

من القواعد الفقهية والمقاصد الشرعية الضابطة لعقود المعاملات المالية

أ. عبد الرحمن مايدي
قسم العلوم الإسلامية جامعة عمار ثليجي
الأغواط - الجزائر

تمهيد

إن الناظر إلى مستجدات الحياة المعاصرة، لواحدًا حصول الأزمات المتتابة المتنوعة في مشهد رهيب لمغريات الحياة التي ولدت لنا الكثير من الأزمات على جميع الأصعدة؛ بداية بالفكر فيلى الاجتماع فالسياسة، فيلى الاقتصاد الذي هو عصب الحياة ومحور دوراتها حيث أن اي اختلال في هذا الجانب سينتج أزمة إنسانية أو ما شابه وما الأزمة المالية العالمية عنا ببعيد 2007؛ الأمر الذي يجعل مطلب إعادة النظر والتصحيح في القوانين والأنظمة الاقتصادية أمرا لا بد منه كما يؤكد أن القوانين الوضعية خاصة في الاقتصاد لا تلبث أن تتغير لعوامل كثيرة ولا تزال كل مرة تطالب بإصلاحها وتقنين القوانين لحل مشكلاتها.

ومن هنا بدأ الباحثون في الاقتصاد الإسلامي يعملون على تطوير الطرق في تنمية الأموال واستثمارها وفق ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية وهو ما يسمى في الفقه بباب المعاملات المالية الإسلامية المعاصرة التي وجدت لها فضاء في المصارف الإسلامية والتي هي حديثة النشأة وكمستجد في الحياة الإسلامية، حيث تصدى للاجتهد والتأصيل لمسائلها باحثون ومختصون وعلماء للشريعة، ومازالت مسيرة الاجتهاد الاقتصادي لتفعيل تراثنا الفقهي الزاخر بآراء لفقهاءنا وعلمائنا كانت عندهم كافتراضات والآن أصبحت مطلوبة للتفعيل على أرض الحقيقة من طرق ووسائل لتنمية الأموال وتحريكها واستثمارها تحقيقا لعمارة الأرض وتنميتها لأداء رسالة الاستخلاف في المال. قَالَ تَعَالَى: ﴿عَامِلُوا بِاللَّهِ

وَرَسُولُهُ وَأَنْقُؤْا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُتَخَلِّفِينَ فِيهِ ﴿٧﴾ الحديد: ٧؛ هذا المال الذي راعت الشريعة جوانبه المختلفة واعتبرته ضرورة من ضرورات الحياة الواجب حفظها من جهة الوجود والعدم.

وتحقيقا للمقصد الشرعي العام للمعاملات المالية والمصرفية الإسلامية في بلاد المسلمين التي مازالت تعاني التبعة الاقتصادية مع ما تملكه من مؤيدات وإمكانات تمكنها من الاستغناء عن تسول غيرها وحاجتها من الدول الأخرى غير المسلمة خاصة وحتى المسلمة لان شرف المؤمن استغناؤه عن الناس وفي الحديث عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: ((لَأَنْ يَغْدُوَ أَحَدُكُمْ فَيَحْطَبَ عَلَى ظَهْرِهِ فَيَتَصَدَّقَ بِهِ وَيَسْتَعْنِيَ بِهِ مِنَ النَّاسِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَسْأَلَ رَجُلًا أَعْطَاهُ أَوْ مَنَعَهُ ذَلِكَ فَإِنَّ أَلْيَدَ الْعُلْيَا أَفْضَلُ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى وَأَبْدَأُ بِمَنْ تَعُولُ)) ولم لا تتعاون هذه الدول - الإسلامية - مشكلة اتحادية كبرى إسلامية على غرار الاتحاد الاوربي أو الولايات المتحدة الأمريكية، لأن الجدير بها أن تكون الولايات المتحدة الإسلامية بصورة أوضح لما هي عليه من المؤثرات الإسلامية والمجتمع الفقهية، وهذه الأخيرة إن دلت فإنما تدل على وجود كفاءات وتعاملات يمكنها أن تمكن للاقتصاد الإسلامي الحديث وتجعل للمسلمين يدا عليا في الاقتصاد العالمي ومن منطلق العقيدة الإسلامية التي تعتبر اداة لضبط التنمية - الاستثمار - ومن منطلق العمل المطلوب شرعا من كل مسلم؛ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عِلِّيِّ الْعَالِينَ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿١٠٥﴾﴾ التوبة: ١٠٥.

و عند متابعة هذه العقود وتحليلها فإنك تجد نفسك أمام مستجدات عويصة ومن ذلك الاختلافات الفقهية في الجانب المالي والالتزامات التي تفرضها الوضعية الاقتصادية على المصارف الإسلامية وعليه فأردت وضع موضوع التمويل في اطار فقهي مقاصدي يعطي المزيد من السلامة والاحتياط عند العمل على التمويل أو الاستثمار بأي عقد - بيع - أو صيغة سواء في معاملات الناس اليومية العادية أو المعاملات المصرفية مثل: عقد المراجعة الأثرية أو الحديثة - المراجعة للآمر بالشراء - أو عقد السلم أو عقد الاستصناع أو عقد الاجارة أو عقد المشاركة وغيرها.

المطلب الأول: تحليل ماهية التمويل الاسلامي وحكمه: يعنى هذا المبحث بتسليط الضوء على المداخل الأساسية لهذه الدراسة وذلك بضبط وتحليل مفهوم التمويل بدراسته لغة واصطلاحاً ليتأتى بذلك التسهيل لدرك الأحكام الشرعية المرتبطة بالتمويل الإسلامي مع استحضار ما يجب من النقد والمراجعة والتصحيحات لدى مفكري الاقتصاد الإسلامي وذلك كله في كنف من الاجتهاد المقاصدي المأمول وسطيته؛ دون إسراف في فتح الذرائع لتحليل محرم أو الدخول في شبهة مالية كما أنه دون تشدد لرفض كل مخرج له أصول تدعمه وإن ضعفت حجيتها، وهذا للوصول في كل حالة إلى حكم شرعي منضبط بأصول ومقاصد الشرع الحنيف.

فإن تحقق من هذا المبحث مقصده ننتقل الى البحث عن المبادئ المعاملاتية والحديث فيها أيضاً عن الضوابط الاقتصادية للتمويل وصيغه التي لا يسع التاجر جهلها ما دامت تدفعه عن المخاطر والشبه المالية وطرق الكسب المحرم إلى جهة الامان والمباح المالي الشرعي.

الفرع الأول: التمويل لغة واصطلاحاً:

أولاً: التمويل لغة:

لفظ مركب (م ول) من المال ورجل (مالٌ) أي كثير المال. و(تموّل) الرجل أي صار ذا مال و(موّله) غيره (تمويلًا) والمعنى في المصدر: " أعطى مالا ⁽¹⁾. وموّله: أي قدم له ما يحتاج من المال وتموّل: نما له مال، والمموّل هو: من ينفق على عمل ما ⁽²⁾

ثانياً: تعريف المال:

1- المال في اللغة: قال ابن منظور: ((المال ما ملكته من جميع الأشياء، ومال الرجل يمول مولا ومؤولا إذا صار ذا مال، وتصغيره مويل ³)) ويلاحظ هنا موافقة المعنى اللغوي لمعنى إثمار المال واستثماره فهو قريب من معنى الاستثمار. كما أن الممول يقع معناه على المصرف الممول (المشارك بالمال مثلاً)

وجاء في المعجم الوسيط: المال: كل ما يملكه الفرد أو الجماعة من عروض التجارة أو عقار أو نقود أو حيوان ⁽⁴⁾ ويقال: مُلِتَ ثَمَالٌ، وَمِلَتْ وَتَمَوَّلَتْ، واستملت كثر مالك، المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يكتني، ويملك من الأعيان وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها أكثر أموالهم، ومال الرجل، وتمول إذا صار ذا مال، ويقال رجل مال: أي كثير المال كأنه قد جعل نفسه مالا وحقيقته ذو مال... وقد تكرر ذكر المال على اختلاف مسمياته في الحديث ويفرق فيها بالقرائن ⁽⁵⁾ وهو اسم للقليل والكثير من المقتنيات ⁽⁶⁾

2- المال في الاصطلاح: أما معنى المال في مصطلح الفقهاء فقريب منه في اللغة إلا أن الاختلاف وقع في التعبير عنه لفظاً؛ والمقصود من الجميع تحصيل المعنى اللغوي.

أ- المال: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية تثبت بتموّل الناس كافة أو بعضهم ⁽⁷⁾ وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في مادتها 126 ⁽⁸⁾.

وهذا التعريف يجمع بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي، إلا أن فيه إجمالاً؛ فليس كل مال يميل إليه الطبع كبيع الأدوية التي تعافها النفس ابتداء وترغم على تناولها انتهاء وان أمكن ادخارها، وقد يكون مما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعة المعنوية أو المادية وربما يكون من المال ما لا يميل إليه الطبع فليس بشرط وقال الشاطبي: (وأعني بالمال ما يقع عليه الملك ويستند به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه) ⁽⁹⁾ وقال الشافعي: (المال: ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلّت) ⁽¹⁰⁾. وقال الزركشي: المال ما كان منتفعاً به أي: ومُستعداً لأن ينتفع به ⁽¹¹⁾ وقال بن قدامة: وهو - أي المال - ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة فتقييده بما فيه منفعة احترازاً عن ما لا منفعة فيه وتقييد المنفعة بالإباحة احترازاً عن ما فيه منفعة غير مباحة كالخمر وتقييده بالإباحة لغير ضرورة احترازاً عن ما فيه منفعة مباحة للضرورة كالكلب ونحوه... وقال: فلو قال المصنف: " لغير حاجة " لكان أولى، لأن اقتناء الكلب يحتاج إليه ولا يضطر إليه، فمراده بالضرورة: الحاجة، وقال الشارح: وقوله: لغير ضرورة: احترازاً عن الميتة والحرمات التي تباح في حال المخصصة... ⁽¹²⁾

ب- المال: ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع.⁽¹³⁾ وهذا التعريف عام شامل للمنافع والأعيان معا.

ومن خلال ما سبق يظهر أن هناك تضييقا لمعنى المال وتوسيعا فيه بخلاف لفظي ومرادهم المعنى اللغوي انتهاء وذلك على مذهبين:

(1) **المذهب الأول:** الأحناف من قالوا حصرا لمعنى المال في ما هو "عيني" ويمكن ادخاره وأخرجوا المنافع. ثم أن المنافع كذلك أموال معتبرة على الراجح ومنهم من أعطى لمعنى المال "ما يميل إليه الطبع" وهذا غير ثابت كالأدوية: مال لا يميل إليه الطبع بصفة طبيعية كما يرون. " كما أن تقييد المال بميل الطبع غير منضبط لوجود أموال لا يميل إليها الطبع كالأدوية المرة غير المستساغة، وكالثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل صلوحها ونضجها، حيث لا يميل إليها الطبع مع أنها أموال" (14)

(2) **المذهب الثاني:** وهو مذهب الجمهور حيث توسعوا في معنى المال، وإن كانت بعض التعاريف غير دقيقة وحاصله أن الجمهور توسعوا في معنى المالية لتشمل "الأعيان المادية والمنافع والحقوق" خلافا للحنفية الذي اقتصروا في معنى المالية على "ذوات الأعيان المادية". واشترط الجمهور في ذلك كون المال "مباحا" خلافا للحنفية فلم يشترطوا كونه مباحا.

والناظر يجد أن الجميع متفق على أن العنصر الأساسي في المالية هو "كون الشيء له منفعة وقيمة حسب العرف السائد" ولذلك فالذي يظهر رجحانه⁽¹⁵⁾ هو أن المال: هو كل ما له قيمة بين الناس ومنفعة حسب العرف وعلى ضوء ذلك يمكن تعريفه تعريفا جامعا مانعا وهو: كل عين أو حق له قيمة مادية أو منفعة عرفا، وعليه فمعيار كون الشيء مالا هو اشتماله على قيمة أو منفعة واللذان يمكن أن تضبط بالعرف السائد ويمكن أن يختصر أن المال هو كل ما له منفعة معتبرة في العرف. أما التقييد بالحلال والحرام فهي ارتباطات بالحكم الشرعي عن هذا المال والتي يبنى عليها مسائل في قضية الضمان وغيره.

اذن المال المطلق هو كل ما له منفعة معتبرة في العرف، هذا هو تعريف المال مطلقا مباحة ومحرمة فان قيل: هو ما له منفعة معتبرة في الشرع لم يدخل فيه إلا المباح فلا مالية في الخمر

والمخدرات وغيرها من المحرمات بهذا التعريف والضابط الأخير فيه يخرج ما نتج عن الربا في المصارف مع أنها أموال معتبرة، والأولى في درك مالية الشيء هو ماله منفعة معتبرة في العرف السائد ومنه فضايط مالية الشيء هو منفعته حسب العرف السائد. ولذلك نجد الفقهاء يحكمون بجواز بيع ما فيه منفعة وما لا منفعة فيه فلا يميزونه على الأكثر أما القول بأن المنفعة المعتبرة ضابطها العرف لأنه يتغير من مكان لآخر وزمان لآخر وقد تجد أعيانا مادية لا منفعة فيها عند قوم ولها منفعة عند آخرين. فعلى ان ذوات السموم لم تكن نافعة في يوم من الأيام ليصبح بعد ذلك مالا معتبرا له قيمة مطلوبة في الأدوية حاضرا. "وبناء على ما سبق فإنه يعتبر في عصرنا مما له قيمة وحرمة مثل: الحقوق المعنوية والطاقة الشمسية والهوائية والذرية والسموم المستخدمة في الأدوية أموالا"، ومن باب التتمات لما يرتبط بموضوع المالية أو التمويل فإنه يقترب بالتمويل مستثمر وعادة ما يلعب المصرف الدورين فهو يحوز الأموال لمستثمرها لمودعيها ثم أنه يكون الممول بها لمن يريد الاستثمار بحسب الصيغ التي يتعامل بها.

الفرع الثاني: تحليل ماهية التمويل الاسلامي:

بعد الوقوف على معنى التمويل والمال في اللغة والاصطلاح، نعود إلى مقصد الدراسة وهو ماهية التمويل وصيغته وما تحمله من مؤثرات في الأحكام الفقهية ولنخرج بتعريف يكون ضابطا لمقصد الدراسة يفيد معنى العملية التمويلية أو الاستثمارية من الجانب الفقهي والاقتصادي مع مراعاة الجانب التنزيلي المؤسسي للعملية.

وينبغي لادرك مفهوم التمويل والاستثمار من منظور فكر وأسس الاقتصاد الإسلامي الحديث مراعاة جوانب جوهرية بالموازاة مع وسيلة العملية ومقصدتها وفيه يوقف على الجوانب التالية⁽¹⁶⁾:

– الجانب القيمي: والمبادئ التي توجه العملية وتحدد إطارها العام الذي ينبغي أن تتحرك من خلاله وأن توظف وفقا له.

– الجانب العملي: بما يوضح أن العملية التمويلية الاستثمارية حركة تسمير للأموال وإنماء لها أي تشغيل للموارد وتوظيف للطاقات.

- **الجانب المقاصدي:** بمعنى الهدف والغاية المرجوة من هذه العملية ببعد تعبدي ملازم للبعد المادي وإن كان هو الآخر مقصداً إلا أنه لا ينبغي أن يكون متفرداً وإلا خلت العمليات عن القيم والأخلاق وعادت غير محققة للاستخلاف وعمارة الأرض بحال الله تعالى.
- **الجانب المؤسسي:** الذي يؤدي حركة التمويل والاستثمار فقد تكون فردية وقد تكون جماعية وقد تكون بالمشاركة بين الأفراد والجماعات ونجد أن المصارف تقوم بمجموع ذلك وتشارك فيه فعلاً.
- **الجانب المالي:** والمقصود المادة التي تتم عليها العملية التمويلية أو الاستثمارية بمعنى رؤوس الأموال أو سلع تجارية كالمصنوعات أو ثروات باطنية أو إنتاج زراعي وغير ذلك.
- **الجانب التوسلي:** أي الطريقة والمجال الذي يحتوي العملية بمعنى قد يكون التمويل بصيغة المشاركة أو الإجارة أو غيرها كما هو الشأن في الاستثمار وفق هذه الطرق أيضاً من جانب آخر حسب من هو ولي التمويل أو الاستثمار وهي تتأثر بعوامل اجتماعه واقتصادية وسياسية وتعدد بتعدد الامكنة والازمنة والاحوال..
- وهذه الجوانب هي أسس ينبغي توافرها جميعاً في العمليات والمعاملات المالية المعاصرة لتحقيق معنى المصرفية الإسلامية المعتبرة وعليها تؤسس لتعريف العملية التمويلية والاستثمارية⁽¹⁷⁾: ((توظيف الفرد بذاته أو مع غيره أو الجماعة الزائد عن أصول الحاجة المالية في عمل اقتصادي مشروع قصد الحصول على عائد يضمن حفظ المال من جهتي الوجود والعدم وتحقيق مقصد الشارع من خلافة الله في عمارة الأرض.)) وفي هذا التعريف روعيت الجوانب الستة المهمة من المنظور الفقهي الإسلامي⁽¹⁸⁾

الفرع الثالث: حكم التمويل من المنظور الإسلامي:

المقصود بالحكم هنا هو مشروعية التمويل، ولأن مشروعيته أمر لا نزاع فيه من حيث الجملة ويأتي بيانه في متضمنات النصوص القرآنية والحديثية التي أشارت إلى هذه العمليات والمعاملات المالية في توالي المباحث.

المقصود هنا هو ما هي الصفة الشرعية التي يتم بها وضوابطها ومحتزاتها التفصيلية المبينة لحكم كل عملية من العمليات التي تؤدي محتواه فقد يكون جزء من مجموع التصرف فقد يكون واجبا يثاب المكلف على فعله ويعاقب على تركه، وقد يكون مندوبا يثاب المكلف على فعله والامتنال به ولا يعاقب على تركه، وقد يكون مكروها يثاب المكلف على تركه ولا يعاقب على فعله، وقد يكون مباحا لا يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه.

والذي نلج عليه علماء الأصول في الحكم على تصرفات المكلفين بناء على ما ورد فيها من النصوص الشرعية مع جملة من القرائن والدلائل اللغوية والحالية والمالية منتهين بذلك إلى ضبط دالة الحكم الذي ورد فيه النص الشرعي، وهذا الذي سنقوم به في دراسة التمويل بصفة عامة هنا ثم يأتي البيان لكل صيغة من صيغ التمويل مما يكون تصرفا من تصرفات المكلفين الخوطة بجملة من الأحكام والضوابط الشرعية وهو ما تفتقر إليه العمليات والمعاملات المالية المعاصرة خاصة في محاولة لغلط جميع منافذ الخسارة أو الهلاك في تلك العمليات⁽¹⁹⁾

وبالرجوع إلى المدونات الفقهية والأصولية القديمة لتحديد الأصل في هذه العمليات المالية المعاصرة. نجد بان الفقهاء قد حكموا بأن الأصل في المعاملات المالية الإباحة إلا ما ورد الشارع بحظره حظرا يفيد القطع بذلك. وحري بنا التشوف إلى درك الصفة الثابتة لكل عملية من عمليات التمويل والاستثمار عند الفقهاء والمعاصرين في الاقتصاد الإسلامي الحديث باعتباره - التمويل - تصرفا من التصرفات التي يقدم عليها بعض المكلفين.

واننا لنبادر إلى القول بأن كتابات أولئك الباحثين التي وقفنا عليها حول الاستثمار وقضاياها لم تول هذا الجانب من العملية الاستثمارية اهتماما يذكر بل أن جملها - إن لم نقل كلها - لم يتطرق إلى هذا الموضوع من قريب ولا من بعيد مما يمكن القول معه بأن العثور على تكييف فقهي قديم أو معاصر لحكم الاستثمار يكاد أن يكون من الأمور المتعذرة في الكتابات التي اطلعنا عليها. هـ⁽²⁰⁾

وهذا القول فيه من المبالغة ما يلغي ثمار كثير من الدراسات ونحن في مرحلة التطبيق لا التنظير فقد طال أمد من يكتبون لأجل التنظير. أما فلسفة الأحكام الاقتصادية المعاصرة فهي

غنية كثيرا بتلك الآراء التي رأت أن القياس الجلي إلحاق الأصل في المعاملات المالية بالإباحة لأنها عملية ثابتة بمجموع نصوص شرعية متنوعة فلا خلاف في أن العملية الاستثمارية موصوفة بالإباحة ابتداء وما ينطوي دونها تعترية الأحكام حسب الحكم الشرعي لكل جزئية من جزئياتها.

ولا ننسى أن الفكر المؤسسي والممارسة الإدارية⁽²¹⁾ لكثير من القضايا ومسائل المال لم تكن ناضجة على عصر أولئك الفقهاء بصورة كما هي عليه اليوم ولعله مما لم يدفع بهم إلى صياغة ما لديهم من علوم مالية وتنزيلها على الحياة المؤسسية الإدارية وإن كان قد ظهر لديهم مؤسسات الخراج والحبسة والدواوين وغيرها مما يدل على أن أصول الفكر الاقتصادي الحديث قد ظهرت جلية لدى أسلافنا بما يعطيهم الشرف في السبق لأصول ما هو على الميدان اليوم؛ ثم أن عدم تطرق فقهاءنا لمثل هذه التفاصيل لقضايا التمويل والاستثمار بهذا الكيف الذي نعيشه اليوم إنما يعود إلى واقع حياتهم الاقتصادية والاجتماعية التي كانت على درجة من التقنين الرفيع والضبط المنظم للقضايا والمسائل الاقتصادية المتعلقة بالمعاملات المالية لكن صوراً كثيراً لم تكن إلا فقها افتراضياً لديهم لم يكن وقتها وقضايا أخرى لم تظهر بعد والعديد من المستجدات المعاصرة لدينا والتي تطلبت جهداً جهيدا من الدارسين والباحثين؛ لرصفها ودراستها والتحقق من أصولها الشرعية وهي الآن في مرحلة التطبيق الفعلي بما وصلت إليه من تقدم من عدة جوانب ما زالت تحتاج مزيد إضافة وتجديد وتفعيل وذلك لأن علوم المال تتجدد كما تفرضه الحياة المعاصرة بمسجلاتها المتقدمة والمتطورة وبما يفرضه التوجه الحضاري على المجتمعات الانسانية⁽²²⁾.

الفرع الرابع: ماهية العقود المالية الإسلامية:

عندما تحدث الفقهاء عن موضوع العقود، نلاحظ الاختلاف فيما بينهم حول هذا المفهوم، فبعضهم توسع في التعريف، والبعض الآخر اقتصره على نوع واحد ولعل اختلافهم يرجع بالدرجة الأولى إلى التأثير بالمعنى اللغوي للعقد

- **العقد لغة:** الربط يقال: عقد الحبل والعهد يعقده إذا شده، قال ابن منظور: (العقد: العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، ويقال: عهدت إلى فلان كذا وكذا وتأويله ألزمته ذلك... والمعاقدة: المعاهدة، وعاقده عاهده، وتعاقد القوم تعاهدوا، والعقد نقيض الحل. والعقد في البيع: إيجابه، وعقد اليمين: توثيقها، وعقدة النكاح: إحكامه وإبرامه)²³ فتبين أن العقد لغة يطلق على الشد والربط والتوثيق والإحكام في الأمور الحسنية والمعنوية.

- **العقد المالي اصطلاحاً:**²⁴ هو ((التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي سواء صدر من طرف واحد ام من طرفين)) أو هو ((ارتباط بين اثنين ايجاب يصدر من احدهما وقبول يصدر من الآخر، على وجه مشروع، يظهر اثره في الحل))، والتعريف الثاني هو الشائع عند المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية

المطلب الأول: القواعد الفقهية: مصدرها وحجيتها وأهميتها:

الفرع الأول: القواعد لغة واصطلاحاً:

أولاً: القواعد لغة: جمع قاعدة وهي أساس الشيء وأصله؛ حسياً كان ذلك الشيء: كقواعد البيت، أو معنوياً: كقواعد الدين أي: دعائمه⁽²⁵⁾ وهو أسفل الشيء وهو ما يبنى عليه غيره وهو الأصل ومنه: أصل الجبل، وأصل الجدار، وأصل الشجرة، وجمعه أصول²⁶. وعرفا هو الاصل والضابط والقانون²⁷ والقواعد بمعنى أساطين البيت⁽²⁸⁾ قال الزجاج: القواعد أساطين البناء التي تعمد منه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ رَفَعُوا بُيُوتَهُمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾^(١٢٧) البقرة: ١٢٧، والقواعد من النساء العجز اللواتي قعدن عن التصرف من أجل السن وقعدن عن الولد والحيض²⁹؛ وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم كما في الآية السابقة الذكر ومنه قوله تعالى: ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَآفَ اللَّهُ بَنِيَّاهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَتْهُمْ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ﴾^(٣٠) النحل: ٢٦، فالقاعدة في هاتين الآيتين الكريميتين بمعنى الأساس وهو: ما يرفع عليه البناء، وتفيد مادة (قعد) معنى الاستقرار والثبات. وتطلق مجازاً على القواعد الأخرى كقواعد النحو

والفقه والأصول وغيرها⁽³⁰⁾.

ثانياً: القواعد اصطلاحاً: عرفها الشريف الجرجاني " قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"⁽³¹⁾ يقول الحموي شارح الأشباه والنظائر لابن نجيم: "والقاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"⁽³²⁾. كما يطلق الفقهاء القواعد من النساء على المرأة التي قعدت عن الحيض والزواج من أجل السن "

وفي اصطلاح النحاة هي: الضابط بمعنى الحكم المنطبق على جميع جزئياته كقولهم الفاعل مرفوع. .، أما في اصطلاح الفقهاء فالقاعدة هي: حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته، ووصفها الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنها: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"⁽³³⁾

الفرع الثاني: مصدر القاعدة الفقهية⁽³⁴⁾:

تستمد القواعد الفقهية من الكتاب والسنة والإجماع أي أنها راجعة الى نص شرعي من القرآن أو السنة أو الى مستند الاجماع ان كانت راجعة اليه، كما راجعة الى بقية أدلة التشريع الأخرى يستنبطها العلماء على مر العصور، وعلى حسب ما تدعو إليه الحاجة، وعلى حسب ما يطرأ من تغير الأمكنة والأزمنة والأحوال والأشخاص والمقاصد.

فاستمداد القاعدة الفقهية إذن قد يكون نصاً من الكتاب كقاعدة "المشقة تجلب التيسير" مستمدة من قول الله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٧٨) الحج: ٧٨؛ أو من السنة كقاعدة "الأمر بمقاصدها" فإن مصدرها قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"⁽³⁵⁾

وقد تكون القاعدة مستنبطة من الإجماع كقولهم: "الاجتهاد لا ينقض بمثله"، كما قد يكون مصدرها مجموعة المسائل الفقهية التي تجمعها علاقة جامعة بينها كقاعدة "يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء"⁽³⁶⁾.

الفرع الثالث: حجية القاعدة الفقهية: اتفق الفقهاء على أن القاعدة الفقهية التي مصدرها نص شرعي حجة، لأن الاحتجاج بها في الواقع من الاحتجاج بأصلها. ولكن حصل الخلاف في القاعدة الفقهية المستنبطة من استقراء الفروع الفقهية، وذلك على رأيين⁽³⁷⁾:

- **الرأي الأول:** أنها ليست حجة، وإنما هي شاهد يستأنس به، ولا يمكن الاعتماد عليها، ومن ذهب إلى هذا الرأي ابن فرحون المالكي، وابن دقيق العيد الشافعي.

- **الرأي الثاني:** أنها إذا سلمت القاعدة من المعارض تصير حجة، وذلك عند القرافي

والرأي الأول هو الأصوب لأن القاعدة حكم أغلبي، وفي الاستدلال بها ذريعة لترك العناية بالدليل الخاص، ولكن من الممكن الاستئناس بها فقط لاسيما إذا لم يكن لها معارض، وإن كان في الرأي الثاني وجهة جاءت من اشتراط السلامة من المعارض⁽³⁸⁾

وقال ابن نجيم في الفوائد الزينية - كما نقله عنه الحموي في "غمز عيون البصائر"⁽³⁹⁾ "لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية، خصوصاً وهي لم تثبت عن الإمام، بل استخرجها المشايخ من كلامه".

الفرع الرابع: أهمية القواعد الفقهية:

إن القواعد الفقهية تصور المبادئ والمقررات الفقهية العامة تصويراً رائعاً، وتعتبر كشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية التي يسرت ضبط فروع الأحكام العملية بضوابط تبين كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط وجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها. ولولاها لبقيت **الأحكام الفقهية** فروعاً متناثرة مشتتة... وهذه القواعد مهمة في الفقه عظمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى، ويكشف فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت... ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات، واتحد

عنده ما تناقض عند غيره...، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد⁽⁴⁰⁾

ومن خلال كلام العلماء يظهر لنا أن للقواعد الفقهية أهمية كبرى لا يستغني عنها كل مشغل بالفقه وفروعه وأصوله، ويتمثل ذلك فيما يلي⁽⁴¹⁾:

1- أن القواعد الفقهية توفر على الباحث وقته وجهده، إذ بها يستطيع ضبط الجزئيات ومعرفة مسائل الفروع، لأن مسائل الفروع كثيرة، وأحكام الجزئيات باعتبارها منبثة في كثير من الأبواب المختلفة يصعب استدامة حفظها، ولأنها تتشابه في بعض الوجوه.

2- وتظهر في أنها تكون الملكة الفقهية لدى الباحث وتجمع له الفروع والجزئيات في مكان واحد ومن خلالها يسهل ادراك مقاصد الشرع من قريب وعلى أساسها تبني القواعد الهامة الكبرى أو النظريات الفقهية ويستطيع أن يرد بهذه الملكة الفقهية كثيراً من المسائل إلى أصولها التي تجمعها للعلاقة التي بينها، كما يستطيع أن يربط ما يجد من مطالب لديه بأصولها

3- عند دراسة القواعد الفقهية يكون الاجتهاد والتنزيل الفقهي نامياً ومتجدداً ويسهل فهم واستخراج أوجه التشابه في المسائل، فبذلك تتسع دائرة التطبيق العلمي لهذه القواعد مثلاً في المصارف الإسلامية والمعاملات المعاصرة، وربما نشأ عن ذلك قواعد جديدة تثري الفقه الإسلامي، ويجد الناس الحلول لكثير من القضايا المستعصية والمباحث الشائكة.

4- إدراك مقاصد الشريعة، فمعرفة القاعدة العامة يفهم منه مقصد الشريعة في ذلك فقاعدة: "المشقة تجلب التيسير" يفهم منها أن رفع الحرج والتيسير على العباد مقصد من مقاصد الشريعة. ومن الأهمية ربطها بالأحكام الشرعية في تحقيق مصالح المكلفين ورفع الحرج ما أمكن دون تجاوز النصوص أو الإغراق في التيسير مع أنه مطلوب الشريعة في أحكامها⁽⁴²⁾

ومن ذلك المنطلق يستفيد الباحث من الوقوف على أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية الإسلامية والمنزلة على الاقتصاد الإسلامي بدراسة تنزيلية تحليلية تمهد للوقوف على أهم المسائل المتعلقة بموضوع إدارة المخاطر في الجانبين الفقهي والإداري في ضوء تلك القواعد الفقهية والأحكام الشرعية

المطلب الثاني: القواعد الفقهية الضابطة لعقود التمويل الإسلامي:

الفرع الأول: قاعدة الأصل في العقود المالية الجواز والصحة:

في هذا المطلب الأول تناول الباحث بالبيان لمعنى الأصل في العقود الجواز وهو أصل معتبر ومهم تحدث عنها الفقهاء وإن كان فيها اختلاف فمرجوح جانبه وفيها نورد أمثلة لهذا الأصل بما يتعلق بموضوع التمويل وأهمية القاعدة والإفادة منها في التكييف الفقهي لتلك العقود.

أولاً: تعريف الأصل لغة واصطلاحاً:

– **الأصل لغة:** أسفل الشيء وهو ما يبنى عليه غيره ومنه: أصل الجبل، وأصل الجدار، وأصل الشجرة وجمعه أصول⁴³

– **اصطلاحاً:** له عدة معان: الأول: الدليل ومنه قولهم: الأصل في هذه المسألة الكتاب والسنة: أي دليلها ومنه أيضاً أصول الفقه: أي أدلته. والثاني: الرجحان ومنه قولهم: الأصل في الكلام الحقيقة أي الراجح. والثالث: القاعدة المستمرة ومنه قولهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل. والرابع: المقيس عليه أي أحد أركان القياس الأربعة وهي الأصل والفرع والعلة وحكم الأصل⁴⁴.

– **نص القاعدة هو:** (الأصل في الأشياء الإباحة): وهي القاعدة العامة في الموضوع حيث يرى جمهور العلماء أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على التحريم. ومما هو واضح أن عمل القاعدة في الأمور المسكوت عنها في الشريعة، فعلى الأصل هو الإباحة، ما لم يقد دليل على التحريم.

ثانياً: تطبيقاتها المصرفية⁽⁴⁵⁾: (ما لا يعلم فيه تحريم يجري على حكم الحل)، أو (الأصل في العقود المالية الجواز)

أصل جليل يعول عليه في تخريج العقود والمسائل المستجدة لان البيوع تكون جائزة ما دام لم يرد الحظر بالنص الشرعي ولان فقهاءنا يميلون الى تصحيح العقود ما أمكن ما لم يوجد موجب للفساد فيها، تسهيلات لمعاملات المسلمين؛ ورفعاً للحرص وتحقيقاً للمصلحة المرجوة في الأحكام الشرعية، يقول القرافي: ((والأصل في العقود اللزوم، لان العقد انما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه ودفع الحاجيات فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود))، وقد جاءت إباحة البيوع بصيغة عامة ومطلقة لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة: ٢٧٥) وورد أيضاً في الشرع النهي عن بيع ما ليس عندك وبيع الغرر وعقد البيع على المحرمات ونهى عن بيع ما ليس عند الانسان فاقتضى ذلك ان كل البيوع على الحل الا ما ورد النص بتحريمه أو كراهيته، ويقول شيخ الاسلام بن تيمية: ((ان الاصل في العقود الاباحة فلا يحرم فيها الا ما حرمه الله ورسوله ولا يحرم الله عقداً فيه مصلحة للمسلمين بلا مفسدة تقاوم ذلك))⁴⁶، وللقاعدة اهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية لنزول عقود حديثة الى الواقع المعاصر وعليه فالحكم عليها مبني على الحل ما لم تعارض دليلاً صحيحاً صريحاً ما دامت تحقق المصلحة الراجحة؛ كما انما تعني ان هنالك سعة ومرونة في انشاء العقود بين الناس ما دامت خالية من المحرمات المنصوصة كالربا أو القمار أو الغرر أو الغبن، وعليه فالأصل في العقود والشروط والتصرفات المالية بصفة عامة الجواز أي الإباحة الأصلية، ما لم يرد دليل شرعي معتبر يقوى على معارضة هذا الأصل، ويترتب على ذلك أن الأوعية الادخارية وصيغ التمويل وطرق الاستثمار التي تستنبطها البنوك الإسلامية وتطرحها في العمل في مجالات الخدمات أو التمويل، أو الاستثمار يحكم عليها بالجواز ابتداء بناء على هذا الأصل حتى يقدم من يرى التحريم الدليل المعارض وبصفة عامة فإن دعوى عدم الجواز تستند في الغالب إلى أن المعاملة تتضمن ربا أو غرراً، أو عيباً من عيوب الإرادة والمطلوب عند الحكم بالجواز أو المنع لابد من النظر إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مجموعها، دون التقيد بمذهب أو

رأي اجتهادي معين فالعقد أو الصيغة أو العمل يحكم عليه بالجواز، إذا كان يسنده رأي اجتهادي لفقهاء معتبر، وإن انفرد به وخالفه فيه جمهور المجتهدين ما دام هذا الحكم يحقق مصالح الناس، ويلبي حاجاتهم العملية ولا يعد العمل أو الصيغة أو العقد حراماً إلا إذا لم يوجد رأي اجتهادي يؤيده، وهذا يعني أن الحكم على الفعل بالتحريم والمنع يحتاج إلى إجماع بحيث لا يشذ عن هذا الإجماع فقيه معتبر والحكم بالحل والجواز لا يحتاج إلى إجماع، بل يكفي فيه رأي فقيه واحد معتبر، ويضرب لذلك بعض الأمثلة⁽⁴⁷⁾:

1- الحكم بإلزام الواعد بالشراء بوعده قضاء وإلزامه بتعويض المصرف عن الضرر الفعلي الذي يصيبه من جراء نكوص الواعد عن وعده مبني على رأي بعض المالكية، ولم يقل به غيرهم، وربما هذا يكفي في الحكم بالإلزام قضاء بالوعد لما يتضمنه من مقاصد شرعية.

2- عمل رب المال مع المضارب، وإبقاء رأس مال المضاربة تحت يد رب المال أو تحت يد أمين يختاره، والسماح للمضارب بالسحب منه عند الحاجة جائز عند الحنابلة وهو عند الجمهور منافي لمقتضى العقد وهو استقلال المضارب بالعمل، وما يلزم ذلك من قبض رأس المال، فيبطل به العقد⁴⁸

وللبنوك الإسلامية أن تأخذ برأي الحنابلة حماية لمصالحها وتمكينها لها من مراقبة المضارب، والإطلاع على حساباته والتأكد من قيامه بتنفيذ المضاربة على أساس العقد.

3- يرى شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم جواز جعل الدين في ذمة المدين رأس مال سلم، دون الحاجة إلى قبضه منه ثم دفعه إليه، كما يقول جميع الفقهاء الآخرين ويعدونه من باب بيع الواجب بالساقط من الدين وهو يخالف بيع الدين بالدين المنهي عنه، والدين الواجب هو دين السلم، والدين الساقط هو الدين القديم.

وللبنوك الإسلامية أن تتبنى هذا الاجتهاد وتحكم بجواز هذه المعاملة تقليداً لرأي هذين الفقيهين، لأن التحريم والمنع لا يحكم به إلا إجماع المجتهدين.

4- الأصل في رأس مال المضاربة أن يكون نقودا وقد جوز بعض الفقهاء أن يكون العرض رأس مال على أن يباع ويكون ثمنه هو رأس مال المضاربة، وأجاز البعض الآخر أن تكون قيمة العرض هي رأس مال المضاربة بحيث يسترد رب المال هذه القيمة عند المفاصلة، بل أجاز طاووس والأوزاعي وابن أبي ليلى أن يكون العرض رأس مال المضاربة مثليا أو قيميا، على أن يسترد رب المال عرضه عند المفاصلة بأن يشتري له العرض، ثم يكون الباقي ربحا يوزع بين العاقلين حسب الاتفاق، وقد خالف الجمهور في هذه القضايا الثلاث وقالوا بعدم الجواز، وأصروا على النقود كرأس مال للمضاربة.

وللبنوك الإسلامية أن تأخذ بأحد هذه الاجتهادات إذا دعت لذلك حاجة التعامل ومصلحة الناس ولا يحكم ببطلان العقد، لأن الحكم بالبطلان لا يكون إلا بإجماع من يعتد برأيهم من الفقهاء

5- أجاز المالكية التصرف في الديون قبل قبضها بما في ذلك دين السلم وذلك برهنها، أو بيعها ممن عليه الدين، أو من غيره، بشروط معينة وخالفهم جمهور الفقهاء والبنوك الإسلامية أن تتبنى جواز بيع الدين للمدين به أو لغيره ولو كان دين سلم مع الالتزام بشروط المالكية وقيدهم.

وتنزila لهذه القاعدة على واقع الاقتصاد الإسلامي في بعض المعاملات التي يمكن النظر فيها من خلال هذه القاعدة ومن ذلك مثلا: أن بعض الشركات التي تملك أصولا حلال كلية إلا أنها تحتاج إلى التعامل مع البنوك الربوية أو أنها داخلية تحت مراقبة المصرف المركزي الذي يتعامل بالفائدة أو كطلب القروض من البنوك الربوية وعلى الأرجح أن تختلط أموالها بالحرام واستمرارية مثل هذه الشركات مرهون على الأغلب. تمثل هذه التعاملات وعلى القاعدة من منع التعامل معها دفعا للشبهة المالية ومن أجاز التعامل معها إلى درجة نهاية الحاجة تنزيلا على الضرورة.⁽⁴⁹⁾

أما ما يخص موضوع المخاطر من خلال القاعدة هناك بعض الحالات التي أنتجت مخاطر مالية تتطلب إدارة مخاطر عالية الأداء وعلا درجة من الاحتياط للأحكام الشرعية والحفاظ على رؤوس الأموال نجد مثلاً في: في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك: تسمى هذه المعاملة المشاركة المتناقصة وطريقة ذلك ان يبرم المصرف عقد اجارة السلعة للمستفيد ثم تقسم السلعة الى أسهم وكلما دفع المستفيد ثمن سهم خصم من ثمن السلعة الكلي وأنقص بقدر من الاجرة الى ان يدفع المستفيد ثمنها كلها فتؤول اليه ملكيتها⁵⁰

الفرع الثاني: أصل حرمة الربا في العقود وضوابط أداء الدين:

اولاً: أصل حرمة الربا في العقود: والكلام عن حرمة الربا في العقود يجعلنا نتحدث أولاً عن تعريف الربا، وأنواعه، وعن الفرق بين الفائدة والربح تعريف الربا: الربا في اللغة: الزيادة والنمو؛ ربت أي نمت ومنه معنى في قوله تعالى: ﴿وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدةً فَإِذَا أَنْزَلْنَاهَا عَلَىٰهَا أَمْاءٌ أَهْتَزَّتْ وَرَبَّتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٌ﴾ الحج: ٥.

وفي الاصطلاح: زيادة لا يقابلها عوض، في عقود مقايضة أموال خاصة، أو في عقود إنشاء الديون أو تأجيلها وهو كبيرة من الكبائر ومحرم بقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ البقرة: ٢٧٥ ولقوله صلى الله عليه وسلم: ((لعن الله آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه))⁵¹

1- أنواع الربا: وهو نوعان: ربا البيوع و ربا النسيئة:

أ- ربا البيوع:

ويعرف ربا الفضل⁵² هو مبادلة مال من الأموال التي جاءت نصوص الشريعة بجريان الربا فيها بجنسه كالذهب بالذهب، والقمح بالقمح، مع زيادة أحد البدلين في المقدار، أو تأخيره عن مجلس العقد، أو بغير جنسه، مما يشاركه في علة الربا، كالذهب بالفضة، والقمح بالشعير، مع تأخير قبض أحد العوضين عن مجلس العقد، أما مبادلته بغير جنسه ما لا يشاركه في علة الربا كالذهب بالقمح، والفضة بالشعير، فيجوز فيه التفاضل والتأجيل عن

مجلس العقد، أما تأخير البديلين عن مجلس العقد فإنه يدخل في بيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين وهو منهي عنه. والأموال التي يجري فيها الربا هي الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملح، وعلى هذا فإن هذه الأموال إذا تمت مقايضة صنف منها بجنسه كمقايضة ذهب بذهب أو فضة بفضة أو قمح بقمح وجب توافر شرطين⁽⁵³⁾:

- أولهما: التساوي في المقدار بصرف النظر عن الجودة والرداءة وغيرهما من الصفات وبصرف النظر عن الهيئة والشكل كالتبر والسبيكة والمضروب وغير المضروب من الذهب أو الفضة، فالزيادة في أحد البديلين منهي عنها وسبب النهي أن العلم الذي يتحقق به الرضا شرط في صحة العقد والعلم بأن الزيادة في المقدار في أحد البديلين تساوي الفرق في الجودة وغيرها من الصفات مما يدق ويشق على الناس، فمنع الشارع من هذه المبادلة مع تلك الزيادة في المقدار، وأرشدتهم إلى توسيط النقود في قياس القيم.
- ثانيهما: التقابض في مجلس العقد أي وجوب تسليم العوضين مع التساوي، فإذا تأخر قبض أحد العوضين أو كليهما عن مجلس العقد، حرم العقد لأن العوضين أو أحدهما يصير دينا في الذمة وهو ما لا تجيزه الشريعة. وأما إذا تمت مقايضة صنف منها بآخر من غير جنسه مما يشاركه في علة التحريم كالذهب بالفضة والقمح بالتمر، جاز التفاضل واشترط الحلول أي التقايض في مجلس العقد لقوله عليه الصلاة والسلام: ((إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد)) وأما عدم الاشتراك في العلة كالذهب بالقمح فإنه يجوز التفاضل والتأجيل لعدم دخوله تحت النهي.

بدرجاء النسيئة:

ويطلق عليه ربا الجاهلية أو ربا الديون وهو ربا البنوك في عصرنا الحديث، لارتباطه بالديون التي تثبت في الذمة وهي الأموال المثلية التي تخضع للمواصفات القياسية كوحدة النقد وما يكال أو يوزن من المثليات والنسيئة لغة هو التأخير.

واصطلاحاً: هو بيع شيء من جنسه أو بغير جنسه الى أجل سواء وجدت زيادة فعلية أو اعتبارية مثل: بيع مد حنطة بمد الى أجل في المستقبل فيبيع ربا لا قيمة الشيء الاعتبارية والفعلية في الحال أكثر منها في المستقبل⁵⁴ لقوله ص في حديث عبادة بن الصامت: ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً. بمثل سواء بسواء يدا يدا فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا يدا))⁵⁵. وقوله: مثلاً. بمثل: يدل على اشتراط التماثل في المقدار، وقوله: يدا يدا يدل على اشتراط التقابض ويشير الى اشتراط الحلول أي التنجيز في الحال.

ويتحقق هذا النوع من الربا بتوافر الشروط التالية⁽⁵⁶⁾:

- 1- أن يكون هناك دين ثابت في ذمة المدين، والمقصود بالدين هو المال المثلي كالنقود والمكيل والموزون وكل ما تضبط صفاته بالمعايير القياسية ويستوي في هذا الدين أن يكون مصدره العقد كالقرض والبيع بثمن مؤجل أو الشرع كالدية وبدل المتلف.
- 2- أن يكون لهذا الدين أجل يجب أدائه فيه سواء كان التأجيل باتفاق الدائن والمدين أو بحكم الشرع كالدية المنجمة أي التي تدفع على نجوم أي أقساط في آجال مختلفة.
- 3- أن يتفق الدائن والمدين على دفع زيادة على مبلغ الدين في مقابل الأجل عند نشأة الدين أو في مقابل تأجيله بعد حلول أجله، فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة تحقق ربا النسئة أو الدين، وكانت الزيادة ربا يستوي في هذه الزيادة أن تكون عينا أو منفعة محددة أو غير محددة، وبصرف النظر عن طبيعة الدين أو مبلغ القرض والغرض منه أو النشاط الذي يستخدم فيه فعلاً فقد يكون قرضاً استهلاكياً، أو استثمارياً لتمويل مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي وبصرف النظر كذلك عن صفة المقرض، والمقترض فقد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً اعتبارياً بل قد يكون هو الدولة أو إحدى مؤسساتها لأن أدلة تحريم الربا لا تفرق بين هذه الحالات ومن ثم فقد كان هذا الحكم محل إجماع من المجتهدين في جميع عصور الاجتهاد.

وقد أجمع العلماء قديما وحديثا على أن كل زيادة يشترطها الدائن على مدينه في مقابل منحه أجلا عند نشأة الدين أو في مقابل تأجيله بعد حلوله تعد ربا محرما كما أجمع من يعتد برأيه من علماء العصر على أن فوائد البنوك التجارية ربا محرم وقد عرض موضوع الفوائد التي تتقاضاها البنوك من المتعاملين مقابل منحهم قروضا، أو مقابل جدولة هذه الديون عند حلول أجلها، أو مقابل تسهيلات ائتمانية تمنحها لهم، على كثير من المؤتمرات والندوات وحلقات البحث ومجموعات العمل في البلاد الإسلامية فأكدت أن هذه الفوائد ربا محرم، فصار تحريم هذه الفوائد إجماعا يعد مثله حجة شرعية ولا عبرة بخلاف من شذ من أفراد المفتين لشذوذ رأي هؤلاء واقتضاه إلى الدليل.

وجريان الربا في الأصناف الستة المنصوص عليها دون غيرها هو رأي الظاهرية الذين ينعون القياس أما جمهور المجتهدين فإنهم لا يحصرون الربا في هذه الأصناف الستة بل يقيسون عليها ما شاركها في العلة وفي هذا الخصوص نجد هؤلاء يفرقون بين الذهب والفضة من جهة وبين بقية الأصناف من جهة أخرى.

أما الذهب والفضة فعلة جريان الربا فيهما كونهما أثمانا أي نقودا يقومان بجميع وظائف النقود، ففاسوا عليهما النقود على اختلاف أنواعها كالدينار والدرهم والريال، واشتروطا في مبادلة أو صرف نقد بمثله التساوي في المقدار والقبض في مجلس العقد، فالدولار يباع بالدولار نقدا أي حالا ودون زيادة واشتروطا في مبادلة أو صرف نقد بنقد آخر كصرف الدولار بالريال أو صرف الريال القطري بالريال السعودي الحلول أي قبض العوضين في مجلس الصرف، بحيث يحرم تأخيرهما أو تأخير أحدهما. وقياس جميع العملات والنقود على الذهب والفضة يكاد يكون إجماعا بين علماء العصر الذين يعطون النقود حكم الذهب والفضة في الزكاة وجعلها رأس مال سلم وحصه في الشركة، وغير ذلك من الأحكام. وأما بقية الأصناف الستة فمع اتفاق الجمهور على تعليلها، وقياس غيرها عليها إلا أنهم اختلفوا في العلة واختلفوا بناء على ذلك فيما يقاس عليها.

2- ضوابط في الربح والفرق بينه وبين الفائدة:

أ- ضوابط في الربح:

إن هناك شرطين لابد من تحققهما لجواز المعاملة وحل الربح الناتج عنها في نظر الإسلام⁵⁷:

- أولهما: أن يضمن مقدم التمويل في العملية الاستثمارية سواء كانت استثماراً مباشرة أو بطريقة المشاركة رأس المال المستثمر أي يتحمل مخاطره الكاملة، إلا إذا ثبت أن خسارة المشروع كانت بسبب تعدي العامل أو تقصيره أو مخالفته لشروط عقد التمويل.

- ثانيهما: أن يكون العائد الذي يحصل عليه هو نسبة شائعة من ربح المشروع الذي قام بتمويله، وهذا يعني:

انه إذا لم يكن هناك ربح فلا شيء للممول. أن الربح ليس مبلغاً محدوداً ولا نسبة محددة من رأس المال، وإنما نسبة شائعة من الربح يزيد مبلغ العائد بزيادة الربح وينخفض بانخفاضه وينعدم بانعدامه. هذا ويجب أن تراعي البنوك الإسلامية أن أحد هذين الشرطين لا يغني عن الآخر فإذا كان رأس مال المضاربة أو المشاركة مضموناً على المصرف الإسلامي، وهو ما يتفق مع حكم الشريعة، ولكن العائد عليه محدد بطريقة أو بأخرى ظاهرة أو باطنة أي بحيلة من الحيل، التي يقصد. إبطال الأحكام الشرعية أو تفويت الحقوق الثابتة، فإن المعاملة تكون باطلة وبالمثل إذا كان العائد مضموناً على الطرف المتمول بطريقة أو بأخرى. بمعنى أنه يضمن عائداً للبنك ولكن هذا العائد ترك تحديده مستقبلاً لمحددات أخرى تحدث بعد التعاقد، فإن المعاملة تكون باطلة كذلك والشرط الدقيق هو أن يكون العائد غير محدد، ولا مضمون بل نسبة محددة من ربح غير معلوم ولا مضمون.

وإذا كان عائد التمويل غير محدد ولا مضمون على العامل في المال، أي في المشاركة أو المتمول في الاستثمار المباشر، ولكن رأس المال غير مضمون على المصرف الممول، بل مضمون على التمويل كانت المعاملة باطلة والعائد حراماً، ففي هذه الحالة يكون العائد

الذي يحصل عليه المصرف نسبة شائعة من الربح لا يضمنها الممول بل تخضع لحساب الربح الفعلي فإذا تحقق ربح أخذ المصرف نسبة شائعة منه وغذا لم يتحقق لا يأخذ شيئاً، ومع ذلك تبطل هذه المعاملة، تطبيقاً لقاعدة ((الخارج بالضمنان)) فهنا يستحق المصرف خراجاً أي ربحاً دون ضمان وفي حالة ما إذا كان ضماناً لرأس المال، ورجحه منه محدد مضمون فإن بطلان المعاملة وحرمة العائد تؤسس على نفس قاعدة ((الخارج بالضمنان)) إذا الخارج بالمعنى الشرعي هنا هو نسبة شائعة معلومة من ربح غير محقق ولا معلوم فإذا كان العائد محددًا ومضموناً لم يكن خراجاً بالمعنى الشرعي إذ الشرط في الخارج أن يثبت أنه خراج أي ربح ولا يكون كذلك إلا إذا كان نسبة من الربح.

بـ الفرق بين الربح والفائدة⁵⁸:

الربح مبلغ غير محدد لانه متوقف على ظروف المشروع ومن ثم فقد يرتفع او ينخفض او ينعدم خلافاً للفائدة الربوية فهي عائد ثابت زيادة على اصل راس المال مقابل التمويل قرضاً أي سلفة ولهذا فبين الربح في البيع والفائدة على القرض فرق؛ وللوصول الى الفرق باكثر وضوح نعرف الفائدة الربوية: هي عبارة عن مبلغ من المال يدفع مقابل استخدام رأس المال. ويعبر عنه بمعدل الفائدة او نسبة مئوية⁵⁹

وفي الفقه المعاصر⁶⁰: أن فوائد البنوك والمصارف محرمة على الراجح: وهو قول جماهير العلماء واكثر المتأخرين من الباحثين وما عليه اكثر علماء الازهر ومجامع البحوث الاسلامية ولجان الفتوى والمجامع الفقهية على القول بحرمة فوائد البنوك ومن المعاصرين: الشيخ محمد ابو زهرة ومحمد عبدالله دراز وعبدالرحمن تاج وعبدالرزاق السنهوري وابو الاعلى المودودي وغيرهم خلافاً لمن شذ عن هذا القول وراى تكييفاً آخر لهذه الفوائد البنكية وهذا مما يحفظ ولا يقاس عليه حالياً اما الربح فهو النماء المقابل للجهد والضمان على اصل ثمن السلعة وهو مباح شرعاً وهو ما تقوم عمليات الاستثمار والتمويل في البنوك الإسلامية على أساسه فالربح مقابل لتحمل الخسارة تطبيقاً لقاعدة ((الخارج بالضمنان)) والخارج هو النماء أو

الربح أو العائد أو الغلة على رأس المال، والضمان هو تحمل مخاطر هلاك المال وتلفه وخسارته وانخفاض سعره بحالة الأسواق.

ثانياً: ضوابط أداء الديون:

1- نص القاعدة: الديون انما تقضى بأمثلها على سبيل التقاص أما الأعيان فانما تستوفى بذواتها:

تعريف الدين:

الدَّيْنُ هُوَ الْوَصْفُ الثَّابِتُ فِي الدَّيْنَةِ، أَوْ هُوَ اسْتِعْاَلُ الدَّيْنَةِ بِمَالٍ وَجَبَ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ، سِوَاءٍ أَكَانَ عَقْداً كَالْبَيْعِ وَالْكَفَالَةِ وَالصُّلْحِ وَالْخُلْعِ، أَمْ تَبَعاً لِلْعَقْدِ كَالْتَفَقَةِ، أَمْ بِغَيْرِ ذَلِكَ كَالْعَصْبِ وَالزَّكَاةِ وَضَمَانِ الْمُتَلَفَاتِ، وَيُطْلَقُ عَلَى الْمَالِ الْوَاجِبِ فِي الدَّيْنَةِ مَجَازاً، لِأَنَّهُ يُؤُولُ إِلَى الْمَالِ⁶¹

حكم أداء الدين:

أَدَاءُ الدَّيْنِ عَلَى الْوَصْفِ الَّذِي وَجَبَ فَرَضٌ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: { فَليؤدِّ الَّذِي أُوتِيَ مِنْ أَمَانَتِهِ } سورة البقرة 283؛ وَهُوَ يُعْتَبَرُ كَمَا قَالَ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ. وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ حَالاً فَإِنَّهُ يَجِبُ أَدَاؤُهُ عَلَى الْفَوْرِ عِنْدَ الطَّلَبِ، وَيُقَالُ لَهُ الدَّيْنُ الْمُعْجَلُ وَذَلِكَ مَتَى كَانَ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ لِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " مَطْلُ الْعِنِيِّ ظُلْمٌ "⁶²

أداء الدين:

الْأَدَاءُ هُوَ تَسْلِيمُ الْحَقِّ لِمُسْتَحِقِّهِ، وَتَسْلِيمُ الْحَقِّ فِي الدُّيُونِ إِنَّمَا يَكُونُ بِأَمْثَلِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ لِأَدَاءِ الدُّيُونِ سِوَى هَذَا، وَلِهَذَا كَانَ لِلْمَقْبُوضِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ حُكْمٌ عَيْنِ الْحَقِّ إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَصَارَ اسْتِبْدَالًا بِدَلِ الصَّرْفِ وَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَهُوَ حَرَامٌ، وَكَذَا لَهُ حُكْمٌ عَيْنِ الْحَقِّ فِي غَيْرِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُجْبَرُ رَبُّ الدَّيْنِ عَلَى الْقَبْضِ، وَلَوْ كَانَ غَيْرَ حَقِّهِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ، وَفِيمَا لَا مِثْلَ لَهُ مِمَّا تَعَلَّقَ بِالدَّيْنَةِ تَجِبُ الْقِيَمَةُ كَمَا فِي الْعَصْبِ وَالْمُتَلَفَاتِ. وَقِيلَ إِنَّهُ فِي الْقَرْضِ إِذَا تَعَدَّرَ الْمِثْلُ فَإِنَّهُ يَجِبُ رَدُّ الْمِثْلِ فِي الْخِلْفَةِ

وَالصُّورَةُ؛ لِحَدِيثِ أَبِي رَافِعٍ " أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَهُ أَنْ يَقْضِيَ الْبَكْرَ بِالْبَكْرِ؛
وَلَأَنَّ مَا ثَبَتَ فِي الدِّمَّةِ بِعَقْدِ السَّلَمِ ثَبَتَ بِعَقْدِ الْقَرْضِ قِيَّاسًا عَلَى مَا لَهُ مِثْلٌ⁶³

2- بعض تطبيقات لضابط في الفروع الفقهية⁽⁶⁴⁾:

أ- السلم: السلم عقد بيع مال غير موجود عند التعاقد — ولكن يمكن ضبطه بالصفات — بثمن نقدي يدفع في مجلس العقد، أو بعده بقليل على رأي بعض الفقهاء وقد اشترط الشارع فيه شروطا لتحقيق العلم بمحل العقد وانتفاء الجهالة والغرر منها أن يكون المبيع ويسمى المسلم فيه مما يمكن ضبطه بالصفات بأن يخضع للمعايير القياسية وأن يتضمن العقد تحديد مقدار المسلم فيه وموعد تسليمه للمشتري وأن يكون التسليم في هذا الموعد ممكنا. ومنها ألا يكون المبيع أي المسلم فيه معينا كهذه السيارة ولا من مصدر معين، كمصنع أو مزرعة فلان

ب- الإجارة: هي عقد على منافع الأعيان أو عمل الإنسان في مقابل أجره معلومة، والمنافع ليست موجودة وقت التعاقد، وإن وجد محلها، وهو العين المؤجرة لأن هذه المنافع كما يقول الفقهاء تستوفي شيئا فشيئا والزمن عنصر هام في استيفائها ولذلك اشترط الفقهاء في العين المؤجرة في إجارة الأعيان الوجود، والقدرة على التسليم، وإمكان استيفاء المنفعة المعقود عليها منها ومدة الانتفاع وتحديد الأجرة، وطريقة وموعد الوفاء. ¹ وغير ذلك من الشروط التي يتحقق. ¹ العلم وتنتفي معها الجهالة والغرر، والإجارة كما نرى عقد على منافع توجد وتستوفي بعد العقد غير أن الشارع لم يشترط فيها ما شرطه في عق السلم من وجوب دفع الأجرة في مجلس العقد، والسبب في ذلك أن وجود الأعيان المؤجرة يقوم مقام وجود المنافع في حين أن المعقود عليه في السلم دين في الذمة، أي التزام مجرد بالأداء عند الأجل فلزم تسليم أحد العوضين في مجلس العقد خروجاً من حرمة بيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين.

ج- الاستصناع: لغة: هو طلب الصنع، وشرعا: هو عقد على عين موصوفة في الذمة مع شرط العمل والصناعة فيها بمواد من عند الصانع، في مقابل ثمن يدفع وقت التعاقد أو بعده. والمشتري للعين هو المستصنع والبائع لها هو الصانع. ولهذا شبه العقد بالإجارة على الصنعة من جهة، وشبه بالسلم، لأن العين موصوفة في الذمة من جهة أخرى وشبه بالبيع المطلق،

لجواز دفع الثمن بعد مجلس العقد من جهة ثالثة. والاستصناع عقد يمول فيه المصرف المستصنع إن كان المصرف هو الصانع لأنه يؤجل له الثمن أو يستوفيه على أقساط بعد تسليم المبيع المصنوع وإذا لم تكن لدى المصرف إمكانيات صنع المبيع وتسليمه بنفسه وال واقع أن الأمر كذلك فإنه يستصنعه لدى صانع آخر يدفع له الثمن وقت قيامه بالتصنيع وعادة ما يكون هذا الثمن أقل مما يدفعه له المتعامل المستصنع ويكون الفرق ربحا يستحقه المصرف مقابل ضمان تسليم الشيء المستصنع، وهذا يسمى الاستصناع التمويلي.

وواضح أن العين المباعة في عقد الاستصناع غير موجودة عند التعاقد بل إن الصانع يتعهد بصنعها بمادة من عنده يشتريها أو ينتجها ثم يسلمها للمشتري المستصنع واستثناء من النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده وقت البيع فقد أجاز الحنفية عقد الاستصناع، ثم أضافوا لذلك استثناء آخر، وهو جواز دفع الثمن بعد التعاقد، مؤجلا أو مقسطا، ولم يحكموا عليه بحكم السلم، من وجوب دفع الثمن في مجلس العقد، وبذلك يكون الحنفية قد حكموا في هذه المعاملة بجواز بيع الدين بالدين كحالة خاصة فرضها العرف العام الذي صار إجماعا تترك به القواعد ويستثنى به من القياس، ولهذا فقد قصره على المصنوعات التي جرى العرف العام بالتعامل فيها بطريق الاستصناع. أما جمهور الفقهاء فإنهم وإن أجازوا الاستصناع أي بيع عين مع شرط الصنعة فيها بمواد من عند الصانع البائع وأسماه السلم في الصناعة فقد اشترطوا فيه شروط السلم: وأهمها تسليم الثمن في مجلس العقد وعدم تحديد أجل لتسليم العين المباعة وألا يكون المصنوع المبيع معينا كهذه السيارة، وقت التعاقد أو من مادة معينة بالتعيين كهذا القماش.

الفرع الثالث: أصل لزوم الرضا ومنع الغرر المؤثر أساس لصحة العقود والتصرفات

أولا: أصل لزوم الرضا أساس لصحة العقود والتصرفات:

من النصوص الدالة على أن الرضا أي التراضي النسبي هو أساس صحة العقود والتصرفات قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكُّرَةً عَنْ تَرَضٍ بَيْنَكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝﴾ النساء: ٢٩ وقوله تعالى:

﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ النساء: ٥، والرضا في العقد يستلزم العلم بمحل العقد، لأن الرضا بغير المعلوم لا يتصور ومن هنا كان كل من الغرر والجهالة مبطلاً للعقود ووجب أن يعلم كل من طرفي العقد أو التصرف مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ في عقود المعاوضات عند التعاقد أما في عقود التبرع فيرى المالكية وبعض الفقهاء أنها تجوز مع الغرر والجهالة لأن المتبرع إليه فيها لا يلحقه ضرر إذا لم يسلم له المال المتبرع به، لأنه لم يبدل فيه عوضاً، والمهم هنا أن على البنوك الإسلامية أن تتحقق من رضا المتعاملين معها على عقود الخدمات المصرفية وصيغ الاستثمار وطرق التمويل التي تقدمها وذلك إما عن طريق عقود الاستثمار وطلبات فتح الحساب أو بإعلام الكافة بأي طريق من طرق الإعلان، ويجب عليها الإعلام أيضاً عندما تريد أن تعدل عن التمويل أو تغير صبغة الاستثمار، وذلك حتى يتحقق الرضا وتنتفي الجهالة والغرر. أما اتخاذ القرارات الإدارية الخاصة بعلاقة المصرف مع المتعاملين، دون علم المتعامل ورضاه، فهو أمر غير جائز، ولو ادعى المصرف أن هذه القرارات في مصلحة المتعامل لأن الرضا أساس صحة العقد الذي يحكم علاقة المتعاملين مع المصرف. (65)

ثانياً: أصل منع الغرر المؤثر أساس لصحة العقود والتصرفات:

نص القاعدة: الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره.

لما كان الرضا أساس صحة العقود والتصرفات ولما كان الرضا يستلزم العلم بمحل تلك العقود والتصرفات وحيث إن الرضا بغير المعلوم لا يتصور فكان الغرر مبطلاً للعقود. ويتحقق الغرر، وينعدم الرضا إذا كان المتعاقدان أو أحدهما لا يعلم عند التعاقد مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ في عقود المعارضات.

أ- تعريف الغرر: الغرر هو الجهالة يراد به في المعاملات التعاقد على شيء مع المخاطرة على الحصول عليه أو عدم الحصول عليه وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: ((ما طوي عنك علمه)) (66)، والأصل أنه منهي عنه بالمرة إلا أن الخلاف بين اليسير منه والكثير وبحسب الجهالة المتضمنة وإفصائهما إلى النزاع أو ما شابهها مما يشوب الإرادة العقدية؛ والقصد من

النهي لما فيه من الجهالة المفضية الى النزاع والشريعة تمنع ذلك لدرء هذه المفسدة والحديث نهي النبي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر⁽⁶⁷⁾ عن بيع الغرر وكل ما فيه غرر ومنه المثال السابق؛ والنهي عن بيع الغرر من باب العام والنهي عن بيع الحصاة من باب الخاص ومن جهة عطف العام على الخاص يكون الدليل النهي عن كل بيع فيه غرر مؤثر والحديث محمول على التخصيص بالعموم الذي يمكن الاحتراز منه أما ما لا يمكن الاحتراز منه فلا بأس اذا كانت تدعو اليه الحاجة ولانه لا يخلو عقد من غرر يسير

قال الامام عز الدين بن عبد السلام: "كل عقد عسر اجتنابه في العقود فان الشرع يسمح في تحمله كبيع الفستق في قشره"، وعلل الشاطبي ذلك بقوله أصل البيع ضروري ومنع الغرر والجهالة مكمل، فلو اشترط منع الغرر جملة لانحسب باب البيع.. يعني لامتنع البيع كلية، وعلى سبيل المثال: أن يشترط أحد المتعاقدين في شركة أن يكون له دنائير معينة أو مبلغاً محدد أو ربح سلعة معينة من سلع الشركة فإنه لا يجوز لاشتغال ذلك على الغرر وربما لا تريح الشركة الا ذلك المبلغ أو تلك السلعة وربما انها تخسر هذا المبلغ أو هذه السلعة فهذا غرر مفضي الى النزاع، وهذه المسألة إحدى المسائل المهمة المنوطة بموضوع الغرر وتعتبر من قضايا العصر وقد أدى عدم إدراكها؛ بل إهمالها من قبل طائفة من المتفقهين والاقتصاديين إلى فساد عريض في نظام الشركات ويمكن ان يجعل هذا الاصل معياراً في فحص الكثير من المسائل المعاصر الاخرى⁽⁶⁸⁾

بـ أقسام الغرر: وقد قسم الفقهاء الغرر إلى⁽⁶⁹⁾:

- **غرر في الوجود:** كالعقد على الأعيان المدومة وقت التعاقد، وغرر في الحصول على محل التعاقد الذي دفع فيه العوض، كبيع ما لا قدرة للمشتري على قبضه وممارسة حقوق المالك عليه.
- **غرر في المقدار:** كان يبيع موصوفاً في الذمة دون بيان مقداره والصفات التي تحدده وتميزه عن غيره.

- **غرر في الأجل:** كأن يبيعه بضمن مؤجل دون تحديد الأجل، وكل هذه الأقسام تؤثر في عقود المعاوضات بالبطلان دون التبرعات، وهذا عند المالكية وغيرهم.

تد الغرر المؤثر وغير المؤثر: وعامة الفقهاء يقسمون الغرر إلى قسمين: القسم الأول: يؤثر في العقود والتصرفات بالبطلان وهو الغرر الكثير أو الفاحش والقسم الثاني: لا يؤثر فيها، وهو الغرر اليسير أو المغتفر.

الفرع الرابع: قواعد في الخراج والضمان:

وأهم مافيهما قاعدتا (الخراج بالضمان) و(الغرم بالغنم)⁷⁰

أولاً: نص القاعدة: (الخراج بالضمان) وتطبيقاتها⁽⁷¹⁾:

هذه القاعدة نص حديث نبوي جاء بمناسبة واقعة خلاصتها عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة: « أن رجلاً، اشترى غلاماً في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبه عيب لم يعلم به فاستغله ثم علم العيب فردّه فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، إنه استغله منذ زمان. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « الغلة بالضمان » ورواه عمر بن علي المقدمي، عن هشام بن عروة بإسناده مختصراً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان⁷²

ومعنى القاعدة: أن الخراج الحاصل عن الشيء يعد مضموناً إذا كان منفصلاً عنه غير متولد منه، كمنع أجرة دار السكنى في مقابل ضمان الدار المعيبة لو هلكت لأنها لو هلكت؛ كان ضمناً على المشتري، لذا فإن منافعها تعتبر طيبة له في هذه الفترة لنهييه عن ربح مالم يضمن " فعن عتاب بن أسيد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انطلق إلى أهل أيلة فأنهم عن أربع خصال عن بيع ما لم يقبض وعن ربح مالم يضمن وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف⁽⁷³⁾ وعنه صلى الله عليه وسلم كُفِيَ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ فَعَنْ مَالِكَ فِي الْمُوْطَأِ أَنَّهُ بَلَّغَهُ وَأَخْرَجَهُ أَصْحَابُ السَّنَنِ الثَّلَاثَةُ مِنْ طَرِيقِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو رَفَعَهُ لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَالٍ يَضْمَنُ وَلَا يَبِيعُ

ماليس عندك⁷⁴ وبلفظ: "لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ماليس عندك، ولا ربح ما لم تضمن".⁽⁷⁵⁾

الخراج بالضمان: هذا نص حديث نبوي شريف تلقاه العلماء بالقبول واجتهدوا على أساسه وفرعوا الأحكام عليه وقد يعبر عن هذا الأصل أيضا بعبارة ((الغنم بالغرم))

ومعنى الخراج الربح أو الغلة التي تحصل منه كمنافع الشيء كالحیوان یكزن منه اللبن وغلال الارض وغير ذلك مما يدر على المالك من خير. أو العائد أو النماء الذي يستحقه الشخص في مقابل الضمان الذي يتحمله أي المخاطرة التي يتعرض لها والضمان هو التعرض للخسارة، وتحمل مسؤولية هلاك المال وتلفه ولو كان ذلك بسبب لابد له فيه، وبعبارة محددة الضمان هو تحمل المخاطرة وإن لم تقع تلك المخاطر وهذا اصل كلي قطعي يرجع إليه في نظام التمويل خصوصا، وفي نشاط البنوك الإسلامية عموما.

ثانيا: تطبيقاتها: تطبيقات لقاعدة ((الخراج بالضمان))⁽⁷⁶⁾:

وإليك بعض تطبيقات هذا الأصل:

أ- عقد المضاربة: المضاربة عقد بين مالك رأس المال، ويسمى رب المال، وبين شخص يفوض في إدارته يسمى مضاربا على أن يعمل الأخير بصفته أمينا ووكيلا لرب المال في هذا المال مقابل حصة من ربحه، فعقد المضاربة على خلاف عقد القرض لا ينقل ملكية رأس مال المضاربة ولا المشروع الذي يدار برأس المال إلى المضارب بل يبقى رأس المال والمشروع مملوكا لرب المال.

وحكم عقد المضاربة هو تفويض المضاربة في إدارة المش روع، لحساب رب المال وعلى مسؤوليته وضمانه فهو لا يضمن إلا فعله غير المشروع أو التقصير في الإدارة أو مخالفة شروط المضاربة ولما كان المشروع مملوكا لرب المال كان ضمانه أي خسارته ومخاطره عليه وحده ومن هنا كان رب المال هو المستحق لخراج أي ربح المضاربة ولما كان رب المال قد اتفق مع المضارب على إدارة المشروع بصفته وكيلا عنه وفي مقابل حصة معلومة من ربحه

فإن المضارب يستحق هذه الحصة في مقابل المخاطرة بالعمل لأنه قد يتحقق ربح وقد لا يتحقق وقد يكون الربح قليلا أو كثيرا وهنا يقال إن المضارب ضامن لعمله أي متحمل لمخاطر عمله، لأنه لا يتقاضى أجرا محددًا مضمونًا على رب المال فرب المال يستحق حصته من الربح، لأنه يملك المشروع وهو ضامن له، بحكم هذا الملك، والخراج بالضمان، والغنم بالغرم، والمضارب يستحق الحصة المتفق عليها من الربح في مقابل عمله وجهده أي تحمل مخاطر هذا العمل لأن المشروع إذا لم يحقق ربحًا فلا يستحق المضارب شيئًا.

بد السلم: المشتري للسلعة سلما يدفع ثمنها عند التعاقد ويتأخر قبضه لها إلى أجل يحدده العاقدان، والمشتري بذلك يمول البائع فإذا ما تسلم السلعة عند الأجل ثم باعها بثمن آجل مع ربح، فإن هذا الربح أي الخراج يكون في مقابل الضمان، لأنه ملكها بعد السلم، وقبضها من المسلم إليه، فكان ضامنا لهلاكها وتلفها بعقد وخاسرا بحكم الملك فاستحق بذلك الخراج وهو الربح، وإذا ما باع سلما موازيا سلعة من نوعها بذات المواصفات وحدد للمشتري سلما موعدا لتسليمه السلعة بعد قبض السلعة التي اشتراها، فإن الربح الذي يحل له من ذلك ربح حلال لأنه خراج في مقابل الضمان، لأنه قبض البضاعة التي اشتراها سلما وصار مالكا وقابضا لها فكان ضامنا عليه والخراج مرتبط بالضمان ومترتب عليه.

الفرع الثاني: قاعدة: (الغرم بالغنم)⁽⁷⁷⁾:

تعني هذه القاعدة أن من ينال نفع شيء يتحمل الضرر الحاصل منه. وهذه القاعدة عكس سابقتها حيث تفيد هذه القاعدة أن الضمان أيضا بالخراج وإن من ناله نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره بقدر منفعه. وبناء على هذه القاعدة فرع الفقهاء عدة فروع منها:

أ - نفقة رد العارية يلتزم بها المستعير لأن نفقة الرد مقابل الاستفادة من العين المعارة، وذلك بخلاف رد الوديعة فإنها على المالك المودع لأن الإيداع لمصلحته.

ب- أجرة كتابة الصك وأجرة الوزن والكيال على المشتري لأن هذه الأعمال لصالحه.

ج- نفقة تعمير العين المشتركة على الشركاء بقدر حصصهم.

د - نفقة اللقيط على بيت المال لأنه لو مات وله مال ورثه بيت المال.

الفرع الخامس: ضوابط في الملكية وتوابعها:

أولاً: تعريف الملكية لغة واصطلاحاً:

1- **لغة:** من أصل الملك ويجوز فيها كسر الميم وفتحها وضمها وأكثر اللغويين على استعمال الكسر فيقال ملك وهو في ملك الأشياء وحصول السلطة عليها وهو قريب من لفظ الملك بالضم فيحمل معنى السلطنة⁷⁸

ولقد ورد أصل هذه الكلمة في القرآن الكريم كثيراً منها قوله تعالى في فاتحة الكتاب قَالَ تَعَالَى ﴿تِلْكَ يَوْمَ الدِّينِ﴾ الفاتحة: ٤ وعلى قراءة ورش "ملك يوم الدين" يقول الراغب الاصفهاني: الملك بكسر اللام هو المتصرف بالامر والنهي ولا يقال: ملك الأشياء وقوله "ملك يوم الدين" تقديره: الملك في يوم الدين وذلك في قوله تعالى: ﴿يَوْمَ هُمْ بَدْرُونَ لَا يَخْفَى عَلَى اللَّهِ مِنْهُمْ شَيْءٌ لِمَنِ الْمُلْكُ الْيَوْمَ لِلَّهِ الْوَاحِدِ الْقَهَّارِ﴾ غافر: ١٦ والملك ضربان⁷⁹: ملك هو التملك والتولي وملك هو القوة، فمن الاول قوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِنَّ الْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوا أَعْرَءَ أَهْلِهَا أَذِلَّةً وَكَذَلِكَ يَفْعَلُونَ﴾ النمل: 34، ومن الثاني قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ مُوسَى لِقَوْمِهِ يُقَوْمِ اذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ جَعَلَ فِيكُمْ أَنْبِيَاءَ وَجَعَلَكُمْ مُلُوكًا وَآتَاكُمْ مَا لَمْ يُؤْتِ أَحَدًا مِنَ الْعَالَمِينَ﴾ المائدة: 20.

2- **الملكية في الاصطلاح:** هي علاقة بين الإنسان والمال فالإنسان مملوك لله تعالى بمعنى العبودية وأنه مستخلف في الأرض لعمارها قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ البقرة: 30. والتعمير يكون وفق المنهج الذي أراده المولى عز وجل وأما المال فهو كذلك من خلق الله تعالى وهو الموجود المسخر للإنسان لتعمير الارض، والذي ينضم هذه العلاقة هو الخالق جل وعلا ولهذا فالملكية هي من الامور الاعتبارية النسبية مثل الابوة والنبوة⁸⁰

عرفها الامام القرافي بأنه: (حكم شرعي أو وصف مقدر في العين أو في المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالمملوك...) ⁸¹

وعرفه شيخ الاسلام بن تيمية بأنه: «القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة» ⁸² والرقبة دالة على شيء مقصود الاشياء في تعريف شيخ الاسلام إلا أن المعنى يطير الى أبعد من ذلك لتكون الملكية عنده هي القدرة على التصرف في الشيء. وعرفه الغزنوي بأنه: عبارة عن الاقتصاد الحاجز وقد أفاد الاستاذ الزرقا منه هذه التعريف ليعرف المملك بأنه «اختصاص حاجز شرعا يسوغ لصاحبه التصرف الا لمانع» ⁸³ فالمراد بالاختصاص الحاجز: أنه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون إذن المالك، أما المانع الذي يمنع المالك من التصرف: هو نقص الاهلية كالصغير الذي يتصرف عنه وليه وأيضا يمنعه من التصرف حق الغير كالراهن في ماله المرهون لحق الغير وأيضا يمنعه من التصرف المدين المحجور عليه في ماله وهكذا استثناءات ومجموع هذه التعريفات ينحصر في وجهين ⁸⁴:

الاول: كون المملك حكما شرعيا (أي حكما تكليفيا حيث الاباحة أو حكما وضيعا من حيث أنه سبب لحل التصرف والانتفاع).

والثاني: المقصد في التملك هو القدرة على التصرف أخيرا. وقد اجتهد الاستاذ على محمد داغي في تعريفها حيث يقول «أن المملك عبارة عن: إختصاص شخص بشيء اختصاصا حاجزا شرعا له الانتفاع فيه ابتداء إلا لمانع... وأضفنا هنا لفظ (شخص) ليشمل الشخص الطبيعي (الانسان) والشخص الاعتباري الذي يملك وله ذمة مالية مستقلة وشخصية قانونية معنوية تملك وتتصرف باسمها كما أن التعريف بين بأن من مقتضيات المملك الانتفاع مع التصرف وليس التصرف وحده وكونه ابتداءا ليخرج به الوكيل لأن تصرفه في ملك موكله جاء تبعا لاذنه وليس ابتداءا وأصالة وكذلك تصرف الولي في أموال مولاه حيث أن تصرفه فيها جاء تبعا لاذن الشارع وحكمه.

وسنخرج على ما يهمننا في البحث خاصة ونشير الى مجموع ذلك باختصار. الى أنه تقسم الملكية الى عدة تقسيمات بحسب اعتبارات مختلفة ⁸⁵ ونذكر أهمها هنا: ملك الرقبة

أي عين الشيء وذاته. وملك المنفعة: أي ملك حق التصرف الكامل في حدود الشرع فيه بالبيع والتأجير ونحوهما وهذا لا يتفق الا مع الملكية التامة الكاملة.

و هذه الملكية التامة لها أسباب تحققها والمقصود هنا أنها إذا حصلت في عقد من عقود المعاملات الملكية فانها تكون نتاج ايجاب وقبول في مجلس واحد مع التخلية بالقبض والقبض هنا جد مهم لأنه أساس لاجازة التصرف وضع الخيار بمعد خروج وقته وتبين عليها عدة أحكام شرعية مهمة تأتي معالجة ضوابطها في بعض معاملات المصرفية الاسلامية.

ثانيا: ضوابط في التصرف والقبض:

1- ضوابط في التصرف:

من قواعد التصرف: (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه) المادة: 96 (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل) المادة: 95، قاعدة: (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه) لو جاءت هذه القاعدة بصيغة بلا إذن لكان أفضل حيث تصبح عامة في معناها حيث تشمل إذن المالك، وإذن الشرع والإذن العرفي معنى هذه القاعدة: أنه لا يحل لإنسان أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن سواء بالقول أو الفعل. وذلك أن التصرف في ملك الغير إما أن يكون (86):

أ – تصرفاً فعلياً: إذا كان التصرف في ملك الغير بإذن سابق لا حرج فيه لأن الإذن السابق توكيل، وإن كان بغير إذن كان إتلافاً وغصباً وكلاهما محظور شرعاً.

ب- تصرفاً قولياً: إذا كان التصرف في ملك الغير قولياً فلا يتصور إلا في تصرف الفضولي ولا ضرر فيه لأن تصرفه موقوف على إجازة المالك، ولا شيء في هذا، إنما تأتي المسؤولية فيما لو تجاوز الفضولي القول إلى العمل بأن قام بتسليم (العين إلى المشتري اما قاعدة: (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل) تفيد هذه القاعدة معنى غير الذي أفادته القاعدة السابقة التي منعت غير المالك من التصرف بمال غيره بدون إذن شرعي، في حين أن هذه القاعدة بينت أن الغير كما لا يملك حق التصرف في مال الغير فإنه لا يملك أيضاً الحق في أن يأمر غيره بالتصرف فيه؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه. فمن لا

يملك حق التصرف فإنه لا يملك الأمر به. وبناء على هذه القاعدة: لو أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر ويلقيه في البحر أو يحرقه أو أن يذبح شاته فلا عبرة لأمره والضمان على الفاعل إلا إذا كان مجبراً أو مغرراً به بأن قال له: اذبح شاتي، ثم تبين أن الشاة لغيره فالمسئولية تقع على الأمر الغار أو المكره

ومنها: كل ملك سوى البيع فانه يجوز التصرف فيه قبل القبض بالبيع وغيره⁽⁸⁷⁾ فمن حصل له ملك شيء بعقد غير البيع كوصية أو ارث فانه يجوز له التصرف فيه بيعاً أو هبة أو رهناً أو غيره قبل القبض، لان الملك في هذه الحالات قائم مستقر اما ما كان ملكه بعقد البيع فلا يتم الا بالقبض لاحتمال الفسخ لسبب من أسبابه ونزل هذه القاعدة مصرفياً مثلاً: اذا ملك المصرف شيئاً بالبيع وقبضه جاز له التصرف فيه بعد ذلك بيعاً أو حوالة أو غيرها ولا يمكن ذلك اذا لم يقبضه فعلياً⁽⁸⁸⁾

وهذه القاعدة ميسرة لكثير من المعاملات المالية خاصة فيما يتطلب تقريراً سريعاً لان الوقت مهم فيها ربحاً أو خسارة فمن تعين ملكه على شيء فعلاً جاز له التصرف فيه قبل قبضه ولا حرج عليه لانه لا يخشى ما يفسده العقد أو يؤدي الى فسخه وعيه اذا ملك المصرف شيئاً عن طريق غير طريق البيع جاز له التصرف فيه بالبيع أو الحوالة وغيره.

2- ضوابط في القبض (التسليم) في العقود:

قاعدة: النهي عن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم يضمن⁽⁸⁹⁾:

يجب وقوعه على حسب ما اقتضاه العقد لفظاً وعرفاً⁽⁹⁰⁾ وفيها أن القبض انما يكون على الصورة والكيفية والزمان والمكان الذي يحدده الطرفان في العقد فاذا لم يتم تحديده لفظاً فما اقتضاه العرف به شرعاً ((لان لفظ القبض من الالفاظ المطلقة في المعنى والتي لم يحددها الشرع ولم تحددها اللغة على اطلاقها⁽⁹¹⁾ وليس للقبض حد دقيق في اللغة ولا في الشرع فيتأني القبض في كل شيء بحسبه تحكيماً للعرف السائد في البلد وفي الزمان فما يعتبره العرف قبضاً فهو كذلك في حكم الشرع يترتب عليه الضمان، وقد ضرب الفقهاء

أمثلة كثيرة لقبض العقارات والمنقولات على أساس عرف زمانهم ومكانهم ويمكن الاسترشاد بها في تحكيم عرف زماننا لأنه هو الواجب الاتباع⁽⁹²⁾

ويمكن أن ننزل القاعدة: كأن يبيع المصرف سلعة أو ثمارا لاحد العملاء وتلفت قبل حيازتها فهي من ضمان البائع لان العرف جرى أن القبض لا يتم الا بالحيازة ولا يجوز تضمينه بدون حيازة تامة للسلعة (العميل)، ويحصل القبض أيضا حسب المقبوض ففي الحيوان بنقله وفي الجواهر والاثمن بالتناول وفي النقود بمجرد تسليم الشيك أو إيصال (الحوالة البريدية)، ويجوز البيع باستثناء منفعة في العين وان تأخر بهذا القبض كبيع شقة واستثناء الانتفاع بها لستة أشهر أخرى فالقبض وقع وجاز الاستثناء⁽⁹³⁾

ومنه اذا عين البائع موضعاً لتسليم العين المعقود عليها فخرّب ذلك الموضع وخرج عن صلاحية التسليم، أو حدث خوف يمنع من التسليم فيه - فإنه يتعين في هذه الحالة أقرب موضع إليه صالح للتسليم تطبيقاً لقاعدة ((الخراج بالضمان)) و ((الغنم بالغرم)) ذلك أن الضمان ينتقل إلى المشتري من البائع بمجرد الشراء والقبض فيما يلزم فيه القبض لنقل الضمان من الأموال يبقى ضمان المبيع فيه على البائع ما لم يسلمه إلى المشتري ولا يكون المشتري ضامناً إلا بعد أن يقبض المبيع⁽⁹⁴⁾.

والخلاصة:

أن النهي النبوي عن ربح ما لم يضمن يؤكد أن الربح مرتبط بالضمان، مترتب عليه، فحيث لم يوجد الضمان وتحمل المخاطر لم يحل الربح. هذا وقد تكلم الفقهاء على مجال تطبيق هذا الأصل عندما تكلموا على ما يجب فيه القبض قبل البيع وما لا يجب فأوجب بعضهم القبض في جميع الأموال المبيعة، وقصره بعضهم على الطعام دون بقية الأموال، وتوسط بعضهم على تفصيل ذلك في كتب الفروع.

المبحث الثالث: المقاصد الشرعية الضابطة لعقود التمويل الإسلامي:

مضمون هذا المبحث هو أننا أردنا القول ان المجتهد لا يحكم على فعل ((تصرف أو عقد أو عملية ما)) بالإذن أو المنع أو بالحل أو التحريم إلا بعد معرفة ما يؤول إليه ذلك الفعل والا يعتبر أن مهمته تنحصر في اعطاء الحكم الشرعي بل مهمته أن يحكم في الفعل ويستحضر ماله أو مآلاته وأن يصدر الحكم وهو ناظر الى أثره أو آثاره... فان لم يفعل فهو اما قاصر عن درجة الاجتهاد أو مقصر فيها⁹⁵. وعليه ان ينظر؛ فإذا كان الفعل مشروعاً لمصلحة، فإنه يمنع منه في الحالات التي يؤدي فيها إلى فوات مصلحة أكبر أو وقوع مفسدة أشد، كما أن الفعل الممنوع شرعاً لمفسدة تترتب عليه، يؤذن فيه ويشرع في الحالات التي يؤدي فيها المنع إلى تفويت مصلحة أهم أو وقوع مفسدة أشد⁽⁹⁶⁾.

ومن أهم القواعد التي تتفرع عن هذا الأصل وتتصل بطرق الاستثمار في البنوك الإسلامية وصيغ التمويل المستخدمة فيها، قواعد الاستصلاح وقاعدة الذرائع ثم قاعدة المنع من التحيل على إبطال الأحكام الشرعية: نتناولها بشيء من التفصيل

المطلب الأول: ماهية المقاصد الشرعية ومدى اعتبارها:

الفرع الأول: ماهية المقاصد الشرعية المالية:

في طليعة هذا المبحث لا أحد ضرورة لتعريف المقاصد وبدلاً من ذلك سأنوه بأهمية الأدلة التي يسميها البعض "معقول النص"⁹⁷ والتي تعتمد على المقاصد وهي منظومة تتجلى فيها حكمة الشريعة وتبرز عبقرية الاجتهاد ومرتبة المجتهد لدقة هذا النوع وعدم ارتباط غالبه بشاهد جزئي معين بل إنه مرتبط بشواهد الشريعة جملة مما يفترض في متعاطي هذا النوع من الاستدلال دربة ومراناً ومراساً لما فيه من التباس الأوجه وتباين الرؤى واختلاف الموازين وبخاصة فيما يتعلق بمعتبرات المصالح ومهدراتها وعوارض المفساد ومعارضاتها؛ ومن هذه الأدلة: المصالح المرسله والاستحسان وسد الذرائع والاستصحاب وتحكيم العرف ومنها ما يرتبط بشاهد جزئي كالقياس وبضبط العلاقة بينها وبين المقاصد ينضبط استنباط المستنبط ويستقيم وزن الموازنة بين النص والمقصد بالقسط.

وقد ذكر د. عبدالله بن بية في كتابه " العلاقة بين أصول الفقه والمقاصد " أكثر من ثلاثين منحنى تتجلى فيها العلاقة بين أصول الفقه بين المقاصد؛ ويتضح فيها بصفة تطبيقية وتطابقية توليد الفروع من المقاصد بآلية أصولية فيما سميناه بالاستنجد بالمقاصد ويشير د. عبدالله بن بية الى ان: ان مسألة التعلق بالمقاصد كثر فيها الحديث في القديم والحديث وانقسم فيها الناس إلى طوائف وعلى حد قسمة الشاطبي إلى ثلاث مدارس: مدرسة أعرضت عن المعاني وتمسكت بالظواهر والمباني ومدرسة أعطت للظاهر حقه وللمعني مستحقه ومدرسة لم تر في الظاهر مستمسكاً وهي التي سماها الشاطبي بالباطنية وفي العصر الراهن تظهت في المدرسة الحداثية التي دعت إلى ركوب سفينة المقاصد وهي دعوة للهروب من ديمومة مفاهيم الشريعة المستنبطة من الدلالات اللغوية وتجريدها من المعاني التي فهمها الرعيل الذي تلقى الوحي من خلال ما سماه بعض المعاصرين بالمقصد الجوهري الذي يضيئ النسبية على كل معنى ليتلائم معه وليكون لكل عصر شرعته ولكل زمن أحكامه دون تمييز بين ثابت ومتغير.

و نحن اليوم أمام مدرسة رابعة نقول بالظواهر والمقاصد لكنها تسيء في استعمال الاثنين أحياناً جهوداً على الظواهر مع قيام الحاجة للتعامل مع المقاصد وأحياناً انصرافاً عن الظواهر بمقاصد زائفة وغير منضبطة.

الفرع الثاني: أقسام المقاصد الشرعية:

أما مقاصد الشريعة فقد اصطلاح العلماء على تقسيم المقاصد إلى ثلاثة مراتب⁹⁸:
الضروريات ثم الحاجيات، ثم التحسينيات⁹⁹:

أولاً: الضروريات: وهي التي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا، ومتى فقدت لا يستقيم النظام ويحدث الفساد والتلاشي، فالضرورة أخص من عموم المصلحة، فهي أشد المراتب إذ بفقدانها يصبح الإنسان في خطر يحدق بدينه أو نفسه أو ماله أو عرضه؛ ولقد اصطلاح العلماء على تسميتها: الضرورات الخمس؛ وهي: حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل، وفي موضوعنا في باب المعاملات يندرج تحت الضروريات فاباح البيع لايجاد المال

وتثميّره ومنع الربا والغش وغيره لحفظ المال وصيانيته.

ثانياً: الحاجيات⁽¹⁰⁰⁾: فهي تجري فيما جرت فيه الضروريات في أبواب العبادات والمعاملات وبتفويتها يلحق المكلف من جراء ذلك مشقة وحرّج شديد. وقد شرع الإسلام في مختلف أبواب العبادات والمعاملات جملة أحكام المقصود منها رفع الحرج والتيسير على الناس. وقد أشار الشاطبي رحمه الله إلى ذلك بقوله: وفي حفظ المال وهو كل ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه مثل الإجاره والسلم والمساقاة والمضاربة وأشباه ذلك مالا يؤدي فقده إلى فقد المال من الوجود بالكلية الذي يفقده تفقد النفس ولكن لو لم تشرع هذه الأمور لأدى ذلك إلى مشقة وعسر في حياة الناس.

وإذا ثبت هذا فالأمور الحاجية إنما هي حائمة حول هذا الحمى إذ هي تتردد على الضروريات تكملها بحيث ترتفع في القيام بها واكتسابها المشقات وتميل بهم فيها إلى التوسط والإعتدال في الأمور حتى تكون جارية على وجه لا يميل إلى إفراط ولا تفريط، وذلك مثل ما تقدم في اشتراط عدم الغرر والجهالة في البيوع وكما نقول في رفع الحرج عن المكلف بسبب المرض حتى يجوز له الصلاة قاعداً أو مضطجعا ويجوز له ترك الصيام في وقته إلى زمان صحته وكذلك ترك المسافر الصوم

ثالثاً: التحسينيات: فهي مكملة لكل من الضروريات والحاجيات وهي جارية في العبادات والمعاملات مثل أبواب البيوع كبيع النجاسات وبيع فضل الماء والكأ.

إن مقاصد الشرع بعضها أكد من البعض الآخر إلا أن المقاصد يتم بعضها البعض وعليه فإنه لا يراعى حكم تحسيني قبل الحاجي ولا حاجي قبل الضروري ولتوضيح ذلك⁽¹⁰¹⁾: البيع ضروري والغرر والثلث والجهالة تكميلية بالنسبة للبيع فلو اشترط انتفاء الغرر انتفاء تاماً لتعذر البيع تماماً، ولأدى اشتراط هذا الأمر التكميلي إلى إبطال الأصل الضروري وهو البيع، ولذلك اغتفر الشرع الغرر اليسير والجهل اليسير الذي لا يمكن دفعه حفاظاً على أصلهما وهو البيع. وكذلك الحال بالنسبة للإجارة فاشتراط وجود العوضين في أبواب المعاملات من التكميليات والتتميمات، فرخص في السلم بتأجيل أحد العوضين

وكذلك الإجارة لأن استيفاء منفعة المؤجر تحتاج إلى زمن وهو عوض يأتي بمرور الأيام،
وحين تعذر وجود العوضين صحت الإجارة مع أن استيفاء المنفعة من العين المؤجرة يتحقق
يوماً بعد يوم .

المطلب الثاني: المصلحة والمآل في المعاملات المالية المعاصرة:

الفرع الأول: مدى اعتبار المصلحة في المعاملات المالية¹⁰²:

يقصد بالمصلحة الشرعية: المحافظة على مقصود الشارع ومن أهم المقاصد التي ينبغي
المحافظة عليها هي المصلحة الشرعية أو مقصود الشارع في حكم كل معاملة مالية وهذا يبين
أهمية تحقيق ما فيه مصلحة للعباد مقصودة للشارع مع رعاية الأولى فالأولى مما هو ضروري
أو حاجي أو تحسني¹⁰³، في مختلف المجالات ومنها المالية ويدخل فيه ما كان في الصناعة
والزراعة والتجارة والخدمات وغيرها، وهذا الهدف النبيل أصل ((اعتبار المصالح جلباً))
نصت عليه اتفاقية تأسيس المصرف الإسلامي للتنمية في المادة الثانية من الاتفاقية وصادق
عليها حتى سنة 1414هـ ست وأربعون دولة إسلامية في آسيا وإفريقيا وأوروبا كبيان
لجانب من الجوانب العملية لدى المصارف الإسلامية، ولأنه من الجوانب الفقهية الأساسية
ذات التأثير الحواري على البيئة الأساسية للفكر الاقتصادي الإسلامي المعاصر وعلى الحياة
الاقتصادية والمالية والمعرفية خاصة للشعوب والمجتمعات الإسلامية هو الجانب المصلحي في
هذه المعاملات خاصة والجانب المقاصدي بصفة عامة.

وهنا ندرس بشيء من الإيجاز المصلحة؛ والتصدر الإسلامي الشرعي لمسألة المصلحة
العامة وارتباطها بالجانب المالي الاقتصادي الإسلامي من حيث شروطها وآفاقها مع
استعراض بعض الجوانب التي تعالج موضوع المخاطر التمويلية أو الوقوف على تطبيقات
معاصرة للمصلحة في جانب المعاملات المالية والاقتصادي الحديث.

اذن: كيف يبحث الفقيه عن الحكم الذي يحقق المصلحة في النوازل والوقائع التي ليس
لحاكم شرعي لعدم النص من القرآن أو السنة. ؟ ما العمل اذا غاب النص الشرعي في النازلة
المالية مثلاً؟

والقاعدة في ذلك رد غير المنصوص على النصوص والمهم هنا بالطرح هو: هل اذا كان غياب النص ان لا يمكن للشرعية امتياز المصالح أم انها لا تنهت بالمصالح فيما تميله من احكام مستجدة غير منصوص بالعين اصلا ؟. هل يتصور ان تكون تلك الاحكام مادة للمصلحة؟.

و باب المصلحة في القضايا المالية الاقتصادية مهم لبحث هذه الإشكالات ومفيدة من جانب المعالجة الفقهية لمسألة المخاطر التي تواجه المصرفية الإسلامية ومدى اعتبار الاستصلاح في الجانب الحكي الفقهي ؟

لكن ما حكم دعوى تحقيق المصلحة والتخريج على أساس الضرورة؟¹⁰⁴:

من الخطأ زعم تحقيق مقاصد الشريعة الكلية بتسويق معاملات تخالف الشريعة في جوهرها فقد ألبست بعض المعاملات الربوية في جوهرها، اللباس الإسلامي لتمارس في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية بحجة أنها مؤسسات حديثة العهد قامت في ظل هيمنة المصارف الربوية، فلا بدّ من دعمها بكل أسباب النجاح حتى تصمد أمام منافسة تلك المصارف القوية؛ وإلا، فإن هذه المؤسسات الإسلامية ستفشل، ولن تقوم لها قائمة بعد ذلك. ومدها بأسباب النجاح يقتضي في المرحلة الراهنة تجاوز بعض الأحكام الشرعية أو غرض البصر عن شرعيتها إلى أن تشبّ تلك المؤسسات وتثبت وجودها، ثم بعد ذلك تتجه إلى الأعمال الشرعية الخالصة. وهذا زعم باطل وخطير، فأين الضرورة التي تسوغ لتلك المؤسسات قيامها بالخطور شرعاً وترك البدائل الحلال ذات النفع الاقتصادي الحقيقي من مضاربة وشركات وسلم واستصناع، وهل قيام تلك المؤسسات هو من قبيل الضرورة أصلاً، أي الضرورة بشروطها الشرعية المعروفة التي تسوغ المحرم!! وعلى فرض تحقق تلك الضرورة، فهل ارتكاب المحرم لضرورة يسوغ زعم أن هذا المحرم حلال ونسبته إلى الشريعة!! من المعلوم أن من يحل له شرب الخمر لضرورة لا يسعه ادعاء حل الخمر، ولو فعل ذلك، لكان زعمه كفراً؛ ومن حلّ له الاقتراض بربا لضرورة، لا يسعه الادعاء بحل الربا، ولو فعل ذلك لكان زعمه مكفراً له! هذا ما دام الشيء الذي حلّ لضرورة محرم أصلاً بالاتفاق كالربا والخمر، وليست البيوع الربوية أو حيل الربا بخارجة عن هذا الاتفاق ما

دعنا نزع حلاً مطلقاً لممارستها الذي ينبغي بها الوصول إلى الربا، فكل الفقهاء يربط تحريم هذه البيوع بقصد العاقدين إلى العقد، والخلاف بينهم إنما هو في صحة هذه التصرفات أي ترتيب آثارها عليها كما تقدم. ثم إن المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية قد مضى على قيامها فكراً وممارسةً ثلاثة عقود ونيف وما زالت تمارس ذات المعاملات التي مارسها من قبل، وما من تغيير يذكر في أغلب الحالات، فهل ما زالت تلك العوامل التي استدعت هذا التجاوز قائمة! وهل من دلائل على زوالها في المستقبل!!

ثم ألم يدرك المشرعون لأعمال هذه المؤسسات بتغيير مصطلحاتٍ واتباعٍ شكليةٍ خاصة أيّ إساءة يجرون إلى الدين والشرعية بعملهم هذا! فهذه الشرعية لن تقنع حينئذٍ عامياً عاقلاً بشريتها، ولا غير مسلم بعقلانيته، ولربما كان هذا سبباً في النفور عنها؛ فأَي دِين في نظر هؤلاء هذا الذي يحرم على أتباعه دفع أو أخذ أدنى زيادة بصريح الربا، ثم يبيح لهم دفع أو أخذ أكثر منها بعقد كالعينة!! وأخيراً، فأَي تحقيق لمقاصد الشرعية هذا الذي يستلزم ارتكاب شر المعاصي، أكل الربا الذي يؤذن بحرب الله تعالى على المجتمع الذي يتفشى فيه أكل الربا!! وليس يقتصر أكل الربا هنا على الأكل الصريح له، فقد أكل اليهود الربا من قبل لما حرمه الله تعالى عليهم، وكان أكلهم له بالحيل، فعاقبهم الله تعالى، وأحلهم سخطه.¹⁰⁵

والخلاصة أن مثل هذه المعاملات المسوغة صيغاً لتمويل إسلامي تقوم على اعتبار الشكيلة في أقصى درجاتها على نحو يعارض مقاصد الشرعية من تشريع الأحكام ويأتي عليها بالنقض مع أن المسوغيين لها يزعمون أنهم يبتغون من تسويغها تحقيق مقاصد الشرعية!!

وبالنهاية، فإن على المصارف الإسلامية جميعاً أن تلتزم بالبدائل التمويلية الشرعية، كعقود المراجعة والإجارة والاستصناع والسلم المنضبطة بالشروط الشرعية التي تجعلها من قبيل التجارة الحقيقية، فضلاً عن التمويل بالمضاربة والشركات، وهي العقود المثلى التي تمكن المصارف الإسلامية من قيامها بدورها التنموي الذي ينبغي أن تضطلع به، ليوافق شعار تحقيق التنمية الذي رفعته عند قيامها.

الفرع الثاني: أصل سد الذرائع:

أولاً: تعريف الذريعة: هي الوسيلة، وتقابلها الغاية، وقد جاءت الشريعة الإسلامية بأصل سد الذرائع وفتحها، أما فتح الذريعة فيعني أن وسيلة المطلوب على سبيل الوجوب أو الندب مطلوبة بقدر ذلك الطلب وأما سد الذرائع فمعناه أن وسيلة الممنوع تحريماً أو كراهة، ممنوعة بقدر ذلك المنع وشرط سد الذريعة أن يكون هناك فعل مشروع بالأصل لما فيه من تحقيق مصلحة ولكنه في الحالة المعروضة يؤدي على وجه القطع أو الظن الراجح القريب من القطع إلى تفويت مصلحة أهم أو وقوع مفسدة أشد، وقد حكى بعض العلماء الإجماع على سد الذريعة في هذه الصور كما حكى الإجماع على عدم سد الذريعة أي عدم المنع من الفعل إذا كان أداء الفعل إلى المفسدة نادراً، أما إذا كان الفعل يؤدي إلى المفسدة كثيراً، أي لا على سبيل القطع والظن الراجح، ولا على وجه الندرة، فيذهب الإمام مالك رحمه الله إلى سد الذريعة في هذه الحالة بينما يبقى غيره من الأئمة الفعل على أصل الجواز¹⁰⁶.

وقاعدة الذريعة أصل كلي ثبت مفهومه من استقراء مجموع النصوص الشرعية على وجه القطع، والبنوك الإسلامية بحاجة إلى إعمال هذه القاعدة ومراعاة تطبيقها عند تقويم صيغ العقود والتمويل وغيرها من أوجه التعامل التي تقوم في مجال الاستثمار.

وتطبيقاً لهذه القاعدة أفى المالكية بمنع بيع العينة التي كثير قصدها عند الناس، كأن يبيع الرجل سلعة بعشرة نقداً ثم يشتريها منهم باعها له بعشرين إلى أجل فقد منع هذا البيع وإن كان البيع في أصله فعلاً جائزاً مشروعاً لما يحققه من مصلحة لأنه يؤدي إلى مفسدة كبيرة في هذه الحالة وهي اقتراض عشرة نقداً على أن يدفعها عشرين بعد مدة من الزمن. والعبرة في تطبيق هذه القاعدة بعموم قصد الربا. ذه المعاملة وشيوعه في الناس ف لا حاجة إلى إثبات أن كل متعاملين يقصدان الربا. ذه المعاملة فهي قاعدة عامة موضوعية وليست شخصية حتى نبحث عن نوايا المتعاملين والقرائن الخاصة بمعامليتهما، كما يفعل في قاعدة المنع في التحيل على إبطال الأحكام الشرعية⁽¹⁰⁷⁾.

وأيضاً قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة، فالتوصل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار، وقد تعطي الوسيلة حكماً يخالف حكم مقصدها إذا خالطتها مشقة شديدة "لاتبع ما ليس عندك"، وتعلقت بها ضرورة كبيع المذموم فإنه ممنوع شرعاً لأنه يؤدي إلى ضياع المال والمنازعة، ولكن الشرع أباح بيع السلم وأباح الاستصناع وكلاهما ينطبق عليه بيع المذموم وذلك دفعاً للمشقة المتوقعة عند المنع.

وقد قال الإمام العز بن عبد السلام⁽¹⁰⁸⁾: "اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة ثم استثنى منها مافيه مشقة شديدة أو مفسدة تربي على تلك المصالح.

وقد قال الإمام الشاطبي رحمه الله⁽¹⁰⁹⁾: "مشروعية الأسباب لاتستلزم مشروعية المسببات" وفسر هذا بقوله ومعنى ذلك أن الأسباب إذا تعلق بها حكم شرعي من إباحة أو ندب أو منع أو غيرها من أحكام التكليف فلا يلزم أن تتعلق تلك الأحكام بمسبباتها، فإذا كانت الوسائل من حيث الجملة من باب المقاصد فيكون أهما قد تتفق في حكم المقصد وقد تخالفه، فإذا أسقط الشارع وجوب المقصد سقط بذلك وجوبه، ذلك أن الوسيلة فرع عن المقصد وتبع له، فإذا سقط الأصل سقط الفرع.

و قال أيضاً: "وقد تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل غير مقصودة لأنفسها وإنما هي تبع للمقاصد بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل، وبحيث لو توصل إلى المقاصد دونها لم يتوصل بها، كذلك الأمر إذا حصل المقصود سقطت الوسيلة ووجه ذلك أن الوسيلة ليست مقصودة لذاتها، فإذا تيسر المقصود بدون وسيلة معينة سقط اعتبارها. واعتماداً على هذا قال الإمام مالك رحمه الله: إن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل ولا يشترط نص معين في الإيجاب والقبول وذلك لأن المقصود هو الدلالة على التراضي وهي حاصلة بالمعاطاة ونحوها.

والأصل التوافق بين الوسائل والمقاصد، أما التعارض فطاريء، فإذا تعارضت وسيلة مع مقصدها بحيث يؤدي ذلك إلى اختلال المقصد فتقدم المقاصد لأن الوسائل إنما وضعت لخدمة المقاصد وهي فرع والفرع إذا عاد على الأصل بالإبطال بطل. وكذلك الوسائل

أوسع من باب المقاصد وقد يشترط في الأفعال التي هي المقاصد مالا يشترط في الوسائل، فيغتفر في الوسائل مالا يغتفر في المقاصد، فالشارع الحكيم مراعى للطوارئ التي تعرض للناس، والتي هي متلبسة بحياة الناس قد يرخص في استعمال بعض الوسائل رحمة بالناس وتوسعة على العباد ومرد ذلك إلى قوله تعالى: (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) لذا برزت قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقد قال المصطفى ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينمي خيراً أو يقول خيراً"، فالفعل المنهي عنه في الأصل عند الضرورة يبيحه الشرع للتوصل إلى مقاصد شرعية أعظم لحفظ الدين والإصلاح.

ولذا فالأفعال المنهي عنها سدا للذريعة تباح للحاجة، لأن الحاجة والمصلحة الراجحة قد تعلق بها، والأفعال المنهي عنها سدا للذريعة هي غير المتضمنة في ذاتها للمفسدة، ولكنها طريق إليها، والمشقة التي راعاها المشرع هي المشقة التي لاتصل إلى درجة التلف والهلاك.⁽¹¹⁰⁾

الفرع الثالث: أصل المنع من التحيل على أحكام الشريعة⁽¹¹¹⁾:

أولاً: المعنى العام:

القاعدة أن المكلف يقصد بعمله ظاهر الجواز ما لا يجوز شرعاً كإبطال حكم أو تفويت حق ومثاله أن يهب مالك النصاب جزءاً من ماله (النصاب) قبيل الحول، فراراً من وجوب الزكاة عليه، وبالتالي تفويتاً لحق الفقراء. فالحبة فعل مشروع في الأصل، لما تحقق من مصالح تتمثل في تدريب المكلف على الجود والكرم والسخاء، ولكن المكلف قصد بالهبة هنا تفويت حق الفقراء بخلاً وشحاً، وقد مثل الفقهاء للتحيل بمن يبيع سلعة بعشرة على أن يشتريها ممن باعها لها بعشرين إلى أجل إذا لم يكثر ذلك من الناس ولكن ثبت قصد المتعاملين بإقرارهما أو بالقرائن القوية.

ولا خلاف في عدم جواز التحيل على إسقاط الواجبات الشرعية أو تغيير أحكام الشريعة أو إبطال حقوق الناس ديانة، غير أن هناك خلافاً بين المجتهدين في حكم التحيل قضاء، فبعض الفقهاء كالمالكية يرون بطلان التحيل في العقود والتصرفات المبنية عليه قضاء، بينما يرى البعض الآخر، كالشافعية صحة العقد والتصرف إعمالاً لحكم الظاهر. هذا

ويجب على البنوك الإسلامية عند تمويل المتعاملين أن تتأكد من أن قصد المتعامل لا يناقض قصد الشارع، وذلك من خلال الدراسة المتعمقة لمشروعيتها، والصيغة الشرعية المناسبة لتمويله ومراقبة التنفيذ حتى لا تخفى بعض المعاملات ربا أو غررا أو غيرهما من المخالفات الشرعية لأن الشريعة بمجموع القواعد واستقراء الفروع في باب المعاملات نجد الإجماع على حرمة التعامل بالحلل ولا شك أن بعض العقود التي التبس بها بصورة واضحة مسألة التحايل على الربا والتدبر إليه باطن التصرف كبيع العينة والتورق ولا شك أن الوسائل لها حكم المقاصد والغايات فتكون هذه الذرائع محرمة شرعا¹¹²

ثانيا: ضابط القصد الممنوع في العقود¹¹³:

لا يفهم من الكلام السابق أن كل قصد مخالف لما تقصد منه العقود عادة ممنوع، بل ضابط القصد الممنوع من العقود، أو الحيلة الممنوعة، هو قصد الوصول إلى محرم، أي إلى أمور حرمتها الشريعة لأنها تعارض مقاصدها في الأحكام، كالتوصل إلى الربا ببيع العينة، والتوصل إلى الزنا بعقود النكاح على النحو المتقدم، والدليل على أن ليس كل قصد مخالف لما تقصد منه العقود ممنوعاً حديث من مثل حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهما، ونصّه: ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خير فجاهه بتمر جنب¹¹⁴، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أكل تمر خير هكذا. قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين بالثلاثة. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تفعل، بع الجمع¹¹⁵ بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنباً)).¹¹⁶

فقد دلّ النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الرجل على طريق للنجاء عن الربا بإنفاذ عقدي بيع. لكن ليس في إجراء مجملهما ولو مع ذات العاقد تجاوز لمقصد من مقاصد الشارع في الأحكام؛ إذ ما من نفع زائد يجره بائع التمر الجنب على نفسه بإجراء عقدي البيع والشراء معه، بخلاف الأمر في بيع العينة، لأن العاقد فيه الذي يدفع أولاً ليقبض آخراً يستفيد من هذه العملية تسويغاً أخذ زيادة مُنع من أخذها بمقتضى عقد القرض، وهو الأمر الممنوع الذي يعارض مقصد الشريعة من تحريم الربا في القرض، فتأتي العينة لو قيل بجوازها

على غاية تحريم ربا القروض بالنقض؛ إذ لو جازت، لما كان أسهل على المقرض الممول الذي يريد الانتفاع من إقراض الغير بأخذ الزيادة أن يعقد عقد بيع على سبيل العينة مع مرید القرض، فيحل له ما كان حراماً!!

اعداد: أ. عبد الرحمن مايدي
p.maidi.abderrahmane@gmail.com

الهوامش وثبت المصادر والمراجع

- (1) مختار الصحاح مادة (م ول) ص 467 ط 17 سنة 2008، دار الإرشاد للنشر.
- (2) القاموس المحيط للفيروز آبادي ط. مصطفى الحلبي 1371هـ/1952م. ولسان العرب لابن منظور: مادة (مول) ج 13 ص 223 طبعة دار المعارف القاهرة
- (3) لسان العرب ج 13 ص 223 مادة مول وينظر: تاج العروس ج 8 ص 121؛ والنهاية في غريب الحديث ج 4 ص 373
- (4) المعجم الوسيط ج 2 ص 892 طبعة قطر.
- (5) المقاصد العامة للشرعية الإسلامية: د. يوسف حامد العالم ص 468، دار القاهرة؛ والدار السودانية للكتاب بالخرطوم ط 3 سنة: 1417هـ/1997م.
- (6) الإشارة في محاسن التجارة: ابن الفضل جعفر بن علي الدمشقي ص 2-3 بدون ط.
- (7) حاشية بن عابدين ج 4 ص 3. ط دار إحياء التراث العربي بيروت ط (2) 1407هـ. المعاملات الشرعية المالية: أحمد إبراهيم ص 5 ط السلفية سنة 1354هـ
- (8) المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد أ.د. علي محي الدين القرة داغي دار البشائر ص 23.
- (9) الموافقات للشاطبي (332/2) ط دار المعرفة
- (10) الاشياء والنظائر جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت 911هـ ص 327- ط عيسى البابي الحلبي القاهرة
- (11) المنثور في القواعد ج 3 ص 222 ط أوقاف الكويت 1402هـ.
- (12) المقنع ومعه الشرح الكبير والإنصاف تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي ج 11 ص 23 ط السعودية
- (13) الدر المختار: بن عابدين ج 5 ص 167، طبعة بولاق سنة 1272هـ. تكملة حاشية رد المحتار ابن عابدين علاء الدين ج 1 ص 4. رد المحتار على الدر المختار باب البيع الفاسد ج 19 ص 210 وكتاب الأشربة 27 ص 192.
- (14) المدخل الفقهي العام: الشيخ مصطفى الزرقاء، ط السادسة ج 3 ص 115 دمشق 2004م.
- (15) المقدمة في المال والاقتصاد، د. علي القرة داغي ص 25.

- (16) الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي قطب سانو ص 23-24
- (17) عمل اقتصادي: مالي وليس أي عمل، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي قطب سانو ص 23-24
- (18) الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي قطب سانو ص 23-24
- (19) تقريب الوصول إلى علم الأصول في جزئي الغرناطي تحقيق محمد الشنقيطي (جدة مكتبة العلم) ط1 1414هـ/ص213.
- (20) الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي: قطب سانو ص 31
- (21) الإدارة المؤسسية في المؤسسات المالية الإسلامية: محم عمر شايرا. ورقة مناسبات 6، البنك الاسلامي للتنمية 1427هـ - 2006م
- (22) الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي قطب سانو ص 30-32
- 23 لسان العرب لابن منظور: مادة (ع ق د)
- 24 الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، 1977م ص 173، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة ط16، 2002م، ص 239.
- (25) غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشباه والنظائر لابن نجيم شرحه السيد احمد بن محمد الحموي ج 1 ص 51 ط دار الكتب العلمية. شرح القواعد الفقهية: الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ت 1357هـ-1938م
- مراجعة - عبدالستار أبو غدة ص 33 ط2 دار القلم 1989م
- (26) لسان العرب مادة أصل (16/11) القاموس المحيط (481/3) تاج العروس مادة أصل (18/14)
- (27) القواعد الاصولية عند القاضي عبدالوهاب البغدادي من خلال كتابه الاشراف على مسائل الخلاف د محمد بن المدني الشنتوف ص43 ط 1 1424هـ 2003م دار البحوث للدراسات الاسلامية و احياء التراث
- (28) لسان العرب لابن منظور مادة قعد. ص 3689 ط دار المعارف بمصر، المصباح المنير للفيومي: مادة قعد ج2 ص786
- (29) لسان العرب مادة " قعد " ج 3 ص 361 والمصباح المنير مادة " ق ع د " ج 2 ص 74، والجامع لأحكام القرآن 12 / 309 ط دار الكاتب العربي
- (30) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 12 / 309 ط دار الكاتب العربي
- (31) التعريفات الشريف الجرجاني باب القاف ص 171 ط بيروت، دار الكتب العلمية 1403هـ 1983م
- (32) التلويح على التوضيح التفتازاني ج1 ص20 ط محمد علي صبيح القاهرة.
- (33) شرح القواعد الفقهية: الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ص 33
- (34) القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية عمر كامل ص 29
- (35) رواء البخاري في الجامع الصحيح برقم (1) و (54) و (2529) ج1 ص 3، ومسلم (1907) ج7 ص 61 برقم 155
- (36) الموسوعة الفقهية الكويتية ج32 ص 276
- (37) الفروق للقرافي 2 ص109 دار المعرفة بيروت.

- (38) القواعد الفقهية الكبرى عمر كامل 29-30
- (39) غمز عيون البصائر - الحموي ج1 ص37
- (40) الفروق للقرافي ج 1 ص3 والمنثور - الزركشي ج 1 ص 65-66 والأشباه والنظائر - السبكي 1 ص4
- (41) القواعد عمر كامل ص 37-38.
- (42) القواعد الشرعية العامة للمعاملات المالية: أحمد يوسف سليمان، بحث بمجلة الصراط ص 34 العدد 11 السنة 2005
- (43) لسان العرب مادة أصل (16/11) القاموس المحيط (481/3) تاج العروس مادة أصل (18/14)
- (44) التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة أبي اسلام مصطفى بن محمد بن سلامة مكتبة الحرمين للعلوم النافعة ص 13
- (45) القواعد الشرعية العامة للمعاملات المالية: أحمد يوسف سليمان، بحث بمجلة الصراط ص 37 و 38 العدد 11 السنة 2005
- (46) الفتاوى ج29 ص226
- (47) الاستثمار الإسلامي وطرق تمويله د. حسين حامد ص 6.
- (48) اعلام الموقعين ج2 ص 5-6
- (49) موسوعة القواعد الفقهية للشيخ الندوي 1 ص233 هامش 1
- 50 القواعد الشرعية العامة للمعاملات المالية د. أحمد يوسف سليمان مجلة الصراط مجلة كلية العلوم الاسلامية ص 38.
- (51) رواه أبو داود وغيره.
- (52) المعاملات المالية وهبة الزحيلي ص 47
- (53) الاستثمار الاسلامي وطرق تمويله ص 13
- (54) المعاملات المالية الزحيلي ص 48
- (55) رواه البخاري: صحيح البخاري، كتب البيوع باب بيع الفضة رقم الحديث 29967 ج2 ص 761 ومسلم في صحيحه برقم 1587 ج3 ص 1210 ويراجع في شرحه نيل الاوطار للشوكاني ج 5 ص 297
- (56) الاستثمار الإسلامي وطرق تمويله ص14
- 57 نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية دراسة مقارنة د. عيسى ضيف الله المنصور ص71. ط1 دار النفائس الاردن 2007م 1427 هـ.
- (58) نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية دراسة مقارنة د. عيسى ضيف الله المنصور ص71.
- (59) الموسوعة الاقتصادية د. البراوي راشد ص 267 ط 2 مكتبة النهضة المصرية 1987 م القاهرة.
- (60) ومن ايدوا الفوائد التي تصدرها صناديق التوفير وبالتالي البنوك فقالوا انها غير الربا الذي حرمه الاسلام وانه يجب ان ينظر اليها نظرة تلائم العصر: الامام محمد عبده والشيخ محمود شلتوت والشيخ عبدالوهاب خلاف نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية دراسة مقارنة د. عيسى ضيف الله المنصور

ص71. موسوعة العقود المدنية والتجارية (تنفيذ العقود) ناصيف الياس ج4 ص181-182 ط 11989م بيروت لبنان.

(61) بدائع الصنائع ج 7 ص 174، والأشباه لابن نجيم ج 2 ص 209 والأشباه للسيوطي ص 329

(62) أخرجه البخاري ج 3 ص 117 ط محمد علي صبيح، ومسلم ج 3 ص 1197 تحقيق محمد عبد الباقي.

(63) البدائع ج 7 ص 150، 395، 396، والمغني ج 4 ص 352 المعاملات المالية، الزحيلي ص 185-186

(64) الاستثمار الإسلامي وطرق تمويله د. حسين حامد من 8-12

(65) المرجع السابق ص 7.

(66) القواعد الشرعية العامة للمعاملات المالية د. أحمد يوسف سليمان ص 39 مجلة الصراط

(67) رواء مسلم في كتاب البيوع، بيع الحصة: أن يلقي المشتري حصة على ما يريد شراءه فإذا وقعت تم

العقد وربما يكون غير صالح

(68) القواعد الشرعية العامة للمعاملات المالية د أحمد يوسف سليمان مجلة الصراط ص 39

(69) الاستثمار الإسلامي وطرق تمويله ص 9

70 هناك قاعدة موضحة لهما ومقيدة لاطلاقهما وهي قاعدة: (النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة) المادة /

88: هذه القاعدة ترادف القاعدتين السابقتين معاً، فالجملة الأولى من القاعدة وهي: النعمة بقدر النعمة،

ترادف قاعدة الخراج بالضمان، والجملة الثانية من القاعدة وهي: النعمة بقدر النعمة، ترادف الغرم

بالغرم. وهذه القاعدة وإن كانت ترادف القاعدتين السابقتين إلا أنها لم تذكر عبثاً، بل ذكرت من أجل

تقييدهما، حيث إن القاعدة الأولى لم تحدد الخراج على قدر الضمان، بل جاءت على صورة يمكن فيها

تفاوت الخراج مع الضمان، فجاء الشرط الأول من هذه القاعدة فقيدهم أن الخراج (على قدر الضمان تماماً،

وهكذا الشرط الثاني). المدخل الفقهي 1035/2

(71) الجامع الصحيح للترمذي ج 3 ص 581-582 وقال أبو عيسى: هذا الحديث حسن صحيح.

72 تعليق الذهبي في التلخيص: صحيح رواه ابن ماجه بهذا اللفظ ج3 ص753 ينظر: جامع الأصول في

أحاديث الرسول مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606هـ) ج

1 ص 597 تحقيق عبد القادر الأرناؤوط مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان الطبعة:

الأولى [1، 2]: 1389 هـ، 1969 م

(73) سنن ابن ماجه محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ج 2 ص 737 تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار الفكر

- بيروت

(74) صححه ابن حبان والحاكم وللنسائي من طريق عطاء الخراساني عن عبد الله بن عمرو ونحوه بزيادة

الدرية في تخريج أحاديث الهداية أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني

(المتوفى: 852هـ) ج 2 ص 151 المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني دار المعرفة - بيروت.

(75) سنن الدارقطني 75/3 بلفظ: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ماليس عندك، ولا ربح

مالم تضمن"

(76) الاستثمار الاسلامي وطرق تمويله ص 27

- (77) المدخل الفقهي 1035/2، المادة 87 شرح المجلة لرستم، 58/1
- (78) لسان العرب والمصباح المنير؛ مادة ملك.
- (79) المفردات للراغب الاصفهاني ص 471
- (80) المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد على محمد القره داغي دار البشائر الاسلامية ط 1 1427هـ - 2006م بيروت لبنان.
- (81) الفروق للامام القرافي ج4 ص306 ط. دار الفكر العربي.
- (82) المقدمة في الاقتصاد للقره داغي ص 167
- (83) المدخل مصطفى الزرقاء 1/333-334 ط دمشق 2004.
- (84) المقدمة داغي بتصرف مع المراجع السابقة
- (85) ملك الرقبة والمنفعة. ملك الرقبة فقط. ملك المنفعة فقط. ملك الانتفاع. وملك الحقوق (المعنوية)، وأهم ما فيها تقسيمها بحسب محلها وهي بذلك تنقسم الى خمسة أقسام هي المقدمة داغي ص 169-189 حول الركاز واحياء الموات.
- (86) القواعد الفقهية عمر كامل ص 178
- (87) الاختيارات الفقهية بن تيمية أبو الحسن علاء الدين المعلي ص 112
- (88) القواعد الشرعية العامة للمعاملات المالية د أحمد يوسف سليمان؛ مجلة الصراط ص 46-47
- (89) الاستثمار وطرق تمويله ص 31
- (90) مجموع الفتاوى 30 ص 256 و 275
- (91) القواعد الشرعية العامة للمعاملات المالية المجلة ص 45
- (92) مجموع الفتاوى 20 ص 342 و 544. الاختيارات الفقهية ص 112
- (93) القواعد الشرعية العامة للمعاملات المالية المجلة ص 47 مجلة الصراط
- (94) القواعد الفقهية عمر كامل ص 178
- (95) نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي د. أحمد الريسوني ص 302
- (96) الاستثمار وطرق تمويله ص 33
- (97) المعاملات والمقاصد إعداد د. عبد الله بن بية بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجلس - باريس جمادى الثانية/ رجب 1429 هـ / يوليو 2008 م
- (98) المستصفى لابن حاد الغزالي ج1 ص 416
- (99) نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي د. أحمد الريسوني ص 136-140 دار الكلمة ط 1 1418هـ / 1997م مصر
- (100) الموافقات ج1 ص 10-12
- (101) وفي عصرنا هذا تزداد الحاجة إلى ملاحظة هذه الأمور والتفريق بين الأصل وفروعه حتى لا يؤدي تعقد الحياة إلى تعطل المعاملات وبالتالي تلحق ضرورة شاملة وعامة بالمسلمين أو تعرض أموالهم

- للهلاك في تعاملاتهم مع الكافرين، ينظر: القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية: عمر عبدالله كامل 14-15
- (102) البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق د. عبدالله الطيار ص 171 دار الوطن ط2 1414هـ
- (103) الموافقات للشاطبي ج1 ص 30 تحقيق الشيخ عبدالله دراز، دار المعرفة.
- (104) التمويل الإسلامي المعاصر بين شكلية العقود ومقاصد الشريعة عبد العظيم أبوزيد بدون ط
- (105) انظر تفسير القرآن العظيم، ابن كثير (دار الفكر، بيروت، 1405هـ)، 1/585.
- (106) نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي د. أحمد الريسوني ص 64-65 دار الكلمة ط 1 1418هـ/ 1997م
- مصر
- (107) الاستثمار وطرق تمويله ص 34
- (108) قواعد الأحكام- العز بن عبدالسلام - 138/3
- (109) الموافقات 1/189
- (110) المغنى- ابن قدامة- ج 4 ص 6
- (111) الاستثمار وطرق تمويله ص 35
- (112) الذرائع الربوية في الفقه الإسلامي بيع العينة والتورق نموذجاً د. سعاد سطحي مجلة الصراط السنة السادسة العدد 12 ص 178
- (113) التمويل الإسلامي المعاصر بين شكلية العقود ومقاصد الشريعة عبد العظيم أبوزيد بدون ط
- (114) الجنيب هو الجيد من التمر.
- (115) الجمع هو الرديء من التمر لجمعه من أنواع متفرقة.
- (116) حديث صحيح متفق عليه: أخرجه البخاري في الصحيح واللفظ له: 2/767. كتاب البيوع، باب إذا أراد تمر بتمر خير منه حديث رقم (2089)؛ ومسلم في صحيحه: 3/1215، كتاب المساقاة 22، باب بيع الطعام مثلاً بمثل 18، رقم 1593.