظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص ١١٧، قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١/ ٣٠٢، فتاوى ندوات البركة ص ١٦٢، ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٣٢، بيع المرابحة للأشقر ص ٤٩.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١/ ١١٦.

(٣) قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار ١/ ٣٠٧، الدليل الشرعي للمرابحة ص ١٣١.

أ - الرهن :

اختلف الفقهاء في حكم الرهن قبل وجوب الدين على قولين :
 القول الأول: عدم صحة الرهن قبل ثبوت الدين .
 وهذا مذهب الشافعية^(١)، والحنابلة في المشهور من المذهب^(٢) .
 استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

الدليل الأول:

أن الرهن وثيقة بحق فلا يجوز تقديمها عليه كالشهادة^(٣) .
 ويناقش: بأن الشهادة لا يمكن التوثق بها قبل ثبوت الحق، بخلاف
 الرهن فإنه مستدام .

الدليل الثاني:

«أن الارتهان احتباس بالحق ووثيقة فيه، فلم يجز تقدم الاحتباس
 على غير حق يقع به الاحتباس»^(٤) .
 ويناقش: بأن الراهن إذا رضي بحبسه قبل الحق فله ذلك، لأنه ملكه
 وقد رضي بحبسه .

القول الثاني: جواز الرهن قبل ثبوت الدين .

وهذا مذهب الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، وقول عند الحنابلة^(٧) .

(١) فتح العزيز ٣١/١٠، الحاوي الكبير ١١٢/٧، أسنى المطالب ١٥٠/٢، نهاية المحتاج ٢٥١/٤ .

(٢) الشرح الكبير على المقنع ٣٦٥/١٢، المبدع ٢١٢/٤، شرح المنتهى ٢٣١/٢، نيل المآرب ١٢٨/٣ .

(٣) الكافي لابن قدامة ١٨١/٣، نهاية المحتاج ٢٥١/٤ .

(٤) الحاوي الكبير ١١٢/٧ .

(٥) الكفاية ٨٦/٩، تبیین الحقائق ٧١/٦، البحر الرائق ٢٧٧/٨، درر الحکام شرح غرر الأحكام ٢٥٢/٢ .

(٦) بداية المجتهد ٢٣١/٢، بلغة السالك ١٠٨/٢ .

(٧) الكافي لابن قدامة ١٨١/٣، الإنصاف ٣٦٣/١٢ .

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿فَوَهَنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة من الآية:

أن الله ﷻ: «جعل لزوم الرهن بالقبض، من غير أن يشترط فيه تقدم الحق، فدلّ على استواء حكمه قبل وبعد»^(١).

نوقش: بأن الله قال في أول الآية: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ﴾ «فكان الدين المذكور شرطاً في صحة الرهن، كالقبض المذكور»^(٢).

ويجاب من وجهين:

الأول: عدم التسليم بأن الآية تفيد وجوب القبض، وقد سبق بيان ذلك.

الثاني: أن غاية ما تفيد الآية مشروعية الرهن عند المدائنة، ولا دلالة فيها على المنع قبلها.

الدليل الثاني:

أن الرهن وثيقة بالدين فجاز عقدها قبل وجوبه، كما يصح الضمان قبل وجوب الدين^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، لأن الأصل في العقود الصحة، ولا دليل على اشتراط تقدم ثبوت الدين على الرهن.

(١) الحاوي الكبير ١١٣/٧.

(٢) الحاوي الكبير ١١٣/٧.

(٣) الشرح الكبير على المقنع ٣٦٥/١٢.

ب - الضمان:

اختلف الفقهاء في حكم الضمان قبل وجوب الدين على قولين:

القول الأول: المنع من ذلك.

وهذا مذهب الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

استدل أصحاب هذا القول:

بأن الضمان «وثيقة فلا تتقدم بثبوت الحق كالشهادة»^(٣).

ويناقش: بأن المقصود من الشهادة الإثبات، وهو غير متصور قبل

ثبوت الحق، أما المقصود من الضمان فهو الاستيفاء، وهو ممكن ولو قبل وجوب الحق.

القول الثاني: جواز الضمان ولو قبل وجوب الدين. وهذا مذهب

الأحناف^(٤)، والمالكية^(٥)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٦).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

ووجوب الدلالة من الآية:

أنه علق الضمان على سبب وجوبه وهو الإتيان بالصواع، وشرع من

قبلنا شرع لنا ما لم يخالف شرعنا^(٧).

(١) الحاوي الكبير ١١٨/٨، روضة الطالبين ٢٤٤/٤، نهاية المحتاج ٤٣٨/٤.

(٢) شرح الزركشي على الخرقى ١١٧/٤، الفروع ٢٤١/٤.

(٣) نهاية المحتاج ٤٣٨/٤.

(٤) فتح القدير ٢٩٩/٦، تبيين الحقائق ١٥٠/٤، الجوهرة النيرة ٣١٣/١.

(٥) مواهب الجليل ٩٩/٥، شرح الخرشى ٢٤/٦.

(٦) الفروع ٢٤١/٤، شرح المنتهى ٢٤٦/٢.

(٧) أحكام القرآن لابن العربي ١٠٩٧/٣، فتح القدير ٢٩٩/٦، إعلام الموقعين ٣٩٦/٣.

الدليل الثاني:

الإجماع على صحة ضمان الدرك، وهو أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً، وهذا من ضمان ما سيجب^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة.

وعليه فلا مانع من أخذ البنك ضمانات أو رهوناً من الأمر ولو قبل تنفيذ العقد معه.

الفرع الثالث: كتابة الوعد تحريراً:

درجت كثير من البنوك الإسلامية على إعداد نموذج طلب شراء بحيث لا تكتفي بأن يكون طلب الشراء شفاهة، أو معداً بالشكل الذي يراه العميل، وذلك لإيجاد نوع من النمطية من ناحية، وللتأكد من جدية العميل في المعاملة المطلوبة، من ناحية أخرى.

وهذا الإجراء لا مانع منه شرعاً إذا لم يكن القصد منه إلزام العميل بوعده.

الفرع الرابع: اشتراط تحويل كامل راتب الواعد إلى حسابه في البنك:

تشتراط كثير من البنوك على العميل الراغب بالدخول معها في عقد مراجعة أن يقوم بتحويل راتبه الشهري إلى حسابه لدى البنك.

وقد رأت اللجنة الدائمة للإفتاء أن هذا الشرط محرم، لأنه من القرض بمنفعة^(٢).

(١) فتح القدير ٦/٢٩٩.

(٢) فتوى اللجنة الدائمة للإفتاء رقم ٢٠٨٣٨ وتاريخ ٢/٣/١٤٢٠هـ.

وبالنظر في المحاذير التي يمكن أن تتضمنها هذه المعاملة، فهي لا تخلو:

١ - إما لأنها من البيعتين في بيعة.

ووجه ذلك:

أن حقيقة الحسابات الجارية: قروض، فإذا شرط عليه البنك الإيداع في حسابه، كانت الصورة: أبيعك بشرط أن تقرضني، وقد فسر أهل العلم بيعتين في بيعة: باشتراك عقد في عقد.

٢ - وإما لما فيها من اجتماع السلف والبيع:

ووجه ذلك:

أن البنك لا يبيع الواعد إلا بشرط أن يسلفه قيمة الراتب.

ولا يرد على ذلك أن البنك سيقطع مقدار القسط المستحق من الراتب فقط، لأن البنك اشترط إيداع كامل الراتب، فما زاد عن القسط فهو قرض من العميل للبنك، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا يحل سلف وبيع»^(١).

٣ - وإما لأن البنك يبيع الواعد بيعاً آجلاً ويشترط عليه الانتفاع بماله المودع، ففيه شبهة القرض بمنفعة.

والذي يظهر للباحث أن هذا الشرط لا محذور فيه، والمحاذير التي يمكن أن ترد عليه لا تخلو من مناقشة:

أما الأول: فقد سبق الجواب عنه في تفسير البيعتين في بيعة وأن المراد به بيع العينة.

وأما الثاني: فالجواب عنه أن يقال: إن المنهي عنه في الحديث هو ما كان تحايلاً على الربا، بأن يحاييه في الثمن لأجل القرض، ويبين هذا

(١) الحديث سبق تخريجه ص ١٥٣.

المعنى شيخ الإسلام ابن تيمية فيقول: «النوع الثاني من الحيل: أن يضمنا إلى العقد الحرام عقداً غير مقصود.. أو يقرن بالقرض محاباة في بيع أو إجارة أو مساقاة أو نحو ذلك، مثل أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين، أو يكرهه داراً تساوي ثلاثين بخمسة ونحو ذلك.. وكل تبرع يجمعه إلى البيع والإجارة، مثل الهبة والعرية والمحاباة في المساقاة والمزارعة، وغير ذلك، هي مثل القرض، فجماع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع، لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض»^(١).

ومما يؤيد أن الحديث ليس على عمومه ما يلي:

أ - أن قوله في آخر الحديث: «ولا شرطان في بيع» ليس على عمومه، وإنما المراد ما كان حيلة للوقوع في الربا كمسألة العينة، كما حرر ذلك غير واحد من أهل العلم^(٢).

ب - أن الشارع أباح انتفاع الراهن بالمرهون بقدر نفقته، إذا كان يحتاج إلى نفقة، ففيه معنى المعاوضة، مع أن المرهون به قد يكون دين قرض^(٣).

وبناءً على ذلك فإذا انتفت شبهة الحيلة من اجتماع السلف والبيع صح العقد، والذي يبعد هذه الشبهة من المعاملة التي معنا أمور:

١ - أن البنك يأذن للعميل بسحب ما زاد على قيمة القسط فوراً، مما يدل أن المقصود من هذا الشرط هو الاستيثاق.

(١) مجموع الفتاوى ٥٨/٢٩ - ٦٢، وينظر: كلام الشاطبي في الموافقات ٣/٢٠٠، والخطابي في معالم السنن ٥/١٤٤، تحفة الأحوذى ٤/٤٣١، نيل الأوطار ٥/٢٠٢.

(٢) القواعد النورانية ص ١٤٢، مجموعة الرسائل والمسائل النجدية ٦/٧٦١، المدخل الفقهي العام ١/٤٧٩.

(٣) ينظر: المغني ٦/٥٠٩، إعلام الموقعين ٢/٢٣.

- ٢ - أن قيمة السلعة المباعة بالتقسيط لا تختلف باختلاف طريقة التوثيق، فقيمتها بهذا الشرط، كقيمتها لو كان التوثيق بغير ذلك.
- ٣ - أن البنك - وهو المقرض هنا - هو الذي يشترط هذا الشرط وليس المقرض.

وأما المحظور الثالث: فلا يصح أيضاً لإجماع الأمة على صحة الزيادة في البيع الآجل، دون القرض، ولم يخالف في ذلك سوى الزيدية، وبعض المتأخرين ممن سبقوا بالاتفاق على جوازها.

الفرع الخامس: كفالة الواعد وصول البضاعة سليمة:

الأصل في بيع المرابحة أن يقوم البنك بنفسه بشراء البضاعة الموعود ببيعها مرابحة للعميل وأن يتحمل جميع المخاطر التجارية المعهودة من تبعة الهلاك والرد بالعيب وغيرها.

ولكن نتيجة عدم معرفة البنك للبائع الذي يكون غالباً من اختيار الواعد، فإن البنك يطلب أحياناً أن يضمن العميل الواعد بالشراء حسن أداء البائع، وذلك بتوقيعه على كفالة يتحمل بموجبها ما سيدرك البنك من أضرار نتيجة عدم تنفيذ البائع لالتزاماته أو التقصير فيها^(١).

وقد أجازت كثير من الهيئات الشرعية هذه الكفالة التي يقدمها العميل في مرحلة الوعد، فيكون ضامناً للضرر ولكن لا على سبيل إلزامه حينئذ بعقد المرابحة الذي وعد به لأن محل العقد أصبح معدوماً أو معيباً^(٢).

وهذه الكفالة من كفالة الدرك - بفتح الراء وكسرهما - وهي أن يضمن للمشتري الثمن إن ظهر المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً، أو أن يضمن للبائع الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه إن ظهر معيباً أو مستحقاً.

(١) الدليل الشرعي للمرابحة ص ١٢٤.

(٢) الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، الهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، الهيئة الشرعية الموحدة للبركة، ينظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص ١٢٥.

وحكمها: الجواز عند عامة أهل العلم^(١)، ومع أن الشافعية منعوا ضمان ما لم يجب إلا أنهم استثنوا من ذلك ضمان الدرك لمس الحاجة إليه في غريب ونحوه ممن لو خرج مبيعه أو ثمنه مستحقاً لم يظفر به^(٢).

(١) فتح القدير ٢٩٩/٦، البحر الرائق ٢٣٧/٦، الخرشبي ٢٤/٦، الفواكه الدواني ٩٦/٢، أسنى المطالب ٢٣٨/٢، تحفة المحتاج ٢٤٧/٥، المغني ٧٧/٧، مطالب أولي النهى ٣١٧/٣.

(٢) تحفة المحتاج ٢٤٧/٥.

المرحلة الثانية

مرحلة التملك

وفي هذه المرحلة يقوم البنك بخطوتين:

١ - شراء السلعة.

٢ - وحيازتها.

وفي المصارف التي لم تر هيئاتها الشرعية وجوب القبض لما سوى الطعام، تكتفي في غيره من السلع بالخطوة الأولى، وفيما يلي بعض الإجراءات التطبيقية المتعلقة بهذه المرحلة:

الفرع الأول: توكيل العميل بإجراء عملية التملك ثم البيع:

وصورة هذا التطبيق: أن يطلب شخص من المصرف شراء سلعة معينة ليبيعه له مرابحة، فيتفق معه المصرف على توكيله في عملية الشراء، ثم توكيله ثانية في بيعها لنفسه مرابحة.

وقد يكون التوكيل بأن يعطيه المصرف شيكاً بالمبلغ لشرائها نيابة عنه، ومن ثم بيعها على نفسه مرابحة^(١).

ويكثر استخدام هذه الصيغة في حالة صغار العملاء وتجار التجزئة الذين يحتاجون إلى شراء مواد متفرقة ومتكررة مما يصعب معه الرجوع للبنك لإجراء كل عملية بعقد منفصل.

(١) «التفاصيل العملية لعقد المراجعة» د. محمد عبد الحليم عمر ص ١٨٤.

وقد رأَت بعض الهيئات الشرعية جواز هذه العملية بناءً على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز تولي الوكيل طرفي العقد^(١).

والذي ذهبت إليه كثير من هيئات الفتوى هو عدم جواز هذه العملية، حتى مع القول بصحة تولي الوكيل طرفي العقد، وذلك لأن لبيع المراجعة المصرفية اعتبارات خاصة يختلف بها عن البيع المطلق، حيث يجب أن يكون للمصرف فيه دور بارز في شراء السلعة لنفسه أولاً، وتسلمها ثم بيعها للآمر بالشراء للابتعاد عن صورة التمويل الربوي^(٢).

والمتمثل في هذه المعاملة يلحظ استحكام شبهة التحايل على الربا فيها من وجهين:

الوجه الأول: احتمال عدم وجود السلعة أصلاً، وإنما يتم التعاقد صورياً لحصول العميل على مبلغ الصفقة حالاً ورده آجلاً بزيادة، وتذكر السلعة بينه وبين المصرف لتغطية التمويل الربوي^(٣).

الوجه الثاني: ولأن المصرف لن يقوم بالتزامات وواجبات البائع شرعاً بما في ذلك دخول السلعة في ملكه أو ضمانه^(٤).

فحقيقة هذه المعاملة تؤول إلى كون المصرف مقرضاً إلى أجل بفائدة، فالقول بالمنع منها متوجه سداً لذريعة الربا، ولئلا تختفي صورة الضمان الذي يحل به الربح، والله أعلم.

(١) مثل: بيت التمويل الكويتي، شركة دلة البركة، ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي. ينظر: فتاوى الهيئة الشرعية للبركة ص ١٦١، فتاوى ندوات البركة ص ٩٠، الدليل الشرعي للمراجعة ص ٢٠٤.

(٢) مثل: شركة الراجحي، ينظر: قرارات الهيئة الشرعية للشركة ١/١٠٢، ندوات خطة الاستثمار ص ١٨٥.

(٣) «التفاصيل العملية لعقد المراجعة» ص ١٨٥.

(٤) قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١/١٠٢.

الفرع الثاني: بيع المرابحة مع توكيل العميل بالقبض:

الأصل في بيع المرابحة أن البنك يتولى حيازة المبيع بنفسه مباشرة من خلال أحد موظفيه، أو باستلامه من قبل وكيل له، إما مكتب تخليص جمركي، أو موزع سيارات، أو وكالة شحن ونحو ذلك، وهاتان الصورتان لا إشكال فيهما.

إلا أنه في بعض الحالات، وتسهيلاً لإجراءات التسليم والاستلام يقوم البنك بتوكيل الواعد نفسه باستلام البضاعة من البائع الأول.

وهذه المسألة شبيهة بالتي قبلها إلا أن التوكيل ثم للعقد نفسه، أما التوكيل هنا للاستلام فقط والذي يباشر العقد هو البنك^(١).

وحكم هذه الصورة - والله أعلم - عدم الجواز أيضاً، لأمرين:

الأمر الأول: أن هذا التصرف حيلة لإسقاط فرض القبض الواجب شرعاً قبل البيع، ولو صح هذا التصرف لما كان للنهي عن بيع المبيع قبل قبضه أي معنى، إذ يمكن لكل بائع أن يوكل المشتري في القبض دون حاجة إلى أن يحوز البائع السلعة إلى رحاله.

الأمر الثاني: أن هذا التصرف يستلزم غالباً أن يتم البيع قبل قبض البنك أو وكيله - الواعد -، حيث يتبايعان أولاً ثم يقوم البنك بتوكيله باستلام السلعة من البائع الأصلي، ومعنى هذا أن البيع وقع قبل قبض أي منهما، ومن النادر أن يقوم الواعد باستلام البضاعة نيابة عن البنك ثم يعود إليه لإتمام المبايعة^(٢)، والله أعلم.

(١) الدليل الشرعي للمرابحة ص ١٦٦.

(٢) «القبض، صورته وبخاصة المستجدة منها» بحث د. محمد الضير، مجلة المجمع ٦/٤٨٧/١.

الفرع الثالث: اشتراط تأمين العميل على السلعة قبل إتمام العقد معه (أي في مرحلة التملك):

إن السلعة في مرحلة التملك، أي منذ شرائها وتسلمها حتى بيعها وتسليمها للعميل تكون في ملكية البنك، وعلى ذلك فالمقرر شرعاً أن ضمانها يكون عليه، بمعنى أنه هو الذي يتحمل مخاطرها، لأن ربحها في هذه المرحلة له، فضمانها عليه، خراجاً بضمان، فلو هلكت فإنها تهلك على ملكه^(١).

ولذلك فإن التأمين على البضاعة في هذه المرحلة من مسؤولية البنك، ولا يحق له أن يشترط على العميل التأمين، لأنها لم تدخل بعد في ضمانه^(٢)، فيجب أن يقوم البنك بإجراء التأمين لدى شركات التأمين والتكافل التعاونية، ولا يصر إلى شركات التأمين التجارية إلا في حالات الضرورة القصوى.

وقد يطلب العميل أحياناً عدم إجراء التأمين، أو الاقتصار على تأمين محدود، لئلا ترتفع تكلفة المبيع، وقبول البنك لذلك لا يعفيه من تحمل مسؤولية أي هلاك أو تلف يصيب البضاعة^(٣).

ويلحق بحكم التأمين: ضمان الواعد هلاك البضاعة وعطبها، فلو شرط البنك على العميل تحمل حالات العطب والهلاك قبل بيع السلعة منه فإن هذا الشرط لا يصح، لأن الضمان في هذه المرحلة على البنك.

لكن لو كان شرط التأمين أو الضمان بعد حيازة السلعة من قبل البنك وبيعها من الواعد، فهل يصح تحميل الواعد ضمان السلعة أم لا؟.

(١) الدليل الشرعي للمراجعة ص ١٧٣.

(٢) «التفاصيل العملية لعقد المراجعة» ص ١٩٨.

(٣) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتي، فتوى رقم ١٢١، الدليل الشرعي للمراجعة ص ١٧٦.

وصورة ذلك: ما تقوم به بعض البنوك الإسلامية في مباحثاتها الخارجية حيث تشتري السلعة من البائع الأصلي بشرط تسليمها في ميناء الإقلاع، فإذا استلمت بوالص الشحن قامت ببيع البضاعة على الواعد وشرطت عليه التأمين أو ضمان البضاعة إلى ميناء الوصول^(١).

والحكم الشرعي لهذا الشرط ينبني على اختلاف الفقهاء في مسؤولية ضمان المبيع قبل قبضه:

فإن كان المبيع موصوفاً في الذمة غير معين فلا خلاف أن ضمانه على البائع.

أما إن كان معيناً، فقد اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه من ضمان البائع مطلقاً، حتى يقبضه المشتري.

وهذا مذهب الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن»^(٤).

ووجه الدلالة منه:

أن المراد به ربح ما بيع قبل قبضه، فدل على أنه من ضمان المشتري^(٥).

٢ - ولأن سلطة البائع باقية على المبيع فهو في ضمانه^(٦).

(١) «القبض، صوره، وبخاصة المستجدة منها» د. الضير، ص ٤٨٨.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٢٢٥، فتح القدير ٦/١٣٧.

(٣) نهاية المحتاج ٤/٧٦، مغني المحتاج ٢/٤٥٦، إخلاص الناوي ٢/٧٠.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص ١٥٧.

(٥) الحاوي الكبير ٦/٢٦٧، شرح المنتهى ٢/١٨٨، نيل الأوطار ٢/٢٦٧.

(٦) تحفة المحتاج ٤/٣٩٣.

القول الثاني: أنه من ضمان المشتري مطلقاً.

وهذا مذهب الظاهرية^(١).

واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»^(٢).

ووجه الدلالة: أن المبيع بعد العقد وقبل القبض ربحه للمشتري فضمانه عليه^(٣).

نوقش هذا الاستدلال:

«بأن الخراج معلل قبل القبض بالملك، وبعده به وبالضمان معاً واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه، واستبعاده أن الخراج للمشتري»^(٤).

القول الثالث: أنه من ضمان البائع إذا كان المبيع مما يحتاج إلى حق توفية، أي حق تأدية، كالمكيل، والموزون ونحوها، إذا بيعت هذه الأشياء على التقدير بالكيل أو الوزن، فإن كان المبيع لا يحتاج إلى حق توفية، كالمبيع جزافاً من المكيلات والموزونات، والعروض والدواب والسيارات، والبيوت ونحو ذلك فإنه يكون من ضمان المشتري ما لم يمنعه البائع من قبضه.

وهذا مذهب المالكية^(٥)، والحنابلة^(٦).

والحقوا بالمبيع الذي يتعلق به حق توفية: المبيع بصفة أو رؤية متقدمة^(٧).

(١) المحلي ٣٧٩/٨.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص ٤٠٣.

(٣) شرح المنتهى ٨٩/٢.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٥٦.

(٥) بداية المجتهد ١٧٢/٢، الدسوقي ١٤٤/٣، التاج والإكليل ٤١١/٦.

(٦) المغني ١٨٢/٦، شرح الزركشي ٥٣٠/٣، كشاف القناع ١٤٧٠/٤.

(٧) الشرح الكبير على المقنع ٤٩٨/١١، حاشية الدسوقي ١٤٦/٣.

استدل أصحاب هذا القول:

بأدلة القول الأول: على أن المبيع إذا تعلق به حق توفية فإن ضمانه على البائع.

وبأدلة القول الثاني: على أنه إذا لم يتعلق به حق توفية فإن ضمانه على المشتري^(١).

فجمعوا بين أدلة الفريقين على هذا الوجه، ووجه الجمع:

١ - ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «مضت السنة أن ما أدركته الصنفه حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع»^(٢).

ووجه الدلالة:

«أن قول الصحابي: مضت السنة، يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم، وهو يدل بمفهومه على أن المبيع من مال البائع»^(٣).

نوقش الاستدلال:

بأن هذا الأثر موقوف، وأما قوله: «مضت السنة» فهو من قول بعض الفقهاء ولا يصح عن ابن عمر رضي الله عنهما^(٤).

الترجيح:

بالتأمل في هذه الأقوال وأدلتها نجد أن الأدلة متكافئة، ولكل قولٍ مأخذه، وإذا لم يكن بدُّ من الترجيح، فالذي يترجح للباحث أن ضمان المبيع قبل قبضه على البائع ما لم يتمكن المشتري من القبض، فإذا تمكن

(١) شرح المنتهى ١٨٨/٢.

(٢) ذكره البخاري تعليقاً بصيغة الجزم في كتاب البيوع باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض (فتح الباري ٣٥١/٤) ووصله الدارقطني ٣/٥٣، والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٦/٤، لكن دون قوله: «مضت السنة».

(٣) شرح الزركشي ٤٩٩/١١.

(٤) ينظر: تعليق الشيخ عبد الله بن جبرين على الأثر في تحقيقه لشرح الزركشي ٥٣١/٣.

من القبض فلم يقبض فالضمان عليه، فيكون السبب الموجب لانتقال الضمان هو التمكن من القبض وليس القبض نفسه، وسبب هذا الترجيح أن المبيع قبل التمكن من قبضه تحت سلطة البائع فزمانه عليه، أما إذا تمكن المشتري فلم يقبض فيكون قد فرط، فيستوجب الضمان، ولعل في هذا القول تجتمع الأدلة المتعارضة، وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية في المسألة، وقال: «إن ظاهر مذهب أحمد في باب الضمان - ضمان العقد - الفرق بين ما يتمكن من قبضه وما لم يتمكن، وليس هو الفرق بين المقبوض وغيره»^(١).

وبناءً على ذلك فليس للبنك في المرابحات الخارجية وغيرها اشتراط التأمين أو الضمان على الواعد حتى يتمكن فعلاً من قبض البضاعة، والله أعلم.

والمقصود بالضمان هنا: ضمان الهلاك أو العطب وليس ضمان الدرك المتقدم، فإنه يصح ولو قبل العقد والقبض.

الفرع الرابع: عدم تسجيل السلعة باسم البنك عند الشراء:

جرى العرف في كثير من الدول بسن قوانين تلزم بتسجيل عقود بيع بعض السلع في إدارات التسجيل المختصة بذلك، كالسيارات والعقارات والأسهم ونحو ذلك، وبدون هذا التسجيل لا يقع نقل الملكية.

فلو أن البنك لم يقيم بتسجيل السلعة باسمه رسمياً، بل اكتفى بشرائها ثم بيعها على الواعد دون هذا التسجيل، فما الحكم؟.

اختلف العلماء المعاصرون في ذلك...

- فيرى البعض أن من شرط صحة بيع المرابحة أن ينقل البنك المبيع باسمه عند شرائه حتى تنتقل الملكية فعلاً إليه، ما دامت قوانين البلاد

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/٤٠٠، الفروع ٤/١٣٨.

تفرض ذلك، وقبل إتمام ذلك لا يعتبر البنك مشترياً ولا البائع بائعاً، وإنما يكون ذلك اتفاقاً على عقد بيع، ولأن من حق ولي الأمر أن يقيد بعض المعاملات بقيود ليس فيها حرمة حرصاً على مصلحة المتعاملين، فوجب اتباع ذلك ولو أدى الأمر لإجراء التسجيل مرتين^(١).

- ورأت معظم الفتاوى المعاصرة عدم ضرورة التسجيل، اكتفاءً بوجود التملك الحقيقي للسلعة، لأن العقد يتم بالإيجاب والقبول، وأما التسجيل فهو إجراء لتأكيد العقد وتوثيقه وليس ضرورة لإنشائه، وعدم وجوده لا يمنع شرعاً انتقال الملكية الحقيقية للمشتري^(٢).

والقول الثاني: هو الأرجح - والله أعلم - لأن البيع ينعقد بكل ما يدل عليه، وأما الإجراءات لدى الدوائر الرسمية فهي أمور توثيقية لا يتوقف تمام العقد عليها، فضلاً عن أن في عدم التسجيل مصلحة للعاقدين، بتبسيط الإجراءات من ناحية وتخفيض التكاليف من ناحية أخرى.

الفرع الخامس: عدم نقل السلع من مستودعات البائع:

تقرر لنا سلفاً أن المرجع في تحديد القبض هو العرف، فما اعتبره الناس قبضاً فإنه يعد قبضاً كافياً شرعاً.

(١) وهذا ما ذهب إليه المستشار الشرعي للبنك الإسلامي الأردني: ندوة خطة الاستثمار ص ١٩٥، وممن أخذ بهذا القول اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة، حيث شرطت في بيع السيارات مرابحة «أن تستكمل إجراءاتها النظامية من الحصول على الاستمارة واللوحة ولا يكمل قبضها إلا بذلك».

فتوى اللجنة رقم ١٠٨٤٨ في ١٦/٣/١٤٠٨هـ.

(٢) وهذا ما ذهب إليه كل من: الهيئة الشرعية لشركة الراجحي: قرارات الهيئة ٢٥٢/١، والهيئة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، والمستشار الشرعي للبركة، ينظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص ١٦٢، ندوة خطة الاستثمار ص ١٩٥.

هذا هو الأصل المتفق عليه . . .

إلا أن الأنظار تختلف في بعض المسائل التطبيقية، ومن أهم تلك المسائل - فيما يتعلق بالمرابحة المصرفية - كيفية حيازة السلع المنقولة، مثل: السيارات، والأجهزة الكهربائية، ومواد البناء.. إلخ.

فمن المعلوم أن معظم المصارف الإسلامية لا تمتلك مستودعات لتخزين تلك السلع، ولهذا فإن الإجراءات المتبعة تختلف من بنكٍ لآخر، وهي لا تعدو في الغالب ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يتسلم الموظف المسؤول في البنك طلب الأمر، ثم يذهب إلى البائع ويشتريها منه للبنك، وينقلها إلى مخازن البنك ثم يعرضها على الأمر، فإذا رغب في شرائها وقع معه عقد البيع.

فهذه الصورة لا شبهة في صحتها، إلا أن تطبيقها في المصارف الإسلامية نادر^(١).

الصورة الثانية: أن يتسلم الموظف المسؤول في البنك طلب الأمر، ويشتري السلعة للبنك حسب الطلب المقدم، وقد يكون هذا الشراء بالتليفون، ثم يرم عقد البيع مع الأمر، ويوكله في قبض السلعة، أو يعطيه شيكًا بالمبلغ ليسلمه للبائع ويستلم منه السلعة.

فهذه الصورة غير صحيحة لأن البنك وإن كان قد تملك السلعة قبل أن يبيعها إلا أنه لم يتسلمها، لا حقيقة ولا حكمًا، ولم تدخل في ضمانه^(٢).

الصورة الثالثة: أن يتسلم الموظف الطلب، ثم يذهب إلى البائع ويشتريها منه، ويفرزها عن بقية السلع لكنه بدلًا من أن ينقلها إلى

(١) «القبض، صورته وبخاصة المستجدة منها» د. الضيرير ص ٤٨٦، الدليل الشرعي للمرابحة ص ١٦٥.

(٢) «القبض صورته وبخاصة المستجدة منها» د. الضيرير ص ٤٨٦.

مستودعات البنك، يطلب من البائع أن يبقيها عنده إلى أن يرسل له من يتسلمها، فتكون السلعة بعد هذا أمانة عند البائع وتنقلب يده عليها من يد ضمان إلى يد أمانة لأنه خلى بين المشتري والسلعة، ويكون ضمان السلعة على المشتري.

فهنا وجد القبض الحكمي وهو التخلية، فعلى رأي الأحناف الذين يكتفون بالقبض الحكمي في جميع السلع، يصح البيع حينئذ، وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي^(١).

وعلى رأي الجمهور لا بد من نقل ما يمكن نقله، وإخراجه من حوزة البائع.

وينبغي أن يفرق في هذه الصورة بين حالتين:

الحالة الأولى: ألا يكتفي البنك بعدم نقل السلعة، بل يوكل البائع أيضاً بإبرام التعاقد مع الواعد نيابة عنه.

فقد ذهبت بعض الفتاوى إلى تجويز هذه المعاملة^(٢)، والأقرب أنها لا تجوز لأن البنك لم يكن له دور بارز لا في مرحلة الشراء ولا في مرحلة البيع، فهي أشبه بالتمويل الربوي، ولأن البائع قد يتفق مع الواعد على إبقاء السلعة وإجراء عقد صوري يقصد منه حصول أي منهما على قرض من البنك^(٣).

والحالة الثانية: أن يتولى البنك بنفسه مباشرة البيع على الواعد، فهذه محل نظر، فذهبت بعض هيئات الفتوى إلى جواز ذلك^(٤).

(١) مجلة المجمع ٦/١/٧٧١.

(٢) الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، ينظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص ٢٠٢.

(٣) ينظر: الفتاوى الاقتصادية ص ١٨٠.

(٤) مثل: مجمع الفقه الإسلامي، كما تقدم آنفاً، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، والهيئة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي، ينظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص ١٧٠.

بينما يرى آخرون عدم الجواز لأن البنك لم يقبض السلعة قبضاً حقيقياً^(١).

ومنشأ الاختلاف هو في تحديد عرف الناس في قبض هذه المنقولات، فهل العرف حالياً، على أن قبض هذه الأشياء يتحقق بالتخلية، أم أنه لا يتحقق إلا بالحيازة والنقل.

والذي يظهر للباحث أن الاكتفاء بفرز السلعة وإبقائها في مستودعات البائع لا يكفي لتحقيق القبض شرعاً بل لا بد من عمل يقوم به البنك يثبت جديته في حيازتها، إما بتسجيل ملكيتها تسجيلاً رسمياً، أو بإخراجها من مستودعات البائع ثم إعادتها إليها ثانية، والله أعلم.

ولا أعلم خلافاً بين العلماء المعاصرين أنه إذا لم تفرز السلع المشتراة عن بقية السلع الخاصة بالبائع، فإنه لا يصح بيعها لأن البنك لم يتسلمها لا حقيقة ولا حكماً.

(١) منهم اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة، فتوى رقم ١٦٠١٤ وتاريخ ١٩/٥/١٤١٤هـ، وممن أخذ بهذا القول أيضاً فضيلة الشيخ محمد العثيمين، باستفتاء مباشر من الباحث، والهيئة الشرعية لشركة الراجحي، قرارات الهيئة ١٠٦/١.

المرحلة الثالثة

مرحلة البيع

الفرع الأول: بيع المراهبة عن طريق فتح الاعتماد المستندي لصالح العميل:

الاعتماد المستندي: تعهد صادر من البنك بناءً على طلب العميل الأمر لصالح الغير (المصدر) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالة مسحوبة عليه من هذا المصدر بشروط معينة وارادة في التعهد، ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة^(١).

فالاعتمادات المستندية تتكون من علاقة ثلاثية الأطراف، تربط بين المستورد والمصدر والبنك الضامن.

ومن هذا الوصف يتبين أن الاعتماد المستندي يقصد منه أصلاً: أن يكفل البنك الذي أصدر الاعتماد لبائع بضاعة ما أو مصدرها، دفع مبلغ معين نيابة عن العميل متى ما تحققت شروط العميل التي ضمنها طلبه فتح الاعتماد.

وقد توصلت البنوك الإسلامية لصيغة بديلة عن الاعتمادات المستندية المعمول بها في المصارف التقليدية، وذلك بتحويل صيغة الاعتماد إلى عقد مراهبة، فبدلاً من أن يكون البنك ضامناً، يصبح مالكاً، فالعميل الذي يريد شراء بضاعة وليست عنده قيمتها، يطلب من البنك فتح الاعتماد لحساب نفسه، على أن البنك هو المشتري، وعند وصول البضاعة يقوم

(١) العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٣٧٦.

بتبليغ العميل فيفحصها، وعندئذ يوقع العميل عقد شراء مع البنك بضمن مؤجل أو مقسط^(١).

والمرابحة عن طريق فتح الاعتماد لها ثلاث حالات:

الحالة الأولى: المرابحة الخارجية مع قيام البنك بفتح الاعتماد المستندي لديه باسمه ولصالحه.

فهذه المرابحة صحيحة، لأن البنك يملك السلعة ثم يقوم ببيعها على الأمر بعد استلامها.

ويعتبر فتح الاعتماد بمثابة الإيجاب الصادر من البنك، أما القبول فهو عبارة عن قيام البائع بشحن البضاعة وإرساله لمستندات الشحن التي تمثل وثيقة الملكية^(٢).

الحالة الثانية: المرابحة الخارجية مع قيام البنك بفتح الاعتماد المستندي لدى بنك آخر باسمه ولحسابه.

ويحدث ذلك غالباً في شركات الاستثمار غير البنكية التي لا يحق لها فتح الاعتمادات.

وهذه المرابحة صحيحة أيضاً، ويكون تملك السلعة من قبل الجهات التي ترغب في تمويل عملائها بالمرابحة من خلال طلبها المباشر لفتح اعتماد مستندي لدى أحد البنوك الأخرى، فطلب فتح الاعتماد هذا بمثابة الإيجاب بالشراء، أما القبول فهو كما في الحالة السابقة عبارة عن إرسال البائع لمستندات الشحن^(٣).

ولا يحق للبنك في هذه الحالة بيع البضاعة إلا بعد نقل ملكيتها

(١) فقه المرابحة في التطبيق الاقتصادي المعاصر ص ١٥٢، ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ١٩٤.

(٢) الدليل الشرعي للمرابحة ص ٥٣، قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١٥٣/٣

(٣) الدليل الشرعي للمرابحة ص ٥٤.

وحيازتها من البنك الذي فتح باسمه الاعتماد إلى البنك الممول.

الحالة الثالثة: المرابحة الخارجية مع قيام البنك بفتح الاعتماد المستندي لديه أو لدى بنك آخر باسم العميل الأمر.

وفي هذه الحالة تسجل المستندات المتعلقة بالبضاعة باسم العميل.

والحكم الشرعي لهذه المرابحة أنها لا تجوز، لأن البنك لم يمتلك البضاعة، فدوره يقتصر على مجرد التمويل لحساب العميل بفائدة^(١).

ولا أعلم خلافاً بين العلماء المعاصرين وهيئات الفتوى على تحريم هذه المعاملة، إذا كان ورود المستندات باسم العميل يعني امتلاكه للسلعة المستوردة، وإنما اختلفوا في بعض الحالات الاستثنائية التي يلجأ فيها المصرف إلى إظهار اسم العميل على المستندات والوثائق الرسمية، مع وجود اتفاق داخلي بينهما على أن ملكية البضائع عائدة إلى المصرف، ولهذه أمثلة منها:

المثال الأول: أن يكون الاستيراد خاضعاً لقيود جمركية، وتراخيص متوفرة عند العميل وحده، أو أن قانون الدولة يحظر الاستيراد على غير المواطنين، والبنك الإسلامي فيه مساهمون أجنب.

المثال الثاني: اشتراط المصدّر إظهار اسم الواعد على البضاعة لكونه موزعاً أو وكيلاً له.

المثال الثالث: أن يترتب على تسجيل البضاعة باسم البنك تكاليف ضرائبية.

فقد اختلفت أنظار القائمين على الفتوى في المصارف الإسلامية في معالجة هذه الحالات:

(١) قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١٥٣/٣، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ١٨٣.

١ - فالبعض^(١) يرى ضرورة تسجيل الوثائق باسم البنك، وأن عدم النص عليه يؤدي بالعملية إلى الصورية، لا سيما وأن الطرف الذي سيسجل اسمه على الوثائق هو المستفيد من هذه البضائع، حيث ستؤول إليه ملكيتها.

ولتحقيق هذا الشرط فإن بعض المصارف تقوم بشراء رخصة الاستيراد من العميل، أو تستخدم الموافقات أو رخص الاستيراد لإتمام عملية الاستيراد بحيث ترد مستندات الشحن باسم المصرف، ويتم تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية باسم العميل، وإبرام عقد البيع مرابحة معه، وبذلك تدخل البضاعة إلى الدولة باسم المستورد^(٢).

٢ - والبعض لا يمانع من ظهور اسم العميل على المستندات، لا سيما من يرى جواز توكيل الواعد بالشراء، فإنهم ذهبوا إلى جواز إصدار الوثائق والمستندات باسم الواعد لأنه لا يشترط شرعاً تصريح الوكيل باسم الموكل في المعاملات، فللواعد أن يقوم بعملية الشراء باسمه ولكن لصالح الموكل^(٣).

والذي يظهر للباحث - والله أعلم - أن تسجيل المستندات باسم الواعد قبل امتلاك البنك للبضاعة وحيازتها، لا يجوز لأربعة أمور:

١ - استحكام شبهة التحايل على الربا في هذه المعاملة، وظهور اسم الواعد يؤدي بها إلى الصورية.

٢ - أن تلك الوثائق هي التي تثبت في النهاية جهة ملكية المبيع.

(١) الهيئة الشرعية لشركة الراجحي: قرارات الهيئة ٢٨٦/١، والمصارف الإسلامية العاملة في السودان، وبنك فيصل المصري: ندوة خطة الاستثمار ص ١٨٣، مصرف قطر الإسلامي: الدليل الشرعي للمراجعة ص ١٥٥.

(٢) ندوة خطة الاستثمار ص ١٨٣.

(٣) الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، المستشار الشرعي لدلة البركة: الدليل الشرعي للمراجعة ص ١٥٦.

- ٣ - ولعدم صحة توكيل الواعد بالشراء كما قررنا ذلك سابقاً.
- ٤ - ولأن تسجيل المستندات باسم العميل لا يتعين طريقاً وحيداً لدفع الحاجة القائمة في مثل هذه الحالات، فمن الممكن أن ترد بوليصة الشحن باسم المصرف ثم يقوم بتظهيرها للواعد، واستلام البوليصة يعد قبضاً كافياً شرعاً كما سيأتي.

الفرع الثاني: بيع المرافحة عن طريق تظهير بوليصة الشحن للعميل:

بوليصة الشحن: هي سند الشحن، وهي بمثابة الإيصال المعتمد دولياً باستلام الجهة الشاحنة للبضاعة، مع التعهد بتسليمها في بلد الوصول^(١). وقد يكون سند الشحن وثيقة إيداع ونقل بحري أو جوي أو نهري أو بري، بحسب نوع الناقل، لكن سينصب حديثنا على السندات البحرية باعتبارها تمثل الغالبية العظمى من سندات الشحن في عمليات المرافحة الخارجية.

وسندات الشحن ليست أوراقاً تجارية لأنها لا تمثل مبلغاً معيناً من النقود يسهل الحصول عليه، ومع ذلك فإنه يتم تداولها بطريقة التظهير^(٢). والمعتاد في معظم عمليات المرافحة الخارجية في البنوك الإسلامية أن يقوم البنك بتظهير سندات الشحن بعد استلامها لصالح الواعد، فما هو الحكم الشرعي لعملية البيع هذه؟ وهل يعتبر قبض السندات قبضاً شرعياً، يقوم مقام قبض البضاعة نفسها؟ مع أن البضاعة ربما لم تزل بعد في ميناء الإقلاع.

للإجابة على ذلك، نشير إلى أن عقود البيع التجارية الدولية - كما تصدرها غرفة التجارة الدولية - تحدد مسؤولية البائع وحدود تحمله للمخاطر بالنسبة لكل عقد.

(١) الإدارة العلمية والعملية للمصارف التجارية ص ٢٩٦.

(٢) العقود الشرعية الحاكمة ص ٢٦٣.

ويلاحظ في هذه العقود أن انتقال مسؤولية مخاطر هلاك البضاعة أو تلفها، وكذلك مسؤولية مصاريف البضاعة يرتبط دائماً بالتسليم^(١).

المسألة الأولى: أنواع البيوع البحرية:

وطبقاً لمسؤولية البائع فإن العقود البحرية تنقسم إلى مجموعتين:

المجموعة الأولى: مجموعة عقود القيام:

وهذه المجموعة هي الأكثر شيوعاً، ويتم التسليم فيها في ميناء الشحن.

وهي على نوعين:

١ - البيع فوب:

وفيه يلتزم البائع بتسليم البضاعة في ميناء الشحن على ظهر السفينة التي يتعاقد معها المشتري، ومن هذا الوقت تبرأ ذمة البائع من الالتزام بالتسليم، وتنتقل ملكية البضاعة للمشتري كما تكون مخاطر الطريق عليه، ويقع على عاتق المشتري عبء القيام بإبرام عقد النقل، ودفع أجرة النقل، والتأمين على البضاعة، وعليه أن يوجه السفينة إلى ميناء الشحن وأن يخطر البائع باسمها^(٢).

ومن أمثلة هذه البيوع:

EXW: التسليم بجوار المصنع أو المتجر أو المزرعة.

FCA: التسليم إلى الناقل أو المخلص الذي حدده المشتري.

FAS: التسليم على الرصيف بجوار السفينة في ميناء الإقلاع.

٢ - البيع سيف:

وهو بيع البضائع مع التزام البائع بشحنها والتأمين عليها من مخاطر

(١) الدليل الشرعي للمراجعة ص ٦١.

(٢) القانون البحري الجديد ص ٣٥٣، العقود البحرية ص ١٩٨.

النقل البحري، نظير ثمن جزافي شامل لقيمة المبيع وأجرة النقل وقسط التأمين.

وظهر البيع سيف في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، وانتشر من ذلك الحين بحيث أصبح أهم الصور التي تتخذها البيوع البحرية في العمل، ويرجع السبب في ذيوعه إلى ما يقدمه من مزايا لكل من البائع والمشتري على حد سواء، فالبائع لا يتحمل خطر هلاك البضاعة أو تلفها ابتداءً من وقت شحنها، ومن ثم يستحق الثمن أيًا كان مصير البضاعة، أما المشتري فإنه يعفى عن عبء القيام بالشحن والتأمين في مكان بعيد، كما أنه يعد مستلمًا للبضاعة من وقت الشحن، ولا ضرر عليه من تحمل مخاطر الطريق لأنها مغطاة بالتأمين^(١).

ومن أمثلة هذه البيوع:

CFR: تكلفة البضاعة والشحن إلى ميناء الوصول.

CIF: تكلفة البضاعة والشحن والتأمين إلى ميناء الوصول.

CPT: النقل للمكان المحدد للوصول.

CTP: النقل والتأمين للمكان المحدد للوصول.

ففي جميع عقود هذه المجموعة يتحمل المشتري مخاطر الطريق، إلا أنه في البيع سيف يتحمل البائع إضافة إلى التسليم في ميناء الوصول نفقات النقل والتأمين على البضاعة، بينما في البيع فوب يلتزم البائع بمجرد تسليم البضاعة على السفينة التي استأجرها المشتري بمعرفته، وتنقل المخاطر إلى المشتري من هذه اللحظة^(٢).

(١) القانون البحري الجديد ص ٣٤٨، العقود البحرية ص ١٩٥.

(٢) الدليل الشرعي للمرافحة ص ٦١، «القبض صورته وبخاصة المستجدة منها» د. عبد الله العبد الله ص ٥٤٩.

وبناءً على ذلك فإن المشتري في جميع هذه العقود يعتبر قابضاً للبضاعة في ميناء القيام، لأن البضاعة تكون قد دخلت في ضمانه، ويتحمل تبعه هلاكها في الطريق، ولأن استلام الناقل المعين من قبله في حكم استلامه، لأنه وكيل عنه، فيجوز له على هذا أن يبيعها وهي في الطريق على ظهر السفينة، ويكون البيع بعد تسلمه سند الشحن من البائع الذي يصله عادة قبل وصول البضاعة، ويتم البيع بينه وبين المشتري الجديد بتظهير سند الشحن لأن هذا السند يمثل البضاعة في العرف التجاري^(١).

المجموعة الثانية: مجموعة عقود الوصول:

وتشمل:

DAF: التسليم على الحدود في المكان المسمى.

DES: التسليم بالسفينة في ميناء الوصول.

DEQ: التسليم على الرصيف بميناء الوصول مع تخليص البضاعة.

DDU: التسليم في مكان الوصول دون تخليص البضاعة للاستيراد.

DDU: التسليم في مكان الوصول مع تخليص البضاعة للاستيراد.

وفي جميع هذه العقود يتم التسليم في ميناء الوصول، ولذلك فإن مسؤولية البائع عن البضاعة تستمر إلى وقت وصولها إلى نهاية الرحلة أي إلى مرحلة التفريغ، خلافاً لعقود القيام التي تنهي مسؤولية البائع فيها في ميناء الإقلاع أو بداية الرحلة^(٢).

وقد يكون البيع في عقود الوصول بيعاً بسفينة معينة، وقد يكون في سفينة غير معينة، وإذا هلكت البضاعة أثناء الطريق لسبب لا بد للبائع فيه كان هلاكها عليه، إلا أنه في البيع بسفينة معينة يمتنع على المشتري مطالبة

(١) «القبض صورته وبخاصة المستجدة منها» د. الضرير ص ٤٨٨.

(٢) الدليل الشرعي للمرافحة ص ٦٢.

البائع بتسليم بضاعة أخرى من نفس النوع، أما في البيع بسفينة غير معينة، فإن للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ البيع وتسليمه بضاعة أخرى بدلاً من الهالكة^(١).

ففي هذه المجموعة لا يجوز لمشتري البضاعة أن يبيعها بتظهير السندات أو بغير ذلك، إلا بعد وصول السفينة إلى الميناء وتسلمه البضاعة تسلمًا حقيقيًا أو حكميًا بأن يكون متمكنًا من التسلم، ولو لم يتسلم بالفعل، أما قبل ذلك فلا يصح بيعها على الواعد أو غيره لأنها لم تدخل في ضمان المشتري بعد، فربحه فيها ربح فيما لم يضمن^(٢) والله أعلم.

المسألة الثانية: حكم بيع العين الغائبة:

من لوازم بيع البضاعة عن طريق تظهير البوليصة أن تكون العين المباعة غائبة عن المتعاقدين، فبيع البضاعة في هذه الحالة يجري فيه الخلاف في حكم بيع العين الغائبة.

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع العين الغائبة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز بيع العين الغائبة إذا علم جنسها مطلقًا.

وذلك مثل أن يقول: بعثك سيارتي بدون أن يصفها للمشتري.

وهذا مذهب الحنفية^(٣)، وقول عند الشافعي في القديم^(٤)، ورواية عن أحمد^(٥).

وهو أحد القولين عند المالكية لكن بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه^(٦).

(١) القانون البحري الجديد ص ٣٤٧، العقود البحرية ص ٢٠٣.

(٢) «القبض صورته وبخاصة المستجلة منها» د. الضير ص ٤٨٧.

(٣) المبسوط ٧١/١٣، بدائع الصنائع ٣٤٩/٧، البحر الرائق ٢٦/٦، فتح القدير ٥٣١/٥.

(٤) المهذب ٢٨٨/٩، روضة الطالبين ٣٦٨/٣، نهاية المحتاج ٤٠٢/٣.

(٥) المغني ٣١/٦، الفروع ٢١/٤، المبدع ٢٥/٤، الإنصاف ٩٥/١١.

(٦) بداية المجتهد ١٨٥/٢، مواهب الجليل ٢٩٦/٤، شرح مياره ٢٩١/١.

واختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية، وضعفه في موضع آخر^(١). ثم إن أصحاب هذا القول أثبتوا للمشتري خيار الرؤية مطلقاً^(٢)، سواء وجد المبيع كما وصف له أم لا، وسواء شرط ذلك في العقد أم لم يشترطه^(٣)، فهو ثابت له بحكم الشرع لا بالشرط.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ووجه الدلالة:

أن الآية - بعمومها - تفيد حل جميع البيوع، من غير أن تقيد ذلك بكون المبيع مرئياً أو غائباً^(٤).

نوقش: بأن الآية مخصصة بحديث النهي عن بيع الغرر^(٥).

أجيب: بعدم التسليم بأن بيع الغائب غرراً، بل للمشتري خيار الرؤية، وبذا ينتفي الغرر في حقه^(٦).

الدليل الثاني:

قوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»^(٧).

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣٤٥/٢٠، الاختيارات الفقهية ص ١٧٩، الفروع ٢٢/٤، الإنصاف ٩٥/١١.

(٢) خيار الرؤية: حق يثبت به للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقده ولم يره.

الخيار وأثره في العقود ص ٤٩٣.

(٣) باستثناء المالكية الذين يثبتونه بالشرط لا بالعقد.

(٤) المغني ٣١/٦، المجموع شرح المهذب ٣٠١/٩، المحلى ٣٤١/٨.

(٥) المجموع شرح المهذب ٣٠١/٩.

(٦) فتح القدير ٥٣١/٥.

(٧) أخرجه الدارقطني (كتاب البيوع ٤/٣) والبيهقي (كتاب البيوع باب من قال: يجوز بيع =

ووجه الدلالة:

أن الحديث دل على ثبوت الخيار، والخيار لا يثبت إلا في بيع صحيح^(١).

نوقش: بأن الحديث ضعيف، فلا يصح الاحتجاج به، كما هو مبين في تخريجه.

الدليل الثالث:

ما روي أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ناقله له بأرض له بالكوفة، فقال عثمان: بعثك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي، لأنني ابتعت مغيباً، وأنت قد رأيت ما ابتعت، فتحاكما إلى جبير بن مطعم ف قضى على عثمان أن البيع وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً^(٢).

ووجه الدلالة:

أن هذا اتفاق من هؤلاء الصحابة على صحة بيع الغائب، ولا يعلم لهم مخالف^(٣).

= العين الغائبة ٢٦٨/٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وقال الدارقطني ٥/٣: «هذا حديث باطل لم يروه غير عمر بن إبراهيم المعروف بالكردي، وهو يضع الأحاديث وإنما يروي عن ابن سيرين موقوفاً من قوله»، وقال في نصب الراية ٩/٤: «قال ابن القطان: والرواي عن الكردي داهر بن نوح، وهو لا يعرف ولعل الجناية منه»، وقال ابن حجر (التلخيص ٦/٣): «وجاء من طريق أخرى مرسله عن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أخرجها ابن أبي شيبه والدارقطني والبيهقي، والرواي عنه أبو بكر بن أبي مريم ضعيف.. ونقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه»، كما ضعفه ابن قدامة أيضاً (المغني ٣٢/٦)، وانظر: الدراية ١٤٨/٢.

(١) المغني ٣٢/٦.

(٢) أخرجه البيهقي (كتاب البيوع باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ٢٦٨/٥) والطحاوي في شرح معاني الآثار (كتاب البيوع باب تلقي الجلب ١٠/٤) وقال: «والآثار في ذلك قد جاءت متواترة، وإن كان أكثرها منقطعاً، فإنه منقطع لم يصاده متصل»، وقال النووي: «رواه البيهقي بإسناد حسن لكن فيه رجل مجهول مختلف في الاحتجاج به، وقد روى مسلم له في صحيحه» المجموع ٢٨٩/٩.

(٣) الحاوي الكبير ١٨/٦، المغني ٣٢/٦.

الدليل الرابع:

القياس على النكاح، فإن كلاً منهما عقد معاوضة، فكما لا تفتقر صحة النكاح إلى رؤية المعقود عليه بالإجماع، لا تفتقر أيضًا صحة البيع إليها^(١).

نوقش: «بأن النكاح لا يقصد منه المعاوضة، ولا يفسد بفساد العوض، ولا بترك ذكره، ولا يدخله شيء من الخيارات، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات، وإضرار بهن، على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصود بالنكاح، فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع»^(٢).

الدليل الخامس:

القياس على بيع الرمان والجوز، واللوز في قشره الأسفل^(٣).

نوقش: بأن هذه الأشياء «يقوم ظاهرها مقام باطنها في الرؤية، كصبرة الحنطة، ولأن في استتار باطنها مصلحة لها كأساس الدار بخلاف بيع الغائب»^(٤).

القول الثاني: المنع من بيع العين الغائبة ولو عرف جنسها ووصفها.

وهذا مذهب الشافعي في الجديد^(٥).

ومن نافلة القول أن أصحاب هذا القول لا يرون خيار الرؤية مطلقًا، لأن البيع لم يصح عندهم أصلًا.

(١) الحاوي الكبير ١٨/٦.

(٢) المغني ٣٢/٦.

(٣) المجموع شرح المذهب ٣٠١/٩.

(٤) المجموع شرح المذهب ٣٠٢/٩.

(٥) المجموع شرح المذهب ٢٨٨/٩، الحاوي الكبير ١٨/٦، حاشية الجمل ٣٩/٣، مغني المحتاج ٣٥٧/٢.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه (نهى عن بيع الغرر)^(١).
 ووجه الدلالة: أن في بيع الغائب: «غرراً ظاهراً، فأشبهه بيع المعلوم
 الموصوف كحبل الحبله وغيره»^(٢).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أجاب أصحاب القول الأول القائلون بصحة العقد
 وثبوت خيار الرؤية: «بأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة،
 لأنه لو لم يوافق رده»^(٣) «ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم
 الضرر فيه، ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك، إنما يلزم الضرر
 لو لم يثبت له الخيار إذا رآه فأما إذا أوجبنا له الخيار إذا رآه فلا ضرر
 فيه أصلاً بل فيه محض مصلحة وهو إدراك حاجة كل من البائع
 والمشتري، فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب، وأوقف جواز البيع
 على حضوره ورؤيته ربما تفوت، بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه،
 فيشتريه منه.. فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار
 فيه لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري، والنهي قطعاً ليس إلا
 لذلك»^(٤).

الوجه الثاني: وأجاب أصحاب القول الثالث القائلون بجواز هذا
 البيع بشرط وصفه: «بأن بيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه
 النبي ﷺ من بيع الغرر.. لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف، قال

(١) الحديث سبق تخريجه ص ٧٣٤.

(٢) المجموع شرح المذهب ٣٠١/٩، وانظر: الحاوي الكبير ١٩/٦.

(٣) الهداية ٥٣١/٩.

(٤) فتح القدير ٥٣١/٥.

رسول الله ﷺ: «لا تنعت المرأة للمرأة للزوج، حتى كأنه ينظر إليها»^(١)، فشبّه ﷺ المبالغة في الصفة بالنظر، وقال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِّنْ عِنْدِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِّمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِن قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ ﴿٨٩﴾﴾ [البقرة: ٨٩].

فلما قال تعالى: ﴿فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا﴾ وهم لم يعرفوه قبل إلا بصفته التي وجدوها في التوراة، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف^(٢).

الدليل الثاني:

قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تبع ما ليس عندك»^(٣).

ووجه الدلالة:

أن العين الغائبة ليست عند البائع حين العقد، فتكون مشمولة بالنهاي الوارد في الحديث^(٤).

نوقش: بأن «العندية هنا ليست عندية الحس والمشاهدة.. وإنما هي عندية الحكم والتمكين»^(٥).

فالمراد بالحديث ما ليس في ملك البائع، يؤيده أنه «لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل: عندي ضياع، وعندي دور، وعندي رقيق، ومتاع غائب وحاضر، إذا كان كل ذلك في ملكه، وإنما ليس عند المرء ما ليس في ملكه فقط وإن كان في يده»^(٦).

(١) أخرجه البخاري (كتاب النكاح باب لا تباشر المرأة المرأة فتنتعها لزوجها برقم ٥٢٤٠) من حديث أبي هريرة.

(٢) المقدمات الممهدة ٧٧/٢.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص ١٠٥٩.

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب ٣٠١/٩.

(٥) تهذيب السنن ١٥٨/٥.

(٦) المحلى ٣٤١/٨.

الدليل الثالث:

«أنه بيع عين بصفة، فوجب أن يكون باطلاً، كالسلم في الأعيان»^(١).

ويناقش: بأن بيع العين الغائبة يفارق السلم من جهة أن السلم عقد على موصوفٍ مؤجلٍ، وليس من شرطه أن يكون مملوكاً للبائع أو موجوداً حين العقد، فإذا وقع على معين تمكن الغرر فيه لأنه لا يؤمن تلفه، أو عدم القدرة على تحصيله.

القول الثالث:

جواز بيع العين الغائبة على الصفة.

وهذا مذهب المالكية^(٢)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٣)، وقول الظاهرية^(٤)، وهو اختيار ابن تيمية^(٥).

وعلى هذا القول فليس للمشتري خيار رؤية إلا إذا جاء المبيع على غير الصفة، وتسميته خيار رؤية تجوز، وإلا فإنه خيار خلف في الصفة، وليس خيار رؤية^(٦).

استدل أصحاب هذا القول على أصل مشروعية البيع بأدلة القول الأول.

واستدلوا على عدم صحة البيع بدون وصف أو رؤية سابقة بما يلي:

الدليل الأول:

نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر.

- (١) الحاوي الكبير ١٩/٦.
- (٢) المقدمات الممهدة ٧٦/٢، بداية المجتهد ١٨٥/٢، مواهب الجليل ٢٩٦/٤، شرح الخرشي ٣٤/٥، الفواكه الدواني ٩٦/٢.
- (٣) المغني ٣١/٦، الفروع ٢٢/٤، الإنصاف ٩٥/١١، كشاف القناع ١٣٩٤/٤.
- (٤) المحلى ٣٣٧/٨.
- (٥) مجموع الفتاوى ٣٤٥/٢٠.
- (٦) حاشية الدسوقي ١٠٨/٣، المغني ٣٤/٦، أما الظاهرية فيرون أن العقد ينفسخ إذا ظهر المبيع بخلاف الصفة، وليس للمشتري الخيار، المحلى ٤٤٢/٨، ٦٥/٩.

ووجه الدلالة:

أن من الغرر أن يبيع ما لم يره ولم يوصف له، لكونه مجهولاً^(١).

نوقش: بما تقدم في مناقشة الدليل الثاني من أدلة القول الثاني، وهو أن النهي عن ذلك لما فيه من الضرر، ولا ضرر مع ثبوت الخيار للمشتري، سواء كان الخيار بالشرط أو بالعقد.

الدليل الثاني:

القياس على السلم، فإن بيع الغائب نوع من البيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع، كالسلم^(٢).

الدليل الثالث:

القياس على بيع النوى في التمر، فإنه لا يصح لأنه باع ما لم يره ولم يوصف له، فكذلك العين الغائبة^(٣).

الترجيح:

بالنظر في الأقوال المتقدمة يظهر أن سبب الخلاف هو الغرر، فبيع العين الغائبة لا خلاف أنه من الغرر، لكن أصحاب القول الأول يرون أن هذا الغرر يرتفع حكمه بإثبات الخيار للمشتري مطلقاً أو بالشرط، وأصحاب القول الثالث يرون أن الغرر يرتفع بوصف المبيع وصفاً يرفع الجهالة، والجميع متفقون على أن للمشتري الخيار إن جاء المبيع على غير الصفة.

أما القول بمنع بيع العين الغائبة وصفت أم لم توصف، ففيه تضيق على الناس في معاملاتهم مع إمكان دفع الغرر بما هو أقل من ذلك،

(١) المغني ٦/٣١.

(٢) المغني ٦/٣١.

(٣) المجموع شرح المذهب ٩/٣٠١.

ولهذا فالراجح ما ذهب إليه المالكية في أحد قوليهما، وهو جواز بيع العين الغائبة إذا تحقق أحد أمرين:

الأول: وصف العين وصفًا يكفي في السلم.

الثاني: أن يكون للمشتري الخيار برؤية المبيع.

وسبب الترجيح: أن العلة من منع بيع العين الغائبة هي الجهالة، وبوجود أحد هذين الأمرين تنتفي الجهالة أو أثرها. والله أعلم.

الفرع الثالث: معايير تحديد ثمن السلعة:

وقد يقع بيع المراهجة بين البنك والعميل دون النظر إلى الثمن الأول الذي اشترت به السلعة وفي هذه الحالة للبنك أن يحدد السعر الذي يراه والذي يتفق عليه الطرفان.

وقد يكون البيع بالثمن الأصلي للمبيع بزيادة ربح معلوم، فالعقد يكون بيع أمانة، ولا بد من ضبط التكاليف التي يضمونها البنك سعر المبيع، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: إذا كان اتفاق الطرفين على البيع بالثمن الأصلي بزيادة ربح معلوم، وجب إعلام المشتري بهذا الثمن وعدم إضافة أي تكاليف أخرى. مثال ذلك: أن يقول: اشترت هذه السلعة بكذا، أو مشتري هذه السلعة بكذا^(١).

ثانياً: إذا كان الاتفاق على أن تكون الزيادة على الثمن الأصلي مضافاً إليه المصاريف المتعلقة بالمبيع، فإن صرح البنك بتفصيل ما يلحق برأس ماله من النفقات فقد اتفق الفقهاء على أن للبائع في مثل هذه الحالة أن يلحق برأس المال أية نفقات تكبدها، ولو لم يجر العرف بإضافتها^(٢).

(١) بدائع الصنائع ١٧٧/٧، الكافي لابن قدامة ١٣٦/٣.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٩/٧، الدسوقي ١٦١/٣، نهاية المحتاج ١١٢/٤، الكافي لابن قدامة ١٣٦/٣.

ثالثًا: فإن لم يصرح بتلك النفقات، فليس له أن يضيف إلا المصاريف المنضبطة التي جرى بها العرف التجاري، وكل ما يزيد في قيمة البضاعة ويتصل بها مباشرة، مثل مصاريف الحمل والتخزين والتخليص الجمركي والتركيب وغيرها.

وتشمل هذه المصاريف:

١ - المصاريف الصناعية المباشرة، ويمثل لها الفقهاء بالصبغ والفتل والطرز.

وهذه لا وجود لها في المراجعة المصرفية.

٢ - والمصاريف التسويقية المباشرة: ويمثل لها الفقهاء بأجرة الدلال، وحمل الطعام وسوق الغنم ونحو ذلك، ويقابلها في المراجعة المصرفية: تكاليف الدعاية والإعلان والتعبئة والتغليف ونحو ذلك.

٣ - التكاليف الإدارية المباشرة: ويمثل لها الفقهاء بالمكس يأخذه السلطان. ويقابلها في المراجعة المصرفية: الضرائب ورسوم التسجيل ونحو ذلك^(١).

أما مرتبات موظفي البنك والمصرفيات الإدارية العامة فإنها لا تضاف لأنها من تمام عملية الشراء التي يستحق بها البنك الربح الأصلي ويمكنه تغطيتها عن طريق أخذها بالاعتبار ضمن هامش الربح^(٢).

ويشير إلى هذه المصرفيات صاحب المقدمات الممهديات بقوله: «فأما ما لا يختص بالمتاع، فإنه لا يحسب في أصل الثمن، ولا يحسب له ربح، وذلك كنفقته، وكراء ركوبه، وكراء بيته»^(٣).

واختلفت الفتاوى المعاصرة حول عمولة فتح الاعتماد المستندي

(١) المنهج المحاسبي لعمليات المراجعة ص ٣٠، نظرية المحاسبة المالية ص ١٢٦.

(٢) الدليل الشرعي للمراجعة ص ٢١١.

(٣) المقدمات الممهديات ١٢٦/٢.

الممولة بطريق المرابحة، فهل للبنك أن يحتسب هذه العمولة على نفسه وهو الفاتح للاعتماد باسمه، حيث هو المالك للبضاعة المشتراة بالاعتماد، وبالتالي هل يحق له إضافة هذه العمولة ضمن المصاريف وتكلفة النفقات؟.

فأكثر الفتاوى ترى أنه في حالة فتح الاعتماد لدى البنك نفسه فإنه لا يحق له مطالبة العميل بعمولة مباشرة عن فتح الاعتماد، لأن الاعتماد مفتوح لصالحه، ولكن ما تكلفه من مصاريف فعلية متعلقة بفتح الاعتماد من أجور اتصالات وقرطاسية وغيرها يمكن للبنك إضافتها إلى ثمن السلعة^(١).

بينما يرى البعض أن هذه العمولة هي نوع من الخدمات المصرفية التي يذهب ريعها لصالح المساهمين على حساب قسم الاستثمار الذي يذهب ريعه لأصحاب الودائع الاستثمارية بما فيها أموال المساهمين المستثمرة، فيكون ذلك من تكلفة البضاعة، وبالتالي فإن مطالبة العميل به يعتبر إجراءً عادلاً^(٢).

ولعل القول الأول هو الأقرب، فإن تحميل العميل العمولة يتناقض مع كون الاعتماد مفتوحاً باسم البنك، والله أعلم.

رابعاً: وإذا اشترى البنك السلعة بثمن مؤجل، فيجب إعلام المشتري بذلك، لأن الثمن قد يزداد لمكان الأجل.

ولا خلاف بين الفقهاء على وجوب إعلام المشتري بالتأجيل وعلل لذلك في بدائع الصنائع بقوله: «لأن للأجل شبهة المبيع، وإن لم يكن مبيعاً حقيقة، لأنه مرغوب إليه، ألا ترى أن الثمن قد يزداد لمكان الأجل، فكان له شبهة أن يقابله شيء من الثمن، فيصير كأنه اشترى شيئاً ثم باع

(١) الهيئات الشرعية لبنك البركة، وبيت التمويل: ينظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص ٢١٦.

(٢) الهيئة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي، ينظر الدليل الشرعي للمرابحة ص ٢١٥.

أحدهما مرابحة على ثمن الكل»^(١).

خامساً: وإذا حصل البنك على خصم قبل لزوم عقده مع المشتري، فهو من نصيب المشتري، باتفاق الفقهاء^(٢)، فيجب إعلامه بذلك أو تعديل ثمن بيع المرابحة على أساس هذا السعر^(٣).

(١) بدائع الصنائع ١٨١/٧، وانظر: الدسوقي ١٦٥/٣، نهاية المحتاج ١١٥/٤، المغني ٢٧١/٦.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٨/٧، الدسوقي ١٦٦/٣، نهاية المحتاج ١١٤/٤، المغني ١٦٨/٦.

(٣) الدليل الشرعي للمرابحة ص ٢١٣، المنهج المحاسبي في المرابحة ٣٣.