

البنك

في المعاملات المصرفية المعاصرة

إعداد

الدكتور عبد الشبن محمد بن حسن التحيدي

المجلد الأول

دار طيبة للنشر والتوزيع



* * *

أصل هذا الكتاب رسالة علمية تقدّم
بها المؤلف لنيل درجة العالمية العالية
«الدكتوراه»، من قسم الفقه بكلية
الشريعة في الجامعة الإسلامية، في المدينة
النبوية، وقد أجيّزت «بمرتبة الشرف
الأولى».

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستعديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾^(١).

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(٢).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾^(٣).

أما بعد : فإن هذا الكتاب أصله رسالة تقدمت بها لنيل درجة العالمية

(١) سورة آل عمران ، الآية (١٠٢) .

(٢) سورة النساء ، الآية (١) .

(٣) سورة الأحزاب ، الآيتان (٧٠-٧١) .

العالية «الدكتوراه» في كلية الشريعة، في الجامعة الإسلامية، في المدينة النبوية.

وقد نلت بها درجة «الدكتوراة» بمرتبة الشرف الأولى، فله الفضل، والمن، وله الحمد، والشكر.

هذا وإني رأيت إخراجها في كتاب لتعم بها الفائدة، فإله أسأل أن ينفع بها، ويجعلها خالصة لوجهه الكريم.

وقد رأيت إبقاءها، وإخراجها على ما هي عليه، دون تغيير، أو تحوير، فإنها جهد علمي بذلت فيه سنين طويلة، وإن ما يمكن أن يبدي على شيء من منهجها، أو مضمونها، من ملاحظة، فإنه يقابل برأي آخر لا يعدم أن يكون مسوغاً، أو وجهة نظر محترمة في أقل درجاته، وكل يؤخذ من قوله، ويترك خلا من اختصه الله تعالى بالعصمة.

* * *

وكتبه:

د. عبد الله بن محمد بن حسن السعيد

جامعة الملك سعود - قسم الدراسات الإسلامية

عنوان المراسلة

الرياض: ١١٣٣٣ ص.ب: ٤٤٥

وصف ملخص للرسالة :

وهذه الرسالة تتكون من شقين :

أحدهما الربا، وثانيهما معاملاته التي تروّجها المصارف من خلالها .
أما الشق الأول : فمقصوده تجلية ما يثار حول ربا القروض -
الذي هو أساس العمل المصرفي - من شكوك، وتأويلات،
وشبهات، بقصد إخراجها من إطار الربا، أو تبريره على الأقل - إن
لم تفلح الأولى فلتفّح الثانية - وبيان الربا على هذا النحو لازم
دراسة الأعمال المصرفية المعاصرة على وجه بيان علاقتها بالربا، وهو
أمر يتوقف عليه الشق الثاني من هذه الدراسة ؛ فإن ربا القرض هو
أساس عمل المصارف، وهو ما تسميه بـ«الائتمان»^(١) .

وقد نجحت في ترويجه، وبثه في الأمة من خلال أدواته المتعددة التي
هي موضوع الشق الثاني .

وأما الشق الثاني : فمقصوده بيان المعاملات المصرفية - موضوع
الدراسة - التي ابتكرتها المصارف ، وجعلتها وسيلة لنشر الربا الذي تقوم
عليه^(٢) .

(١) وفي بيان أن الائتمان أساس العمل المصرفي يقول : محمد حسني عباس
(الائتمان هو الوظيفة الرئيسية للبنوك) ؛ عمليات البنوك، محمد حسني
عباس، ص ١١٥ . ويقول فؤاد مرسي : (وظيفة النظام المصرفي في الاقتصاد
القومي هي أن يوفر الائتمان) ؛ النقود ، فؤاد مرسي، ص ١٣٣ .

(٢) في بيان الأدوات التي يبث من خلالها الائتمان يقول علي جمال الدين =

وإذ كان هذا الشأن فإن الأساليب، والوسائل التي راج من خلالها الربا اليوم، والتي تفتنت المصارف في تطويرها، وتنويعها - وهي الأعمال المصرفية موضوع الدراسة - لايسلم تخريجها على الربا إلا من خلال مناقشات مستفيضة في الربا ترد دعاوى المبطلين وتدحض شبهات المشككين، فكان من المناسب حيثئذ التمهيد لذلك ببيان تلك الدعاوى، والشبهات، وتفنيدها بباب تمهيدي يضم شتاتها، ويجمع متفرقها، يمكن بعد ذلك التعويل عليه، والإحالة إليه، فذلك خير من تفريقه في مسائل متناثرة في ثنايا البحث.

وهذان الشقان استتبع بيانهما بابين آخرين :

أحدهما : لبيان كيفية التصرف في المال الحرام، ومناسبته ظاهرة؛

= عوض : (من الصعب أن نضع تعريفاً جامعاً لدور البنك في خلق وتقديم الائتمان لعملائه لأن صور تدخل البنك في هذا الميدان متعددة . . . ولذلك تتحصل عمليات الائتمان في أن يقدم البنك للعميل، أو لشخص يحدده العميل فوراً أو في أجل معين أدوات للوفاء : أي نقوداً أو أدوات أخرى يستخدمها العميل في وفاء ديونه، وقد لايقدم البنك هذه النقود أو الأدوات فعلاً، بل يكتفي أن يتعهد بتقديمها). عمليات البنوك من الوجهة القانونية، علي جمال الدين عوض، ص ٤٢٣.

ويقول محمد حسني عباس : (وتتلور عمليات الائتمان في عدة صور فقد يقرض البنك النقود مباشرة إلى العميل، وقد يقتصر الأمر على عملية وعد من جانب البنك بأن يقرض العميل، وقد يباشر البنك عمليات الائتمان بمجرد الالتزام بالضمان)؛ عمليات البنوك، محمد حسني عباس، ص ١١٥.

فإن الربا من كبائر الحرام ، ومادمت في البايين السابقين بينت حرمة ، ومنع معاملاته التي يروج من خلالها ، فإن من لازم ذلك أن أبين حكم ما يترتب على التحريم ، وهو طريق تخلص المكلف من المال الحرام .

وثانيهما : لبيان مؤسسات العمل المصرفي التجاري منها ، والإسلامي .

أما بيان المؤسسات التجارية ، فلأنها مصدر ما تقدم في البحث منعه من الربا ومعاملاته ، وهذه مناسبة بيانها .

وأما المؤسسات الإسلامية ، فلأنها البديل الذي ينبغي أن توجه الأنظار إليه ، وهذا يستدعي بيانها أيضاً .

وتقديم هذين البابين على الآخر في محل الاجتهاد ، فلقائل أن يقول : مادمت بينت الربا ، ومعاملاته ، فلتعقبه ببيان مؤسساته . ولقائل أن يقول : مادمت بينت منع الربا ، ومعاملاته ، فلتعقب هذا المنع ببيان طريق الخلاص منه ، فإن ذلك حكم شرعي لا ينبغي تأخير عن وقته ، ووقت الحاجة إليه يكون بعد العلم بالمنع الذي انتهت إليه . وهذا يرجح تقديم بيان كيفية التصرف في المال الحرام على بيان المؤسسات المصرفية وهو ما ملت إليه .

غرض الرسالة :

وهذه الرسالة لها غرض يتعلق بمنهجها دراسة ، وفكراً .

أما ما يتعلق بمنهجها دراسة ، فالغرض أن تكون هذه الدراسة مستمدة من أصول الفقه ، مبتناة على قواعده ، إذ ذاك ما تفتقر إليه كثير من دراساتنا .

وأما ما يتعلق بمنهجها فكراً ، فالغرض أن تكون هذه الدراسة مستنيرة بمقاصد الشارع الحكيم ، محتذية نهج السلف الصالح ، إذ ذاك أزمة كثير من مفكرينا .

هذا ما أردت أن أقيم هذه الرسالة عليه ، ولا أدعي لنفسني الوصول إليه .

منهج الرسالة :

وأما المنهج الذي سرت عليه في هذه الرسالة فبيانه :

١- أني أئين المعاملة - موضوع الدراسة - كما يجري عليه العمل بها لدى المصارف ، وهو ما أسميه في هذه الرسالة بالجانب المصرفي . وغرضه بيان المعاملة ليتمكن بعد ذلك الحكم عليها - إذ حكمك على الشيء فرع عن تصوره .

وفي سبيل بيان هذا الجانب أورد بعض المواد ، والنصوص القانونية والغرض من ذلك بيان ما تستند إليه المعاملة من أساس ، ولا يتضمن رضاي بالقانون مرجعاً ، كما لا يتضمن إقراراً ما فيه من مخالفات . وقد اعتمدت القانونين المصري والسعودي - ولا فرق - إذ أكثر قوانين البلاد العربية متأثرة بالقانون المصري ، فإن واضع أصولها هو عبد الرزاق

السنهوري - كما حكاه عنه تلميذه صالح الحصين^(١) .

٢- أعقب الجانب المصرفي بجانب شرعي ، غرضه دراسة المعاملة وما تتضمنه من مسائل من ناحية شرعية وهو ما أسميه بهذه الرسالة بالجانب الشرعي .

٣- اعتمدت في هذه الدراسة المذاهب الفقهية الأربعة ، ولم أكتف بمجرد العزو إليها في الهامش ، بل أنقل من كتب المذاهب المعتمدة ما يؤيد نسبة ما عزوته إليها وذلك لأسباب :

أولها : أن بعض الباحثين يعزو قولاً معيناً لمذهب من المذاهب مكتفياً بالإشارة إلى مرجع هذا العزو بالهامش ، وعند الرجوع إلى المرجع المعزو إليه يتبين عدم دقة الباحث في هذا العزو .

وثانيها : أن بعض الباحثين يستخلص أمراً معيناً ، ويعزو ما استخلصه إلى مرجع معين ، وعند الرجوع إلى ذلك المرجع يتبين أن ما جاء فيه لا يفيد ما استخلصه الباحث منه .

وثالثها : أن النقل عن كتب المذاهب المعتمدة يريح القارئ من الرجوع إلى مظان العزو في بطون الكتب التي قد لا تكون في متناوله وقد يصعب عليه الرجوع إليها في كل حين إن كانت في متناوله .

٤- أولي المسائل الأصولية ، والقواعد الفقهية عناية خاصة من جهة

(١) مجلة البحوث الإسلامية ، عدد ٣١ ، ص ١٢٥ .

تحقيقها وبناء المسائل عليها، فذاك غرض من أغراض هذه الرسالة.

٥- أحاول البعد عن الشبهات، والاستئثار بمقاصد الشارع الحكيم ومنهج السلف الصالح فيما اشتبه أمره من المسائل، على نحو لا يفضي إلى التضيق - كما يدعي المتساهلون - وذلك غرض من أغراض هذه الرسالة - .

٦- في تخريج العقود والحكم عليها أحاول - غالباً - أن أحصر الأقوال فيها، ثم أقوم بمناقشتها، ثم أبين رأيي في الموضوع، إما بترجيح ما أرى رجحانه، أو بيان ما أراه فيها من رأي.

على أنني في محاولة الترجيح والتخريج أرد العقد إلى حقيقته، وأجرده مما سوى ذلك مما ليس له أثر في التخريج من أجل كشف ماهيته، وتيسير الوصول إلى تخريجه.

٧- في تخريج الأحاديث أكتفي بالصحيحين، أو أحدهما، ومالم يرد فيهما من الأحاديث أعزوه إلى كتب السنن المعتبرة، مع محاولة نقل بعض أقوال العلماء في الحكم عليه.

٨- أضع ملاحق تتضمن نماذج وبيانات لموضوع البحث عند الحاجة، وقد رقمتها برقمين : أحدهما : في أعلى الصفحة، وهو متسلسل مع سائر صفحات الرسالة .

وثانيهما : في أسفل الصفحة، وهو خاص بكل ملحق وهو المعتبر في الإحالة .

مصطلحات الرسالة :

وأبرز ما يتردد في هذه الرسالة من مصطلحات ما يلي :

الجانب المصرفي : ومقصوده بيان المعاملة - موضوع الدراسة - كما يجري به التعامل في المصارف ، والأنظمة .

الجانب الشرعي : ومقصوده بيان أحكام المعاملة ، وما يتصل بها من ناحية شرعية .

العميل : ويقصد به طرف المعاملة الثاني ، إذ طرفها الأول المصرف : والطرفان يربطهما عقد .

المستفيد : ويقصد به الطرف الثالث - غير المصرف ، والعميل - الذي يتعدى إليه أثر المعاملة ، ولا يلزم أن يكون طرفاً فيها ، مثال ذلك : بطاقة الائتمان «فيزا» طرفها العميل ، والمصرف ، ثم إن العميل (حامل البطاقة) إذا استخدم البطاقة في الشراء امتد أثرها إلى الطرف الثالث (البائع ويسمى التاجر) إذ يكون له حق مطالبة العميل (حامل البطاقة) والمصرف (مصدرها) بالقيمة ، ومن ثم يسمى هذا الطرف الثالث مستفيداً .

الائتمان : (هو عقد يتعهد به البنك بأن يضع تحت تصرف عميله بطريق مباشر ، أو غير مباشر أداة من أدوات الائتمان ، وذلك في حدود مبلغ معين ، ولمدة محدودة ، أو غير محدودة . وينقسم الائتمان إلى نوعين رئيسيين هما :

النوع الأول : اعتماد يقدمه البنك لعميله ، أو لشخص آخر على شكل مبلغ نقدي .

النوع الثاني : اعتماد يأخذ شكل تدخل البنك لدى الغير يزمع العميل التعاقد معه ، فيستفيد هذا الأخير من تدخل البنك بأن يحصل على ثقة الطرف الآخر فيه ، فيمنحه الأجل الذي ينشده أو يرضى بالتعاقد معه^(١) .

خطة الرسالة :

المقدمة

☆ الباب التمهيدي : الاتجاهات الحديثة في تحليل الربا .

المقدمة

□ الفصل الأول : بيان المسلك الأول ومناقشته .

- المبحث الأول : بيان مذهب محمد رشيد رضا .
- المبحث الثاني : مناقشة مذهب محمد رشيد رضا .
- المبحث الثالث : بيان أدلته ، وشواهد ، ومناقشتها .
- المبحث الرابع : دفاع عن ابن عباس رضي الله عنهما .
- المبحث الخامس : دفاع عن ابن القيم .

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية والقانونية ، حسن النجفي ، ص ٣٤ . وانظر

النقود والبنوك ، فؤاد مرسي ، ص ١٣٤ .

□ الفصل الثاني : بيان المسلك الثاني ، ومناقشته .

- المبحث الأول : بيان مذهب رسالة الاستفتاء الهندية ، ومستنده .

- المبحث الثاني : مناقشة مذهب رسالة الاستفتاء الهندية .

□ الفصل الثالث : الاتجاه الثاني في تحليل الربا (الشبهات) .

- المبحث الأول : المصلحة المرسلة ، والاحتكام إليها .

- المبحث الثاني : قاعدة الضرورة ، والاحتكام إليها .

- المبحث الثالث : قاعدة الحاجة ، والاحتكام إليها .

- المبحث الرابع : بيان التعليل بالحكمة ، والاحتكام إليه .

☆ الباب الأول : معاملات الائتمان المصرفية :

مقدمة :

□ الفصل الأول : بطاقة الائتمان :

- المبحث الأول : الجانب المصرفي .

المطلب الأول : تاريخها .

المطلب الثاني : تعريفها .

المطلب الثالث : شروطها .

المطلب الرابع : انعقادها .

المطلب الخامس : أقسامها .

المطلب السادس : إجراءات التعامل بها .

المطلب السابع : فوائدها لأطرافها .

المطلب الثامن : الغرض منها .

المطلب التاسع : آثارها .

المطلب العاشر : انتهاءها .

- المبحث الثاني : الجانب الفقهي :

المطلب الأول : تخريج بطاقة الائتمان .

المطلب الثاني : تخريج غطاء بطاقة الائتمان .

المطلب الثالث : تخريج العمولة المأخوذة من التاجر في بطاقة الائتمان .

المطلب الرابع : تخريج السحب النقدي عن طريق بطاقة الائتمان .

المطلب الخامس : تخريج أداء المصرف عن العميل ،
والنظر فيما يأخذه من زيادة بمقابلته .

المطلب السادس : النظر في الرسوم .

المطلب السابع : النظر في المصارفة بين البنك والعميل .

المطلب الثامن : نظام نقاط البيع .

المطلب التاسع : مأخذ على بطاقة الائتمان .

□ الفصل الثاني : فتح الاعتماد البسيط .

- المبحث الأول : الجانب المصرفي .

المطلب الأول : تعريفه .

المطلب الثاني : انعقاده .

المطلب الثالث : أقسامه .

المطلب الرابع : شروطه .

المطلب الخامس : الفرق بينه وبين القرض .

المطلب السادس : آثاره

المطلب السابع : انتهاءه .

- المبحث الثاني : الجانب الشرعي :

المطلب الأول تخريج عقد فتح الاعتماد البسيط .

المطلب الثاني : حكم لزوم عقد فتح الاعتماد البسيط .

المطلب الثالث : حكم ما يأخذه المصرف من عائد بمقابلة

فتح الاعتماد البسيط .

□ الفصل الثالث : الاعتماد المستندي :

القسم الأول : الجانب المصرفي :

- المبحث الأول : تعريف الاعتماد المستندي ، وبيان حقيقته .

- المبحث الثاني : انعقاده

- المبحث الثالث : أقسامه .

- المبحث الرابع : خصائصه .

- المبحث الخامس : أهدافه وفوائده .

- المبحث السادس : آثاره .

- المبحث السابع : انتهاءه .

القسم الثاني : الجانب الشرعي :

- المبحث الأول : تخريج الاعتماد المستندي ، وما يتعلق به .

المطلب الأول : تخريج الاعتماد المستندي .

المطلب الثاني : تخريج ما يتعلق بالاعتماد المستندي .

- المبحث الثاني : النظر في عائد البنك من الاعتماد المستندي .

المطلب الأول : النظر في حكم الأجر على الاعتماد

المستندي

المطلب الثاني : النظر في انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد
المستندي .

- المبحث الثالث : النظر في موضوع الاعتماد المستندي
- المبحث الرابع : النظر في مسائل تصاحب الاعتماد
المستندي .

- المطلب الأول : حكم بيع البضاعة بموجب مستنداتها .
- المطلب الثاني : حكم بيع ما لا يملك .
- المطلب الثالث : حكم بيع العين الغائبة .
- المطلب الرابع : حكم بيع المرتهن الرهن .
- المطلب الخامس : حكم التأمين .
- المطلب السادس : حكم الاعتماد المستندي .

□ الفصل الرابع : الكمبيالة :

القسم الأول : الجانب المصرفي :

- المبحث الأول : تعريفها، وبيان أهميتها .
- المبحث الثاني : مجالات استخدامها .
- المطلب الأول : التظهير .
- المطلب الثاني : الخصم .

المطلب الثالث : الاعتماد بالقبول

- المبحث الثالث : ضمانات الوفاء بالكمبيالة :

المطلب الأول : مقابل الوفاء .

المطلب الثاني : القبول .

المطلب الثالث : التضامن الصرفي بين الموقعين عليها .

المطلب الرابع : الضمان الاحتياطي .

القسم الثاني : الجانب المصرفي :

- المبحث الأول : تخريج الكمبيالة وتظهيرها الناقل

للملكية، وبيان أثره

- المبحث الثاني : تخريج التظهير التأميني .

- المبحث الثالث : تخريج التظهير التوكيلي .

- المبحث الرابع : مسائل ذات صلة بالتظهير

- المبحث الخامس : تخريج الخصم، ومناقشته .

- المبحث السادس : تخريج الاعتماد بالقبول، ومناقشته

- المبحث السابع : النظر في عائد البنك من الكمبيالة .

☆ الباب الثاني : مسائل ذات صلة بالربا :

مقدمة .

□ الفصل الأول : التصرف بالمال الحرام .

- المبحث الأول : المال المأخوذ بعقد فاسد .

المطلب الأول : في بيان الباطل والفاسد .

المطلب الثاني : أثر التفريق بين الباطل والفاسد عند الحنفية في البيع .

المطلب الثالث : أثر التفريق بين الباطل والفاسد عند الحنفية في الإجارة

المطلب الرابع : حكم الباطل المقطوع بطلانه .

المطلب الخامس : حكم الباطل غير المقطوع بطلانه .

- المبحث الثاني : المأخوذ بلا عقد ولو باطلاً ، وبلا عوض ولو محرماً .

المطلب الأول : حكم المغصوب

المطلب الثاني : حكم المسروق .

□ الفصل الثاني : العمل في البنوك الربوية :

- المبحث الأول : الأدلة على منعه .

- المبحث الثاني : اختلاف العلماء فيما يعد من العمل

معصية

- المبحث الثالث : حكم العمل في البنوك الربوية

□ الفصل الثالث : الإيداع في البنوك الربوية :

- المبحث الأول : القول بجواز العمل في البنوك الربوية ،
ومناقشته .

- المبحث الثاني : القول بمنع العمل في البنوك الربوية .

- المبحث الثالث : الترجيح ، والمناقشة .

☆ الباب الثالث : المؤسسات المصرفية :

□ الفصل الأول : المصارف التجارية ، ويتضمن مايلي :

التعريف بها .

قوامها ، وأعمالها .

خصائصها ، وأخلاقياتها .

آثارها .

□ الفصل الثاني : المصارف الإسلامية ، ويتضمن مايلي :

التعريف بها .

قوامها ، وأعمالها .

خصائصها .

مشكلاتها ، وعلاقتها بالربا .

المخرج من تلك المشكلات .

الخاتمة .

الملاحق .

الفهارس .

شكر وتقدير :

وختاماً أتوجه بالشكر والتقدير لمن أسهم في هذا البحث من بعيد أو قريب من مؤسسات علمية ، وعملية ، ومن مشايخ وأخص منهم أستاذي المشرف على هذه الرسالة الأستاذ الدكتور إبراهيم بن علي الصندقجي ، فلقد عهدت فيه الخلق الرفيع ، والتواضع الجرم أسأل الله أن يجزيه عني خيراً .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله محمد وآله وصحبه .

* * *

الباب التمهيدي

الاتجاهات الحديثة في تحليل الربا

المجلد الأول: بيان المسلك الأول من

الاتجاه الأول، ومناقشته.

المجلد الثاني: بيان المسلك الثاني من

الاتجاه الأول، ومناقشته.

المجلد الثالث: بيان الاتجاه الثاني

ومناقشته.

لما كان البحث موضوعه الربا في المعاملات المصرفية، اقتضى ذلك إيراد الربا بفصل مستقل يمكن من خلاله معرفة الربا وما يثار حوله من شكوك وشبهات، يمكن بعد ذلك التفريع عليه، والإحالة إليه.

ولو كان الشأن ما عرف في ربا الفضل من خلاف قديم لما وجدتني بحاجة إلى الكتابة فيه لأن كتب الفقه طافحة بذلك وفيها ما يغني، لكن الشأن أن العالم الإسلامي في العصر الحديث بعد تأثره بالغرب من جراء صلته به، بل رضوخه له ظهرت فيه دعوات إلى استباحة الربا على نحو لم يكن معهوداً، فاتجهت لهذا الهدف اتجاهات يمكن تصنيفها إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويهدف إلى استخراج القرض من إطار الربا وقد سلك في هذا السبيل مسلكين:

المسلك الأول: يحصر الربا المحرم في ربا الدين، وهو الذي تكون الزيادة فيه إنما تطرأ عند حلول الأجل، أما ما كانت الزيادة فيه مشروطة في صلب العقد ابتداءً فليس من الربا في زعم هذا المسلك، كما يزعم أيضاً أن الربا المحرم بحديث الأصناف الستة إنما هو من قبيل تحريم الوسائل فيمكن أن يباح للحاجة.

ويمثل هذا المسلك محمد رشيد رضا، وتبعه في ذلك عبد الرزاق

السنهوري، وقد كانت مناقشة محمد رشيد رضا كافية في الرد على السنهوري دون حاجة إلى إفراده بمناقشة لولا أوهام وهمها على ابن القيم رحمه الله تعالى تلاها وهم آخر ممن أراد رفع تلك الأوهام، فاقتضى المقام بيان ذلك ومن ثم أفراد السنهوري بمناقشة.

المسلك الثاني : يحصر الربا في البيع فقط، أما القرض فلا يجري فيه الربا تبعاً لهذا المسلك، ويمثل هذا المسلك رسالة الاستفتاء الهندية عن الربا، والتي بعثَ بها بعض علماء الهند إلى بعض العلماء في العالم الإسلامي، وكان ممن بعثَ بها إليه محمد رشيد رضا، وقد أجاب عليها إجابة يمثلها اتجاهه المذكور هنا في المسلك الأول، وقد ضمت رسالة الاستفتاء الهندية إلى رأي محمد رشيد رضا في كتاب اسمه الاستفتاء عن حقيقة الربا، وقد صنع البيطار له مقدمة، وخاتمة وشيئاً من التعليق، وأخرجه في كتاب أسماه الربا والمعاملات في الإسلام.

ويلتقي المسلكان في إباحة الربا في القرض (الفائدة)، وإن كانا يختلفان في الربا الثابت بالنسبة بقسميه الفضل والنسيئة، فالمسلك الأول لا يحفل به إذ يراه من قبيل تحريم الوسائل، أما المسلك الثاني فيتشدد فيه ويعده الأصل في الربا، وإن كان قد خرج على مقتضاه حينما قال بحل الربا في القرض.

الاتجاه الثاني : وهو رافد للاتجاه الأول بمسلكيه فإذا لم يفلح الاتجاه الأول باستخراج القرض من إطار الربا فإن الاتجاه الثاني يعمل

على تبرير ما جرت به المعاملة من ربا، فتارة يبرر الربا في القرض بأنه قراض «مضاربة» لا قرض، وتارة يبرره بدعوى الضرورة، وتارة يبرره بالنظر إلى الحكمة من تحريم الربا، وهكذا، والشبهات في هذا كثيرة، ويوجد من تعرض لنقدها، لذا رأيت الاختصار على أهمها مما يمكنني أن أضيف فيه .

وفيما يلي بيان لهذه الاتجاهات :

* * *

الفصل الأول

بيان المسلك الأول من الإنجاء الأول ومناقشته

١- المبحث الأول : بيان مذهب محمد رشيد
رضافي الربا.

٢- المبحث الثاني : مناقشة مذهب محمد
رشيد رضافي الربا.

٣- المبحث الثالث : بيان أدلته، وشواهد،
ومناقشتها.

٤- المبحث الرابع : دفاع عن ابن عباس.

٥- المبحث الخامس : دفاع عن ابن القيم.

المسلك الأول

بيان المسلك الأول (مذهب محمد رشيد رضا) ومناقشته

المبحث الأول : بيان مذهبه.

ذهب محمد رشيد رضا، ومن تبعه إلى أن الربا المحرم تحريم مقاصد هو ربا الجاهلية، وهو ما يؤخذ من المال لأجل تأخير الدين المستحق، أما ما عداه فيباح للحاجة والمصلحة؛ إذ تحريمه تحريم وسائل كيلا يؤدي إلى ربا الجاهلية، وإليك نقول عن محمد رشيد رضا توضيح مذهبه هذا، قال :

« وحديث النهي عن بيع النقدين، وأصول الأقوات إلا يداً بيد مثلاً بمثل ليس تفسيراً لربا القرآن، ولا حصرًا للربا في البيع، وإنما هو لسد الذريعة لارتكاب ربا القرآن، والا فهو لذاته ليس فيه من المفسدة ما يقتضي هذا الوعيد الشديد في آيات البقرة»^(١).

وقال : « هذا وإن من أصول التشريع أن الوعيد الشديد لا يكون إلا على كبائر الإثم والفواحش التي يعظم ضررها ومفاسدها، ولكن المفتي الهندي الحنفي اعتمد في فتواه قول من قال من فقهاء مذهبه وغيرهم إن

(١) الربا والمعاملات في الإسلام، محمد رشيد رضا، تقديم محمد بهجة البيطار، بيروت، دار ابن زيدون للطباعة والنشر، ط ١، ١٤٠٦ هـ، ص ٨٣.

لفظ الربا فيها مجمل بينه النبي ﷺ بنهيهِ عن بيع الأجناس الستة إلا يداً بيد مثلاً بمثل كما تقدم شرحه ، ومقتضاه أن من صرف قطعة الريال من الفضة بالأربع القطع المساوية لها في الوزن مع تأخير القبض يكون ظالماً محارباً لله ولرسوله بنص القرآن ، وملعوناً مرتكباً لإحدى كبائر الموبقات بنص الأحاديث الصحيحة الواردة في حظر الربا فهل يعقل هذا في دين الرحمة وسنة نبي الرحمة ؟

فنحن نورد ما يخالف رأيه ، والأقوال التي احتج بها ثم نلخص الموضوع في مسائل معدودة . . . (١) .

وبعد نقله عن العلماء ما يفيد أن « ال » في الربا للعهد قال :

« إن هؤلاء العلماء الأعلام قد صرحوا بأن الربا الذي حرمه الله تعالى بنص كتابه العزيز ، وتوعد أكله أشد الوعيد هو الربا الذي كان فاشياً في الجاهلية . . . وهو أخذ مال في مقابلة تأجيل دين مستحق في الذمة من قبل ، وهو المسمى ربا النسيئة ، لأن أخذ الزيادة على رأس المال إنما سببه إنساء أجل الدين المستحق أي تأخيرها لا في مقابلة منفعة ما لمعطئها ، وهو قول الخبر ابن عباس في تفسير آيات البقرة » (٢) .

وقال : « وقد علمنا أن الله تعالى لم يحرم في كتابه إلا ربا النسيئة

(١) الربا والمعاملات في الإسلام ، محمد رشيد رضا ، تقديم محمد بهجة البيطار ،

بيروت ، دار ابن زيدون للطباعة والنشر ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ ، ص ٩٤ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٢٤ .

الذي هو أخذ الزيادة في المال لأجل تأخير ما في الذمة منه، الذي من شأنه أن يتضاعف، ويكون مخرباً للبيوت، ومفسداً للعمران، ومبطلاً لفضائل التراحم والتعاون بين الناس»^(١).

وقال: «إذا تمهد هذا ظهر به أن الحق في الربا الذي نهى الله تعالى عنه في كتابه، وتوعد فاعله بما لم يتوعد على ذنب آخر أنه ربا النسيئة الذي كان معروفاً في الجاهلية، كما قال من ذكرنا عباراتهم من أعلام العلماء المستقلين، والتابعين لبعض الأئمة في النظر والاستدلال، لا مجرد التعبد بالآراء والأقوال ممن لا تعد آراؤهم وأقوالهم حجة بإجماعهم، وإجماع الأمة كلها، وإمام هؤلاء القائلين بذلك حبر الأمة، وترجمان القرآن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، ونعيد القول ونكرره بأنه هو ما يؤخذ من المال لأجل تأخير الدين المستحق في الذمة إلى أجل آخر مهما يكن أصل ذلك الدين من بيع أو قرض أو غيرهما، فلا يدخل في مفهومه ما يزداد في أصل الدين عند عقده على ما يعطى للمدين ربحاً له وإنما هو ما يعطى لأجل تأخير الدين المستحق... وبهذا تظهر حكمة العليم الحكيم في ذلك الوعيد الشديد عليه وفي تسميته ظلماً، ولا يظهر هذا في كل قرض جر نفعاً، ولا في بيع أحد الأجناس الستة بمثله متفاضلاً نقداً أو نسيئة فضلاً عن تثمير الأموال بالشركات التجارية التي

(١) الربا والمعاملات في الإسلام، محمد رشيد رضا، تقديم محمد بهجة البيطار،

بيروت، دار ابن زيدون للطباعة والنشر، ط ١، ١٤٠٦هـ، ص ١٣٢.

لا تلتزم شروط الفقهاء فيها، كما يأتي بعد، وإنما يظهر من سبب النهي عن هذه البيوع أنه سد لذريعة الربا المحرم القطعي، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية. . وكذلك يقال في النهي عن بيع التقدين، وأصول الأغذية المذكورة في حديث عبادة إلا يداً بيد مثلاً بمثل إذا اتحد الجنس، والاكتفاء بالتقايض إذا اختلف^(١).

وقد استدل لمذهبه هذا باللغة، والعقل، ونقول من أقوال العلماء وسيأتي بيان ذلك، ومناقشته بعد مناقشة مذهبه ورده أولاً.

* * *

(١) الربا والمعاملات في الإسلام، محمد رشيد رضا، تقديم محمد بهجة البيطار، بيروت، دار ابن زيدون للطباعة والنشر، ط ١، ١٤٠٦هـ، ص ١٣٧-١٣٩.

المبحث الثاني

مناقشة مذهب محمد رشيد رضا (المسلك الأول)

ويناقش مذهبه هذا من وجوه :

الوجه الأول : عدم التسليم بأن الصورة التي ذكرها : « أتقضي أم تربى » هي الصورة المعروفة في الجاهلية ، بل إن ربا الجاهلية جاء بصور متعددة بيانها :

الصورة الأولى : زيادة المال في مقابل تأجيله : « أتقضي أم تربى » ويروي هذه الصورة ابن جرير الطبري عن قتادة قال :

« إن ربا أهل الجاهلية يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى فإذا حل الأجل ولم يكن عند صاحبه قضاء زاده وأخر عنه »^(١) .

وهذه الصورة هي التي ذكرها رشيد رضا ، وأراد قصر ربا الدين عليها .

الصورة الثانية : القرض بفائدة مشروطة في أصل العقد ، وهي التي أراد رشيد رضا استخراجها من ربا الجاهلية ، وبينها أبو بكر الجصاص فيقول : « والربا الذي كانت العرب تعرفه وتفعله إنما كان قرض الدراهم

(١) جامع البيان عن تأويل القرآن ، محمد بن جرير الطبري ، تحقيق محمود

شاكر ، مصر ، دار المعارف ، ط ٢ ، ١٩٧٣ م ، ٦ / ٨٠ .

والدنانير إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض على ما يتراضون به ولم يكن تعاملهم بالربا إلا على الوجه الذي ذكرنا من قرض دراهم أو دنانير إلى أجل مع شرط الزيادة»^(١).

ويقول الفخر الرازي :

« إن ربا النسيئة هو الذي كان مشهوراً متعارفاً في الجاهلية، وذلك أنهم كانوا يدفعون المال على أن يأخذوا كل شهر قدراً معيناً ويكون رأس المال باقياً، ثم إذا حل الدين طالبوا المدين برأس المال فإن تعذر عليه الأداء زادوا في الحق والأجل، فهذا هو الربا الذي يتعاملون به»^(٢).

الوجه الثاني : وعلى التسليم جداً بأن ربا الدين في الجاهلية إنما كان معروفاً على هذه الصورة : « أتقضي أم تربي » وهي الصورة الأولى ، فإنه يجب تحريم الفائدة (ربا القرض) بالنص المحرم للصورة الأولى بجامع أن كلا منهما دين متحد الجنس ، والزيادة فيه لقاء الأجل ، ولا يفهم منه ما ذهب إليه رشيد رضا من قصر التحريم على الصورة الأولى إذ الصورة المراد استبقاؤها لا تختلف شيئاً عن الصورة المراد استخراجها ، وبيان ذلك من وجهين :

(١) أحكام القرآن، أبو بكر الجصاص، تحقيق محمد الصادق قمحاوي،

بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٢هـ، ٢/١٨٤.

(٢) مفاتيح الغيب، الفخر الرازي، بيروت، دار الكتب العلمي، ط ١، لعام

١٤١١هـ، ٧/٧٥.

أولهما : من جهة حقيقتيهما إذ حقيقتاهما متفقتان ، فالصورة الأولى المراد استبقاؤها تتكون ماهيتها من : دائن ، ومدين ، ومال متحد الجنس ، وأجل ، وربح مقابل الأجل . وهذه الماهية تتركب منها الصورة الثانية المراد استخراجها ، وعليه فإن مازاد على هذه الماهية فإنه يكون خارجها فلا يكون مؤثراً في الفرق ، وسيأتي بيانه في ثانيهما .

وثانيهما : من جهة الفرق بينهما ، إذ الفرق بين الصورتين غير مؤثر ، بيانه : أن الصورة المراد استخراجها وهي التي تشترط فيها الزيادة في أصل العقد لا تفترق عن الصورة المراد استبقاؤها إلا من جهة أن الصورة المستبقاة لا يكون الربا فيها إلا عند حلول أجل الدين فإذا حل الأجل قلب عليه الدين إن لم يف به ، وتحليل هذه الصورة يتبين أنها تتكون من مرحلتين :

المرحلة الأولى : مرحلة العقد الذي هو سبب الدين ، وقد يكون بيعاً أو غيره ، ومثاله في البيع : أن يبيع زيد عمروأ سلعة بمائة إلى أجل ، فالعقد في هذه المرحلة عقد بيع لا علاقة له بالربا .

المرحلة الثانية : مرحلة عقد الربا ، وفيها يطرأ عقد الربا عند حلول أجل الدين من خلال إيجاب الدائن بقوله لمدينه « إما أن تقضي أو تربى » فإذا قبل المدين ذلك العرض الربوي نشأ عقد الربا ، وهو عقد جديد يختلف عن العقد الأول في وقته وموضوعه ، أما اختلاف وقته فلأن عقد الربا إنما طرأ عند حلول الأجل أو بعده ، أما العقد الأول فوقت انعقاده كان قبل ذلك .

وأما اختلاف موضوعه فلأن عقد الربا الطارئ موضوعه مبادلة مال ربوي في الذمة بجنسه مع زيادة لقاء الأجل وهو سلف، جاء في الشرح الصغير قوله: «وإن جر نفعاً أي ولو قليلاً قال في المجموع ومن ذلك فرع مالك وهو أن يقول شخص لرب الدين آخر الدين وأنا أعطيك ما تحتاجه لأن التأخير سلف»^(١). وأما العقد الأول «عقد البيع» فموضوعه مبادلة بضاعة بنقد مثلاً وعلى هذا فالصورتان أعني ما شرطت الزيادة في أول العقد، وكذا ما طرأت الزيادة عند حلول الأجل نظير الزيادة في الأجل لا فرق بينهما إذ كلاهما دين والزيادة إنما هي بمقابلة الأجل لا غير، بل إن الزيادة الطارئة عند حلول الأجل إنما تكون في أصل العقد الجديد، ذلك أن الاتفاق على الزيادة في الأجل نظير الزيادة في الثمن إنما هو عقد جديد والزيادة شرطت في أوله فلا فرق، وكلاهما سلف والزيادة فيهما ربا.

قال مالك «لأن كل شيء أعطيته إلى أجل فرد إليك مثله وزيادة فهو ربا»^(٢). ومنه نستبين أن المرحلة الأولى - مرحلة العقد الأول «عقد البيع» - منفصلة عن المرحلة الثانية التي نشأ فيها عقد الربا فكان وجودها وعدمها غير مؤثر في الربا، ولما كانت هذه المرحلة - أي الأولى - هي

(١) الشرح الصغير وبذيله حاشية الصاوي، القاهرة، دار المعارف، ط عام ١٩٧٣ م، ٣/ ٢٩٥، وانظر المدونة ٤/ ١٢٨.

(٢) المدونة للإمام مالك بن أنس، مطبعة بولاق لعام ١٢٩٤ هـ، ٤/ ٢٥.

التي تفرق الصورة المراد استبقاؤها عن الصورة المراد استخراجها، وحيث تبين أنها غير مؤثرة فإن الفرق بين الصورتين غير مؤثر فلا يمنع الصورة المراد استخراجها (المشترطة الزيادة فيها في أصل العقد) من إلحاقها بالصورة المستبقة (الصورة الأولى) إذ الفرق بينهما صوري لا حقيقي كما تقدم تقريره، ومما هو معلوم أن المعاملات مما تتغير صورتها بتغير الزمان والمكان، فكان المصير في الحكم عليها إلى حقائقها فما اتحدت حقائقه وجب إلحاقه بنظيره لا فرق إذ التفريق بينهما في موضع الاتفاق من قبيل التفريق بين المتماثلات، على أن هذا الإلحاق ليس قياساً بالضرورة بل هو تحقيق للمناط، وهو عمل بالنص، وإني مورد طرفاً من قول الإمام ابن تيمية رحمه الله تعالى في تبينه شمول النصوص لأحكام أفعال العباد، وأن الاجتهاد في تطبيق أحكامها على آحاد المسائل هو من قبيل تحقيق المناط، كما يبين أن التفريق بين ما عاصر التنزيل من المسائل كالربا، والخمر، وغيره، وبين ما تلى بعد تفريق في غير موضعه، فلعل ما ذهب إليه يتأيد به إذ يقول:

(.. بل الصواب الذي عليه جمهور أئمة المسلمين أن النصوص وافية بجمهور أحكام أفعال العباد، ومنهم من يقول إنها وافية بجميع ذلك وإنما أنكر ذلك من أنكره لأنه لم يفهم معاني النصوص العامة التي هي أقوال الله ورسوله، وشمولها لأحكام أفعال العباد، وذلك أن الله بعث محمداً ﷺ بجوامع الكلم فيتكلم بالكلمة الجامعة العامة التي هي قضية

كلية وقاعدة عامة تتناول أنواعاً كثيرة، وتلك الأنواع تتناول أعياناً لا تحصى؛ فبهذا الوجه تكون النصوص محيطة بأحكام أفعال العباد، مثال ذلك أن الله حرم الخمر فظن بعض الناس أن لفظ الخمر لا يتناول إلا عصير العنب خاصة، ثم من هؤلاء من لم يحرم إلا ذلك، أو حرم معه بعض الأنبذة المسكرة... والصواب الذي عليه الأئمة الكبار: أن الخمر المذكورة في القرآن تناولت كل مسكر؛ فصار تحريم كل مسكر بالنص العام، والكلمة الجامعة لا بالقياس وحده، وإن كان القياس دليلاً آخر يوافق النص...، وعلى هذا فتحريم ما يسكر من الأشربة والأطعمة كالحشيشة المسكرة ثابت بالنص، وكان هذا النص متناولاً لشرب الأنواع المسكرة من أي مادة كانت... ومن هذا الباب لفظ الربا فإنه يتناول كل ما نهى عنه من ربا النساء، وربا الفضل، والقرض الذي يجبر منفعة، وغير ذلك فالنص متناول لهذا كله، لكن يحتاج في معرفة دخول الأنواع والأعيان في النص إلى ما يستدل به على ذلك، وهذا الذي يسمى تحقيق المناط^(١).

(١) الفتاوى، أحمد بن عبد السلام بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، القاهرة، مطابع إدارة المساحة العسكرية، ١٤٠٤هـ، ٢٨٠/١٩ وما بعدها.

وتحقيق المناط: معناه تحقيق العلة في الفرع، وهو نوعان: أولهما؛ أن تكون القاعدة الكلية متفقاً عليها، أو منصوصة ويكون الاجتهاد في تحقيقها في الفرع، ومثاله: أن التوجه إلى القبلة معلوم بالنص، أما تحديد جهة القبلة =

الوجه الثالث : أن الزيادة المشروطة في عقد الدين ، وبخاصة في النقدين أو ما قام مقامهما مما تحقق فيه وصف الثمنية - وهو الربا الذي تمارسه المصارف اليوم - هذا النوع من الربا على التسليم جداً بأن آيات الربا التي حرمت ربا الجاهلية لا تتناوله ، فإنه محرم بالسنة الصحيحة الصريحة :

(الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء)^(١) .

فهذا الحديث قيد صحة المعاملة بهذه الأصناف بقيد هما المماثلة ، والمناجزة ، وعليه فإن الذي يقرض مائة بمائة وعشرين مثلاً إلى أجل يكون قد أدخل بالقيد اللذين جاء بهما الحديث حيث لم يحقق المماثلة ولا

فيكون بالاجتهاد ، وهو تحقيق المناط ، وليس هو قياساً بل هو من قبيل تطبيق النص في أفرادهِ .

الثاني : ما عرفت علة الحكم فيه بنص ، أو إجماع ، فيحقق المجتهد وجودها في الفرع باجتهاده ، كالعلم بأن السكر مناط تحريم الخمر ، فيحقق المجتهد وجود هذا الوصف في النبيذ ، والحشيشة وغير ذلك .

انظر روضة الناظر بنزهة الخاطر ، ٢/ ٢٢٩ وما بعدها ، وانظر مذكرة الشنقيطي في أصول الفقه ، ص ٢٤٣ ، وما بعدها .

(١) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة باب الصرف ، وبيع الذهب بالورق نقداً ، ٣/ ٣٩٩ ، رقم ١٥٨٤ ، وانظر البخاري بفتح الباري ، كتاب البيوع ، باب بيع الذهب بالورق ، ٤/ ٣٧٩ ، ٣٨٣ .

المناجزة، ومن ثم يكون وقع في المحذورين ربا النسبئة المجمع على تحريمه وربا الفضل الذي خالف فيه ابن عباس رضي الله عنه في أول الأمر ثم رجع إلى القول بتحريمه فيما رواه الحاكم عن طريق حيان العدوي: «سألت أبا مجلز عن الصرف فقال: كان ابن عباس - رضي الله عنهما - لا يرى به بأساً زماناً من عمره ما كان منه عيناً بعين يداً بيد، وكان يقول: إنما الربا في النسبئة، فلقية أبو سعيد فذكر القصة والحديث وفيه التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والذهب بالذهب، والفضة بالفضة يداً بيد مثلاً بمثل فمن زاد فهو ربا فقال ابن عباس: جزاك الله يا أبا سعيد الجنة، فإنك ذكرتني أمراً كنت نسيت، أستغفر الله وأتوب إليه، فكان ينهى عنه أشد النهي»^(١).

قلت: فهذا الحديث يفيد تحريم ربا النسبئة المشروط، في أصل العقد في الأصناف الستة التي تناولها الحديث، أو ما قام مقامها مما تحققت فيه علتها، وحسبك به حديثاً قال فيه صاحب البناية:

«والأصل فيه أي في باب حكم الربا الحديث المشهور، وهو الذي

(١) المستدرك للحاكم، ٤٣/٢، وقد صححه الحاكم لكن الذهبي في تلخيصه لم يوافقه.

وقد جاء عند مسلم في صحيحه أن أبا الصهباء سأل ابن عباس عن الفضل بمكة فكرهه، انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤/١١، وانظر في معنى رواية مسلم هذه: السنن الكبرى للبيهقي، ٢٨١/٥. هذا وقد بسط السبكي في تكملته المجموع القول في ذلك، فليرجع إليه، ٣٣/١٠ وما بعدها.

تلقتة الأمة بالقبول، ولشهرته ظن بعض العلماء أنه متواتر، وليس كذلك لأنه لا يصدق عليه حد التواتر، ولكنه مشهور تجوز الزيادة به على الكتاب، وقال الجصاص: هذا الحديث يقرب من المتواتر لكثرة رواته، وهو قوله عليه السلام: (. . . الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا . . .) .

وقال الكاكي: ومداره على أربعة نفر من الصحابة عمر، وعبادة، وأبو سعيد الخدري، ومعاوية بن أبي سفيان، ولم يقل شيئاً غير ذلك، قلت: روي: أيضاً عن بلال، وأبي هريرة، ومعمار بن عبد الله، وأبي بكرة وعثمان، وهشام بن عامر والبراء، وزيد بن أرقم، وخالد بن أبي عبيد، وأبي بكرة، وابن عمر، وأبي الدرداء، فهؤلاء اثني عشر نفرًا غير الأربعة الذين ذكرهم الكاكي، فالجميع ستة عشر نفرًا من الصحابة^(١).

وعلى هذا فزعم محمد رشيد رضا أن التحريم الثابت بهذا الحديث إنما هو تحريم وسائل لامقاصد، لا دليل عليه، بل هو بخلاف الدليل، كيف لا، وابن عباس رضي الله عنهما لم يخالف في ربا النسيئة الثابت تحريمه فيه، وإنما خالف في ربا الفضل.

فإذا ضم هذا الحديث المحرم النسيئة إلى الحديث الآخر « إنما الربا في

(١) البناية على الهداية، ناصر الإسلام الرامفوري، بيروت، دار الفكر، ط ١

النسيئة»^(١) علمت أن تحريم النسيئة تحريم مقاصد لا وسائل .

الوجه الرابع : أن محمد رشيد رضا علّل تحريم ربا الجاهلية بقوله :

« لأن أحد الزيادة على رأس المال إنما سببه إنساء أجل الدين المستحق أي تأخيرها لا في مقابلة منفعة ما لمعطيها»^(٢) .

قلت : وهذا المعنى يوجد في الصورة التي أراد استخراجها وهي ما كانت الزيادة مشروطة فيها في أصل العقد ، فإذا كان هذا الوصف مؤثراً في تحريم ربا الجاهلية ، فليكن مؤثراً هاهنا ، ولا فرق .

الوجه الخامس : إذا كان محمد رشيد رضا يذهب إلى أن ربا

الجاهلية المحرم هو ربا الدين فإن القرض دين في اللغة جاء في معجم مقاييس اللغة :

« دَنْتُ ، وادَّنتُ إذا أخذت بدين ، وادَّنتُ أقرضت وأعطيت ديناً»^(٣) .

وجاء في أساس البلاغة :

(١) الحديث متفق عليه : انظر صحيح مسلم ، كتاب المساقاة باب بيع الطعام

مثلاً بمثل ، ٤٠٧/٣ ، رقم ١٥٩٦ ، وانظر : البخاري بفتح الباري ، كتاب

البيع ، باب بيع الدينار بالدينار نساء ، ٣٨١/٤ .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١٢٤ .

(٣) معجم مقاييس اللغة ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق عبد السلام

هارون ، القاهرة ، دار إحياء الكتب العربية ، ط ١ لعام ١٣٦٨ هـ ، باب الدال

والياء وما يثلثهما ، ٩٣١٩/٢ .

« دنت، وادنت، وتديننت واستدنت، واستقرضت، ودينته،
وأدنته، ودينته: أقرضته»^(١).

* * *

(١) أساس البلاغة، جار الله محمود بن عمر الزمخشري، دار الكتب والوثائق
القومية، مصر، ١/٢٩١.

المبحث الثالث

بيان أدلته وشواهده، ومناقشتها

وقد استند فيما ذهب إليه إلى دلالة اللغة والعقل، وأقوال العلماء
وفيما يلي بيان لكل ومناقشته :

المطلب الأول : بيان احتجاجة لما ذهب إليه باللغة، ومناقشته :

قال محمد رشيد رضا محتجاً باللغة لما ذهب إليه :

« ويؤيد هذا أمران، أحدهما : الأستعمال اللغوي، ووجهه : أن
هذا اللفظ كان مستعملاً عند عرب الجاهلية من المشركين، وأهل
الكتاب، وغيرهم، وذكر في بعض السور المكية، فهو ليس من الألفاظ
التي وضعت وضعاً جديداً في الشريعة فكانت مجملة ثم فسرت بعد
ذلك بالأحاديث عند الحاجة إليها في التشريع العملي، بل اللام في الربا
للعهد كما صرح به بعضهم^(١) »

المناقشة :

ويجاب بأن احتجاجة بالاستعمال اللغوي، بمعنى أن الربا ينصرف
إلى ما تعارفوا على استعمال لفظ الربا فيه من معاملة، إنما كان مفيداً
وقت تنزل آية تحريم الربا في سورة البقرة، وقبل بيان السنة إذ ينصرف

(١) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ١٢٤ .

المقصود في الآية إلى ما عهدوه، أما بعد أن جاء بيان السنة، واستعمل الربا في أنواع أخرى من المعاملة لم تكن معروفة، ولا معهودة عند العرب، فقد أصبح لفظ الربا حقيقة شرعية، وعلى هذه الحقيقة تحمل عبارات الشارع وإطلاقاته في الربا، فكما أفاد العهد حمل الربا على ما كان معهوداً دون غيره مما تناوله مطلق لفظ الربا في وضعه اللغوي، فإن الوضع الشرعي يفيد حمل الربا على ما وضع له شرعاً إذ الوضع الشرعي مقدم على الوضع اللغوي في عبارات الشارع، وفي هذا يقول الشيخ الشنقيطي رحمه الله تعالى في مذكرة أصول الفقه :

« خلاصة ما ذكره المؤلف في هذا البحث أن الأسماء منقسمة إلى الأقسام الأربعة، وأن الحقيقة الشرعية مقدمة، ولا يكون لفظها مجملاً لاحتمال قصد الحقيقة اللغوية، فلو وجد في كلام الشارع اسم "الصلاة" مثلاً وجب حمله على معناه الشرعي دون اللغوي الذي هو الدعاء، ولا يقال مجمل لاحتماله هذا، وذاك»^(١).

قلت :

وإذ كان الربا حقيقة شرعية فإن آية تحريم الربا في سورة البقرة تشمل كل صورة من صور الربا دل عليها الوضع الشرعي له، وفي هذا يقول القرطبي :

(١) مذكرة أصول الفقه، محمد الأمين الشنقيطي، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، ص ١٧٤.

« قوله " وحرم الربا " الألف واللام للعهد، وهو ما كانت العرب تفعله كما بيناه ثم تناول ما حرمه رسول الله ﷺ ونهى عنه من البيع الذي يدخله الربا، وما في معناه من البيوع المنهي عنها»^(١).

المطلب الثاني : بيان احتجاجة لما ذهب إليه بالعقل، ومناقشته :

قال محمد رشيد رضا محتجاً بالعقل لما ذهب إليه :

« هذا وإن من أصول التشريع أن الوعيد الشديد لا يكون إلا على كبائر الإثم والفواحش التي يعظم ضررها، ومفاسدها، ولكن المفتي الهندي^(٢) . الحنفى اعتمد في فتواه قول من قال من فقهاء مذهبه، وغيرهم أن لفظ الربا فيها مجمل بينه النبي ﷺ بنهيه عن بيع الأجناس الستة إلا يداً بيد مثلاً بمثل كما تقدم شرحه، ومقتضاه أن من صرف قطعة الريال من الفضة بالأربع القطع المساوية لها في الوزن مع تأخير القبض يكون ظالماً محارباً لله ورسوله بنص القرآن، وملعوناً مرتكباً لإحدى الكبائر الموبقات بنص الأحاديث الصحيحة الواردة في حظر الربا، فهل يعقل هذا في دين الرحمة، وسنة نبي الرحمة؟»^(٣).

(١) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، القاهرة، دار

الكاتب العربي للطباعة والنشر، ط ٣ لعام ١٣٨٧ هـ، ٣٥٨/٣.

(٢) يعني بذلك رسالة الاستفتاء الهندية التي وجهت إليه، والتي ستجيء

مناقشتها هاهنا في الفصل الثاني.

(٣) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ٩٤.

وقال في تأييد مذهبه :

« ويؤيد هذا أمران : أحدهما الاستعمال اللغوي . . . وثانيهما : أن الله توعد على أكل الربا بضروب من الوعيد لم تعهد في التنزيل ، ولا في السنة ، ولا يماثلها إلا في التهيب والزجر عما عظم إثمه ، وفحش ضرره من الكبائر . . . »^(١)

المناقشة :

ويناقش قوله هذا : بأنه « احتكام للعقل في غير موضعه ، واحتجاج بالرأي فيما لا مجال للرأي فيه ، فإن مما لا مجال للرأي فيه ما جاء به النص ، وإن مما جاءت به النصوص ، وعيد أكل الربا ، ولعنه ، من ذلك :

قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَخْبَطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿٢٧٥﴾ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴿٢٧٦﴾ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴿٢٧٧﴾ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تَبَتُّمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ

أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾^(١)

وقوله ﷺ فيما جاء عن جابر قال :

« لعن رسول الله ﷺ أكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه، وقال
هم سواء »^(٢)

وقوله عليه الصلاة والسلام : « اجتنبوا السبع الموبقات »^(٣)
وذكر منها الربا .

فقد أفادت هذه النصوص وعيد أكل الربا ولعنه، وهذا حد الكبيرة
عند العلماء حيث عرفت الكبيرة بأنها :

« ما لحق صاحبها عليها بخصوصها وعيد شديد بنص كتاب أو
سنة »^(٤)

« ما أوجب الحد أو توجه إليه الوعيد »^(٥)

« كل ذنب أو وعد فاعله بالنار »^(٦)

(١) سورة البقرة : الآيات : ٢٧٥-٢٧٩ .

(٢) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة ، باب لعن أكل الربا وموكله ، ٣ / ٤٠٧ ، رقم
١٥٩٨ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الإيمان ، باب الكبائر وأكبرها ، ٢ / ٨٣ .

(٤) ، (٥) ، (٦) الزواجر عن اقتراف الكبائر ، ابن حجر الهيتمي ، بيروت ، دار
المعرفة ، ١٤٠٢ هـ ، ١ / ٥ وما بعدها .

وكل ذلك حاصل في الربا مطلقاً إذا جاءت النصوص عامة في الربا، دون أن تختص بصورة من صورته .

وقد صنف ابن حجر الربا ضمن الكبائر في كتابه الزواج عن اقتراف الكبائر، ثم بين أنواعه فقال :

« وهو ثلاثة أنواع : الفضل : وهو البيع مع زيادة أحد العوضين المتفقي الجنس على الآخر، وربا اليد : وهو البيع مع تأخير قبضهما، أو قبض أحدهما عن التفريق من المجلس أو التأخير فيه بشرط اتحادهما علة، وربا النساء : وهو البيع للمطعمين أو للنقدين المتفقي الجنس أو المختلفيه لأجل ولو، لحظة، وإن استويا، وتقابضا في المجلس .

قال : وزاد المتولي نوعاً رابعاً وهو ربا القرض لكنه في الحقيقة يرجع إلى ربا الفضل لأنه الذي فيه شرط يجز نفعاً للمقرض ، فكأنه أقرضه هذا الشيء بمثله مع زيادة ذلك النفع الذي عاد إليه ^(١) .

ثم قال : وكل من هذه الأنواع الأربعة حرام بالاجماع بنص الآيات المذكورة، والأحاديث الآتية، وكل ما جاء في الربا من الوعيد شامل للأنواع الأربعة، نعم بعضها معقول المعنى، وبعضها تعبدى . . . » ^(٢) .

(١) تصنيف ربا القرض ضمن ربا الفضل فيه نظر ، فإن القرض يتضمن أجلاً تكون الزيادة بمقابلته ، وهذا يكون أدخل بربا الدين المحرم بصريح الكتاب ، فإنه مما تقرر في الذمة ، وقد عد بعض العلماء صورته ضمن صور ربا الجاهلية . انظر : ص ٢١ من هذه الرسالة ، بداية المجتهد ٢/ ٢٨ .

(٢) المرجع السابق، ١/ ٢٢١ وما بعدها .

المطلب الثالث : بيان احتجاجة لما ذهب إليه بالحكمة والتعليل،
ومناقشته :

وقد احتج محمد رشيد رضا لما ذهب إليه بالحكمة والتعليل فقال :
« وقد علمنا أن الله تعالى لم يحرم في كتابه إلا ربا النسيئة الذي هو
أخذ الزيادة في المال لأجل تأخير مافي الذمة منه الذي من شأنه أن
يتضاعف ، ويكون مخرباً للبيوت ، ومفسداً للعمران ، ومبطلاً لفضائل
التراحم والتعاون بين الناس »^(١) .

وقال : « . . . ونعيد القول ونكرره بأنه ^(٢) هو ما يؤخذ من المال
لأجل تأخير الدين المستحق في الذمة إلى أجل آخر مهما يكن أصل ذلك
الدين من بيع أو قرض أو غيرهما فلا يدخل في مفهومه ما يزداد في أصل
الدين عند عقده على ما يعطى للمدين ربحاً له ، وإنما هو ما يعطى لأجل
تأخير الدين المستحق . . . وهذا النوع هو الذي كان يتضاعف بعجز

(١) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ١٣٢ .

(٢) الهاء في قوله « بأنه » راجعة إلى الربا في قوله المتقدم ونصه :

« إذا تمهد هذا ظهر به أن الحق في الربا الذي نهى الله عنه في كتابه وتوعد فاعله
بما لم يتوعد بمثله على ذنب آخر أنه ربا النسيئة الذي كان معروفاً في الجاهلية » .
ثم بينه بقوله « ونعيد القول ونكرره . . . » المين أعلاه .

والداعي لنقل مذهبه في الربا وهو قدر زائد على التعليل أنه عند التعليل يعبر
بلفظ ربا النسيئة وربما فهم منه بخلاف مقصوده مما يلزم منه وهم فلرفعه بينت
مذهبه في ربا النسيئة .

المدين عن القضاء مرة بعد أخرى حتى يصير أضعافاً مضاعفة، ويستهلك جميع ما يملكه المدين في كثير من الأحيان، وبهذا تظهر حكمة العليم الحكيم في ذلك الوعيد الشديد عليه وتسميته ظلماً، ولا يظهر هذا في كل قرض جر نفعاً، ولا في بيع أحد الأجناس الستة بمثله متفاضلاً نقداً أو نسيئاً، فضلاً عن تثمير الأموال بالشركات التجارية التي لا تلتزم شروط الفقهاء فيها»^(١).

المناقشة :

ويناقش بمايلي :

١ - أنه لافرق بين الصورتين - أعني صورة الزيادة عند حلول الأجل لقاء الزيادة في الأجل، وصورة اشتراط الزيادة في صلب العقد قبل حلول الأجل - وقد تقدم تفصيل ذلك فليرجع إليه^(٢).

٢ - وعلى التسليم جداً بالفرق بين الصورتين فإن من يشترط الزيادة في أصل العقد يأخذها وإن لم يزد في الأجل أولى بالاستغلال ممن لا يشترط الزيادة إلا عند حلول الأجل، ولا يأخذها إلا عند الزيادة في الأجل^(٣).

(١) المرجع السابق، ص ١٣٧-١٣٨.

(٢) انظر ص ٤٠ من هذه الرسالة.

(٣) فوائد البنوك هي الربا المحرم، يوسف القرضاوي، مصر، مطابع الوفاء، ط ٢

لعام ١٤١٢هـ، ص ٦٢، ٦٣.

وعليه فإن ما قيل من تعليل في الصورة المستبقاه فإنه لازم للصورة المستخرجة بطريق الأولى .

٣- إن الشارع الحكيم يجب المصير إلى حكمه وإن لم تدرك حكمته عقولنا إذ المكلف حقه امتثال الحكم لأدرك الحكمة ، ولكن محمد رشيد رضا قدم التعليل غير المنضبط ، وأخرج بحكمه صوراً واستبقى صورة دون مستند سوى التعليل ، الذي لا يستند إلى دليل ، وقد نقل عن الكيا الهراسي رده على المشركين في الاحتكام إلى عقولهم بمقابلة النص قال :

«ورد الله تعالى على المشركين في قولهم " ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا " وذلك أنهم زعموا بأنه لافرق بين الزيادة المأخوذة على وجه الربا وبين الأرباح المكتسبة بضروب البياعات من حيث غاب عنهم وجه المصلحة وتحريم الزيادة على وجه دون وجه .

فأبان الله تعالى أنه عز وجل «إذا حرم الربا وأحل البيع فلا بد أن يشتمل المنهي على مفسدة، والمباح على مصلحة وإن غابتا عن مرأى نظر العباد»^(١) .

قلت : وليته اعتبر بما نقله من قول .

(١) أحكام القرآن، الكيا الهراسي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ٢ لعام ١٤٠٥هـ، ١/٢٣٣ .

المطلب الرابع : بيان احتجاجه بأقوال العلماء ، ومناقشته :

نقل محمد رشيد رضا جملة من أقوال العلماء ثم قال بعد نقلها :

« إن هؤلاء العلماء الأعلام من محققى المفسرين ، والمحدثين ، والأصوليين ، والفقهاء قد صرحوا بأن الربا الذي حرمه الله تعالى بنص كتابه العزيز ، وتوعد آكله أشد الوعيد ، هو الربا الذي كان فاشياً في الجاهلية ، ومعروفاً عند المخاطبين في زمن التنزيل ، وهو أخذ مال في مقابلة تأجيل دين مستحق في الذمة من قبل ، وهو المسمى ربا النسيئة ، لأن أخذ الزيادة على رأس المال إنما سببه إنساء أجل الدين المستحق أي تأخيرها لا في مقابلة منفعة ما لمعطيها . . »^(١)

قلت : وإنني مورد ما استند إليه من أقوال ، وموضح دلالتها على ماذهب إليه محمد رشيد رضا من عدمه من خلال مناقشتها فإلى هنالك :

بيان احتجاجه بما جاء عن ابن جرير الطبري ومناقشته :

قال ابن جرير : (وإنما قيل للمربي " مرب " لتضعيفه المال ، الذي كان له على غريمه حالاً ، أو لزيادته عليه فيه لسبب الأجل الذين يؤخره إليه فيزيده إلى أجله الذي كان له قبل حل دينه عليه ، ولذلك قال جل ثناؤه :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة »

(١) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١٢٤ .

وبمثل الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل . . . عن مجاهد قال في الربا الذي نهى الله تعالى عنه كانوا في الجاهلية يكون للرجل على الرجل الدين فيقول :

لك كذا وكذا وتؤخر عني ، فيؤخر عنه .

. . . عن قتادة قال : (إن ربا الجاهلية يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى ، فإذا حل الأجل ، ولم يكن عند صاحبه قضاء زاده وآخر عنه^(١)) .

قال محمد رشيد رضا مستتجا : « فأنت ترى أنه حصر الربا المراد من الآية في ربا أهل الجاهلية ، وبين أن ربا الجاهلية خاص بأخذ الزيادة من المال لأجل تأخير الدين بعد استحقاقه . . . »^(٢) .

المناقشة :

ويناقش استنتاجه هذا بالفرق بين حصر الصورة ، وحصر الحكم^(٣) ، فابن جرير ، ومجاهد ، وقتادة ، إنما بينوا الربا المعهود في الجاهلية وقت تنزل القرآن ، وصورته (أتقضي أم تربى) - التي ذكروها - أما حصر دلالة النص القرآني في هذه الصورة دون غيرها - كما ذهب إليه محمد

(١) تفسير الطبري ، ٦/٧ ، ٨ ، وانظر الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١٠٠-١٠١ .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١٠٢ .

(٣) انظر في بيان هذا ما تقدم عن ابن تيمية ، ص ٤٤ من هذه الرسالة .

رشيد رضا - فتلك دعوى أعم من قولهم هذا، وقولهم هذا لا ينتج هذه الدعوى.

ولو كان النص لا تصدق دلالة إلا على الصورة المعهودة وقت تنزله للزم من ذلك خُلف في الشريعة الكاملة المطهرة إذ الوقائع والأحداث غير متناهية، أما النصوص فممتناهية، لكن تبقى لها سمتها الكامنة في إعجازها، واستيعابها لكثير من أفعال العباد، فيكون ما شملته في عمومها محرماً بالنص.

كما نقل عن الإمام مالك، وعن القرطبي، ما يفيد صورة ربا الجاهلية «أتقضي أم تربّي»، وما أجيب به عن نقله من ابن جرير الطبري يجاب به عن نقله عنهما.

احتجاجة بما نقله عن الطحاوي، ومناقشته :

ذكر الطحاوي حديث أسامة «إنما الربا في النسيئة» ثم قال : « قال أبو جعفر : فذهب قوم إلى أن بيع الفضة بالفضة، والذهب مثلين بمثل جائز إذا كان يداً بيد، واحتجوا في ذلك بما رويناه عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ، وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا : لا يجوز بيع الفضة بالفضة، ولا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، وكانت الحجة لهم في تأويل حديث ابن عباس عن أسامة رضي الله عنه الذي ذكرناه في الفصل الأول أن ذلك الربا إنما عني به ربا القرآن الذي كان أصله في النسيئة، وذلك أن الرجل كان يكون له على صاحبه الدين فيقول : أجلني

منه إلى كذا وكذا بكذا وكذا درهماً أزيدكها في دينك ، فيكون مشترى
لأجل مال ، فنهاهم الله عز وجل عن ذلك بقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا
اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ .

ثم جاءت السنة بعد ذلك بتحريم الربا في التفاضل في الذهب
بالذهب ، والفضة بالفضة ، وسائر الأشياء المكيلات والموزونات على
ما ذكره عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن رسول الله صلّى الله عليه وآله فيما رويناه عنه فيما
تقدم من كتابنا هذا في باب بيع الحنطة بالشعير ، فكان ذلك ربا حرم
بالسنة ، وتواترت به الآثار عن رسول الله صلّى الله عليه وآله حتى قامت بها الحجة ^(١) .

قال محمد رشيد بعد هذا معلقاً :

« قال الحافظ في الفتح : واتفق العلماء على صحة حديث أسامة ،
واختلفوا في الجمع بينه ، وبين حديث أبي سعيد فقيل : منسوخ ، ولكن
النسخ لا يثبت بالاحتمال ، وقيل : المعنى في قوله « لا ربا » الربا الأغلظ
المتوعد عليه بالعقاب الشديد ، كما تقول العرب لا عالم في البلد إلا
زيد ، مع أن فيها علماء غيره ، وإنما القصد نفى الأكمل لانفي الأصل
... وهذا الأخير هو الصحيح المعتمد كما وضحه الطحاوي ^(٢) » .

(١) شرح معاني الآثار ، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي ، تحقيق محمد
زهري النجار ، القاهرة ، مطبعة الأنوار المحمدية ، ٦٥ / ٤ ؛ وانظر : الربا
والمعاملات في الإسلام ، ص ١١٠-١١٢ .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١١٢ .

المناقشة :

قلت : لا يخفى أن مذهب محمد رشيد رضا في الربا الذي يريد الاستدلال عليه ، هو حصر دلالة آية الربا في سورة البقرة على صورة واحدة من صور ربا الجاهلية التي ذكرها المفسرون ، وغيرهم ، وهي الزيادة في الدين نظير الزيادة في الأجل « أتقضي أم تربى » وهذه الزيادة لا تنشأ إلا عند حلول الأجل ، فذلك الذي يحمل عليه حديث أسامة بن زيد ، ويحصر فيه كمال الربا دون غيره من صور النسيئة كالزيادة المشروطة في أصل العقد نظير الأجو ، وكالنسيئة في حديث الأصناف الستة ، إذ هذه الصور في رأي محمد رشيد رضا لا تشملها دلالة آيات الربا في سورة البقرة ، وليست هي من صور الربا المغلظ المتوعد عليه في الآخرة ، لكنها حرمت تحريم وسائل لا غير .

وإذا كان ذلك كذلك فإنه لا دلالة فيما ذكره الطحاوي على ما أراد محمد رشيد رضا الوصول إليه ، وذلك لما يلي :

١ - إن ذكر الطحاوي صورة ربا الجاهلية « أتقضي أم تربى » لا يفهم منه قصر آية الربا في سورة البقرة عليها ، ذلك أنه لم ينقل خلافاً في النسيئة ، حتى في الأصناف الستة ، فدل ذلك على شمول آية الربا للنسيئة مطلقاً ، وهذا يخالف ما ذهب إليه محمد رشيد رضا .

٢ - ثم إن قوله « ثم جاءت السنة بعد ذلك بتحريم الربا في التفاضل في الذهب بالذهب . . . » دليل على أن تحريم النسيئة فيها كان

معلوماً لديهم من الآية قبل بيان السنة لذلك ، ولهذا لم يشر إلا إلى ما استجد عليهم في السنة من حكم ، وهو تحريم التفاضل .

٣- ثم إن الطحاوي ذكر رجوع ابن عباس عن خلافه في الربا ، وهذا بخلاف ما يحتج به محمد رشيد رضا على ما ذهب إليه حيث نسب ما ذهب إليه إلى ابن عباس في غير موضع - وسيأتي بيان هذا ومناقشته في مبحث مستقل - (١) .

قال : « والدليل على أن ذلك الربا المحرم في هذه الآثار هو غير الربا الذي رواه ابن عباس عن أسامة رضي الله عنهم عن رسول الله ﷺ ، رجوع ابن عباس رضي الله عنهما إلى ما حدثه به أبو سعيد رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ » (٢) .

بيان احتجاجة بما جاء عن الشاطبي ، ومناقشته :

قال الشاطبي : (أحدها : أن الله عز وجل حرم الربا ، وربا الجاهلية الذي نزل فيه « إنما البيع مثل الربا ، هو فسخ الدين في الدين يقول الطالب : (إما أن تقضي وإما أن تربني) ، وهو الذي دل عليه قوله تعالى : ﴿وَأِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ .

(١) انظر ص ٧٥ من هذه الرسالة .

(٢) شرح معاني الآثار ، ٦٥ / ٤ ، وحديث أبي سعيد الذي رجع إليه ابن عباس هو حديث الأصناف الستة الذي كان يخالف فيه .

فقال عليه السلام: «وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله»^(١).

وإذا كان كذلك، وكان المنع فيه إنما هو من أجل كونه زيادة على غير عوض، ألحقت السنة به كل ما فيه زيادة بذلك المعنى فقال عليه السلام: «الذهب بالذهب . . . الخ»^(٢).

قال محمد رشيد رضا مستتجاً:

«فهو قد أثبت أن الربا المحرم بنص القرآن هو ربا الجاهلية فقط، وأن السنة ألحقت به ربا الفضل بالقياس عليه . . .»^(٣).

المناقشة:

ويجاب محمد رشيد رضا بأن ما جاء عن الشاطبي حجة عليه لاله ذلك أن محمد رشيد رضا يريد قصر دلالة آية الربا على صورة ربا الجاهلية «أتقضي أم تربى» دون غيرها مما شاركها في المعنى، أما الشاطبي

(١) سنن أبي داؤود، كتاب المناسك، باب صفة حج النبي ﷺ، ٢/٢٥١، رقم ١٩٠٥. سنن ابن ماجه، كتاب المناسك، باب حجة رسول الله ﷺ، ٢/١٠٢٥، رقم ٣٠٧٤. مسند الامام أحمد، ٥/٧٣، وانظر صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الحج، باب حجة النبي ص، ٨/١٨٢.

(٢) الموافقات في أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى الشاطبي، بشرح عبد الله دراز، بيروت، دار المعرفة، ٤/٤٠، ٤١.

وانظر: الربا والمعاملات في الإسلام، ص ١١٧-١١٨.

(٣) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ١١٨.

فيذهب مذهباً يخالف ذلك، وفيه يبين أن الكتاب أصل ترجع إليه السنة، وضرب الضرورات الخمس لذلك مثلاً مبيناً هذا المعنى فيها ثم قال: «وأصل هذه في الكتاب، وبينها في السنة»^(١).

وقال: «وجميع هذا مذكور أصله في القرآن ومبين في السنة»^(٢).

ثم بين ذلك بأمثلة مجالها القياس، موضحاً أن الكتاب يشملها بالمعنى فقال: «فإذا كان كذلك، ووجدنا في الكتاب أصلاً، وجاءت السنة بما في معناه، أو ما يلحق به أو يشبهه أو يدانيه فهو المعنى ههنا، وسواء علينا أقلنا أن النبي ﷺ قاله بالقياس، أو بالوحي، إلا أنه جار في أفهامنا مجرى المقيس، والأصل الكتاب شامل له بالمعنى...»^(٣).

وقال أيضاً: «ويدخل فيه بحكم المعنى السلف يجر نفعاً لأن بيع هذا الجنس بمثله في الجنس من باب بدل الشيء بنفسه متقارب المنافع فيما يراد منها، فالزيادة على ذلك من باب إعطاء عوض على غير شيء، وهو ممنوع، والأجل في أحد العوضين لا يكون عادة إلا عند مقارنة الزيادة به في القيمة إذ لا يسلم الحاضر في الغائب إلا ابتغاء ما هو أعلى من الحاضر في القيمة، وهو الزيادة»^(٤).

(١) الموافقات، ٢٧/٤.

(٢) المرجع السابق، ٢٨/٤.

(٣) المرجع نفسه، ٤٠/٤.

(٤) الموافقات، ٤٢/٤.

ومما تقدم عن الشاطبي تعلم أن ربا الجاهلية وإن كان هو المعهود وقت نزول آية تحريم الربا في سورة البقرة، كما أن غيره من النسيئة وإن حرم بالسنة، فإن ذلك لا يعني قصر دلالة آية تحريم الربا على ربا الجاهلية وحده، بل إنها تشمل غيره مما شاركه في المعنى، هذا ما يذهب إليه الشاطبي، وهو مخالف لما يذهب إليه محمد رشيد رضا، وقد تقدم عن ابن تيمية ما يفيد هذا المعنى أيضاً^(١).

بيان احتجاجة بما نقله عن ابن رشد، ومناقشته :

قال ابن رشد « الجدل » في مقدماته :

« وكان ربا الجاهلية في الديون أن يكون للرجل على الرجل الدين فإذا حل قال له : أتقضي أم تربني ، فإن قضاؤه أخذه ، وإلا زاده في الحق ، وزاده في الأجل ، فأنزله الله في ذلك ما أنزل ... »^(٢).

وقال ابن رشد « الحفيد » في بداية المجتهد :

« واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين في البيع ، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه ، وذلك أنهم

(١) انظر ص ٤٤ من هذه الرسالة .

(٢) المقدمات الممهدة ، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، تحقيق سعيد أحمد

أعراب ، بيروت ، مؤسسة جواد للطباعة ، ط ١ لعام ١٤٠٨ هـ ، ٨/٢ .

وأنظر : الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١١٥ .

كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون أي يؤخرون فكانوا يقولون : أنظرني أزدك ، وهذا هو الذي عناه ﷺ بقوله في حجة الوداع :

« ألا وإن ربا الجاهلية موضوع ، وأول ربا أضعه ربا العباس ابن عبد المطلب ، والثاني : ضع وتعجل ، وهو مختلف فيه ، وسنذكره بعد ، قال : وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل إلا ماروي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ربا إلا في النسيئة » وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه ﷺ »^(١) .

قال محمد رشيد رضا مستتجاً :

« فهو قد صرح بأن ربا الجاهلية خاص بتأخير ما ثبت في الذمة مهما يكن سببه إلى أجل بزيادة في المال ، وأنه هو الذي وضعه النبي ﷺ في حجة الوداع لنهي الله تعالى عنه ، وأن ربا التفاضل الذي أثبت جمهور الفقهاء إنما ثبت بحديث رسول الله ﷺ أي لابنص القرآن »^(٢) .

المناقشة :

ويناقش من وجوه :

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن رشد ، بيروت ، دار المعرفة ، ط ٧ لعام ١٤٠٥ هـ ، ٢ / ١٢٨ .

وانظر : الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١١٦ .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١١٧ .

أولاً - أن ذكر ابن رشد لصورة من صور ربا الجاهلية « أتقضي أم تربى » لا يعني نفيه ماعداها، إذ تخصيص الشيء بالذكر لا يعني نفي ماعداه، فدعوى محمد رشيد رضا أنه صرح بأن ربا الجاهلية خاص بهذه الصورة فيه كثير من التجوز على ابن رشد، وهو غير مستفاد من قول ابن رشد هذا.

وثانيها - أن ذكره صورة ربا الجاهلية، وذكره أنه هو الذي وضعه النبي ﷺ في حجة الوداع، لا يفهم منه ماذهب إليه محمد رشيد رضا من قصر دلالة آيات تحريم الربا في سورة البقرة على هذه الصورة، ونفيها عما عداها من صور النسئة التي تشاركها في المعنى.

وثالثها : ان ابن رشد أفاد أن خلاف ابن عباس إنما كان في ربا الفضل فقط، وهذا يخالف مانسبه محمد رشيد رضا إلى ابن عباس حيث احتج لما ذهب إليه بأنه مذهب ابن عباس، وليس هو كذلك - وسيأتي بيان لهذا في مبحث مستقل^(١).

بيان احتجاجه بما جاء عن الماوردي، والنووي، ومناقشته :

وقد احتج محمد رشيد بما نقله صاحب المجموع عن الماوردي، قال : (اختلف أصحابنا فيما جاء به القرآن من تحريم الربا على وجهين : أحدهما : أنه مجمل فسرته السنة، وكل ما جاءت به السنة من أحكام الربا فهو بيان لمجمل القرآن نقداً كان أو نسيئة. والثاني : أن التحريم الذي

(١) انظر ص ٧٥ من هذه الرسالة .

نزل في القرآن إنما تناول ما كان معهوداً للجاهلية من ربا النساء، وطلب الزيادة في المال بزيادة الأجل، وكان أحدهم إذا حل أجل دينه ولم يوفه الغريم أضعف له المال، وأضعف الأجل، ثم يفعل كذلك عند الأجل الآخر، وهو معنى قوله تعالى:

« لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة »

قال : ثم وردت السنة بزيادة الربا في النقد مضافاً إلى ما جاء به القرآن، قال : وهذا قول أبي حامد المروزي ^(١).

قال محمد رشيد رضا : « وأقره النووي على هذا النقل » ^(٢).

المناقشة :

ويجاب بأن ذكر الماوردي صورة ربا الجاهلية « أنقضي أم تربي » وأنها الربا المعهود في الجاهلية لا يعني قصر دلالة آية تحريم الربا في سورة البقرة على هذه الصورة دون ماعداها مما شاركها في المعنى يدل لذلك قول الماوردي نفسه : « ثم وردت السنة بزيادة الربا في النقد مضافاً إلى ما جاء به القرآن » ومعلوم أن السنة جاءت بتحريم ربا النقد، وربي النسيئة في

(١) المجموع شرح المذهب، محيي الدين بن شرف النووي، وبهامشه فتح العزيز، وكذا التلخيص الحبير، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، ٣٩١/٩. وانظر : الربا والمعاملات في الإسلام، ص ١١٨.

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ١١٩، ومقصوده أن النووي أورد هذا الكلام في شرحه، ولم يعقب عليه فكان إقراراً منه.

الأصناف الستة، فكون الماوردي عدَّ تحريم النقد وحده زيادة دون النسيئة دليل على أنه يرى تحريم النسيئة في الأصناف الستة بنص الآية، ولهذا لم يعتبر تحريمها بالسنة زيادة.

بيان احتجاجة بما جاء عن ابن حجر في الزواجر، ومناقشته :

قال ابن حجر : « وربا النسيئة هو الذي كان مشهوراً في الجاهلية لأن الواحد منهم كان يدفع ماله لغيره إلى أجل على أن يأخذ منه كل شهر قدرًا معيناً، ورأس المال باق بحاله، فإذا حل طالبه برأس ماله فإذا تعذر عليه الأداء زاد في الحق والأجل، وتسمية هذا نسيئة مع أنه يصدق عليه ربا الفضل أيضاً لأن النسيئة هي المقصودة فيه بالذات، وهذا النوع مشهور الآن بين الناس، وواقع كثيراً، وكان ابن عباس رضي الله عنه لا يحرم إلا ربا النسيئة محتجاً بأنه المتعارف بينهم فينصرف النص إليه، لكن صحت الأحاديث بتحريم الأنواع الأربعة السابقة من غير مطعن ولا نزاع لأحد فيها، ومن ثم أجمعوا على خلاف قول ابن عباس، على أنه رجع عنه... »^(١).

قال رشيد رضا محتجاً :

« فهو قد بين أن ربا الجاهلية هو المحرم بنص القرآن، وأن ما عداه قد

(١) الزواجر، ٢٢٢/١؛ وانظر: الربا والمعاملات في الإسلام، ص ١١٩، ١٢٠.

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ١٢٠.

حرم بما ورد من الأحاديث فيه كما تقدم عن غيره»^(٢).

المناقشة :

ويجاب بأن ما نقله عن ابن حجر حجة عليه لا له ذلك أن صورة ربا الجاهلية عند محمد رشيد رضا هي التي تنشأ فيها الزيادة عند حلول الأجل ، وهي بمقابلة الزيادة في الأجل فهذه الصورة هي التي يقصر عليها محمد رشيد رضا دلالة آية تحريم الربا في سورة البقرة ، إذ هي صورة ربا الجاهلية في نظره .

أما ربا الجاهلية عند ابن حجر فصورته فيها زيادتان : زيادة مشروطة في أصل العقد تستحق كل شهر ، وزيادة تنشأ عند حلول الأجل وتكون لقاء الزيادة في الأجل ، فكان بهذا حجة على محمد رشيد رضا في تحريم الزيادة المشروطة في أصل العقد بنص القرآن إذ هي من ربا الجاهلية . ولا يخفى أن هذه الصورة هي ما يذهب محمد رشيد رضا إلى استخراجها من ربا الجاهلية ، ومن دلالة القرآن ، فكان بهذا فيما ذهب إليه يخالف ابن حجر فيما ذهب إليه ، ومن ثم لا حجة له فيه .

وعلى التسليم جدلاً بأن ما ذكره ابن حجر ليست هي صورة ربا الجاهلية فإن ذلك لا يعني عدم دخولها ونظائرها في دلالة النص المحرم ربا الجاهلية ، وقد تقدم بيان ذلك .

كان ما تقدم مناقشته لمحمد رشيد رضا في موضع الشاهد لا بطلان الاستشهاد به على ما ذهب إليه ، أو قلبه حجة عليه ، وثمة ردود أخرى

فيما سوى موضع الشاهد تضمنتها أقوال العلماء التي ساقها، وهذا بيانها :

قال القرطبي : (قوله " وحرّم الربا " الألف واللام للعهد، وهو ما كانت العرب تفعله كما بيناه ثم تناول ما حرمه رسول الله ﷺ ونهى عنه من البيع الذي يدخله الربا، وما في معناه من البيوع المنهي عنها)^(١) .

فقد بين القرطبي أن أية تحريم الربا في سورة البقرة تناول ما حرمه الرسول ﷺ ونهى عنه من الربا - غير ربا الجاهلية - وهذا مخالف لما ذهب إليه محمد رشيد رضا من قصر دلالة الآية على صورة ربا الجاهلية التي ذكرها، والتفريق بين ما جاء به الكتاب، وما جاءت به السنة .

وقال الجصاص : « فأبطل الله تعالى الربا الذي كانوا يتعاملون به، وأبطل ضرراً أخرى من البياعات، وسماها ربا، فانتظم قوله تعالى " وحرّم الربا " تحريم جميعها لشمول الاسم عليها عن طريق الشرع »^(٢) .

قلت : وقول الجصاص هذا يدل على ما دل عليه قول القرطبي قبله، وكل ذلك مخالف لما ذهب إليه محمد رشيد رضا .

وقال الكيا الهراسي : (فجوز الزيادة من جهة الجودة، ولم يجوز الزيادة من جهة المدة » .

(١) تفسير القرطبي، ٣/ ٣٥٨ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص، ٢/ ١٨٤ .

وقال : « وعموم اللفظ يقتضي تحريم الزيادة مطلقاً إلا ما خصه الشرع » .

وقال : « والله تعالى حرم الربا ، فمن الربا ما كانوا يعتادونه في الجاهلية من إقراض الدينار ، والدراهم بزيادة » .

وقال : « والذي كان في الجاهلية كان القرض بزيادة » .

وقال : « فالذي في القرآن يدل على تحريم الزيادة » .

وقال :- « والصحيح أن الربا غير مجمل ، ولا البيع كما ذكرناه فإن مالا زيادة فيه جار على حكم عموم البيع ، نعم خص من الربا زيادة أبيحت ، وخص من البيع بياعات نهى عنها ، وعموم اللفظ معتبر فيما سوى المخصوص ^(١) .

وكل هذه النقول عنه تفيد تحريم الزيادة المشروطة في أصل العقد بدلالة النص من آية الربا في سورة البقرة ، وهذا بخلاف ما ذهب إليه محمد رشيد رضا من قصر دلالة النص على صورة « أتقضي أم تربى » واستخراج ما عدا ذلك من صور .

* * *

(١) أحكام القرآن ، ٢٣١/١ ، وما بعدها .

المبحث الرابع

دفاع عنه ابن عباس

ذهب محمد رشيد رضا، وغيره ممن تبعه في مذهبه المتقدم، كالسنهوري ونحوه، إلى الافتراء على ابن عباس، فزعموا أنه لا يحرم إلا ربا الجاهلية في صورته «أتقضي أم تربّي» وفيما يلي نص فريتهم:

قال محمد رشيد في هذا ما نصه :

« إذا تمهد هذا ظهر به أن الحق في الربا الذي نهى الله تعالى عنه في كتابه، وتوعد فاعله بالم يتوعد بمثله على ذنب آخر أنه ربا النسيئة الذي كان معروفاً في الجاهلية، كما قال من ذكرنا عباراتهم من أعلام العلماء المستقلين، والتابعين لبعض الأئمة في النظر والاستدلال، لا مجرد التباعد بالآراء والأقوال ممن لا يعد آراؤهم وأقوالهم حجة باجماعهم، واجماع الأمة كلها.

وإمام هؤلاء القائلين بذلك حبر الأمة، وترجمان القرآن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، ونعيد القول ونكرره بأنه هو ما يؤخذ من المال لأجل تأخير الدين المستحق في الذمة إلى أجل آخر مهما يكن أصل ذلك الدين من بيع أو قرض أو غيرهما، فلا يدخل في مفهومه مايزاد في أصل الدين عند عقده على ما يعطى للمدين ربحاً له، وإنما هو ما يعطى لأجل

تأخير الدين المستحق...»^(١).

ويقول عبد الرزاق السنهوري ما نصه :

« ثالثاً الاتجاه الذي لا يحرم إلا ربا الجاهلية الوارد في القرآن الكريم ، يستدل أصحاب هذا الاتجاه ، وعلى رأسهم ابن عباس بحديث رواه ابن عباس نفسه عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال : " لا ربا إلا في النسيئة " . . . فالربا المحرم في رأي ابن عباس وجماعة من الصحابة ، والتابعين منهم عبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن الزبير ، وأسامة بن زيد ، وعطاء بن أبي رباح ، وعروة مقصور على ربا الجاهلية وحده ، وهو الذي كان معروفاً عند العرب . . . »^(٢).

(١) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ١٣٧ ، انظر : ص ١٢٤ .

(٢) مصادر الحق ، السنهوري ، ٣/ ٣٢٢ وما بعدها .

ولا يخفى أن ما ذكره السنهوري من أن هؤلاء الصحابة لا يحرمون سوى ربا الجاهلية إنما هو محض افتراء عليهم ، ذلك أنهم إنما خالفوا في ربا الفضل ، انظر في ذلك : السنن الكبرى ، للبيهقي ٥/ ٢٨٠ ، وانظر : تكملة المجموع للسبكي ١٠/ ٣٣ وما بعدها .

على أن ابن عباس رضي الله عنهما قد اختلف في رجوعه عن قوله بربا الفضل ، وقد ذكر رجوعه مسلم في صحيحه حيث روى عن أبي الصهباء : « أنه سأل ابن عباس عنه فكرهه » مسلم بشرح النووي ١١/ ٢٤ ، كما ذكره الحاكم في مستدركه ، ٢/ ٤٣ ، وصححه ، لكن الذهبي لم يوافقه .

وذكره البيهقي أيضاً في سننه الكبرى ، ٥/ ٢٨١ .

وقد نقل السبكي في تكملة المجموع ، ١٠/ ٣٣ - ٣٩ الآثار المفيدة رجوعه ، =

وقد حاولت البحث عن مستند لهذه الفرية على ابن عباس رضي الله عنهما فرجعت إلى كتب الفقه المعتمدة لدى المذاهب ، كما رجعت إلى كتب شروح الحديث ، وأقوال العلماء فلم أجد مستنداً لها ، وأني مورد طرفاً من النقول عن هذه المصادر لجلاء حقيقة ما يذهب إليه ابن عباس رضي الله عنهما ، ومن ذهب مذهبه :

جاء في المبسوط للسرخسي عند كلامه على حديث الأصناف الستة :
 « فأما الحكم ففي الحديث حكمان حرمة النساء في هذه الأموال عند المبايعة بجنسها ، وهو متفق عليه ، وحرمة التفاضل ، وهو قول الجمهور =
 وضدها ومال إلى القول برجوعه ، ثم نقل قول ابن عبد البر : « رجع ابن عباس أو لم يرجع في السنة كفاية عن قول كل واحد ، ومن خالفها رد إليها »
 تكملة المجموع ٣٩/١٠ .

كما أن ابن عمر رضي الله عنهما قد رجع عن قوله بربا الفضل ، واشتهر ذلك عنه ، وقد أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي نضرة قال : « فأتيت ابن عمر بعد فنهاني » مسلم بشرح النووي ٢٤/١١ ، وذكر البيهقي في سننه الكبرى ذلك أيضاً ، ٢٨١/٥ .

وابن مسعود [رجع عن قوله بربا الفضل فيما رواه عنه البيهقي في سننه ، ٢٨٢/٥ ، قال السبكي في سند رواية البيهقي هذه : « . . . كله ثقات مشهورون » تكملة المجموع ٣٩/١٠ .

وأما أسامة بن زيد ، وعبد الله بن الزبير - رضي الله عن الجميع - فقد تَوَقَّف في صحة نسبة القول بربا الفضل إليهم ، انظر : تكملة المجموع للسبكي ، ٤٠/١٠ .

من الصحابة رضي الله تعالى عنهم إلا البتي روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه كان يجوز التفاضل في هذه الأموال، ولا معتبر بهذا القول فإن الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد^(١).

وجاء عن ابن رشد ما نصه : (واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين في البيع ، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك ، فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه . . . والثاني « ضع وتعجل » وهو مختلف فيه . . . وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان : نسيئة ، وتفاضل إلا ما روي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ربا إلا في النسيئة »^(٢).

وجاء في المجموع : « وقد أطبقت الأمة على تحريم التفاضل إذا اجتمع مع النساء ، وأما إذا انفرد نقداً فإنه كان فيه خلاف قديم صح عن ابن عباس ، وابن مسعود رضي الله عنهما بإباحته . . . »^(٣).

ويقول ابن قدامة في المغنى : « والربا على ضربين : ربا الفضل ، وriba النسيئة ، وأجمع أهل العلم على تحريمهما ، وقد كان في ربا الفضل

(١) المبسوط ، شمس الدين السرخسي ، بيروت ، دار المعرفة ، ط ٢ ،

١١١/١٢ .

(٢) بداية المجتهد ، ٢/ ١٢٨ .

(٣) تكملة المجموع ، ١٠/ ٢٦ .

اختلاف بين الصحابة فحكى عن ابن عباس وأسامة بن زيد، وزيد بن أرقم، وابن الزبير أنهم قالوا: إنما الربا في النسيئة لقوله عليه السلام: "لا ربا إلا في النسيئة" .

وقال ابن المنذر في كتابه الإجماع: «وأجمعوا على أن الستة الأصناف متفاضلاً يداً بيد، ونسيئة لا يجوز تأخيرهما، وهو حرام، وأجمعوا أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد» .

وجاء في صحيح مسلم عن أبي نضرة قال: «سألت ابن عباس عن الصرف فقال: أيداً بيد؟ قلت نعم، قال فلا بأس به...» .

وهذه النقول السابقة عن العلماء لا تفيد تلك الفرية على ابن عباس من أنه لا يحرم سوى ربا الجاهلية «أتقضي أم تربى» ذلك أن تلك النقول صريحة في أن ابن عباس إنما كان يخالف في ربا الفضل، ومنهم من ذكر رجوعه عن خلافه فيه، أما النسيئة فيمنعها مطلقاً سواء كانت في صورة ربا الجاهلية المذكورة، أو كانت في الأصناف الستة بيعاً أو صرفاً .

وأما افتراؤه على أعلام العلماء ممن نقل عنهم من أن مذهبه مذهبهم، فذلك مردود، وبيانه ما تقدم من مناقشه احتجاجه على مذهبه بأقوالهم، وقد تبين منها أن أقوالهم لا تفيد مذهبه، ولا يصلح أن يحتج بها عليه .

المبحث الخامس

دفاع عنه ابن القيم

السنهوري في مسألة الربا رأيه لرأي محمد رشيد رضا السابق تفنيده تبع ، وقد كان يكفي في رده الرد على سلفه محمد رشيد رضا لولا أوهام وهمها السنهوري على ابن القيم الأمر الذي لزم منه رفع هذه الأوهام ، وقد ناسب حينئذ بيان طرف من أقواله في بيان مذهبه ، ومناقشتها ، ومن ثم بيان أوهامه على ابن القيم ومناقشتها .

وقد حاول الدكتور سامي حمود الدفاع عن ابن القيم ورد ما وهمه عليه السنهوري لكنه - فيما يظهر لي - وقع في وهم آخر على ابن القيم ، فاقتضى المقام رفعه وتبيينه ، وفي هذا المبحث بيان لذلك كله :

أولاً - مناقشة السنهوري :

المطلب الأول : مناقشة رأيه في الربا :

السنهوري في مسألة الربا رأيه للمسلك الأول تبع وقد أكد هذا في كتابه مصادر الحق حين قال : « على أننا إذا استبقينا الحرمة كأصل عام للربا في جميع صورته فلا بد لنا مع ذلك من استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية من جهة ، وكل من ربا النسيئة ، وربا الفضل من جهة أخرى ، فإن هذا التمييز من الواضح ، والخطر بحيث لا وجه للمنازعة فيه ، فربا الجاهلية محرم لذاته تحريم المقاصد ، وكل من ربا النسيئة ، وربا الفضل

محرم لا لذاته بل باعتباره ذريعة إلى ربا الجاهلية فهو محرم تحريم الوسائل
لاتحريم المقاصد، وذلك سداً للذرائع .

ولا نزال نستبقي النتيجة الهامة التي تترتب على هذا التمييز : فربا
الجاهلية لاتحيزه إلا ضرورة ملحة من شأنها أن تبيح أكل الميتة ، والدم ،
أما كل من ربا النسيئة ، وربا الفضل فيكفي لإجازته أن تقوم الحاجة إلى
ذلك»^(١) .

وقد تقدم رد هذا القول عند مناقشة محمد رشيد رضا فلا داعي
لإعادته هاهنا .

ثم إن السنهوري بعد هذا التأصيل خلص إلى قضية العصر ربا
القرض (الفائدة) فقال :

« ولكن الواقع أن القرض في الفقه الإسلامي ليس أصلاً من أصول
العقود الربوية ، إذ البيع هو الأصل كما رأينا ، ويقاس على البيع الربوي
القرض الذي يجز منه »^(٢) .

وقال : « إذا تضمن القرض زيادة مشروطة - وهذه هي الفائدة بعينها
- فإن هذا لايجوز ، ولكن لا لأن الزيادة المشروطة ربا ، بل لأنها تشبه
الربا . »^(٣) .

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، عبد الرزاق السنهوري ، مصر ، دار
المعارف ، ط ٣ لعام ١٩٦٧ م ، ٢٣٧ / ٣ .

(٢) المرجع السابق ، ٢٣٣ / ٣ .

(٣) المرجع نفسه ، ٢٤٠ / ٣ .

وقد ناقض كلامه المتأخر هذا كلامه المتقدم ببيان ذلك :

أنه تابع محمد رشيد رضا فيما ذهب إليه من اعتبار ربا الجاهلية المحرم بنص القرآن هو ربا الدين الذي تشترط فيه الزيادة عند حلول الأجل لا في أصل العقد إذ يقول :

« على أن هناك صورة من صور الربا هي أشنع هذه الصور وأشدّها استغلالاً للمعوز الفقير، وهي الصورة التي نزل فيها القرآن منذراً متوعداً، صورة الربا الذي تعودته العرب في الجاهلية، فيأتي الدائن مدينه عند حلول أجل الدين ويقول: إما أن تقضي وإما أن تربى... وهذا أشبه بما نسميه اليوم بالفوائد على الفوائد، أو الربح المركب، وصورته أن يتقاضى الدائن فوائد مستقلة على ما تجمد من الفوائد فيقول للمدين إما أن تقضي رأس المال، وما تجمد عليه من الفوائد، وإما أن تربى بأن تضم المتجمد من الفوائد إلى رأس المال فيصبح المجموع رأس مال جديد يزيد بما ينتج من الفوائد عن المدة التي أطيل فيها أجل الدين، هذه الصورة من الربا في العصر الحاضر هي التي تقابل ربا الجاهلية... أما الصورة الأخرى من الربا الفائدة البسيطة للقرض، وriba النسيئة، وriba الفضل فهذه أيضاً محرمة، ولكن التحريم هنا تحريم للوسائل لا تحريم للمقاصد»^(٣)

كما تابعه في عده ربا البيع الثابت بالسنة بقسميه الفضل ، والنسيئة إنما تحريمه تحريم وسائل لامقاصد ، وفرّع على ذلك قوله بجوازه للحاجة .

ومذهبه هذا يلزم منه أن لا يعد ربا البيع أصلاً في الربا مادام تحريمه عنده تحريم وسائل لامقاصد كما يلزم منه عد ربا الجاهلية (ربا الدين) المحرم بالقرآن هو الأصل في الربا إذ تحريمه عنده تحريم مقاصد ويتفرع على هذا الالتزام إلزام آخر بأن يعد ربا القرض من قبيل ربا الدين المحرم بنص القرآن ، وقد تقدم بيان وجه هذا الإلزام في مناقشة مذهب محمد رشيد رضا في الربا الذي تابعه السنهوري فيه فيكون رده رداً عليه ^(١) .

كما يجاب عن قوله :

« أن القرض في الفقه الإسلامي ليس أصلاً من أصول العقود الربوية » أنه حق في القرض الشرعي الخالي من الزيادة ، ذلك أن القرض في الإسلام غرضه الارفاق ، والاحسان ، ولهذا كان خلواً من الزيادة ، أما الربا فهو الزيادة فكانا بهذا ضدين إذ الزيادة ضد عدم الزيادة ، فكيف يكون القرض في الإسلام أصلاً من أصول الربا ، وهو ضد الربا .

لكن قوله باطل فيما يرمي إليه إذ هو يرمي إلى القرض المشروطة فيه الزيادة ، والقرض المشروطة فيه الزيادة رباً يتناوله حديث الأصناف الستة نصاً لاقياً ، وقد عد السنهوري البيع أصلاً في الربا في الفقه الإسلامي

(١) انظر ص ٤٠ من هذه الرسالة .

لحديث الأصناف الستة، فكان يلزمه بهذا اعتبار القرض كذلك وتحقيقه :
 أن حديث الأصناف الستة أفاد حل مبادلتها بشرطين في الجنس الواحد هما : المماثلة، والمناجزة، وبشرط في الجنسين المختلفين هو : المناجزة، وعلى هذا : فإن من يدفع خمس ربابي لآخر على أن يردها ست ربابي بعد زمن - كما مثل بن المفتي الهندي، وكما دعا إليه السنهوري من أجل تحصيل رؤوس الأموال - يكون قد أدخل بالشرطين معاً، فكان عمله ربأً بنص هذا الحديث .

فإن قيل : هذا قرض، وحديث الأصناف الستة موضوعه البيع، قلت الجواب عنه : أن القرض إنما استثنى في الأصل من الربا لمعنى الإرفاق، والاحسان، فإذا فقد هذا المعنى تمحض معاوضة فعاد إلى أصله لتخلف المعنى الذي خرج به منه، وفيه يقول ابن القيم : «ومن ذلك أن الله تعالى حرم أن يدفع الرجل إلى غيره مالاً ربوياً بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا، وجوز دفعه بمثله على وجه القرض، وقد اشتركا في أن كلا منهما يدفع ربوياً، ويأخذ نظيره، وإنما فرق بينهما القصد، فإن مقصود المقرض إرفاق المقرض، ونفعه وليس مقصوده المعاوضة والربح»^(١).

ويقول الشاطبي « . . . ثم زاد على ذلك بيع النساء إذا اختلفت الأصناف، وعده من الربا، لأن النساء في أحد العوضين يقتضي الزيادة،

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، مراجعة طه عبد الرؤوف سعد، بيروت، دار الجيل، ط ١ عام ١٩٧٣، ٣/ ٩٩.

ويدخل فيه بحكم المعنى السلف يجر نفعاً...»^(١).

وفيما يلي بيان لذلك بشيء من التفصيل بالنظر إلى ماهية كل من
القرض والبيع :

القرض مكونة ماهيته من :

١- مقرض ٢- مقترض ٣- قرض ٤- صيغة

والمقرض غرضه الارفاق والاحسان إلى المقترض ، وليست
المعاوضة مقصوده ، ذلك أن المقرض لا شيء يحفضه على أن يعطي
المقترض مالا عاجلاً ليرد مثله آجلاً إذ ما سيُرد إليه آجلاً موجود
الآن عند المقرض ، فأى حظ له في تأجيله سوى طلب الأجر من الله
تعالى .

أما القرض المشروطة الزيادة فيه فماهيته مكونة من :

١ - معط : وقد عبرت بهذا اللفظ لعدم تسليمي بأنه مقرض^(٢) ،
ولأن الخصم لا يسلم أنه بائع .

(١) الموافقات ، ٤ / ٤١ .

(٢) مستندي فيما لم أسلم به في الفقرات الأربع أعلاه هو : أن القرض في
الوضع الشرعي إنما هو أما ما يمكن أن يقال من أن القرض من جهة الوضع
اللغوي يشمل ما نحن فيه ، فذاك أمر لا شأن لنا به ، لأن المناقشة هاهنا من
جهة شرعية لا لغوية .

٢- أخذ: وقد عبرت بهذا اللفظ لأنني لا أسلم أنه مقترض،
والخصم لا يسلم أنه مشتر.

٣- المال المدفوع أولاً: وقد عبرت بهذا اللفظ لعدم تسليمي أنه
قرض، ولعدم تسليم الخصم أنه مبدل (مثن).

٤- المال المدفوع ثانياً: وقد عبرت بهذا اللفظ لعدم تسليمي أنه بدل
القرض، ولأن الخصم لا يسلم أنه بدل (ثمن).

٥- صيغة: ويلاحظ في هذه الصورة أن الأركان صارت خمسة،
بخلاف صورة القرض الأولى إذ الأركان فيها أربعة، والسرف في هذا أن
الصورة الأولى محل التعاقد فيها بين الطرفين هو القرض، بمعنى أن يدفع
المقرض مالاً للمقترض، أما كون المقترض يرد مثله فذلك لازم من لوازم
عقد القرض، وأثر من آثاره، وليس ركناً في انعقاده، لأنه إذا اتفق على
القرض لزم منه رد مثله، وتقرر في ذمة المقترض.

أما في الصورة الثانية (القرض بشرط الزيادة) فالمال المدفوع، وزيادته
المشروطة يكونان جملة عوضاً مقصوداً في مقابلة المال المدفوع أولاً،
فكان المال المدفوع أولاً عوضاً، وكان المال المدفوع ثانياً والزيادة المشروطة
عوضاً آخر، وهما مقصودان للطرفين. وكان الأول مبدلاً، وكان الثاني
والزيادة بدلاً.

وهذه الجملة من المال المدفوع بالإضافة إلى الزيادة يلتزم بها الطرف

الآخر باعتبارها محل التعاقد^(١)، فكان العقد بهذا أبعد ما يكون عن القرض الشرعي ذلك أن :

١- القرض لا يقتضي سوى رد مثل ما أخذ.

٢- ثم إن رد مثل ما أخذ ليس محلاً للتعاقد بل أثر من آثار العقد.

والصورة المذكورة المشروطة فيها الزيادة بخلاف هذا كله ففارقت القرض الشرعي، وكانت بيعاً ربوياً.

تنزيل هذه الصورة على البيع :

البيع تتكون ماهيته من :

١- بائع ٢- مشتر ٣- بدل (ثمن) ٤- مبدل (مئمن) ٥- صيغة

والبذل (الئمن) مقصود للبائع، والمبدل (المئمن) مقصود للمشتري، وغرض الطرفين من العقد المعاوضة.

ولتنزيل القرض المشروطة الزيادة فيه على البيع أقول :

ما أسميته المعطي يكون هو البائع.

وما أسميته الآخذ يكون هو المشتري.

وما أسميته المال المدفوع أولاً يكون هو المبدل (المئمن).

وما أسميته المال المدفوع ثانياً والزيادة يكون هو البذل (الئمن).

(١) أي أحد العوضين.

وإدارة الحكم على القصود تؤيد الوجه الثاني ، وهو عد القرض المشروطة فيه الزيادة بيعاً ربوياً لا قرضاً وإن سمي به - وقد تقدم - ذلك أن المؤسسات القائمة على الاقراض مقصودها الربح ، والمعاوضة إذ تعد ذلك عملاً تجارياً ، وإذ نخلص إلى أن القرض المشروطة الزيادة فيه مقصوده الكسب ، والمعاوضة لا الارفاق والاحسان ، فإنه يكون في البيع أدخل منه في القرض .

ولما كانت المعاوضة فيه ليست على الوجه المشروع لكنها زيادة بمقابلة الأجل فإنها تكون في الربا أدخل ، وعندئذ لانكون بحاجة إلى وصف المعاملة بأنها قرض ربوي ، أو بيع ربوي ، بل نطلق عليها اسم «الربا» وكفى .

فإن الله تعالى جعل البيع قسيم الربا وفرق بينهما في الحكم حيث قال : « وأحل الله البيع وحرم الربا » .

وهذا ما أميل إليه ، وإنني وإن كنت قد خالفته فيما تقدم قبل قليل من تحقيق بينت فيه حقيقة القرض ، وحقيقة البيع حيث وصفت المعاملة بأنها بيع ربوي ونزلتها على ماهية البيع ، فإن غرضي من ذلك بيان مفارقتها القرض من جهة كون المعاوضة مقصوداً رئيساً فيها .

وإذ كان العوض المقصود ربياً فإن الفقه الاعتبار بهذا المقصود .

وإنني مورد مستنداً لقولي طرفاً من قول ابن القيم رحمه الله تعالى في بيان إدارة الأحكام على المقاصد قال :

(ومن تدبر مصادر الشرع ، وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها ، بل جرت على غير قصد منه كالنائم . . . فعلم أن الاعتبار في العقود ، والأفعال بحقائقها ، ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها ، وأفعالها ، ومن لم يراع المقصود في العقود ، وجرى مع ظواهرها يلزمه أن لا يلعن العاصر ، وأن يجوز له عصر العنب لكل أحد ، وإن ظهر له أن قصده الخمر ، وأن يقضي له بالأجرة لعدم تأثير القصد في العقد عنده ، ولقد صرحوا بذلك ، وجوزوا له العصر ، وقضوا له بالأجرة . . . وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات ، والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد ، والنية ، والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، وصحيحاً أو فاسداً ، وطاعة أو معصية ، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة ، أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة ، ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر ، فمنها قوله تعالى في حق الأزواج إذا طلقوا أزواجهم طلاقاً رجعيّاً : «وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً . . . الآية » .

وقوله : « ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا » الآية .

وذلك نص في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الإصلاح دون من قصد الضرر .

وقوله في الخلع : « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما

فيما أفتدت به» الآية .

وقوله : « فَإِنْ طَلَقَهَا فَلَا جَنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ . . . » الآية .

فبين الله تعالى أن الخلع المأذون فيه ، والنكاح المأذون فيه إنما يباح إذا ظننا أن يقيما حدود الله .

وقال تعالى : « مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍ » الآية .
 فإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرر ،
 فإن قصده فللورثة إبطالها ، وعدم تنفيذها .

وكذلك قوله : « فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ » الآية .

فرفع الإثم عن من أبطل الجنف ، والإثم من وصية الموصي ، ولم يجعلها بمنزلة نص الشارع الذي تحرم مخالفته .

. . . وتأمل قول النبي ﷺ « صِيدَ الْبَرِّ لَكُمْ حَلَالٌ وَأَنْتُمْ حَرَمُ مَالِهِ تَصِيدُوهُ أَوْ يُصَدَّ لَكُمْ »^(١) كيف حرم على المحرم الأكل مما صاده الحلال

(١) سنن أبي داود ، كتاب المناسك ، باب لحم الصيد للمحرم ، ١٧١/٢ ، رقم ١٨٥١ . سنن الترمذي ، كتاب الحج ، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم ، ٢٠٤/٣ ، رقم ٨٤٦ . سنن النسائي ، كتاب مناسك الحج ، باب إذا أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال ، ١٨٧/٥ ، رقم ٢٨٢٧ .

والحديث قد اختلف في تصحيحه وتضعيفه ، فمن ضعفه الترمذي ، قال : =

إذا كان قد صاده لأجله ، فانظر كيف أثر القصد في التحريم ، ولم يرفعه ظاهر الفعل .

... فهذه النصوص ، وأضعافها تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود ، وغيرها ، وأحكام الشريعة تقتضي ذلك أيضاً ، فإن الرجل إذا اشترى أو أستأجر ، أو اقترض ، أو نكح ، ونوى أن ذلك لموكله أو لموليه كان له ، وإن لم يتكلم به في العقد ، وإن لم ينوه له وقع الملك للعاقد ، وكذلك لو تملك المباحات من الصيد ، والحشيش ، وغيرها ، ونواه لموكله وقع الملك له عند جمهور الفقهاء .

... ومن ذلك أن الله تعالى حرم أن يدفع الرجل إلى غيره ما لا ربوياً بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا ، وجوز دفعه بمثله على وجه القرض ، وقد اشتركا في أن كلا منهما يدفع ربوياً ، ويأخذ نظيره ، وإنما فرق بينهما القصد ، فإن مقصود المقرض إرفاق المقرض ونفعه وليس مقصوده المعاوضة ، والربح .

... فكيف يمكن أحداً أن يلغي القصد في العقود ، ولا يجعل لها

= والمطلب لا نعرف له سماعاً عن جابر « ٢٠٤ / ٣ ، والنسائي قال : « عمرو بن أبي عمرو ليس بالقوي في الحديث ، وإن كان روى له مالك » النسائي ١٨٧ / ٥ .

ومن صححه الشافعي حيث روى الترمذي عنه فيه قوله : « وهذا أحسن حديث روي في هذا الباب وأقيس » ٢٠٤ / ٣ ، كما صححه الحاكم في مستدركه ، ٤٥٢ / ١ ، والبيهقي في سننه ١٩٠ / ٥ .

اعتباراً؟^(١)

ثم إيضاحاً لما حرره رحمه الله تعالى ذكر أقسام الألفاظ فقال :
(فإذا تمهدت هذه القاعدة نقول : الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتكلمين ، ونياتهم ، وإراداتهم لمعانيها ثلاثة أقسام :
أحدها : أن تظهر مطابقة القصد للفظ .

القسم الثاني : ما يظهر بأن المتكلم لم يرد معناه .

القسم الثالث : ما هو ظاهر في معناه ، ويحتمل إرادة المتكلم له ،
ويحتمل إرادته غيره ، ولا دلالة على واحد من الأمرين ، واللفظ دال على المعنى الموضوع له ، وقد أتى به اختياراً .

فهذه أقسام الألفاظ بالنسبة إلى إرادة معانيها ، ومقاصد المتكلم بها ،
وعند هذا يقال : إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام أو لم يظهر قصد
يخالف كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره ، والأدلة التي ذكرها
الشافعي رضي الله عنه ، وأضعافها كلها إنما تدل على ذلك ، وهذا حق
لا ينزاع فيه عالم ، . . . وإنما النزاع في الحمل على الظاهر حكماً بعد
ظهور مراد المتكلم ، والفاعل بخلاف ما أظهره ، فهذا هو الذي وقع فيه
النزاع ، وهو : هل الاعتبار بظواهر الألفاظ ، والعقود ، وإن ظهرت
المقاصد والنيات بخلافها ، أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات

إليها، ومراعاة جانبها ؟ وقد تظاهرت أدلة الشرع، وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده ، وفي حله وحرمة ، بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً، وتحريماً، فيصير حلالاً تارة، وحراماً تارة أخرى باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة، وفاسداً تارة باختلافها، وهذا كالذبح فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل، ويحرم إذا ذبح لغير الله . . . وكذلك صورة القرض، وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل صورتها واحدة، وهذا قرينة صحيحة، وهذا معصية باطلة بالقصد.

. . . فالنية روح العمل، ولبه، وقوامه، وهو تابع لها يصح بصحتها، ويفسد بفسادها، والنبي ﷺ قد قال كلمتين كفتا، وشفتا، وتحتتهما كنوز العلم، وهما قوله : «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»^(١) فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل الانية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات، والمعاملات، والأيمان، والنذور، وسائر العقود، والأفعال، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محلاً، ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح، لأنه قد

(١) صحيح البخاري بفتح الباري، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ ، ٩/١ ، وانظر : صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الامارة باب قوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنية» ، ٥٣/١٣ .

نوى ذلك، وإنما لا مرئ ما نوى، فالمقدمة الأولى معلومة بالوجدان،
والثانية معلومة بالنص^(١).

ثم قال السنهوري بعد قوله السابق :

« يتبين مما قدمناه أن القرض الذي يتضمن فائدة ليس أصيلاً في
العقود الربوية، بل هو يقاس عليها :

يجوز أولاً أن يتضمن القرض فائدة غير مشروطة .

ويجوز ثانياً: أن يستر القرض فائدة كمن يبيع الشيء غالياً
للمستقرض ثم يقرضه بعد ذلك مبلغاً من المال إذ لا شك في أن الفرق بين
التمن الغالي، والقيمة الحقيقية إنما هو فائدة القرض .

وأخيراً: إذا تضمن القرض زيادة مشروطة ظاهرة - وهذه هي الفائدة
بعينها - فإن هذا لا يجوز، ولكن لا لأن المشروطة ربا، بل لأنها تشبه
الربا، والتحرز عن حقيقة الربا، وعن شبهة الربا واجب^(٢) » .

ويناقش قوله هذا من جهات :

أما من جهة قوله « يجوز أن يتضمن القرض فائدة غير مشروطة »
فمعلوم أن المنفعة التي يجرها القرض إذا لم تكن مشروطة، ولا
متواطاً عليها فإنه لا بأس بها .

(١) أعلام الموقعين ، ٣/ ١٠٧-١١١ .

(٢) مصادر الحق ، ٣/ ٢٤٠ .

وأما من جهة قوله « ويجوز ثانياً أن يستر القرض فائدة كمن يبيع الشيء غالباً . . . إذ لاشك في أن الفرق . . . إنما هو فائدة القرض » .
وقوله : « وأخيراً إذا تضمن القرض زيادة مشروطة ظاهرة . . . فإن هذا لا يجوز » .

قلت تفريقه بين ما جاء في ثانياً وأخيراً يقضي منه العجب إذ لا فرق في الحقيقة بينهما ، وقد صرح به إذ قال في ثانياً : « إذ لاشك في أن الفرق بين الثمن الغالي والقيمة الحقيقية إنما هو فائدة القرض » .

فإذا كان كذلك فإنه لا يفرقه عن الزيادة المشروطة الظاهرة التي ذكرها في قوله « وأخيراً » سوى الحيلة إذ هو احتال في الصورة الثانية ، أما في الأخيرة فلم يحتل فهل كانت الحيلة مسوغاً شرعياً للأحكام ؟ هذا أولاً .

وثانياً - أن ما ذكره في ثانياً يعد من قبيل الجمع بين سلف ، وبيع وقد جاء النهي عنه بالحديث :

« لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع مالميس عندك » ^(١) .

وعلى هذا بنى الفقهاء رأيهم في المسألة :

جاء في البناية شرح الهداية :

(لو باع عبدا على أن يقرضه المشتري درهماً فالبيع فاسد لأنه

(١) انظر في تخريجه ص ٩٧ من هذه الرسالة .

شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن سلف وبيع^(١)

وقال ابن رشد في مقدماته : (واختلف أيضاً في البيع والسلف إذا وقع فقيـل : يفسخ مادام مشـرط السلف متمسكاً بشرطه ، فإن رضي بتركه على مذهب سخـنون أو رده على مذهب ابن القاسم يريد والله أعلم قبل أن يغيب عليه غيبة يتفـع بها - صح البيع ولم يفسخ)^(٢) .

وجاء في روضة الطالبين : (باب البيوع المنهي عنها ومنها النهي عن بيع وسلف ، هو البيع بشرط القرض)^(٣) .

وجاء في الإنصاف : (قوله في الشروط الفاسدة أحدهما : أن يشـرط أحدهما على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض ، أو بيع أو إجارة أو صرف للثمن أو غيره فهذا يبطل البيع ، وهو الصحيح من المذهب ويحتمل أن يبطل الشرط وحده ، وهو رواية عن الإمام أحمد)^(٤) .

وهكذا نرى الفقهاء يعدونه داخلاً تحت النهي عن سلف وبيع كما

(١) البناية شرح الهداية ، ٢٤٤ / ٧ .

(٢) مقدمات ابن رشد ، ٦٥ / ٢ .

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين ، محيي الدين بن شرف النووي ، بيروت ، المكتب الإسلامي ، ط ٢ لعام ١٤٠٥ هـ ، ٣ / ٣٩٥ - ٣٩٨ .

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، علي بن سليمان المرادوي ، تحقيق محمد حامد الفقي ، القاهرة ، مطبعة السنة المحمدية ، ط ١ لعام ١٣٧٥ هـ ، ٤ / ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

يعدون هذا الشرط من أحد المتعاقدين شرطاً فاسداً.

وفي بيان دخول هذه الصورة تحت الحيلة، وتحت النهي عن سلف، وبيع.

يقول الامام ابن تيمية : (وجماع الحيل نوعان : إما أن يضموا إلى أحد العوضين ماليس بمقصود، أو يضموا إلى العقد عقداً ليس بمقصود . . . والنوع الثاني من الحيل أن يضموا إلى العقد المحرم عقداً غير مقصود مثل أن يتواطأ على أن يبيعه الذهب بخزره، ثم يبتاع الخرز منه بأكثر من ذلك الذهب . . . أو يقرن بالقرض محاباة في بيع أو إجارة أو مساقاة أو نحو ذلك، مثل أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين، . . . فهذا ونحوه من الحيل لاتزول به المفسدة التي حرم الله من أجلها الربا^(١) .

ثم قال : (والمنع من هذه الحيل هو الصحيح قطعاً لما روى عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال : " لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك " ^(٢) . . . وكل تبرع

(١) الفتاوى، ٢٩/٢٧، ٢٨.

(٢) سنن أبي داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في الرجل يبيع ماليس عنده، ٣/٣٨٤، رقم ١٣٠٦. سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ماجاء في كراهية بيع ماليس عندك، ٣/٥٢٦، ٥٢٧، رقم ١٢٣٤. وقال : هذا حديث حسن صحيح. سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع ماليس عند البائع، ٧/٢٨٨، رقم ٤٦١١.

يجمعه إلى البيع والإجاره مثل الهبة، والعارية، . . . وغير ذلك هي مثل القرض، فجماع معنى الحديث : أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً . . .^(١) .

المطلب الثاني : مناقشة عبد الرزاق السنهوري فيما نسب إليه ابن القيم :

لقد أخذ السنهوري في كتابه مصادر الحق على ابن القيم رحمه الله تعالى تمييزه بين ربا النسئة الثابت بالسنة، وربا الفضل الثابت فيها، ومن ثم نسبه إلى التحكم نظراً لتمييزه هذا، وفي هذا يقول السنهوري : « ولا يسعنا إلا أن نقف عندما ينطوي عليه التمييز الذي يقول به ابن القيم من التحكم، فهو قد ألحق ربا النسئة بربا الجاهلية، وجعل للنوعين حكماً واحداً، مع أن مصدر التحريم مختلف .

في ربا الجاهلية مصدر التحريم القرآن الكريم، وفي ربا النسئة مصدر التحريم الحديث الشريف، ثم هو في الوقت ذاته فصل ما بين ربا النسئة، وربا الفضل، فجعل الأول جلياً، والثاني خفياً، مع أن مصدر التحريم فيهما واحد، وهو الحديث الشريف .

ولاشك أن هذا تحكم لامبرر له، فإما أن يجعل للأشكال الثلاثة من الربا حكماً واحداً، ويعتبر أن درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف معادلة لدرجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم، كما فعل

(١) المرجع السابق، ٦٢/٢٩ .

فقهاء المذاهب فيما قدمنا، وإما أن يميز بين درجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم فيجعل ربا الجاهلية وحده هو الربا الجلي، وبين درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف فيجعل كلاً من ربا النسيئة، وربا الفضل رباً خفياً، ولا يقصر الربا الخفي على ربا الفضل وحده^(١).

قلت : وقد اشتمل كلام السنهوري هذا على مغالطات :

أولها - إلزامه ابن القيم بالتسوية بين ما ثبت بالكتاب والسنة من حكم دون مسوغ.

وثانيها : إلزامه التفريق بين ما ثبت بالكتاب، والسنة من حكم دون مسوغ.

وثالثها : نسبته إلى التحكم إن لم يفعل شيئاً من ذلك.

وفيما يلي مناقشته في كلٍّ :

أولاً - مناقشة إلزامه التسوية.

ويناقش السنهوري أن ما أراد إلزامه لوجه للزومه، وما دعا إليه من اعتبار ليس له في الشرع من اعتبار بيان ذلك :

أن درجة التحريم المستمدة من الكتاب، وهو طريق واحد ليست متساوية في كل الأحكام الثابتة بالكتاب، بل إن منها ما هو محرم قصداً، وهو كبيرة كالقتل بغير حق، والزنا، والربا، ومنها ما هو محرم وسيلة،

(١) مصادر الحق، عبد الرزاق السنهوري، ٣/ ٢١٨.

كالنظر الحرام، وسب الهة المشركين، وإذا كان التمايز بين ما حرم بالكتاب ثابتاً دون مساس باعتباره مصدراً للتشريع وتلقي الأحكام، وإلا لزم منه القول بالتسوية بين القتل بغير حق، والنظر، وهو شطط لم يأذن الله به، فإن التمايز بين ما حرم بالسنة كذلك، وهو كذلك في الأحكام عند اختلاف مصدرها بطريق الأولى، كالأحكام الثابتة بالكتاب والأحكام الثابتة بالسنة دون مساس باعتبار السنة مصدراً للتشريع وتلقي الأحكام، إذ الكل وحي من الله تعالى، والفرق بينهما أن الكتاب متعبد بتلاوته بخلاف السنة، كما أن الكتاب قطعي الثبوت لاشك في نسبته إلى الله، أما السنة فمختلف ثبوتها، والعبرة إنما هو بالثابت منها، فما ثبت منها فهو كالقرآن في تلقي الأحكام يدل لذلك :

١- أن الله عز وجل نهى عن مخالفة رسوله بقوله :

﴿... فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (٦٣) (١)

٢- وأمر بمتابعته وطاعته بقوله :

﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ...﴾ (٢)

وقوله : ... وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا... (٣)

(١) الآية رقم (٦٣) من سورة النور.

(٢) الآية رقم ٣١ من سورة آل عمران .

(٣) الآية رقم (٧) من سورة الحشر.

وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ...﴾^(١).

وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَوَلَّوْا عَنْهُ وَأَنْتُمْ تَسْمَعُونَ﴾^(٢).

وقوله: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ...﴾^(٣). الآية

وعلى هذا فإن السنة قد تنشيء حكماً زائداً على ما في الكتاب فيتلقي منها كما يتلقى من الكتاب، وفي هذا يقول الامام الشافعي:

«الوجه الثالث ما سن رسول الله ﷺ ما ليس فيه نص كتاب، فمنهم من قال جعل الله له بما افترض من طاعته وسبق في علمه من توفيقه لرضاه أن يسن فيما ليس فيه نص كتاب، ومنهم من قال لم يسن سنة قط، إلا ولها أصل في الكتاب، كما كانت سنته لتبيين عدد الصلاة، وعملها على أصل جملة فرض الصلاة، وكذلك ما سن من البيوع، وغيرها من الشرائع لأن الله قال: «... لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل...» وقال: «... وأحل الله البيع وحرم الربا...»، فما أحل وحرم فإنما يبين فيه عن الله كما بين الصلاة، ومنهم من قال بل جاءت به رسالة الله فأثبتت سنته بفرض الله، ومنهم من قال ألقى في روعه كل ما سن وسنته الحكمة الذي

(١) الآية رقم (٥٩) من سورة النساء.

(٢) الآية رقم (٢٠) من سورة الأنفال.

(٣) الآية رقم (٥٤) من سورة النور.

ألقي في روعه عن الله فكان ما ألقي في روعه سنته»^(١).

ويقول ابن القيم :

(فما كان منها زائداً على القرآن فهو تشريع مبتدأ من النبي ﷺ تجب طاعته فيه ، ولا تحل معصيته ، وليس هذا تقدماً لها على كتاب الله بل امتثال لما أمر الله به من طاعة رسوله ، ولو كان رسول الله ﷺ لا يطاع في هذا القسم لم يكن لطاعته معنى ، وسقطت طاعته المختصة به ، وأنه إذا لم تجب طاعته إلا فيما وافق القرآن لا فيما زاد عليه لم يكن له طاعة خاصة تختص به ، وقد قال الله تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله . . . » وكيف يمكن أحداً من أهل العلم أن لا يقبل حديثاً زائداً على كتاب الله فلا يقبل حديث تحريم المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا حديث التحريم بالرضاعة لكل ما يحرم من النسب ، ولا حديث خيار الشرط ، ولا أحاديث الشفعة ، ولا حديث الرهن في الحضر مع أنه زائد على ما في القرآن . . .)^(٢).

٣- أن السنة المتواترة تنسخ القرآن على الراجح من أقوال العلماء ، وخالف في ذلك الشافعي ، وأحمد في المشهور عنه ، على أن خلاف الشافعي وأحمد محمول على جوازه شرعاً لا عقلاً ، وأياً كانت الحال فالجمهور على خلاف هذا القول ، وقد استقصى الأمدى في

(١) الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق أحمد شاكر، ص ٩٢، ٩٣.

(٢) أعلام الموقعين، ٣٠٨/٢.

الإحكام، والرازي في المحصول أدلة المانعين، وأجابا عنها بما لا يتسع
المقام لبسطه ها هنا^(١).

٤- أن السنة تخصص القرآن، وفي هذا يقول الآمدي :

(يجوز تخصيص عموم القرآن بالسنة، أما إذا كانت السنة متواترة
فلم أعرف فيه خلافاً، وأما إذا كانت السنة من أخبار الآحاد فمذهب
الأئمة الأربعة جوازه)^(٢).

ويقول ابن القيم : (. . . أن تخصيص القرآن بالسنة جائز، كما
أجمعت الأمة على تخصيص قوله «وأحل لكم ما وراء ذلكم» بقوله ﷺ

(١) انظر الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين الآمدي، بيروت، دار
الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ، ٢١٧/٣.

وانظر : الرسالة ١٠٦، المحصول، فخر الدين الرازي، تحقيق طه العلواني،
بيروت، مؤسسة الرسالة، ط ٢ لعام ١٤١٢هـ، ٣/٣٤٧.

الوصول إلى علم الأصول، ٤٢/٢ ؛ الكوكب المنير، ٣/٥٦٢.

روضة الناظر بشرح نزاهة الخاطر، ١/٢٢٤ ؛ ارشاد الفحول، ١٩٢.

(٢) الإحكام للآمدي، ٤٧٢/٢.

قلت : ومعلوم أن قبول الأئمة تخصيص عموم الكتاب بالمتواتر ليس كقبولهم
تخصيصه بخبر واحد، فقد خالف في الثاني بعض العلماء كالحنفية، ونقل
فيه أكثر من رواية عن بعض الأئمة كأحمد رحمه الله تعالى، وليس هذا موضع
تفصيله فليرجع فيه إلى : فواتح الرحموت ١/٣٤٩، المحصول ٣/٧٨، ٨٥،
الوصول إلى الأصول ١/٢٦٠، روضة الناظر وشرحها نزاهة الخاطر
١٦١، ١٦٣، المسودة، ص ١٠٧.

«لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»^(١) وعموم قوله تعالى «يوصيكم الله في أولادكم» بقوله ﷺ «لا يرث المسلم الكافر»^(٢) وعموم قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» بقوله ﷺ لا قطع في ثمر ولا كثر»^(٣)، ونظائر ذلك كثيرة، فإذا جاز التخصيص وهو رفع بعض ما تناوله اللفظ، وهو نقصان من معناه فلأن تجوز الزيادة التي لا تتضمن رفع شيء من مدلوله، ولا نقصانه بطريق الأولى والأحرى^(٤).

ومن مجموع ما تقدم تعلم التسوية بين الكتاب والسنة الصحيحة من جهة اعتبارهما مصدراً للتشريع، وتلقي الأحكام، لكن ذلك لا يلزم منه

(١) صحيح البخاري بفتح الباري، كتاب النكاح، باب لاتنكح المرأة على عمتها، ١٦٠/٩، وانظر صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب النكاح، ١٠٢٨/٢.

(٢) المرجع السابق، كتاب الحج، باب توريث دور مكة وبيعها وشرائها، ٤٥٠/٣.

(٣) مسند الإمام أحمد، ٤٦٤/٣، وانظر: سنن أبي داود كتاب الحدود، باب ما يقطع به السارق ١٣٧/٤، رقم ٤٣٨٨. سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب ما لا قطع فيه، ٨٧/٨.

قال ابن حجر في حكمه عليه: «واختلف في وصله وإرساله، وقال الطحاوي: هذا الحديث تلقت العلماء متنه بالقبول، ورواه أحمد، وابن ماجه من حديث أبي هريرة وفيه سعد بن سعيد المقبري، وهو ضعيف» التلخيص الحبير ٦٥/٤.

(٤) أعلام الموقعين، ٣١٨/٢.

التسوية بين ما ثبت فيهما من أحكام ، كما لا تلزم التسوية بين ما ثبت في أحدهما من أحكام وقد تقدم^(١) ، والتمييز بين ما ثبت من أحكام في أحدهما أو كليهما يعلم من مقاصد الشارع ، وألفاظه ، ودلالاته .

ثانياً - مناقشة إلزامه التفريق :

تقدم في المبحث السابق بيان أن الكتاب والسنة وحي من الله تعالى ، كلاهما مصدر للتشريع ، وتلقي الأحكام لافرق بينهما من هذا الوجه ، وعليه فإنه لا معنى للإلزام السنهوري ابن القيم بالتفريق بين ما جاءت به السنة ، وما جاء به الكتاب لا لشيء إلا لأن هذا طريق ثبوته السنة ، وذاك طريق ثبوته الكتاب إذ ذاك ليس له اعتبار في الشرع يدل لذلك أن تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها كتحریم الجمع بين الأختين وذاك ثبت بالسنة ، وهذا ثبت الكتاب ، وإنما التفاوت في التحريم يتوقف على أمر خارج عن ذلك يعلم من مقاصد الشارع وألفاظه ودلالاته ، فما كانت دلالاته على الحكم قطعية كتاباً كان أو سنة قدم على ما كانت دلالاته ظنية كتاباً كان أو سنة ، وإني مورد لكل مثلاً :

مثال على كون الكتاب أقوى دلالة من السنة ، فيقدم لهذا :

قوله ﷺ في حد الزاني البكر :

« خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد

(١) انظر ص ٩٩ وما بعدها من هذه الرسالة .

مائة، ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم^(١). فهو ظاهر^(٢)
الدلالة في جلد كل زان بكر مائة جلدة ذكراً كان أو أنثى حرّاً كان أو
عبدًا، لكن قوله تعالى في حق الإمام:

﴿... فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ
الْعَذَابِ...﴾^(٣)

نص في حد الأمة البكر، ولما كان الكتاب أقوى دلالة على حد الأمة
البكر إذ هو نص^(٤) في موضوعها قدم على السنة لهذا الاعتبار فكان جلد
الأمة خمسين لا مائة.

مثال على كون السنة أقوى دلالة من الكتاب فتقدم لهذا :

قوله تعالى في الميراث :

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ...﴾^(٥)

(١) صحيح مسلم ، كتاب الحدود، باب حد الزنا، ٣/ ٥٢٣، ٥٢٥، رقم
١٦٩٠.

(٢) الظاهر هو : « ما يسبق به إلى الفهم عند الإطلاق معنى ، مع تجويز غيره »
انظر روضة الناظر بشرح نزهة الخاطر، ٢/ ٢٩.

(٣) الآية رقم (٢٥) من سورة النساء .

(٤) النص هو : « ما يفيد بنفسه من غير احتمال » انظر روضة الناظر بشرح نزهة
الخاطر، ٢/ ٢٧.

(٥) الآية رقم (١١) من سورة النساء .

ظاهر الدلالة في توريث كل ولد، وظاهر الدلالة في إرث كل والد،
 لكن قوله ﷺ في حق الأنبياء :
 « لا نورث ما تركناه صدقة »^(١) .

نص في الأنبياء وأنهم لا يورثون ، ولما كانت السنة أقوى دلالة من
 الكتاب في شأن الأنبياء إذ هي نص فيهم قدمت السنة لهذا الاعتبار ،
 ولهذا منع أبوبكر رضي الله عنه فاطمة والعباس رضي الله عنهما الميراث من
 النبي ﷺ^(٢) .

وبه يستبين وجه التمييز ، والتفريق ، وموضوعه دلالات الألفاظ .

ثالثاً - مناقشة نسبه ابن القيم إلى التحكم :

ويناقش أن ابن القيم رحمه الله تعالى في تفريقه بين ربا الفضل ، وربا
 النسيئة في الأصناف الستة قد اعتبر بالمعهود من الشارع في خاصة
 المسألة ، وفي غيرها ، ومن كان معتبراً بالشارع لم يكن متحكماً ، أصاب
 الحق أم أخطأه .

أما المعهود في خاصة المسألة :

١ - فلأن الحديث الصحيح (إنما الربا في النسيئة)^(٣) .

(١) صحيح البخاري بفتح الباري ، كتاب الفرائض ، باب قول النبي ﷺ : « لا

نورث ما تركناه صدقه » ، ٦ / ١٢ .

(٢) انظر المرجع السابق ، ٥ / ١٢ .

(٣) تقدم تخريجه ص ٤٨ من هذه الرسالة .

قد حصر كمال الربا في النسيئة^(١) فدل ذلك على التفاوت بين ربا الفضل، وربا النسيئة، وهذا التفاوت ينبني عليه فرق في حكمهما، وإن كان كل منهما ربا.

٢- ولقول النبي ﷺ: « لا تتبعوا الدرهم بالدرهمين فإنني أخاف عليكم الرما »^(٢).

فبين في هذا الحديث أنه منعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة، فعلم منه أن تحريم ربا الفضل تحريم وسائل.

٣- ولأن الشارع الحكيم أباح العرايا للحاجة يدل لذلك :

ما جاء عن زيد بن ثابت : (أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً)^(٣).

(١) هذا التأويل قال به بعض علماء الحديث، انظر فتح الباري، ٣٨٢/٤، عمدة القارئ، ٣٩٦/١١.

(٢) نسب ابن القيم هذا الحديث إلى أبي سعيد الخدري، وقد تتبعته عن أبي سعيد بهذا اللفظ فلم أجده، لكنني وجدت هذا اللفظ مع شيء من الاختلاف عند أحمد في مسنده، وقد أسنده إلى ابن عمر لا أبي سعيد، وقال صاحب الفتح الرباني في نقده، وفيه أبو جناب، وهو ثقة، ولكنه مدلس، انظر الفتح الرباني ٧٤/١٥، انظر أعلام الموقعين، ١٥٥/٢.

كما وجدت مثل هذا اللفظ أثراً عن عمر عند مالك في موطئه، انظر الموطأ بشرح تنوير الحوالك، ١٣٦/٢.

(٣) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، ٣٥١/٣، رقم ١٥٣٩.

وقد أوضح الخرقى العرايا بقوله : (والعرايا التي رخص فيها الرسول ﷺ وأن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق ، فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكله رطباً)^(١) .

قلت : وموضع الشاهد في مسألة العرايا هو أن البدلين ، ربويان بشرط فيهما التماثل ، لكن الشارع الحكيم رخص فيه إذا أجاز الخرص ، والخرص ليس من لازمه المماثلة .

فهذا كله مما عهد من الشارع في خاصة المسألة - أعني مسألة الربا - وأنه حصر كمال الربا في النسيئة ، كما أنه أباح العرايا للحاجة إذ استثناهما من ربا الفضل ، وهذا كله مشعر بتفريق الشارع الحكيم بين ربا الفضل ، وربا النسيئة ، أضف إلى ذلك أن الشارع الحكيم منع النسيئة مطلقاً اتحد الجنس أو اختلف ، لكنه أباح الفضل عند اختلاف الجنس ، وهذا فرق آخر بينهما جاء به الشارع الحكيم .

وأما ما عهد عن الشارع في غير مسألة الربا مما يمكن الاعتبار به في هذه المسألة ، فقد عهد عن الشارع الحكيم من خلال استقراء أحكامه إباحة ما حرم سداً للذريعة للمصلحة الراجحة ، وقد بين هذا ابن القيم ، وأوضح اعتماده عليه في مسألتنا فقال :

(وما أبيح سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة ، كما أبيحت العرايا

(١) المغني ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه ، الرياض ، رئاسة البحوث العلمية والإفتاء ، ١٤٠١ هـ ، ٦٥ / ٤ ، انظر : الفتاوى ، ٢٩ / ٤٢٨ .

من ربا الفضل ، وكما أبيحت ذوات الأسباب من الصلاة بعد الفجر ،
والعصر ، وكما أبيح النظر للخاطب ، والشاهد ، والطبيب ، والمعامل من
جملة النظر المحرم ، وكذلك تحريم الذهب ، والحرير على الرجال حرم
سداً للذريعة التشبه بالنساء الملعون فاعله ، وأبيح منه ما تدعوا إليه
الحاجة .. (١)

ومن جملته تعلم أن ابن القيم قد اعتبر بالشارع فيما ذهب إليه ، ومن
اعتبر بالشارع لم يكن متحكماً أصاب أم أخطأ في اعتباره ، إذ هو مطالب
بما يؤديه اجتهاده ، لا بإصابة الحق .

أما من رماه بالتحكم فإنه لم يستند فيما عمل به ، ودعا إليه من تفريق
بين ما جاء به الكتاب ، وما جاءت به السنة إلى شيء سوى هواه ، « ومن
أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله .. » فيكون بهذا أولى بالتحكم من
ابن القيم ، وشتان بين أهل العلم ، وأهل الأهواء ، ولا بن تيمية رحمه الله
تعالى في هذا قول يحسن إirاده ، قال الامام ابن تيمية :

« وسبب الفرق بين أهل العلم وأهل الأهواء - مع وجود الاختلاف
في قول كل منهما : - أن العالم قد فعل ما أمر به من حسن القصد
والاجتهاد ، وهو مأمور في الظاهر باعتقاد ما قام عنده دليله ، وإن لم يكن
مطابقاً ؛ لكن اعتقاداً ليس بيقيني ، كما يؤمر الحاكم بتصديق الشاهدين
ذوي العدل ، وإن كانا في الباطن قد أخطأ أو كذبا ، وكما يؤمر المفتي

بتصديق المخبر العدل الضابط ، أو باتباع الظاهر ، فيعتقد ما دل عليه ذلك ، وإن لم يكن ذلك الاعتقاد مطابقاً . فالاعتقاد المطلوب هو الذي يغلب على الظن مما يؤمر به العباد ، وإن كان قد يكون غير مطابق ، وإن لم يكونوا مأمورين في الباطن باعتقاد غير مطابق قط .

فإذا اعتقد العالم اعتقادين متناقضين في قضية أو قضيتين ، مع قصده للحق ، واتباعه لما أمر باتباعه من الكتاب والحكمة : عذر بمالم يعلمه وهو الخطأ المرفوع عنا ؛ بخلاف أصحاب الأهواء ؛ فانهم (إن يتبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس) ويجزمون بما يقولونه بالظن والهوى جزماً لا يقبل النقيض ، مع عدم العلم بجزمه ، فيعتقدون مالم يؤمروا باعتقاده ، لا باطنا ولا ظاهراً ، ويقصدون مالم يؤمروا بقصده ، ويجتهدون اجتهاداً لم يؤمروا به . فلم يصدر عنهم من الاجتهاد والقصد ما يقتضي مغفرة مالم يعلموه ، فكانوا ظالمين ، شبيهاً بالمغضوب عليهم ، أو جاهلين ، شبيهاً بالضالين .

فالمجتهد الاجتهاد العلمي المحض ليس له غرض سوى الحق . وقد سلك طريقه . وأما متبع الهوى المحض : فهو من يعلم الحق ويعاند عنه .

وثم قسم آخر - وهو غالب الناس - وهو أن يكون له هوى فيه شبهة ، فتجتمع الشهوة والشبهة ؛ ولهذا جاء في حديث مرسل عن النبي ﷺ أنه قال : «إن الله يحب البصر النافذ عند ورود الشبهات ، ويحب

العقل الكامل عند حلول الشهوات»^(١).

فالمجتهد المحض مغفور له، ومأجور، وصاحب الهوى المحض مستوجب للعذاب. وأما المجتهد الاجتهاد المركب من شبهة وهوى : فهو مسيء. وهم في ذلك على درجات بحسب ما يغلب، وبحسب الحسنات المأحية^(٢).

ثانياً - مناقشة سامي حمود فيما نسبته إلى ابن القيم :

لقد سبق أن نسب السنهوري ابن القيم إلى التحكم كما تقدم في المناقشة السابقة، وقد حاول سامي حمود الدفاع عن ابن القيم وتبرئته من هذه النسبة، فنسبه إلى القول بتحريم ربا النسيسة الثابت بالسنة تحريم وسائل، إذ هو محرم سداً لذريعة ربا الجاهلية، وفي هذا يقول: «... ولكن من يقرأ بإمعان ما يقوله ابن القيم، يرى أن هذا الفقيه لم يغفل الكلام عن ربا النوع الثاني من التقسيم الذي وضعه الدكتور السنهوري، وإن كان لم يتكلم في الموضوع بشكل مباشر، وإنما تعرض له ضمناً من خلال المناقشة، فهو يعتبر تحريم ربا النسيسة "الذي هو النساء عند ابن القيم" من باب سد الذرائع»^(٣).

(١) وهذا الحديث قال العراقي فيه : «أخرجه أبو نعيم في الحلية من حديث عمران بن حصين، وفيه حفص بن عمر العدني ضعفه الجمهور» المغني عن حمل الأسفار بذييل إحياء علوم الدين ٣٦٩/٤.

(٢) الفتاوى، ٤٣/٢٩، ٤٤.

(٣) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، سامي حسن أحمد =

ثم قال بعد أن أورد ما اعتمد عليه من قول لابن القيم :

« وكلام ابن القيم هذا صريح في بيان ما يراه بأن تحريم ربا النساء هو من باب سد الذريعة ، وأنه يكون بهذا عنده كربا الفضل من الربا الخفي . . . »^(١) .

أما ما اعتمد عليه سامي حمود في قوله هذا فهو طرف من قول ابن القيم جاء عنه في أعلام الموقعين ، وهذا نصه :

« . . . وسر ذلك - والله أعلم - أنه لو جُوز بيع بعضها ببعض نساء لم يفعل ذلك أحد إلا إذا ربح ، وحينئذ تسمح نفسه ببيعها حالة لطمعه في الربح ، فيعز الطعام على المحتاج ، ويشد ضرره ، وعامة أهل الأرض ليس عندهم دراهم ، ولا دنائير ، لاسيما أهل العمود ، والبوادي ، وإنما يتناقلون الطعام بالطعام ، فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء فيها كما منعهم من ربا النساء في الأثمان ، إذ لو جوز لهم النساء فيها لدخلها ، إما أن تقضي وإما أن تربى ، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزاناً كثيرة ، ففطموا عن النساء ، ثم فطموا عن بيعها متفاضلاً يداً بيد »^(٢) .

وقد ترتب على رأي سامي حمود هذا الذي فهمه من النص السابق ،

= حمود ، القاهرة ، دار التراث ، ط ٣ لعام ١٤١١ هـ ، ص ١١٩ .

(١) المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

(٢) اعلام الموقعين ، ١٥٧/٢ .

مؤاخذه أخذها على ابن القيم رحمه الله تعالى ، وهو قوله بأن الربا الخفي محرم تحريم وسائل وأنه يباح للحاجة .

فيتحصل بهذا مسألتان :

أولاهما : نسبة ابن القيم إلى القول بتحريم ربا النسئة الثابت بالسنة تحريم وسائل ، سداً للذريعة .

وثانيتهما : أخذه على ابن القيم القول بأن الربا الخفي محرم تحريم وسائل وأنه يباح للحاجة ، فلنناقش كل منهما .

المطلب الأول : مناقشة نسبة ابن القيم إلى القول بتحريم ربا النسئة الثابت بالسنة تحريم وسائل :

لئن كان سامي حمود أخذ على السنيهوري في مناقشته أنه لم يتابع كلام ابن القيم حيث قال : « ويبدو لنا أن هذا التوهم الذي انساق إليه الأستاذ الفاضل كان ناتجاً عن عدم متابعة كلام ابن القيم الذي لم يترك المسألة دون بيان على ما سنفصله فيما يلي »^(١) .

فإنه هو الآخر قد وقع في هذا فهو لم يستقص كلام ابن القيم في المسألة ؛ بل بنى رأيه على طرف من قوله ، ولو استقصى كلامه لوجد له قولاً آخر يقتضي خلاف ما دل عليه قوله المستشهد به ، فكان لا بد من أخذ أقواله مجتمعة ، والتوفيق بينها ، ولا يمكن اجترار مذهبه من بعضها ،

والضرب صفحاً عن البعض الآخر، وتحقيق مذهبه من خلال ضم أقواله بعضها إلى بعض، والتوفيق بينها هو ما أرمي إليه في هذا التحقيق، على أن خطأ اشتمله النص الذي استشهد به سامي حمود، وهو وإن كان غير مؤثر على موضع الشاهد، لكنه خلاف الصواب، فكان تصويبه من لازم هذا التحقيق، وفيما يلي بيان لكل في ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول: التصويب:

جاء في أول النص الذي استشهد به سامي حمود:

«وسر ذلك - والله أعلم - أنه لوجوز بيع بعضها ببعض نساء لم يفعل ذلك أحد إلا إذا ربح، وحيثئذ تسمح نفسه ببيعها حالة لطمعه في الربح»^(١).

وكان هذا القول في بيع الجنس بمثله من الأصناف الأربعة المطعومة، وقد اشتمل هذا النص - في نظري - على خطأ، وموضعه كلمة «نساء» وكلمة «حالة».

والصواب في نظري استبدال كل واحدة منهما بالأخرى، ووضع كل واحدة منهما موضع الأخرى، لتكون الجملة بعد التصويب:

«وسر ذلك - والله أعلم - أنه لوجوز بيع بعضها ببعض حالة لم يفعل ذلك أحد إلا إذا ربح، وحيثئذ تسمح نفسه ببيعها نساء لطمعه في الربح»

ولا يخفى أن المقصود ببيعها حالا يعني متفاضلاً إذ هو الممنوع، وما ذهبت إليه من تصويب أستدل عليه بما يلي:

١- أن الجملة قبل التصويب تدل على أن ربا النسئة منع لئلا يؤدي إلى ربا الفضل، وهذا قلب للمعنى، ذلك أن ربا الفضل حرم كيلا يؤدي إلى ربا النسئة، كما أشار إليه ابن القيم في غير موضع فقال:

« فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسئة »^(٢).

ويقول: « ففطموا عن النساء ثم فطموا عن بيعها متفاضلاً يداً بيد إذ تجرهم حلاوة الربح، وظفر الكسب إلى التجارة فيها نساء وهو عين المفسدة »^(٣).

(١) الخطأ ليس من سامي حمود، لكنه في طبعة أعلام الموقعين التي اعتمدها، وهي المتداولة، وهي التي رجعت إليها، وقد راجعها طه عبد الرؤوف سعد، ونشرتها دار الجيل، وفيما يتصل بالعبارة التي نحن بصدد تصويبها، فقد راجعت أكثر من نسخة فرجعت إلى نسخة نشرتها دار الفكر ببيروت وحققتها محمد محيي الدين عبد الحميد، ١٣٨/٢ فوجدت العبارة كما هي في النسخة التي اعتمدها.

كما راجعت نسخة أخرى قديمة جمع فيها أعلام الموقعين، وحادي الأرواح في كتاب واحد، وقد طبعت هذه النسخة بمطبعة فرج الله زكي الكردي بمصر لعام ١٣٢٥ هـ، فوجدت نفس العبارة في ج ٢ ص ٢٧٠ لا تختلف شيئاً عن النسخة التي اعتمدها.

(٢) أعلام الموقعين، ١٥٥/٢.

(٣) المرجع السابق، ١٥٧/٢.

وقال أيضاً : « يوضح ذلك أنه لو مكن من بيع مدحنطه بمدين كان ذلك تجارة حاضرة فتطلب النفوس التجارة المؤخرة للذة الكسب وحلاوته فمنعوا من ذلك»^(١).

فهذه شواهد من قوله تدل على أن التصويب مراده ، وأن ما هو مثبت خلاف ما أراده .

٢- أن قوله ضمن النص المحرف :

« . . . لم يفعل ذلك أحد إلا إذا ربح » .

لا يستقيم في النسيئة إذ النسيئة لا يقابل الربح فيها عوض ، وإنما الربح لقاء الأجل فهو معلوم سلفاً أنه من حظ الدائن ، أما المدين فلا حظ له فيه ، غير أن الحاجة تدفعه إليه لكنه مستقيم في ربا الفضل ذلك أنه لو جوز التفاضل مع الحلول في الجنس الواحد فإن أحداً لن يشتري درهماً بدرهمين إذ ذاك مما ترفضه بداهة العقول ، حيث لاحظ لمن يدفع درهمين بمقابلة درهم إلا إن كان في الدرهم فضل جودة تعدل الدرهمين فحينئذ يكون ذلك ممكناً ، وحينئذ يكون دافع الدرهمين ما دفعهما إلا لعلمه أنه رابح ، وهو تأويل الجملة أعلاه ، وهذا التفسير ذكره ابن القيم في موضع حديثه عن ربا الفضل ونصه :

« فممنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة ، وذلك أنهم إذا باعوا درهماً بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذي بين النوعين

إما في الجودة وإما في السكة، وإما في الثقل، والخفة وغير ذلك تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر، وهو عين ربا النسيئة»^(١).

المقصد الثاني : التحقيق :

الناظر في أقوال ابن القيم في ربا النسيئة في الأصناف الستة، الثابت بالسنة يجدها جاءت على نحوين متغايرين ظاهراً، ذلك أن بعضها مشعر أن ربا النسيئة في الأصناف الستة إنما حرم كيلاً يؤدي إلى ربا الجاهلية فهو محرم تحريم وسائل.

وبعضها يدل على أن ربا النسيئة في الأصناف الستة محرم تحريم مقاصد إذ هو عين ربا النسيئة، وتحقيق المقام يقتضي إيراد جملة أقواله أولاً، ومن ثم التوفيق بينها ثانياً.

أولاً، إيراد جملة من أقواله :

أ- أقواله المشعرة أن ربا النسيئة في الأصناف الستة محرم تحريم وسائل كيلاً يؤدي إلى ربا الجاهلية .

وقد جاء عنه في هذا مايلي :

١- النص الذي اشتشهد به سامي حمود، وقد تقدم، وأضيف

إليه مايلي :

٢- قوله في الجنسين منها : « ... وفي تجويز النساء بينها ذريعة

(١) المرجع السابق، ١٥٥/٢.

إلى إما أن تقضي ، وإما أن تربى ، فكان من تمام رعاية مصالحهم أن قصرهم على بيعها يداً بيد كيف شاؤوا فحصلت لهم مصلحة المبادلة ، واندفعت عنهم مفسدة إما أن تقضي وإما أن تربى^(١) .

٣- وقوله : « وليس بهم حاجة في بيع هذه الأصناف بعضها ببعض نساء ، وهو ذريعة قريبة إلى مفسدة الربا »^(٢) .

ب- أقواله المفيدة أن ربا النسيئة في الأصناف الستة حرم تحريم مقاصد ، إذ هو عين الربا .

وقد جاء عنه في هذا مايلي :

١- قوله « . . . فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة ، ذلك أنهم إذا باعوا درهماً بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا لل تفاوت الذي بين النوعين إما في الجودة ، وإما في السكة ، وإما في الثقل ، وإما في الخفة ، وغير ذلك تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر ، وهو عين ربا النسيئة »^(٣) .

والشاهد أنه وصف الربح المؤخر في بيع الدراهم بجنسها أنه عين ربا النسيئة ، وعين ربا النسيئة هو مقصود التحريم إذ هو عين الربا للحديث «إنما الربا في النسيئة» فتحريمه تحريم مقاصد لا وسائل .

(١) المرجع السابق ، ١٥٧/٢ .

(٢) المرجع السابق ، ١٥٨/٢ .

(٣) المرجع السابق ، ١٥٥/٢ .

٢- وقوله في الجنس الواحد من الأصناف الأربعة المطعومة والأثمان :

« . . . فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء فيها كما منعهم من ربا النساء في الأثمان إذ لوجوز لهم النساء فيها لدخلها ، إما أن تقضي وإما أن تربى فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزناً كثيرة ففطموا عن النساء ثم فطموا عن بيعها متفاضلاً يداً بيد إذ تجرهم حلاوة الربح وظفر الكسب إلى التجارة فيها نساء ، وهو عين المفسدة^(١) » .

والشاهد أنه وصف ربا النساء في الأصناف الستة أنه عين المفسدة ، وعين المفسدة هو مقصود التحريم ، فهو محرم تحريم مقاصد لا وسائل .

٣- وقوله في الأصناف الستة أيضاً :

« فظهرت حكمة تحريم ربا النساء في الجنس ، والجنسين ، وربا الفضل في الجنس الواحد ، وأن تحريم هذا تحريم المقاصد ، وتحريم الآخر تحريم الوسائل ، وسد الذرائع ، ولهذا لم يبح شيء من ربا النسيئة ، وأما ربا الفضل فأبيح منه ما تدعوا إليه الحاجة^(٢) » .

والشاهد أنه عد ربا النسيئة في الأصناف الستة محرماً تحريم مقاصد ، كما عد ربا الفضل فيها محرماً تحريم وسائل ، وبناء على هذا غاير بينهما

(١) المرجع السابق ، ١٥٧/٢ .

(٢) المرجع السابق ، ١٥٩/٢ .

فقال باباحة الفضل للحاجة أما النسيئة فلا .

٤ - وقوله في بيان أقسام الربا :

« الربا نوعان جلبي ، وخفي ، فالجلبي حرم لما فيه من الضرر العظيم ، والخفي حرم لأنه ذريعة إلى الجلبي ، فتحريم الأول قصداً ، وتحريم الثاني وسيلة ، فأما الجلبي فربا النسيئة ، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية . . . وأما ربا الفضل فتحريمه من باب سد الذرائع . . . »^(١)

قلت : كونه جعل النسيئة هي الجلبي ، وأطلق فيها فإنها تشمل مائبت تحريمه بالكتاب (ربا الجاهلية) ، وما ثبت تحريمه بالسنة (الأصناف الستة) وتمثيله بربا الجاهلية لايعني اطراح ماعداه .

وكونه جعل ربا الفضل وحده هو الخفي ، وهو قسيم ربا النسيئة الجلبي ، فإن هذا مشعر بتسوية ابن القيم بين ربا النسيئة الثابت بالكتاب ، والثابت بالسنة ، ولئن كان هذا الدليل محتملاً فإن ماتقدمه نص في الموضوع فهي تعضده ، بل وتغني عنه .

المقصد الثالث : التوفيق

ومقصوده التوفيق بين مآظاهرة التعارض من أقوال ابن القيم رحمه الله تعالى : النظر في الجملة الأولى من أقواله :

الناظر في الجملة الأولى من أقواله المفيدة أن ربا النسيئة في الأصناف

(١) المرجع السابق، ٢/ ١٥٤ ، ١٥٥ .

السته محرم تحريم وسائل يجدها محتملة الدلالة فهي تحتمل :

أ- أن يكون المقصود منها بيان ما يؤدي إليه ربا النسيسة في الأصناف الستة من مفسدة ، على وجه التقبيح والتشنيع ، دون إرادة تعليق تحريمه عليها ، كما في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة »

ولم يكن مقصودها تعليق تحريمه على هذا الوصف ، لكن تقبيح الربا وتشنيعه .

ب - كما تحتمل مقصوداً آخر ، وهو أن ربا النسيسة في الأصناف الستة إنما حرم سداً للزريعة ربا الجاهلية ، وهو ما فهمه سامي حمود .
والذي يترجح لي - والله أعلم - الاحتمال الأول ، وأستدل عليه بأمرين :

أولهما : استقراء مسلك ابن القيم رحمه الله تعالى في حديثه عن الربا ، ذلك أنه في معرض حديثه عن ربا الجاهلية يصفه بأعلى ما يمكن أن يصل إليه من مفسدة عن طريق ما يدخله من مضاعفة واستغلال ، وفيه يقول : « فأما الجلي فربا النسيسة ، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية ، مثل أن يؤخر دينه ، ويزيده في المال ، وكلما أخره زاد في المال حتى تصير المائة عنده آفاً مؤلفة ، وفي الغالب لا يفعل ذلك إلا معدم محتاج ، فإذا رأى أن المستحق يؤخر مطالبته ، ويصبر عليه بزيادة يبذلها له تكلف بذلها ليفتدي من أسر المطالبة والحبس ، ويدافع من وقت إلى وقت فيشتد

ضرره، وتعظم مصيبتة، ويعلوه الدين حتى يستغرق جميع موجوده فيربو المال على المحتاج من غير نفع يحصل له، ويزيد مال المرابي من غير نفع يحصل منه لأخيه، فيأكل مال أخيه بالباطل، ويحصل أخوه على غاية الضرر، فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلى خلقه أن حرم الربا، ولعن آكله، وموكله، وكاتبه، وشاهديه، وأذن من لم يدعه بحربه، وحرب رسوله، ولم يجيء مثل هذا الوعيد في كبيرة غيره، ولهذا كان من أكبر الكبائر^(١).

ويقول في موضع آخر: «... لدخلها إما أن تقضي وإما أن تربى فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزانا كثيرة»^(٢).

فهاهو قد سرد أوصافاً عدة لربا الجاهلية، وبين ضروباً عدة من ضروب الفساد التي يؤدي إليها، ثم عقب ذلك بين تحريمه في قوله:

«فمن رحمة أرحم الراحمين... أن حرم الربا...»

وليس مقصوده من بيان مفسدة ربا الجاهلية في أعلى صورها أنه محرم سداً لذريعتها، كيف وهو يقول فيه:

«الربا نوعان جلي، وخفي... فتحريم الأول قصداً»^(٣).

ويقول: «ولهذا لم يبح شيء من ربا النسئة، أما ربا الفضل فأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة»^(٤).

(١) المرجع السابق، ١٥٤/٢.

(٢) المرجع نفسه، ١٥٧/٢.

(٣) المرجع نفسه، ١٥٤/٢.

(٤) المرجع نفسه، ١٥٩/٢.

لكن مقصوده تقبيح الربا وتشنيعه من خلال بيان ما يؤدي إليه من مفساد، وهو مسلك سلكه القرآن الكريم .

وإذا كان ذلك كذلك فإن ما قيل في ربا الجاهلية يقال في مسألتنا، فليس مقصود ابن القيم رحمه الله تعالى في الجملة الأولى من أقواله التي ذكر فيها أن ربا النسيئة في الأصناف الستة « ذريعة إلى إما أن تقضي وإما أن تربى » ، « وهو ذريعة قريبة إلى مفسدة الربا » القول بتحريمه سداً للذريعة ربا الجاهلية ، لكن مقصوده تقبيحه وتشنيعه ، ليبين أن ربا النسيئة الثابت بالسنة يؤدي إلى المفسدة التي يؤدي إليها ربا الجاهلية ، وإذا لم يكن ربا الجاهلية محرم سداً للذريعتها ، فكذا ربا النسيئة في الأصناف الستة فالكل منهما محرم في أصله إذ هو نسيئة ، والنسيئة هي عين الربا للحديث « إنما الربا في النسيئة » .

وثانيهما : نصوص عن ابن القيم في المسألة هي أقوى دلالة ، وهي الجملة الثابتة من أقواله - وقد تقدمت - وهي نص في المسألة وهذا بيانها :

النظر في الجملة الثانية من أقواله رحمه الله تعالى

الناظر في الجملة الثانية من أقواله في ربا النسيئة في الأصناف الستة يجدها نصاً في موضوعها إذ لا تحتل تأويلاً ، كما هو الشأن في الجملة الأولى من أقواله ، فقوله في الجملة الثانية :

« وأن تحريم هذا تحريم مقاصد ، ولهذا لم يبح شيء من ربا النسيئة » .

وقوله « وهو عين ربا النسيئة » ، وقوله « وهو عين المفسدة »

كل ذلك يفيد القطع بتحريم ربا النسيئة في الأصناف الستة تحريم مقاصد .

ولما كانت الجملة الأولى من أقواله محتملة الدلالة

ولما كانت الجملة الثانية غير محتملة ، بل هي نص في المسألة .

فإن الأولى تعد من قبيل الظاهر ، كما تعد الثاني من قبيل النص عند الجمهور ، والمحكم عند الحنفية^(١) ، وما كان هذا شأنه فإن الظاهر يحمل على النص ، فتكون الجملة الثانية من أقواله قاضية على الجملة الأولى منها إذ هي أقوى دلالة .

النتيجة : فيكون مذهب ابن القيم في ربا النسيئة المستفاد من الجملتين السابقتين هو القول بتحريمه مقاصد إذ هو عين ربا النسيئة .

ويوجه تعليله في الجملة الأولى أن المقصود به تقبيح الربا وتشنيعه وبهذا يستقيم القول ، وينسجم المعنى في الجملتين .

هذا ، وقد رأيت مما تقدم من عرض ، ومناقشة تطاول هذا المسلك على الربا ، وجرأته على القول بحله ، وإن كانت هذه الدعوى لا تتجهها استدلالاتهم ، ولا توصل إليها مقدماتهم ، وقد استنكر مجمع الفقه الإسلامي في دورته العاشرة بمكة المكرمة هذا المسلك من خلال استنكاره بحثاً لأحد أتباع هذا المسلك ، وهو في بحثه هذا لم يزد على أن نقل أفكار

(١) تقدم تعريف النص والظاهر في ص ٩٢ ، أما المحكم عند الحنفية فهو : اللفظ الذي دل على معناه دلالة واضحة قطعية .

أئمة هذا المسلك ، وفيما يلي نص قرار مجمع الفقه الإسلامي بخصوص ذلك :

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم .

أما بعد : فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ٢٤ صفر ٨ ، ١٤ هـ الموافق ١٧ أكتوبر ١٩٨٧ م إلى يوم الأربعاء ٢٨ صفر ١٤٠٨ هـ الموافق ٢١ أكتوبر ١٩٨٧ م قد اطلع على البحث الذي نشره المستشار القانوني بمؤسسة النقد السعودي إبراهيم بن عبدالله الناصر بعنوان «موقف الشريعة الإسلامية من المصارف» الذي يدعى فيه بإباحة القرض بفائدة والمضاربة بالرسم المحدود .

والمجمع يستنكر بشدة هذا البحث :

أولاً - لخروجه على الكتاب والسنة والاجماع باباحته القرض بفائدة حيث اعتبره الباحث مغايراً لربا الجاهلية الذي نزل بسببه القرآن .

ثانياً - لجهله أو تجاهله بما علم من الدين بالضرورة وقلبه للحقائق حيث اعتبر معاملة المقرض بفائدة مع المصرف تجارة مباحة ومضاربة مشروعة .

ثالثاً - لمخالفته اتفاق الفقهاء باباحته المضاربة بالربح المحدود متمسكاً

بكلام لبعض المعاصرين لادليل عليه .

رابعاً - لدعواه الجريئة الظالمة أنه لن تكون بنوك بلا فوائد، ولن تكون قوة اسلامية بلا بنوك، وأن المصارف التي تقرض بفائدة مصلحة لا يتم العيش إلا بها فإن الأمة الإسلامية منذ نشأت عاشت قوية بغير مصارف، والذي يدحض دعواه في هذا العصر قيام المصارف الاستثمارية في كثير من بلاد الإسلام .

ودعواه أن هذه المصارف التي تقرض بفائدة مصلحة يحتاج الناس إليها مردود بل الربا مفسدة ولو صح أنه مصلحة فهي مصلحة ملغاة بالأدلة المحرمة للربا .

خامساً - تسميته لبحثه اجتهاداً مع أنه اجتهاد باطل لمخالفته النصوص الواضحة والاجتماعات القاطعة، وترويج للشبه والحجج الزائفة بنقله عن الجهلة لمقاصد الشريعة : أن الربا تعويض عن حرمان المقرض بماله مدة القرض، وهي من شبه اليهود في إحلالهم الربا .

والمجمع يناشد الذين يريدون الكتابة عن شريعة الإسلام أن يتقوا الله فلا يكتبوا إلا عن بينة ولا يبحثوا إلا على بصيرة ولا يفتحوا أبواب الشبه ولا ينشروا الجهالات لئلا يصرفوا الناس عن الحق ويلبسوا على المسلمين دينهم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل .

وصلى الله على نبينا وسيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين .

(توقيع)

(توقيع)

(نائب الرئيس)

(رئيس مجلس المجمع)

د. عبد الله عمر نصيف

عبد العزيز بن عبد الله بن باز

(توقيع)

(توقيع)

(توقيع)

محمد بن جبير د. بكر عبد الله أبو زيد عبد الله العبد الرحمن البسام

(توقيع)

(توقيع)

(توقيع)

محمد محمود الصواف أبو الحسن علي الحسنى الندوي محمد رشيد راغب قباني

(توقيع)

(توقيع)

(توقيع)

محمد الشاذلي النيفر أبو بكر جومى د. أحمد فهمي أبو سنه

(توقيع)

(توقيع)

(توقيع)

محمد الحبيب بن الخوجه محمد سالم بن عبد الودود د. طلاب عمر بافقيه

وقد تخلف عن الحضور في هذه الدورة كل من : فضيلة الدكتور
يوسف القرضاوي ، وفضيلة الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين ، وفضيلة
الشيخ عبد القدوس الهاشمي ، ومعالي اللواء الركن محمود شيت
خطاب ، وفضيلة الشيخ حسنين محمد مخلوف ، وفضيلة الشيخ مبروك
مسعود العوادي .

الفصل الثاني

بيان المسلك الثاني من الإنجاء الأول و مناقشته

١- المبحث الأول: بيان مذهب رسالة
الاستفتاء الهندية.

٢- المبحث الثاني: مناقشة المفتي الهندي
فيما ذهب إليه.

المجلد الثاني

بيان مذهب رسالة الاستفتاء الهندية

- المسلك الثاني - ومناقشته

في الفصل الأول بينت المسلك الأول في إباحة الربا، وناقشته، وفي هذا الفصل أنتقل لبيان المسلك الثاني في إباحة الربا، وتمثله رسالة الاستفتاء الهندية التي تلتقي مع المسلك الأول في إباحة ربا القرض المعروف باسم (الفائدة) اليوم وفيما يلي بيان هذا المسلك، ومناقشته.

المبحث الأول

بيان مذهب رسالة الاستفتاء الهندية ومستنده

المطلب الأول : بيان مذهب الرسالة من خلال عباراتها .

ومن عبارات الرسالة التي تبين مذهبها ما ذكره المفتي الهندي :

قال : « فحينئذ ظهر أن النفع المعين المشروط في القرض ليس من الربا المنصوص^(١) » .

وقال : « النفع المشروط في القرض ليس هو ربا منصوفاً لعدم ثبوته

(١) الربا والمعاملات في الإسلام، محمد رشيد رضا، ص ٣٢.

من القرآن، ومن حديث صحيح^(١).

وقال: «وأما كونه رباً عند الشرط فهو لا يصح أيضاً...»^(٢).

قال: «فلن سئل عن حكم النفع المشروط في القرض شرعاً عند الفقهاء يجاب أن نفع القرض مكروه...»^(٣).

وقال: «ومن كان له وقوف على حال هذا الزمان وخبرة بأهله فلا محيص له بدون أن يفتي بجوازه...»^(٤).

وقال: «فعلى هذا أي إذا كان القرض عبادة فحكم الاستجار عليه كحكم الاستجار على تعليم القرآن،...»^(٥).

وقال: «وقد ظن بعضهم أن بيع خمس ربابي بست ربابي يكون ربا بالاتفاق، لكن إذا أقرض خمس رباني بشرط أن يردّها عليه ست ربابي كيف لا يكون هذا ربا مع أنه لا فرق بينهما إلا في اللفظ؟ ويزال بأنه لا مجال للقياس فيما ورد به النص لأن الشارع عليه السلام جعل الأول بيعاً ورباً لا الثاني»^(٦).

(١) المرجع السابق، ص ٧٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٤١.

(٣) المرجع السابق، ص ٧٠.

(٤) المرجع السابق، ص ٧٤.

(٥) المرجع السابق، ص ٧٢.

(٦) المرجع السابق، ص ٦١.

المطلب الثاني : بيان مستند المفتي الهندي في مذهبه المتقدم :

وقد أسس رأيه هذا على مسألتين :

إحدهما : أن الربا في البيع ليس غير ، وفيه يقول :

« فالأئمة ، وجمهور العلماء عینوا هذه الأفراد بالسنة ، وهو الفضل الذي وردت السنة بكونه ربا فهو حرام عندهم ، أعني الفضل في البيع ، فالربا عندهم منحصر في البيع لا غير »^(١) .

ويقول : « الحاصل أن هذه الأحاديث المفسرة لربا القرآن تدل على أن في بيع أحد المتجانسين من الأشياء الستة وما في حكمها الفضل ، والأجل كلاهما ربا ، وفي بيع ... وفي البيع ... وجميع هذه الأقسام تنحصر في البيع ... »^(٢) .

ويقول : « خلاصة الكلام أن القرآن حرم الربا وكان لفظ الربا فيه مجملاً ، والسنة الصحيحة فسرتة بالأقسام التي كلها تندرج في البيع ، ولهذا خصص الفقهاء الربا بالبيع »^(٣) .

ويقول « ... لأن الآية كانت مجملة لا يفهم منها المراد ، والأحاديث المفسرة لها كلها في البيع لا في غيره ، ولهذا صرح فقهاؤنا

(١) المرجع السابق ، ص ٢٠ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٨ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٣١ .

بأن الربا يتحقق في البيع لا في التبرع»^(١).

وثانيتهما : أن القول بمنع شرط الزيادة في القرض لكونها ربا قول لا ينهض إذ أساسه الحديث الضعيف ، والقياس مع الفارق ، وفي هذا يقول : « والحديث الذي أخرجه صاحب « بلوغ المرام » عن علي ، وجرى على ألسنة العوام ، والخواص بلفظ : « كل قرض جر منفعة فهو ربا » لا يجوز أن يقع تفسيرا للقرآن لأنه غير ثابت ، ولا أصل له »^(٢).

ويقول : « وكذا لا يصح تفسير إجمال الآية بالحديث الموقوف على عبد الله بن سلام الذي رواه بردة عند البخاري بلفظ : « . . . إنك بأرض الربا فيها فاش إذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تين أو حمل شعير ، أو حمل قت فلا تأخذه » .

لأن لا بد للتفسير من بيان الشارع عليه السلام ، وهذا الحديث الموقوف ليس في حكم المرفوع»^(٣).

ويقول : « واستدل عليه بوجوه : الأول قياسه على الربا المنصوص ، والمقيس عليه عند البعض الربا الذي يكون في بيع الشيء بجنسه متفاضلاً ، والأمر المشترك المبادلة ، وهو كما يكون في البيع يكون أيضاً في القرض ، فكما يكون هذا الفضل في البيع ربا يكون في القرض

(١) المرجع السابق ، ص ٣٢ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٤ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٥ ، ٢٦ .

أيضاً ربا، كما صرح به ملك العلماء الكاساني، وعند البعض المقيس عليه ربا الجاهلية، والأمر المشترك الزيادة في مقابلة الأجل لأن في ربا الجاهلية كما تكون الزيادة بمقابلة الأجل إذا لم يقض الثمن عند حلول الأجل كذا في القرض، . . . وفيه نظر، وهو أن القياس لا يصح للفرق بين المقيس، والمقيس عليه، أما في الأول فلأن القرض ليس فيه مبادلة، أصلاً، عند الشارع، فكيف يصح هذا القياس مع هذا الفارق؟ .

وأما في الثاني فلأن الزيادة في الجاهلية كانت بعد حلول الأجل لا في ابتداء العقد، والكلام في الزيادة التي تكون من أول العقد، وليس هذا من ذاك^(١) .

ويقول : « النفع المشروط في القرض لما لم يثبت كونه رباً بالقرآن والحديث استدلل على كونه ربا تارة بالقياس . . . وتارة بحديث " كل قرض جر منفعه " ، وفي كليهما نظر .

أما في الأول فلأنه قياس مع الفارق . . .

وأما في الثاني فلأنه ليس بصحيح بل هو ضعيف فغير صالح للاحتجاج .

ولو سلم صحة القياس ففيه أن الأحكام القياسية تقبل التغير بتغير الأزمان كما هو ثابت في موضعه^(١) .

(١) المرجع السابق، ص ٧٠، ٧١ .

وقد استدلل على هذا، وذاك بشواهد متناثرة، وفيما يلي بيان لكل
ومناقشته :

* * *

المبحث الثاني

مناقشة المفتي الهندي فيما ذهب إليه

المطلب الأول : مناقشة احتجاجه لما ذهب إليه بدعوى حصر الربا في البيع لا غير

المقصد الأول : مناقشة احتجاجه بإجمال الربا :

وأما احتجاجه لما ذهب إليه من القول بحل الزيادة المشروطة في القرض بإجمال آية الربا ، وتفسيرها بأحاديث موضوعها البيع ، وفي ذلك يقول : « وإذا ثبت من هذه النقول أن الربا الذي وقع في القرآن مجمل ، وثبت أيضاً أنه لا يثبت منه حكم بدون تفسير الشارع عليه السلام ، فحينئذ علينا أن نحرر التفسير الذي ورد عنه عليه السلام ، وهو ما روى عبادة ، وأبو سعيد ، وأبو هريرة وعمر وغيرهم في بيع الأشياء الستة بصورة مخصوصة . . . وكذا يلحق في تفسير إجمال الآية حديث أسامة ابن زيد " الربا في النسيئة " ^(١) .

ثم رتب على هذا قوله :

« فعلى هذا حقيقة الربا : الفضل الذي يكون في البيع سواء كان فضل عين أو أجل ، فإذا بيع شيء من هذه الستة وما في حكمها من جنسه

(١) المرجع السابق ، ص ٢٤ وما بعدها .

فالفضل والأجل كلاهما ربا، وإذا بيع منها شيء بغير جنسه فالأجل فقط ربا، وهو ربا النساء، وكذلك الزيادة على الثمن المؤجل، إذا لم يقض الثمن عند حلول الأجل ربا، وهو ربا النسيئة^(١).

وقوله : « الحاصل أن هذه الأحاديث المفسرة لربا القرآن تدل على أن بيع أحد المتجانسين من الأشياء الستة، وما في حكمها الفضل، والأجل كلاهما ربا، وفي بيع أحد المتجانسين منها بخلاف جنسه الأجل فقط ربا لا الفضل، وهو ربا النسيئة، وفي البيع بثمن مؤجل مايزاد على النسيئة أي الثمن المؤجل عند حلول الأجل بمقابلة الأجل ربا، وهو الربا في النسيئة، وجميع هذه الأقسام تنحصر في البيع^(٢) »

المناقشة :

ونناقش دعوى الإجمال هذه من وجهين :

الوجه الأول : أن العلماء لم يطبقوا على القول بإجمال الربا بل اختلفوا فيه فمنهم من عده مجملاً، ومنهم من عد « أل » في آية الربا للعهد فينصرف إلى ما كان معهوداً فلا إجمال حيثئذ .

الوجه الثاني : أن القول بإجمال آية تحريم الربا في سورة البقرة لا ينتج القول بحل الزيادة المشروطة في القرض، إذ الإجمال غايته التوقف إلى بيان الشارع، وقد فهم الحنفية وهم عمدة القائلين بالإجمال من بيان

(١) المرجع نفسه، ص ٢٥، وانظر : ص ٢٨ .

(٢) المرجع نفسه، ص ٢٨ .

الشارع جريان الربا في القرض ، وفي هذا يقول الجصاص :

« أصل الربا في اللغة هو الزيادة . . . وهو في الشرع يقع على معان لم يكن الاسم موضوعاً لها في اللغة . . . وإذا كان ذلك على ما وصفنا صار بمنزلة سائر الأسماء المجملة المفتقرة إلى البيان وهي الأسماء المنقولة من اللغة إلى الشرع لمعان لم يكن الاسم موضوعاً لها في اللغة نحو الصلاة والصوم والزكاة فهو مفتقر إلى البيان ، ولا يصح الاستدلال بعمومه في تحريم شيء من العقود إلا فيما قامت دلالته أنه مسمى في الشرع بذلك ، وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم كثيراً من مراد الله بالآية نصاً ، وتوقيفاً ، ومنه ما بينه دليلاً فلم يخل مراد الله من أن يكون معلوماً عند أهل العلم بالتوقيف والاستدلال ، والربا الذي كانت العرب تعرفه وتفعله إنما كان قرض الدراهم والدنانير إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض . . . فأخبر أن تلك الزيادة المشروطة إنما كانت ربا في المال المعين لأنه لا عوض لها من جهة المقرض . . . فأبطل الله تعالى الربا الذي كانوا يتعاملون به ، وأبطل ضرورياً آخر من البياعات وسماها ربا فانتظم قوله تعالى « وحرم الربا » تحريم جميعها لشمول الاسم عليها عن طريق الشرع ، ولم يكن تعاملهم بالربا إلا على الوجه الذي ذكرنا من قرض دراهم أو دنانير إلى أجل مع شرط الزيادة^(١) .

وسياتي مزيد بيان لمنع الحنفية الزيادة المشروطة في القرض بخلاف

(١) أحكام القرآن للجصاص ، ٢/ ١٨٣-١٨٤ .

ماذهب إليه المفتي الهندي ، رغم قولهم بإجمال آية الربا ^(١) .

ثم إن المفتي الهندي في النقل المتقدم عنه في هذا المقصد قد سلم بجريان الربا في الثمن المؤجل بشرطين :

١- أن يكون الدين سببه البيع .

٢- أن تشترط الزيادة عند حلول الأجل .

فليسلم بجريانه في الدين سواء كان سببه البيع أو غيره ، وسواء شرطت الزيادة في أصل العقد ، أو عند حلول الأجل . فإن الشرطين اللذين اشترطهما لجريان الربا . لا معنى لهما ، وقد تقدم بيان ذلك في مناقشة محمد رشيد رضا ^(٢) .

المقصد الثاني : مناقشة احتجاجه لما ذهب إليه من حصره الربا في البيع بتعاريف ونقول عن فقهاء الحنفية منها :

قول الكساني : « فلا يتحقق الربا إذا هو مختص بالبياعات » ^(٣) .

وما نقله عن ابن عابدين : « وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات ، والتبرعات » ^(٤) .

(١) انظر ص ١٤٨ ، ١٥٩ ، ١٦٧ من هذه الرسالة .

(٢) انظر ص ٤٠ من هذه الرسالة .

(٣) بدائع الصنائع ، علاء الدين الكاساني ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، ط ٢ لعام ١٤٠٢ هـ ، ١٩٣/٥ .

(٤) رد المختار على الدر المختار ، ابن عابدين ، مصر ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ط ٢ لعام ١٣٨٦ هـ ١٦٩/٥ .

قول السرخسي : « الربا هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع »^(١).

كما احتج لما ذهب إليه بما نقله عن الامام الطحاوي في تفسيره حديث أسامة « إنما الربا في النسيئة » قال الطحاوي :

« . . . إن ذلك الربا إنما عني به ربا القرآن الذي كان أصله في النسيئة ، وذلك أن الرجل يكون له على صاحبه الدين فيقول له : أجلني منه إلى كذا وكذا ، بكذا ، وكذا درهماً أزيدكها في دينك فيكون مشترياً لأجل بمال . . . »^(٢).

قال المفتي الهندي محتجاً بقول الطحاوي هذا :

« فالعلامة الطحاوي يقول إن (اللام) في الربا الذي رواه أسامة في الحديث للعهد ، والمراد به ربا القرآن ، فعنده هذا الحديث لا يحمل على العموم ، بل أخرج مخرج التفسير في تفسير ربا القرآن الذي كان أصله في النسيئة ، وقد عرفت أن النسيئة لا تكون إلا في البيع ، وهو الثمن المؤجل »^(٣).

وهذه يجاب عنها بما قابل هذه النقول من نقول عن فقهاء الحنفية

(١) المبسوط، ١٢/١٠٩.

(٢) شرح معاني الآثار، ٦٤٠٤ ، وانظر الربا والمعاملات في الإسلام، ص ٨٧.

(٣) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ٦٧.

أنفسهم ومنها :

تعريف ابن الهمام وقال فيه :

« الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه »^(١).

فقد جعل الربا في عموم المعاوضة وهي أوسع من البيع فتشمل القرض ، يدل لذلك تصريح ابن الهمام به حيث قال :

« لاتأكلوا الربا ، أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع ، والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه ، ... ومنه ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، أي حرم أن يزداد في القرض ، والسلف على القدر المدفوع ، وأن يزداد في بيع تلك الأموال بجنسها قدرأ ليس مثله في الآخر »^(٢).

وقال بعد إيراد حديث الأصناف الستة مبيناً مقصود الربا فيه :

« ومعنى قوله ربا أي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ، ولامانع من جعله في حقيقته شرعاً وأن اسم الربا تضمن الزيادة من الأموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع »^(٣).

(١) شرح فتح القدير ، ابن الهمام ، مصر ، مطبعة بولاق ، ط ١ لعام ١٣١٦ هـ ، ٢٧٧/٥ .

(٢) المرجع السابق ، ٢٧٤/٥ .

(٣) المرجع السابق ، ٣٧٢/٥ .

ومنها تعريف العيني ، قال فيه :

« الربا فضل مال أي زيادته بلا عوض في مقابلته في معاوضة مال بمال »^(١).

وتعريف الزيلعي ، وقال فيه :

« هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال »^(٢).

وجاء في الفتاوى الهندية ، تعريفه بأنه :

« فضل مال لا يقابله عوض في معاوضة مال بمال »^(٣).

قلت فهذه التعريفات قد جعلت الربا في عموم المعاوضة ، وهي أعم من البيع فتشمل القرض يدل لذلك :

(أ) أن الحنفية يعدون القرض معاوضة انتهاء ، وسيأتي بيانه في مطلب مناقشة احتجاجه بأن القرض تبرع .

(ب) ما صرح به ابن الهمام من جريان الربا في القرض ، وقد تقدم قبل قليل .

على أن التعريفات الحاصرة الربا في البيع لا يستفاد منها ما أراد المفتي

(١) رمز الحقائق ، بدر الدين العيني ، مصر ، مطبعة بولاق ، ٤١/٢ .

(٢) تبين الحقائق ، عثمان بن علي الزيلعي ، بيروت ، دار المعرفة ، ط ٢ ، ٨٥/٤ .

(٣) الفتاوى الهندية ، لجماعة من علماء الهند ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ،

ط ٣ لعام ١٤٠٠ هـ ، ١١٧/٣ .

الهندي الخلوص إليه ، وهو حل الزيادة المشروطة في القرض إذ الحنفية يعدونها شرطاً فاسداً فيبطلونها ، وعلى هذا تحمل التعريفات التي احتج المفتي بها ^(١) .

مناقشة احتجاجه بما نقله عن الطحاوي :

وأما احتجاجه بما نقله عن الطحاوي فيرد عليه ما يلي :

أولاً : أن المفتي الهندي قد وقع فيما أراد الفرار منه ، فقد كان يؤسس مذهبه على القول بإجمال الربا ، وما نقله عن الطحاوي - وهو من أئمة الحنفية - يفيد أن ربا الجاهلية المحرم بالقرآن كان معهوداً ، وقد ذكر صورته ، وهذا يخالف ما ذهب إليه المفتي الهندي .

ثانياً - أن محاولة المفتي الهندي - بعد ذلك - تخصيص صورة ربا الجاهلية التي بين الطحاوي أنها في النسيئة ، ومحاولته حصرها فيما كان سببه البيع لاتفيده عبارة قول الطحاوي ، ولا مناسبته :

أما عبارته فقد عبر عند ذكره صورة ربا الجاهلية بلفظ الدين ^(٢) ، وهو أشمل من أن يكون سببه البيع ، فعبارته هذه لا يستفاد منها ما ذهب إليه المفتي الهندي من تخصيص .

وأما مناسبته فهي بيان اختلاف العلماء في ربا الفضل وليبانه قال :

(١) سيأتي بيان ذلك في ص ١٤٨ ، ١٥٩ ، ١٦٧ من هذه الرسالة .

(٢) انظر عبارة الطحاوي ، ص ١٤١ من هذه الرسالة .

« قال : أبو جعفر : فذهب قوم إلى أن يبيع الفضة بالفضة ، والذهب بالذهب مثلين بمثل جائز ، إذا كان يدأ بيد ، واحتجوا في ذلك بما رويناه عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم .

وخالفهم آخرون فقالوا : لا يجوز بيع الفضة بالفضة ، ولا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يدأ بيد .

قال : وكانت الحجة لهم ^(١) في تأويل حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن أسامة رضي الله عنه الذي ذكرنا في الفصل الأول - ثم ذكر ما احتج به المفتي الهندي وقد تقدم نقله ^(٢) .

وهذه المناسبة لا يستفاد منها ما ذهب إليه المفتي الهندي من تخصيص .

ثالثاً - إن قول الطحاوي بعد ذكره صورة ربا الجاهلية « فيكون مشترى الأجل بالمال » يفيد تحريم النسيئة سواء كان سببه البيع ، أو القرض ، لتحقق هذا الوصف فيه إذ هو شراء أجل بمال .

المطلب الثاني : مناقشة احتجاجه لما ذهب إليه بأن القرض تبرع :
وأما احتجاجه بما أورده عن الفقهاء من نقول تفيد أن القرض تبرع ،

ومن ذلك :

(١) يعني الفريق الأول القائلين بجواز التفاضل إذا كان يدأ بيد .

(٢) شرح معاني الآثار ، ٦٤ / ٤ .

١- ماجاء عن ابن الهمام قال :

« . . . القرض تبرع لأنه صلة في الابتداء » ^(١)

٢- وما جاء عن الكاساني ، قال :

« لأن القرض للمال تبرع » ^(٢)

وقد احتج المفتي الهندي بهذه النقول على أن القرض تبرع فلا يكون بيعاً فلا يجري فيه الربا - لأن الربا في نظره لا يكون إلا في البيع - والجواب عنه مايلي :

أ- أن تصريح هؤلاء الفقهاء بأنه تبرع لم يمنعهم من اعتباره معاوضة أيضاً، ذلك أنهم عدوه تبرعاً في الابتداء ، أما في الانتهاء فهو معاوضة، وفي هذا يقول ابن الهمام بعدما بين أنه تبرع بالابتداء قال :

« . . . ومعاوضة في الانتهاء لأنه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك » ^(٣)

ومن أجل هذا منع الأجل في القرض قال :

« وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح أيضاً لأنه يصير بهذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة ، وهو ربا » ^(٤)

(١) انظر في هذا المعنى : شرح فتح القدير ، ٢٧٣/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ، ٣٩٤/٧ .

(٣) شرح فتح القدير ، ٢٧٣/٥ .

(٤) المرجع السابق .

وإلى هذا المعنى ذهب الكاساني أيضاً فقال :

« والأجل لا يلزم في القرض . . . بخلاف سائر الديون ، والفرق من وجهين أحدهما أن القرض تبرع . . . فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعاً^(١) .

فهؤلاء الذين اعتمد قولهم في القرض أنه تبرع ، قد جاء عنهم ما يفيد أنه معاوضة وأن الربا يجري فيه ، فلم لا يعتد بها كما اعتد بسابقتها ؟

ب - أن النتيجة التي رتبها المفتي الهندي على أقوالهم في القرض أنه تبرع قد جاء عنهم صراحة ما يفيد خلافها ، فلم أصرّ على اعتماد أقوالهم العامة ، واطراح أقوالهم التي هي نص في الموضوع ، والتي تفيد خلاف ما يرمي إليه المفتي الهندي ، ومن أقوالهم هذه ما جاء عن الكاساني قال :

« ولا يجوز بيع الدراهم الزائفة بعضها ببعض عدداً لأنها وزنية فلم يعتبر العدد فيها ، فكان بيع بعضها ببعض مجازفة ، فلم يجز فلا يجوز استقراضها أيضاً لأنها مبادلة حقيقة ، أو فيها شبهة المبادلة ، فيجب صيانتها عن الربا ، وعن شبهة الربا^(٢) .

ويقول ابن الهمام : « وحرّم الربا أي حرّم أن يزداد في القرض ،

(١) بدائع الصنائع ، ٣٩٦/٧ .

(٢) المصدر السابق ، ١٩٧/٥ .

والسلف على القدر المدفوع»^(١).

ج - أن كلامهم الذي اعتمدته المفتي في القرض على أنه تبرع إنما موضوعه القرض الذي مقصوده الارفاق ، أما القرض المشروطة الزيادة فيه كالمثال الذي ذكره الهندي فإن مقصوده المعاوضة ، ومن ثم يخرج على مذهبهم فيما تردد بين شبهين كالهبة بشرط العوض - وسيأتي^(٢) - كما يخرج على مذهبهم في الشرط الفاسد - وسيأتي أيضاً - .

٣- ومما احتج به أيضاً قول الكاساني :

« وأما ركن البيع فهو مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه » .

قال المفتي الهندي : « الحق أن المبادلة في البيع ركن ، وفي القرض ليست بركن نعم تستلزمه ، وفرق ما بين الالتزام ، واللزوم ، لأن مقصود المشتري هو المبيع ، ومقصود البائع هو الثمن ، وغرض كل منهما إخراج ما في ملكه وتحصيل عوضه ، والأحكام تترتب على الالتزام لا على اللزوم»^(٣).

ويجاب عنه : أن ما ذكره حجة عليه لا له ، إذ القرض المشروطة فيه الزيادة كالمثال الذي ذكره مقصود المتعاقدين فيه المبادلة ، المعاوضة فمقصود ما يسمى بالمقترض النقود ، ومقصود ما يسمى بالمقرض الربح

(١) شرح فتح القدير ، ٥ / ٢٧٤ .

(٢) انظر ص ١٥١ ، ١٦٧ من هذه الرسالة .

(٣) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ٥١ .

المشروط المسمى فائدة، فكان على هذا الوجه مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه، وكانت هذه المبادلة التزاماً بين المتعاقدين.

٤- وكذلك احتج بما جاء عن ابن القيم من تفريق بين القرض والبيع يقول فيه :

« وأما القرض فمن قال إنه على خلاف القياس فشبهته أنه بيع ربوي بجنسه مع تأخر القبض، وهذا غلط، فإن القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية... وهذا من باب الازفاق لا من باب المعاوضات، فإن باب المعاوضات أن يعطي كل منهما أصل المال على وجه لا يعود إليه، وباب القرض من جنس باب العارية، والمنيحة... »^(١).

قلت : واحتجاه هذا منتقض بما جاء عن ابن القيم نفسه إذ يقول في بيان أن المقاصد تغير أحكام التصرف مانصه :

« ومن ذلك أن الله تعالى حرم أن يدفع الرجل إلى غيره مالاً ربوياً بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا، وجوز دفعه بمثله على وجه القرض، وقد اشتركا في أن كلا منهما يدفع ربوياً، ويأخذ نظيره، وإنما فرق بينهما القصد فإن مقصود المقرض إرفاق المقرض، ونفعه، وليس مقصوده المعاوضة والربح »^(٢).

(١) أعلام الموقعين، ٢/ ١٠، وانظر الفتاوى، ٢٠/ ٥١٤.

(٢) أعلام الموقعين، ٣/ ٩٩.

فها هنا أدار ابن القيم رحمه الله تعالى الحكم على القصد، لكن المفتي الهندي لم يلتفت إلى هذا، والوالفتت إليه لتبين له أن أول ناقض لما ذهب إليه هو ابن القيم نفسه .

٥- وكذلك احتج بقول ابن عابدين :

(ها هنا أصلان : أحدهما أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع وما لا فلا كالقرض . . .)^(١)

قال المفتي الهندي : « ومن الأصول أن الشرط إذا كان خلاف مقتضى العقد يفسده، ولكن القرض من العقود التي لا تفسد بالشروط الفاسدة، بل الشرط يصير ملغى، والعقد صحيحاً، فإذا بقي القرض على صحته لم يصير بيعاً »^(٢)

والجواب أنه ناقض نفسه، فهو عندما يريد أن يثبت أن القرض بشرط الزيادة ليس بيعاً - كيلا يجرى فيه الربا حسب رأيه - فإنه يقول بطلان شرط الزيادة ليظل العقد قرضاً لا بيعاً - كما صرح به الآن - وعندما يريد أن يبيح الزيادة المشروطة في القرض يتناسى هذا الأصل الذي اعتبر به الآن، وهو بطلان الشرط، ومن ثم يقول بصحة شرط الزيادة واعتباره، كما تقدم نقله عنه من نصوص منها قوله :

(١) الدر المختار بحاشية ابن عابدين، علاء الدين، محمد بن علي الحصكفي،

مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، ط ٢ لعام ١٣٨٦ هـ، ٥ / ٢٤٠ .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ٥٨ .

« ومن كان له وقوف على حال هذا الزمان وخبرة بأهله فلا محيص له بدون أن يفتي بجوازه »^(١).

المطلب الثالث : مناقشة احتجاجه لما ذهب إليه بالهبة بشرط العوض :
وأما احتجاجه لما ذهب إليه من أن شرط الزيادة في القرض لا يصيره بيعاً بما نقله عن الحنفية من عدم اعتبار الهبة بيعاً وإن شرط فيها العوض إذ يقول : « اعلم أن ملك العلماء - يعني الكاساني - أخرج الهبة بالعوض عن البيع بدليل أنها ليست بمعاوضة في الابتداء ، فبعين هذا الدليل يخرج القرض أيضاً من البيع لأنه ليس بمعاوضة في الابتداء بالاتفاق »^(٢).

ويجاب عنه من جهتين :

الجهة الأولى : أنه لم يكن دقيقاً في نقله مذهب الحنفية .

الجهة الثانية : أنه لم يسلك مسلكهم لما اختاره ودعا إليه وهذا بيان كلٌّ .

أولاً - بيان عدم دقته في نقل مذهب الحنفية :

عند الرجوع إلى ما اعتمده المفتي الهندي من قول الكاساني في مسألة ولي الصغير يهب شيئاً من ماله بعوض وُجد ما نصه :

« وكذا ليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض لأنه إزالة

(١) المرجع السابق، ص ٧٥، وانظر ص ١٣٢ من هذه الرسالة .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ٥٣ ، ٥٧ .

ملكه من غير عوض فكان ضرراً محضاً، وكذا ليس له أن يهب بعوض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد له ذلك، وجه قوله: أن الهبة بعوض معاوضة المال بالمال فكان في معنى البيع فملكها كما يملك البيع.

ولهما أنها هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض وذلك من أحكام الهبة، وإنما تصير معاوضة في الانتهاء، وهو لا يملك الهبة فلم تنعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع لأنه معاوضة ابتداء وانتهاء، وهو يملك المعاوضة^(١).

قلت: وما ذكره الكاساني ها هنا لا يمثل رأي الحنفية في الهبة المشروط فيها العوض مطلقاً، ولكنه يبين رأيهم في مسألة هبة الولي شيئاً من مال الصغير بعوض، وهو مفيد أنهم يعدونها هبة ابتداء، بيعاً انتهاءً، وفي هذا تتفق مع الهبة بشرط العوض المجردة عن الولاية لكن لما كان اعتبارها بيعاً يتوقف على القبض، ولما كان القبض لاسبيل إليه إذ هو فرع انعقاد الهبة، والهبة في هذه المسألة المقيدة بالولاية غير منعقدة عندهم لصدورها من الولي وهو لا يملكها فإنه حيثئذ لا يتصور أن تصير بيعاً، وهذا فرق هذه المسألة عن الهبة المجردة عن الولاية، وسيأتي مزيد بسط لمذهبهم في الهبة بشرط العوض المجردة عن الولاية، وهذا بيانه:

جاء في بدائع الصنائع:

«وأما العوض المشروط في العقد فإن قال وهبت لك هذا الشيء على

أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد ، قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم أن عقده عقد هبة ، وجوازه جواز بيع ، وربما عبروا أنه هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ، ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ، ولكل واحد منهما أن يرجع القبض ، وغير القبض فيه سواء حتى يتقابضا جميعاً ، ولو تقابضا كان كل ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب ، وعدم الرؤية ، ويرجع في الاستحقاق ، وتجب الشفعة إذا كان غير منقول .

وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع ، وجوازه جواز بيع ابتداء ، وانتهاء ، وثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ، ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ، ولا يملكان الرجوع ، وجه قوله : إن معنى البيع موجود في هذا العقد لأن البيع تمليك العين بعوض ، وقد وجد إلا أنه اختلفت العبارة واختلفها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك^(١) .

ويقول العيني في شرحه على الكنز :

« والهبة بشرط العوض هبة ابتداء أي في ابتداء العقد فيشترط التقابض في العوضين لأن القبض شرط في الهبة كما مر ، وكل واحد منهما واهب من جهة . . . بيع انتهاء أي في انتهاء العقد بعد التقابض فترد بالعيب وخيار الرؤية لأحدهما كما في البيع . . . وعند زفر والثلاثة

بيع مطلقاً أي ابتداء وانتهاء لأنها تملك بيد من الابتداء فكان بيعاً.

ولنا : أن الموجود قبل القبض ليس إلا الهبة المشروطة بالعوض ، وإنما تأخذ حكم مبادلة المال بالمال بعد التعويض فكان هبة ابتداء ، وبيعاً انتهاء .
وثمره الخلاف : أن عندهم يثبت خيار الرؤية ، والرد بالعيب قبل القبض ، ويجوز في مشاع يحتمل القسمة ، وعندنا لا يثبت شيء من هذه الأحكام قبل القبض»^(١) .

فهذا مذهب الحنفية في الهبة بشرط العوض المجردة عن الولاية ، ويتضح منه أنهم منقسمون قسمين :

أ - قسم يعتبر بمقصود العقد فيعدها بيعاً ابتداء ، وانتهاء إذ المعاوضة مشعرة بذلك .

ب - وقسم يعمل على التوفيق بين اللفظ ، والمعنى ويحاول إعمالهما معاً ما وسعه ذلك ، فيعدها هبة ابتداء اعتباراً باللفظ ، كما يعدها بيعاً انتهاء اعتباراً بالمعنى .

وعليه فإن قول المفتي الهندي السابق ذكره لا يتفق ومذهب الحنفية ، كما لا يتفق وما ذهب إليه الكاساني كيف وهو يقول :

« ولنا أنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ، ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض ، والحيازة عملاً بشبه الهبة ، ويثبت فيه حق

(١) شرح العيني على الكنز ، ٢ / ١٨٩ .

الرد بالعيب، وعدم الرؤية في حق الشفعة عملاً بشبه البيع عملاً بالدليلين بقدر الامكان، والله عز وجل أعلم^(١).

فقوله هذا مفيد اعتبارها بيعاً لا كما قال عنه المفتي الهندي .

ثانياً : بيان مخالفة المفتي الهندي مسلك الحنفية في مسألة الهبة بشرط العوض رغم احتجاجة به :

قدمت قبل قليل مذهب الحنفية في الهبة بشرط العوض ، وأوضحت أن الكل يعدها بيعاً انتهاء ، وإنما خلافهم في عدها بيعاً ابتداء .

وثمة أمر آخر يضاف إلى مسلك الحنفية ، وهو أن الذين عدوها هبة ابتداء ، بيعاً انتهاء أجروا فيها أحكام ما ترجح لديهم في كل مرحلة ، ففي مرحلة الابتداء - أي قبل قبض العوضين - أجروا فيها أحكام الهبة ، وفي مرحلة الانتهاء - أي بعد قبض العوضين - أجروا فيها أحكام البيع ، وقد تقدم بيان ذلك ، وثمره الخلاف بين الفريقين .

وإذ كان هذا لازم مسلك الحنفية فإن المفتي الهندي يلزمه ذلك إذ رجح هذا المسلك ، وقال بناء عليه باخراج القرض بشرط الزيادة من كونه بيعاً ، فيلزمه حينئذ ما لزم من مسلك الحنفية ، وهو إجراء أحكام القرض عليه مثلما أجرى الحنفية أحكام الهبة على الهبة بشرط العوض عندما قالوا بإخراجها من البيع ابتداء ، وإجراء أحكام القرض فإنه لا يسلم له ما

(١) بدائع الصنائع ، ٦ / ١٣٢ ، وانظر شرح فتح القدير ، ٧ / ١٣٨ .

أراد الوصول إليه من القول بصحة شرط الزيادة في القرض كما في مثاله السابق إذ ذلك لا يتفق وما اشترطه فقهاء المذاهب في القرض من مماثلة، وهذا طرف من أقوالهم فيه :

يقول الكاساني في بيانه الشروط التي ترجع إلى القرض :

« ومنها أن يكون بماله مثل كالمكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة فلا يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات، والمعدودات المتقاربة لأنه لا سبيل إلى إيجاب رد العين، ولا إلى إيجاب رد القيمة لأنه يؤدي إلى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بماله مثل^(١) »

وجاء في شرح فتح القدير : « لأن القرض يوجب مثل المقبوض^(٢) » .

وجاء في الدر المختار « وصح القرض في مثلي وهو كل ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك لا في غيره من القيميات كحيوان، وحطب، وعقار، وكل متفاوت لتعذر رد المثل^(٣) » .

ويقول صاحب الدر المختار : « ... لا يصح القرض في غير المثلي

(١) بدائع الصنائع، ٣٩٥/٧ .

(٢) شرح فتح القدير، ٣٢٦/٦ .

(٣) الدر المختار، ١٦١/٥ .

لأن القرض إعارة ابتداء حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه فيستلزم إيجاب المثل في الذمة ، وهذا لا يتأتى في غير المثلي»^(١) .

ويقول السرخسي في المبسوط : « وموجب القرض ثبوت المثل في الذمة بشرط المعادلة في المماثلة فإذا تعذر ذلك في الحيوان لم يجز استقراضه»^(٢) .

فهذه كلها نقول عن الحنفية تفيد اشتراط المماثلة في القرض ، وقد أكثرت منها لأن المفتي الهندي حضي ، وجملة استشهاده بأقوالهم ، وقد رجح مسلكهم ، وطرده القول بما قالوا به من شرط المماثلة في القرض ، على أن الفقهاء من غير الحنفية يذهبون مذهب الحنفية في اشتراط المماثلة في القرض ، وهذه جملة من النقول عنهم تؤيد ذلك :

يقول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير :

« يجوز قرض ما يسلم فيه . . . فقط أي دون ما لا يصح فيه السلم . . . فلا يصح فيه القرض »^(٣) .

(١) الدر المختار بحاشية رد المحتار ، ١٧١ / ٤ .

(٢) المبسوط ، ٣٢ / ١٤ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفة الدسوقي ، مصر ، مطبعة عيسى الحلبي ، ٢٢٣ / ٣ .

ويقول المواق في التاج والاكلیل :

« . . . إذ من أحكام القرض أن يرد بعينه إن شاء أو مثله »^(١).

ويقول الرافعي : « وأما الشيء المقرض فالمال ضربان :

أحدهما يجوز السلم فيه فيجوز إقراضه . . . الضرب الثاني : مالا
يجوز السلم فيه فجواز إقراضه مبني على أن الواجب في المتقومات رد
المثل أو القيمة إن قلنا بالأول لم يجز ، وبالثاني جاز »^(٢).

ويقول صاحب مغني المحتاج : « ويرد في القرض المثل في المثلي لأنه
أقرب إلى حقه ، ولو في نقد بطل التعامل به ، ويرد في المتقوم المثل
صورة »^(٣).

ويقول ابن قدامة في المغني : « وإذا اقترض دراهم أو دنانير غير
معروفة الوزن لم يجز لأن القرض فيها يوجب رد المثل »^(٤).

قلت : فهذه جملة نقول عن فقهاء المذاهب الأربعة تفيد اشتراط
المماثلة في القرض ، وعليه فالمفتي الهندي بين أمرين :

(١) التاج والاكلیل ، بهامش مواهب الجلیل ، أبو عبد الله المواق ، مطابع دار
الكتب اللبناني ، نشر مكتبة النجاح بليبيا ، ٤ / ٥٤٥ .

(٢) روضة الطالبين ، ٣٢ / ٤ .

(٣) مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ، ١٣٧٧ هـ ،
٣٧ / ٤ .

(٤) المغني ، ٣٥٢ / ٤ .

إما أن يقول بطرد مذهب الحنفية الذي احتج به، وهو ترتيب آثاره عليه فينقلب حجة عليه لاله، إذ طرده منع شرط الزيادة في القرض .
أو أن يقول بهذه المسلك ويرفض لازمه - كما فعل - وهذا تحكم لا مبرر له .

المطلب الرابع: مناقشة احتجاجه لما ذهب إليه بنقول عن بعض العلماء تفيد كراهة الزيادة المشروطة:

وأما احتجاجه لما ذهب إليه من القول بحل الزيادة المشروطة في القرض من جنسه، بما نقله عن بعض فقهاء الحنفية ومنه :

« قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يكره كل قرض جر منفعة، قال الكرخي هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد بأن أقرض غلة ليرد عليه صحاحاً أو ما أشبه ذلك، فإن لم تكن المنفعة مشروطة في العقد فأعطاه المستقرض أجود مما عليه فلا بأس به»^(١) .

قال المفتي الهندي « فلو ينقلب القرض من شرط النفع إلى البيع لكان نفعه حراماً لكونه رباً لا مكروهاً، لأن المكروه غير الحرام... »^(٢) .

ويجاب عن هذا من وجوه :

أولها : أقوال عن الحنفية أنفسهم تفيد حرمتها لا كراهتها وهي أكثر

(١) الفتاوى الهندية، ٢/٣٠٢ .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام، محمد رشيد رضا، ص ٦٠ .

من القائلة بكراهتها ومن ذلك :

ما جاء عن ابن عابدين قال : « قوله كل قرض جر نفعاً فهو حرام أي إذا كان مشروطاً . . . وإن لم يكن النفع مشروطاً في القرض فعلى قول الكرخي لا بأس به »^(١) .

وما جاء عن الكاساني قال : « وأما الذي يرجع إلى نفس القرض فهو أن لا يكون فيه جر منفعة فإن كان لم يجز نحو ما إذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحاً . . . هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض . . . لأن الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد »^(٢) .

وما جاء عن السرخسي قال : « . . . فإن كان ذلك عن شرط لم يحل لأنه منفعة القرض ، وإن لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به . . . »^(٣) .

وثانيها : نقول عن فقهاء المذاهب الأخرى تفيد تحريمها :

جاء في حاشية الدسوقي : « وحرّم على المقرض هديته »^(٤) .

وجاء فيه أيضاً : « وحرّم في القرض جر منفعة كشرط قضاء عفن بسالم . . . »^(٥) .

(١) حاشية ابن عابدين ، ١٦٦/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ، ٣٩٥/٧ .

(٣) المبسوط ، ٣٥/١٤ .

(٤) ، (٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٢٢٤/٣ ، ٢٢٥ .

وجاء في روضة الطالبين : « يحرم كل قرض جر منفعة كشرط رد الصحيح عن المكسر ، أو الجيد عن الردي ... »^(١) .

وجاء في مغنى المحتاج : « ولا يجوز الإقراض في النقد وغيره بشرط جر نفع للمقرض كشرط رد صحيح عن مكسر ، أو رد زيادة ، أو رد جيد عن رديء ، ويفسد بذلك العقد على الصحيح »^(٢) .

وجاء في الفروع : « ويحرم شرط ، وقرض جر نفعاً ... وفي فساد القرض روايتان »^(٣) .

وجاء في الانصاف : « أما شرط ما يجبر نفعاً ، أو أن يقضية خيراً منه فلا خلاف في أنه لا يجوز »^(٤) .

وجاء في المغنى : « وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف »^(٥) .

بل لقد نقل ابن المنذر الاجماع على أنه ربا فقال : « وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط في عقد السلف هدية أو زيادة فأسلف على ذلك أن

(١) روضة الطالبين ، ٣٤ / ٤ .

(٢) مغنى المحتاج ، ١١٩ / ٢ .

(٣) الفروع ، أبو عبد الله محمد بن مفلح ، مراجعة عبد الستار أحمد فراج ، دار مصر للطباعة ، ط ٢ لعام ١٣٨١ هـ ، ٢ ، ٤ / ٤ .

(٤) الانصاف ، ١٣١ / ٥ .

(٥) المغني ، ٣٥٤ / ٤ .

أخذه الزيادة ربا»^(١).

وإذا كانت النصوص عن فقهاء الحنفية المحرمة أكثر من النصوص المفيدة الكراهة، وإذا كان فقهاء المذاهب الأخرى كلهم يقولون بتحريمها كما تقدم نقله، فإن ما نقل عن بعض فقهاء الحنفية من قول بكرهاتها محمول على تحريمها إذ كان السلف يتورعون عن قول هذا حلال، وهذا حرام، وفي هذا يقول ابن القيم:

« قال ابن وهب سمعت مالكا يقول : لم يكن من أمر الناس ولا من مضى من سلفنا ، ولا أدركت أحداً أقندي به يقول في شيء هذا حلال ، وهذا حرام ، وما كانوا يجترئون على ذلك ، وإنما كانوا يقولون نكره كذا ، ونرى هذا حسناً فينبغي هذا ، ولا نرى هذا»^(٢).

ثم قال ابن القيم : « وقد غلط كثير من المتأخرين من اتباع الأئمة على أئمتهم بسبب ذلك ، حيث تورع الأئمة عن إطلاق لفظ التحريم ، وأطلقوا لفظ الكراهة ، فنفى المتأخرون التحريم عما أطلق عليه الأئمة الكراهة ، ثم سهل عليهم لفظ الكراهة ، وخفت مؤنته عليهم فحمله بعضهم على التنزية ، وتجاوز به آخرون إلى كراهة ترك الأولى ، وهذا كثير جداً في تصرفاتهم ، فحصل بسببه غلط عظيم

(١) الاجماع، لابن المنذر، ص ١٢، وانظر التمهيد لابن عبد البر، ٦٨/٤.

(٢) أعلام الموقعين، ٣٩/١؛ وانظر القواعد للمقري، ٣٩٤/٢.

على الشريعة وعلى الأئمة»^(١).

ثالثها : تخريج المسألة على المعبرات لدى الفقهاء :

فيما سبق ذكرت ما يفيد التوفيق بين قولي الحنفيفة القاضي بتحريم الزيادة المشروطة في القرض ، والقاضي بكراهتها ، ولكن قد لا يسلم ما ذكرته من توفيق ، وحيثئذ يمكن إسقاط القولين لتعارضهما ، ومن ثم يصار إلى تخريج المسألة على المعبرات لديهم ، ومن ذلك : مذهبهم فيما تردد بين شبهين ، ومذهبهم في الشرط الفاسد على أنني لاستكمال الفائدة لم أقتصر على مذهب الحنفية في هذا التخريج ، بل ذكرت مذاهب الفقهاء الأربعة في هذا ، وهذا بيانه :

أولاً : تخريج المسألة على مذاهب الفقهاء فيما تردد بين شبهين :

والمراد به العقد يتم بلفظ يخالف مقصوده ، فهل يعتبر بشبه اللفظ أم يعتبر بشبه المعنى ؟

تقدم تفصيل الحنفية في هذا في مسألة الهبة بشرط العوض التي احتج بها المفتي الهندي فيما ذهب إليه ، وكان لهم فيها مذهباً أحدهما الاعتبار بالمعنى فقط ، والآخر الاعتبار باللفظ والمعنى معاً ، فيتحصل منه اتفاقهم على الاعتبار بالمعنى ، واختلافهم في الاعتبار باللفظ ، أما فقهاء المذاهب الثلاثة فهذا بيان رأيهم :

(١) المرجع السابق ، ٣٩/١ .

المالكية : على أنها بيع في جملة مسائلها ، وإن خالفته في القليل ،
وفي هذا يقول الدسوقي في حاشيته :

« فهبة الثواب كالبيع في غالب الأحوال ، وتخالفه في الأقل لأنها
تجوز مع جهل عوضها ، وجهل أجله ، ولا تقيتها حوالة الأسواق ،
ولا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول »^(١) .

وأما الشافعية فلهم قولان في المسألة ، أظهرهما : القول بصحة
العقد :

إما اعتباراً للمعنى ، فيكون بيعاً على الصحيح .

أو اعتباراً باللفظ ، فيكون هبة .

وفي مقابل الأظهر فإنهم يقولون ببطان العقد نظراً لتضمنه شرطاً
ينافي مقتضاه إذ شرط العوض منافياً مقتضى الهبة ، وفي هذا يقول
الرملي :

« والهبة ذات الثواب بيع فإذا قبض الثواب أو كان مؤجلاً استقل
بالقبض »^(٢) .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ١٥٦/٤ . ؛ وانظر : الشرح
الصغير ، ١٥٩/٤ .

(٢) نهاية المحتاج ، شمس الدين الرملي ، المكتبة الإسلامية ، ٤١٢/٥ ، ٤٢٠ .
وانظر : مغني المحتاج ، ٤٠٤/٢ ، ٤٠٥ ، وروضة الطالبين ، ٣٨٦/٥ ،
حاشيتي قليوبي وعميره ، ١١٤/٣ .

ويقول : « ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه كوهبتك هذا على أن تثييني كذا فقبل فالأظهر صحة العقد نظراً للمعنى إذ هي معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال بعتك .

والثاني : بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع . ومن ثم يكون بيعاً على الصحيح فيجري فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين ، كما مر بما فيه ، والشفعه ، وعدم توقف الملك على القبض .
والثاني : يكون هبة نظراً للفظ فلا تلزم قبل القبض . . . » ^(١) .

وأما الحنابلة فلهم في المسألة قولان :

أصحهما : اعتبار الهبة بشرط عوض معلوم بيعاً نظراً للمعنى ، وهو المذهب . وثانيهما : وهو المرجوح اعتبارها هبة نظراً للفظ فيغلب حكمه .

وحكى صاحب الفروع أنها لاتصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها .

جاء في المغني : « فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح نص عليه أحمد لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار ، والشفعه ، . . .

وقال أبو الخطاب : وقد روى عن أحمد ما يقتضي أن يغلب فيها

(١) المصدر السابق .

حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به»^(١)

وجاء في المبدع :

« وإن شرط فيها عوضاً معلوماً صح نص عليه ، وصارت بيعاً لأنه تمليك بعوض معلوم أشبه البيع ، ومعناه أنه يثبت فيها الخيار والشفعة .
وحكى في الفروع قولاً أنها تصح بقيمتها فعليه يلغو الثواب المشروط ويرجع إلى قيمتها ، والظاهر أنه يرجع إلى ذلك إذا جعل الثواب مجهولاً ، ونبه عليه في الفائق .

وقيل : لا يصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها ، ولنفي الثمن
وعنه يُغلب فيها حكم الهبة ذكرها أبو الخطاب لأنه وجد لفظها الصريح فكان المِغْلَب فيها الهبة كما لو لم يشترط عوضاً ، وحيث لا يثبت فيها أحكام البيع المختصة به»^(٢)

هذه أقوال الفقهاء في المسألة ، ويتحصل منها أربعة آراء أولها :
الاعتبار باللفظ ، والمعنى معاً ، ليأخذ العقد أحكام اللفظ في مرحلة من مراحلها ، ومن ثم يأخذ أحكام المعنى في المرحلة الثانية ، وهو قول الحنفية ، وتقدم ، والاعتبار بهذا الرأي في مسألتنا يلزم منه منع شرط الزيادة في القرض ، وقد تقدم .

(١) المغني ، ٦٨٥ / ٥ .

(٢) المبدع في شرح المقنع ، أبو اسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح ، المكتب الإسلامي ، ط ١ لعام ١٣٩٧ هـ ، ٣٦٠ / ٥ .

وثانيها : الاعتبار بالمعنى ، فتعد الهبة بشرط العوض بيعاً ، وعليه الجمهور من المالكية ، والحنفية في قول ، والشافعية ، والحنابلة والاعتبار بهذا الرأي في مسألتنا يلزم منه منع شرط الزيادة في القرض إذ يتخرج بالنظر للمعنى على أنه ربا فيكون ممنوعاً .

وثالثها : الاعتبار باللفظ ، فتعد الهبة بشرط العوض هبة ، فلا يجري فيها أحكام البيع ، وهو رأي مرجوح لدى الشافعية ، والحنابلة .

والاعتبار به يلزم منه منع شرط الزيادة في القرض ، إذ القرض من شرطه المماثلة - كما تقدم - وهذا الشرط مخل به فيكون فاسداً .

ورابعها : بطلان العقد بالشرط إذ شرط العوض ينافي مقتضى الهبة ، وهو رأي مرجوح لدى الشافعية ، والحنابلة .

والاعتبار به يلزم منه منع شرط الزيادة في القرض لمنافاته مقتضاه ، إذ القرض يقتضي المماثلة ، وهذا الشرط ينافي مقتضاه فيفسد العقد .

وعلى أي حال فتخريج مسألتنا على أي مما تقدم لا يتأتى معه القول بجواز شرط الزيادة في القرض .

ثانياً - تخريج المسألة على مذاهب الفقهاء في الشرط الفاسد :

وأما تخريج المسألة على مذاهب الفقهاء في الشرط الفاسد فبيانته :

أن الفقهاء من حنفية ، ومالكية ، وشافعية ، وحنابلة يقولون بفساد الشرط إذا خالف مقتضى العقد ، وإن كانوا يختلفون في آحاد المسائل ،

جاء في فتح القدير : « وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دراهم أو على أن يهديه له هدية أو ثوباً على أن يقطعه المشتري قميصاً أو قباء فهو فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين »^(١).

ويقول صاحب مواهب الجليل من المالكية :

« . . . وحمله أهل المذهب على وجهين أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب، وهذا إذا عم أو استثنى قليلاً . . . وإن باعه على أن لا يبيعه من فلان وحده جاز . . . »^(٢).

وجاء في الشرح الصغير :

« . . . وقسم يفسد البيع مادام المشترط متمسكاً بشرطه كشرط بيع وسلف »^(٣).

(١) شرح فتح القدير، ٢١٧/٥، وانظر تبين الحقائق، ٥٨/٤، والبحر الرائق

وبهامشة منحة الخالق، الناشر ايج رايم، سعيد كميني، كراتشي، ١٧٩/٧.

(٢) مواهب الجليل، أبو عبد الله الخطاب، مطابع دار الكتاب اللبناني، الناشر

مكتبة النجاح بليبيا، ٣٧٣/٤؛ وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،

٦٥/٣.

(٣) الشرح الصغير، ٢٣٣/٣.

ثم يوضحه شارحه قائلاً :

« أي وشرط أن لا يبيعها أو لا يطأها من كل شرط ينافي المقصود من البيع »^(١).

ويقول الرافعي في فتح العزيز : « الشرط ينقسم إلى ما يقتضيه العقد وإلى ما لا يقتضيه... »^(٢).

... ثم يبين طرفاً مما لا يقتضيه فيقول :

« كشرطه أن لا يقبض ما اشتراه، ولا يتصرف فيه بالبيع، والوطء، ونحوهما، وكشرط بيع آخر أو قرض وكشرطه أن لا خسارة عليه في ثمنه يعني لو باعه وخسر في ثمنه ضمن له النقصان فهذه الشرائط وأشباهاها فاسدة مفسدة للبيع إلا شرط العتق كما مر »^(٣).

ويقول ابن قدامة في المغني : « والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام ... الرابع اشتراط ما ينافي مقتضى البيع، وهو على ضربين ... الضرب الثاني ... مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب، ولا يعتق، ولا

(١) حاشية الصاوي بهامش الشرح الصغير، ٢٣٣/٣.

(٢) فتح العزيز بهامش المجموع، عبد الكريم بن محمد الرافعي، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، ٢٠٤/٨، ٢٠٥، وانظر : روضة الطالبين ٣/٤٠٤، ونهاية

المحتاج، ٣/٤٢٤.

(٢) المرجع السابق.

يطأ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه، أو متى نفق المبيع وإلارده...
فهذه وما أشبهها شروط فاسدة...»^(١)

ولما كانت هذه النقول عن فقهاء المذاهب تفيد فساد الشرط المنافي
مقتضى العقد، ولما كان شرط الزيادة في عقد القرض منافياً مقتضاه إذ
القرض يقتضي رد مثله من غير ما زيادة - وقد تقدم بيان اشتراط المماثلة
فيه لدى الفقهاء - .

ولما كان شرط الزيادة في عقد القرض ينافي مقصود الشارع إذ
الشارع يهدف إلى الإرفاق، والزيادة تهدمه، فإنه حيثئذ يخرج على
ما تقدم من مذاهب الفقهاء على أنه شرط فاسد، وهل يفسد العقد أو
لا؟ ذلك مختلف باختلاف المذاهب في حكم الشرط الفاسد وبيانه :

أن الحنفية يحكمون بفساد العقد بالشرط الفاسد إذا كان العقد من
عقود المعاوضات المالية، وفيه يقول صاحب الدر المختار :

« ههنا أصلاً : أحدهما أن كل مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد
كالبيع، وما لا فلا كالقرض... »^(٢)

والمالكية يحكمون بفساد العقد بالشرط الفاسد، ما لم يتنازل عنه
مشترطه فإن تنازل ففيه خلاف، وفي هذا يقول صاحب الشرح الصغير :

(١) المغني، ٤/ ٢٥٠، وانظر المبدع، ٤/ ٥٦.

(٢) الدر المختار، ٥/ ٢٤٠؛ وانظر : شرح العيني على الكتر، ٤/ ٦٠، ٦١؛

تبيين الحقائق، ٤/ ١٣١، ١٣٣؛ البحر الرائق، ٦/ ١٨٧.

« وقسم يفسد البيع مادام المشترط متمسكاً بشرطه كشرط بيع
وسلف . . . »^(١).

ويقول الخطاب في مواهب الجليل :

« ومن الشروط المناقضة بيع الثنيا، وهو من البيوع الفاسدة . . .
واختلف إذا أسقط مشترط الثنيا شرطه هل يجوز البيع أم لا على قولين
أحدهما أن البيع باطل والشرط باطل وهو المشهور، والثاني أن البيع
جائز إذا أسقط شرطه وهو قول مالك . . . »^(٢).

وعند الشافعية يبطل العقد بالشرط الفاسد، وفي هذا يقول الرافعي :
« اعلم أن الشرط في العقد ينقسم إلى فاسد وصحيح والفاسد منه
يفسد العقد أيضاً على المذهب »^(٣).

ويقول النووي بعد أن ذكر طرفاً من الشروط المخالفة لمقتضى العقد :
« فهذه الشروط وأشباهها تفسد البيع »^(٤).

ويقول الرملي : « ولو قال أعمرتك هذه أو جعلتها لك عمرك . . .
فإذا مدت عادت إلي . . . فكذا هو هبة في الأصح إلغاء للشرط الفاسد،

(١) الشرح الصغير، ٣/ ٢٣٣.

(٢) مواهب الجليل، ٤/ ٣٧٣.

(٣) فتح العزيز مع المجموع، ٨/ ١٩٥.

(٤) روضة الطالبين، ٣/ ١٠٤، وانظر نهاية المحتاج، ٣/ ٤٣٤.

وإن ظن لزومه لاطلاق الأخبار الصحيحة ولهذا عدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة إذ ليس لنا موضع يصح فيه العقد مع وجود الشرط المنافي مقتضاه إلا هذا، والثاني يبطل العقد لفساد الشرط»^(٥).

أما الحنابلة فعنهم روايتان في المسألة، وفي هذا يقول ابن قدامة بعد ذكر طرف من الشروط الفاسدة:

«... وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين قال القاضي المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح، وهو ظاهر كلام الخرقي هاهنا، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي، وابن أبي ليلى وأبي ثور، والثانية البيع فاسد، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي»^(١).

ويتحصل من مجموع ماتقدم أن للفقهاء مذهبين في أثر الشرط على العقد: أحدهما يقول بفساد العقد بالشرط الفاسد، وهم الحنفية في عقود المعاوضات المالية خاصة، وهو المشهور لدى المالكية، وهو قول الشافعية ورواية مرجوحة عن الحنابلة.

وثانيهما: القول بفساد الشرط فقط، وهو قول الحنفية في غير المعاوضات المالية، وقول مالك، والرواية الراجحة عند الحنابلة.

وعلى أي حال فالشرط الفاسد متردد بين حالين إما أن يبطل وحده أو

(١) نهاية المحتاج، ٤٠٧/٥.

(٢) المغني، ٢٥١/٤، انظر: المبدع، ٥٦/٤.

أن يبطل ويبطل العقد، وعلى أيهما يبطل شرط الزيادة في القرض، لكن هذا قد لا يسلم فلنائل أن يقول إن الفقهاء وإن اتفقوا في العمومات وأصول المسائل إلا أنهم قد يختلفون في أحادها، فلعل هذه المسألة مما اختلف فيه !

والجواب عنه أن الفقهاء لم يدعوا لنا عناء تخريج مسألتنا هذه على أصولهم لنكون في حيرة من أمرنا، بل كان لهم في هذه المسألة قول فصل يقطع سبيل المنازعة، وهذا طرف منه :

جاء في البحر الرائق : « وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض بأن قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهراً مثلاً فإنه لا يبطل بهذا الشرط . . . وفي البزازية : تعليق القرض حرام والشرط لا يلزم^(١) .

ويقول النووي : « يحرم كل قرض جر منفعة كشرط رد الصحيح عن المكسر أو الجيد عن الرديء وكشرط رده ببلد آخر . . . فإن جرى القرض بشرط من هذه فسد القرض على الصحيح، فلا يجوز التصرف فيه، وقيل لا يفسد لأنه عقد مسامحة^(٢) » .

ويقول صاحب الفروع : « ويحرم شرط وقرض جر نفعاً كتعجيل نقد يرخص عليه في السعر، وكاستخدامه واستجاره منه . . . وفي فساد

(١) البحر الرائق، ١٨٧/٦، وانظر حاشية ابن عابدين، ٢٤٩/٥، شرح العيني على الكتر، ٦١/٢ .

(٢) روضة الطالبين، ٣٤/٣ .

القرض روايتان^(١) .

المطلب الخامس : مناقشة احتجائه بما نقله عن الحنفية من القول

بطيب الربح في القرض المشروطة الزيادة فيه :

وأما احتجائه لما ذهب إليه بقوله :

« لو صار القرض بشرط النفع بيعاً لكان بيع الصرف ، وبيع الصرف إذا لم يكن فيه تقابض البدلين في المجلس أو يكون فيه شرط الزيادة يفسد ، ويتعين النقد في الصرف فلا تكون هذه الدراهم والدنانير ملكاً للمستقرض فلا يكون الربح والمنفعة الحاصلة منه طيباً ، مع أن الفقهاء صرحوا بأنه طيب ، في العالمية : « واستقرض من آخر ألفاً على أن يعطي المقرض كل شهر عشرة دراهم وقبض الألف وربح فيها طاب له الربح^(٢) » .

ويجاب عنه من وجوه :

الوجه الأول : إن ما استشهد به مغاير لما استشهد عليه فهو خرج المسألة المراد تقريرها على أنها بيع صرف لكنه استشهد عليها بمسألة متعلقة بالقرض بيان ذلك :

١ - أن الحنفية في مسألة القرض المشروطة فيه الزيادة - المنقولة

(١) الفروع ، ٢٠٤/٤ .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ٦١ .

صورته من الفتاوى العالمكيريّه - لم يخرجوه على أنه صرف ، بل نظروا إليه على أنه قرض ، ومن ثم أبطلوا شرط الزيادة المنافي مقصوده ، يدل لذلك :

أن قاعدتهم في الشرط الفاسد فساد عقود المعاوضات المالية ، أما غيرها فيلغو الشرط وحده ويبقى العقد كما هو دون تأثر به ، وفي هذا يقول ابن عابدين :

« والأصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لا ما كان مبادلة مال بغير مال ، أو كان من التبرعات ، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات . . . »^(١)

ويقول صاحب الدر المختار :

« ههنا أصلان : أحدهما أن كل مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع ، وما لا فلا كالقرض . . . »^(٢)

ثم عد ما يفسد بالشرط الفاسد قائلاً :

« فالأول أربعة عشر وذكر منها . . . البيع »^(٣)

(١) حاشية ابن عابدين ، ١٦٩/٥ .

(٢) الدر المختار بحاشية رد المحتار ، ٢٤٠/٥ .

(٣) المرجع السابق ، ٢٤٢/٥ .

وعد الثاني قائلاً :

«وما يصح ولا يبطل بالشرط الفاسد لعدم المعاوضة المالية سبعة وعشرون على ما عده المصنف تبعاً للعيني وزدت ثمانية، القرض...»^(١).

ويقول العيني في شرحه على الكنز :

«ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط أربعة عشر شيئاً على ما ذكره الشيخ الأول البيه...»^(٢).

ثم بين الثاني قائلاً :

«وما لا يبطل بالشرط الفاسد سبعة وعشرون شيئاً على ما ذكره الأول القرض...»^(٣).

٢- ولما كان الصرف بيعاً عندهم ، وفي هذا يقول العيني :

«وفي الشرع... بيع الأثمان بعضها ببعض»^(٤).

ويقول الزيلعي : «هو بيع بعض الأثمان ببعض»^(٥).

(١) المرجع السابق ، ٢٤٩/٥ .

(٢) شرح العيني على الكنز ، ٦٠/٢ .

(٣) المرجع السابق ، ٦١/٢ .

(٤) المرجع نفسه ، ٦٣/٢ .

(٥) تبين الحقائق ، ١٣٢/٤ .

ويقول صاحب الدر المختار : « وشرعاً بيع الثمن بالثمن »^(١).

ولما كان القرض تبرعاً وفي هذا يقول الكاساني :

« لأن القرض للمال تبرع ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال فكان تبرعاً للحال ، فلا يجوز إلا ممن يجوز التبرع منه »^(٢).

فإن الفتوى المنقولة عن العالمكية تخرج على هذا الأساس ، بمعنى أن الحنفية أبطلوا الشرط الفاسد ، وأبقوا القرض كما هو جرياً على قاعدتهم السابقة ، وإذا كان القرض صحيحاً فإن الدراهم التي قبضها المقترض تكون ملكه ، ويصح تصرفه فيها ، ومن ثم يطيب ربحه ، يشهد لهذا التخرج مايلي :

أ- قاعدتهم السالف ذكرها وهي بطلان عقود المعاوضات بالشرط الفاسد دون غيرها ، ولا ريب أن الصرف من جملتها فيبطل بالشرط الفاسد .

ب- تصريحهم في غير موضع في عد القرض من جملة العقود التي لا يفسدها الشرط الفاسد .

ومنه تعلم :

- أن استشهاد المفتي الهندي في غير موضعه .

(١) الدر المختار بحاشية رد المحتار ، ٢٥٧/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ، ٣٩٤/٧ .

- أن الحنفية يخالفونه فيما ذهب إليه إذ مذهبه جواز القرض بشرط النفع كما في مثاله السابق وجواز الشرط ، ومذهبهم جواز القرض وفساد الشرط كما تقدم التصريح به في غير موضع .

الوجه الثاني : وعلى التسليم جـدلاً بأن الفتوى المنقولة عن العالمية مقصودها مقصود المفتي الهندي ، وهو عد المسألة بيع صرف ، ومن ثم القول بطيب الربح الناجم منه ، فإن ذلك لا دلالة فيه على ما يريد المفتي الهندي تقريره من جواز شرط النفع في القرض ، إذ لا تلازم بين طيب الربح ، وصحة البيع عندهم في بعض المسائل .

وتحقيق المسألة أنها من مفردات الفقه الحنفي جملة ذلك أنهم بالجملة ينفردون في تقسيم البيع إلى صحيح ، وباطل ، وفاسد ، وفي هذا يقول الزيلعي : « البيع على أربعة أقسام : صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ، ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع ، وباطل وهو غير مشروع أصلاً ، وفاسد ، وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض ، وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف ، وامتنع تمامه لأجل غيره ، وهو بيع ملك الغير »^(١) .

وموضوع التفرد عندهم هو البيع الفاسد الذي عرفه الزيلعي فيما تقدم بأنه المشروع بأصله دون وصفه ، كما يوضحه الكاساني بقوله :

(١) تبين الحقائق ، ٤ / ٤٤ .

« وأما البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة . . . »^(١).

ومما ينفردون به أن هذا البيع يفيد الملك بشرطين، وفي هذا يقول الكاساني : « ولنا أن هذا بيع مشروع يفيد الملك بالجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة »^(٢).

ثم يبين شروط إفادته الملك قائلاً :

« وأما شرائطه فاثنتان أحدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد . . . والثاني أن يكون القبض باذن البائع »^(٣).

وإذ كان مفيداً للملك فإنه يفيد التصرف لكنه ليس كالتصرف في البيع الصحيح، وفيه يقول الكاساني : « ومنها أن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والاعتاق والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع، وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام، ولبس الثوب، وركوب الدابة، وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح أنه لا يحل لأن الثابت بهذا البيع

(١) بدائع الصنائع، ٢٩٩/٥.

(٢) المرجع السابق، ٢٩٩/٥.

(٣) المرجع السابق، ٣٠٤/٥؛ وانظر : تبين الحقائق، ٦١/٤.

ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد اطلاق الانتفاع لأنه واجب
الرفع...»^(١)

وتفردهم بالقول بإفادة البيع الفاسد الملك، والتصرف على النحو
المذكور آنفاً لزم منه بحث مسألة حكم الربح الناجم من جرائه، جاء في
الفتاوى الهندية: «من اشترى جارية بيعاً فاسداً، وتقابضاً، وباعها،
وربح فيها يتصدق بالربح، وإن اشترى البائع بالثمن شيئاً وربح طاب له
الربح لأن الجارية مما يتعين بالتعين فيتعلق العقد بها، فيؤثر الخبث في
الربح، والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني
بعينها، ويؤثر الخبيث فيه، وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة،
وهي أنها لا تتعين، كذا في العناية، هذا في الخبث لفساد الملك، وإن كان
الخبث لعدم الملك كالغصب والأمانات إذا خان فيها المؤمن فإنه يشمل
ما يتعين، وما لا يتعين عند أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله»^(٢).

وقد جاء عن ابن عابدين في حاشيته ما يفيد طيب الربح على كلا
القولين أي على القول بتعين الدراهم والدنانير، وعلى القول بعدم
تعينها، وفي هذا يقول: «وقد أجاب العلامة سعدي جليبي في حاشية
العناية بما أشار إليه الشارح وهو أنه يطيب على كل من القولين، لأن عدم

(١) بدائع الصنائع، ٣٠٤/٥، وانظر حاشية ابن عابدين، ٩٠/٥.

(٢) الفتاوى الهندية، ٢١١/٣، وانظر: شرح فتح القدير، ٢٣٨/٥، ابن

عابدين، ٩٧/٥، شرح العيني على الكتر، ٣٢/٢.

التعيين إنما هو في العقد الثاني الصحيح لا في العقد الأول الفاسد أ. هـ،
وبيانه أنه إذا باع فاسداً وقبض دراهم الثمن ثم فسخ العقد يجب رد تلك
الدراهم بعينها على المشتري لأن الأصح تعيينها في البيع الفاسد، فلو
اشترى بها عبداً مثلاً شراء صحيحاً طاب له ما ربح لأنها لا تتعين في هذا
العقد الثاني لكونه عقداً صحيحاً...»^(١).

ومما تقدم نقله يتبين أن لا تلازم بين طيب الكسب، وصحة العقد
عندهم، فلا يكون قولهم بطيب الكسب دليلاً على صحة العقد، وحينئذ
فإنه لا دلالة في المسألة على ما أراد المفتي الهندي الاستشهاد بها عليه.

المطلب السادس : مناقشته في زعمه أن القول بأن الزيادة المشروطة في
القرض رباً بني على أحاديث لا تنهض للاحتجاج، كما
يقابلها ما هو أصح منها :

قال المفتي الهندي : « والحديث الذي أخرجه صاحب بلوغ المرام عن
علي وجري على ألسنة العوام والخواص بلفظ : « كل قرض جر منفعة
فهو ربا » لا يجوز أن يقع تفسيراً للقرآن لأنه غير ثابت ولا أصل له »^(٢).

ثم نقل عن ابن حجر والزيلعي وغيرهم القدر فيه .

قال : « وكذا لا يصح تفسير إجمال الآية بالحديث الموقوف على

(١) حاشية ابن عابدين ٩٧/٥ .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ٣٤؛ وانظر : سبل السلام، ٤٩/٣ .
وسياتي الكلام عن هذا الحديث في ص ٦٦٣ من هذه الرسالة .

عبد الله بن سلام الذي رواه بردة عند البخاري بلفظ : قال « أتيت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام فقال : ألا تجيء فأطعمك سويقاً ، وتمراً ، وتدخل في بيت ؟ ثم قال : إنك بأرض الربا فيها فاش إذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فإنه ربا »^(١) .

قال المفتي الهندي : « لأنه لا بد للتفسير من بيان الشارع عليه السلام ، وهذا الحديث الموقوف ليس في حكم المرفوع . . . قال وتعارضه الأحاديث الصحيحة »^(٢) .

ثم قال : « على أن الفقهاء لم يتمسكوا بهذا الحديث والأثر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى زماننا هذا ، ولم يفتوا بحرمة أمثال هذه المنافع مطلقاً ، بل اتفقوا على أنها لا تكون ربا إلا أن تكون مشروطة في العقد ، وهذا خلاف ما دلت عليه هذه الآثار والأحاديث الواردة في هذا الباب لأنها تدل على حرمة كل منفعة سواء شرطت أو لم تشترط مع أنها بدون الشرط جائزه بالاتفاق »^(٣) .

وقال : « . . . فلو كانت الزيادة في القرض ربا لكانت حراماً بدون شرط أيضاً مع أن الزيادة في القرض بدون الشرط مباح باتفاق الأمة فثبت أنها ليست بربا »^(٤) .

(١) المرجع السابق ، وانظر فتح الباري ، ١٢٩ / ٧ ، وسيأتي الكلام عليه ص ٤٧٤ من هذه الرسالة .

(٢) المرجع نفسه ، ص ٣٥ .

(٣) ، (٤) المرجع السابق ، ص ٣٧ ، ٤١ .

المناقشة :

أما أثر عبد الله بن سلام الموقوف ، وحديث علي الضعيف فكلامه عن الاحتجاج فيهما إنما يستقيم لو كانا هما عمدة القول بأن الزيادة المشروطة في القرض ربا ، وليس ذلك كذلك ، بل عمدته الكتاب والسنة الثابتة الصحيحة ، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ (١) .

وقد تقدم بيان صورة ربا الجاهلية عند القائلين بأن « ال » في الربا للعهد ، وأن ربا القرض من صورته فيكون محرماً بنص الآية (٢) .

وعلى القول بإجمال الربا فإن الزيادة المشروطة في القرض رباً أيضاً محرم بنص القرآن ، وفيه يقول الجصاص وهو من فقهاء الحنفية القائلين بإجمال الربا قال : « وإذا كان كذلك على ما وصفنا صار - يعني الربا - بمنزلة سائر الأسماء المجملة المفتقرة إلى البيان . . . وقد بين رسول الله ﷺ كثيراً من مراد الله بالآية . . . فأبطل الله تعالى الربا الذي كانوا يتعاملون به ، وأبطل ضرورياً آخر من البياعات ، وسماها ربا فانتظم قوله « وحرّم الربا » جميعها لشمول الاسم عليها من طريق الشرع ، ولم يكن تعاملهم بالربا إلا على الوجه الذي ذكرناه من قرض دراهم ودنانير إلى أجل مع شروط الزيادة » (٣) .

(١) الآية ٢٧٨ من سورة البقرة .

(٢) انظر ص ٣٩ من هذه الرسالة .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ، ١٨٤ / ٢ .

فإن سلّم المفتي الهندي بهذه الصورة صارت نصاً في المسألة، وإن سلم بغيرها أخذت حكمها كما تقدم، وإن أنكر المفتي الهندي ما ذهب إليه أصحابه الحنفية، وادعى أن ربا الجاهلية لم يثبت بطريق صحيح قلت في السنة الثابتة الصحيحة التي يحتج بها المفتي الهندي ويعدها بياناً لمجمل الكتاب دليل على ذلك، وهذا بيانه :

الدليل من السنة على أن الزيادة المشروطة في القرض ربا :

والدليل على ذلك حديث الأصناف الستة، وقد تقدم بيان الاستدلال به على ذلك^(١).

على أن القرض إذا شرطت فيه الزيادة فإنه يخرج عن مقصود الارفاق والاحسان الذي وضع له إلى مقصود المعاوضة فيصير بيعاً، وتقدم في ثنايا المناقشات السابقة أقوال العلماء في صيرورته بيعاً^(٢). وتقدم تخريجه على مسألة الهبة بشرط العوض التي تخرج على أنها بيع انتهاء^(٣). وليس القرض دونها فيما هذا سبيله.

ثم إن الشارع الحكيم إذا منع الربا في البيع الذي مقصوده المعاوضة والمغابنة فلأن يمنعه في القرض الذي مقصوده الارفاق والاحسان بطريق الأولى.

(١) انظر ص ٤٥ من هذه الرسالة .

(٢) انظر ص ٨٥ - ٨٩ من هذه الرسالة .

(٣) انظر ص ١٤٦ ، ١٥١ من هذه الرسالة .

وأما احتجاجه بما قابلها من أحاديث صحاح تفيد حل المنفعة في القرض إذا لم تكن مشروطة كالذي عند البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه « أن رجلاً تقاضى رسول الله ﷺ فأغلظ له فهم أصحابه فقال : دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً واشتروا له بعيراً فأعطوه إياه ، قالوا لانجد إلا أفضل من سنه ، قال اشتروه ، فأعطوه إياه فإن خيركم أحسنكم قضاء » ^(١) . قالوا فقد أفاد هذا الحديث جواز الزيادة إذ لم تكن مشروطة بخلاف تلك الأحاديث فقد أفادت حرمتها مطلقاً شرطت أولاً والجواب : أنه أمكن التوفيق بينها بحمل الأحاديث المانعة على الزيادة المشروطة ، وحمل الأحاديث المبيحة على الزيادة غير المشروطة ، وفي هذا يقول الصنعاني بعد إيراد حديث علي المتقدم : « والحديث بعد صحته لا بد من التوفيق بينه وبين ماتقدم ، وذلك بأن هذا محمول على أن المنفعة مشروطة من المقرض ، أو في حكم المشروطة ، وأما لو كانت تبرعاً من المقرض فقد تقدم أنه تستحب له أن يعطي خيراً مما أخذه » ^(٢) .

وأما ما أورده على هذا التوفيق من خُلف قال فيه :

« فلو كانت الزيادة في القرض رباً لكانت حراماً بدون شرط أيضاً... » .

فالجواب : أن الزيادة في القرض لا تكون رباً إلا عند الشرط ، ولذا

(١) فتح الباري ، كتاب الاستقراض ، باب في استقراض الإبل ، ٥٦ / ٥ .

(٢) سبل السلام ، أبواب السلم والرهن ، والقرض ، ٥٠ / ٣ .

قليل بحرمتها عنده، أمّا دونه فلا تكون رباً لتخلف مقصود المعاوضة لدى المقرض، فكان القرض من جانبه إرفاقاً وإحساناً، وكانت الزيادة من جانب المقرض إحساناً كذلك، والشارع يأمر بالاحسان، ويدعوا إليه، قال تعالى: ﴿... وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ (١).

وقال: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾ (٢).

المطلب السابع: مناقشة اعتباره الزيادة المشروطة في القرض أجراً، وقياس ذلك على الاستئجار على سائر العبادات والقربات من إمامة، وتعليم قرآن وفقه ونحوه:

وأما قوله: «فعلى هذا أي إذا كان القرض عبادة وصدقة فحكم الاستئجار والاستنفاع عليه كحكم الاستئجار على الصدقات والعبادات كالاستئجار على تعليم القرآن، وتعليم الفقه والحديث...» (٣).

وقوله: «ومن كان له وقوف على حال هذا الزمان وخبرة بأهله فلا محيص له بدون أن يفتي بجوازه كما في الاستئجار على تعليم القرآن، والأذان، والإمامة، وغيرها» (٤).

فالجواب عنه أن المفتي الهندي قد وقع فيما وقع فيه في غير موضع

(١) الآية، ١٩٥ من سورة البقرة.

(٢) الآية، ٦٠ من سورة الرحمن.

(٣) الربا والمعاملات في الإسلام، ص ٧٢.

(٤) المرجع السابق، ص ٧٥.

من الاعتبار بالشيء في موضع إذا كان له مصلحة في اعتباره، ومن ثم اطراحه في موضع آخر دون مسوغ إذا كان له مصلحة في اطراحه، بيان ذلك :

« أن المفتي الهندي عندما أراد أن يذهب إلى أن القرض لا ينقلب بيعاً بشرط الزيادة - كيلا يجري فيه الربا حسب رأيه - احتج لذلك بما جاء في المبسوط مما يفيد فساد شرط الأجر، وانقلاب العقد قرضاً في مسألة إجارة الدراهم والدنانير فلا ينقلب العقد بذلك إجارة، قال :

« ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة بدرهم أو ثوب لم يجرز قال : لأنه ليس بإناء، ويريد ألا ينتفع به مع بقاء عينه، ومثله لا يكون محلاً للإجارة، وإنما يرد عقد الإجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه، وقد بينا أن الاعارة في الدراهم والدنانير لا تتحقق ويكون ذلك قرضاً فكذلك الإجارة^(١) .

لكنه عندما أراد الذهاب إلى القول باعتبار شرط الزيادة في القرض من قبيل الإجارة ضرب صفحاً عما احتج به قبل قليل مما يفيد أن الدراهم والدنانير لا تصلح محلاً للإجارة .

ويناقش ماذهب إليه بأنه على خلاف القياس ذلك أن الإجارة عقد يرد على المنافع دون الاعيان، وفي هذا يقول ابن قدامة :

(١) المرجع السابق، ص ٥٩ ؛ وانظر : في هذا المعنى المبسوط، ٣١ / ١٦ .

« هي بيع المنافع »^(١).

ويعرفها الشرييني أنها « عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والاباحة بعوض ملموم »^(٢).

وإذ كانت الاجارة كذلك فإن النقود لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها فلا تصلح محلاً للإجارة، وفي هذا يقول السرخسي : « رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير، وكل موزون أو مكيل لأن الانتفاع به لا يكون إلا باستهلاك عينها، ولا يجوز أن يستحق بالاجارة استهلاك العين، ولا أجر عليه لأن العقد لم ينعقد أصلاً لانعدام محله فمحله الاجارة منفعة تنفصل عن العين، وبدون المحل لا ينعقد العقد، وهو مستأمن للمال لأن العقد لما صار لغواً بقي مجرد الاذن فكأنه أعاره إياه، وقد بينا أن العارية في المكيل والموزون قرض »^(٣).

وعلى هذا فإن قياس تأجير القرض على الاستئجار على تعليم القرآن والفقه وغيرهما بجامع أن كلا قربة قياس مع الفارق، ذلك أن العقد في تعليم القرآن والفقه يرد على منافع تصلح أن تكون محلاً

(١) المغني، ٤٣٣/٥.

(٢) مغني المحتاج، ٣٣٢/٢، وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢/٤.

(٣) المبسوط، ٣١/١٦.

للاجارة بخلاف القرض إذ الانتفاع به استهلاك لعينه ، وهذا يخالف حقيقة الاجارة فافترقا .

المطلب الثامن : مناقشة رده الحاق القرض بشرط الزيادة بالربا :

وقد أبطل إلحاقه بربا الفضل بقوله : « لأن القرض ليس فيه مبادلة ^(١) أصلاً عند الشارع ، فكيف يصح هذا القياس مع هذا الفارق؟ » ^(٢) .

ويجاب عنه : أن المفتي الهندي خصم نفسه بكلامه هذا من وجهين :

أولاً : أنه قرر أن القرض الشرعي ليس فيه مبادلة فيلزم من ذلك عدم مشروعية ما شرطت الزيادة فيه ، إذ صار غرضه المبادلة ، والمعاوضة .

وثانيهما : أنه عد ذلك فارقاً يفرق القرض الشرعي عن الربا ومقتضى ذلك أن يعد القرض المشروطة الزيادة فيه ربا لانتفاء الفارق .

وعلى هذا يمكن القول : إن القرض لما شرطت فيه الزيادة خرج عن مقصود الارفاق والاحسان الذي شرع لأجله إلى مقصود المعاوضة ، وبخروجه هذا صار ربياً ، إمّا لاتحاد الجنس ، والزيادة في أحد البديلين إن كان فضلاً أو للزيادة في مقابلة الأجل إن كان ديناً .

وقد تقدمت إقامة ذلك في مناقشة السنهوري ^(٣) .

(١) يعني معاوضة ، ومقصوده أن القرض ليس مقصوده المعاوضة .

(٢) الربا والمعاملات في الإسلام ، ص ٧٠ ، ٧١ .

(٣) انظر ص ٨٦ ، ٨٨ من هذه الرسالة .

كما أبطل إلحاقه برىا النسبئة بقوله : « لأن الزيادة فى الجاهلية كانت بعد حلول الأجل ، لا فى ابتداء العقد . . . وليس هذا من ذاك »^(١) .
وقد تقدم رد هذا الزعم فى مناقشة محمد رشيد رضا^(٢) .

* * *

(١) الرىا والمعاملات فى الإسلام ، ص ٧٠ ، ٧١ ، وانظر ص ١٣٥ من هذه الرسالة .

(٢) انظر ص ٤١ من هذه الرسالة .

المجلد الثالث

الإنجاز الثاني في تحليل الربا (الشبهات)

- ١- المبحث الأول: بيان المصلحة المرسلة، والاحتكام إليها.
- ٢- المبحث الثاني: بيان قاعدة الضرورة، والاحتكام إليها.
- ٣- المبحث الثالث: بيان قاعدة الحاجة، والاحتكام إليها.
- ٤- المبحث الرابع: بيان التعليق بالحكمة، والاحتكام إليه.

المبحث الثالث

الإنجاء الثاني في تحليل الربا (الشبهات)

لا ريب أن الشارع الحكيم قصد إلى جلب المصالح ، وتكثيرها ، ودفع المفاسد وتقليلها لكن ذلك ليس على نحو يفضي إلى التنصل من الأحكام ، وضرب الحلال بالحرام كما دأب عليه كثير من الناس اليوم إذ يحتجون بمقاصد الشارع لتبرير مآربهم وتسويغ أهوائهم ، ومن ذلك ما يحتجون به لتسويغ الربا اليوم بدعوى الضرورة حيناً ، والحاجة حيناً ، والمصلحة حيناً ، وكثير ممن يحتج بذلك يحتج بمجرد اللفظ دون مراعاة صدق مدلوله على الواقعة من جهة أولى ودون مراعاة إمكان إيصاله للمقصود شرعاً على فرض صدق مدلوله من جهة ثانية .

وجنس هذه الشبهات قد تعرض كثيرون لنقدها ، منهم على سبيل المثال د . حمد الحماد في كتابه : الربا خطره ، وسبيل الخلاص منه ، ود . محمد الشباني في كتابه : شبهات معاصرة لاستحلال الربا .

غير أنني أجد نفسي بحاجة إلى التعرض لهذا الجانب ، وبخاصة ما يتعلق منه بالمقاصد ، والقواعد : أعني مقاصد الشارع ، وقواعد الفقه وذلك لسببين :

أ- لبيان ما عليه مفاهيم الناس اليوم من جهة دركهم الأمور ، وتقديرهم الوقائع والأحداث ، وتنزيلها على تلك المقاصد ، والقواعد .

ب- لبيان تحقيق تلك المقاصد، والقواعد التي أحسب أنها أساس في الاجتهاد وبقدر قصور الفهم في حقيقتها، وتحقيقها يحصل عوج في الاجتهاد.

إذا تقرر هذا فإن من أمثلة ما تقدمت الإشارة إليه من خلط في هذا الجانب وسوء تقدير فيه، ما جاء عن محمود شلتوت رحمه الله تعالى جواباً عن سؤال وجه له عن حكم الاقتراض من المصرف بفائدة فكان بما قال : (والفقهاء تمشياً مع توسيع نطاق التراحم، والبعد عما يفتح على الناس باب التضاحم المادي في الضغط على أرباب الحاجات، توسعوا كثيراً فيما يتناوله الربا، وكان لهم في ذلك مشارب مختلفة وآراء متعددة. ورأى كثير منهم أن الحرمة فيما يحرمون يتناول المتعاقدين معاً المقرض والمقترض. وإنني أعتقد أن ضرورة المقترض وحاجته مما يرفع عنه إثم ذلك التعامل؛ لأنه مضطر أو في حكم المضطر، والله يقول: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ ^(١).

وقد صرح بذلك بعض الفقهاء، فقالوا: يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح ^(٢)، وإذا كان للأفراد ضرورة أو حاجة تبيح لهم هذه المعاملة، وكان تقديرها مما يرجع إليهم وحدهم، وهم مؤمنون بصيرون دينهم،

(١) الآية رقم (١١٩) من سورة الأنعام.

(٢) هذا القول ذكره ابن نجيم دون تدليل أو تعليل، انظر الأشباه والنظائر بحاشية الحموي ٢٩٤/١.

فإن للأمة أيضاً ضرورة أو حاجة، كثيراً ما تدعو إلى الاقتراض بالربح، فالمزارعون كما نعلم تشتد حاجتهم في زراعتهم وإنتاجهم إلى ما يهيئون به الأرض والزراعة، والحكومة كما نعلم تشتد حاجتها إلى مصالح الأمة العامة، وإلى ما تعد به العدة لمكافحة الأعداء المغيرين. والتجار تشتد حاجتهم إلى ما يستوردون به البضائع التي تحتاجها الأمة وتعمربها الأسواق. وقل مثل ذلك في المصانع والمنشآت التي لا غنى لمجموع الأمة عنها، والتي يتسع بها ميدان العمل فتخفف عن كاهل الأمة وطأة العمال العاطلين.

ولا ريب أن الإسلام الذي يبنى أحكامه على قاعدة اليسر ورفع الضرر، والعمل على العزة والتقدم وعلاج التعطل، يعطي للأمة في شخص هيتها وأفرادها هذا الحق، ويبيح لها - مادامت مواردها في قلة - أن تقترض بالربح تحقيقاً لتلك المصالح التي بها قيام الأمة وحفظ كيانها^(١).

(١) الفتاوى، محمود شلتوت، دار الشروق، ط ٥ لعام ١٩٧١م، ص ٣٥٤، ٣٥٥.

مما ينبغي التنبيه إليه أن الشيخ محمود شلتوت رحمه الله في فتاواه المنقولة هذه يبيح الفوائد، لكنه في تفسيره عند كلامه على قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة» تكلم في الفائدة كلاماً جميلاً وقال بمنعها. وقد ذكر علي السالوس في كتابه «حكم ودائع البنوك» ما نصه: (ثم حدثني فضيلة الشيخ صلاح أبو اسماعيل بأن فضيلة الأستاذ محمد أبو زهرة رحمه الله ذكر في ندوة لواء الإسلام أنه التقى بالشيخ شلتوت وناقشه في فتوى التحليل، =

ومنه ما نقله السنهوري عن معروف الدواليبي قال :

(يذهب الأستاذ معروف الدواليبي في المحاضرة التي ألقاها في مؤتمر الفقه الإسلامي بباريس إلى أن الربا المحرم إنما يكون في القروض التي يقصد بها إلى الاستهلاك لا إلى الإنتاج . ففي هذه المنطقة - منطقة الاستهلاك - يستغل المرابون حاجة المعوزين والفقراء ، ويرهقونهم بما يفرضون عليهم من ربا فاحش أما اليوم ، وقد تطورت النظم الاقتصادية ، وانتشرت الشركات وأصبحت القروض أكثرها قروض إنتاج لا قروض استهلاك ، فإن من الواجب النظر فيما يقتضيه هذا التطور في الحضارة من

= واقتنع بتحريم فوائد دفتر توفير البريد ، ورأى حذفها من كتابه ، فعارضه قائلاً : لا ، بل تبقى الفتوى ويثبت تراجعك عنها ، فمن قرأ الفتوى قرأ (التراجع) ، ص ١١٣ ، ١١٤ .

قلت : ولكنني - فيما وصل إليه علمي - لم أجد تراجعاً عن هذه الفتوى في فتاواه .

على أن إثباتها هاهنا ليس مقصوده تأكيد عدم تراجع الشيخ عنها - فحقه علينا حسن الظن به والترحّم عليه - ولكن المقصود من ذلك بيان الفكرة ومناقشتها لسببين :

- (أ) أن بعض المولعين بالربا يصرون على بقاءه عليها دون تراجع .
- (ب) وعلى فرض التسليم بتراجعها فإن الفكرة ما دامت أسست وطرحت فإنها تسير بها الركبان ، ويتناقلها من لديهم نزعة إلى الربا ، ومن لازم ذلك ردها وتفنيدها ، بصرف النظر عن بقاء الشيخ عليها أو تراجعها عنها .

تطور في الأحكام ويتضح ذلك بوجه خاص عندما تقترض الشركات الكبيرة والحكومات من الجماهير وصغار المدخرين ، فإن الآية تنعكس ، والوضع ينقلب ، ويصبح المقرض - أي الشركات والحكومات - هو الجانب القوي المستغل ، ويصبح المقرض - أي صغار المدخرين - هو الجانب الضعيف الذي تجب له الحماية .

فيجب إذن أن يكون لقروض الإنتاج حكمها في الفقه الإسلامي ، ويجب أن يتمشى هذا الحكم مع طبيعة هذه القروض ، وهي طبيعة تغاير مغايرة تامة طبيعة قروض الاستهلاك ، ولا تعدو الحال أحد أمرين : إما أن تقوم الدولة بالإقراض للمنتجين ، وإما أن تباح قروض الإنتاج بقيود وفائدة معقولة . والحل الثاني هو الحل الصحيح . ويرى الأستاذ الدواليبي إمكان تخريجه على فكرة الضرورة وعلى فكرة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما لو تذرع العدو بمسلم ، فلا مناص من قتل المسلم حتى يمكن الوصول إلى العدو^(١) .

فهذه الأقوال كما ترى قد احتجت لما ذهب إليه بالضرورة ، والحاجة ، والمصلحة وتلك مراعاتها من مقاصد الشارع الحكيم .

ونظراً لما يشوب الاحتجاج بهذه المقاصد من خلط ، ومغالطة إن كان بحسن نية أو بسوئها فلإني رأيت تحقيق هذه المقاصد ، وما يتصل بها من قواعد لبيان كيف يستقيم الاحتجاج بها أولاً ، ثم ، الاحتكام بتلك

الأقوال إليها ثانياً.

وبجانب المقاصد، وما بني عليها من قواعد فإن من لديهم نزعة إلى
الربا مازالوا يحتجون بالحكمة والتعليل تارة، وبيعض العقود الشرعية
تارة، وهكذا.

وهذا الاتجاه لا يعدو كونه شبهات تثار عليها تفلح في تبرير ما جرت
به العادة اليوم من ربا إن لم يفلح الاتجاه الأول في استخراجها، فإلى
البيان، والمناقشة :

* * *

المبحث الأول المصلحة المرسلّة، والاحتكام إليها

المطلب الأول : بيان المصلحة المرسلّة :

المقصد الأول : تعريفها :

عرفها الغزالي فقال :

« أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة، أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم.

لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة»^(١).

وعرفها ابن قدامة أنها : « جلب المنفعة أو دفع المضرة »^(٢).

المقصد الثاني : أقسامها :

أ- من جهة متعلقها :

(١) المستصفى، وبذيله فواتح الرحموت، أبو حامد الغزالي، مصر، مطبعة

بوراق، ط ١، ١٣٢٢هـ، ١/٢٨٦ وما بعدها.

(٢) روضة الناظر بشرح نزهة الخاطر العاطر، ١/٤١٢.

وتنقسم المصلحة من جهة ما تتعلق به إلى ثلاثة أقسام^(١):

١- قسم يتعلق بالضرورات .

٢- وقسم يتعلق بالحاجات .

٣- وقسم يتعلق بالتحسينات .

أما القسم الأول فلا خلاف في العمل به ، وأما القسمان الآخران فقد خالف فيهما الغزالي^(٢) .

والمقصود من هذا التقسيم بيان تفاوت أهمية المصالح تبعاً لتفاوت متعلقها جاء في المحصول :

« وكذا في جانب الوصف أعم أوصافه كونه وصفاً تناط به الأحكام حتى تدخل فيه الأوصاف المناسبة ، وغير المناسبة .

وأخص منه المناسب . وأخص منه المناسب الضروري . وأخص منه ماهو كذلك في حفظ النفوس ، وبالجمللة فالأوصاف إنما يلتفت إليها إذا ظن التفات الشرع إليها ، وكل ما كان التفات الشرع إليه أكثر كان ظن كونه معتبراً أقوى .

وكلما كان الوصف ، والحكم أخص كان ظن كون ذلك الوصف

(١) المستصفى ، ٢٨٦/١ ، والاعتصام ، ١١٢/٢ ، والموافقات ، ٨/٢ ، والمحصل ، ١٥٩/٥ .

(٢) انظر المستصفى ، ٢٩٣/١ ، شفاء الغليل ، ٢٠٩ .

معتبراً في حق ذلك الحكم أكد فيكون لا محالة مقدماً على ما يكون أعم منه^(١).

وجاء في الموافقات :

« كما نقول إن النفوس محترمة محفوظة ، ومطلوبة الإحياء بحيث إذا دار الأمر بين إحيائها ، وإتلاف المال عليها ، أو إتلافها ، وإحياء المال ، كان إحيائها أولى . فإن عارض إحيائها إماتة الدين كان إحياء الدين أولى وإن أدى إلى إماتتها ، كما جاء في جهاد الكفار ، وقتل المرتد ، وغير ذلك »^(٢).

ب - أقسامها من جهة اعتبار الشرع :

وتنقسم المصلحة من جهة اعتبار الشرع لها ثلاثة أقسام^(٣) :

الأول : المصلحة المعتبرة : والمقصود بها ما شهد الشرع باعتبارها وهي التي ثبت بالنص أو الاجماع وجود مناسبة بين الوصف والحكم ،

(١) المحصول ، ١٦٥/٥ .

(٢) الموافقات ، ٣٩/٢ ، وانظر في هذا المعنى الابهاج ، ٦١/٣ وما بعدها ؛ بيان المختصر ، ١٢٤/٣ وما بعدها .

(٣) المستصفي ، ٢٨٤/١ ، ٣١٩/٢ ؛ الاعتصام ، ١١٣/٢ ؛ بيان المختصر ، ٣/١٢٥ ؛ شرح مسلم الثبوت ، ٢/٢٦٥ ؛ تيسير التحرير ، ٣/٣١٢ ، ٣١٤ ؛ روضة الناظر بحاشية نزهة الخاطر ، ١/٤١٢ ؛ المحصول . ١٦٥/٥ ؛ البرهان ، ١٢٠٣/٢ ، ١٢٠٦ .

ومثاله : اعتبار السكر في تحريم الخمر الثابت بالنص : « كل مسكر خمر وكل خمر حرام »^(١).

فقد ابنتي الحكم بالتحريم على وصف الاسكار ، وابتناؤه عليه يحقق مصلحة مقصودة للشارع هي حفظ العقل .

وعلى هذا فإن كل ما شارك الخمر في وصف الإسكار ألحق به في الحكم إذ لا يبقى بين الأصل (الخمر) والفرع مباينة إلا تعدد المحل . وهذا النوع من المصلحة قياس عند الجميع ، لكن المصلحة المعتبرة ليست كلها كذلك ، بل هي أنواع منها غير المثال المتقدم :

ما ثبت بالنص أو بالاجماع تأثير عين الوصف في جنس الحكم ، كقيام الولاية على الصغيرة في النكاح مقام الولاية عليها في المال بجامع الصغر ، فالوصف ها هنا الصغر وهو علة في الولاية في المال ثابتة بالاجماع ، فألحق بها الولاية في النكاح والولاية في النكاح ليست هي الولاية في المال لكنها من جنسها إذ يجمعهما جنس الولاية وقد ثبت بالاجماع تأثير الصغر في جنس الولاية .

ومنها ما يثبت بالنص أو بالاجماع تأثير جنس الوصف في جنس الحكم .

(١) صحيح مسلم ، كتاب الأشربة ، باب بيان أن كل مسكر خمر ، وأن كل خمر حرام ، ٢٤٧/٤ ، رقم ٢٠٠٣ .

ومنها ما يثبت بالنص أو الاجماع تأثير جنس الوصف في عين الحكم.

وليس المقصود استيفاء أنواع المصلحة المعتبرة لكن التمثيل، فهذه الأنواع كلها من المصلحة المعتبرة لقيام الدليل على اعتبارها.

الثاني : المصلحة الملغاة، وهي التي شهد الشرع ببطلانها نصاً أو إجماعاً ومثالع : ما حكاه الغزالي عن بعض العلماء أنه أفتى بعض الملوك لما جامع في نهار رمضان أن عليه صوم شهرين متتابعين، فلما أنكر على العالم فتياه حيث لم يأمر بإعتاق رقبة إذ هي المتعينة، قال : لو أمرته بذلك لسهل عليه واستحقر عتق الرقبة في جنب قضاء شهوته، فكانت المصلحة في إيجاب الصوم لينزجر به .

فهذا المعنى مناسب لأن الكفارة مقصود الشرع منها الزجر، والزجر قد يكون في الصوم في حق الملك أبلغ منه في العتق، لكن هذه المناسبة (المصلحة) باطلة لمخالفتها النص . جاء في المحصول : « وأما المناسب الذي علم أن الشرع ألغاه فهو غير معتبر أصلاً »^(١).

وجاء في تيسير التحرير : « وينقسم المرسل إلي ما علم الغاؤه كصوم الملك عن كفارته لمشقته أي الصوم بخلاف إعتاقه فإنه سهل عليه، والصيام مع القدرة على الاعتاق مخالف للنص فهذا القسم

معلوم الإلغاء»^(١).

الثالث : مصلحة لم يشهد لها الشرع ببطلان أو اعتبار ، وهذا القسم هو المصلحة المرسل ، ويسمى المناسب المرسل فإن عين المصلحة مرسله عن دليل باعتبارها أو إلغائها بخلاف سابقتها ، وتنقسم قسمين :

أ - قسم شهد الشرع باعتبار جنسه ويسمى الملائم وهو معمول به .

ب - قسم لم يشهد الشرع باعتبار جنسه ويسمى الغريب وهو مردود .

جاء في شفاء الغليل : « . . . المناسب ينقسم إلى ما يلائم معاني الشرع ، ويجانس تصرفاته في ملاحظة المعاني ، وإلى ما يكون غريباً لا يلغى له جنس ، فالذي ذهب إليه الجماهير أن المناسب لا يكون علة إلا بشرط الملاءمة . . . فكل مناسب عهد جنسه في تصرفات الشرع فهو ملائم ، ومالم يعهد جنسه فهو المناسب الغريب الذي لانظير له في تصرفات الشرع»^(٢).

وجاء في بيان المختصر : « ثم المرسل ينقسم باعتبار إلى مرسل ملائم وإلى مرسل غريب لأنه إن اعتبر الشارع جنسه البعيد في جنس الحكم فهو

(١) تيسير التحرير ، أمير بادشاه ، مصر ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ١٣٥١ هـ ، ٣١٤/٣ ؛ وانظر في هذا المعنى بيان المختصر ، ١٢٧/٣ .

(٢) شفاء الغليل ، أبو حامد الغزالي ، تحقيق حمد الكبيسي ، بغداد ، مطبعة الارشاد ، ١٣٩٠ هـ ، ص ١٤٨ .

المرسل الملائم، والا فهو المرسل الغريب.

مثال المرسل الملائم : تعليل تحريم قليل الخمر بأنه يدعو إلى كثيرها .

وهذا مناسب لم يعتبر الشارع عين الوصف في عين الحكم لأنه لم يترتب الحكم عليه، ولم يثبت بنص أو إجماع اعتبار عينه في جنس الحكم أو بالعكس، أو جنسه في جنسه لكنه اعتبر جنسه البعيد في جنس الحكم، فإن الخلوة لما كانت داعية إلى الزنا حرمها الشارع بتحريم الزنا وهذا ملائم من هذه الجهة لتصرف الشارع.

وباعتبار آخر إلى معلوم الإلغاء من الشرع، وإلى غير معلوم الإلغاء.

والمرسل الغريب، والذي علم الغاؤه مردود اتفاقاً أي لا يجوز التعليل به بالاتفاق.

وأما المرسل الملائم فقد صرح إمام الحرمين والغزالي بقبوله، ونقل قبوله عن الشافعي ومالك رضي الله عنهما ^(١).

وجاء في تيسير التحرير : « وينقسم المرسل إلي ما علم إلغاؤه كصوم الملك عن كفارته لمشتته . . . ومالم يعلم إلغاؤه ولم يعلم اعتبار جنسه أي

(١) بيان المختصر، محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني، تحقيق محمد مظهر بقا، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، مركز إحياء التراث الإسلامي، ١٢٦ / ٣،

الوصف في جنسه أي الحكم أو لم يعلم اعتبار عينه أي الوصف في جنسه أي الحكم، أو لم يعلم اعتبار قلبه أي الجنس في العين وهو أي هذا القسم الثاني الغريب المرسل وهما أي القسمان المذكوران مردودان اتفاقاً . . . وما علم اعتبار أحدها أي جنسه في جنسه، أو عينه في جنسه، أو جنسه في عينه وهو أي هذا القسم المرسل الملائم، وعن الشافعي ومالك قبوله . . . »^(١)

والمقصود من هذا التقسيم بيان شرطي المصلحة وهما :

١ - أن لا تعارض نصاً بمعناه الاصطلاحي وهو :

« ما أفاد بنفسه من غير احتمال »^(٢) .

فإن عارضته فهي باطلة باتفاق - وقد تقدم قبل قليل - النقل عن العلماء بردها والغائها وفيه يقول الشاطبي :

« وأما الثالث وهو الظني المعارض لأصل قطعي ولا يشهد له أصل قطعي فمردود بلا إشكال، ومن الدليل على ذلك أمران :

أحدهما : أنه مخالف لأصول الشريعة، ومخالف أصولها لا يصح لأنه ليس منها وماليس من الشريعة كيف يعدُّ منها ؟

والثاني : أنه ليس له ما يشهد بصحته، وما هو كذلك ساقط الاعتبار

(١) تيسير التحرير، ٣/ ٣١٤ .

(٢) روضة الناظر بشرح نزهة الخاطر، ٢/ ٢٧ .

وقد مثلوا هذا القسم في المناسب الغريب بمن أفتى بإيجاب شهرين متتابعين ابتداء على من ظاهر من أمراته، ولم يأت الصيام في الظهار إلا لمن لم يجد رقبة . . . »^(١).

أما غير النص كالعام، والظاهر من الأدلة فدلالته محتملة، وما كان كذلك فإنه عند التعارض يصار إلى الترجيح، وموضع ذلك مباحث التعارض والترجيح، وليس هذا مجال الإفاضة فيه، غير أن مما ينبغي بيانه أن التعارض بين الدليل غير القطعي والمصلحة التي شهد الشرع لجنسها إنما هو تعارض بين الدليل وما تستند إليه المصلحة من دليل، وليس تعارضاً بين الدليل ومجرد المصلحة، فيخرج حنيئذ على تعارض الأدلة المقرر في مواضعه.

٢- أن يشهد الشرع لجنسها، فإن لم يكن كذلك فهي المصلحة الغريبة، وهي مردودة إذ العقول لا تستقل بإدراك المصالح والمفاسد فيكون اعتبار ذلك الأمر مصلحة دون مستند من الشرع تحكماً بالهوى، جاء في المستصفى : « ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لاتلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها فقد شرع . . . »^(٢).

(١) الموافقات، ١٧٣.

(٢) المستصفى، ١/ ٣١٠.

وجاء في الموافقات : (... الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم حتى يكونوا عباداً لله ، وهذا المعنى إذا ثبت لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس ، وطلب منافعها العاجلة كيف كانت ، وقد قال ربنا سبحانه :

« ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن ... » الآية ^(١) .

ويقول أيضاً :

(وأيضاً فقد يعتبر الشارع من ذلك ما لا تدركه العقول إلا بالنص عليه ، وهو زكثير ما دلت عليه الشريعة في الجزئيات ، لأن العقلاء في الفترات قد كانوا يحافظون على تلك الأشياء بمقتضى أنظار عقولهم ، لكن على وجه لم يهتدوا به إلى العدل في الخلق والمناصفة بينهم بل كان مع ذلك الهرج واقعاً ، والمصلحة تفوت مصلحة أخرى ، وتهدم قاعدة أخرى أو قواعد ، فجاء الشارع باعتبار المصلحة ، والنصفة المطلقة في كل حين ...) ^(٢) .

وتبعاً لهذا التصنيف ، وعملاً بهذه الضوابط يكون الاعتبار بالمصلحة أبعد عن دواعي الهوى ، وبالتحرر من ذلك ، والخروج عليه يكون

(١) الموافقات ، ٣٨/٢ .

(٢) المرجع السابق ، ١٢/٣ .

الإنسان فريسة العقول القاصرة، والأهواء الجامحة، وكم حذر العلماء من ذلك، ومنه :

ما جاء في الموافقات :

(إذا تعاضد النقل ، والعقل على المسائل الشرعية ، فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعاً ، ويتأخر العقل فيكون تابعاً ، فلا يسرح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل ، والدليل على ذلك أمور :

الأول : أنه لو جاز للعقل تخطي مأخذ النقل ، لم يكن للحد الذي حده النقل فائدة ، لأن الفرض أنه حدّ له حدّاً ، فإذا جاز تعديه صار الحد غير مفيد وذلك في الشريعة باطل ، فما أدى إليه مثله .

والثاني : ما تبين في علم الكلام والأصول من أن العقل لا يحسن ولا يقبح ولو فرضناه متعدياً لما حده الشرع لكان محسناً ومقبحاً . هذا خلف .

والثالث : أنه لو كان كذلك لجاز إبطال الشريعة بالعقل ، وهذا محال باطل ، وبيان ذلك : أن معنى الشريعة أنها تحد للمكلفين حدوداً في أفعالهم وأقوالهم ، واعتقاداتهم ، وهو جملة ما تضمنته ، فإذا جاز للعقل تعدي حد واحد جاز له تعدي جميع الحدود ، لأن ما يثبت للشيء يثبت لمثله وتعدي حد واحد هو بمعنى إبطاله أي ليس هذا الحد بصحيح ، وإن جاز إبطال واحد جاز إبطال السائر ، وهذا لا يقول به

أحد لظهور محاله»^(١).

وجاء أيضاً : « المصالح المجتلبة شرعاً ، والمفاسد المستدفةة إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى ، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية ، أو درء مفاسدها العادية »^(٢).

وجاء في الفتاوى : « وهذا فصل عظيم ينبغي الاهتمام به فإن من جهته حصل في الدين اضطراب عظيم ، وكثير من الأمراء والعلماء والعباد رأوا مصالح فاستعملوها بناء على هذا الأصل ، وقد يكون منها ما هو محظور في الشرع ولم يعلموه ، وربما قدم على المصالح المرسلة كلاماً بخلاف النصوص . . . والقول بالمصالح المرسلة يشرع من الدين ما لم يأذن به الله غالباً »^(٣)^(٤).

ونقل الشوكاني عن ابن دقيق العيد قوله : « لست أنكر على من اعتبر أصل المصالح لكن الاسترسال فيها ، وتحقيقها محتاج إلى نظر سديد ، وربما يخرج عن الحد »^(٥).

(١) المرجع السابق ، ٨٧ / ١ .

(٢) المرجع نفسه ، ٣٧ / ٢ .

(٣) مراده المصالح المرسلة غير المنضبطة بضوابطها الموضحة في مبحث المصلحة .

(٤) الفتاوى ، ٣٤٣ / ١١ .

(٥) إرشاد الفحول ، محمد بن علي الشوكاني ، بيروت ، دار المعرفة ،

المطلب الثاني : الاحتكام إلى المصلحة المرسلّة :

بعض المعاصرين يعد الربا مصلحة عامة ، ومن ثم يدعوا إلى إعادة النظر فيه بعد تطور النظم الاقتصادية ، ومن ثم تطوير أحكامه تبعاً لتطور نظم الحضارة^(١) .

قلت : والنظر في أحكام المستجدات أدخل بالمصلحة ، والمصلحة كما تقدم بيانه في مبحثها منقسمة أقساماً ثلاثة^(٢) :

- ١ - مصلحة معتبرة ، وهي التي جاء الشرع باعتبارها .
 - ٢ - مصلحة ملغاة ، وهي التي جاء الشرع بإلغائها .
 - ٣ - مصلحة مرسلّة ، وهي التي سكّنت نصوص الشارع عن بيان حكم عينها وإن كانت تشهد لجنسها .
- ولا ريب أن القول بتطور أحكام الربا تبعاً لتطور الحضارة دون مستند صحيح قول باطل ، كما تقدم تقريره في المصلحة المرسلّة .
- فإن قيل : فما قولك بالقاعدة الفقهية « لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان »^(٣) .

(١) انظر ما ذكره السنهوري في مصادر الحق ، ٢٣٣/٣ ، في معرض نقله فكرة التفريق بين القرض الاستهلاكي والانتاجي من قوله : « أما اليوم وقد تطورت النظم الاقتصادية . . . إلى قوله وهي طبيعة تغاير مغايرة تامة طبيعة قروض الاستهلاك » وهو مثبت في ص ١٩٦ ، ١٩٧ من هذه الرسالة .

(٢) انظر مبحث المصلحة المرسلّة ، ص ٢٠١ وما بعدها من هذه الرسالة .

(٣) شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٢٧ .

قلت : الأحكام قسمان :

قسم مستنده يقبل التطور ، والتغيير ، كالأحكام المستندة إلى العرف والاجتهاد فتلك تتغير بتغير مستندها .

وقسم مستنده لا يقبل التغيير ولا التطوير أبداً كالنص الشرعي ، ولما كان أصل الحكم وهو النص لا يتغير أبداً فإن فرعه وهو الحكم لا يتغير تبعاً لأصله .

وفيما يلي نقول عن بعض العلماء تفيد ماتقدم تقريره :

جاء في الفروق :

« الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت فتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات ، والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك ، فلو تغيرت العادة في النقد ، والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء ، لا خلاف فيه »^(١) .

(١) الفروق ، وبهامشه أنوار الشروق ، وتهذيب الفروق ، الامام القرافي ، بيروت ، دار المعرفة ، ١/ ٢٧٦ .

وجاء في المدخل الفقهي العام :

« وقد اتفقت كلمة فقهاء المذاهب على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان، وأخلاق الناس هي الأحكام الاجتهادية من قياسية، ومصلحية أي التي قررها الاجتهاد بناء على القياس أو على دواعي المصلحة... أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها، وتوطيدها بنصوصها الأصلية الآمرة الناهية، كحرمة المحرمات المطلقة، وكوجوب التراخي في العقود، والتزام الإنسان بعقده، وضمان الضرر الذي يلحقه بغيره، وسريان إقراره على نفسه دون غيره، ووجوب منع الأذى، وقمع الإجرام، وسد الذرائع إلى الفساد، وحماية الحقوق المكتسبة، ومسؤولية كل مكلف عن عمله وتقصيره، وعدم مؤاخذه بريء بذنب غيره، إلى غير ذلك من الأحكام، والمبادئ الشرعية الثابتة التي جاءت الشريعة لتأسيسها، ومقاومة خلافها، فهذه لا تتبدل بتبدل الأزمان، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال، ولكن وسائل تحقيقها، وأساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثه»^(١).

فإن قيل : قلت إن الأحكام التي تستند إلى النص الشرعي مباشرة لاتقبل التغيير، وقد وجدنا أحكاماً مستندة النص، وقد تغيرت بتغير

(١) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دمشق، مطبعة طربين، ط ١،

الزمان، مثال ذلك :

ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عدم قطعه يد السارق في عام الرمادة، والسرقه حكمها القطع، وهو ثابت بالنص !

وما جاء عنه أيضاً من منعه سهم المؤلفة قلوبهم في الزكاة والزكاة قد ثبت حكمها، وبيان مصارفها بالنص !

قلت : هذه المسائل ، وأمثالها شغب بها كثير من المعاصرين وجعلوها متعلقاً للقول بتطور الأحكام، والحق أن الحكم لم يتغير ولم يتطور في كلا المثالين :

ففي المثال الأول : حكم السرقة هو القطع، وهو ثابت لا يتغير ولا يتطور أبداً، لكنه منوط بتحقيق شرطه، فإن آية السرقة عامة، خصصتها أدلة كثيرة، هي بمجموعها أدلة شرط القطع، كبلوغ النصاب، واشتراط الحرز وانتفاء الشبهة، ونحو ذلك.

وعام المجاعة الذي لم يرق فيه عمر رضي الله عنه حد السرقة (القطع) قد أصاب الناس فيه مخمصة اضطرتهم إلى السرقة حفظاً لمهجهم، ومعلوم أن المضطرب يباح له أن يأكل من متاع غيره ما يسد به رمقه، فكان عدم القطع لذلك، فإن الضرورة قد جعلت للمضطر حقاً في متاع غيره، وهي شبهة تدرأ عنه الحد^(١). فكان صنيع عمر رضي الله عنه في عدم إقامة الحد على

(١) انظر ضوابط المصلحة، محمد سعيد رمضان البوطي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٣٩٧ هـ، ص ١٤٦.

أولئك كعدم إقامة الحد على من سرق دون النصاب بجامع عدم توافر شرط القطع في كلٍّ وترك القطع لعدم توافر شرطه ليس تركاً للحكم، فإن ذلك لا يكون إلا بعد تعيين الحكم، وهنا هنا لم يتعين الحكم أصلاً.

وفي المثال الثاني : حكم الزكاة وجوب صرفها في مصارفها، وهم ثمانية بيئتها آية التوبة، منهم المؤلفة قلوبهم، والحكم بصرف الزكاة في مصارفها الثمانية ثابت لا يتغير ولا يتطور أبداً، لكنه متعلق بتحقيق مناطه^(١).

فالفقر وصف أناط به الشارع وجوب الزكاة للفقير، فإذا صار غنيا ارتفع الوصف الذي أنيط به الحكم بالزكاة له، وبارتفاعه يرتفع حكمه المنوط به، وهو وجوب الزكاة له.

لكن ارتفاع الحكم لارتفاع مناطه في حق شخص بعينه، أو حتى في حق الناس كلهم مثلاً لا يعني ارتفاع الحكم، فإن الحكم باق متى ما تحقق مناطه بدليل أن ارتفاع وجوب الزكاة لزيد من الناس لغناه لا يرفع حكم وجوبها لعمره من الناس لفقره، وتحقق مناط الحكم به.

وكذا المؤلفة قلوبهم، فإن تأليف قلوبهم لدخولهم في الإسلام وتكثير سواده وصف أناط به الشارع الحكيم وجوب الزكاة لهم، فإذا ظهر الإسلام وقويت شوكته، ولم يكن بحاجة إلى المؤلفة قلوبهم ارتفع الوصف الذي أنيط به الحكم، وبارتفاعه يرتفع حكمه، وهو وجوب

(١) انظر المرجع السابق، ص ١٤٣.

الزكاة للمؤلفة قلوبهم، جاء في فوائح الرحموت : « . . . هذا من قبيل انتهاء الحكم لانتفاء العلة المعلومة للصحابة بالاشارات النبوية ، وفي التعبير عنهم بالمؤلفة القلوب إشارة أيضاً إلى ذلك ، فإنهم إنما كانوا يعطون لاعزاز الدين بهم ، والآن صار عزيزاً من غير معونتهم ، حتى قيل : الاعزاز الآن في عدم الدفع إليهم . . . »^(١)

قلت : لكن ارتفاعه في زمن معين لا يعني ارتفاع الحكم أصلاً فإن الحكم باق متى وجد مناطه ، وبهذا فإن الحكم ثابت لا يتغير ولا يتطور ويبقى النظر في تطبيقه على مختلف الوقائع تبعاً لتحقيق مناطه .

فإن قيل : ونحن لا نقول بارتفاع حرمة الربا أبداً لكننا نقول به عند عدم تحقق مناطه ، وتحريم الربا أنيط بالظلم لقوله تعالى : ﴿ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾^(٢) . وهو مرتفع بالقرض الانتاجي إذ ليس فيه استغلال حاجة الفقير .

قلت : هذا تعليل بالحكمة ، وسيفرد بيانه في مبحث مستقل^(٣) .

* * *

(١) فوائح الرحموت بذييل المستصفي ، محمد بن نظام الدين الأنصاري ، مصر ،

مطبعة بولاق ، ط ١ ، ١٣٢٢ هـ ، ٨٤ / ٢ .

(٢) الآية (٢٧٩) من سورة البقرة .

(٣) انظر ص ٢٦٤ من هذه الرسالة .

المبحث الثاني

قاعدة الضرورة، والاحتكام إليها

المطلب الأول : بيان قاعدة الضرورة :

المقصد الأول : تعريفها ، وبيان أثرها :

قال السيوطي : فالضرورة بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب ، وهذا يبيح تناول الحرام^(١) .

وقال الزركشي : « فالضرورة بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل ، واللبس بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات ، أو تلف منه عضو ، وهذا يبيح تناول المحرم^(٢) » .

المقصد الثاني : بيان مستندها :

إن قاعدة الضرورة استفيدت من نصوص عامة وخاصة ، أما العامة فكقوله تعالى : ﴿... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾^(٣) .

(١) الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط ١، ١٤٠٧هـ، ص ١٧٦ .

(٢) المشور في القواعد، محمد بن بهادر الشافعي، المعروف بالزركشي، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، الكويت، مؤسسة الفليج للطباعة والنشر، ط ١، ١٤٠٢هـ، ٣١٩/٢؛ وانظر درر الحكام، ٣٤/١، الموافقات، ٨/٢ .

(٣) الآية رقم ٧٨ من سورة الحج .

وقوله: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ۖ إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ (١).

وأما الخاصة فكقوله تعالى:

﴿... وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ...﴾ (٢) الآية.

وقوله: ﴿... فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ

رَحِيمٌ﴾ (٣).

والآيات الخاصة موضوعها المحرم من المطعوم كما دل عليه سياقها،

وأفاده قول العلماء فيها ومنه:

ما جاء عن ابن جرير الطبري في كلامه على آية الضرورة في سورة

البقرة قال: «... فمن اضطر، فمن حلت به ضرورة مجاعة إلى ما

حرمت عليكم من الميتة والدم، ولحم الخنزير، وما أهل به لغير الله، وهو

بالصفة التي وصفنا فلا إثم عليه في أكله إن أكله» (٤).

وقال القرطبي في كلامه عليها:

«أي فمن اضطر إلى شيء من هذه المحرمات أي أحوج إليها

... والذي عليه الجمهور من الفقهاء والعلماء في معنى الآية هو من

صيره العُدْم والغَرْث وهو الجوع إلى ذلك، وهو الصحيح، وقيل معناه

(١) الآيتان رقم ٥، ٦ من سورة الشرح.

(٢) الآية رقم ١١٩ من سورة الأنعام.

(٣) الآية رقم ٣ من سورة المائدة.

(٤) تفسير الطبري، ٣/ ٣٢١.

أكرهه وغلب على أكل هذه المحرمات ، قال مجاهد : يعني أكرهه عليه كالرجل يأخذه العدو ، فيكرهونه على أكل لحم الخنزير وغيره من معصية الله تعالى »^(١) .

ويقول في كلامه على آية الضرورة في سورة المائدة :

« . . . قوله تعالى " فمن اضطر في مخمصة " يعني من دعته ضرورة إلى أكل الميتة ، وسائر المحرمات في هذه الآية ، والمخمصة الجوع وخلاء البطن من الطعام . . . »^(٢) .

ويقول ابن حزم :

« وكل ما حرم الله عز وجل من المأكول والمشرب من خنزير أو صيد حرام أو ميتة أو دم أو لحم سبع طائر أو ذي أربع ، أو حشرة أو خمر ، أو غير ذلك فهو كله من الضرورة حلال حاشا لحوم بني آدم وما يقتل من تناوله فلا يحل من ذلك شيء أصلاً لا بضرورة ولا بغيرها . . . »^(٣) .

وقال ابن رشد الحفيد :

« الجملة الثانية : في استعمال المحرمات في حال الاضطرار ، والأصل في هذا الباب ، قوله تعالى : " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه " والنظر في هذا الباب في السبب المحلل ، وفي جنس

(١) تفسير القرطبي ، ٢ / ٢٢٥ .

(٢) المرجع نفسه ، ٦ / ٦٤ .

(٣) المحلى ، ابن حزم ، تحقيق أحمد شاكر ، القاهرة ، دار التراث ، ٧ / ٤٢٦ .

الشيء المحلل وفي مقداره، فأما السبب فهو ضرورة التغذي أعني إذا لم يجد شيئاً حلالاً يتغذى به، وهو لا خلاف فيه، وأما السبب الثاني طلب البرء وهذا المختلف فيه . . . »^(١)

ويقول ابن قدامة المقدسي :

« وقوله " فمن اضطر " لفظ عام في حق كل مضطر ولأن الاضطرار يكون في الحضر في سنة المجاعة، وسبب الاباحة الحاجة إلى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات، والصيانة عن تناول المستخبثات . . . »^(٢)

كما أفرد العلماء موضع النص بأحكام منها :

أ - أن التحريم يرتفع عنه في حال الضرورة فيكون مباحاً، وفيه يقول ابن العربي « هذا الضرر الذي بيناه يلحق إما باكره ظالم أو بجوع في مخمصة أو بفقر لا يجد فيه غيره فإن التحريم يرتفع عن ذلك بحكم الاستثناء ويكون مباحاً »^(٣)

ويقول الجصاص : « فأباح الله عند الضرورة أكل جميع مانص على تحريمه في الآية . . . ثم بين ما حرم علينا في قوله « حرمت عليكم الميتة » إلى آخر ما ذكر ثم خص من ذلك حال الضرورة، وأبان أنها غير داخلية

(١) بداية المجتهد، ٤٧٦/١ .

(٢) المغني، ٥٩٦/٨ .

(٣) أحكام القرآن، ابن العربي، ٥٥/١ .

في التحريم، وذلك عام في الصيد في حال الاحرام، وفي جميع المحرمات فمتى اضطر إلى شيء منها حل له أكله بمقتضى الآية^(١).

ب - تمييز بعضهم بين مائث بالنص، وما ثبت بالاجتهاد مما موضوعه الطعام، جاء في المجموع :

إن وجد الميتة، وطعام الغير، وصاحبه غائب ففيه وجهان : أحدهما : أنه يأكل الطعام لأنه طاهر فكان أولى، والثاني : يأكل الميتة لأن أكل الميتة ثبت بالنص، وطعام الغير ثبت بالاجتهاد فقدم أكل الميتة عليه، ولأن المنع من أكل الميتة لحق الله سبحانه وتعالى، والمنع من طعام الغير لحق الأدمي، وحقوق الله تعالى مبنية على التسهيل، وحقوق الأدمي مبنية على التشديد^(٢).

ج - تأثيم من تركها، وفيه يقول الجصاص :

« ومن لم يأكل الميتة عند الضرورة حتى مات جوعاً كان أثماً بمنزلة تارك أكل الخبز حتى يموت »^(٣).

ويقول ابن العربي : « وقد قال العلماء من اضطر إلى أكل الميتة والدم ولحم الخنزير فلم يأكل دخل النار إلا أن يعفو الله تعالى عنه »^(٤).

(١) أحكام القرآن، الجصاص، ٣/٣٠٧.

(٢) المجموع، ٩/٤٠؛ وانظر مغني المحتاج، ٤/٣٠٩؛ وانظر منتهى الإرادات، ٣/٤٠٠.

(٣) أحكام القرآن، الجصاص، ٥/١٥.

(٤) أحكام القرآن، ابن العربي، ١/٥٦.

ويذكر ابن قدامة وجهين في المسألة فيقول :

« وهل يجب الأكل من الميتة على المضطر ؟ فيه وجهان :

أحدهما يجب ، وهو قول مسروق وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني لا يلزمه . . . »^(١)

وإذا كانت النقول السابقة مفيدة توجه النصوص الخاصة إلى المحرم من المطعوم فإن تلك النصوص تفيد رفع الحرج حال الضرورة في موضع النص قطعاً ، أما ما عداه فليس بالضرورة أن تشمله دلالة النص الخاص ، ولا النص العام أيضاً ، ولهذا استخرج العلماء صوراً من الضرورة ، ومن ذلك ما جاء في التوضيح : « والحرمان أنواع حرمة لاتسقط بالإكراه ولا تدخلها الرخصة كالقتل والجرح والزنا لأن دليل الرخصة خوف الهلاك وهما في ذلك سواء أي القتال والمقتول وإذا كان سواء لا يحل للفاعل قتل غيره ليخلص نفسه »^(٢)

وجاء في حاشية ابن عابدين « الإكراه على المعاصي أنواع : نوع يرخص له فعله ، ويثاب على تركه كإجراء كلمة الكفر ، وشم النبي ﷺ ، وترك الصلاة ، وكل ما ثبت بالكتاب ، وقسم يحرم فعله ،

(١) المغني ، ٥٩٦/٨ ، وانظر المجموع ، ٣٩/٩ .

(٢) التوضيح بهامش شرح التلويح ، سعد الدين التفتازاني ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بالأزهر ، عام ١٣٧٧هـ ، ٢/٢٠٠ .

ويأثم بإتيانه كقتل مسلم، أو قطع عضوه أو ضربه ضرباً متلفاً، أو شتمه، أو أذيته، والزنا، وقسم يباح فعله ويأثم بتركه كالخمر...»^(١).

ويقول ابن تيمية : (. . . المحرمات قسمان أحدهما ما يقطع بأن الشرع لم يبح منه شيئاً لا لضرورة، ولا لغير ضرورة كالشرك، والفواحش، والقول على الله بغير علم، والظلم المحض، وهي الأربعة المذكورة في قوله تعالى : « قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها، وما بطن، والإثم، والبغي بغير الحق وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطاناً، وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون » .

فهذه الأشياء محرمة في جميع الشرائع، وبتحريمها بعث الله جميع الرسل، ولم يبح منها شيئاً قط، ولا في حال من الأحوال)^(٢).

كما استخرج العلماء صوراً آخر دون هذه لتخلف مقتضى الالحاق - سيأتي بيانها -^(٣). ومن هذا تعلم أن اطلاق قاعدة الضرورة غير مفيد في تنزيل أحاد المسائل عليها ما لم ينضبط بهذه الضوابط الآتية :

المقصد الثالث : بيان ضوابطها وهي مايلي :

١- تحقق الضرورة : وهذا القيد ليس بحاجة إلى كبير بيان فإن الله تعالى إنما أحل المحظور رفعاً للضرر فإذا لم يوجد الضرر حقاً كان

(١) حاشية ابن عابدين ، ١٣٣/٦ .

(٢) الفتاوي، ١٤/٤٧٠ .

(٣) انظر : المقصد الرابع من هذا المطلب ص ٢٢٦ من هذه الرسالة .

ارتكاب المحظور مخادعة ﷺ ورسوله، فكان باطلاً إذ هو استباحة للمحظور في غير ما أذن الله به.

وفي هذا يقول الشاطبي: (وسبب هذا كله أن أسباب الرخص أكثر ما تكون مقدرة ومتوهمة لا محققة، فربما عدها شديدة وهي خفيفة في نفسها، فأدى ذلك إلى عدم صحة التعبد، وصار عمله ضائعاً، وغير مبني على أصل. وكثيراً ما يشاهد الإنسان ذلك، فقد يتوهم الإنسان الأمور صعبة وليست كذلك إلا بمحض التوهم)^(١).

٢- أن تكون مفسدة المحظور المراد ارتكابه أخف من مفسدة الضرر المراد اجتنابه.

ولقد قيد بعض الفقهاء القاعدة بهذا القيد صراحة فقال: «بشرط عدم نقصانها عنها» يخرج مالو أكره على القتل، أو الزنا، فلا يباح واحد منها بالأكراه لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره)^(٢).

ويعبر بعضهم عن هذا القيد بقاعدة هي:

«الضرر لا يزال بالضرر»^(٣).

٣- تيقن اندفاع الضرورة بالمحظور المراد ارتكابه.

(١) الموافقات، ١/ ٣٣١.

(٢) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٧٤.

(٣) انظر: المنشور في القواعد، ٢/ ٣٢١، وانظر: أشباه السيوطي، ص ١٧٦.

٤ - تعين المحظور طريقاً لدفع الضرورة دون سواه .

وقد أوضح هذين القيدتين الأخيرين ابن تيمية في فتاواه عندما سئل عن حكم التداوي بالخمير ، وغيره من المحرمات كلحم الخنزير المباح أكله للضرورة فقال : « لا يجوز التداوي بذلك . . . وليس ذلك بضرورة فإنه لا يتيقن الشفاء بها ، كما يتيقن الشبع باللحم المحرم ، ولأن الشفاء لا يتعين له طريق بل يحصل بأنواع من الأدوية ، وبغير ذلك بخلاف المخمصة فإنها لا تزول إلا بالأكل » ^(١) .

وقال في موضع آخر : « والذين جوزوا التداوي بالمحرم قاسوا ذلك على إباحة المحرمات كالميتة والدم للمضطر ، وهذا ضعيف لوجوه : أحدها : أن المضطر يحصل مقصوده يقيناً بتناول المحرمات فإنه إذا أكلها سدت رمقه ، وأزالت ضرورته ، وأما الخبائث بل وغيرها فلا يتيقن حصول الشفاء بها . . .

الثاني : أن المضطر لا طريق له إلى إزالة ضرورته إلا الأكل من هذه الأعيان ، وأما التداوي فلا يتعين تناول هذا الخبيث طريقاً لشفائه . . . » ^(٢) .

ويقول القرافي : « . . . وكذلك يستعمل المحرم لدفع الضرر والتلف ، وتساغ الغصة بشرب الخمر كذلك ، وذلك كله لتعين الواجب

(١) الفتاوى ، ٢٤ / ٢٧١ .

(٢) الفتاوى ، ٢٤ / ٢٦٨ .

أو المحرم طريقاً لدفع الضرر أما إذا أمكن تحصيل الواجب أو ترك المحرم مع دفع الضرر بطريق آخر من المندوبات أو المكروهات لا يتعين ترك الواجب ولا فعل المحرم^(١).

وبالنظر إلى هذه الضوابط وتحققها وتحقيقها اختلف العلماء في مسائل هل تبيحها الضرورة أو لا ؟ وقد أشاروا في تعليلاتهم إلى هذه الضوابط ، وفيما يلي جملة منها بياناً لذلك :

المقصد الرابع : أمثلة من الفقه على العمل بهذه الضوابط :

وفيما يلي خمس مسائل أوردها مثلاً لما قدمته للضرورة من ضوابط :

المسألة الأولى : التداوي بالخمير ، وقد اختلف العلماء فيها ، جاء في العناية :

« الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمير ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام^(٢) ».

وجاء في الفتاوى الهندية « هل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوي إذا لم يجد شيئاً يقوم مقامه ؟ فيه وجهان^(٣) ».

(١) الفروق ، ٢٣ / ٤ .

(٢) العناية ، ١٣٤ / ٨ .

(٣) الفتاوى الهندية ، ٣٥٥ / ٥ .

وجاء في التاج والاكلیل :

(وأما التداوي بها فمشهور المذهب أنه لا يحل ، وإذا قلنا أنه لا يجوز التداوي بها ، ويجوز استعمالها للضرورة فالفرق أن التداوي لا يتيقن البرء بها . . .)^(١) .

وجاء في مغني المحتاج : (والأصح تحريمها أي تناولها على مكلف لدواء ، وعطش أما تحريم الدواء بها فلأنه ﷺ قال « إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها »^(٢) والمعنى أن الله تعالى سلب الخمر منافعها عندما حرمها . . . ومادل عليه القرآن من أن فيها منافع للناس إنما هو قبل تحريمها ، وإن سلم بقاء المنفعة فتحريمها مقطوع به ، وحصول الشفاء بها مظنون ، فلا يقوى على إزالة المقطوع به)^(٣) .

وجاء في المغني : (وإن شربها صرفاً . . . أو شربها للتداوي لم يبح له ذلك وعليه الحد . . . ولنا ما روى الامام أحمد بإسناده عن طارق ابن سويد أنه سأل رسول الله ﷺ فقال إنما أصنعها للدواء فقال : « إنه ليس

(١) التاج والإكلیل ، ٢٣٣ / ٣ ؛ وانظر حاشية الدسوقي ، ٣٥٣ / ٤ ؛ وانظر أحكام القرآن لابن العربي ، ٥٧ / ١ .

(٢) أخرجه أحمد في الأشربة « ١٥٩ » ، والبيهقي في السنن الكبرى . ٥ / ١ ، والهيثم في مجمع الزوائد ، ٨٦ / ٥ ، ونسبه إلى أبي يعلى ، وقال : « رجال أبي يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق ، وقد وثقه ابن حبان » .

(٣) مغني المحتاج ، ١٨٨ / ٤ ، وانظر المجموع ، ٥١ / ٩ ، وما بعدها .

بدواء ولكنه داء»^(١).

... ولأنه محرم لعينه فلم يبح للتداوي كلحم الخنزير، ولأن الضرورة لا تندفع به فلم يبح كالتداوي فيما لا تصلح له^(٢).

وهذه النقول تجدها لا تخرج عن تعليل المنع بسببين :

أولهما : النهي عن التداوي بها، وقد تقدمت الأحاديث المفيدة ذلك ضمن النقول أعلاه.

وثانيهما : عدم ثيقن البرء بها (اندفاع الضرورة بها) وهو أحد القيود السابقة التي سيق هذا الحديث للبرهان عليها من أقوال العلماء وتعليلاتهم.

المسألة الثانية : شرب الخمر لدفع العطش، وقد اختلف العلماء فيها، جاء في المبسوط : « وإذا خاف المضطر الموت من العطش فلا بأس بأن يشرب من الخمر ما يرد عطشه عندنا ... وشرب الخمر يرد عطشه في الحال لأن في الخمر رطوبة وحرارة فالرطوبة التي فيها ترد عطشه في

(١) أخرجه مسلم في الأشربة، باب تحريم التداوي بالخمر، انظر : مسلم بشرح النووي، ١٣/١٥٢، وأبو داود في الطب، باب في الأدوية المكروهة » ٣٨٧٣، ٤/٧، والترمذي في الأشربة، باب ما جاء في كراهية التداوي بالمسكر » ٢٠٤٦، ٤/٣٤٠.

(٢) المغني، ٨/٣٠٨، ٦٠٥؛ وانظر كشاف القناع، ٢/٧٦؛ والفتاوى ٢٤/٢٦٨، زاد المعاد، ٤/١٥٦.

الحال ثم بالحرارة التي فيها يزداد العطش في الثاني ، وإلى أن يهيج ذلك به ربما يصل إلى الماء فعرفنا أنه يدفع الهلاك به عن نفسه»^(١) .

وجاء في التاج والإكليل : « وهل لمن يجوز له أكل الميتة أن يشرب لجوعه الخمر أو عطشه الخمر ، وقال مالك لا يشربها ، ولن تزيده إلا عطشا»^(٢) .

وجاء في مغنى المحتاج : « والأصح تحريمها أي تناولها على مكلف لدواء وعطش . . . وأما تحريمها للعطش فلائها لا تزيله ، بل تزيده لأن طبعها حار يابس كما قال أهل الطب ، ولهذا يحرص شاربها على الماء البارد»^(٣) .

وجاء في الفتاوى : « . . . ويباح لدفع العطش في أحد قولي العلماء ، ومن لم يبحها قال إنها لا تدفع العطش ، وهذا مأخذ أحمد فحيثذ فالأمر موقوف على دفع العطش بها فإن علم أنها تدفعه أبيحت بلا ريب كما يباح لحم الخنزير لدفع المجاعة»^(٤) .

والتأمل أقوال العلماء في المنع يجدها تعلله بعدم تحقق اندفاع الضرورة بارتكاب المحظور ، وهو الضابط الذي سيقى أقوال العلماء

(١) المبسوط ، ٢٨/٢٤ .

(٢) التاج والأكليل ، ٢٣٣/٣ ؛ وانظر الشرح الكبير ، ٣٥٣/٣ ؛ أحكام القرآن لابن العربي ، ٥٧/١ .

(٣) مغنى المحتاج ، ١٨٨/٤ .

(٤) الفتاوى ، ٤٧١/١٤ .

هذه برهاناً عليه .

المسألة الثالثة : مسألة إكراه الرجل على الزنا ، وقد اختلف فيها جاء ، في بدائع الصنائع : « وكذا الزنا من هذا القبيل أنه لا يباح ولا يرخص للرجل بالاكراه وإن كان تاماً ، ولو فعل يَأْثَمُ لأن حرمة الزنا ثابتة في العقول قال الله سبحانه وتعالى : «ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً» .

فدل أنه كان فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغير حق»^(١) .

وقال الجصاص : « وقالوا فيمن أكرهه على قتل رجل أو على الزنا بامرأة لا يسعه الاقدام عليه لأن ذلك من حقوق الناس ، وهما متساويان في الحقوق فلا يجوز إحياء نفسه بقتل غيره بغير استحقاق ، وكذلك الزنا بالمرأة فيه انتهاك حرمتها بمعنى لا تبينه الضرورة ، والحاقها بالشين والعار»^(٢) .

وجاء في حاشية الدسوقي : « والمختار أن الرجل المكره بالفتح - على الوطأ كذلك أي لا يحد ولا يؤدب لعذره بالاكراه كالمرأة عذراً ، والأكثر على خلافه ، وأنه يحد ، وهو المشهور»^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ، ١٧٧/٧ .

(٢) أحكام القرآن ، الجصاص ، ١٦/٥ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٣١٨/٤ .

وقال القرطبي : « واختلف في الزنا فقال مطرّف ، وأصبغ وابن عبد الحكم ، وابن الماجشون لا يفعل أحد ذلك وإن قتل لم يفعله فإن فعله فهو آثم ، ويلزمه الحد ، وبه قال أبو ثور ، . والحسن ، قال ابن العربي ، الصحيح أنه يجوز الإقدام على الزنا ، ولا حد عليه خلافاً لمن ألزمه ذلك لأنه رأى أنها شهوة خلقية لا يتصور الإكراه عليها ، وغفل عن السبب في باعث الشهوة وهو الإلجاء إلى ذلك ، وهو الذي أسقط حكمه ، وإنما يجب الحد على شهوة بعث عليها سبب اختياري ، ففاس الشيء على ضده فلم يحل بصواب من عنده . . » ^(٤) .

وجاء في المجموع : « قال الغزالي في كتاب الطلاق الإكراه يسقط أثر التصرفات عندنا إلا في خمسة مواضع : أحدها الإسلام فيصح إسلام الحربي المكروه ، والثاني : الإرضاع . . . والثالث : القتل . . . فإذا أكره عليه لزمه القصاص على أصح القولين . . . والرابع : الزنا فإذا أكره عليه لزمه الحد في أحد الوجهين ، ومأخذ الوجهين التردد في تصور الإكراه . . . » ^(٢) .

وقال السيوطي : « وقولنا " بشرط عدم نقصانها عنها " ليخرج ما لو أكره على القتل أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالإكراه لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكروه » ^(٣) .

(١) تفسير القرطبي ، ١٨٣ / ١٠ ؛ وانظر أحكام القرآن لابن العربي ، ١٧٨ / ٣ .

(٢) المجموع ، ١٦٠ / ٩ .

(٣) الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، ص ١٧٤ .

وجاء في شرح منتهى الارادات : « أو زنا مكلف مكرهاً أحد لأن وطء الرجل لا يكون إلا مع الانتشار، والاكراه يتأفيه، فإذا وجد الانتشار انتفى الاكراه، كما لو أكره على غير الزنا فزنا»^(١).

ومما تقدم من نقول عن الفقهاء في هذه المسألة نجد أن تعليقاتهم مترددة بين أمرين : أحدهما : تصور الاكراه من عدمه، وهو نظير تحقق الضرورة القيد الذي سبق الكلام للاستشهاد عليه.

وثانيهما : مساواة المفسدة المدروسة للمفسدة المرتكبة، وهو قيد آخر أردنا الاستشهاد عليه بهذه النقول، وتبين بها أن كلاً منهما علل به الفقهاء وضبط به مسألة الضرورة.

المسألة الرابعة : الاكراه على القتل، وهذه المسألة لم يختلف فيها العلماء، جاء في بدائع الصنائع : « وأما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالاكراه أصلاً فهو قتل المسلم بغير حق سواء كان الاكراه ناقصاً أو تاماً، لأن قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الاباحة بحال قال الله تبارك وتعالى : «ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق...»^(٢).

وقال ابن نجيم : « زاد الشافعية على هذه القاعدة^(٣) بشرط عدم

(١) شرح منتهى الارادات، ٣/ ٣٤٧؛ وانظر المغني، ٨/ ١٨٧؛ الفتاوى، ١١٥/ ١٥.

(٢) بدائع الصنائع، ٧/ ١٧٧.

(٣) يعني قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات ».

نقصانها عنها قالوا ليخرج ماله كان الميت نبيا فإنه لا يحل أكله للمضطر . . . ولكن ذكر أصحابنا رحمهم الله ما يفيدونه فإنهم قالوا لو أكره على قتل غيره بقتل لا يرخص له فإن قَتَلَهُ أَثِمَ لأن مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره^(١) .

وجاء في بداية المجتهد : « واختلفوا في المكره والمكره وبالجمله الأمر، والمباشر فقال مالك . . . القتل على المباشر دون الأمر . . . وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل إنساناً فيأكله »^(٢) .

وجاء في مغني المحتاج : « ولو أكرهه على قتل شخص بغير حق فقتله فعليه أي المكره بكسر الراء القصاص . . . وكذا . . . على المكره أيضاً بفتحها . . . وقيل لا قصاص على المكره بكسر الراء لأنه متسبب بل على المكره بفتحها لأنه مباشر . . . »^(٣) .

وقال السيوطي : « وقولنا " بشرط عدم نقصانها عنها " ليخرج ماله أكره على القتل أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالاكراه لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره »^(٤) .

(١) الأشباه والنظائر بشرح غمز عيون البصائر لابن نجيم، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٥هـ، ١/ ٢٧٦ .

(٢) بداية المجتهد، ٢/ ٣٩٦ .

(٣) مغني المحتاج، ٩/ ٤ .

(٤) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٧٤ .

وجاء في المغني : « وإن لم يجد إلا آدمياً محقون الدم لم يبيح له قتله إجماعاً، ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان أو كافراً لأنه مثله فلا يجوز أن يبقّي نفسه بإتلافه، وهذا لاخلاف فيه »^(١).

ومما تقدم نجد أن الفقهاء لم يختلفوا في منع قتل النفس بغير حق بدافع الاكراه والاضطرار، وإن اختلفوا في القصاص أهو من القاتل المباشر « المكروه » أم من الأمر المتسبب « المكروه »، ومبنى ما اتفقوا فيه أمران :

١- عظم حرمة النفس عند الله تعالى .

٢- أن المفسدة المراد ارتكابها ليست بأقل من المفسدة المراد درؤها، وهو قيد تضبط به قاعدة الضرورة، وقد استشهد عليه بأقوال العلماء فيما تقدم .

المسألة الخامسة : إساعة الغصة بشيء من الخمر :

وهذه المسألة لم تختلف أقوال الفقهاء فيها إذ الكل يقول بجوازها، جاء في التوضيح : « وكذا أكل الميتة، وشرب الخمر ضرورة فإن حرمتها ساقطة هنا »^(٢).

وجاء في الشرح الكبير : « قوله وإساعة لغصة إنما جاز شرب الخمر

(١) المغني، ٦٠١/٨؛ وانظر المبدع، ٢٠٩/٩.

(٢) التوضيح، ١٢٩/٢.

لذلك ولم يجز شربه لخوف الجوع والعطش فإنهما لا يزالان به، بل يزيدان لما في طبعه من الحرارة والهضم^(١).

وجاء في مغني المجتاج: «ومن غص... بلقمة... أساغها بخمر وجوباً... إن لم يجد غيرها، ولا حد عليه إنقاذاً للنفس من الهلاك، والسلامة بذلك قطعية بخلاف التداوي»^(٢).

وجاء في المغني: «وكذلك المضطر إليها لدفع غصة بها إذا لم يجد مائعاً سواها فإن الله تعالى قال في آية التحريم "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه..."»^(٣).

كما نقل الامام ابن تيمية في فتاواه الاتفاق على إباحة الخمر في دفع الخصة فقال:

«وكذلك الخمر يباح لدفع الغصة بالاتفاق»^(٤).

ومن مجموع ماتقدم من نقول عن الفقهاء نستبين إساعة الفقهاء الخمر لدفع الغصة لما يلي:

١ - أن المفسدة المراد ارتكابها أخف من المفسدة المراد دفعها.

(١) الشرح الكبير، ٣٥٣/٤؛ وانظر أحكام القرآن، ابن العربي، ٥٧/١.

(٢) مغني المجتاج، ١٨٨/٤.

(٣) المغني، ٣٠٧/٨.

(٤) الفتاوى، ٤٧١/١٤.

٢- يتقن ارتفاع الضرورة بما ارتكب من محذور، وذلك واضح من تعليقات الفقهاء في أقوالهم السابقة، وهو ماسيقت أقوالهم لبيانه.

ومما تقدم إيراده من نقول عن العلماء في مسائل شتى لم تندرج تحت قاعدة الضرورة تعلم أن قاعدة الضرورة لا تطلق على عواهنها، بل إنها تحتاج إلى تقدير صحيح يعتمد على ماتقدم بيانه من ضوابط وهي:

١- أن تكون الضرورة حقاً لا ادعاء، أو توهماً.

٢- أن يتعين المحذور طريقاً لدفع الضرر.

٣- أن يتقن اندفاع الضرر به.

٤- أن تكون المفسدة الناجمة من ارتكاب المحذور أخف من المفسدة الناجمة عن الضرر المراد دفعه.

هذه الشروط تلزم مراعاتها قبل العمل بالضرورة، وثمة شرط خامس تلزم مراعاته عند العمل بالضرورة وهو: « أن تقدر الضرورة بقدرها ».

ويعبر عنه بعض العلماء بقولهم: « ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها »^(١).

ومن تطبيقاته ما ذكره السيوطي قال: « ولو فصد أجنبي امرأة وجب

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٤؛ وانظر أشباه ابن نجيم بحاشية الحموي، ٢٧٦/١.

أن تستر جميع ساعدها ولا يكشف إلا ما لا بد منه للفصد»^(١) .

وقال : « الجبيرة يجب أن لا تستر من الصحيح إلا ما لا بد منه للاستمسك »^(٢) .

وبهذا يتبين أن للضرورة حداً لا تصح مجاوزته ، وبمجاوزته لا يصح الأخذ بحكم الضرورة .

وبعد أن تمهدت قاعدة الضرورة فلنحتكم إليها بكل الأقوال المبيحة الربا بناء عليها :

المطلب الثاني : الاحتكام إلى قاعدة الضرورة :

شغب كثير من المعاصرين بالاحتجاج بدعوى الضرورة كيفما اتفقت ، ومن ذلك :

القول بتقسيم القرض إلى استهلاكي وإنتاجي ، ومن ثم إباحة الربا في الثاني على أساس فكرة الضرورة ، وعلى فكرة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما لو تترس العدو بمسلم فلا مناص من قتل المسلم حتى يمكن الوصول إلى العدو^(٣) .

فلنحتكم بهذا القول إلى قاعدة الضرورة في المناقشة الآتية :

مناقشة الفكرة : وتناقش من جهتين :

(١) و (٢) انظر المرجعين السابقين على التوالي ، ص ١٧٥ ، ٢٧٨/١ .

(٣) انظر ص ١٩٧ من هذه الرسالة .

الأولى : أن التفريق بين القرض الاستهلاكي والانتاجي لباحة الربا في الثاني تخصيص للنصوص بمجرد العقل ، وهو غير مقبول ﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ... ﴾ ^(١) الآية .

فإن قيل ليس ذلك تخصيصاً بالعقل ، لكنه اعتبار بالحال التي حرم الشارع فيها الربا ، إذ الربا الذي حرمه القرآن إنما كان معروفاً في العرب ، وهم قوم فقراء فحرم الربا لمنع ظلمهم واستغلالهم .

ولما كان القرض الإنتاجي بخلاف ذلك قلنا باستخراجه .

فالجواب عنه من وجهين :

الوجه الأول : أن دعوى أن العرب الذين نزل القرآن بتحريم الربا المعهود بينهم قوم فقراء ، دعوى غير صحيحة إذ قرش الذين نزل القرآن بلغتهم ، وبعث الرسول ﷺ فيهم كانوا قوم تجارة يشهد لذلك القرآن الكريم إذ سجل رحلتهم الشتاء والصيف ، وبهذا تكون تلك الدعوى مخالفة للقرآن ، وكفى .

الوجه الثاني : وعلى فرض فقراء فيهم فإن ذلك لا يسوغ قصر تحريم الربا في حقهم إذ النصوص التي أفادت تحريم الربا من الكتاب والسنة قد كانت في مجتمع يشمل الأغنياء والفقراء ، والمعاملة قائمة بينهم جميعاً ، وقد جاءت النصوص عامة ، فكيف يدعى تخصيصها بغير علم ، ولا هدى ، ولا كتاب منير .

(١) الآية رقم ٧١ من سورة المؤمنون .

فإن قيل بل تخصيصها بستند إلى علم، وكتاب منير هو قوله تعالى في تحريم الربا: «فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون» .

فقد أفادت هذه الآية أن الحكمة من تحريم الربا هي منع الظلم، والظلم إنما يكون في حق الفقراء قلت : إن هذه الآية الكريمة تفيد أن الزيادة على رأس المال ظلم، والظلم يقع على الغني كما يقع على الفقير، فإن من أخذ منه مالٌ بغير وجه حق فقد ظلم غنياً كان، أو فقيراً . وقد عرفنا من الآية أن الزيادة على رأس المال باطل، فمن أخذت منه فقد ظلم غنياً كان أو فقيراً .

الثانية : أن هذه الفكرة تتضمن عقلية ربوية لافقهية، أما بيان ربوية تلك العقلية فهو : أن المرابين وتمثلهم البنوك الربوية اليوم لا يرابون إلا مع من يغلب على ظنهم قدرته على ارجاع القرض وريابه (الزيادة)، ولذا فإنهم يشترطون في عميلهم أن يكون حسن السمعة - يعني معروفاً بالوفاء - وأن يكون ذا مركز مالي - يعني قادراً على الوفاء - وكل ذلك تحدده بيانات الأنموذج الذي يقوم طالب القرض بتعبئته، والإجابة عن استفساراته، بالإضافة إلى التحريات الأخرى التي يقوم بها البنك، والتي من شأنها كشف هوية العميل وبناء على ذلك كله يحدد البنك قبول إقراضه أو رفضه .

وعلى فرض موافقة البنك على إقراض العميل فإنه لا يكتفي بحسن سمعته وقوة مركزه المالي بل إنه في الغالب يطلب منه ضمانات تكفل له

استرداد القرض وزيادته .

وهذا لا يتحقق بالمقترض لضرورة الاستهلاك ، ولهذا أخرج القرض الاستهلاكي من إطار الاستثناء لأنه سوق لا تروج فيه الربا ولا يحبذه المرابون .

وأما نفي الفقه عن تلك العقلية فبيانه : أن الفقه أن يثبت للضرورة ما يثبت للحاجة بطريق الأولى إذا أثر الأولى في التخفيف أشد من أثر الثانية ، وما دامت هذه الفكرة ارتأت إباحة الربا للنتاج وهو حاجة فإنه يلزمها أن تبيحه للاستهلاك وهو ضرورة ، وإلا لزم منه التحكم .

مناقشة مستند الفكرة : وهي قاعدة الضرورة ، وقياسها على مسألة الترس . والقول بإباحة الربا في القرض الانتاجي قياساً على مسألة الترس للضرورة يرد عليها مايلي :

أولاً : أن مسألة الترس هذه ليست موضع اتفاق بين العلماء ^(١) .

جاء في المستصفي : « . . . لهذا نرى المسألة في محل الاجتهاد ولا

(١) المقصود بمسألة الترس ما لو ترس الكفار بمسلم فهل يجوز قتله للمصلحة العامة ؟ المسألة فيها خلاف والداعي لبيان الخلاف في مسألة الترس هو ما قيل في عرض الفكرة عند قياسها على مسألة الترس « فإنه لا مناص من قتل المسلم » ، والتعبير بهذا الأسلوب وهو قوله « لا مناص » مشعر بالاتفاق على ذلك وهو ليس كذلك ، فكان هذا البيان .

يبعد المنع من ذلك»^(١).

وجاء في المنهاج : « وقد حكى الأصحاب في مسألة الترس وجهين من غير تصريح منهم باشتراط القطع^(٢) »^(٣).

ثانياً : وعلى التسليم بها فإن قياسه عليها مع الفارق ، فإن المصلحة المترتبة على قتل الترس المسلم ضرورية ، قطعية ، كلية ، وفيها يقول الغزالي : « وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف أنها ضرورة قطعية ، كلية . . . »^(٤).

والمسألة المقيسة ها هنا هي الربا في القرض الانتاجي ، وهي عند التأمل لا يصدق عليها وصف الضرورة ، فإن أصحاب هذه الفكرة قسموا القرض إلى قسمين : قرض استهلاكي غرضه سد المتطلبات الاستهلاكية كالغذاء ، والكساء ، وما شاكل ، وهذا أدخل بالضرورة .

وقرض انتاجي غرضه الانتاج والتكثير ، وهو أدخل بالحاجات أن لم يكن التحسينات ، وهذا القسم هو المراد استخراجاً من التحريم بقياسه على مسألة الترس للضرورة ، وهو يفترق عنها من جهات :

(١) المستصفى ، ٣٠٢/١ .

(٢) يعني باشتراط أن تكون المصلحة قطعية .

(٣) الابهاج في شرح المنهاج ، عبد الوهاب بن علي السبكي ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ٤ ، ١٤٤ هـ ، ٣/١٧٨ .

(٤) المستصفى ، ٢٩٦/١ .

أولها : أنه لا يصدق عليه وصف الضرورة فإن من يقترض ليتج ويستكثر ليس كمن يقترض ليأكل ، ذلك أنه جاوز حد الاستهلاك إلى الانتاج وهذا يوضحه ما جاء في عرض الفكرة :

« . . . ويصبح المقرض - أي الشركات والحكومات - هو الجانب القوي المستغل ، ويصبح المقرض - أي صغار المدخرين - هو الجانب الضعيف الذي يجب له الحماية .

فيجب إذن أن يكون لقروض الانتاج حكمها في الفقه الإسلامي ويجب أن يتمشى هذا الحكم مع طبيعة هذه القروض ، وهي طبيعة تغاير مغايرة تامة طبيعة قروض الاستهلاك . . . » .

ومقصوده أن المقرض لم يعد مستغلاً لكنه مستغلّ بمعنى أن الاستغلال يقع منه لا عليه ، لأن أكثر المقرضين اليوم من الحكومات ، وكبريات الشركات التي لا تقترض للاستهلاك لكن للانتاج كما أن المقرض اليوم هم صغار المدخرين ، وهم الجانب الضعيف الذي يجب حمايته ، وحمايته على حد هذا القول تكون بتقرير الفائدة الربوية له .

قلت : وعلى هذا فمادامت الحكومات وكبريات الشركات هي المقرض وما دامت القروض مقصودها الانتاج ، والاستكثر فإنه ينتفي عنها وصف الضرورة المتذرع به لتبريرها ، ومن ثم فإن الاحتجاج بالضرورة لتسويقها في غير موضعه .

وقد يقال بأن الضرورة قائمة في حق المقرض لا المقرض ، ويجاب

بأن المقرض لا يصدق عليه وصف الضرورة مادام لديه فائض من المال يقرضه، وحمايته لا تكون بالفتيا له باعطاء ماله المرابين لاستغلاله بفائدة سيرة، لكن حمايته حقاً تكون بمنع المرابين من استغلال ماله، وبتوجيهه لاستغلاله في الطريق الصحيح.

وثانيها : أن المصلحة من جراء القرض الانتاجي ليست قطعية فكثيراً ما يستغل المرابون مدينيهم بسبب الربا استغلالاً ينتهي بإفلاسهم واستيلاء المرابين الاحتكاريين على مقدراتهم، وكم من بلاد بسبب الربا استغلت خيراتها، وخربت أفكارها.

وثالثها : أن المصلحة من الربا - على فرضها - ليست كلية بيان ذلك : أن المصلحة المعنية إن كانت مصلحة المستثمرين فإنهم في الأمة أقل من غير المستثمرين، وسواء كانوا أقل أو أكثر فإنهم ليسوا كل الأمة فلا تكون المصلحة بهذا كلية.

وإن كانت مصلحة صغار المدخرين - غير المستثمرين - فليست مصلحتهم باعطاء أموالهم المرابين يستغلونها لقاء مبلغ زهيد لا يقاس بما تنتجه أموالهم من ربح.

وعلى فرض مصلحتهم في ذلك فإنهم ليسوا كل الأمة فلا تكون المصلحة بهذا كلية.

على أن الأموال من خلال الربا تؤول في النهاية إلى حفنة من المرابين فتكون لهم بذلك السيطرة عليها وتسييرها، واستغلال حاجة الأمة،

وإخضاعها لرغباتهم وتوجهاتهم وهي مفسدة تربو على المصلحة المزعومة التي لا تكون إلا للمرابين وأضرابهم ، فتكون بذلك جزئية لا كلية .

وبهذا يتبين أن كل وصف في المسألة المقيسة يناقض ما يقابله في المقيس عليه ، ومن ثم لا يستقيم القياس .

ومما يقضي العجب أن تقاس حال الأمن بحال الخوف ، وشتان ما بينهما وأن تقاس الحال الوادعة التي وصف الرسول ﷺ من عاشها بأنه كأغما حيزت له الدنيا بحذافيرها بالحال التي سماها الله تعالى « حين البأس » بيان ذلك قوله صلي الله عليه وسلم في الحال الأولى : « من أصبح آمناً في سربه معافى في بدنه عنده قوت يومه فكأغما حيزت له الدنيا بحذافيرها »^(١) .

وقوله تعالى في الحال الثانية : ﴿ ... وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ ... ﴾ الآية^(٢) .

فإذا كان من أصبح آمناً في سربه معافى في بدنه عنده قوت يومه فكأغما حيزت له الدنيا بحذافيرها ، فما بالك من جاوز ذلك بمراحل وحصل ضروراته وحاجياته ، وتحسينياته ؟

(١) الترمذي ، كتاب الزهد ، قسم ٢٣٢٦ ، وقال : حسن غريب . ابن ماجه في الزهد ، رقم ٤١٤١ .

(٢) الآية (١٧٧) من سورة البقرة .

أيقاس من هذا حاله على من هو في مواجهة عدوه خائف على نفسه
ودينه ؟

أتلحق الأولى بالثانية بجامع الضرورة في كل ؟!

يالها من مجاوزة في الاعتبار لوسار الناس عليها لصارت الدنيا كلها
ضرورة، ولما حال بين الإنسان، وبين ما يشتهي حائل !

ثالثاً - أن المصلحة العامة في حال الضرورة لا تقدم على المصلحة
الخاصة بكل حال، بل ذلك رهن قيود وشروط ترد على الضرورة تقدم
بيانها في مبحث الضرورة، وقد ذكر الغزالي لذلك ثلاثة أمثلة عقب ذكره
مسألة الترس قال :

« وليس في معناها - يعني مسألة الترس المتقدمة - مالمو ترس الكفار
في قلعة بمسلم إذ لا يحل رمي الترس إذ لا ضرورة فبنا غنية عن القلعة،
فنعدل عنها إذا لم نقطع بظفرنا بها لأنها ليست قطعية، بل ظنية، وليس
في معناها جماعة في سفينة لو طرحوا واحداً منهم لنجوا وإلا غرقوا
بجملتهم لأنها ليست كلية إذ يحصل بها هلاك عدد محصور، وليس
ذلك كاستئصال كافة المسلمين، ولأنه ليس يتعين واحد للإغراق إلا أن
يتعين بالقرعة، ولا أصل لها، وكذلك جماعة في مخمصة لو أكلوا
واحداً بالقرعة لنجوا فلا رخصة فيه لأن المصلحة ليست كلية»^(١).

(١) المستصفى، ٢٩٦/١.

ولئن قيل بتقديم المصلحة العامة في مسألة الترس فإن مرد ذلك شروط لا تتحقق في كل مصلحة، عامة منها :

١- أن المصلحة من قبيل الكلي غير المنحصر، والكلي على هذا التحوله حكم أقوى من الترجيح بكثرة العدد^(١).

٢- أنها قطعية، بمعنى أن انتصار المسلمين حال قتل الترس المسلم مقطوع به.

٣- أن المصلحة تتعلق بالدين فإن في انتصار الكفار على المسلمين ضرراً بالدين، ومعلوم أن المصلحة تكتسب قوتها من متعلقها - كما تقدم بيانه في مبحث المصلحة المرسله - وعليه فإن المصلحة المتعلقة بالدين مقدمة على المصلحة المتعلقة بالنفس ألا ترى أن الله تعالى شرع الجهاد، وفيه اتلاف النفس حماية للدين؟!

وأخيراً فإن هذا القول قد تضمن أمرين :

أولهما : دعوى الضرورة .

وثانيهما : استخدام القياس في بيان هذه الدعوى

أما القياس فقد تقدم في ثنايا المناقشة بطلانه لمخالفة المقيس المقيس عليه من كل وجه .

وأما دعوى الضرورة، فقد تقدم في عرض المناقشة السابقة بيان بطلانها .

(١) انظر المرجع السابق، ٣٠٣/١.

وبهذا يتبين أن وصف الضرورة لا يصدق أصلاً على ما يراد سوق الأمة إليه من ربا بقصد الاستكثار، وطلب الزيادة، والترفيه بدعوى الضرورة، وعليه :

فإنه لا يستقيم الأخذ بحكم الضرورة فيما هذا سبيله لتخلف شرطه .
على أن الربا ضرر بطبعه لا يتصور اندفاع الضرورة به لاسيما إذا كان على نطاق واسع إذ ينتشر ضرره بانتشاره فيربو على ما يزعم دفعه به من ضرورة .

ولئن سلم جدلاً إمكان ارتفاع الضرر به في أحاد المسائل كمن كان في مفازة، وأشرف على الهلكة، ولم يجد ما يدفع به ضرورته سوى الربا، فإنه لا يسلم أن يتعين لرفع ضرورة الأمة عموماً فإن الله تعالى لم يكن ليحرم شيئاً بصورة اللعن حيناً، وبصورة الوعيد بالحرب حيناً، ومن ثم يوقف الأمة عليه بعامّة .

هذا، وإن دعوى الضرورة لا باحة الربا في أحاد المسائل غير مسلمة غالباً - فيما يظهر لي - ذلك أن الفرد المضطر لا يخلو من أحد حالين :
إما أن يكون في سفر، أو أن يكون في حضر، فإن كان في سفر - وهي الحال التي يكون فيها احتمال الضرورة أظهر - وفي هذه الحال لو فرضنا أن زيداً من الناس أشرف على الهلاك في برية، ولم يجد ما ينقذ به نفسه سوى الربا، كمن يعطيه صاع تمر بصاعين مثلاً، فإن ذلك لا يلزم منه الربا سوى صورته، فإن التسليم لا يكون إلا في المآل، وفي المآل تكون قد

ارتفعت ضرورته، فلا يلزمه الوفاء بعقد الربا، فإنه في حال المال لا ضرورة تدفعه إلى الوفاء به هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه باطل لمخالفته كتاب الله تعالى .

وعندها لا يكون المضطر قد استباح من الربا حقيقته، لكن صورته كمن أكره على التلفظ بالكفر، وقلبه مطمئن بالإيمان .

وإن كان في حضر فإن الشارع الحكيم قد شرع سبلاً من شأنها دفع ضرورة المضطر كالزكوات، والصدقات، والهبة، والقرض الحسن وغيرها، وافترض تعذر ذلك كله مبالغة في التمثيل، وتطاول على أمرٍ خطير لا يسوغ في مثله التطاول، والاسترسال .

ومما وجدته مسطراً في كتب الفقهاء بخصوص مسألة الربا في مثل هذا المعنى، ما جاء في شرح الزركشي على مختصر الخرقي في معرض حديثه عن اضطر إلى طعام غيره قال : «قوله : لم يبعه يريد البيع الشرعي ، فلو امتنع المالك من البيع إلا بعقد رباً كان للمضطر أخذه قهراً على ظاهر كلام الخرقي ، ونص عليه بعض الأصحاب معللاً بأن عقد الربا محظور لا تبيحه الضرورة، والمقاتلة والحال هذه طريق أباحة الشرع .

نعم إن لم يقدر على قهره دخل في العقد ملافة، وعزم على أن لا يتم عقد الربا، بل إن كان نساً عزم على أن العوض الثابت في الذمة يكون قرضاً .

وقال بعض المتأخرين : لو قيل إن له أن يظهر معه صورة الربا، ولا يقاتله، بل يكون بمنزلة المكروه، فيعطيه من عقد الربا صورته لا حقيقته لكان أقوى^(١).

وجاء في كشف القناع :

« ولو امتنع المالك لطعام من البيع للمضطر إلا بعقد ربا، جاز للمضطر أخذه قهراً في ظاهر كلام جماعة لاطلاقهم تحريم الربا، فإن لم يقدر المضطر على قهره دخل معه في العقد صورة، كراهية أن يجري بينهما دم، وعزم على أن لا يتم عقد الربا، لقوله تعالى : « وحرّم الربا » فإن كان المبيع الذي فيه الربا نساءً عزم المضطر على أن العوض الثابت في الذمة قرض تخلصاً من إتمام الربا^(٢) .

* * *

(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن

الجبرين، طبع شركة العبيكان، الرياض، ط ١ لعام ١٤١٢ هـ، ٦/٤٩١.

(٢) كشف القناع، ٦/١٩٩.

المبحث الثالث

قاعدة الحاجة، والاحتكام إليها

المطلب الأول : بيان قاعدة الحاجة :

المقصد الأول : تعريفها، وبيان أثرها :

جاء عن العلماء في حد الحاجة، وبيان أثرها مايلي :

قال السيوطي : « والحاجة كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد، ومشقة، وهذا لا يبيح الحرام، ويبيح الفطر في الصوم^(١) ».

وقال الزركشي : « والحاجة كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك غير أنه يكون في جهد، ومشقة، وهذا لا يفيد الحرام^(٢) ».

المقصد الثاني : بيان مستندها :

وقد استفيدت هذه القاعدة من الآيات العامة المفيدة رفع الحرج والعسر، وجلب اليسر - وقد تقدمت في بيان قاعدة الضرورة - كما استفيدت من جملة من أحكام الشارع مبثوثة في العبادات، والمعاملات وغيرها مدارها رفع الحرج، والعسر، وجلب اليسر، كإباحة التيمم عند

(١) الأشباه والنظائر، ص ١٧٦.

(٢) المنشور، ٣١٩/٢، وانظر الموافقات، ٨/٢، درر الحكام، ٣٤/١.

عدم الماء حقيقة أو حكماً، وكمشروعية الافطار، والقصر، والجمع في السفر، وكاباحة القرض، والسلم، والاجارة، ونحوها على وجه الاستثناء من قواعد عامة.

المقصد الثالث : ضوابطها :

ومن مجموع هذه الأدلة يستفاد أن الحاجة لها أثر في التخفيف، لكن ذلك ليس على إطلاقه، بل هو قيد توفر شروط، وانتفاء موانع - كما هو الشأن في الضرورة - وقد تبين في مبحث الضرورة وهي أشد من الحاجة، وأقوى أثراً في التخفيف أنها لا تفيد التخفيف باطلاق فكيف بالحاجة وهي دونها؟!

ومرد المسألة ماتقدم بيانه في مبحث المصلحة المرسله إذ قيدت بشرطين هما :

١- أن لا تصادم في محل نصاً.

٢- أن يشهد الشارع لاعتبار جنسها .

والحاجيات أدخل بالمصالح، كما جاء عن العلامة الشنقيطي رحمه الله تعالى قال : « واعلم أن المصالح من حيث هي ثلاثة أقسام : الأول مصلحة درء المفساد وهي المعروفة بالضروريات . . الثاني مصلحة جلب المصالح وتسمى الحاجيات . . »^(١).

(١) مذكرة أصول الفقه، ص ١٦٩.

فيكون الاعتبار بها مقيداً بالقيدين السابقين، فلا تفيد التخفيف باطلاق ولا يكون أثرها في التخفيف كأثر الضرورات إذ الضرورات أدخل بالمفاسد، ومعلوم أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح لكنها تشترك معها في كونها مؤثرة في الأحكام عند تحقق شروطها وهذا معنى قولهم « الحاجة تنزل منزلة الضرورة . . . »، وفيما يلي نقول عن بعض العلماء تفسر معنى القاعدة :

قال ابن نجيم : « المشقة والخرج إنما يعتبران في موضع لانص فيه، وأما مع النص بخلافه فلا . . . »^(١)

ويقول أحمد الزرقا : « الظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما 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، وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه »^(٢)

ويقول أيضاً : « وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً »^(٣)

ويقول مصطفى الزرقا :

« ومعنى القاعدة أن التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على

(١) الأشباه والنظائر بحاشية الحموي، ٢٧٦/١.

(٢) شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقا، دمشق، دار القلم للطباعة والنشر، ط ٢، ١٤٠٩هـ، ص ٢١.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٠٩.

حالات الضرورات الملجئة، بل حاجات الجماعة، مما دون
الضرورة توجب التسهيلات الاستثنائية أيضاً... أما الأحكام التي
ثبتت على بناء الحاجة فهي لا تصادم نصاً، ولكنها تخالف القواعد
والقياس»^(١).

هذا بالإضافة إلى ما تقدم نقله عن العلماء في بيان أثر الحاجة وأنها
لا تبيح الحرام.

وإن مما يعتبر به فيما هذا سبيله حجم المحذور، وفيه يقول القرافي :
« قال بعض العلماء تختلف المشاق باختلاف رتب العبادات، فما
كان في نظر الشرع أهم يشترط في إسقاطه أشد المشاق، أو أهمها...
ومالم تعظم مرتبته في نظر الشرع تؤثر فيه المشاق الخفيفة، وتحرير هاتين
القاعدتين يطرد في الصلاة، وغيرها من العبادات، وأبواب
الفقه... »^(٢).

فإن قيل : فأين التيسير الذي تزعمونه للحاجة إذن ؟

قلت : هو ما ثبت عن الشارع الحكيم الترخيص فيه على سبيل
الابتداء كالقرض، والحوالة، والسلم، والمساقاة، والجعالة، والاجارة
وغیرها مما يورده الفقهاء لقاعدة الحاجة مثلاً^(٣)، وكل ذلك قد ثبت

(١) المدخل الفقهي العام، ٢/ ٩٩٧ وما بعدها.

(٢) الفروق، ١/ ١١٩.

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٩، المشور للزرکشي، ٢/ ٢٤

وما بعدها.

الترخيص فيه بالنص .

ويلحق به ما شاركه في العلة ولم يفرق بينهما سوى تعدد المحل وهذا هو القياس .

كما يلحق به ما شهد الشارع لجنسه من خلال استقراء أحكامه وهذا قياس المعنى ، وهو المصلحة المرسلة .

وفي هذا كله يستقيم قول الفقهاء : « إن الحاجة لا تبيح الحرام » إذ المبيح في كل ما ذكر هو الدليل الذي تستند إليه المصلحة لا مجرد الحاجة . وإذ تمهدت قاعدة الحاجة فلنحتكم إليها بتلك الأقوال الرامية إلى إباحة الربا بناء عليها .

المطلب الثاني : الاحتكام إلى قاعدة الحاجة :

تقدم في النقول السابقة^(١) بيان القول بإباحة الربا نظراً لحاجة الأمة إليه في زراعتها ، وصناعتها ، وما شابه ذلك ، والجواب عنه : إن الاعتبار بهذه المصلحة نظراً للحاجة منوط بما تقدم ذكره من شرطي المصلحة ، وهما :

١- أن لا تصادم في محل نصاً .

٢- أن يشهد الشرع لاعتبارها .

ولا ريب أن القول بإباحة الربا للحاجة والمصلحة مصادم للنصوص

(١) انظر ص ١٩٥ من هذه الرسالة .

القطعية في تحريم الربا فتكون المصلحة ملغاة حينئذ .

كما أن الاعتبار بالحاجة من مقاصد الشارع الحكيم فلا تصادم مقاصد الشارع الحكيم^(١) إذ ذاك ضرب مقاصد الشريعة بعضها ببعض فينبغي أن تخضع لما للشريعة من مقاصد، جاء في الموافقات : « قصد الشرع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع ، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة ، إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الاطلاق والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله ، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع . . »^(٢) .

وجاء أيضاً : « لما ثبت أن لأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك لأن مقصود الشارع فيها كما تبين . فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً ، والمصلحة مخالفة بالفعل غير صحيح ، وغير مشروع . . . وعلى هذا نقول في الزكاة مثلاً : إن المقصود بمشروعيتها رفع رذيلة الشح ، ومصلحة إرفاق المساكين ، وإحياء النفوس المعرضة للتلف ، فمن وهب في آخر الحول ماله هروياً من وجوب الزكاة عليه ، ثم إذا كان في حوله آخر أو قبل ذلك استوهبه ، فهذا العمل تقوية لوصف الشح وامداد له ، ورفع لمصلحة إرفاق المساكين فمعلوم أن صورة هذه الهبة ليست هي الهبة

(١) انظر موسوعة الفقه الكويتية ، ١٦ / ٢٥٤ .

(٢) الموافقات ، ٢ / ٣٣١ .

التي ندب الشرع إليها ، لأن الهبة ارفاق واحسان للموهوب له ، وتوسيع عليه غنياً كان أو فقيراً ، وجلب لمودته ومؤلفته ، وهذه الهبة على الضد من ذلك» ^(١)

وجاء في الفروق :

« اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية ، قاعدة الربا إن كان في الربويات . . . وقاعدة المزابنة ، وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه . . . وقاعدة بيع ماليس عندك في المثليات ، وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد ، فلذلك متى خرج عن باب المعروف امتنع إما لتحصيل منفعة المقرض ، أو لتردده بين الثمن والسلف لعدم تعيين المعروف مع تعيين المحذور ، وهو مخالفة القواعد» ^(٢)

قلت : ولما كان حرب الربا ، وتضييق مسالكه مقصوداً للشارع الحكيم فإنه لا ينبغي الخروج عليه بدعوى الحاجة .

فإن قيل : والحاجة كذلك علم من استقراء أحكام الشارع وعموماته أن مراعاتها مقصود من مقاصده أيضاً .

قلت : لكن الربا جاءت نصوص بخصوصه هي نص في المسألة ، فتقدم على الاستقراء والعمومات المفيدة قصد الشارع مراعاة الحاجة ، وقد تقدم في مبحث الحاجة بيان أنها لا تحل الحرام

(١) المرجع السابق ، ٢ / ٣٨٥ .

(٢) الفروق ، ٢ / ٤ .

ولا تقدم على النص^(١). على أن استقراء أحكام الشارع، وعموماته التي استفاد منها الخصوم القول بإباحة الربا للحاجة لهي في الوقت نفسه تفيد أن حرب الربا، وتضييق مسالكه مقصودٌ للشارع، والقول بإباحته ينافي هذا المقصود، وهذا بيانه :

المطلب الثالث : بيان أن القول بإباحة الربا ينافي مقاصد الشارع الحكيم :

لاشك أن الشارع الحكيم حرم الربا بنصوص صحيحة صريحة، وهي وحدها كافية لبيان حرمة الربا، قاضية على ما سواها من الأدلة، لكن فريقاً من الناس يذهبون مذهباً آخر، يطرحون النصوص بمجرد المصلحة، وهم بهذا يستندون إلى مقاصد الشارع الحكيم - زعموا - ومن باب إقامة الحجة عليهم بمنهجهم الذي نهجوه، ومسلكتهم الذي سلكوه - فيما يزعمون - وهو الاعتبار بمقاصد الشارع الحكيم فقد خصصت هذا المبحث لبيان أن القول بإباحة الربا ينافي مقاصد الشارع الحكيم، بيان ذلك :

أن الشارع الحكيم الذي قصد رفع الحرج عن الناس في معاملاتهم فأباح لهم معاملات كثيرة على سبيل الاستثناء من قواعد عامة، ومن ذلك : الاجارة، والسلم، والقرض، والحوالة، والعرايا، ونحو ذلك^(٢)

(١) انظر بيان قاعدة الحاجة، ص ٢٥٠ من هذه الرسالة .

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٩، المنشور للزركشي، ٢ / ٢٤ .

لم يستثن الربا، بل عهد منه تضيق مسالكه، ومنه النهي عن بيع العينة، وبيع وشرط وبيعتين في بيعة، كل ذلك كيلا يكون شيء منه وسيلة إلى الربا. وباستقراء أحكام الشارع هذه، وتلك يتبين أن حرب الربا، وتضييق مسالكه مقصود للشارع الحكيم، ومن ثم فإن القول بإباحة الربا منافٍ مقصود الشارع.

فإن قيل : ها قد خصمت نفسك حيث قلت إن الشارع لم يستثن الربا للحاجة كما استثنى غيره، وفي الوقت نفسه ذكرت القرض، والعرايا، والحوالة ضمن ما استثناه الشارع للحاجة، وهل هذا إلا استثناء الربا؟!

فإن القرض يدخله ربا النسيئة للأجل مع اتحاد الجنس، والحوالة يدخلها ربا النسيئة باعتبارها بيع دين بدين متحد الجنس، والعرايا يدخلها ربا الفضل، وإذ ذاك كذلك، وقد استثناه الشارع ورخص فيه للحاجة، فإن قولنا بإباحة الربا للحاجة إنما هو اعتبار بهذه المسائل التي قصد الشارع إلى التيسير فيها فصار بهذا قولنا بإباحة الربا للحاجة موافقاً لمقاصد الشارع.

قلت : الجواب عن ذلك من وجوه :

أولها : أن ما ذكرتموه من أمثلة، وهي القرض، والعرايا، والحوالة قد خرجت بدليل خاص، وما ذهبتم إليه لا يستند إلى دليل خاص ليس هذا فحسب، بل إنه يصادم نصاً خاصاً في المسألة، وما كان

كذلك فإنه من قبيل المصلحة الملغاة فلا يعتد به كما تقدم بيانه ^(١).

وثانيها : أن ما ذكرناه من العقود المستثناة كالقرض والعرايا والحوالة لم يكن مقصودها المعاوضة لكن الارفاق والاحسان والمعروف ، وسبب استثنائها من قاعدة الربا هو مصلحة المعروف للعباد ^(٢) . وبه فارقت الربا حقيقة وإن شابهته صورة فإن المعروف والربا ضدان لا يجتمعان أما ما تذهبون إلى القول بإباحته فمقصوده المعاوضة ، وربما الاستغلال ، فافترقا !

وثالثها : أن العقود التي رخص فيها الشارع الحكيم للحاجة نظراً لدخولها تحت قاعدة المعروف لم يرخص فيها بالمفاضلة المتيقنة ، كما لم يرخص فيها باجتماع الفضل ، والنسيئة ، بخلاف ما ذهبتم إليه ، بيان ذلك :

« أن القرض لا تجوز فيه المفاضلة المقصودة ، ومتى اشتملها خرج من باب المعروف ، فكان ربا ، وقد تقدم نقل أقوال العلماء في منع المفاضلة فيه ^(٣) .

(١) انظر ص ٢٠٣ من هذه الرسالة .

(٢) الفروق ٤/٢ ، وانظر ص ٢٥٦ من هذه الرسالة .

(٣) انظر ص ١٧٣ من هذه الرسالة ، وانظر في الإجماع على منع الربا : الإجماع لابن المنذر ص ١١٧ ، المغني ٤/٣ ، شرح صحيح مسلم للنووي ، ٩/١١ .

وأما الحوالة فكذلك لا يجوز فيها التفاضل ، ولذا فإن الجمهور يشترطون تساوي الدينين فيها (المحال به) و (المحال عليه)^(١) . والحنفية يخالفون في ذلك^(٢) . وخلافهم مبناه الحديث « إذا أتبع أحدكم على مليٍّ فليتبع »^(٣) . قالوا قد جاء الحديث مطلقاً فهو أعم من كون المحال عليه مديناً للمحيل ، فلا يشترطون المديونية أصلاً فضلاً عن تساوي الدينين ، وقولهم هذا لا يلزم منه الربا إذ المحال ليس له سوى حقه ، وما زاد عنه فهو للمحيل .

وأما العرايا فإن الشارع الحكيم لم يرخص في المفاضلة المتيقنة فيها ، لكن تجاوز عن سير الغرر في الماثلة لأن المصلحة فيه أعظم من المفسدة جاء في الفتاوى : « ولما احتاج الناس إلى العرايا أرخص في بيعها بالخرص ، ولم يجوز المفاضلة المتيقنة »^(٤) .

وما ذهبتم إليه يجمع بين المفاضلة المتيقنة المقصودة ، والنسيئة فافترقا .

(١) انظر حاشية الدسوقي ، ٣/٣٢٧ ؛ ونهاية المجتاه ، ٤/٤٢٥ ؛ والمغني ، ٥٧٧/٤ ؛ والانصاف ، ٥/٢٢٥ .

(٢) بدائع الصنائع ، ٦/١٦ .

(٣) صحيح البخاري بفتح الباري ، كتاب البيوع ، باب في الحوالة ، وهل يرجع في الحوالة ، ٣/٥٥ .

(٤) الفتاوى ، ٢٩/٢٦ .

ورابعها : أن ما رخص الشارع الحكيم فيه للحاجة مما كان مقصوده المعاوضة لم يرخص في الربا فيه ، مثال ذلك السلم فإن العلماء يعدونه من العقود المستخرجة من عموم قاعدة نهى الإنسان عن بيع ما ليس عنده ، نظراً للحاجة ، لكن الحاجة التي شغفت في استثنائه من عموم هذه القاعدة لم تقو على استثنائه من قاعدة الربا لما كان مقصوده المعاوضة ، ولذا فإن من شرطه : أن يكون البدلان فيه مما لا يجري فيهما ربا النسيئة فإن جرى فيهما فهو فاسد ، جاء في بداية المجتهد :

« وأما شروطه - يعني السلم - فمناها مجمع عليها ، ومنها مختلف فيها ، فأما المجمع عليها فهي ستة ، منها أن يكون الثمن ، والمشمون مما يجوز فيه النساء^(١) .

وهذا يخالف ما ذهبتم إليه ، فإن ما ذهبتم إليه تجتمع فيه المفاضلة المتيقنة المقصودة ، والنسيئة ، فافترقا .

وبناء على كل ما تقدم فإن قياس ما ذهبتم إليه على ما رخص الشارع فيه مع الفارق من جهة مقصوده ، ومضمونه ، أما من جهة مقصوده فلأن ما رخص فيه الشارع الحكيم مقصوده المعروف والارفاق والاحسان وما ذهبتم إليه مقصوده المعاوضة ، وربما الاستغلال .

وأما من جهة مضمونه فلأن ما رخص الشارع الحكيم فيه لا يتضمن مفاضلة متيقنة ، ولا يتضمن اجتماع فضل ونسيئة ، وما ذهبتم إليه

(١) بداية المجتهد ، ٢/٢ ، ٣ .

يتضمن ذلك كله، فلا يستقيم القياس (ومن طرد القياس الذي انعقد في نفسه غير ناظر إلى ما يعارض علته من المانع الراجح أفسد كثيراً من أمر الدين، وضاق عليه عقله، ودينه»^(١) .

هذا وإن من مقاصد الشارع الحكيم المدافعة لقوله تعالى :

﴿... وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾^(٢) (٢٥١)

ولأن الله تعالى شرع الجهاد مدافعة للكفر، وشرع الأمر بالمعروف مدافعة للمنكر، والتسليم بالربا على هذا النحو، وتبريره بالضرورة تارة، وبالحاجة والمصلحة تارة يفوت هذا المقصد العظيم وبفواته يعم الفساد الأرض كما في الآية المتقدمة، ولا ريب أن الربا فساد فالألصق بمقاصد الشارع مدافعته.

كما إن من مقاصد الشارع الحكيم إخراج النفوس عن أهوائها وعوائدها لتكون تبعاً لمقصود الشارع^(٣) ، وقد وسع الشارع الحكيم على العباد ابتداء في شهواتهم، وأحوالهم، وتنعماتهم على وجه لا يفضي إلى مفسدة، ولا يحصل به مشقة كالرخصة في القرض، والقراض والسلم، والمساواة، ونحوه، والمقصود بهذا التوسع تهيئة الأنفس لتكون

(١) الفتاوى، ٥١/٢٩.

(٢) الآية رقم (٢٥١) من سورة البقرة.

(٣) الموافقات، ١/٣٣٦ - ٣٣٨.

تبعاً للشارع الحكيم مؤتمرة بأمره متتهية بنهيته آخذة بعزائمه كما تأخذ برخصه، غير مجاوزة برخصة حدها، إذ يكفيها من ذلك ما ذكره الشاطبي قال :

« وإنما يرتكب من الرخص ما كان مقطوعاً به أو صار شرعاً مطلوباً كالتعبدات، أو كان ابتدائياً كالمساقاة والقرض لأنه حاجي، وما سوى تلك فاللجأ إلى العزيمة»^(١).

وإن تنصلها من عزائم الشارع التي الأخذ بها مقصود للشارع والاحتيال عليه برفع الحرج ونحوه مما هو مقصود للشارع، إنما هو في حقيقته مخالفة لقصد الشارع إخضاع أهواء النفوس لأمره، وضرب لمقاصد الشارع بعضها ببعض، وما نحن بصدد مناقشته من احتيال على الربا بمقاصد الشارع لا يعدو هذا.

* * *

(١) المرجع السابق، ١/ ٣٣٨.

المبحث الرابع

بيان التعليل بالحكمة، والاحتكام إليه

من المسالك التي سلكت في تحليل الربا التعليل بالحكمة من تحريمه وهو الظلم، وعلى هذا فقد قسم أصحاب هذا المسلك القرض إلى انتاجي، واستهلاكي، ومن ثم قالوا بإباحة الربا في الانتاجي لارتفاع وصف الظلم في هذا القسم - كما يقولون^(١).

فإلى بيان للتعليل بالحكمة، ومن ثم الاحتكام إليه.

المطلب الأول : بيان التعليل بالحكمة :

دأب الأصوليون على التعليل بالعلة، وهي أعم من الحكمة إذ العلة الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على الحكمة غالباً. واطراحهم التعليل بالحكمة التي هي أخص من العلة، والتي هي الغاية من الحكم كائن لحفائها، واضطرابها من جهة، ولوجودها وتخلف الحكم من جهة ثانية، ولوجود الحكم وتخلفها من جهة ثالثة، الأمر الذي لا يستقيم معه التعليل بها وتعليق الحكم عليها.

وفيما يلي نقول عن بعض العلماء لبيان ذلك، وتوضيحه :

(١) انظر ص ١٩٧ من هذه الرسالة .

قال الأمدي : « ذهب الأكثرون إلى امتناع تعليل الحكم بالحكمة المجردة عن الضابط ، وجوزه الأقلون ، ومنهم من فصل بين العلة الظاهرة المنضبطة بنفسها والحكمة الخفية المضطربة ، فجوز التعليل بالأولى دون الثانية ، وهذا هو المختار .

أما إذا كانت الحكمة ظاهرة منضبطة غير مضطربة ، فلأنا أجمعنا على أن الحكم إذا اقترن بوصف ظاهر منضبط مشتمل على حكمة غير منضبطة بنفسها أنه يصح التعليل به ، وإن لم يكن هو المقصود من شرع الحكم ، بل ما اشتمل عليه من الحكمة الخفية . فإذا كانت الحكمة ، وهي المقصود من شرع الحكم ، مساوية للوصف في الظهور والانضباط كانت أولى بالتعليل بها .

وأما إذا كانت الحكمة خفية مضطربة غير منضبطة فيمتنع التعليل بها لثلاثة أوجه :

الأول : أنها إذا كانت خفية مضطربة مختلفة باختلاف الصور والأشخاص والأزمان والأحوال ، فلا يمكن معرفة ما هو مناط الحكم منها والوقوف عليه إلا بعسر وخرج ، ودأب الشارع فيما هذا شأنه على ما ألفناه منه ، إنما هو رد الناس فيه إلى المظان الظاهرة الجلية ، دفعاً للعسر عن الناس والتخبط في الأحكام . ولهذا فإننا نعلم أن الشارع إنما قضى بالترخص في السفر ، دفعاً للمشقة المضبوطة بالسفر الطويل إلى مقصد معين ، ولم يعلقها بنفس المشقة ، لما كانت مما يضطرب ويختلف . ولهذا ،

فإنه لم يُرخص للحمال المشقوق عليه في الحضر، وإن ظن أن مشقته تزيد على مشقة المسافر في كل يوم فرسخ، وإن كان في غاية الرفاهية والدعة، لَمَّا كان ذلك مما يختلف ويضطرب.

الثاني : أن الإجماع منعقد على صحة تعليل الأحكام بالأوصاف الظاهرة المنضبطة المشتملة على احتمال الحكم، كتعليل وجوب القصاص بالقتل العمد العدوان لحكمة الزجر أو الجبر، وتعليل صحة البيع بالتصرف الصادر من الأهل في المحل لحكمة الانتفاع، وتعليل تحريم شرب الخمر وإيجاب الحد به لحكمة دفع المفسدة الناشئة منه ونحوه، ولو كان التعليل بالحكمة الخفية مما يصح لما أحتيج إلى التعليل بضوابط هذه الحكم والنظر إليها، لعدم الحاجة إليها، ولما فيه من زيادة الحرج بالبحث عن الحكمة، وعن ضابطها مع الاستغناء بأحدهما.

الثالث : أن التعليل بالحكمة المجردة إذا كانت خفية مضطربة، مما يُفضي إلى العسر والحرج في حق المكلف بالبحث عنها والإطلاع عليها؛ والحرج منفي بقوله تعالى «وما جعل عليكم في الدين من حرج» غير أنا خالفناه في التعليل بالوصف الظاهر المنضبط، لكون المشقة فيه أدنى، فبقينا عاملين بعموم النص فيما عداه^(١).

وجاء في بيان المختصر : «الشرط الثاني أن تكون علة الأصل وصفاً ضابطاً لحكمة.

(١) الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، ٣/ ٢٩٠-٢٩٢.

والحكمة هي : الغاية والغرض من الحكم . كدفع المشقة بالنسبة إلى رخص المسافر . فإنه هو الغاية من الرخص .

والوصف الضابط للحكمة كالسفر الطويل إلى مقصد معين ، فإنه ضابط لدفع المشقة .

وإنما اشترط أن تكون العلة وصفاً ضابطاً لحكمة ، لا أن تكون حكمة مجردة ؛ لأن الحكمة المجردة خفية أو غير منضبطة .

ولو أمكن اعتبار الحكمة وحدها لانضباطها وعدم خفائها ففي جواز التعليل بها خلاف .

والأصح أنه يجوز التعليل بها ؛ لأن الحكمة هي العلة للحكم لكونها غاية له . فتعليل الحكم بها أولى من تعليله بالوصف^(١) .

وعن بيان تخلف الحكم عن الحكمة وكونه قادحاً في التعليل بالحكمة ، غير قادح في التعليل بالعلة يقول الأمدى :

« اختلفوا في الكسر . وهو تخلف الحكم المعلن عن معنى العلة وهو الحكمة المقصودة من الحكم ، هل هو مُبطل للعلة أو لا ؟ وصورته ما لو قال الحنفي في مسألة العاصي بسفره مسافر ، فوجب أن يترخص في سفره كغير العاصي في سفره وبين مسافة السفر ، بما فيه من المشقة ، فقال

(١) بيان المختصر ، ٢٧/٣ ؛ وانظر تيسير التحرير ، ٣/٣٠٢ ، إرشاد الفحول ،

المعترضُ : ما ذكرته من الحكمة ، وهي المشقة ، منتقضة ، فإنها موجودة في حق الحمال وأرباب الصنائع الشاقة في الحضر ؛ ومع ذلك فإنه لا رخصة ؛ والأكثر على أن ذلك غير مبطل للعلة . والوجه فيه أن الكلام إنما هو مفروض في الحكمة التي ليست منضبطة بنفسها ، بل بضابطها وعند ذلك لا يخفى أن مقدارها مما لا ينضبط ، بل هو مختلف باختلاف الأشخاص والأزمان والأحوال وما هذا شأنه فدأب الشارع فيه رد الناس إلى المظان الظاهرة الجليلة ، دفعاً للعسر عن الناس والتخبط في الأحكام ، على ما قال تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » وعلى هذا ، فيمتنع التعليل بها دون ضابطها . وإذا لم تكن علة ، فلا معنى لإيراد النقض عليها^(١) .

وجاء في بيان المختصر :

« اختلف الأصوليون في الكسر ، وهو وجود الحكمة المقصودة من شرع الحكم مع تخلف الحكم عنه .

والمختار أنه لا يبطل العلة .

والفرق بينه وبين النقض أن النقض هو تخلف الحكم عن الوصف الضابط للحكمة والكسر تخلفه عن حكمة الحكم .

مثاله : قول الحنفي في العاصي بالسفر ، وهو الذي يكون سفره

(١) الإحكام ، الأمدي ، ٣ / ٣٣١ وما بعدها .

معصية كالآبق : مسافر فيترخص برخص السفر كغير العاصي ثم يُبين المناسبة بين السفر والرخص باشتمال السفر على المشقة فيعترض الشافعي بصنعة شاقة في الحضر ، مثل صنعة الحدادين ، فإن المشقة متحققة ثمة ، مع تخلف رخص المسافر عنها .

واحتج المصنف على المختار بأن العلة هي الوصف الضابط للحكمة ، لا الحكمة لعسر انضباطها ؛ فإن المشقة مختلفة باختلاف الأشخاص والأزمان . والشارع لم يجعل مايعسر انضباطه علة للحكم . فلا يرد النقض على ما هو علة^(١) .

المطلب الثاني : الاحتكام إلى التعليل بالحكمة :

إن القول بجواز الربا نظراً لارتفاع وصف الظلم فيه لهو تعليل بالحكمة وهذا التعليل يرد عليه مايلي :

أولاً : - أن الشارع الحكيم حرم ربا الفضل ، ومن صورته ما لا يكون ظلماً كمن باع صاعاً من البر الجيد بصاعين من البر الرديء ، وتحريم مثل هذا رغم انتفاء الظلم فيه قاذح في التعليل بالظلم نظراً لوجود الحكم (التحريم) مع تخلف الحكمة (الظلم) .

ثانياً : - أنه على فرض الظلم هو الحكمة من تحريم الربا فإن ارتفاعه في صورة من الصور لا يلزم منه ارتفاع الظلم الذي قصد الشارع إلى

(١) بيان المختصر ، ٤٨ / ٣ .

منعه، ورفعها فربما كان تحققه في مجموع الصور، وإن لم يتحقق في أحادها.

ثالثاً : - أننا لا نسلم التلازم بين الظلم، والفقر من جهة، وبين الغنى وارتفاع الظلم من جهة ثانية، وبين القرض الانتاجي، والغنى من جهة ثالثة، وتلك المعاني هي التي بني عليها القول بجواز الربا في القرض الانتاجي، كما ذكره أصحاب هذا القول في تعليلاتهم، ونفي التلازم بيانه :

أ - أن التظالم والاستغلال كثيراً ما يقع بين التجار أنفسهم.

ب - أن كثيراً من الناس يبدوون حياتهم من الصفر بقروض إنتاجية قد تنجح، وقد تفشل.

وبناء على ما تقدم فإن الحكمة التي علل بها هذا القول غير ظاهرة، وغير منضبطة فلا تصلح مناطاً للحكم، على ما قرره العلماء، وقد تقدم.

المطلب الثالث : مناقشة المخالف :

والقول بعدم التعليل بالحكمة الخفية قد انتقده عبد المنعم النمر في كتابه الاجتهاد، حيث قال :

« لكن بعض العلماء قد حفظوا - كما حفظت - من قديم عن مشايخنا الذين درسوا لنا الفقه، وحكمة التشريع، كما كان الأمر حين كنا طلبة أن الحكمة لاتبنى عليها الأحكام.

وقال في موضع آخر :

وفي موضع آخر ذكر أنموذجاً من اجتهاده هذا فقال :

(١) الاجتهاد، عبد المنعم النمر، ص ٢٨٤.

(۲) صلی اللہ علیہ وسلم .

(٣) الاجتهاد، عبد المنعم النمر، ص ٢٩٢ ، ٢٨٢ .

(٤) يعني شهادات الاستثمار، وهي : « ورقة تثبت الحق في المبلغ المودع وديعة خاضعة لنظام القرض » عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، علي جمال الدين عوض ، ص ١٥٤ .

مفهوم الربا، إذ ليس فيه استغلال الدائن لحاجة محتاج، أو مضطر
ولذلك لم يكن هذا الربح رباً، فليس حراماً، ولكنه منحة من الدولة
للتشجيع على الاستثمار، والادخار، ولذلك رددت عليهم جميعاً في
مقال نشر في ١٩/٣/١٩٨٢م بعنوان :

« ربح شهادات الاستثمار ليس فيه استغلال، فليس رباً »^(١).

المناقشة :

ويناقش النمر بأنه أول من خرج على أصله هذا بيان ذلك :

أنه ذكر في غير موضع من كتابه الاجتهاد حكمة تحريم الزنا، ومن
ذلك قوله :

« ... لم يعلق بذهن العلماء الآن إلا المنع، منع تعليل الحكم
بالحكمة لماذا؟، لا أدري، أو لأنهم حفظوا شيئاً، وغابت عنهم أشياء مع
أن الحكمة التي يمتنعون تعليل الحكم بها هي كالمشقة، أو مظنتها بالنسبة
للسفر، وشرعية القصر، وكاختلاط الأنساب، أو مظنته بالنسبة للزنا،
وتحريمه ... وليس بضروري أن تتحقق في كل فرد، فهناك من
يشربون، ولا يسكرون، وهناك من ترتكب الزنا، ولا ينتظر منها حمل
... ثم يقول في الهامش : «فوجود هذه الحالات الفردية لايجرح

وانظر في هذا المعنى حكم ودائع البنوك وشهادات الاستثمار، علي السالوس،
ص ٦٩، ١٤٠.

(١) الاجتهاد، عبد المنعم النمر، ص ٢٩٢، ٢٨٢.

الحكمة لأنها مطردة في الأعم الأغلب»^(١).

قلت : فإذا كان النمر قد أخرج بعض صور الربا من الربا، وحكم بصحتها نظراً لتخلف حكمة تحريم الربا فيها، وهي الاستغلال فطرد ذلك أن يخرج بعض صور الزنا من الزنا لتخلف حكمته فيها وهي اختلاط الأنساب كمن لا تنجب مثلاً، فإن قال : العبرة بالأعم الأغلب، والحالات الفردية لا تجرح الحكمة أجبت بجوابين :

الأول : إلزامه بأن يقول كذلك في صور الربا التي زعم أنه لا استغلال فيها إذ العبرة بالأعم الأغلب، والغالب في الربا الظلم والاستغلال.

الثاني : أن قوله : « العبرة بالأعم الأغلب، والحالات الفردية لا تجرح الحكمة » غير مقبول منه إذ هو يعلل بالحكمة، ومقتضى التعليل أن يلازم الحكم علته أبداً وجوداً، وعدمًا.

وإنما قُبِلَ القول بعدم التلازم بين الحكم والحكمة من فريق العلماء القائلين بعدم التعليل بالحكمة لكن بالعلة، وحيث لم يعللوا بالحكمة فلا يعد ذلك نقضاً وارداً عليهم^(٢)، لكنه نقض يرد على من علل بالحكمة.

هذا، وإن ذهب النمر إلى عدم التعليل بالحكمة في بعض المسائل

(١) المرجع السابق، ص ٢٩١، ٢٩٢.

(٢) انظر ص ٢٦٧، ٢٦٨ من هذه الرسالة.

رغم نقده هذا المذهب لهو دليل على عدم ملاءمة التعليل بها لحفائها، واضطرابها، ووجودها وتخلف الحكم، ووجود الحكم وتخلفها، مما يجعلها غير صالحة لاناطة الحكم بها لما يلزم ذلك من خبط.

وإذا كان ذلك كذلك فليصر إلى التعليل بما هو أظهر منها مما هو مظنتها، وهذا وسع المكلف، « ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها ».

هذا، وبعد الفراغ من بيان ما سُلِّك في سبيل تحليل الربا من مسالك معاصرة، ومناقشته، فإنه يحسن الانتقال لبيان ما انتشر الربا من خلاله من معاملات معاصرة:

* * *

الباب الأول

معاملات الائتمان المصرفية

الفصل الأول: بطاقة الائتمان.

الفصل الثاني: فتح الاعتماد البسيط.

الفصل الثالث: الاعتماد المستندي.

الفصل الرابع: الكمبيالة.

الفصل الخامس: الأوراق المالية.

المسألة الأولى

معاملات الائتمان المصرفية

بسم الله الرحمن الرحيم

تقدم في الباب التمهيدي بيان أن ربا القروض الذي تقوم عليه المصارف اليوم هو ربا الجاهلية، غير أن المصارف اليوم بما لديها من قدرات وإمكانات، وصلت إلى ما لم تصل إليه الجاهلية الأولى، إذ تمكنت بوسائلها المتعددة أن تبث الربا في صور متعددة منها ما أصله القرض ومنا ما يدعو إليه.

فمن خدمات تقدمها للناس، كبطاقة الائتمان ونحوها، إلى أوراق تطلقها في التداول بين الناس، كالسندات ونحوها، وهذه وتلك هي مجمل أعمال البنوك التي تبث من خلالها الربا، واختلافها عن ربا الجاهلية إنما هو اختلاف الأسلوب والمظهر مع اتحاد الحقيقة والجوهر، وقد نجحت المصارف نجاحاً بالغاً في استقطاب الناس، وسوقهم إلى الربا من خلال هذه الأدوات التي يسميها المصرفيون «أدوات الائتمان» وفي تعريفها يقول علي جمال الدين عوض :

(من الصعب أن نضع تعريفاً جامعاً لدور البنك في خلق، وتقديم الائتمان لعملائه، لأن صور تدخل البنك في هذا الميدان متعددة . . . ولذلك تتحصل عمليات الائتمان في أن يقدم البنك للعميل، أو لشخص

يحدده العميل فوراً، أو في أجل معين أدوات الوفاء : أي نقوداً، أو أدوات أخرى يستخدمها العميل في وفاء ديونه، وقد لا يقدم البنك هذه النقود، أو الأدوات فعلاً، بل يكفي أن يتعهد بتقديمها^(١).

ويقول محمد حسني عباس :

(وتتلور عمليات الائتمان في عدة صور فقد يقرض البنك النقود مباشرة إلى العميل، وقد يقتصر الأمر على عملية وعد من جانب البنك بأن يقرض العميل، وقد يياشر البنك عمليات الائتمان بمجرد الالتزام بالضمان)^(٢).

والأدوات التي سيرد بحثها ضمن هذا الباب لاتخرج عن معنى الائتمان فيما تقدم، بيان ذلك :

أن بطاقة الائتمان تمنح حاملها (العميل) أجلاً في وفاء ديونه، فهي بهذا أداة من أدوات الائتمان.

وفتح الاعتماد البسيط : يتعهد البنك بجعل أداة من أدوات الائتمان تحت تصرف عميله، فهو بهذا يدعو إلى الائتمان، ويؤدي إليه.

والاعتماد المستندي : يياشر البنك الائتمان فيه بمجرد الالتزام بالضمان إذ يلتزم للطرف الثالث (دائن العميل) بالوفاء، وبعد الوفاء

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية، علي جمال الدين عوض، ص ٤٢٣.

(٢) عمليات البنوك، محمد حسني عباس، ص ١١٥.

يكون دائماً للعميل .

والكميالة : تشتمل الخصم ، وهو قرض في حقيقته .

كما تشتمل الاعتماد بالقبول ، وفيه يباشر البنك الائتمان بمجرد الالتزام والضمان كما هو الشأن في الاعتماد المستندي .

والأوراق المالية : تتضمن السندات ، وهي قرض في حقيقتها .

وهذه الصور المختلفة التي لا تخلو من أن تكون ربا في حقيقتها أو مؤدية إليه ، قد ظهرت بمظهر جديد ، قد يخفي على الناس مافيها من ربا تشتمل عليه ، أو تدعو إليه ، الأمر الذي يلزم منه بيانها فيمايلي من فصول :

* * *

المجلد الأول

بطاقة الائتمان

- ١- المبحث الأول : الجانب المصدري.
- ٢- المبحث الثاني : الجانب الفقهي.

الفصل الأول

بطاقة الائتمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

معلوم أن وظيفة البنوك التجارية الأساس هي إقراض النقود، وفي سبيل هذا فإن البنوك تعمل على استخراج النقود من أيدي الناس، وضمها إلى خزائنها لتزيد بذلك قدرتها على الإقراض.

والبنوك ما فتئت من وقت لآخر تبث بين الناس وسائل تحقق لها هذه الغاية، فمن فتح اعتماد إلى إصدار ضمان، ونحوه مما يتيح لها علاقة بالتجار تضم من خلالها أموالهم إلى خزائنها.

لكنها فيما مضى لم تصل إلى ما وصلت إليه في عصر البطاقات تلکم الوسيلة التي ابتكرتها البنوك حديثاً، واستحوذت من خلالها على السيولة (النقود) ففرضت بذلك وصاية على الناس استولت بحكمها على نقودهم، واكتفى أصحاب النقود، وملاكها بقطعة من البلاستيك تسمى «بطاقة» يقدمها حاملها إلى المتجر، والفندق، ونحوه، ليسجل عليها التاجر فاتورة يقتطع مبلغها من نقود حاملها التي حازها البنك، واستحوذ عليها بهذه الوسيلة وبهذه الوسيلة صارت النقود تتدفق في خزائن البنوك دون منازع مما زاد قدرتها على الإقراض بالربا، ووسع نطاق عملها في الائتمان وتلك غاية البنك التي ابتكر لها هذه الوسيلة.

وهذه الوسيلة - أعني بطاقة الائتمان - قد مرت بأطوار عدة فأول ما ظهرت اشترط لها وجود رصيد للعميل يغطي مصروفاته التي تتم بواسطتها، وهي بهذا الاعتبار ليست بطاقة ائتمان بالمعنى الحقيقي، وإنما هي بطاقة دفع ووفاء ومن ثم تطور بها الأمر إلى أن صارت تصدر دون هذا الشرط^(١) إذ أصبحت تمنح أجلاً للعميل يمكنه الوفاء خلاله دون احتساب زيادة عليه وعندما يحل الأجل دون وفاء من العميل فإن مصدر البطاقة يقوم بالأداء عنه محتسباً بالرجوع عليه بما أدى عنه، وزيادة هي ثمرة الائتمان وغايته فكانت بذلك بطاقة ائتمان بالمعنى الحقيقي للائتمان.

وربما أصدرتها بعض البنوك حيناً - على خلاف العادة - دون رسوم إصدار أو تجديد^(٢).

وهذا وذاك يختلف باختلاف البلاد، وانتشار الوعي المصرفي فيها - كما يقولون -، كما يتم رهن مصلحة تقدرها البنوك من وراء ذلك.

وفي هذا الوقت اتسع انتشارها في البلدان عامة، وفي بلادنا خاصة مما يجعلنا بحاجة إلى بيانها، والتعرف على أحكامها، وهذا بيانه:

(١) انظر ملحق ١، ص ٣٠.

(٢) انظر ملحق ١، ص ١٦، ١٩، ٢١.

المبحث الأول الجانب المصرفي

المطلب الأول : تاريخها ^(١)

أول ما عرفت البطاقات كانت عن طريق المتاجر الكبرى ، والفنادق وشركات البترول الأمريكية ، ويرجع ذلك لعام ١٩١٤ م تقريباً .

وكان هدفها استقطاب تعامل عملائها معها دون مجاوزتها إلى غيرها وكان استقطابهم من خلال أمرين :

أحدهما : إعطاؤهم تسهيلات في الوفاء من خلال هذه البطاقة .

وثانيهما : أن هذه البطاقة لا تُقبل إلا لدى فروع مصدرها مما يقصر التعامل بها معه ، وهو الغرض منها .

وفي عام ١٩٤٩ م اتسع نشاطها فلم يعد التعامل بها مقصوراً على مصدرها إذ أصدرت بعض الهيئات المالية مثل : دينرز كلوب عام ١٩٤٩ م ، وأمريكان اكسبرس عام ١٩٥٨ م بطاقات تمكن المستفيد منها

(١) انظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، علي جمال الدين عوض ، مصر ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ١٩٨١ م ، ص ٥٤٤ .

الأوراق التجارية ، سميحة القليوبي ، مصر ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ م

من استخدامها لدى الفنادق ، وشركات النقل والسياحة ، وكانت تلك الجهات المصدرة تحصل من عملائها مقدماً على ما يضمن استرداد ما تقوم بدفعه عنهم .

وفي عام ١٩٥٠م تقريباً دخلت البنوك ميدان بطاقات الائتمان فأصدر ناشيونال فرانكلين بنك في نيويورك بطاقة National aredik card في حوالي عام ١٩٥٠م ، وفي فرنسا أصدرت مجموعة من البنوك الفرنسية بطاقة دينرز كلوب في عام ١٩٦٧م .

ثم توالى البنوك في إصدارها إلى أن وصلت إلى ما وصلت إليه اليوم .

المطلب الثاني : تعريفها :

وقد عرفها مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة لعام ١٤١٢هـ بأنها

« مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي ، أو اعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع ، والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع ، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف »^(١) .

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد ١٤، سنة ١٤١٣هـ، ص ١٩٦ ، وانظر : مجلة الهداية ، عدد ١٧٩ ، ص ١٧ .

كما عرفت أيضاً بأنها :

« بطاقة خاصة يصدرها المصرف بعميله تمكّنه من الحصول على السلع ، والخدمات من محلات ، وأماكن معينة عند تقديمه لهذه البطاقة ، ويقوم بائع السلع أو الخدمات بالتالي بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف مصدر بطاقة الائتمان ، فيسدد قيمتها له ، ويقدم المصرف للعميل كشفاً شهرياً بإجمالي القيمة لتسديدها ، أو لخصمها من حسابه الجاري طرفه»^(١) .

ويؤخذ على التعريف الثاني مايلي :

١- أنه غير جامع ، حيث لم يتضمن إمكان سحب النقود بواسطتها .

٢- أنه أدخل في التعريف ما ليس منه ، وهو قوله :

« ويقوم بائع السلع أو الخدمات بالتالي بتقديم الفاتورة . . . ويقدم المصرف للعميل كشفاً شهرياً . . » .

إذ ذاك من إجراءات المعاملة وليس من ماهيتها أو شروطها فالأولى تركه .

أما التعريف الأول فقد سلم من هذه المآخذ فهو أولى بالاختيار .

(١) إدارة الائتمان المصرفي ، حسني خليل محمد ، سلسلة اتحاد المصارف العربية ، أغسطس ، ١٩٧٥ م ، ص ٧٢ .

المطلب الثالث : شروطها :

تتضمن بطاقة الائتمان شروطاً عدة، لكن أهمها مما له تعلق بالربا ما يتعلق بالائتمان، والصرف، وفيما يلي عبارة بنك الرياض كمثال لذلك:

أولاً - ما يتعلق بالائتمان، ونصها كما جاء في بند (٤) من الاتفاقية:

« يحق لحامل البطاقة دفع ١٠٪ من إجمالي المبلغ المطلوب بكشف الحساب الشهري بشرط أن لا يقل عن مائة ريال سعودي، ويسدد الباقي على دفعات علماً بأن نسبة الخدمة الشهرية هي ١٧٥٪. وفي حالة حصول العميل على مبلغ نقدي من أي بنك، أو جهاز صرف آلي فإن البنك سوف يحمل حامل البطاقة رسوم خدمة عن كل حركة نقدية بمقدار ٢٥٪ من المبلغ المسحوب»^(١).

ثانياً - ما يتعلق بالصرف، ونصها كما جاء في بند (٥) من الاتفاقية:

« يقوم حامل البطاقة بالدفع بالريال السعودي، ويتولى البنك تحويل المصاريف التي يتم تكبدها بالعملات الأجنبية إلى الريال السعودي سواء تم ذلك بواسطة البنك أو بواسطة أي جهة أخرى ذات صلة، سيكون

(١) انظر ملحق ١، ص ٣، بند ٦، ٢١، وانظر ص ٩، بند ٨، وانظر ص ١٥،

بند ٤، وانظر ص ١٧، بند ٤.

ملزماً لي، وأوافق أيضاً على أن يقوم البنك باختيار وتحديد سعر تحويل أي عملة أجنبية، وتعديل ذلك السعر، وذلك بمحض اختياره، وفي الوقت الذي يحدده دون حاجة إلى إشعاري بذلك»^(١).

المطلب الرابع : انعقادها :

تتعقد بطاقة الائتمان من خلال إيجاب المتقدم (عميل البنك) الممثل بطلبه الاستفادة من هذه الخدمة، ومن ثم يقوم البنك بإعطائه نموذجاً يتضمن بيانات وشروطاً ليُعلم شروطه، ويجيب عن استفساراته^(٢).

بعد ذلك يقوم البنك بدراسة تلك البيانات، وعليه : يقرر قبول إيجاب المتقدم من خلال منحه بطاقة الائتمان، أو يرفضه فلا يمنحه البطاقة المذكورة.

وفي حالة موافقة البنك على منح العميل بطاقة الائتمان فإنه يدرجها ضمن حساب خاص بها لديه يرصد فيه ما للعميل وما عليه من خلالها^(٣).

(١) انظر ملحق ١، ص ١٧، بند ٥.

(٢) انظر في الشروط ملحق ١، ص ٨، ٩، ١١، ١٣، ١٥، ١٧.

وانظر : في البيانات ملحق ١، ص ١٢، ١٤، ١٧، ١٩، ٢٥، ٢٩، ٣٣.

(٣) انظر الأوراق التجارية، سميحة القليوبي، ص ٣٤٩، وانظر ملحق

١، ص ٣، بند ٣، ص ١٥، بند ٣.

المطلب الخامس : أقسامها :

تنقسم بطاقة الائتمان أقساماً عدة تبعاً لاعتبارات عدة :

المقصد الأول : أقسامها باعتبار القرض :

فباعتبار القرض المتاح من خلالها من عدمه تنقسم إلى :

أ- بطاقة وفاء : وهذه لا تتضمن في جوهرها ائتماناً من البنك للعميل بل الأصل فيها أن يقوم العميل بالوفاء فور إرسال الكشف إليه أو يحسم من حسابه لدى البنك .

لكن لما كانت بطاقة الائتمان تتضمن أجلاً يتم خلاله الوفاء ، فإن البنك إذا وفى خلاله بدلاً من عميله فإنه يكون قد أقرضه في الحال التي ليس لعميله فيها رصيد لديه ، وبهذا تتضمن البطاقة ائتماناً (إقراضاً) لكنه غير مقصود من الطرفين ، يدل لذلك أن البنك لا يحتسب عليه فوائد .

وهذا القسم ليس هو السائد اليوم ، بل ربما كان في طور من أطوار البطاقة التي مرت بها في مراحل تدرجها ، وقد جاوزته اليوم بانتهائها إلى طورها الأخير ، وهو الطور الائتماني ^(١) .

وقد أشارت مجلة المجلة في زاويتها الاقتصادية إلى هذا التدرج حيث نقلت عن مدير إدارة الفروع ، وأمين سر مجلس الإدارة في البنك السعودي الأمريكي قوله :

(١) سيأتي الحديث عنه في الفقرة (ب) .

« إن بطاقة سامبا فيزاتم تحويلها منذ يونيو (حزيران) الماضي ^(١) إلى بطاقة ائتمانية ، وكان البنك قد بدأ في إصدار بطاقات سامبا فيزا منذ أكثر من ثمان سنوات كبطاقة دفع ثم حولت إلى بطاقة قيد على الحساب ^(٢) .

كما أن البنوك الإسلامية تستخدم هذا القسم إذ تشترط في بطاقتها وجود رصيد للعميل يغطي مصروفاته من خلالها ^(٣) .

ب - بطاقة ائتمان : وتزيد عن سابقتها في حق العميل (حاملها) ، في ائتمان «قرض» متفق عليه بين البنك والعميل ، وعليه فهي بخلاف سابقتها فلا يلزم فيها العميل بالوفاء خلال الأجل المتاح للوفاء بل له أن يتأخر عن ذلك ليقوم البنك بالوفاء عنه ، وبذلك يكون قد قدم له ائتماناً (قرضاً) هو غاية هذا القسم ، ومعظم البطاقات الآن من هذا القبيل ^(٤) .

المقصد الثاني : أقسامها باعتبار الخدمة المتاحة خلالها :

وباعتبار الخدمة المتاحة من خلالها تنقسم أقساماً عدة كالذهبية ، والفضية كما عليه بطاقة فيزا ، والذهبية والخضراء ، كما عليه بطاقة أمريكان اكسبرس ، ويختلف تبعاً لهذا الاختلاف السقف المتاح

(١) مجلة المجلة، عدد ٧٠١، في ١٨-٢٥/٧/١٩٩٣ م.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٨. وانظر ملحق ١، ص ٣٠.

(٣) انظر ملحق ١، ص ٨ بند ١، ٣.

(٤) انظر : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٥٤٤، الأوراق التجارية،

للائتمان، والمبلغ النقدي الذي يمكن سحبه دفعة واحدة وغير ذلك من الخدمات كالتأمين ونحوه^(١).

المقصد الثالث : أقسامها باعتبار مصدرها :

أما باعتبار مصدرها فتختلف باختلاف الجهات التي تقوم على إصدارها، ومنها على سبيل المثال :

١- فيزا

٢- أمريكيان اكسبرس.

٣- مستر كارد.

٤- دينرز كلوب.

وهذه البطاقات موضوعها واحد، وطريقتها واحدة، وإن تنوعت مصادرها^(٢).

وقد نشرت الجريدة الاقتصادية دراسة حول هذه البطاقات بينت فيها حجم انتشارها، ومدى قبولها على النحو التالي :

أ- انتشارها : أكثرها استخداماً فيزا، وأمريكان اكسبرس وهما بنسبة واحدة هي ٣٥.٤٪، وفي المرتبة التالية مستر كارد بنسبة ١١.٥٪، وفي المرتبة الأخيرة دينرز كلوب بنسبة ٣.٤٪.

(١) انظر ملحق ١، ص ٣٦.

(٢) انظر ملحق ١، ص ١٠، ١٣، ١٦، ١٨، ٢١، ٢٢، ٢٤.

ب - مدى قبولها في المحلات التجارية : وقد استفتي في هذا عينة مكونة من سبعة وخمسين محلاً تجارياً في المملكة ، وكانت نتيجة هذا الاستفتاء مايلي :

جميعها تقبل بطاقة فيزا ، وكذا مستر كارد ، ٩٤٪ منها تقبل أمريكيان اكسبرس ، ٧٣٪ تقبل دينرز كلوب ^(١) .

المطلب السادس : إجراءات التعامل بها :

أما إجراءات التعامل بها فهي كمايلي ^(٢) :

- ١ - يبرز العميل حامل البطاقة للتاجر بطاقته عند الشراء .
- ٢ - يعد التاجر أنموذجاً يتضمن قيمة البضاعة ، ونوعها ، ومن ثم يطبع عليه اسم العميل وجميع بيانات بطاقته بواسطة آلة خاصة (أدريسو جراف) .
- ٣ - يوقع العميل على هذا الأنموذج إقراراً منه بالشراء .
- ٤ - يبعث التاجر بهذا الأنموذج إلى أقرب فرع للمصرف مصدر البطاقة لتقيد القيمة في حسابه بعد حسم مصروفات الخدمة .

(١) انظر ملحق ١ ، ص ٣٧ .

(٢) انظر الخدمات المصرفية الحديثة ، محمد علي حافظ ، اتحاد المصارف العربية ، ط ٢ ، ص ٢٨ . إدارة الأعمال المصرفية ، زياد رمضان ، ١٩٧٧م ، ص ١٥٢ ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ص ٥٤٣ .

٥- يتم استكمال باقي الخطوات المحاسبية في مركز المصرف بواسطة الحاسب الآلي الذي يظهر النتائج الآتية يومياً :

أ - قيمة الأرصدة القائمة لكل عميل استعمل البطاقة في اليوم السابق .

ب - قيمة الأرصدة التي تجاوزت الحد الأقصى .

ج - قيمة الأرصدة التي وصلت حداً يجب معه مراقبتها، وإن لم تصل الحد الأقصى بعد .

د - قيمة الأرصدة التي استحققت ولم تسدد .

المطلب السابع : فوائدها لأطرافها ^(١) .

يتعامل بالبطاقة ثلاثة أطراف هم :

حاملها وهو (العميل) ، ومصدرها وهو المصرف ، والتاجر الذي قبل التعامل بها وهو (المستفيد) ، وفيما يلي بيان فائدتها لكل :

المقصد الأول : فائدتها للعميل :

ويستفيد منها العميل مايلي :

١ - منحه أجلاً يتراوح ما بين ٢٥-٥٥ يوماً تقريباً يمكنه الوفاء

(١) لبيان فائدة بطاقة الائتمان لأطرافها الثلاثة انظر المراجع التالية :

الخدمات المصرفية الحديثة، ص ٢٧، ٢٨ . إدارة الأعمال التجارية، ص ١٥١-١٥٣ . إدارة البنوك، طلعت أسعد عبد الحميد، ص ١٤٨ .

خلاله دون احتساب فائدة عليه^(١) .

٢- منحه أئتمناً (قرضاً) عند تأخره عن الوفاء في الأجل المحدد .

٣- سهولة التعامل بها والاستغناء بها عن حمل النقود .

المقصد الثاني : فائدها للمحلات التجارية :

وتستفيد منها المحلات التجارية مايلي :

١- رفع نسبة مبيعاتها على نحو أكثر منه لو كان البيع يتم نقداً .

٢- ضمان الوفاء للتاجر إذ يلتزم البنك بذلك فيما لو رفض

العميل .

٣- أن العمولة المأخوذة من التاجر أقل من سعر الخصم فيما لو كان البيع بطريق الكمبيالة .

المقصد الثالث : فائدها للمصرف :

ويستفيد المصرف منها مايلي :

١- توظيف المصرف أمواله .

٢- ضمان جزء كبير من الأفراد المستفيدين من البطاقة عملاء

دائمين للمصرف يشجعون على التعامل معه ، والاستفادة من خدماته .

(١) الأجل المتاح يختلف باختلاف البنوك ، انظر ملحق ١ ، ص ٣٥ .

٣- اضطرار المتعاملين بالبطاقة من حاملها ، والتجار قابليها لفتح حساب لدى المصرف مصدرها لتسهيل أعمالها ، ومن ثم يكون ذلك طريقاً للاستفادة من خدمات المصرف الأخرى .

٤- أنها أداة من أدوات الدعاية للمصرف .

٥- عائدها الكبير بالقياس إلى أعبائها ، ويتكون من فوائد ورسوم ، وعمولة على النحو الآتي :

أ- فائدة بنسبة ٢٪ تقريباً ، تؤخذ من العميل حامل البطاقة على ماجاوز الأجل المتاح دون وفاء^(١) .

ب- عمولة نسبتها ما بين ٣٪ - ٥٪ من قيمة المبيعات أو أجر الخدمات التي تمت بواسطة البطاقة ، وهذه العمولة تؤخذ من المحلات التجارية ، أو جهات الخدمات الأخرى .

ج- رسوم الإصدار ، والتجديد ، وهذه تؤخذ من العميل حامل البطاقة وتختلف من بنك لآخر ، ومن وقت لآخر ، ومن بطاقة لأخرى .

المطلب الثامن : الغرض منها :

إن الغرض من بطاقة الائتمان هو دعم رسالة البنوك الأساسية التي هي الائتمان ، ولذا سميت بطاقة الائتمان ، ولئن كانت القروض في السابق لا تكون غالباً إلا في أمر كبير كسفر ، وعلاج وسكن ، وزواج ،

(١) الفائدة تختلف باختلاف البنوك ، انظر ملحق ١ ، ص ٣٥ .

ونحوه فإنه من خلال بطاقة الائتمان هذه أمكن التوسع في الائتمان ليشمل كل صغيرة، وكبيرة إذ ببطاقة الائتمان هذه يمكن التسوق من السوق، والتزود من البقال، وبها يمكن التعامل مع الفندق، والمقهى، ونحو ذلك، وبذا احتل الائتمان مساحة لم تكن له من قبل، ووسيلته في هذا الزحف بطاقة الائتمان يشهد لذلك أن بطاقات الوفاء ما تلبث أن تتحول مع الزمن إلى بطاقة ائتمان بعد سبر غور السوق، وتقييم الوعي المصرفي فيه لدى حاملها، ومدى أهليتهم للوفاء، والالتزام.

وفيما يلي بعض النقول عن بعض المختصين توضح اعتبارها من أعمال الائتمان:

« ذلك أن إصدار مثل هذه البطاقات إنما يمثل عملية من عمليات البنوك الائتمانية»^(١).

« على أن الحديد في القروض الاستهلاكية ظهور نظام بطاقات الائتمان»^(٢).

« ومن أهم صور الائتمان الاستهلاكي بطاقات الائتمان، وتعتبر هذه الخدمة إحدى الصور الرئيسية للائتمان الاستهلاكي»^(٣).

« ولعل هذه الخدمة من أشهر وأحدث الخدمات المصرفية التي

(١) الأوراق التجارية، سميحة القليوبي، ص ٣٤٨.

(٢) إدارة البنوك، سيد الهواري، ص ١٥١.

(٣) إدارة البنوك، طلعت أسعد عبد الحميد، ص ١٤٨.

استحدثتها البنوك التجارية، وكذلك فإنها تعتبر أوسعها انتشاراً، وذلك بالنظر إلى أنها تنطوي على إئتمان يمنحه المصرف لعميله، وهذا يعتبر السبب الرئيسي وراء إقبال الأفراد على التمتع بهذه الخدمة . . .^(١)

المطلب التاسع : آثارها :

ويترتب على بطاقة الائتمان آثار أهمها :

١- ضمان المصرف العميل (حامل البطاقة)، وفيه يقول علي جمال الدين عوض :

« . . . فهو يقدم ضماناً للتاجر حيث أن مصدر البطاقة يتعهد بدفع الفاتورة في حدود مبلغ معين ولو لم يكن للعميل رصيد في حسابه لدى مصدر البطاقة »^(٢)

ويقول زياد رمضان في معرض ذكره مزايا بطاقة الائتمان :

« . . . بالإضافة إلى ذلك أن التاجر لا يتحمل مخاطر الائتمان في حالة البيع بالبطاقة عندما يرفض العميل دفع ما عليه إذ أن الذي يتحملها هو المصرف »^(٣)

وتقول سميحة القليوبي : « ولا شك أنها تمثل ضماناً للتجار الذين

(١) الخدمات المصرفية الحديثة، محمد علي حافظ، ص ٢٥ .

(٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٥٤٣ .

(٣) إدارة الأعمال المصرفية، ص ١٥٣ .

يقبلون الوفاء بمقتضاها حيث أن الوفاء يؤكد بطريق البنك المصدر لها^(١).

٢- التزام المصرف بإقراض العميل (حاملها) إما تبعاً كما في بطاقة الوفاء التي لم يكن القرض مقصوداً فيها، وإما قصداً كما في بطاقة الائتمان التي مقصودها الائتمان، وقد تقدم بيانه^(٢).

٣- التزام طرفيها حاملها (العميل)، وقابلها (التاجر ويسمى المستفيد) للطرف الثالث مصدرها (المصرف) بما اتفق عليه من رسوم، وفوائد، وعمولة كما تقدم^(٣).

المطلب العاشر : انتهاءؤها :

أكثر البنوك استخدمت في حق إنهاء البطاقة عبارة مرنة شاملة، كما جاء في عبارة البنك السعودي البريطاني بند «١٥» أولاً، وثانياً من اتفاقية إصدار بطاقة الائتمان، ونصها :

« أولاً - يجوز لحامل البطاقة إنهاء هذه الاتفاقية في أي وقت من الأوقات، وذلك بتقديم إشعار خطي إلى البنك مرفقاً به البطاقة الخاصة به، وأي بطاقة إضافية أخرى، وفي حال كون هذه الاتفاقية تخص استخدام بطاقة إضافية فإن بإمكان حامل البطاقة الإضافية إنهاء هذه

(١) الأوراق التجارية، ص ٣٤٦.

(٢) انظر المطلب الخامس، ص ٢٩٠، ٢٩١ من هذه الرسالة.

(٣) انظر المطلب السابع، ص ٢٩٦ من هذه الرسالة.

الاتفاقية « طالما أنها تتعلق باستخدام البطاقة الاضافية » وذلك بتقديم إخطار خطي للبنك مرفقاً به البطاقة الاضافية المعينة، واعادة البطاقة، أو البطاقات مقطوعة إلى نصفين .

ثانياً - يجوز للبنك إنهاء هذه الاتفاقية في أي وقت من الأوقات بالغاء البطاقة بدون اشعار سابق لحامل البطاقة، ومع أو بدون تفسير لأسباب ذلك»^(١) .

قلت : وعبرة (أي وقت) تشمل الحياة، والوفاة، والإفلاس فهي تفيد انتهاء البطاقة بكل ما شملته هذه العبارة حال الاكتفاء بها على أن بعض البنوك لم يكتف بها، بل زاد عليها بياناً ما يختص في حال الوفاة، والإفلاس كما فعل بنك البحرين، والكويت، ونص عبارته في ذلك : « وفي حالة وفاة أو إفلاس أو إخلال حامل البطاقة الأصلي يجوز للبنك بالإضافة إلى أية تعويضات أخرى مستحقة له أن يتخذ الخطوات التي يراها ضرورية، وأن يقيد أي حق في استعمال البطاقة بما في ذلك سحب البطاقة»^(٢) .

كما أن البنك السعودي البريطاني بعد أن ذكر حق كل من المصرف والعميل في إلغاء البطاقة في أي وقت - كما ذكر أعلاه - ثنى بذكر حكم متعلق بالالغاء والإفلاس، والوفاة فقال في بند ١٦ من الاتفاقية ما نصه :

(١) انظر ملحق ١، ص ٣، بند « ١٥ » .

(٢) انظر ملحق ١، ص ١٥، بند « ٥ » .

« في حال إلغاء هذه الاتفاقية ، أو إفلاس ، أو وفاة حامل البطاقة فإن كامل الرصيد المستحق على حساب البطاقة مع قيمة أي معاملة أجريت ولم تقيد بعد على الحساب يصبح مستحقاً ، وواجب التسديد مباشرة ، وإلى أن يتم السداد فإن للبنك الحق في الاستمرار بفرض الرسوم المالية على الحساب حسب الأسعار السارية لديه^(١) .

قلت : وتسويته بينها في هذا الحكم دليل على أنها تشترك في إنهاء البطاقة ، ومما يؤيد ذلك أن علاقة المصارف بعملائها علاقة شخصية تحكمها كثير من الاعتبارات الشخصية كالملاءة ، والوفاء ، وحسن السمعة ونحو ذلك ، وتبعاً لهذه الاعتبارات تقيم المصارف علاقتها بعملائها وهذا يدل على تأثر علاقة المصرف بعميله حامل بطاقة الائتمان حال وفاته أو إفلاسه ، وإنهاء هذه العلاقة بذلك .

* * *

(١) انظر ملحق ١ ، ص ٣ . بند « ١٦ » .

المبحث الثاني

الجانبة الفقهي

المطلب الأول : تخريج بطاقة الائتمان :

الناظر في آثار بطاقة الائتمان يجد أن حاملها (العميل) إنما يقدمها لقابلها (المستفيد) بقصد الوفاء من خلالها بما للثاني عليه من استحقاق ، إذ جرى العرف باعتبارها من أدوات الوفاء . كما أن توقيع حاملها (العميل) على الفواتير التي أعدها التاجر (المستفيد) بعد أن انتسخ عليها بيانات بطاقة الائتمان إنما يعني ذلك إقرار حاملها (العميل) بثبوت ذلك الحق الذي تضمنته الفواتير في ذمته ، ومعنى ذلك التزامه بأدائه وهو ما من أجله قدم البطاقة للمستفيد .

كما أن مصدر البطاقة (المصرف) من خلال أنظمة هذه البطاقة قد التزم بالوفاء لقابلها (المستفيد) ، والتزام المصرف هذا غير معلق على سابق دين ، أو أداء من حاملها (العميل) ومعنى ذلك أن المستفيد قد استقر حقه في ذمتين في وقت معاً ذمة حامل البطاقة (العميل) ، وذمة مصدرها (المصرف) وهذه هي حقيقة الكفالة ، فإن الكفالة قد عرفها الفقهاء بأنها :

« ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق »^(١)

(١) المغني ، ابن قدامة ، ٤ / ٥٩ .

وفي بطاقة الائتمان قد ضمت ذمة المصرف مصدرها إلى ذمة عميله حاملها على نحو لا يبرأ به أحدهما إلا بأداء صاحبه فكانت بذلك كفالة، وبيانه من خلال تنزيلها على الكفالة مايلي :

الكفالة تتكون ماهيتها مما يلي :

- ١ - الكفيل .
 - ٢ - المكفول له .
 - ٣ - المكفول عنه .
 - ٤ - المكفول به .
 - ٥ - الصيغة : وهي الايجاب والقبول بين أطرافها .
- وقد يقال : إن أطراف الكفالة ثلاثة الكفيل ، والمكفول عنه ، والمكفول له ، ولا بد من تراضي هذه الأطراف ، وفي بطاقة الائتمان إنما تم العقد بين المصرف وعميله فأين رضا طرفها الثالث الذي هو المستفيد ، وهو بمثابة المكفول له ؟

والجواب : أن المصرف يجري اتفاقاً خاصاً بينه وبين التاجر (المستفيد) الذي يقبل التعامل ببطاقة الائتمان ، وهذا الاتفاق يتمثل به رضاه وبذا يكون التراضي قد تم بين أطرافها الثلاثة ^(١) .

ومن جهة ثانية فإن رضا المكفول له ليس شرطاً في انعقاد الكفالة على

(١) انظر ملحق ١ ، ص ١ .

الراجح من أقوال العلماء، وعمدتهم في ذلك حديث أبي قتادة :

« توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفنناه ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه، فقلنا تصلي عليه؟ فخطأ ثم قال : أعليه دين؟ قلنا : ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة، فأتيناه، فقال أبو قتادة : الديناران علي، فقال رسول الله ﷺ : أحق الغريم وبريء منهما الميت؟، قال نعم، فضلي عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم ما فعل الديناران؟ فقال : إنما مات أمس : قال فعاد إليه من الغد فقال : قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ : الآن بردت عليه جلده» (١).

ووجه الدلالة منه : أن أبا قتادة رضى الله عنه ضمن من غير قبول المكفول له وأقره النبي ﷺ على ذلك فدل على انعقاد الكفالة دون رضا المكفول له .

تنزيل بطاقة الائتمان على الكفالة :

الكفيل : وهو المصرف .

المكفول عنه : وهو العميل حامل البطاقة .

المكفول له : وهو المستفيد التاجر الذي قبل التعامل بالبطاقة .

المكفول به : وهو حق المستفيد « التاجر » المستقر في ذمة العميل

(١) مسند الإمام أحمد، ٣ / ٣٣٠ . وانظر في معناه صحيح البخاري بفتح

الباري، كتاب الحوالة باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، ٤ / ٤٦٧، رقم

«حامل البطاقة» .

المطلب الثاني : تخريج غطاء بطاقة الائتمان :

تخصص البنوك حساباً خاصاً ببطاقة الائتمان ترصد فيه ما للعميل وما عليه من خلالها ، وتتابع حركة هذه المعاملة من خلال هذا الحساب^(١) .

وبعض البنوك تشترط وجود رصيد معين في هذا الحساب لتقابل به ما يستحق على العميل من جراء تعامله ببطاقة الائتمان^(٢) . فعلى أي شيء يخرج هذا الغطاء بالنظر إلى علاقة المصرف بالمستفيد ، والتي تقدم أنها الضمان ؟

إن هذا الغطاء يكتنفه ثلاثة احتمالات :

أحدها : أن المصرف أخذه على سبيل الرهن .

وثانيها : أنه أخذه على سبيل الوكالة أو الرسالة ليدفعه للمستفيد نيابة عن العميل .

وثالثها : أنه أخذه على سبيل الوفاء ، والاقتضاء بدلاً عما سيؤديه للمستفيد إذ هو بحكم الكفالة ملزم بالأداء له .

(١) انظر : الأوراق التجارية، ص ٣٤٩ ، وانظر ملحق ١ ، ص ٣ ، ٨ ، ١٥ ، بند ٣ في كل من هذه الصفحات .

(٢) انظر ملحق ١ ، ص ٩ بند ٣ ، ص ١٤ .

وفيما يلي مناقشة وبيان كلٍّ من هذه الاحتمالات :

المقصد الأول : مناقشة تخريج الغطاء على أنه رهن :

بعض المصارف تصف الغطاء بأنه تأمين ، كما في البند الثالث من اتفاقية فيزا الراجحي ونصه :

« أفوض الشركة أن تخصص من حسابي تأميناً نقدياً بمبلغ ... »^(١)

وكلمة تأمين جرى العرف المصرفي باستخدامها في معنى التوثيق ، والتوثيق منه ما يتعلق بالذم كالضمان ، ومنه ما يتعلق بالأعيان كالرهن . والغطاء عين فهل يكون رهناً؟ الخلوص إلى هذا يستدعي تحرير مسألتين :
أولاهما : هل للضامن أن يأخذ رهناً من المضمون .

وثانيهما : هل يصح رهن النقود .

أما المسألة الأولى وهي هل للضامن أن يأخذ رهناً من المضمون عنه ، فمبناها مسألة أخرى هي هل ينعقد بين الضامن ، والمضمون عنه حكم بنفس الضمان ، وهل ينشأ بينهما علاقة بنفس الضمان أو لا ؟

هذه موضع خلاف بين العلماء ، لكن هناك من قال بهذا من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، ومن ثم قالوا بجواز أخذ الضامن رهناً من المضمون عنه ، جاء في البحر الرائق :

(١) انظر ملحق ١ ، ص ٨ ، بند ٣ ، وكذلك وصفه بأنه تأمين البنك الأهلي ، وبنك القاهرة السعودي ، انظر ملحق ١ ، ص ٩ ، بند ٣ ، ص ١٤ .

« فإن قلت : هل للكفيل أخذ الرهن من الأصل قبل أن يؤدي عنه ؟
قلت : نعم »^(١).

وقال في موضع آخر : « . . . وأشار المؤلف إلى أن بالكفالة صار
للكفيل على الأصل دين لو كفل بأمره ، ولهذا لو أخذ منه رهناً قبل أن
يؤدي عنه جاز . . . »^(٢).

وجاء في المدونة : « قلت : أرأيت الرجل يتكفل عن الرجل بحق
عليه ويأخذ بذلك رهناً من الذي تكفل عنه أيجوز هذا أم لا في قول
مالك ؟ قال نعم هذا جائز لأنه إنما تكفل بالحق »^(٣).

وجاء في روضة الطالبين : « ولو ضمن عن الأصل ضامن
للضامن ففي صحته الوجهان ، وكذا لو رهن الأصل عند الضامن
شيئاً بما ضمن ، والأصح في الجميع المنع »^(٤).

ولعل ما ذهب إليه المالكية ، والشافعية في قول مرجوح عندهم ،
والحنابلة في إحدى الروايتين لديهم^(٥) من جواز أخذ الرهن بالجعل قبل
العمل فيه - وهو غير لازم - دلالة على جواز أخذ الرهن بالضمان
عندهم - وهو عقد لازم - إذ مقتضى تجويزه في العقد غير اللازم تجويزه

(١) ، (٢) البحر الرائق ، ٦ / ٢٢٥ ، ٢٣٤ .

(٣) المدونة ، ٥ / ٣٢٢ .

(٤) روضة الطالبين ، ٤ / ٢٦٦ .

(٥) حاشية الدسوقي ، ٣ / ٢٤٥ ؛ المهذب ، ١ / ٣٠٥ ؛ الانصاف ، ٥ / ١٣٨ .

في اللازم من باب أولى .

المسألة الثانية : هل يصح رهن النقود :

معلوم أن مقصود الرهن الاستيفاء، وهذا المعنى حاصل في النقود، وعلى هذا يصح رهنها وبه قال الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة، وفيما يلي طرف من بعض أقوالهم في هذا :

جاء في الهداية : « ويجوز رهن الدراهم، والدنانير، والمكيل، والموزون »^(١) .

ومثله جاء في شرح فتح القدير .

وجاء في المدونة : « قلت : هل يجوز أن أرتهن في قول مالك دنانير، أو دراهم أو فلوساً؟ قال : قال مالك : إن طبع عليها ولا فلا »^(٢) .

وقال الخطاب في شرحه : « . . . والخلاف إنما هو في غير المعين إذا لم يطبع عليه فأشهب يقول يصح رهنه، وابن القاسم يقول لا يصح، وأما العين فاتفاقاً على أنه لا يصح رهنها إلا مطبوعاً عليها . . . ولا ترهن الدنانير والدراهم والفلوس وما لا يعرف بعينه من طعام أو إدام أو ما يكال أو يوزن إلا أن يطبع على ذلك ليمنع المرتهن من النفع به

(١) انظر نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير، ٢١٢/٨ .

(٢) المدونة، ٣١٨/٥ .

ورد مثله . . . »^(١) .

وجاء في الأم :

« قال الشافعي رحمه الله . . . فيجوز رهن الدابة، والعبد والدنانير،
والدراهم، والأرضين، وغير ذلك . . . »^(٢) .

أما الحنابلة فلم أقف على نصٍّ لهم صريحٍ في هذا الكني وقفت على
ما يفهم منه ذلك، ومنه ما جاء في الكافي :

« ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد لأنه مما يجوز بيعه، وإيفاء دينه من
ثمنه، فأشبهه الثياب، فإن كان الدين يحل قبل فساده بيع وقضي من ثمنه،
وإن كان يفسد قبل الحلول، وكان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف كالعنب
جفف، ومؤونة تجفيفه على الراهن لأنه من مؤونة حفظه، فأشبهه نفقة
الحيوان، وإن كان مما لا يجفف فشرط بيعه، وجعل ثمنه رهناً فعلاً
ذلك»^(٣) .

وذكر في المغني نحوه من ذلك، والشاهد قوله :

« فشرط بيعه، وجعل ثمنه رهناً فعلاً ذلك »، ومعلوم أن الثمن عند
الاطلاق ينصرف إلى النقود، فدل ذلك على جواز رهن النقود عند
الحنابلة .

(١) شرح الخطاب على مختصر خليل، ٥/٥ .

(٢) الأم، ١٤١/٣ .

(٣) الكافي لابن قدامة، ١٣٧/٢ . وانظر : في هذا المغني أيضاً ٣٧٧/٤ .

ومن تحرير المسألتين المتقدمتين يتضح لنا أمران هما :

أ - جواز أخذ الضامن رهناً من المضمون عنه .

ب - جواز رهن النقود، وفي الطبع عليها عند رهنها خلاف بين المالكية فبعضهم يمنع رهنها إن لم يطبع عليها، وبعضهم يجيزه، وقد تقدم .

وعلى هذا يمكن تخريج غطاء بطاقة الائتمان (النقدي) على أنه رهن، لكن يبقى القطع بذلك معلقاً على مناقشة الاحتمالين الآخرين، وتحقيقهما مايلي :

المقصد الثاني : تخريج الغطاء على أنه وكالة، أو اقتضاء :

وقد خرج الفقهاء ما يعطيه المكفول عنه للكفيل قبل أن يؤدي الكفيل على أن ذلك من قبيل الوكالة، أو الاقتضاء، وفيما يلي طرف من النقل عنهم يوضح ذلك :

جاء في البحر الرائق :

« ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد مثله لأنه تعلق به حق القبض على احتمال قضائه الدين، فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال، كمن عجل زكاته، ودفعها إلى الساعي .

ولأنه ملكه بالقبض على ماذكر .

أطلقه فشمل ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة فلا يسترد لكنه

لا يملكه بالقبض لتمحضه أمانة في يده ، والفرق بينهما أنه إن دفع له على وجه الاقتضاء كأن قال له : إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه لم يكن رسالة ، وأما إذا قال له ابتداء : خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب كان رسالة ، فالفرق بينهما إنما هو من جهة ملك المدفوع للقبض من عدمه . . . »^(١) .

وجاء في الشرح الصغير :

« وله أيضاً كما هو نص المدونة طلب الغريم أي المدين بالدفع ، أي دفع الدين لربه عند حلول الأجل لاقبله . . . لا أي ليس له مطالبة الغريم بتسليم المال إليه ليوصله إلى ربه ، وليس على الغريم دفعه له ، وضمنه الضامن إن اقتضاه من الغريم ليوصله لربه سواء طلبه منه ، أو دفعه له الغريم بلا طلب لكن على وجه البراءة منه ، ولو تلف منه بغير تفريط ، أو قامت على هلاكه بينة لأنه متعد بقبضه بغير إذن ربه وحيث قبضه على وجه الاقتضاء بغير إذن ربه كان لربه غريمان يطلب أيهما شاء ، لا إن أرسله المدين به إلى رب الدين فضاء منه فلا ضمان حيث لم يفرض لأنه صار أميناً بالارسال ، ومثل الارسال لو دفعه له على وجه التوكيل عنه في توصيله لربه . . . »^(٢) .

وجاء في تكملة المجموع : « فإن دفع المضمون عنه مالا إلى الضامن ،

(١) البحر الرائق ، ٢٣٤ / ٦ ؛ وانظر : شرح فتح القدير ، ٤٢١ / ٥ .

(٢) الشرح الصغير ، ٤٤٠ / ٣ ؛ وانظر : حاشية الدسوقي ، ٣٣٩ / ٣ .

وقال : خذ هذا بدلاً عما يجب لك بالقضاء ففيه وجهان : أحدهما يملكه لأن الرجوع يتعلق بسبيلين : الضمان، والغرم، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر . . . والثاني : لا يملك لأنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده، فعلى هذا يجب رده فإن هلك ضمنه . . . »^(١)

وجاء في مغني المحتاج :

« فلو دفع إليه الأصيل المال بلا مطالبة، وقلنا لا يملكه، وهو الأصح فعليه رده، ويضمنه إن تلف كالمقبوض بشراء فاسد، فلو قال : اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل، والمال أمانة في يده »^(٢)

وجاء في الكافي : « وإذا دفع المضمون عنه قدر الدين إلى الضامن عوضاً عما يقبضه في الثاني لم يصح لأنه جعله عوضاً عما يجب في الثاني . . . وفيه وجه : أنه يصح لأنه قبضه على وجه البذل . . . »^(٣)

ومن جملة ما تقدم يتضح أن ما يعطيه المكفول عنه للكفيل قبل أن يؤدي الكفيل عنه شيئاً لا يخلو من أحد حالين :

أ- إما أن يكون ذلك على وجه الوكالة أو الرسالة، والذي يحتم هذا الفرض عبارة المكفول عنه، كأن يقول : « خذ المال وادفع إلى

(١) تكملة المجموع، ٢٥/١٤.

(٢) مغني المحتاج، ٢٠٩/٢.

(٣) الكافي، ٢٣٣/٢.

الطالب». أو يقول : «اقض به ما ضمنت عني» فيكون والحال ما ذكر من قبيل الرسالة ، أو التوكيل ، ويكون المال أمانة في يد الكفيل .

ب - وإما أن يكون على وجه الاقتضاء ، والذي يحتم هذا الفرض أيضاً عبارة المكفول عنه ، كأن يقول : «إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فخذها قبل أن تؤدي» وكأن يقول : «خذها بدلاً عما يجب لك بالقضاء» فعلى هذا يكون ذلك من قبيل الوفاء ، والاقتضاء .

والسؤال : هل يستقيم أن يقضي المكفول عنه الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل شيئاً؟

اختلف العلماء في هذا على قولين - فيما تقدم نقله عنهم ^(١) :

الأول : وهو مذهب الحنفية ، ووجه عند الشافعية والحنابلة أن الكفيل يملك ما أداه إليه المكفول على وجه الاقتضاء ، وحجتهم :

١ - أن الرجوع يتعلق بسببين : الضمان ، والغرم ، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر كإخراج الزكاة قبل الحول .

٢ - أن الكفيل وجب له على الأصيل بمجرد الكفالة مثل ما وجب للطالب على الكفيل ، وهو المطالبة إلا أن مطالبة الكفيل للأصيل أخرت

(١) انظر ص ٣١٠ - ٣١٢ من هذه الرسالة ، فتصنيف هذا الخلاف مأخوذ من النقول المتقدمة هنالك .

إلى أداء الكفيل فتزل ما للكفيل على الأصيل بمنزلة الدين المؤجل ، ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هاهنا .

٣- ولأن الكفيل قبل أن يؤدي للمكفول له ، ويجوز له أن يبريء الأصيل ، فكذا له أن يأخذ منه على وجه الاقتضاء ، بمعنى أنه إذا صح إبراؤه قبل الأداء صح تملكه قبله .

الثاني : وهو مذهب المالكية ، ووجه عند الشافعية ، والحنابلة أنه ليس له - يعني الكفيل - أن يأخذ من المكفول عنه قبل أدائه عنه ، وإن أخذه فإنه لا يملكه ، بل عليه رده ، أو ضمانه إن هلك قبل رده ، وحثتهم :

أنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه ، كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده .

الترجيح :

والذي يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول الثاني :

وما احتج به أصحاب القول الأول فإني أجيب عنه بما يلي :

١- أما قولهم : إن الرجوع يتعلق بالضمان فغير مسلم لما يلي :

أ) أن المكفول له قد يبريء الكفيل فلا يستحق شيئاً على المكفول عنه .

ب) أن الكفيل لا يرجع على المكفول عنه إلا بالأقل من الدين أو

ما أداه للمكفول له على الراجع ^(١).

فدل ذلك على أن الرجوع إنما يتعلق بالأداء لا بمجرد الضمان وهو ما عليه جمهور الفقهاء.

وأما تنزيلهم ما للكفيل على الأصيل - قبل أداء الكفيل - بمنزلة الدين المؤجل، الذي يصح تعجيله فمع الفارق، إذ في حال الدين المؤجل قد ثبت الدين بكل حال، والذي تأجل هو الوفاء به، فتعجيل الوفاء أو تأجيله لا يؤثر في أصل ثبوت الدين إذ هو ثابت في الحالين أما ما نحن فيه فالضامن قبل أن يؤدي للمكفول له ليس له على المضمون عنه سوى المطالبة فقط، وهو في هذه الحال لم يثبت له دين في ذمة المكفول عنه، وعلى هذا عند اقتضائه منه يعد قد أقتضى ما لم يثبت له ففارق بهذا الدين المؤجل.

وأما قياسهم ذلك على صحة إبرائه قبل أدائه فيرد بأن الإبراء إسقاط، والاقتضاء تمليك، فافترقا.

ومما يرد به على مذهبهم جملة الحديث «الزعيم غارم» ^(٢).

(١) انظر : الشرح الصغير، ٣/٤٣٦-٤٣٨؛ مقدمات ابن رشد، ٢/٣٧٨؛ روضة الطالبين، ٤/٢٦٧؛ مغني المحتاج، ٢/٢٠٩؛ المغني، ٤/٦٠٩؛ شرح منتهى الإرادات، ٢/٢٥٠.

(٢) سنن أبي داؤود، كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العاريه، ٣/٢٩٧، رقم ٣٥٦٥. سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن =

إذ الزعامة بمقتضى الحديث غرم، وهم يجعلونها غنماً من خلال تجويزهم اقتضاء الكفيل قبل أن يؤدي شيئاً، فقد يأخذ من المكفول عنه ما لا يستحقه في الآخرة.

وقال البغوي : « حديث حسن » .

كما أن في تجويزهم هذا ذريعة إلى التكسب بالكفالة، وما شابهها من عقود التبرع التي لا تكون إلا على وجه الارفاق والاحسان، وفي هذا احتيال لأخذ الاجر عليها.

المطلب الثالث : تخريج العمولة المأخوذة من التاجر (المستفيد) :

وقد أورد عبد الستار أبو غدة لها تخريجين، وفيما يلي نص قوله :

أولاً - تكييف العمولة على قيمة الفواتير المخصوصة على أصحاب البضائع والخدمات :

إن المسألة الأساسية التي تقوم عليها بطاقات الائتمان هي الخصم الذي تحصل عليه شركة البطاقة من أثمان البضائع والخدمات عند سداد ذلك إلى أصحابها، فإنها لا تدفع إليها نفس المبالغ التي يتم مطالبة حامل البطاقة بها إذ يرى البعض أن هذه النسبة هي فائدة يدفعها أصحاب البضائع والخدمات إلى شركة البطاقة، وإن لحامل البطاقة علاقة بذلك

العارية مؤداة ، ٣ / ٥٦٥ ، رقم ١٢٦٥ . وقال الترمذي : « حسن غريب » ،

مسند الإمام أحمد ، ٥ / ٢٦٧ ، شرح السنة للبغوي « ٢١٦٢ » ، ٨ / ٢٢٥ .

لأنه هو الذي تعامل بالبطاقة ، ولولا تعامله لما وجد السبب لتحميل تلك الفوائد ، فيكون بهذا معيناً على تعامل محرّم بل ذهب بعضهم إلى أن البطاقة عبارة عن فتح إعتقاد للعميل لشراء ما يحتاجه على أن يقوم بسداد القيمة في موعد محدد ، وأن المبلغ قرض من مصدر البطاقة لعميله لقاء عمولة من المحلات .

٢ - وهناك تكييف آخر لهذه النسبة التي تحصل عليها شركة البطاقة من أصحاب المتاجر والخدمات ، وهي أنها عمولة على تحصيل الثمن من العميل حامل البطاقة لدفعه إلى أصحاب المحلات والخدمات مع مراعاة أن العملية فيها تقديم وتأخير إقتضاهما سهولة أداء المهمة المزدوجة ، وهي تحصيل الفواتير ، وأداء المبالغ لمستحقيها . فقد بادرت شركة البطاقة بالدفع - من طرفها - لقيمة الفواتير إلى أصحاب المحلات والخدمات ، ثم حصلت منها حاملي البطاقات ، وذلك لضبط التزاماتها مع أصحاب البضائع والخدمات ، إذ لا تستطيع شركة البطاقة ضبط مواعيد التحصيل من العملاء في حين أنها يمكنها التحكم فيما تدفعه من عندها ثم تقوم بتحصيله .

ومن المقرر شرعاً جواز أخذ أجر معلوم متفق عليه على كل من تحصيل الدين ، أو توصيل الدين ، وما يجوز أخذه من الطرفين يجوز أخذه من أحدهما كما هو الحال في عمولة السمسرة إذ يجوز اشتراطها على كل من البائع والمشتري أو على واحد منهما

المقصد الأول : مناقشة التخريج الأول للعمولة المأخوذة من التاجر :

والتخريج الأول تشهد له غاية البنوك من بطاقة الائتمان وهي الائتمان، ولذلك فإنها لن تردد في أخذ الفائدة ما سنحت لها فرصة، فتأخذها من العميل، وتأخذها من المستفيد وهكذا، الأمر الذي يجعلها تصرح بأن نسبة الفائدة في بطاقة الائتمان أعلى منها في أي نوع آخر من أنواع القروض (٢).

وما يشهد لذلك أيضاً أن المصرف في مسألة بطاقة الائتمان يتقاضى عمولة من التاجر (المستفيد) بنسبة مئوية مرتبطة بمبلغ كل عملية، وتتراوح هذه النسبة ما بين ٢٪-٥٪، في حين أنه في مسألة نقاط البيع (٣)، وهو يقدم من خلالها خدمة للعميل والمستفيد معاً إذ يحسم من حساب الأول، ويضيف في حساب الثاني، ويحصل من هذا، ويوصل لذلك، أقول : إنه رغم هذا كله لا يتقاضى من التاجر (المستفيد) سوى رسم شهري محدد على كل طرفية غير مرتبط بمبلغ كل عملية (٤) كما هو

(١) مجلة الاقتصاد الإسلامي، دبي، عدد ١٢٩، سنة ١٤١٢هـ، ص ٧.

(٢) انظر : الجريدة الاقتصادية عدد ٥٥، ص ٦، وسيأتي نقله في ص ٣٢٧ من

هذه الرسالة فليراجع هنالك.

(٣) انظر في بيانها ص ٣٤٤ من هذه الرسالة.

(٤) انظر ملحق (١)، ص ٤١.

الشأن في بطاقة الائتمان ، فلم التفريق إذن مادامت العمولة في كلٍّ منهما مقابل تحصيل الدين ، وتوصيله ، وما يتبع ذلك ؟!

ولعل التفريق بين المسألتين في العمولة راجع إلى الفارق بين المعاملتين إذ الأولى تتضمن الائتمان بخلاف الثانية ، ولما كانت الأولى متضمنة الائتمان كانت العمولة فيها مرتبطة بمبلغ كل عملية بنسبة مئوية جرياً على العادة في الائتمان .

ولما كانت الثانية غير مشتملة على الائتمان لم يكن ثمة علاقة بين العمولة ، ومبلغ كل عملية ، بل كانت العمولة أجراً مقطوعاً .

هذا وإن من الفرص التي قد تخفى على كثير من الناس ، ويدركها المختصون في أعمال البنوك الربوية أن البنوك الربوية تتحين الفرص التي تقدم فيها ائتماناً - أي إقراضاً - وإن كان غير مقصود للعميل ومن ذلك :

ما تقوم به في صورة الوكالة إذ تلتزم ما لا يلزمها من أداء عن العميل قبل الأجل ، لتكون مقرضة له ، ومن ثم تحتسب فائدة القرض ضمن ما تحتسبه عليه من عمولة تدعي أنها بمقابلة جهودها وخدماتها ، وفي هذا يقول عبد الستار أبو غدة :

« ولكن في نظام البطاقة عملت شركة البطاقة التزاماً لا يلزمها وهو أن تؤدي أولاً ، ثم تطالب المدينين ، ومن الواجب شرعاً أن لا يكون القصد من عمولة التحصيل ، أو من زيادة نسبتها إيجاد مقابل لعملية تسديد الفواتير لمستحقيها قبل عملية تحصيلها وجدير بالذكر أن في الواقع

العملي ممارسة للصورة الممنوعة ، فكثير من المتعاملين بالسمسرة أو العمولة على البيع للبضائع المملوكة لأصحابها يتقاضون عمولة كبيرة لأنها يراعى فيها التزامهم بالسداد الفوري لأثمان البضائع بمجرد بيعها ولو كان البيع بالأجل ، وتخفي هذه الزيادة في عمولة الوكالة مقابلاً للاقراض الربوي المستتر^(١) .

المقصد الثاني : مناقشة التخريج الثاني للعمولة المأخوذة من التاجر :

والتخريج الثاني يرد عليه مايلي :

أولاً - الشاهدان اللذان سبق ذكرهما لتأييد التخريج الأول إذ يمكن إيرادهما هاهنا لرد هذا التخريج .

ثانياً - أن البنك كفيل لحامل البطاقة ، والكفالة قد تتضمن الوكالة لكن ذلك لا يفرغ الكفالة من حقيقتها ، فكون المصرف يقوم بتحصيل الدين من العميل ، وإيصاله للمستفيد لا يصير العقد وكالة ، لكنه من مقتضيات الكفالة ، ومن ثم لا يسوغ الأجر عليه .

فإن قيل إن الكفالة إذا صاحبها جهد وعمل جاز للكفيل أن يأخذ أجراً لقاء ذلك .

قلت : هذا فيما كان خارجاً عن المعتاد ، أما جنس ما ذكر فهو من الأمور المعتادة ، على أن ذلك يقابله فوائد عدة يجنيها البنك من بطاقة

(١) مجلة الاقتصاد الإسلامي ، عدد ١٢٩ ، ص ٨ .

الائتمان - تقدم بيانها - ^(١) ، والبنوك تقدم خدمات مشابهة لذلك في بعض عملياتها كما في الحساب الجاري ، ونحوه ولا تحتسب على ذلك أجراً طمعاً في كسب عميلها إذ ما تستفيده من بقاء حسابه لديها أضعاف ما تبذله له من خدمة ، فكونها تأخذ أجراً في بعض أعمالها بدعوى ما تبذله في سبيل ذلك من جهد وعمل ومن ثم تجدها في موضع آخر لا تأخذ أجراً وهي تبذل فيه جهداً وعملاً فإن ذلك يدل على أن الاعتبار في مسألة الأجر ليس بالجهد والعمل إذ لو كان كذلك للزم أخذ الأجر في كل المعاملات التي يكون الجهد والعمل فيها قدراً مشتركاً ، ولما لم يكن كذلك دل على أن الاعتبار في مسألة الأجر من عدمه إنما هو بمعايير تجارية ليس الجهد ، والعمل .

وبكل حال فإن البنك لو ثبت أنه يتكبد خسائر وتبعات في سبيل الكفالة لأمكن القول بأخذ مقابل لذلك بشرط تناسبه مع تلك التبعات ، وبشرط أن يكون الأجر ذلك إنما جاء تبعاً ، ولم يكن مقصوداً استقلالاً - وسيأتي مزيد بيان لذلك في مبحث الاعتماد المستندي - ^(٢) .

المطلب الرابع : تخريج ما يحصل عليه العميل من مبلغ نقدي بواسطة بطاقة الائتمان :

وقد ذكر عبد الستار أبو غدة تخريجين له عند حديثه عما يستحق من عمولة بمقابلته فقال :

(١) انظر ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ من هذه الرسالة .

(٢) انظر ص ٤٥٧ من هذه الرسالة .

(وهناك رأيان شرعيان فيها : أحدهما منع تقاضي هذه العمولة ، لأنها عملية قرض من شركة البطاقة أو من البنك الوكيل وهذه العمولة مقابل القرض فهي فائدة ، وقد ذهبت إلى هذا الرأي الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار وأوجبت على الشركة حين وصول هذه العمولة إليها أو جزء منها (حيث تقتسم بين الجهات المشاركة في العملية) بأن تقوم شركة الراجحي بتسجيلها للعميل في حسابه ، أي تردها إليه . وإذا كانت هذه العمولة تتعلق ببطاقة صادرة من شركة غير شركة الراجحي ، فعلى الشركة قيد هذه العمولة في حساب الأعمال الخيرية خروجاً من الشبهة (القرار رقم ٥٠ بتاريخ ١٢/٦/١٤١٠هـ) .

وفيها عملية المضاربة أيضاً ، حيث أن هذه المسحوبات هي لعملات البلاد المختلفة التي تستخدم فيها البطاقة خارج بلد حاملها .

الرأي الآخر :

والرأي الشرعي الآخر هو ما جرت عليه هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي من أن هذه العملية ليست قرضاً إلا في الحالات النادرة ولمدد قصيرة جداً ، وإنما هي توصيل لأموال العميل من حسابه إلى المناطق التي يستخدم فيها البطاقة ، وهذه العمولة هي أجر لتحويل العملات من بلد إلى بلد . وإن كانت العملية تتم معكوسة لتسهيل الأمر (كما سبق في موضوع سداد الفواتير) فإن البنوك الوكيلاء لشركة البطاقة تدفع النقود ثم تسترد ما دفعته ، لكي تحقق السرعة بل

الفورية المطلوبة في هذه العملية . وهناك أجل متخلل بين الدفع والإستيفاء لكنه ليس مقصوداً في العملية ولا هو من صميمها والشأن في هذا الأجل أن يسبق دفع المبالغ النقدية لكنه لا يمكن ضبطه لذا عكس الأمر وتم الدفع ثم الإستيفاء . وهذا الرأي هو الراجح في نظري ، فإن الأجل المتخلل بين القبض والتسديد ليس عنصراً أساسياً في العملية ولو أتيح الاستيفاء الفوري (بوسائل الاتصال الحديثة) لما اختلفت العملية القائمة على أن الدفع هو من حساب العميل وليس تسليفاً له^(١) .

المناقشة والترحيج :

والذي يظهر لي - والله تعالى أعلم - رجحان تخريج ما يحصل عليه حامل بطاقة الائتمان من مبلغ نقدي ، على أنه قرض ، ومما يؤيد هذا التخريج مايلي :

١- أن هذا التخريج ألصق بمقاصد بطاقة الائتمان التي غايتها الاقراض والائتمان ، وقد تقدم^(٢) .

٢- أن الحصول على قرض بواسطة بطاقة الائتمان يعد ضمن التسهيلات والخدمات التي تصرح بها بطاقات الائتمان وتستقطب به عملاءها ، ومن ذلك ما جاء في بطاقة فوتوكارد التابعة للبنك السعودي البريطاني ونصه :

(١) مجلة الاقتصاد الإسلامي ، دبي ، عدد ١٢٩ ، ص ٩ ، ١٠ .

(٢) انظر ص ٢٩٦ من هذه الرسالة .

(تتيح لك هذه البطاقة فرصة الحصول على سلف نقدية عن طريق مايزيد عن «... ر. ٢٥» فرع مصرفي و «... ر. ١٥» جهاز صراف الكتروني حول العالم)^(١).

فقد جاء في هذا النص لفظ سلف نقدية، والسلفة في العرف المصرفي هي : «قرض يقدمه المصرف لأجل معين ...»^(٢).

المطلب الخامس : تخريج أداء المصرف عن العميل، والنظر فيما يأخذه من زيادة :

تقدم في مبحث تخريج بطاقة الائتمان، تخريجها على أنها كفالة، بالنظر إلى حقيقتها فإن المصرف يلتزم حق المستفيد (التاجر) على نحو لا يبرأ به عميله (حامل البطاقة) من ذلك الحق.

ومعنى ذلك أن حق المستفيد (التاجر) قد استقر في ذمتين ذمة المصرف (مصدر البطاقة)، وذمة العميل (حامل البطاقة)، وتلك حقيقة الكفالة. ولما كانت الكفالة تلزم الكفيل حق المكفول له، فإن من لازم ذلك الأداء له، وبأداء الكفيل للمكفول له يكون مقرضاً المكفول عنه، فتخرج العلاقة بينهما - بين الكفيل، والمكفول عنه - على أنها قرض.

والبنوك في معاملة بطاقة الائتمان تؤدي للمكفول له، لا لأن ذلك

(١) انظر ملحق (١)، ص ١٩.

(٢) إدارة الائتمان المصرفي، حسني خليل محمد، اتحاد المصارف العربية،

أغسطس ١٩٧٥ م، ص ٦٩.

لازم الكفالة فحسب ، بل لأن ذلك يحقق رغبتها في الإقراض ، إذ بأدائها عن حامل البطاقة (العميل) تكون مقرضة له ، ومن ثم تحتسب عليه زيادة بمقابلة الأجل ، وذلك هو الائتمان الذي هو أساس العمل المصرفي وهو غاية البنوك التي من أجلها ابتكرت هذه الوسيلة «البطاقة» .

وقد تقدم أن القرض إذا تضمن زيادة ، وكان غرضه الكسب ، والمعاوضة فإنه ينقلب من القرض إلى الربا ، لانتفاء معنى الأول ، وتحقيق معنى الثاني .

وعليه : فإن ما تأخذه المصارف من زيادة إن هي أدت عن عميلها إنما ذلك ربا - والله تعالى أعلم .

المطلب السادس : النظر في الرسوم :

يأخذ البنك رسوماً من عميله لقاء الاشتراك في عضوية البطاقة لأول مرة ، أو عند تجديدها ، ومقدار هذه الرسوم مختلف باختلاف البطاقات ، والبنوك التي تصدرها - كما تقدم بيانه - والسؤال هاهنا عن حكم هذه الرسوم ؟

ولعل مما يسعف في بيان حكمها معرفة علاقة المصرف بالعميل ، وقد تقدم بيان هذه العلاقة ، وأنها الضمان والكفالة .

والكفالة لا يجوز الأجر عليها فإنها لا تخلو من أحد حالين :

إما أن لا يؤدي الكفيل عن المكفول شيئاً ، إذ يقوم المكفول نفسه

بالأداء فبأي شيء يستحق الكفيل الأجر !؟

وإما أن يؤدي الكفيل عن المكفول فيكون مقرضاً له، فيكون الأجر من قبيل الزيادة على القرض، وذلك ربا.

وسأتي بيان حكم الأجر على الكفالة مفصلاً في مبحث الاعتماد المستندي فليراجع هنالك ^(١).

وقد يقال بأن الأجر بمقابل مايقوم به المصرف من جهد، وعمل، وما يلزم ذلك من تبعات، وهذه الدعوى لو سلمت لكان لها وجه لكنها تضيق عند التحقيق شأنها شأن دعوى الحاجة، والضرورة، ونحو ذلك مما يساق في كثير من المواضع ليتوسل به إلى ما لا يمكن الوصول إليه دونه.

ولعل مما يفيد أن هذه المعاملة - أعني بطاقة الائتمان - غرضها التكسب التجارة وليست مجرد خدمة للعميل ماذكره جمال البنا حول هذه البطاقة حيث قال :

« ومن الواضح أن كارت الائتمان يتضمن مزايا لا تتوفر في البنكنوت، ولا في الشيك فهو لا يتطلب حتى كتابة ثلاثة سطور يتطلبها الشيك. وإنما مجرد إبرازه فحسب، ولكن ميزته الحقيقية هي للذين أصدروه، والذين يفيدون منه أعني التجار، إذ أن امتلاك الكارت يغري

(١) انظر ص ٤٥٧، ٤٦٦ من هذه الرسالة.

بالتورط في التعامل، والشركات الائتمانية التي أصدرته والتي تتقاضى عمولات، ورسوم، وفروق عملة... الخ عن عملياته...»^(١).

ومما يؤيد هذا أيضاً ما نشرته الجريدة الاقتصادية في لقائها بمدير إدارة الأبحاث الاقتصادية والمعلومات في بنك القاهرة السعودي، ونصه:

«إن معظم بطاقات الائتمان ليست مجانية، ولا تقدم كإكرامية من جانب البنوك لعملائها، بل إنها مصدر إيراد مهم لها، وتستفيد الكثير من خدماتها فإلى جانب الرسوم التي تفرضها عند إصدار البطاقات تتقاضى البنوك عمولات على الخدمة أولاً من البائع، ثم من المشتري، ويحصل العميل عادة على فترة تتراوح من بنك لآخر بين أسبوع، وخمسين يوماً، ثم يسدد العميل كامل المبلغ الذي أنفقه بواسطة البطاقة، أو يسدد قسماً منه يتراوح بين ١٠، ٣٠ في المائة، بعدها يتحمل الفائدة على القسم المتبقي أو على كامل المبلغ إذا لم يكن قد سدد قسماً منه.

وعادة ما تكون نسبة الفائدة أعلى منها في أي نوع آخر من القروض التجارية فهي في حدود لا تقل عن ١٨ في المائة سنوياً عن الشهر الأول، وتصل إلى أكثر من معدل ٤٠ في المائة سنوياً لدى بعض البنوك.

أما بالنسبة للسحوبات النقدية فتبدأ عملية تحميل العميل للفائدة منذ

(١) الربا، وعلاقته بالممارسات المصرفية، جمال البناء، مصر، دار الطباعة الحديثة، ص ١٥١.

لحظة السحب»^(١).

ومما يدل على أن هذه الرسوم يحتسب فيها أمور أخرى غير الجهد، والعمل، وما تبع ذلك مآذركته مجلة المجلة في شؤونها الاقتصادية في دراسة حول بطاقة الائتمان، جاء فيها :

« توضح البنوك من ناحيتها أن أسباب ارتفاع رسوم البطاقات هي : حجم السوق السعودي المحدودة، وإنخفاض عدد البطاقات المستخدمة داخل هذه السوق، وارتفاع تكاليف التشغيل ، والصيانة، بالإضافة إلى بعض الديون الرديئة»^(٢)

وقد ذكرت هذه الدراسة من بين أسباب ارتفاع رسوم البطاقات :

١ - إنخفاض عدد البطاقات المستخدمة، ومقصوده أن كثيراً ممن يحملون بطاقات الائتمان لا يستخدمونها في الائتمان.

٢ - كما ذكرت من بينها: الديون الرديئة ، والمقصود بذلك الديون التي يشك البنك في تحصيلها، أو قد يكون من الصعب تحصيلها.

وعليه فقد ارتأت البنوك تعويض النقص الناجم من تلك الأسباب بما يكتسبه من رسوم لقاء إصدار بطاقة الائتمان، أو تجديدها فدل ذلك على أن هذه الرسوم تخضع لمعايير تجارية، وقد اعتبر فيها أمور أخرى غير ما

(١) الجريدة الاقتصادية، عدد ٥٥، ص ٦.

(٢) مجلة المجلة، عدد ٧٠١، في ١٨-٢٥/٧/١٩٩٣م، ص ٤٨.

يبدله البنك من جهد، وعمل ، وما يلزم ذلك من تبعات .

ومن مجموع هذه النقول نتبين أن رسوم إصدار بطاقة الائتمان وتجديدها إنما هو مورد من موارد البطاقة شأنه شأن موارد الأخرى كالصرف ، والائتمان ، ومقصود ذلك كله التكسب .

هذا ، وإن مما يؤكد هذا المعنى أن البنوك في مسألة الحساب الجاري تقدم خدمات للعميل كالقيد له ، وعليه ، والحوالة منه ، ومتابعة حسابه ، وما شاكل ذلك من جهد وعمل لا يأخذ البنك لقاءه أجراً ، وهو وإن لم يأخذ أجراً فليس معنى ذلك أنه خدم عميله مجاناً ، وأسدى له معروفاً فالبنوك لا تعرف ذلك بل لأنه قد استفاد من حسابه لديه ، فكانت مثل هذه الخدمات بلا مقابل طمعاً في كسب العميل لا من قبيل المعروف والجميل ، والمقصود من هذا بيان عدم اطراد هذه الدعوى ، دعوى الأجر على الجهد من خلال ما تقدم ، مما يدل على أن مثل هذه الأجور والرسوم إنما تخضع لاعتبارات تجارية .

المطلب السابع : النظر في المصارفة بين البنك والعميل :

يشترط البنك على عميله أن تكون العملة المعتبرة في الوفاء في المعاملات الخارجية هي الدولار الأمريكي ، مما يستدعي مصارفة بين البنك ، وعميله وهذه مسألة من مسائل الصرف ، والأصل فيها حديث ابن عمر قال :

« كنت أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير ، وأخذ الدراهم ، وأبيع

بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه،
فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت : يا رسول الله رويدك
أسألك إنني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم، وأبيع
بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه؟ فقال
رسول الله ﷺ لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما
شيء»^(١).

وقد اختلف الناس فيها إلى قولين : قال الترمذي بعد ذكره حديث
ابن عمر هذا :

« والعمل على هذا عند بعض أهل العلم أن لا بأس أن يقتضي
الذهب من الورق والورق من الذهب ، وهو قول أحمد، وإسحاق .

وقد كره بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم
ذلك»^(٢).

وقال الخطابي في شرحه على سنن أبي داود : « وقد اختلف الناس
في اقتضاء الدراهم من الدنانير، فذهب أكثر أهل العلم إلى جوازها،

(١) سنن أبي داود ، كتاب البيوع ، باب اقتضاء الذهب من الورق ، ٣ / ٣٤٠ ،
رقم ٣٣٥٤ .

سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الصرف ، ٣ / ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، رقم
١٢٤١ . المستدرک ، للحاكم ، كتاب البيوع ، ٢ / ٤٤ ، وسيأتي الكلام على
هذا الحديث في ص ٣٣٤ من هذه الرسالة .

(٢) سنن الترمذي ، بتحفة الأجوذي ، ٤ / ٤٤٤ .

ومنع من ذلك أبو سلمة بن عبد الرحمن ، وابن شبرمة وكان ابن أبي ليلى يكره ذلك إلا بسعر يومه ، ولم يعتبر غير السعر ولم يتأولوا كان ذلك بأغلى ، أو بأرخص من سعر اليوم^(١) .

وقال البغوي عقب إيراده حديث ابن عمر هذا :

« والعمل على هذا عند بعض أهل العلم ممن يجوز بيع ما اشترى قبل القبض . . . وهو قول الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق . . . وذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا يجوز الاستبدال عن الثمن بحال ، كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض وإليه ذهب أبو سلمة بن عبد الرحمن ، وابن شبرمة^(٢) .

أما أهل التصنيف في الفقه فقد صنفوا الخلاف في هذه المسألة إلى قولين :

الأول : القول بالجواز « حكي عن عمر ، وابنه والحسن ، والحكم ، وحماد ، وطاووس ، والزهرى ، والقاسم بن محمد ، وقتادة وإبراهيم ، وعطاء على اختلاف عنهما ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك ، والثوري ، والاوزاعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وعبد الله بن الحسن وأبي ثور^(٣) .

(١) معالم السنن بهامش مختصر سنن أبي داود ، ٢٦/٥ .

(٢) شرح السنه ، الحسين بن مسعود البغوي ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، المكتب الإسلامي ، ١٣٩٤ هـ ، ١١١/٨ ، ١١٢ .

(٣) تكملة المجموع ، ١٠٩/١ ، وانظر المحلى ٥٠٣/٨ .

قلت : وهو مذهب الشافعي في الجديد حكاه عنه النووي ^(١) .

والثاني : القول بالمنع ، روي ذلك عن ابن عباس ، وابن مسعود ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب ، وابن شبرمة ، وهو قول الشافعي في القديم ^(٢) .

وفيما يلي نقول عن بعض كتب المذاهب توضيح ذلك :

جاء في المبسوط : « والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع ، والأصل فيه حديث ابن عمر ... » ^(٣) .

وجاء في حاشية ابن عابدين :

« فلو تبايعا دراهم بدنانير جاز استبدالها قبل القبض بأن يمسكا ما أشار إليه في العقد ، ويؤدى بدله قبل الافتراق ... » ^(٤) .

وجاء في مواهب الجليل :

« وكذا إن كان الدين من جهة واحدة وأراد من عليه الدين أن يصارف صاحبه عليه جاز إن كان قد حل ، ودفع إليه العوض الآخر في ساعته قبل أن يفترقا » ^(٥) .

(١) انظر روضة الطالبين ، ٥١٣/٣ .

(٢) انظر المغني ، ٥٤/٤ ؛ تكملة المجموع ، ١٠٩/١٠ .

(٣) المبسوط ، ٢/١٤ ؛ وانظر ١٢٥/١٣ وما بعدها .

(٤) حاشية ابن عابدين ، ٥/٢٢٠ ؛ وانظر ٢٧١/٥ .

(٥) مواهب الجليل ، ٤/٣١٠ ؛ وانظر بداية المجتهد ، ٢/٢٠٠ .

وجاء في روضة الطالبين : « فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة ففي الاستبدال عنها طريقان : أحدهما القطع بالجواز . . . وأشهرهما على قولين : أظهرهما وهو الجديد جوازه ، والقديم منعه . . . »^(١) .

وجاء في المغني :

« ويجوز اقتضاء أحد النقيدين من الآخر ، ويكون صرفاً بعين ، وذمة . . . قال أحمد : " إنما يقضيه إياها بالسعر " ، ولم يختلفوا أنه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال به أصحاب الرأي . . . »^(٢) .

وقد اختلف المجيزون في الاعتبار في سعر الصرف قال السبكي في تكملة :

ثم اختلف الأولون^(٣) فمنهم من قال يشترط أن يكون بسعر يومها وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يؤخذ بسعر يومها ، وبأعلى ، وبأرخص^(٤) . كما تقدم عن ابن قدامة مثل ذلك^(٥) .

سبب الخلاف في أصل المسألة :

وسبب اختلاف العلماء في مسألة الاستبدال هذه هو الاختلاف في

(١) روضة الطالبين ، ٥١٣/٣ ؛ وانظر تكملة المجموع ، ١٠٩/١٠ .

(٢) المغني ، ٥٤/٤ ، ٥٥ .

(٣) يعني المجيزين .

(٤) تكملة المجموع ، ١٠٩/١٠ .

(٥) المغني ، ٥٤/٤ ، ٥٥ .

ثبوت الحديث الذي هو أصل فيها، فمن لم يثبت لديهم الحديث منعوا الاستبدال، وهم في منعهم هذا يستندون إلى أدلة ظاهرة منها :

١- أن الاستبدال صرف، والصرف من شرطه قبض العوضين في المجلس^(١)، للحديث « ولا تبيعوا منها غائباً بناجز^(٢) »، وقد تخلف هذا الشرط في مسألة الاستبدال فكان القول بمنعه نظراً لتخلف شرطه.

٢- ولأن الاستبدال بيع فيشترط فيه القبض للحديث : « لا يحل سلف، وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم يضمن، ولا بيع مالم يس عندك^(٣) ». وفي مسألة الاستبدال أحد العوضين ما يزال في الذمة فهو غير مقبوض، وغير مضمون .

وإذا كان المنع ثابتاً فإن النقلة عنه تقتضي أمرين :

أحدهما : إثبات الأصل الناقل .

وثانيهما : التوفيق بينه وبين ما ظاهره معه التعارض، وهذا بيانه :

المقصد الأول : الكلام في إثبات الأصل الناقل « حديث ابن عمر » :

هذا الحديث أعله المانعون بالوقف على ابن عمر إذ لم يرفعه إلى

(١) المرجع السابق .

(٢) فتح الباري، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، ٤/ ٣٨٠. وانظر في

معناه صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع باب الربا، ١١/ ١١.

(٣) تقدم تخريجه ص ٩٧ من هذه الرسالة .

النبي ﷺ سوى سماك بن حرب، قال الترمذي :

« هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وروى داوود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفاً^(١) .

وروى البيهقي بسنده عن أبي داود الطيالسي قال : « كنا عند شعبة فجاءه خالد بن طليق، وأبو ربيع السمان، وكان خالد الذي سأله فقال : يا أبا بسطام حدثنا بحديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر في اقتضاء الورق من الذهب، والذهب من الورق فقال : شعبة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر، ولم يرفعه .

وحدثنا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر، ولم يرفعه .

وحدثنا داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، ولم يرفعه .

وحدثنا يحيى بن أبي إسحاق عن سالم عن ابن عمر، ولم يرفعه .

ورفعه لنا سماك بن حرب، وأنا أفرقه^(٢) .

وقال البغوي : « هذا حديث لا يعرف مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد^(٣) .

(١) سنن الترمذي، بتحفة الأخوذي، ٤/ ٤٤٤ .

(٢) معرفة السنن والآثار، ٨/ ١١٣، ١١٤ .

(٣) شرح السنة، ٨/ ١١١ .

ومن هذه النقول يتبين تفرد سماك بن حرب رحمه الله تعالى في رفع هذا الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وسماك هذا قد اختلف فيه : قال ابن عدي : « ولسماك حديث كثير مستقيم إن شاء الله كلها، وقد حدث عنه الأئمة، وهو من كبار تابعي الكوفيين، وأحاديثه حسان عن من روى عنه، وهو صدوق لا بأس به »^(١).

وقال ابن حزم : « سماك بن حرب ضعيف يقبل التلقين، وشهد عليه بذلك شعبة »^(٢).

وقال الذهبي : « سماك بن حرب صدوق جليل كان شعبة يضعفه، وقال ابن المبارك : ضعيف الحديث، وقال ابن خراش : في حديثه لين، وقال أحمد : مضطرب الحديث »^(٣).

وقال ابن حجر : « صدوق وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة، وقد تغير بآخرة فكان ربما يلقن »^(٤).

(١) الكامل في ضعفاء الرجال، عبد الله بن عدي الجرجاني، بيروت، دار الفكر، ط ٣، لعام ١٤٠٥ هـ، ٤٦٢/٣.

(٢) المحلى، ٥٠٣/٨.

(٣) المغني في الضعفاء، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، قطر، مطابع الدوحة، ٤١٠/١.

(٤) تقريب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، بيروت، دار المعرفة، ط ٢، لعام ١٣٩٥ هـ، ٣٣٢/١.

هذا، وقد صحح روايته هذه بعض أهل النظر في الحديث، وعلّله كالحاكم حيث قال: « هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه »^(١).

وقد ذكر ابن الهمام ما يفيد توجه العمل بهذا الحديث قال :
« وقول الترمذي لانعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك، لا يضره . . . لأن المختار في تعارض الرفع، والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة، والزيادة من الثقة مقبولة .

ولأن الظاهر من حال ابن عمر، وشدة اتباعه للأثر أنه لم يكن يقتضي أحد النقيدين عن الآخر مستمراً من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم »^(٢).

ومن مجمل ماتقدم يظهر لي رجحان العمل بهذا الحديث، والله تعالى أعلم.

لكن ذلك يلزم له التوفيق بينه، وبين مظاهره معه التعارض، وهذا بيانه :

المقصد الثاني : التوفيق بينه وبين مظاهره معه التعارض :

المسألة الأولى : التوفيق بينه وبين الحديث الصحيح المفيد اشتراط

(١) المستدرک علی الصحیحین، ٤٤ / ٢ .

(٢) فتح القدير، ٢٧٠ / ٥ .

حضور العوضين في الصرف، ونصه :

« لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز »^(١).

فهذا الحديث ، وما في معناه مما يفيد اشتراط حضور العوضين في الصرف ، بخلاف مانحن فيه ، فإن أحد العوضين غائباً في الذمة ، وبذا تتعارض الأحاديث ، والتوفيق بينها ما ذكره السبكي في تكملته المجموع قال : « وقد جعل قوم حديث ابن عمر هذا معارضاً لحديث أبي سعيد ، وشبهه في قوله : " ولا تبيعوا منه غائباً بناجز " ، قال ابن عبد البر : وليس الحديثان بمتعارضين عند أكثر الفقهاء لأنه يمكن استعمال كل واحد منهما فحديث ابن عمر مفسرٌ ، وحديث أبي سعيد الخدري مجمل ، فصار معناه :

لا تبيعوا منها غائباً ليس في ذمة بناجز ، وإذا حملاً على هذا لم يتعارضاً »^(٢).

المسألة الثانية : التوفيق بينه ، وبين الحديث المفيد النهي عن بيع مالم يقبض ونصه :

« لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ،

(١) البخاري بفتح الباري ، كتاب البيوع ، باب بيع الفضة بالفضة ، ٤ / ٣٨ .

(٢) تكملة المجموع ، ١١١ / ١٠ .

ولا بيع ماليس عندك»^(١).

فهذا الحديث يفيد النهي عن بيع مالم يقبض إذ هو ليس عند بائعه، وهو بخلاف مانحن فيه فإن أحد العوضين المراد استبداله غير مقبوض إذ هو ما يزال في الذمة وبذا يتعارض الحديثان، والتوفيق بينهما ما ذكره الخطابي قال: «اقتضاء الذهب من الفضة، والفضة من الذهب عن أثمان السلعة هو في الحقيقة بيع مالم يقبض، فدل جوازه على أن النهي عن بيع مالم يقبض إنما ورد في الأشياء التي يبتغي بيعها، وبالتصرف فيها الربح، كما روي أنه ﷺ " نهى عن ربح مالم يضمن " ، واقتضاء الذهب من الفضة خارج عن هذا المعنى لأنه إنما يراد به التقابض من حيث لا يشق، ولا يتعذر دون التصارف، والترايح.

وبيين لك صحة هذا المعنى قوله :

" لا بأس أن تأخذها بسعر يومها " أي لا تطلب فيها الربح مالم تضمن^(٢).

ويمكن أن يقال : إن المبيع فيما نحن فيه في حكم المقبوض فلا يشمل النهي، بيان ذلك :

أن النهي عن بيع مالم يقبض كائن لعدم تمام استيلاء المشتري (البائع الثاني) عليه ولعدم انقطاع علقه البائع الأول عنه لكونه لم يقبضه لمشتريه

(١) تقدم تخريجه، ص ٩٧ من هذه الرسالة .

(٢) معالم السنن بهامش مختصر سنن أبي داود، ٢٥ / ٥ .

بعد، فإذا باعه المشتري الذي لم يقبضه بعد كان ذلك فظنه طمع البائع الأول فربما تمنع عليه مما يضر بالمشتري الثاني الذي اشتراه ممن لم يقبضه بعد، وهذا منتف فيما نحن فيه فإن هذا المشتري الذي جاء الحديث لحمايته قد استقر العوض المراد استبداله في ذمته فلا يخشى تمنع أحد عليه، أو طمع أحد به، فكان في حكم المقبوض كما هو الشأن في بيع الدين ممن هو عليه، والعارية ممن هي عنده^(١).

المسألة الثالثة : التوفيق بينه وبين الحديث المفيد عدم التقييد بسعر معين ونصه :

« الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد^(٢) ».

فهذا الحديث لم يقيد الصرف بسعر معين، وما نحن فيه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قد قيده بسعر يومه، ولهذا فقد حمل بعض العلماء هذا القيد على الاستحباب، قال السندي : « والتقييد بسعر اليوم

(١) انظر في هذا تهذيب السنن لابن القيم على مختصر سنن أبي داود، ١٥٤/٥، وانظر الفتاوى ٤٠٣/٢٩.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع، باب الربا، ١٤/١١. وانظر في معناه فتح الباري، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالورق يداً بيد، ٣٧٩/٤،

على طريق الاستحباب»^(١).

وقال الصنعاني : « وأما قوله في رواية أبي داود بسعر يومها فالظاهر أنه غير شرط ، وإن كان أمراً أغلبياً في الواقع يدل على ذلك قوله " فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم " »^(٢).

وقد نقل ابن قدامة في مغنيه ، والسبكي في تكميلته المجموع الخلاف بين القائلين بجواز الاستبدال^(٣) ، حيث اختلفوا في مسألة التقييد بسعر الصرف في يوم الصرف ، وقد ذكرا عن أهل الرأي مخالفة الجمهور في ذلك حيث لم يشترطوا التقييد به ، ولهذا فقد أخذ عليهم ابن حزم العمل ببعض حديث ابن عمر ، واطراح بعضه فقال : « وثالثها أنه لو صح لهم كما يريدون لكانوا مخالفين له لأن فيه اشتراط أخذها بسعر يومها ، وهم يجيزون أخذها بغير سعر يومها ، فقد اطرحوا ما يحتجون به »^(٤).

والتوفيق بينهما : أن الحديث المطلق محمول على ما مقصود المصارفة فيه الربح مما هو مقبوض ، ومضمون ، أما مانحن فيه فليس بمقبوض ولا مضمون ، فلا يسوغ فيه الربح للنهي عن ربح مالم يضمن المتقدم ولهذا جاء تقييده بسعر يومه كيلا يكون الربح فيه مقصوداً ، كما

(١) حاشية السندي على سنن النسائي ، ٢٨٢ / ٧ .

(٢) سبل السلام ، ٤٨٢ / ٢ .

(٣) تقدم بيانه ، ص ٣٣٣ من هذه الرسالة .

(٤) المحلى ، ٥٠٤ / ٨ .

دل لذلك قول الخطابي المتقدم في المسألة الثانية، وبنحوه قال ابن القيم ونصه: «وأما نهيه ﷺ عن ربح مالم يضمن فهو كما ثبت عنه في حديث عبد الله بن عمر حيث قال: "إني أبيع الإبل بالبقيع بالدرهم وأخذ الدنانير، وأبيع بالدنانير، وأخذ الدرهم، فقال: "لا بأس إذا أخذتها بسعر يومها، وتفرقتما وليس بينكما شيء" فجوز ذلك بشرطين أحدهما: أن يأخذ بسعر يوم الصرف، لثلا يربح فيها، وليستقر ضمانه، والثاني: أن لا يتفرقا إلا عن تقابض، لأنه شرط في صحة الصرف لثلا يدخله ربا النسيئة»^(١).

وقال البغوي: «... لأن مقتضي الدرهم من الدنانير لا يقصد به الربح إنما يقصد به الاقتضاء، والتقاص بالطريق الأسهل، وإذا استبدل منهما شيئاً بأخر يقصد به طلب الربح، وقد ورد النهي عن ربح مالم يضمن»^(٢).

هذا وإن حديث ابن عمر خاص، والحديث المفيد جواز المبادلة كيف شاء المتصارفان عام، فيحمل العام على الخاص، كما ذكره صاحب تحفة الأحوذى^(٣).

(١) تهذيب السنن لابن القيم على مختصر سنن أبي داود، ١٥٣/٥.

(٢) شرح السنة، ١١٢/٨.

(٣) تحفة الأحوذى، ٤٤٤/٤.

المقصد الثالث : تنزيل مسألة الصرف في بطاقة الائتمان على حديث

ابن عمر :

بطاقة الائتمان قد يستخدمها حاملها في الخارج ، ويجري بعض المعاملات من خلالها ، وها هنا تكون العملة المعتبرة في الوفاء هي الدولار الأمريكي بناء على اتفاق طرفي البطاقة حاملها (العميل) ومصدرها (البنك) ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يستدعي مصارفة بين البنك والعميل ، وها هنا لا يخلو الأمر من أحد حالين :

الأول : أن يكون للعميل رصيد في البنك يقابل مصروفاته .

والثاني : أن لا يكون له رصيد في البنك يقابل مصروفاته .

فإن كان الأول فإن سعر الصرف الذي ينبغي الاعتبار به هو سعره يوم أداء البنك للطرف الثالث (المستفيد) إذ هو اليوم الذي قامت فيه الحاجة إلى المصارفة ، فكان الاعتبار بسعره لحديث ابن عمر السابق .

وإن كان الثاني : وهو أن العميل ليس له رصيد يقابل مصروفاته والفرض أن المصرف قام بالأداء عنه ، فإن المصرف حيثئذ يكون مقرضاً له فإذا استدعى الأمر المصارفة فإن سعر الصرف الذي ينبغي الاعتبار به هو سعره يوم أداء العميل للبنك إذ هو اليوم الذي قامت فيه الحاجة إلى المصارفة ، فكان الاعتبار بسعره عملاً بحديث ابن عمر المتقدم .

المطلب الثامن : نظام نقاط البيع :

في مبحث مناقشة العمولة المأخوذة من التاجر في عملية بطاقة الائتمان عرضت لمقارنة ذلك بالعمولة المأخوذة في عملية نقاط البيع ، الأمر الذي استدعى بيان عملية نقاط البيع ، وما يتبعها من عمولة ، وهذا بيانه :

المقصد الأول : تعريف نظام نقاط البيع :

نظام نقاط البيع هو : النظام الالكتروني لتحويل الأموال^(١)

ويتم هذا النظام بواسطة بطاقة الكترونية - ليست بطاقة الائتمان - لكنها بطاقة السحب الآلي التي وضعت في الأصل لتمكّن صاحب الحساب لدى بنك ما من السحب من حسابه بواسطة بطاقة ، من خلال المكائن الالكترونية المعدة لهذا الغرض .

ثم طورت هذه البطاقة ، وأضيف إليها خدمة أخرى هي تحويل الأموال من حساب لآخر من أجل تسوية الالتزامات ، وهي المسماة بنظام نقاط البيع^(٢) .

والمقصود بنقاط البيع هي المكائن الالكترونية الخاصة بتسوية الالتزامات الناجمة من البيع المنتشرة في أماكن التسوق مثل المتاجر ،

(١) خدمة نقاط البيع ، اتفاقية التاجر ، البنك السعودي الأمريكي .

(٢) انظر ملحق (١) ، ص ٣٨ .

والأسواق المركزية، والفنادق.

ويتم هذا النظام في السعودية تحت إشراف الشبكة السعودية للمدفوعات التي تحمل شعار (SPAN).

المقصد الثاني : مثال تسوية البيع من خلالها، وبيان خطواته ^(١) :

نفترض أن محمداً اشترى من أسواق التوفيق المركزية شيئاً من حاجياته بمبلغ مائة ريال ، فإذا أراد تسوية هذا المبلغ من خلال نظام نقاط البيع فإنه يقدم بطاقة الصرف الالكتروني الخاصة به للبائع ليقوم البائع من خلال عمليات معينة بتسجيل هذا المبلغ على حسابه - أي حساب المشتري - ثم ترسل هذه البيانات إلى البنك ليقوم بحسم هذا المبلغ من حساب المشتري ، وإضافته إلى حساب البائع .

أما الخطوات المتبعة في ذلك فهي مايلي ^(١) :

- ١- يسلم المشتري بطاقته إلى البائع .
- ٢- يقوم البائع بفحصها في الجهاز لديه للتأكد من سلامتها .
- ٣- يقوم البائع بإدخال قيمة المشتريات .
- ٤- يقوم المشتري بإدخال رقمه السري .
- ٥- يقوم المشتري بالتوقيع على الايصال بعد التأكد من سلامته .

(١) انظر ملحق (١)، ص ٣٩ ، ٤٠ .

٦- يبعث البائع بالفاتورة إلى البنك، والمفترض أن البنك لديه حساب لكل من البائع والمشتري.

٧- بعد وصول الفاتورة إلى البنك يقوم البنك بحسم مبلغها من حساب المشتري، ومن ثم يضيفه إلى حساب البائع.

المقصد الثالث : عائد البنك من هذه العملية :

وبمقابلة هذه الخدمة فإن البنك يأخذ أجراً مقطوعاً يختلف من نقطة لأخرى تبعاً لنشاط كل نقطة.

فيما يلي جدول يوضح الرسم الشهري لكل طرفية، ومدى ارتباط ذلك بمتوسط العمليات المنفذة خلالها شهرياً:

متوسط عمليات الطرفية في الشهر الرسم الشهري

٥٠ - ٠ عملية ٢٥٠ ريالاً

١٠٠ - ٥١ عملية ٢٠٠ ريالاً

١٥٠ - ١٠١ عملية ١٠٠ ريال

١٥٠ فما فوق لا شيء

وهذا الجدول المبين هو جدول أجور نظام نقاط البيع المعتمد لدى

البنك السعودي الأمريكي^(١).

(١) انظر ملحق (١)، ص ٤١.

المقصد الرابع : تخريج نظام نقاط البيع :

نظام نقاط البيع لا يتضمن قرضاً بين البنك والعميل إذ من شرطه وجود حساب للعميل لدى البنك يغطي مصروفاته التي تتم بواسطة هذا النظام .

وبهذا فإن ما يقوم به البنك هو الحسم من حساب العميل حامل البطاقة (المشتري) والإضافة في حساب المستفيد (التاجر) وهو بهذا يعد وكيلاً عن العميل حامل البطاقة بالأداء للمستفيد (التاجر) .

ومن هذه الناحية فإن نظام نقاط البيع يبدو وجيهاً ، لكنه في الحقيقة ليس كذلك بالنظر إلى أهدافه ، وغاياته وسيأتي بيان ذلك في المطلب التالي :

المطلب التاسع : مآخذ على بطاقة الائتمان :

وفي ختام بطاقة الائتمان أود أن أرصد أبرز المآخذ عليها ، ومن ذلك :

١- الربا : وهو واضح من خلال ما تتيحه لحاملها من أجل تؤدي عنه خلاله ثم ترجع عليه فيما بعد محتسبة بذلك ما أدت عنه ، وزيادة لقاء الأجل وقد تقدم بيانه ^(١) .

٢- المساعدة على تدفق السيولة في المصارف ، مما يزيد قدرتها على

(١) انظر ص ٢٩١ ، ٣٢٥ من هذه الرسالة .

الائتمان واقراض النقود الذي هو صميم عمل البنوك، وهو الربا.

وهذا المآخذ لا تنفرد به بطاقة الائتمان بل يشترك معها نظام نقاط البيع فكان التعامل فيها إعانة للبنوك على إثمها وعدوانها.

ويترتب على هذا المآخذ مأخذ ثالث هو :

٣- إغراء الناس بالتبذير، وإغراقهم بالربا :

وحول هذا نشرت مجلة الشرق الأوسط في زاويتها الاقتصادية مقالاً بعنوان : «حمى البطاقات تدفع البنوك السعودية لتوسيع مركز معلومات مخاطر الائتمان لتشمل الأفراد».

وقد بينت فيه أهمية البطاقات للبنوك، وأنها تمثل دخلاً جيداً لها ثم بعد ذلك بينت إغراء هذه البطاقات الأفراد بالانفاق الاستهلاكي إلى حد يزيد عن طاقتهم، ويغرقهم بالربا، فقالت :

(ورغم ذلك فإن التوسع في مجال إصدار بطاقات الائتمان يحظى بإغراء كبير بالنسبة للبنوك التجارية في السعودية، فبالإضافة إلى رسوم العضوية السنوية التي يتم تقاضيها من حملة البطاقات تتقاضى البنوك على التسهيلات الممنوحة بموجب بطاقات الائتمان أسعار فائدة باهظة جداً تصل إلى ٢٠ في المائة سنوياً، مقابل سعر فائدة يتراوح بين ١١-١٢ في المائة بالنسبة للقروض الشخصية، مع العلم بأن سعر الفائدة على الودائع يتراوح بين ٥-٦ في المائة فقط . وبالنسبة للأفراد فإن سهولة الحصول على البطاقات حفزت ظاهرة الانفاق الاستهلاكي الممول عن

طريق الاقتراض بشكل لم يسبق له مثيل في السعودية لدرجة أنه تراكمت على قطاع واسع من الأفراد ، ونسبة لا يستهان بها منهم من الشبان ، التزامات كبيرة يتوقع أن تؤثر سلباً على قدراتهم المالية لفترات تتراوح بين عدة شهور ، وعدة سنوات ، حتى يتم سداد الالتزامات التي ترتبت عليهم للبنوك ، مع ما يترتب على ذلك من سلبيات ، ومخاطر اجتماعية . . . ومما يثير القلق في هذا المجال أن جانباً كبيراً من التسهيلات التي يحصل عليها الأفراد عبر البطاقات ، والقروض الشخصية ، والشراء بالتقسيط تتجه في الغالب إلى تمويل نفقات استهلاكية ، غير أساسية ، أو غير مبررة في بعض الحالات ، مثل السفر لقضاء إجازة مكلفة في الخارج ، أو استبدال السيارة بموديل أحدث ، أو تجديد أثاث المنزل .

ويذكر أن استخدام بطاقات الائتمان في السعودية كان حتى سنوات قليلة مضت مقصوراً على فئة محدودة تشمل رجال الأعمال ، وكبار الموظفين وكثيري الأسفار بصفة عامة ، غير أن الأعوام الثلاثة الماضية شهدت انتشاراً قياسياً لهذه البطاقات^(١) .

٤- فرض الوصاية على أموال الناس من خلال إبعاد ملاكها عنها ، وإقناعهم بحمل بطاقات تكون عوضاً لهم عنها ، وفيه مصادرة للملكية الفردية أشبه بما كانت عليه الاشتراكية الغابرة التي تحجر على الأحرار الإفادة من كسبهم ، وتمنعهم عوضاً عنه بطاقات يحصلون من خلالها

(١) جريدة الشرق الأوسط ، لندن ، عدد ٦٠١٩ ، في ٢٢/١٢/١٤١٥ هـ ،

على غذائهم وكسائهم.

ورغم ما بين الاشتراكية، والرأسمالية من فرق^(١) إلا أن البنوك الرأسمالية في صنيعها هذا تلتقي مع الاشتراكية في مصادرة حق تصرف الفرد في ملكه، من خلال احتيالها عليه بتلك البطاقات.

والبنوك الربوية، وإن كانت لاتعترف بهذا إلا أن هذه حصيلة سيطرتها فبتنحية المال عن مالكة تنقطع صلته به، ومن ثم لا يجد دافعاً يدفعه إلى تصريفه، واستثماره، وبهذا يتخلى عنه للبنوك لتصنع به ماتشاء وليتها كانت أهلاً لذلك لهان الخطب، لكنها باستيلائها على أموال الناس تفسد، ولا تصلح، وتهدم ولا تبني، من خلال ما تبثه في الأمة من ربا مؤذن بحرب الله ورسوله، وكفى.

(١) النظرية التي يقوم عليها النظام الرأسمالي هي أن الفرد هو المالك الوحيد لما يكتسب، وله أن لا يصرفه إلا في الوجوه التي تعود عليه بالمنفعة، وله أن يحتكر من وسائل الانتاج كل ما تصل إليه يده. وهذه الحرية التي تخول للفرد أن يكتسب كيفما اتفق قد ربت فيه نزعة الأثرة، فأصبح الفرد يحاول أن يستأثر بالمال دون غيره، وكانت الغلبة للأقوياء ملاك الأموال إذ صاروا يستحقون الضعفاء، ويعتدون على حقهم في الملكية، كما هو الشأن في نظام البطاقات. أما النظرية التي يقوم عليها النظام الاشتراكي فهي: أن وسائل الانتاج كلها مشتركة بين أفراد المجتمع ولاحق للأفراد بصفتهم الفردية أن يملكوها، أو يتصرفوا فيها. انظر أسس الاقتصاد بين الإسلام والنظم المعاصرة، المودودي، ص ١٣، ١٥.

وجدير بالذكر أن نظام نقاط البيع يشترك مع بطاقة الائتمان في هذا المأخذ .

٥- ومحصلة ما تقدم تحقيق الفكر الرأسمالي المادي من خلال كون المال دولة بين الأغنياء من خلال هذه الوسيلة وأضرارها ، مثل نظام نقاط البيع .

وأخيراً فإن نظام نقاط البيع ، وإن كان لا يتضمن ائتماناً للعميل مما يجعله في نظر الناس أهون من بطاقة الائتمان ، إلا أنه يشترك معها في كثير من المحاذير وحسبك محذوراً أن يساعد على تدفق السيولة للبنوك وفيه بسط نفوذها ، وانتشار رجسها ، وتثبيت قدم الرأسمالية .

وعليه فإن تلك البطاقات « بطاقة الائتمان » ، ونظام نقاط البيع « وإن بدأ ظاهرها فيه الرحمة - لكثير من الناس - إلا أن باطنها من قبله العذاب ، بالنظر لمقاصدها ونتائجها - وقد تقدم بيان طرف منه ضمن مأخذها - فيظهر من ذلك القول بمنعها مادامت على هذا النحو ، والله تعالى أعلم .

هذا ، وقد عثرت بعد الفراغ من تحرير هذا الفصل - فإنه من أول فصول هذه الرسالة - على فتيا بشأن بطاقة الائتمان ، قد صدرت من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، في ٢٧ / ١ / ١٤١٦ هـ - أي بعد الانتهاء من تحرير هذا الفصل - وقد أرفقتها ضمن الملحق (١) ص ٤٢ .

الفصل الثاني

الاعتماد البسيط

١- المبحث الأول : الجانب المصدقي.

٢- المبحث الثاني : الجانب الشرعي.

الفصل الثاني

فتح الاعتماد البسيط

يقترضهم

فتح الاعتماد البسيط وسيلة من وسائل ترويج البنوك للائتمان «إقراض النقود» الذي هو أساس عملها.

وهي من خلاله لا تنتظر أوان وقت حاجة المقترض للقرض، بل تسبقها حيث تبدي للعملاء أنها على أهبة الاستعداد لإقراضهم في أي وقت شاؤوا.

ويأخذ هذا الاستعداد صفة التعاقد بين البنك وعميله، فيجني البنك بحكم ذلك عمولة هي أجر ذلك الاستعداد، وإن لم يصنع شيئاً، تليها عمولة أخرى، وعمولات عند تنفيذ ذلك الاستعداد، وبهذا يحقق البنك مكسبين: أحدهما: ترويج بضاعته التي هي الائتمان «إقراض النقود».

وثانيهما: إيجاد مداخل يكسب من خلالها دوغماً مقابل حقيقي لذلك الكسب كما هو الشأن فيما يأخذه من عمولة، وما شاكلها لقاء استعداده لإقراض عميله، وإن لم يقرضه.

هذا، وإن التجار الذي يجدون أنفسهم بين حين وآخر بحاجة إلى قرض كثيراً ما يدخلون في هذه المعاملة مع البنك ليضمنوا لأنفسهم الحصول على القرض عند حاجتهم إليه، مما يقتضي بيان هذه المعاملة وأحكامها وهو ما عقد هذا الفصل لأجله.

المبحث الأول الجانب المصرفي

المطلب الأول: تعريفه:

وقد جاء فيه تعريفان:

«أحدهما: «هو عقد يلتزم البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف عميله مبلغاً معيناً من النقود، بحيث يكون له حق تناوله دفعة واحدة أو عدة دفعات خلال مدة معينة»^(١).

وثانيهما «هو عقد يتعهد به البنك أن يضع تحت تصرف العميل بطريق مباشر، أو غير مباشر أداة من أدوات الائتمان السابق دراستها وذلك في حدود مبلغ نقدي معين، ولمدة محددة، أو غير محددة»^(٢).

وأدوات الائتمان التي ذكرها صاحب التعريف الثاني، وأشار إلى سبق دراستها قد بينها في موضع آخر فقال:

(١) الوجيز في القانون التجاري، مصطفى كمال طه، ٥١١/٢، وانظر الموجز في القانون التجاري، سميحة القليوبي، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ٢٦٩/١، الحسابات والاعتمادات المصرفية، رزق الله أنطاكي، دار الفكر، ١٩٦٩م، ص ٣٥٣.

(٢) الوجيز في القانون التجاري، علي جمال الدين عوض، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، ص ٤٦١. وانظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٤٢٩.

« وأهم صور تدخل البنك، أو الأدوات التي يقدمها للعميل أربع: القرض، والخصم، والقبول، والكفالة أو الضمان... يتفق القرض والخصم في أن البنك يتجرد فوراً فيهما من مبلغ نقدي... ويتفق القبول، والكفالة في أنهما على خلاف الصورتين السابقتين لا يتجرد البنك فيهما فوراً من أي مبلغ فهما مجرد تعهد من البنك... وقد يضطر البنك إلى الدفع إذا تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته التي تحملها قبل الغير»^(١).

مناقشة التعريفين:

والم تأمل في التعريفين يجد الأول عرف الاعتماد بالنظر إلى غايته، إذ غايته الحصول على النقود وقت الحاجة إليها بأي طريق كان^(٢). ويأى كيفية كانت^(٣).

أما التعريف الثاني: فقد عرفه بالنظر إلى غايته، وكيفية التي يتم بها فإن حاجة العميل للنقود قد تكون لوفاء طرف ثالث، فيفضل حينئذ أن توجه إليه مباشرة من خلال كمبيالة يسحبها العميل على البنك، ويخصمها الطرف الثالث لديه مثلاً.

وقد بين هذا المعنى صاحب هذا التعريف فقال:

(١) المرجعان السابقان، ص ٤٥٩، ٤٢٦.

(٢) مباشر، أو غير مباشر.

(٣) نقوداً، أو شيكاً، أو حسماً، أو قبولاً.

« وقد يتفق على الكيفية التي يفيد بها العميل من الاعتماد، فقد رأينا أن صور الاعتماد كثيرة، ولا تقف عند مجرد الإقراض، فقد يكون للعميل حق تسلم المبلغ من البنك، وقد يكون له أن يستعمله بسحب شيكات على البنك وقد يكون الاعتماد بمجرد خصم الأوراق التي يقدمها العميل للبنك .

وقد لا يرغب البنك في التجرد من مبلغ نقدي لحساب العميل بل يقتصر على تقديم ائتمانه، أي توقيعه، فيكون للعميل أن يقدم إليه أوراقاً للقبول، ثم يخصمها العميل لدى بنك آخر، وهكذا .

ولذا قلنا في التعريف أن التزام البنك ينصب على أداة من أدوات الائتمان، وليس النقود فقط .

وكذلك قلنا إنه يضع هذه الأداة تحت تصرف العميل مباشرة، أو بطريق غير مباشر، كما لو سحب العميل كمبيالة لإذن شخص ثالث، وتقدم هذا الشخص الثالث إلى البنك للحصول على قبوله، فالعميل هنا قد أفاد من الاعتماد، ولكن بطريق شخص من الغير، أي بطريق غير مباشر^(١) .

المطلب الثاني : انعقاده :

عقد فتح الاعتماد البسيط عقد ثنائي، طرفاه البنك، والعميل، فينعقد بتراضيهما من خلال الإيجاب، والقبول المعبر عن إرادتهما، وقد

(١) المرجعان السابقان، ص ٤٦١، ٤٦٢، ص ٤٣٠ .

يتم هذا الاتفاق شفويًا ، وقد يكون كتابة .

وهذا العقد لازم في حق البنك فلا يمكنه التنصل منه ، أما في حق العميل فهو جائز ، والعمليل مخير بين أن يستفيد من هذا الاعتماد ، أو أن يدعه .

جاء في الوجيز : « وعقد فتح الاعتماد هو عقد ملزم لجانب واحد هو البنك ، بمعنى أن البنك يلتزم بإيجاد الاعتماد ، ولكن العميل لا يلتزم باستعماله »^(١) .

وفي هذا الاتفاق تحدد قيمة الاعتماد ، ومدته ، وتتراوح عادة من سنة إلى ستة أشهر ، كما يحدد فيه مقدار العمولة ، والفائدة^(٢) .

المطلب الثالث : أقسامه :

وينقسم الاعتماد البسيط إلى قسمين :

أ- قسم يرتبط بحساب جار .

ب- وقسم لا يرتبط بحساب جار^(٣) .

(١) الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ، ٥١٢ / ٢ ، وانظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ص ٤٤٧ ، ٤٤٩ . الموجز في القانون التجاري ، سميحة القليوبي ، ٢٧١ / ١ ، ٢٧٢ .

(٢) انظر الوجيز ، مصطفى كمال طه ، ٥١٣ / ٢ ، الموجز ، سميحة القليوبي ، ٢٧٠ / ١ .

(٣) الحساب الجاري هو : (عقد يلتزم بمقتضاه شخصان بتحويل الحقوق والديون =

والميزة التي يمتاز بها القسم الأول عن الثاني قد بينها رزق الله أنطاكي نقلاً عن المادة «٤٠٥» من قانون التجارة السوري ونصها: « ما يوفيه أو يرجعه المعتمد له في مدة العقد يضاف إلى المتبقي من المبلغ تحت تصرفه، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف ».

ثم أوضح ذلك بمثال قال فيه :

«وإذن فإذا كان مبلغ الاعتماد المفتوح هو ٥٠,٠٠٠ ليرة، وسحب المعتمد له منه مبلغ ٣٠,٠٠٠ ليرة، ثم دفع للمصرف ٢٠,٠٠٠ ليرة فإن المبلغ الذي يبقى له حق التمتع به هو أربعون ألفاً لا عشرون»^(١).

وقد بينت سميحة القليوبي سر هذه الميزة فقالت : «ذلك أن من طبيعة الحساب الجاري أن يدمج العقود المرتبطة به، فلا تعتبر المبالغ التي تسحب ديناً، أو المبالغ التي تسدد وفاء، وإنما كل منهما يسجل في جانب الأصول، أو الخصوم وفقاً لطبيعتها، وتتشابك عمليات الحساب الجاري المتتالية طالما أنها خلال مهلة الاعتماد، ولا يعتبر ما يدفعه العميل للبنك وفاء منه لما سبق أن سحبه، أو سداداً لدين الاعتماد، ولذلك يستطيع

= الناشئة عن علاقتهما المتبادلة إلى قيود في الحساب تتقاص فيما بينهما بحيث يكون الرصيد النهائي عند إقفال الحساب وحده ديناً مستحق الأداء). الوجيز، مصطفى كمال طه، ٤٧٣/٢، وانظر الوجيز، علي عوض، ص ٤١٩ وما بعدها.

(١) الحسابات، الاعتمادات المصرفية، ص ٢٥٤.

العميل الإفادة من مبلغ الاعتماد عدة مرات حتى نهاية مهلة الاعتماد^(١).

أما القسم الثاني الذي لا يرتبط بحساب جار فتتقصه هذه الميزة وقد بينت ذلك سميحة القليوبي بمثال قالت فيه: «ومثال ذلك: أن البنك قد يعتمد لعميلة وفقاً لعقد فتح الاعتماد مبلغاً وقدره خمسة آلاف جنية . . . فإذا قرض، وسحب العميل مبلغ الخمسة آلاف، وقام برد ثلاثة آلاف خلال مهلة الستة أشهر، فإنه لا يستطيع أن يسحب من جديد نقوداً من مبلغ الثلاثة آلاف التي قام بسدادها، كما وأنه إذا قرض، وقام بسحب ثلاثة آلاف جنية فقط من مبلغ الاعتماد، وقام بسدادها بعد شهر، فليس له الحق في سحب أكثر من الفين من الجنيهات، وهي المبالغ المتبقية من الاعتماد وليس له إعادة سحب خمسة آلاف مرة ثانية، ولو تم خلال مهلة الاعتماد^(٢)».

ثم بينت سر ذلك قائلة: «وذلك لأن الاعتماد يعتبر متتهياً بمجرد سدادها^(٣)».

المطلب الرابع: شروطه:

ويتضمن عقد فتح الاعتماد البسيط شروطاً، أهمها^(٤):

(١) الموجز، سميحة القليوبي، ٢٧٤ / ١.

(٢) و (٣) المرجع السابق، ٢٧٣ / ١.

(٤) انظر: الحسابات، والاعتمادات المصرفية، ص ٢٥٤ - ٢٦٤. الوجيز، =

١- ما يتصل بالضمانات من تقديم رهن، أو كفالة تضمن الوفاء بما سيستحقه البنك على العميل.

٢- ما يتصل بكيفية الاستفادة من الاعتماد، فقد يكون ذلك بطريق تسليم النقود للعميل مباشرة، وقد يكون بسحب العميل شيكاً على البنك أو سحب كمبيالة، وهي ما يعرف بالخصم، وقد يكون بالقبول وهكذا.

المطلب الخامس: الفرق بينه وبين القرض:

ويمتاز عقد فتح الاعتماد البسيط عن عقد القرض بثلاث^(١):

١- أن العميل غير ملزم بقبض مبلغه، إذ هو مجرد تعهد من البنك بهذا المبلغ، وهو بالخيار إن شاء أخذ المبلغ كله، أو بعضه، أو تركه بخلاف القرض فالعميل يقبض مبلغه كاملاً.

٢- ويترتب على الفرق الأول فرق ثان، وهو: أن العميل لا يتحمل فوائد مبلغ لا يحتاج إليه، أو قبل حاجته إليه.

٣- أن العميل إذا أخذ جزءاً من مبلغ الاعتماد ثم رده إلى البنك فإن بإمكانه أن يأخذه ثانية، إذا كان الاعتماد مرتبطاً بحساب جار^(٢)، وكان

= مصطفى كمال طه ٥١٣/٢. عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٤٣٠، ٤٤٦. الموجز، سميحة القليوبي، ١/ ٢٧٠.

(١) انظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٤٣٠، الوجيز، مصطفى كمال طه، ٥١٢/٢. الموجز، سميحة القليوبي، ٨/ ٢٧١.

(٢) تقدم بيانه في مبحثه، ص ٣٥٩، ٣٦٠.

ذلك خلال مدة الاعتماد، وفي حدود مبلغه، وليس ذلك كذلك في القرض.

المطلب السادس: آثاره:

أ- آثاره من جهة العميل:

١- استحقاق العميل سحب مبلغ الاعتماد كله، أو بعضه بطريق مباشر، أو غير مباشر^(١).

٢- الالتزام بالعمولة: والعمولة هي المقابل الذي يتقاضاه البنك نظير قبوله فتح الاعتماد سواء استعمل العميل هذا الاعتماد، أم لم يستعمله، وبمعنى آخر فإن العمولة مقابل مجرد تعهد البنك بتقديم أداة من أدوات الائتمان للمستفيد وإن لم ينفذ ذلك تبعاً لرغبة العميل^(٢)، وهذا فرقها عن الفائدة، إذ الفائدة لا تكون إلا بمقابلة ما يقرضه البنك للعميل من مال.

«ولما كانت هذه العمولة شيئاً آخر غير الفوائد فإنه يجوز أن تزيد عن الحد الأقصى المقرر للفوائد، وهو ٧٪»^(٣).

(١) انظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٤٤٩. الموجز، سميحة القليوبي، ٢٧٢/١.

(٢) انظر المرجعين السابقين على التوالي، ص ٤٥٠، ٢٧٠/١، ٢٧٢؛ وانظر: الوجيز، مصطفى كمال طه، ٥١٣/٢.

(٣) الموجز، سميحة القليوبي، ٢٧٢/١.

«والغالب أن ينص على عمولة أخرى تستحق إذا طلب العميل الإفادة من الاعتماد، وإذا فتح للاعتماد حساباً لدى البنك استحققت عمولة أخرى نظير فتح هذا الحساب، وتشغيله»^(١).

٣- التزامه بالفوائد: والفوائد غير العمولة إذا العمولة تستحق بمجرد التعهد كما تقدم آنفاً، «أما الفوائد فهي النسبة المتفق عليها لتسري على المبالغ التي تسحب فعلاً من الاعتماد المخصص بواسطة العميل، ولذلك يجب أن لا تزيد نسبة هذه الفوائد على ٧٪ وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢٢٧ من المجموعة المدنية»^{(٢)(٣)}.

وقد بين رزق الله أنطاكي نظير هذه المادة في القانون المدني السوري وهي المادة ٢٢٨ فقرة ٢ ونصها: «كل عمولة أو منفعة - أيّاً كان نوعها - اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما ثبت أن هذه العمولة، أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها، ولا منفعة مشروعة»^(٤).

٤- التزامه برد أداة الائتمان التي استفاد من الاعتماد بطريقها، فإن

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٤٥١.

(٢) يعني القانون المدني المصري.

(٣) الموجز، سميحة القليوبي، ١/ ٢٧٠.

(٤) الحسابات، والاعتمادات المصرفية، ص ٢٥٠.

كانت نقوداً لزمه ردها بالإضافة إلى ما تقدم بيانه من فائدة .

وإن كان استفاد من الاعتماد بطريق القبول لزمه تزويد البنك بمقابل الكميالة المقبولة لديه ، فإن اضطر البنك للوفاء بقيمة الكميالة قبل أن يصله مقابلها من العميل كان على العميل أن يرد له قيمة ما وفاه ، ويعوضه عما أصابه ^(١) .

ب- آثاره من جهة البنك :

ويلتزم البنك بحكم عقد فتح الاعتماد البسيط أن يضع تحت تصرف العميل أداة الائتمان بالكيفية المتفق عليها من نقد ، أو قبول أو خصم ، أو ضمان ، ونحوه ^(٢) .

وبمعنى آخر يلتزم البنك بتنفيذ هذا التعهد بالكيفية المتفق عليها .

المطلب السابع : انتهاءه :

وينتهي عقد فتح الاعتماد بعدة أمور بيانها ^(٣) :

١ - انتهاء أجله ، والمقصود انتهاء المدة المحددة للاعتماد ، إذ ينتهي الاعتماد بانتهائها سواء استفاد منه العميل ، أو لم يستفد منه .

(١) انظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ص ٤٥٠ . الموجز ، سميحة القليوبي ، ٢٧٣ / ١ . وليان القبول : انظره في مبحثه ، ص ٣٨٠ .

(٢) انظر : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ص ٤٤٥ . الموجز ، سميحة القليوبي ، ٢٧١ / ١ .

(٣) انظر : المرجعين السابقين على التوالي ، ص ٤٥٣ - ٤٥٨ ، ٢٧ / ١ . وانظر : الحسابات والاعتمادات المصرفية ، ص ٢٥٦ .

٢- وفاء البنك بالتزامه : فإذا نفذ البنك تعهده فإن العقد ينتهي لانتهاء المراد منه ، لكن إن كان الاعتماد البسيط ضمن حساب جار فإنه لا ينتهي بذلك إذ الحساب الجاري له صفة التجدد - كما تقدم - فلا ينتهي إلا بقفل الحساب .

٣- وفاة العميل : إذ عقد فتح الاعتماد البسيط يقوم على الاعتبار الشخصي ، وبعض المؤلفين يرى عدم انتهائه بها ، بل ينتقل إلى ورثته .

٤- إفلاس العميل (إعساره) .

٥- سوء خلقه التجاري ، كإصدار شيك بدون رصيد ونحوه .

وكل ذلك - يعني ٤ ، ٥ - لأن الاعتماد يقوم على ثقة البنك بالعمل ، وبمركزه المالي فإذا ظهر منه ما يخل بذلك كان كفيلاً بأن يقضي على الاعتبار الذي قامت عليه عملية فتح الاعتماد ، ومن ثم تنقضي هذه العملية .

٦- (ومن الأسباب التي تبرر للبنك إنهاء الاعتماد البسيط قبل انتهاء أجله مخالفة العميل ما يسمى بشرط الإخلاص ، أي الشرط الذي يضعه في عقد الاعتماد بإلزامه عميله أن يعهد بكل عملياته المصرفية المستقبلية إليه في نظير المزايا التي يعطيه إياها بمقتضى العقد . . .)^(١) .

* * *

المبحث الثاني الجانب الشرعي

المطلب الأول: تخريج عقد فتح الاعتماد البسيط:

فيما تقدم من تعريف لعقد فتح الاعتماد البسيط رأينا أنه مجرد تعهد من البنك لعميله، وموضوع هذا التعهد هو وضع أداة من أدوات الائتمان السابق ذكرها تحت تصرف العميل عند حاجته إليها.

ومعنى هذا أن تعهد البنك غير ناجز إذ ظرف تنفيذه الزمن المستقبل وهو وقت حاجة العميل.

وعليه فإن تعهد المصرف هذا أقرب إلى حقيقة الوعد إذ تتوافر فيه أركانه، بيان ذلك:

أن الوعد ماهيته مكونة من:

واعد، موعود له، موعود به، زمن مستقبل، عبارة الواعد.

وفتح الاعتماد البسيط تتكون ماهيته من:

البنك، العميل، أداة الائتمان موضوع التعهد، زمن مستقبل، الإيجاب والقبول.

وكل من أركان الاعتماد هذه نظيرها ما يقابلها في الوعد.

لكن فرقاً قد يبدو بين الوعد، وعقد فتح الاعتماد البسيط متعلقه

الصيغة من جهة أن عقد فتح الاعتماد البسيط علاقة بين طرفين يتوقف انعقادها على عبارتيهما معاً، وبهذا قد يشتهب الاعتماد بالعقد، ويظهر أنه بالعقد أدخل منه بالوعد.

والحقيقة أن هذا خُلِفَ في صورة الوعد قد ابتنى على خُلِفَ في مقصوده إذ مقصود فتح الاعتماد البسيط التكسب، والمعاوضة بمجرد الوعد، ومجرد الوعد ليس محلاً للمعاوضة، فإنه عند عدم الوفاء به وتنفيذه يكون الاعتياض عليه أكلاً للمال بالباطل إذ لا مقابل له.

ولما كان مقصوده المعاوضة وكان ذلك خلفاً في مقصود الوعد لزم منه تراضي طرفيه، إذ المعاوضة ليست تبرعاً لتنعقد بمجرد الإيجاب، وكان ذلك خُلِفَ في صورة الوعد.

ولعل مما يؤيد هذا ما جاء في الحسابات والاعتمادات المصرفية:

(.. هل فتح الاعتماد عقد وحيد الطرف أم أنه عقد متبادل وهنا نستطيع التفريق بين وضعين متمايزين:

أ- فإذا تضمن فتح الاعتماد التزاماً على عاتق المعتمد له بدفع عمولة عنه فإن العقد يكون عندئذ تبادلياً...

ب- أما إذا لم يتفق على أية عمولة فالراجع أن العقد يكون وحيد الطرف...^(١)

(١) الحسابات والاعتمادات المصرفية، ص ٢٥٨.

ورغم هذا فإن عقد الاعتماد البسيط ، وإن اشتبهت صورته بصورة العقد إلا أن حقيقته حقيقة الوعد التي قوامها الظرف المستقبل ، وما يُعكّر عليه من قصد المعاوضة به ، وما تبع لذلك من لزوم تراضي طرفيه فهي مخالفات لا تتفق ، وحقيقة الوعد ، فيلزم أطرافها عند القول بتخريجه على أنه وعد .

هذا عن تخريج عقد فتح الاعتماد البسيط قبل تنفيذه .

أما بعد تنفيذه كأن يقدم البنك لعميله مبلغاً نقدياً ، أو يسحب عميله عليه شيكاً وما شاكل ذلك ، فإن هذا يُخرج على أنه قرض ، فإذا أخذ البنك بمقابلة ذلك زيادة صار رباً .

المطلب الثاني : حكم لزوم عقد فتح الاعتماد البسيط :

تقدم في تخريج عقد فتح الاعتماد البسيط أنه وعد بالقرض ، وإذا كان وعداً فإن القول بلزومه فرع القول بلزوم الوعد ، ولزوم الوعد ، والقضاء به اختلف فيه إلى أقوال :

أولها : القول بلزومه ، ووجوب الوفاء به مطلقاً ، روي عن عمر بن عبد العزيز ، وابن شبرمة ^(١) .

(١) انظر المحلى ، ٢٨ / ٨ ؛ تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، أبو عبد الله الخطاب ، تحقيق عبد السلام محمد الشريف ، بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط ١ ، ١٤٠٤ هـ ، ص ١٥٤ ، الأذكار ، للنووي ، ص ٢٧١ . أحكام القرآن ، ابن العربي ، ٤ / ١٨٠٠ ؛ المبدع ، ٩ / ٣٤٥ ؛ فتح الباري ، ٩ / ٣٤٥ .

وثانيها: لزومه، وجوب الوفاء به إن خرج على سبب، وإن لم يدخل الموعود له بسببه في شيء، وهو قول أصبغ من المالكية^(١).

ومثاله: أن يقول: أريد أن أتزوج فأسلفني، فيقول نعم.

وثالثها: وجوب الوفاء به إن كان بصيغة التعليق، وهو قول الحنفية^(٢).

ومثاله: أن يقول: إن تزوجت فأنا أسلفك.

قلت: ولعل الفرق بين مذهب أصبغ السابق، ومذهب الحنفية أن ما ذهب إليه الحنفية مرتبط ارتباط الشرط بمشروطه، وفيه علق الوعد على السبب، بخلاف ما ذهب إليه أصبغ فلا تعليق فيه.

ورابعها: وجوب الوفاء به إن خرج على سبب، ودخل الموعود له بسببه في كلفة، وهو قول مالك، وهو المشهور في مذهبه^(٣).

ومثاله: أن يقول: أريد أن أتزوج فأسلفني، فيقول نعم، ومن ثم يدخل الموعود له في كلفة الزواج بناء على هذا الوعد.

(١) انظر: الفروق، ٢٥/٤؛ تحرير الكلام، ص ١٥٥؛ المبدع، ٣٤٥/٩.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر بحاشية الحموي، ٢٣٧/٣؛ حاشية الحموي نفس الصفحة؛ الفتاوى البرازية، ٣/٦؛ العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين، مصر، مطبعة بولاق، ط ٣، ١٣٠٠هـ، ٢/٣٢١.

(٣) انظر: الفروق، ٢٥/٤؛ تحرير الكلام، ص ١٥٥، المحلى، ٢٨/٨.

وخامسها : أنه مستحب مطلقاً ، وعليه الشافعية ، والحنابلة ^(١) .

الأدلة : وعمدة الموجبين مطلقاً قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ ^(٢) كِبَرٌ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٣﴾ .

وقوله ﷺ : (آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا ائتمن خان ، وإذا وعد أخلف) ^(٣) .

والدلالة منهما على الوجوب ظاهرة على فرض عدم وجود صارف يصرفه من تدليل ، أو تأويل ، أو تعليل .

والقائلون بالوجوب في حال دون حال لم يفهموا ذلك من مجرد الآية والحديث ، لكن حجبتهم في أحوال الإيجاب عندهم ما يذكرونه من تعليل في ذلك ، ومنه :

ما ذكره الحموي في تعليل مذهب الحنفية قال :

« قوله : « ولا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً قال بعض الفضلاء : لأنه إذا كان معلقاً يظهر منه معنى الالتزام ، كما في قوله : إن شفيت أحج

(١) انظر : روضة الطالبين ، ٥ / ٣٩٠ ؛ الأذكار ، ص ٢٧١ ؛ المبدع ، ٩ / ٣٤٥ ؛

شرح منتهى الإرادات ، ٣ / ٤٥٦ ؛ المحلى ، ٨ / ٢٨ .

(٢) الآيتان ٢ ، ٣ من سورة الصف .

(٣) صحيح البخاري بشرح ابن حجر ، كتاب الشهادات ، باب من أمر بإنجاز

الوعد ، ٥ / ٢٨٩ ؛ وانظر صحيح مسلم برح النووي ، كتاب الإيمان ، باب بيان

خصال المنافق ، ٢ / ٤٦ .

فشفي، يلزمه، ولو قال أحج، لم يلزمه بمجرد^(١).

وما ذكره القرافي في تعليقه مذهب أصبغ قال:

«أو وعده مقرونًا بذكر السبب كما قاله أصبغ لتأكد العزم على الدفع حينئذ»^(٢).

وما ذكره مصطفى الزرقا في تعليقه مذهب مالك قال: «وهذا وجيه جداً، فإنه يبنى الإلزام بالوعد على فكرة دفع الضرر الحاصل فعلاً للموعد من تغيير الواعد»^(٣).

أما القائلون بالاستحباب فقد صرفوا الوجوب المتبادر من أدلة الموجبين بما يلي^(٤):

أ- الاتفاق على أن الموعد لا يضارب بما وعده مع الغرماء فدل ذلك على عدم الوجوب.

ب- أن الهبة عند الجمهور لا تلزم إلا بالقبض، وهي بمنزلة الوعد قبله فلو كان الوعد واجباً للزمت قبل القبض.

ج- أن الوعد يحرم بغير استثناء لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لشيءٍ إِنِّي

(١) غمز عيون البصائر، ٢٣٧/٣.

(٢) الفروق، ٢٥/٤.

(٣) المدخل الفقهي العام، ١٠٣٠/٢.

(٤) انظر: المحلى، ٢٠/٨ وما بعدها؛ المبدع، ٣٤٥/٩؛ منتهى الإرادات،

٤٥٦/٣؛ فتح الباري، ٢٩٠/٥؛ الأذكار، ص ٢٧١.

فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ وَادُّكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ وَقُلْ عَسَى أَنْ يَهْدِيَنَّ رَبِّي لِأَقْرَبَ مِنْ هَذَا رَشَدًا ﴿٢٤﴾ [الكهف: ٢٣، ٢٤] والحرام لا يلزم، ولا يجبر عليه.

ومن مجموع ذلك يتبين أنه ليس كل من وعد، وجب عليه الوفاء، ولا كل من وعد فأخلف صار ممقوتاً.

وعليه فليست أدلة الموجبين على ظاهرها، فتحمل على من التزموا ما يلزمهم أصلاً، كما تحمل على من وعد، وفي نيته أن لا يفي بوعدته لمخالفة ظاهره باطنه، وهذا وصف النفاق.

والذي يترجح لي من الأقوال قول مالك رحمه الله تعالى، وهو الإلزام بالوعد إن خرج على سبب، ودخل الموعد له بسببه في كلفة.

وعقد فتح الاعتماد البسيط قد يكون بسبب مشروع معين، وربما اشترط البنك على العميل عدم صرف الاعتماد، أو توجيهه في غيره، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض: (وقد يفتح الاعتماد لاستخدامه في غرض معين . . . ويكون للبنك أن يراقب العميل في هذا الاستخدام، وله أن يقطع الاعتماد إذ أخل العميل بهذا الشرط فاستخدم الاعتماد في غرض آخر)^(١).

وهذا أدخل بمذهب مالك رحمه الله تعالى إذ خرج على سبب، ودخل الموعد له بسببه في كلفة.

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٤٤٩.

لكن رغم هذا لا يقال بلزومه، لما فيه من تتميم للربا، وأكل المال بالباطل، كما سيتبين في المطلب الآتي - والله تعالى أعلم - .

المطلب الثالث: حكم ما يأخذه المصرف من عائد بمقابلة فتح الاعتماد:

سبق تخريج عقد فتح الاعتماد البسيط على أنه وعد بالقرض قبل تنفيذه وقرض بعد تنفيذه^(١).

وسبق بيان ما يأخذه المصرف من عائد بمقابلة فتح الاعتماد البسيط وهو العمولة، والفائدة.

أما الفائدة فهي بمقابلة الأجل، وتكون عند تنفيذ الاعتماد، وإقراض العميل، وأما العمولة فهي لقاء استعداد البنك لتلبية احتياج العميل، وقد تتكرر العمولة فيأخذ البنك عمولة ثانية إذا طلب العميل من البنك تنفيذ الاعتماد ويأخذ عمولة ثالثة إذا فتح للاعتماد حساباً لدى البنك، وقد تقدم بيان ذلك كله عند بيان آثار فتح الاعتماد المتعلقة بالعميل^(٢).

هذا عن بيان ما يأخذه البنك من العميل لقاء فتح الاعتماد وتنفيذه، أما حكم ذلك فبيانه:

أن الفائدة التي يأخذها المصرف من العميل، والتي تكون بعد إقراضه العميل إنما هي ربا، وهي من قبيل ربا الدين فإن المصرف يقرض العميل،

(١) انظر ص ٣٦٨، ٣٦٩.

(٢) انظر ص ٣٦٣.

وبعد مدة يسترد ما أقرضه وزيادة، وتلك الزيادة إنما هي بمقابلة الأجل فهي محرمة بتحريم الربا، وقد تقدم الكلام عن الربا، وبيانه ^(١).

وأما العمولة فإن البنوك تعمل على تبريرها من خلال دعوى أنها بمقابلة ما تبذله من جهد، وعمل، ومتابعة، وخدمة وما شاكل ذلك لكن النظر فيما عليه واقع العمولة يدحض تلك الدعاوى، أو أكثرها بيان ذلك:

١- أن العمولة تكون متناسبة مع قيمة الاعتماد، وهي بهذا تبع لفكرة الفائدة الربوية التي تكون بنسبة مئوية من مقدار القرض.

٢- أنها تتكرر مع الزمن من ناحية ثانية.

وفي هذا يقول سامي حمود: «على أن هذه النظرة في اعتبار العمولة أجراً، لا يجب أن تؤخذ على إطلاقها ما دام الأمر متصلاً بالإقراض المقصود، لئلا تكون العمولة مجرد ستار للربا تحت هذا الاسم، أو ذاك. فالربا كما أوضحنا أمره بالنسبة للديون هو كل زيادة تؤخذ اشتراطاً فوق مقدار الدين مهما كان الاسم، أو التسمية، والعمولة التي يتقاضاها المصرف في الاعتماد بالحساب الجاري على وجه الخصوص هي عمولة نسبية من ناحية (٥٪ مثلاً)، وهي عمولة متكررة مع الزمن من ناحية ثانية، وذلك بمعنى أنها تستوفى تكراراً في كل سنة دون أن يكون هناك

مقابل من جهد أو منفعة معتبرة بالنسبة للمقترض»^(١).

ولذا فقد فطنت القوانين الوضعية لمثل هذا التحايل على الفائدة بدعوى العمولة فمنعته، كما تقدم بيانه في آثار فتح الاعتماد البسيط^(٢).

هذا، وقد عثرت على كلام نفيس لرزق الله أنطاكي بين فيه الفكرة التي يقوم على أساسها احتساب ما تأخذه المصارف من عملائها بمقابلة الاعتمادات، وقد بين أن ذلك المقابل قد احتسب به تجميد مال المصرف لدى العميل في فترة الاعتماد مما قد يجعل المصرف عاجزاً عن تلبية طلبات المودعين استرداد أموالهم بعضها، أو كلها^(٣).

وقد يجعله كذلك عاجزاً عن فتح اعتمادات لأشخاص آخرين مما قد يفقده عدد من العملاء^(٤).

كما احتسب به خطر ضياع مال المصرف إما بإعسار المدين، أو بظروف طارئة من كساد تجاري، وانهيار اقتصادي، ونحو ذلك^(٥).

ولهذا وذاك (أوجدت في كل مصرف شعبة خاصة هي شعبة الإخطار، أو شعبة الاستعلامات تكون مهمتها إجراء التحريات وجمع

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، ص ٢٨٩ وما بعدها.

(٢) انظر مبحث فتح الاعتماد البسيط، ص ٣٦٤.

(٣) انظر الحسابات والاعتمادات المصرفية، ص ٢٣٧.

(٤) انظر المرجع السابق.

(٥) انظر المرجع السابق، ص ٢٣٧ - ٢٤١.

المعلومات اللازمة التي تعطي المصرف فكرة حقيقية عن وضع المؤسسة طالبة الاعتماد، وتقدم هذه الشعبة إلى إدارة المصرف تقريراً مفصلاً عن نتائج تحرياتها، وعلى أساس هذا التقرير تتخذ الإدارة قرارها في الموضوع^(١).

وللتعويض عن هذه الأخطار المصرفية، وغيرها كانت أنواع العائد متعددة ليقابل بها البنك تلك الأخطار، وقد بين رزق الله أنطاكي ذلك تحت عنوان «التعويض عن الأخطار المصرفية» فقال: «تقضي الاعتمادات التي يفتحها المصرف لعملائه وزبائنه والأخطار التي قد يتعرض لها نتيجة ذلك أن تكون هناك مكافأة على هذه الاعتمادات وتعويض - ولو بصورة جزئية محدودة - عن تلك الأخطار.

وتتناول المصارف عادة مقابل فتح الاعتماد عوائد من أنواع مختلفة تقابل مختلف الخدمات التي يقدمها المصرف لعملائه:

أ- فهناك قسم من المكافأة يقابل الفوائد التي يدفعها المصرف لأصحاب الودائع التي استخدمها في تقديم الاعتماد.

ب- ويقابل قسم آخر النفقات العامة التي ينفقها المصرف لتسيير أعماله، والتي يجب أن يتحمل المستفيد من الاعتماد نصيبه منها.

ج- وهناك - وهو القسم الأكثر أهمية - الفوائد بالمعنى الصحيح وهي أجر رأس المال الذي قدمه المصرف لعميله...

(١) المرجع نفسه، ص ٢٤٢ وما بعدها.

د- وأخيراً، هنالك عمولة خاصة تتقاضاها المصارف عن الاعتمادات التي تفتحها . . . وقد أقر الاجتهاد حق المصرف بتقاضى العمولة سواء استعمل الاعتماد أم لا^(١).

قلت : فهذه شهادة من خبير بالبنوك التجارية إذ هو رئيس قسم القانون التجاري في كلية الحقوق بجامعة دمشق^(٢) ، توضح أن ما تأخذه البنوك على الاعتماد من مقابل غير الفائدة لا يقابله في الحقيقة جهد، أو خدمة يقدمهما البنك للعميل، وإنما هو خاضع لاعتبارات تجارية واقتصادية يقدرها البنك، وهو رافد للفائدة.

وإذا كانت كذلك فإنها في حال تنفيذ الاعتماد الذي تقدم تخريجه على أنه قرض تكون رباً.

وفي حال عدم تنفيذ الاعتماد، والتي تقدم تخريجها على أنها وعد بالقرض تكون أكلاً للمال بالباطل إذ لا مقابل لها وكل ممنوع شرعاً، والله أعلم.

* * *

(١) المرجع السابق، ص ٢٤٨، ٢٥٠.

(٢) هذه المعلومة مدونة على غلاف كتابه الذي رجعت إليه، وتاريخ ذلك الكتاب يعود لعام ١٩٦٩م أي قبل ستة وعشرين عاماً من كتابة هذه السطور، فالله أعلم بما هو عليه اليوم.

الفصل الثالث

الاعتماد المستندي

القسم الأول: الجانب المصرفي

- ١- المبحث الأول : تعريف الاعتماد المستندي.
- ٢- المبحث الثاني : إنعقاد الاعتماد المستندي.
- ٣- المبحث الثالث : أقسام الاعتماد المستندي.
- ٤- المبحث الرابع : خصائص الاعتماد المستندي.
- ٥- المبحث الخامس : أهداف، وفوائد الاعتماد المستندي.
- ٦- المبحث السادس : آثار الاعتماد المستندي.
- ٧- المبحث السابع : انقضاء الاعتماد المستندي.

القسم الثاني: الجانب الشرعي

١- المبحث الأول : تخريج الاعتماد المستندي، وما يتعلق به.

٢- المبحث الثاني : النظر في عائد الاعتماد المستندي.

٣- المبحث الثالث : النظر في موضوع الاعتماد المستندي.

٤- المبحث الرابع : النظر في مسائل تصاحب الاعتماد المستندي.

٥- المبحث الخامس : حكم الاعتماد المستندي.

المجلد الثالث

الاعتماد المستندي

يقترضه

الاعتماد المستندي له أهمية في التجارة الدولية لدى التجار مصدري ومستوردين من خلال كون البنك وسيطاً بين الطرفين البائع، والمشتري وأداته في ذلك الاعتماد المستندي .

وله أهمية لدى البنوك إذ تموّل التجارة من خلاله فغالباً ما يقترض المستوردون منها للوفاء بمتطلبات تجارتهم، وبهذا يتسع محيط الائتمان الذي تقوم عليه البنوك، ومن ثم يزداد نفوذها .

ولما كان الناس من ناحية عملية لا تنفك أعمالهم التجارية، وبخاصة في تجارتهم الدولية عن الاعتماد المستندي، كان من الأهمية بمكان، الأمر الذي يجعل من المناسب دراسته، وبيان أحكامه .

ودراسة الاعتماد المستندي هاهنا ستكون من جانبين :

أحدهما : يبين أحكامه، وأنظمته المعمول بها لدى المصارف، وهو ما يسمى في هذا البحث «بالجانب المصرفي»، والغاية منه إمكان تصور الاعتماد المستندي تمهيداً للحكم عليه في مبحث الجانب الشرعي، إذ حكمك على الشيء فرع عن تصوره .

وثانيهما : يبين أحكامه من ناحية شرعية، وهو ما يسمى في هذا البحث «بالجانب الشرعي» .

وفيما يلي بيان لذلك كله :

القسم الأول: الجانب المصرفي

وفيه المباحث الآتية :

- المبحث الأول: تعريف الاعتماد المستندي.
- المبحث الثاني: إنعقاد الاعتماد المستندي.
- المبحث الثالث: أقسام الاعتماد المستندي.
- المبحث الرابع: خصائص الاعتماد المستندي.
- المبحث الخامس: أهداف، وفوائد الاعتماد المستندي.
- المبحث السادس: آثار الاعتماد المستندي.
- المبحث السابع: انقضاء الاعتماد المستندي.

المبحث الأول

تعريف الاعتماد المستندي، والنظر فيه، وبيان حقيقته

عرف الاعتماد المستندي بتعريفات عدة وإن كانت متقاربة في المضمون منها مايلي :

- ١- (هو الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر أياً كانت طريقة تنفيذه، أي سواء كان بقبول الكمبيالة أو بخصمها أو بدفع مبلغ معين لصالح عميل لهذا الأمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال^(١) .

(١) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ١٩.

٢- هو (تعهد صادر عن البنك بناء على طلب العميل لصالح الغير «المستفيد» ، يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ، ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة)^(١) .

النظر في التعريفين :

ومن خلال النظر في التعريفات المتقدمة يستبين لنا ثلاث حقائق :

أ- إن الاعتماد تعهد في حقيقته ، ومعلوم أن التعهد متعلقه الذمة ، أما تنفيذه فمشروط بشروط معينة نص عليها في الاعتماد .

ب- أن موضوع هذا التعهد هو الوفاء للمستفيد أيّاً كانت طريقة هذا الوفاء فقد تكون نقداً ، وقد تكون غير ذلك كخصم الكمبيالة أو قبولها .

ج- أن الغرض من هذا التعهد هو توثيق حق المستفيد - إذ هو في الأصل تعهد لصالحه - وربما تضمن توثيقاً لحق العميل من خلال ما يودع فيه من شروط يتوقف عليها تنفيذه ، لكن ذلك مختلف باختلاف تلك الشروط .

وفوق هذا فقد تضمنت التعريفات أن المصرف فاتح الاعتماد يرتهن البضاعة بموجب مستنداتها ، وهو خارج عن ماهية الاعتماد ، وقدر زائد عنها فكان الأولى أن لا يتضمنه التعريف .

(١) الاعتماد المستندي ، محمد ديب ، ص ٦٩ ؛ العقود ، وعمليات البنوك التجارية ، علي البارودي ، ص ٣٧٢ .

المبحث الثاني

انعقاد الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي أطرافه ثلاثة هم :

١- الأمر ويسمى العميل ويسمى المستورد كذلك، وهو الذي يطلب من البنك أن يفتح اعتماداً لصالح الطرف الآخر، وسمي أمراً لكونه يأمر البنك بفتح الاعتماد، وسمي عميلاً لكونه يتعامل مع البنك، وسمي مستورداً لكونه يستورد بضاعة من الخارج ومن أجل هذا الاستيراد فتح الاعتماد.

٢- المصرف : وهو الذي يصدر منه الاعتماد وهو الملتزم بالوفاء بموجبه عند تحقق شرطه.

٣- المستفيد، ويسمى البائع، ويسمى المصدّر كذلك، وسمي مستفيداً لكون الاعتماد فتح لصالحه، وسمي بائعاً لأنه تعاقد مع الأمر في عقد كان الأمر فيه هو المشتري، وكان المستفيد هو البائع، وقد جاء الاعتماد المستندي توثيقاً لذلك العقد - أعني عقد البيع -، وسمي مصدراً لأنه يصدر البضاعة محل العقد في البيع إلى المشتري (المستورد).

وانعقاد الاعتماد يتوقف على الطرفين الأولين (الأمر والمصرف)، أما المستفيد فيعتبر خارج عقد الاعتماد، وإن كان مستفيداً منه، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض :

« ومتى قبل البنك طلب العميل انعقد بينهما عقد فتح الاعتماد

المستندي ورتب في ذمة كل من طرفيه التزامات متقابلة»^(١).

ويقول محمد ديب : « وينشأ عقد فتح الاعتماد المستندي عندما تتطابق إرادة العميل طالب فتح الاعتماد مع إرادة المصرف المكلف بفتحه »^(٢).

لزوم عقد الاعتماد :

تبين في الفقرة السابقة أن الاعتماد المستندي ينعقد من خلال التراضي بين الأمر والمصرف على إصدار الاعتماد لصالح المستفيد ، لكن ذلك غير كاف في لزومه إذ بوسع المصرف التراجع عنه مادام لم يصل إلى علم المستفيد ، وفي هذا ينقل علي جمال الدين عوض قضاء محكمة النقض الفرنسية في ذلك فيقول :

« حيث قالت إن نهائية التزام البنك ترتبط باستلام المستفيد الخطاب ، والاستلام قرينة على علمه بمضمونه دون اعتراض عليه ، والنظر إلى لحظة الاستلام لا يقصد به البحث عن قبول المستفيد ، وإنما يفيد فقط أن البنك يستطيع الرجوع في التزامه طالما لم يصل المستفيد ، ولم يعلم به ، حيث لا يتعلق حقه به إلا بعلمه بمافيه »^(٣).

* * *

(١) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥٩ .

(٢) الاعتماد المستندي ، محمد ديب ، ص ١١٧ .

(٣) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٩٨ ؛ وانظر في هذا

المعنى الاعتماد المستندي ، محمد ديب ، ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

المبحث الثالث

أقسام الاعتماد المستندي

١ - ينقسم الاعتماد المستندي بالنظر إلى لزومه قسمين :

أ - اعتماد غير قطعي (قابل للنقض).

ب - اعتماد قطعي (غير قابل للنقض)^(١).

وفي هذا تقول (م ١ أ) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية :

« تكون الاعتمادات إما قابلة للنقض أو غير قابلة للنقض ».

وتوجب (م ١ ب) النص على ذلك فتقول :

« ولهذا يجب النص صراحة في كافة الاعتمادات عما إذا كانت قابلة للنقض أو غير قابلة للنقض ».

وتبين (م ١ ح) ما يصار إليه عند غياب النص فتقول :

« وفي حالة غياب نص من هذا القبيل يعتبر الاعتماد قابلاً للنقض ».

وتوضح (م ٢ و م ٣) الفرق بينهما إذ جاءت (م ٢) مبينة للأول وفيه

(١) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ١٥؛ الاعتماد

المستندي، محمد ديب، ص ٨٢ - ٨٧؛ خطابات الاعتمادات المستندية،

علي حسن سالم، ص ٢٧ - ٢٩.

تقول : « يمكن تعديل أو إلغاء الاعتماد القابل للنقض في أية لحظة دونما حاجة لإشعار المستفيد مسبقاً » .

وجاءت (م٣) موضحة للثاني وفيه تقول :

« يشكل الاعتماد غير القابل للنقض تعهداً ثابتاً يلتزم به المصرف فاتح الاعتماد بشرط احترام شروط الاعتماد . . . » .

٢- وباعتبار قوته ينقسم قسمين :

أ- اعتماد مؤيد (معزز) .

ب - اعتماد غير مؤيد (غير معزز)^(١) .

وبيان ذلك :

أن المستفيد من الاعتماد عادة ما يبلغه بالاعتماد مصرف آخر في بلده غير المصرف الذي فتح الاعتماد، وهذا المصرف المبلغ الذي في بلد المستفيد لا يخلو من أحد حالين :

١- إما أن تكون مهمته تبليغ المستفيد فقط، ولا يتحمل مسؤولية فوق هذا .

٢- وإما أن يطلب منه فوق التبليغ تعزيز وتأييد الاعتماد، فإن رضي

(١) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ٢٢-٢٣ ؛ الاعتماد المستندي، محمد ديب، ص ٨٨-٩٠ ؛ خطابات الاعتمادات المستندية، علي حسن سالم، ص ٣٠ .

ذلك كان معززاً للاعتماد، وتحمل تجاه المستفيد ما يتحمله البنك الفاتح، وقد جاءت (م ٣ب) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية موضحة ذلك ونصها:

« يمكن تبليغ المستفيد باعتماد غير قابل للنقض بواسطة مصرف آخر دوغما التزام من جانب هذا الأخير، إلا أنه عندما يقوم المصرف الفاتح للاعتماد بتحويل مصرف آخر، أو يطلب إليه تعزيز اعتماده غير القابل للنقض، ويقوم هذا الأخير بذلك فإن هذا التعزيز يشكل التزاماً ثابتاً على المصرف الذي يعزز يضاف إلى إلزام المصرف الفاتح للاعتماد... ».

٣- ومن جهة المستفيد ينقسم الاعتماد إلى قسمين :

أ- اعتماد غير قابل للتحويل^(١)، أي لا يمكن المستفيد أن يحوله لصالح مستفيد آخر، وتوضح ذلك المادة (٤٦د) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية فتقول :

« لا يمكن تحويل الاعتماد إلا إذا ذكر فيه المصرف الفاتح للاعتماد صراحة بأنه قابل للتحويل... ».

ومنها يستفاد أن الأصل في الاعتماد أنه لا يقبل التحويل إلا إذا أضيف إليه ما يخرج عن هذا الأصل، وهو أن ينص فيه على أنه قابل للتحويل.

(١) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ٣١١. الاعتماد

المستندي، محمد ديب، ص ٩٣.

ب- اعتماد قابل للتحويل^(١) : وفيه يمكن المستفيد الأول أن يحول حقه من الاعتماد جزئياً أو كلياً لمصلحة مستفيد أو أكثر، وقد جاءت بشأن ذلك (م٤٦أ) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، وهذا نصها :

« الاعتماد القابل للتحويل هو الاعتماد الذي يحق بموجبه للمستفيد أن يعطي تعليمات إلى المصرف المخول بالدفع والقبول أو إلى مصرف آخر مخول بالشراء بوضع الاعتماد كلياً أو جزئياً تحت تصرف فريق ثالث واحد أو أكثر ».

* * *

(١) انظر المرجعين السابقين .

المبحث الرابع

خصائص الاعتماد المستندي

معلوم أن الاعتماد المستندي إنما جاء لتوثيق حق المستفيد الناجم من عقد البيع إذ ذاك غرضه، فهو بهذا تبع للبيع، لكن النظام صله عنه ليحقق بذلك نتائج لا يحققها قبل الفصل، وقد جاءت بهذا (م ح) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية إذ تقول:

« الاعتمادات - بطبيعتها - تعتبر عمليات تجارية مستقلة عن عمليات البيع أو العقود الأخرى التي قد تستند عليها، ولا تعتبر المصارف بأي حال ذات علاقة بهذه العقود أو الالتزام بها ».

ويوضح هذا الفصل علي جمال الدين عوض في عدة مواضع من كتابه فيقول:

« قدمنا أن أهم ما يختص به الاعتماد القطعي أنه يعطي المستفيد منه أقصى ضمان، وذلك بسبب استقلال التزام البنك عن عقد فتح الاعتماد، واستقلاله عن عقد البيع، فعلاقة المستفيد بالبنك منفصلة عن علاقة البنك بعميله المشتري، وهو استقلال لازم، ولكنه لا يكفي البائع، إذ هو يريد كذلك أن يلقي على المشتري مخاطر العملية التجارية أي البيع بحيث لا يتعطل حقه في مواجهة البنك لأي سبب يدعيه المشتري ناشيء من تنفيذ البيع، ومن هنا وجب أن تستقل علاقة البائع بالبنك كذلك عن

عقد البيع وعمليات تنفيذه...»^(١).

ثم يبين هذا الاستقلال في موضع آخر فيقول :

« وهكذا فإن عقد الاعتماد وإن كان في الحقيقة عبئاً على المشتري ،
وثمرته للبائع ، وإن لم يعقده المشتري إلا لتسوية البيع ، لكنه منقطع
الصلة بحق البائع ، وبالتزام البنك الناشيء من خطاب الاعتماد الذي
أرسله إلى البائع بوصفه مستفيداً منه»^(٢).

ثم يبينه في موضع غيره قائلاً :

« ويترتب على ذلك أن البائع لاحق له ضد البنك إلا إذا نفذ شروط
الخطاب المرسل إليه من البنك فإذا لم ينفذ أحد شروطه لم يكن له مطالبة
البنك ولو أثبت أنه نفذ شروط عقد البيع ، وبالعكس لو نفذ شروط
الاعتماد كان على البنك أن يدفع ، ولو كانت هذه الشروط مخالفة لعقد
البيع»^(٣).

ثم يبين الأساس الذي بناء عليه يطالب المستفيد المصرف بأداء قيمة
الاعتماد فيقول :

« ولهذا يقوم النظام على أن البائع يطلب إلى البنك دفع المبلغ لا
بوصفه ثمناً وبوصف المشتري مديناً به ، أي لأن البائع قد نفذ التزاماته

(١) و (٢) و (٣) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٩٤ ، ٩٥ ،

كاملة فأصبح من حقه أن يطلب قبض الثمن، بل بوصفه صاحب حق - غير ناشيء من عقد البيع لأن البنك ليس طرفاً في هذا العقد الأخير - وإنما من تعهد البنك الصادر في خطاب الاعتماد، ولهذا لا يكون للمبلغ المطلوب وصف الثمن، وبهذا النظر تزول غرابة الموقف الناشيء عن حق المستفيد في المطالبة بقبض المبلغ الممثل للثمن في حين أن المشتري قد يكون - لسبب ما - غير ملزم بوفاء الثمن، فالمستفيد إذن لا يلزمه أن يثبت للبنك أنه نفذ التزامه كما يقضي به عقد البيع، بل إن البنك يعجز عن التحقق من ذلك لأن الغرض أنه يجهل عقد البيع، لذلك استقر العرف على أن المرجع في مراقبة البائع في تنفيذ التزاماته في نظر البنك هو خطاب الاعتماد، وليس عقد البيع، فخطاب الاعتماد هو وحده الذي يحكم علاقة البنك بالبائع^(١).

قلت : وهذا الفصل بين ما يفترض أن يكون موصولاً يسمى لدى القانونيين بالتجريد، وسيأتي الكلام عنه في مبحث لاحق^(٢)، وقبل أن أغادره أوضح بعض مظاهره في الاعتماد المستندي ومنها :

أ - أن المستندات هي محل نظر المصرف في الاعتماد المستندي دون البضاعة إذ البضاعة محل عقد البيع، والاعتماد مستقل عن البيع، وقد جاءت بذلك (م ١٨) من الأعراف والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية ونصها :

(١) المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٢) انظر ص ٤٨٩ وما بعدها من هذه الرسالة.

« في عمليات الاعتمادات المستندية يتم التعامل بين كافة الأطراف ذات العلاقة بالمستندات ليس بالبضائع ».

وحيث أن هذه المادة عامة لاتبين الكيفية التي ينبغي أن يكون عليها التعامل في المستندات فقد جاءت (م ٨ ج ، م ٩) لبيان ذلك .

« وإذا وجد المصرف الذي أصدر الاعتماد عند استلامه للمستندات أنها لاتبدو مطابقة ظاهرياً مع شروط وتفاصيل الاعتماد ، فعليه في هذه الحالة أن يقرر بناء على تلك المستندات وحدها ما إذا كان سيعترض على أن الأداء أو القبول أو الشراء لم تتم وفقاً لشروط وتفاصيل الاعتماد » (م ٨ ج) .

وهذه المادة تفيد أمرين :

أولهما : أن نظر المصرف في المستندات مقصور على ظاهرها دون النظر إلى غيره - وستأتي (م ٩) لبيان ذلك بشكل مفصل - .

وثانيهما : أن المصرف إذا حصل لديه شك في المستندات من حيث الظاهر فإنه لا يستعين بأمر خارج المستندات لتفسير ذلك فلا ينظر إلى واقع البضاعة مثلاً لبيان ذلك ، ولا إلى عقد البيع .

هذا عن (م ٨ ح) وما تقتضيه أما (م ٩) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ، فقد بينت حدود مسؤولية المصرف نحو المستندات على نحو أكبر مما بينته سابقتها وهذا نصها :

« لا تتحمل المصارف أية تبعة أو مسؤولية فيما يتعلق بشكلية أو كفاية أو دقة أو صحة أو زيف أو أي أثر قانوني لأي من المستندات ، وكذلك فيما يتعلق بالشروط العامة أو الخاصة المثبتة في هذه المستندات أو المضافة عليها ، كما لا تتحمل تبعة ومسؤولية المواصفات أو الكمية أو الوزن أو النوعية أو الحالة أو التغليف أو التسليم أو القيمة أو وجود البضاعة التي تمثلها المستندات أو فيما يتعلق بحسن النية أو التصرف أو الإهمال أو المقدرة على أداء الدين أو الوفاء بالالتزامات أو المركز المالي للمرسل أو للناقلين أو المؤمنين على البضائع أو أي شخص آخر مهما كان ».

قلت : ومما تقدم يتبين أن المصرف ليس مسؤولاً عن صحة المستندات في نفس الأمر ، ولا عن مطابقتها لواقع البضاعة ، بل ولا عن وجود البضاعة أصلاً ، وكل ما هو مسؤول عنه هو سلامة المستندات ظاهرياً فقط .

ب- المظهر الثاني من مظاهر التجريد في الاعتماد المستندي أن الاعتماد لا يتبع عقد البيع في صحة أو بطلان ، ومرد ذلك إلى (م ج) من الأعراف والأصول الموحدة للاعتمادات المستندية ، والتي تقدم نقلها بنصها ، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض :

« لذلك يرى الفقه الراجح أن انعدام البيع أو بطلانه لا يبرر رفض البنك تسوية الثمن طبقاً لشروط الخطاب ، ما لم يصدر به حكم قضائي إذ

يأمن بذلك البنك أية مطالبة يرفعها ضده البائع»^(١).

كان ماتقدم بيان لتجريد الاعتماد المستندي من عقد البيع، ومظاهر ذلك في الاعتماد، أما عن السؤال عن الغرض من ذلك، والمصلحة منه فستتضمن إجابته الفقرة التالية:

* * *

(١) المرجع السابق، ص ١٠٨.

المبحث الخامس

أهداف، وفوائد الاعتماد المستندي

للاعتناء المستندي أهداف وفوائد بعضها يتعلق بالبائع ، وبعضها يتعلق بالمشتري ، وبعضها يتعلق بالمصرف ، واليك بيان كلٌّ :

أولاً - أهداف الاعتماد ، وفوائده المتعلقة بالبائع (المستفيد) :

١ - توفير الأمان للبائع من خلال طمأننته بأن سيقبض الثمن أياً كان مصير البيع^(١) ، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض :

« ولا تقتصر وظيفة الاعتماد على تسوية البيع ، بل إن له وظيفة جوهرية أخرى هي توفير الأمان للبائع ، وهذه تؤدي إلى ضرورة فصل البيع عن الاعتماد عند تنفيذ الاعتماد ، بحيث لا ينظر في التنفيذ إلى شروط البيع أو مصيره أو ظروف المشتري ، أو أي عنصر آخر خارج عن علاقة البائع بالبنك الذي وعد بتنفيذ الاعتماد ، فيظل خطاب الاعتماد هو المرجع الأول والأخير والوحيد في بيان حقوق والتزامات البائع والبنك دون نظر إلى أي عنصر آخر خارج عنه لأن هذا الحكم وحده هو الذي يحقق الطمأنينة التي يستهدفها البائع من الاعتماد »^(٢) .

(١) المرجع السابق ، ص ٩ ، خطاب الاعتمادات المستندية ، علي حسن سالم ، ص ١٣ .

(٢) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٩ ، ص ٩٥ ، ٩٦ .

ويقول في موضع آخر من كتابه : « ولكن تسوية البيع بطريق الاعتماد المستندي وسيلة يستهدف بها البائع حماية أقوى من مجرد استقلال التزام البنك أمامه عن عقد الاعتماد فهو يسعى إلى قلب عبء مخاطر العملية التجارية، ونقله إلى المشتري، وإلى قبض الثمن بشكل أكيد ومطلق، وفي موعد أقرب ما يكون إلى تنفيذه التزاماته، والسبيل إلى ذلك لا يكون إلا بفصل حقه في مواجهة البنك تماماً عن عقد البيع بحيث يكون تنفيذ البنك وعده متوقفاً فقط على قيام البائع بتنفيذ ماطلبه البنك في خطاب الاعتماد، ودون نظر إلى عقد البيع^(١) » .

ويقول أيضاً : « وبعبارة أخرى يهدف الاعتماد المستندي كما قدمنا إلى تمكين البائع من استيفاء الثمن بمجرد تقديمه المستندات الدالة على تنفيذه التزامه وبطريقه تؤمنه ضد إعسار المشتري أو عدم أمانته أو ظروف تعرقل وفاء الثمن، ولا يتحقق هذا الغرض إلا بتعهد البنك شخصياً بالوفاء للبائع بمجرد تقديمه المستندات أيأ كان موقف المشتري^(٢) » .

ويقول أيضاً : « وهكذا يكون البائع في مأمن من رفض البنك تنفيذ الخطاب استناداً إلى أن عقد الاعتماد الذي بينه وبين المشتري قد فسخ، أو أنه أنهى علاقته بالمشتري، أو أن حقوقه قبل المشتري أصبحت مهددة

(١) المصدر السابق نفسه .

(٢) انظر المرجع السابق، ص ٩٤-٩٥، ص ٧-١-١٠٨ .

بسبب إفلاسه ، كل هذه الأسباب الخارجة عن الخطاب لا تمس حق البائع المستمد من تعهد البنك المدون في الخطاب وحده»^(١) .

ويقول منتقداً رأياً مفاده جعل الاعتماد تبعاً للبيع في البطلان والإنعدام :

« وعيب هذا الرأي أنه يتجاهل أن الاعتماد لا يهدف فقط إلى تسوية التزام الثمن ، بل كذلك إلى إعطاء البائع ضماناً لا يتحقق إلا بالفصل التام بين التزام البنك وعقد البيع ، والا انتهى الأمر إلى نتيجة غير مقبولة إذ يكون للبنك أن يرفض التنفيذ كلما احتتمل أو توقع سبباً لانعدام أو بطلان أو فسخ البيع ، وذلك غير مقبول لأن مصير العقد أمر لا يمكن لأحد أن يتوقعه على وجه التأكيد»^(٢) .

ويقول معلقاً على مسألة عدم جواز عرض المستندات على شروط عقد البيع نظراً للاستقلال بين الاعتماد وعقد البيع :

« وحتى لو علمها - يعني شروط البيع - فإن النظر فيها من جانب البنك يتعارض مع وظيفة الاعتماد المستندي الذي يستهدف به البائع ليس فقط تحصيل حقه بل كذلك تحصيله بسرعة بحيث لا يجمد رأس ماله ، والربط بين تنفيذ البيع ، وتنفيذ الاعتماد يفتح الباب للتأخير . . . ، ومن هنا رسخ مبدأ استقلال الاعتماد عن البيع استقلالاً تاماً ، كما استقر مبدأ استقلاله عن عقد الاعتماد ، وهما مبدأان لازمان كي يؤدي الاعتماد

وظيفته التي نشأ وازدهر بسببها»^(١).

قلت : ومما تقدم نقله يتبين أن الاعتماد المستندي ، وما تضمنه من خصائص إنما هو لحظ المستفيد (البائع) يئد أنه عبء على العميل (المشتري) ، ورغم ذلك فإن الكتاب في عمليات البنوك يعدونه ذا فائدة للمشتري (العميل).

٢- ومن فوائده للمستفيد البائع أنه يمكنه من قبض ثمن البضاعة بسرعة ، وبذلك يحصل السيولة النقدية التي قد يحتاجها لتمويل عمليات أخرى^(٢).

وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض : « . . . يستهدف به البائع ليس فقط ضمان تحصيل حقه بل كذلك تحصيله بسرعة بحيث لا يجمد رأس ماله . . . »^(٣).

قلت : وهذا الغرض يتحقق من خلال فصل عقد الاعتماد عن عقد البيع كما تقدم ، وهو لمصلحة المستفيد.

٣- في الاعتماد المستندي يبقى المشتري بعيداً عن موطن البائع ، وفيه مصلحة للبائع إذ يكون المشتري بعيداً عن منافسيه من المنتجين والوسطاء

(١) المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) المرجع السابق، ص ١١٥ ، خطاب الاعتمادات المستندية، علي حسن سالم، ص ١٣.

(٣) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ١١٥.

في بلده، ويظل بهذا نظر العميل مقصوراً على البائع دون غيره^(١).

ثانياً - فوائد الاعتماد المستندي المتعلقة بالعميل (المشتري) :

تقدم في الفقرة السابقة بيان أهداف وفوائد الاعتماد المتعلقة بالمستفيد (البائع) وتبين من خلال ماتقدم نقله أن كل ما تضمن منها فائدة للمستفيد فإنه بالمقابل يتضمن ضرراً بالعميل، لكن كتأب عمليات البنوك اعتبروه ذا فائدة للعميل، وذكروا له فوائد سأوردها هاهنا، أما تمحيصها، وموازنتها بما يقابلها من ضرر فسيأتي في مبحث الجانب الفقهي، والفوائد التي ذكروها هي :

١- أنه يحمي المشتري (العميل) نظراً لأنه لا يدفع الثمن - بواسطة البنك - إلا إذا قدم البائع المستندات الدالة على حسن تنفيذه التزامه^(٢).

٢- أنه يمكن العميل (المشتري) من بيع البضاعة والتصرف فيها قبل وصولها عن طريق مستنداتها^(٣).

٣- أنه يفيد المشتري (العميل) من خلال ما يقدمه المصرف له من تسهيلات مصرفية - « قرض » - مضمونة بالبضاعة والمستندات، إذ لا يقوم المشتري بدفع الثمن إلا عند تسلمه المستندات من المصرف^(٤).

(١) الاعتماد المستندي، محمد ديب، ص ٧٦.

(٢) و (٣) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ٩، ١٢، خطاب

الاعتمادات المستندية، علي حسن سالم، ص ١٤.

(٤) العقود، وعمليات البنوك التجارية، علي البارودي، ص ٣٧٣، خطابات =

٤- وثمة فائدة رابعة وهي للمشتري والبائع على حد سواء - كما يقولون - وهي حماية كل من الطرفين من سوء نية الطرف الآخر، ويوضح ذلك علي جمال الدين عوض بقوله:

« ومن المناسب أن نوضح هنا المقصود بما ذكرناه من أن الأساليب التقليدية الأخرى لا تكفي لتحقيق هذه الحماية التي يسعى نظام الاعتماد المستندي إلى تحقيقها، فالكفالة كما ينظمها القانون المدني لا تحمي الدائن من سوء نية المدين لأن للكفيل أن يتمسك على المستفيد بالدفع المستمدة من العقد المنشئ للدين المضمون، فضلاً عن أن الكفيل لا يدفع للدائن إلا متى تأكد من استحقاق الدين المضمون بسبب تخلف المدين، ولهذا فهو لا يدفع إلا بعد إخطار المدين، ومتى اعترض هذا الأخير على الدفع امتنع الكفيل عنه»^(١).

قلت: وكما تقدم يتضح أن حماية كل من الطرفين من سوء نية الآخر كامن في فصل الاعتماد عن عقد البيع (التجريد)، وسيأتي الكلام على ذلك في مبحث لاحق^(٢).

ثالثاً - أهداف، وفوائد الاعتماد المتعلقة بالمصرف^(٣):

= الاعتمادات المستندية، علي حسن سالم، ص ٢٢.

(١) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ١٣.

(٢) انظر ص ٤٨٩ من هذه الرسالة.

(٣) دراسات في الاعتماد المستندي، حيدر أحمد الأمين، ص ١٩.

- ١- أنه يكسب المصرف عملاء جددًا، وودائع جديدة، مما يزيد في سيولة المصرف النقدية التي يسخرها في استثماراته المختلفة.
- ٢- أنه يُفيد المصرف نسبة التأمين النقدي التي يدفعها العملاء مقدماً عند فتح الاعتماد، ومن ثم تبقى لدى المصرف لفترات طويلة تمكنه من الاستفادة منها بإقراضها، واستثمارها بالطريقة التي يراها.
- ٣- أنه يفيد المصرف عمولة فتح الاعتماد، وتبليغه، وتعزيزه، وتعديله، وغير ذلك من العمولات الأخرى.
- ٤- أنه يفيد المصرف فروق الأسعار الناجمة من تحويل مبالغ الاعتمادات للمستفيدين.

* * *

المبحث السادس

آثار الاعتماد المستندي

للاعتناء المستندي آثار بعضها متعلقة بالمصرف وبعضها متعلقة بالعميل (الأم)، وهذا بيانها :

أولاً - الآثار التي متعلقها العميل ^(١) :

١ - الإبقاء على أوامره بفتح الاعتماد لصالح المستفيد، وعدم التراجع في ذلك حتى لا يضر بالمصرف الذي التزم أمام المستفيد بموجب خطاب الاعتماد.

٢ - تقديم الضمانات والمؤونة النقدية إلى المصرف، وذلك أن المصرف يطلب غطاء نقدياً يمثل جزءاً من قيمة البضاعة، كما أنه يرهن البضاعة عن طريق مستنداتها، وغير ذلك.

٣ - دفع العمولة للمصرف : إذ الأمر ملزم بدفع العمولة للمصرف مقابل فتحه الاعتماد، حتى لو لم ينفذه مادام عدم تنفيذه ليس بسبب المصرف.

(١) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ٩٢-٨٤، ٦١، ٦٢، ٢٦٧، الاعتماد المستندي، محمد ديب، ص ١٠٣-١٠٤. الاعتمادات المستندية، يوسف أحمد الجعلي، ص ٥٢-٥٣، ١١٥، ١١٦.

٤- رد المبالغ التي أنفقها المصرف في سبيل تنفيذ الاعتماد مضافاً إليها الفائدة المتفق عليها، وعمولة المصرف المراسل.

ثانياً - الآثار التي متعلقها المصرف ^(١) :

- ١- التزام تعليمات الأمر حرفياً، ومخالفة المصرف لذلك تلزمه أمام المستفيد لكنها غير ملزمة للعميل.
- ٢- تبليغ المستفيد بالاعتماد، وعدم الرجوع فيه إن كان قطعياً.
- ٣- فحص المستندات عند استلامها من المستفيد للتأكد من تقديمها وقت سريان الاعتماد، وللتأكد من سلامتها، واستيفائها للشروط.
- ٤- تنفيذ الاعتماد بعد ذلك وسداد قيمة البضاعة للمستفيد.

* * *

(١) المصدر السابق نفسه.

المبحث السابع

انقضاء الاعتماد المستندي

ينقضي الاعتماد المستندي بأمر منها^(١) :

١- الوفاء : فإذا وفى المصرف للمستفيد مبلغ الاعتماد فقد انتهت المهمة المناطة به ، ويكون الوفاء إما بالأداء نقداً للمستفيد أو بطريق خصم الكمبيالة أو قبولها^(٢) .

٢- الغاء الاعتماد : وهذه لا تتم إلا بموافقة الأمر والمصرف والمستفيد وبخاصة إذا كان الاعتماد قطعياً .

٣- انتهاء مدة الاعتماد : إذ الاعتماد له مدة محددة ينتهي الاعتماد المستندي بانتهائها .

* * *

(١) الاعتمادات المستندية ، يوسف الجعلي ، ص ١٠٥ .

(٢) سيأتي بيان ذلك عند الحديث عن الكمبيالة ، فانظره ص ٥٧٦ - ٥٧٨ من هذه الرسالة .

القسم الثاني: الجانب الشرعي

في القسم الأول تناولت بيان الاعتماد المستندي من ناحية مصرفية، وبعد هذا البيان أحسب أن المقام قد تمهد لبيان أحكام الاعتماد المستندي من ناحية شرعية فألى هنالك، ضمن ما يحتويه هذا القسم من مباحث، هي ما يلي :

المبحث الأول : تخريج الاعتماد المستندي، وما يتعلق به .

المبحث الثاني : النظر في عائد الاعتماد المستندي .

المبحث الثالث : النظر في موضوع الاعتماد المستندي .

المبحث الرابع : النظر في مسائل تصاحب الاعتماد المستندي .

المبحث الخامس : حكم الاعتماد المستندي .

المبحث الأول

تخريج الاعتماد المستندي، وما يتعلق به

مقدمة :

إن الحكم على الاعتماد المستندي، وما يتعلق به من مسائل لا يتأتى إلا بعد معرفة حقائقها، وهذا يتطلب تخريجها وهو ما عقد هذا المبحث لبيانها في مطلبين :

أولهما : في تخريج الاعتماد المستندي .

وثانيهما : في تخريج مايتعلق به من ضمانات فإلى بيان كلٍّ منهما .

المطلب الأول : تخريج الاعتماد المستندي :

خُرج الاعتماد المستندي تخريجات عدة منها ماله نصيب من النظر ، ومنها ماليس كذلك ، وفي هذا المبحث سأنتقي من التخريجات ما أرى له وجهاً ، ونصيياً من النظر - وإن لم يكن صواباً في نظري - ومن ثم أقوم بمناقشته لأخلص في النهاية إلى ترجيح التخريج المختار من بين تلك التخريجات ، وسيكون هذا المبحث في المقاصد الآتية :

المقصد الأول : تخريج الاعتماد المستندي على أنه وكالة ومناقشته .

المقصد الثاني : تخريج الاعتماد المستندي على أنه حوالة ومناقشته .

المقصد الثالث : تخريج الاعتماد المستندي على أنه ضمان ومناقشته .

المقصد الرابع : رأيي في الموضوع .

المقصد الأول : مناقشة تخريج الاعتماد المستندي على أنه وكالة :

الذين خرجوا الاعتماد المستندي على أنه وكالة انقسموا إلى فريقين :

أ- فريق لم يعول على الغطاء^(١) في تخريجه بل عدّه وكالة مطلقاً غطي أو لم يغط

ب- وفريق عول على الغطاء فعدّ الاعتماد المستندي وكالة من جهة علاقة المصرف بالعميل إن كان مغطى بالكلية ، أمّا من جهة علاقة

(١) المقصود بالغطاء هو ما يدفعه العميل للمصرف عند فتح الاعتماد من نقود على وجه التأمين (التوثيق).

المصرف بالمستفيد فهو كفالة بكل حال ، غُطِّيَ أولم يغطَّ .

مناقشة الفريق الأول : الذين خرجوا الاعتماد المستندي على أنه وكالة مطلقاً^(١) مستندهم في هذا هو أن العميل قد فوض المصرف نيابة عنه بأداء حق المستفيد عند تحقيق شروطه ، كما أنه قد فوضه بفحص المستندات ، والتأكد من مطابقتها لشروط عقد الاعتماد .

قلت : وهذا التخريج غير سلم لهم من جهة النظر في حقيقة الوكالة ، ومن جهة النظر في حقيقة الاعتماد ، إذ الوكالة في حقيقتها ماهي إلا تفويض ، وإثابة في الأداء دون التحمل ، ولذا عرفت بأنها :
« استنابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابة »^(٢)

ومنه تعلم خلوّ ذمة الوكيل من الحق المستقر في ذمة الموكل ، وأن كل ما فوض إليه ، وأنيط به هو أدائه لاحتمله ، فهو يعمل لحظ الموكل إذن ويؤدي عنه لا عن نفسه لخلوّ ذمته ، وليس ذلك كذلك في الاعتماد المستندي ، إذ المصرف يلتزم فيه ويتحمل الحق الذي انشغلت به ذمة العميل (الآمر) على وجه لا يبرأ به العميل ، وحينئذ يكون حق المستفيد قد

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية ، سامي حمود ،

ص ٣٠٦ ، موقف الشرعية من المصارف الإسلامية المعاصرة ، عبد الله

عبد الرحيم العبادي ، ص ٣٠٠ - ٣٠٦ ، الأعمال المصرفية والإسلام ،

مصطفى الهمشري ، ص ٢١٨ ، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ،

٥/ ٥٠٣ ، مجلة البحوث الإسلامية ، العدد الثامن ، ص ١٤٦ ، الموسوعة

الفقهية الكويتية ، ١٠ ، نموذج ٣ ، ص ٢٤٣ .

(٢) مطالب أولي النهي ، ٣/ ٤٢٨ .

استقر في ذمتين ذمة العميل ، وذمة المصرف ، وهذا يخالف حقيقة الوكالة .

وقد يرد قولي هذا بأن الحق الذي التزمه المصرف في ذمته للمستفيد بموجب الاعتماد المستندي ليس هو الحق الذي استقر في ذمة العميل بموجب عقد البيع ، فالأول سببه عقد الاعتماد ، والثاني سببه عقد البيع ، وقد فصل القانون بينهما ، وإجابة عنه أقول :

إننا نناقش المسألة من جهة شرعية ، والشرع له أحكامه ، واعتباراته وافقها القانون أو خالفها ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن ما تعهد به المصرف للمستفيد من مال إنما هو ثمن البضاعة ، وسببه عقد البيع إذ هو توثيق لحق البائع ، فعلم التلازم بينهما سواء اعتبره القانون أو لم يعتبره ، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض :

« مادام المقصود من الاعتماد هو تسوية البيع فالعلاقة الواقعية أو الاقتصادية بين الاعتماد والبيع مفهومة ، فالاعتماد لا يقوم استقلالاً... »^(١) .

قلت : وسيأتي مزيد بيان لهذه المسألة - أعني مسألة فصل عقد البيع عن عقد الاعتماد - في مبحث التجريد^(٢) .

ومما تقدم يتضح أن الحق الذي تحمله المصرف بموجب الاعتماد المستندي إنما هو الحق الذي تحمله المشتري بموجب عقد البيع ، وبه يتبين

(١) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٩ .

(٢) انظر ص ٤٨٩ وما بعدها من هذه الرسالة .

بَعْدَ القول القائل بأن العميل وكل المصرف بالأداء للمستفيد، إذ التزام المصرف على الوجه المتقدم ليس وكالة بالأداء فقط، بل تحمل لحق المستفيد، وليس الوكالة كذلك.

أما ما يظن من أن الاعتماد المستندي وكالة من جهة أن العميل قد فوض إلى المصرف فحص المستندات والتأكد منها فيجاء عنه بأن فحص المستندات ليس هو كل موضوع الاعتماد لكنه جزء منه، ثم إنه جزء تابع فلا يستقل بحكم، بيان ذلك:

أن الأصل في الاعتماد المستندي هو ضمان حق البائع^(١) لكن ذلك مشروط بتقديم مستندات من طرفه، فكانت المستندات بهذا جزءاً من الاعتماد المستندي، وكان نظر المصرف في المستندات والحال ما ذكر من مقتضيات الضمان، إذ مقتضى الضمان الأداء، والأداء متوقف على هذا الشرط، ففحص المستندات فيما هذا سبيله إنما هو تحقيق للضمان، وعمل بشرطه، فهو أمر تابع لا يستقل بحكم، ولا يفرغ العقد من حقيقته.

أما ما ذكره بعضهم من أوصاف في الاعتماد المستندي رأى أنها تناسب هذا التخريج وهي:

١- نهائية الالتزام، وعدم قبول الرجعة فيه من جانب الوكيل (المصرف) لأن الوكيل بأجر يجبر على القيام بما وكل فيه.

(١) وقد تقدم بيانه بما لا يحتاج إلى مزيد عند الحديث عن خصائص الاعتماد، ص ٣٩٠، وعند الحديث عن فوائده للمستفيد، ص ٣٩٦ من هذه الرسالة.

٢- عدم مساءلة المصرف بعد قيامه بالدفع وفق شروط الاعتماد مهما تكن حال البيع إذ لا شأن للمصرف بذلك فإن الوكيل بالاقباض ليس وكيلاً في عقد مالي فلا عهدة عليه كالرسول .

٣- نهائية الالتزام من جانب الأمر ، وهو المشتري على أساس أنه توكيل تعلق به حق الغير ، فيجانب عنه :

بأن هذه الأوصاف غير مؤثرة في التخريج إذ لا تعود إلى حقيقة العقد، يدل لذلك أن نهائية الالتزام قدر مشترك بين عقود عدة ، فالكفالة عقد لازم ، والحوالة عقد لازم ، والوكالة إذا تعلق بها حق الغير عقد لازم ، وغير ذلك من العقود كثير ، ولا يمكن أن يقال بأن الكفالة وكالة نظراً لاشتراكهما في وصف اللزوم .

وحيث أن ما ذكر من أوجه اتفاق بين الاعتماد المستندي ، والوكالة خارجة عن حقيقة العقد ، وحيث أن الفارق بين الاعتماد المستندي والوكالة راجع إلى حقيقة العقد - كما تقدم بيانه - فإن الحكم لما تعلق بحقيقة العقد من وصف ، وإذا كان الفارق هو المتعلق بحقيقة العقدين فإن الاعتماد المستندي يفارق الوكالة لهذا الاعتبار .

مناقشة الفريق الثاني : بعض المعاصرين خرج الاعتماد المستندي على أنه وكالة من جهة علاقة المصرف بالعميل إذا كان الاعتماد المستندي مغطى غطاء كلياً ، أمّا من جهة علاقة المصرف بالمستفيد فهو كفالة بكل حال ، وفي هذا يقول : « فالاعتماد المستندي المغطى غطاء كلياً يكون

المصرف في هذه الحالة وكيلاً عن فاتح الاعتماد، وإن كان كفيلاً بالنسبة للمصدر الذي يُعتبر مكفولاً له، غير أن المصرف يأخذ عمولة تُعد أجراً أو جعلاً عن وكالته لا عن كفالته»^(١).

ومستنده في هذا أن المصرف قام بالأداء للمستفيد نيابة عن العميل قلت : ويجب عن هذا من وجوه :

الوجه الأول : بالنظر إلى حقيقة الوكالة، وحقيقة الاعتماد المستندي إذ المصرف في الاعتماد المستندي يتحمل حق المستفيد سواء أدى العميل للمصرف أو لم يؤد له، وهذا يخالف حقيقة الوكالة، ولزيد من البيان أوضح ذلك بالمثال فأقول :

هب أن زيدا فتح اعتماداً مستندياً لدى المصرف (س)، لصالح المستفيد عمرو، ثم إن زيدا أعطى كامل قيمة الاعتماد المستندي للمصرف (س) مقدماً قبل أن يؤدي المصرف (س) للمستفيد (عمرو) شيئاً، ولنفترض أن ما قدمه زيد للمصرف (س) من غطاء تلف دون تعد من المصرف (س)، ففي حال الوكالة لم يعد للمستفيد (عمرو) حق على المصرف (س) لتعلق حق المستفيد (عمرو) بالمال الذي وكل المصرف (س) بأدائه له، وقد تلف فانتتهت الوكالة تبلغه إذ الوكالة تنتهي بانتهاء الموكل فيه، وبذلك يبرأ المصرف (س) من حق المستفيد (عمرو)، أما في حال الكفالة فإن حق المستفيد (عمرو) على المصرف (س) يظل قائماً إذ متعلقه

(١) الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، علي السالوس، ص ١٦٠.

ذمة المصرف لا الغطاء الذي قدمه العميل للمصرف ، وبهذا لا يبرأ المصرف (س) من حق المستفيد (عمرو) بل يظل ملزماً بالأداء له بصرف النظر عن الغطاء من عدمه .

ومعلوم أن المصرف يتحمل حق المستفيد بموجب عقد الاعتماد ، ويلتزم بالأداء له بقطع النظر عما يقدمه العميل للمصرف من غطاء ، وهذه حقيقة الكفالة .

الوجه الثاني : مادام أصحاب هذا القول اعتبروا الاعتماد المستندي المغطى كلياً كفالة من جهة علاقة المصرف بالمستفيد فإن للكفالة أركاناً لا تقوم بدونها ، فما هي هاهنا؟

فإن قالوا أركانها : الكفيل وهو (المصرف) ، والمكفول له ، وهو (المستفيد) ، والمكفول عنه ، وهو (العميل) ، والمكفول به ، وهو (حق البائع على المشتري) ، قلت : ها قد أصبح العميل ركناً في الكفالة إذ هو المكفول عنه ، وبهذا لم تعد الكفالة مقصورة على علاقة المصرف بالمستفيد ، لكنها شاملة الأطراف الثلاثة (العميل ، المصرف ، المستفيد) ، وعليه فعلاقة المصرف بالعميل كفالة أيضاً ، كيف لا ، وهو أحد أركانها ، أما ما يدفعه العميل للمصرف من غطاء فإنه لا يخرج العقد عن هذا المعنى ، يوضح ذلك الوجه الثالث .

الوجه الثالث : أنه لا تلازم بين الغطاء وجوداً ، وعدمياً من جهة ، وبين الكفالة والوكالة من جهة ثانية ، فقد يكون العقد كفالة رغم وجود

الغطاء ، وقد يكون وكالة رغم عدم الغطاء ، والذي يقتضي هذا أو ذاك حقيقة العقد كما أسلفت في الوجه الأول ، يدل لذلك ما تقدم نقله عن الفقهاء في هذا الموضوع ^(١) .

والمقصود من الإحالة إلى النقول المتقدمة أن الفقهاء ذكروا الضمان ، وذكروا من مسائله أن يدفع المدين للكفيل قبل أن يؤدي الكفيل للدائن ، ولم يدفعهم هذا إلى النظر في أصل العقد (الضمان) - كما فعل أصحاب هذا القول - وتقسيمه إلى شقين شق من جهة المدين والكفيل ^(٢) ويعدونه وكالة ، وشق من جهة الدائن والكفيل ، ويعدونه كفالة ، بل اعتبروا العقد ضماناً بكل حال ، وهذا واضح من عبارة ما تقدم نقله عنهم ، فمحل النظر عندهم ليس هو أصل العقد ^(٣) لكن حكم المال في يد الكفيل أهو أمانة أم اقتضاء ، ثم إن ما أرتأوه لهذا المال من حكم لم يفرغ عقد الضمان من حقيقته عندهم إذ هو تابع ، وما كان كذلك فإنه لا يفقد العقد الأصلي معناه ، ولذلك شواهد منها على سبيل المثال عقد المضاربة إذ يتضمن توكيلاً وإجارة ، ورغم هذا فهو عقد مستقل .

(١) انظر ص ٣١٠ - ٣١٢ من هذه الرسالة .

(٢) إطلاق لفظ الكفيل هنا من باب التجوز إذ أصحاب هذا القول في الاعتماد المستندي لا يعدون المصرف كفيلاً من جهة علاقته بالعميل ، لكنه كفيل من جهة علاقته بالمستفيد .

(٣) إذ أصل العقد عندهم كفالة ، وكون الأصل دفع المال للكفيل قبل أن يؤدي الكفيل عنه شيئاً لم يؤثر هذا على أصل العقد عندهم .

المقصد الثاني : مناقشة تخريج الاعتماد المستندي على أنه حوالة :

وقد خرج به بعضهم على أنه حوالة^(١) ومستندهم في هذا : أن المصرف أصبح بموجب الاعتماد مديناً أصلياً للمستفيد حل محل الأمر فبرئت بذلك ذمة الأمر .

المناقشة : قلت : وهذا التخريج غير مسلم من وجوه :

الوجه الأول : من جهة مبناه إذ مبناه غير صحيح ، فالعميل لا يبرأ من حق المستفيد ، ولا ينتقل الحق من ذمته إلى ذمة - المصرف بموجب الاعتماد ، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض : « كما أن الاعتماد ليس مجرد وسيلة للوفاء ، بل هو كذلك ضمان للبائع يسعى إليه لعدم اطمئنائه إلى نية وظروف المشتري ، ومثل هذا البائع لا يقبل افتراض نزوله عن حقه قبل المشتري »^(٢) .

ويقول في موضع آخر : « فإن قيام المشتري بفتح الاعتماد المطلوب لا يبرئه من دين الثمن ، ولا يعتبر البنك أنه حل محل المشتري في المديونية أمام البائع إلا إذا ظهر قصد قاطع لدى البائع في إبراء المشتري بمجرد

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ، مصطفى الهمشري ، ص ٢١٨ ، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، ٥ / ٥٠٣ ، المصارف ، معاملاتها ، وودائعها ، وفوائدها ، مصطفى أحمد الزرقا ، ص ١١ ، موسوعة الفقه الكويتية ، ح ١ ، نموذج ٣ ، ص ٢٤٣-٢٤٦ .

(٢) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥٤ ، ٥٥ .

الاعتماد، هو أمر نادر»^(١).

ثم يذكر طرفاً مما يترتب على عدم براءة المشتري فيقول: «ويترتب على ذلك أنه إذا تعذر على البائع اقتضاء حقه عن طريق الاعتماد من البنك استناداً إلى خطأ الاعتماد، كان له أن يطالب المشتري ببناء على عقد البيع... ثم يقول ولذا يكون كل من البنك والمشتري ملتزمين أمام البائع بالتزام تضامني لا تضامني، لأن دين كل منهما أمامه منفصل، ولكل منهما مصدر مستقل»^(٢).

ثم هو بناء على عدم براءة المشتري (العميل) بموجب الاعتماد المستندي، يوضح حكماً آخر، وهو مالوا تعذر على المستفيد اقتضاء حقه من المصرف بسبب راجع إلى المصرف فيقول: «وهذا يستتبع أنه لو أفلس البنك أثناء صلاحية الاعتماد أو أعلن أنه لن ينفذه - أي الاعتماد - كان للبائع أن يتقدم إلى المشتري بالمستندات مباشرة طالباً منه الوفاء»^(٣).

ثم يبين الحكم إذا تعذر على المستفيد اقتضاء حقه من المصرف لسبب راجع للمستفيد فيقول: «ما الحكم إذا ترك البائع مدة الاعتماد تنقضي دون أن يطالب البنك أو يقدم له المستندات؟

هل يكون له أن يرسل البضاعة ذاتها مباشرة إلى المشتري، ويطالبه بدفع الثمن؟

(١) و (٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق نفسه، ص ٥٦.

قيل إن العدل هو ذلك ما دام الثمن مقابل البضاعة ، وقيل إن هذا هو الأصل نظراً لاستقلال العقدين الذي يقضي أن انقضاء الاعتماد يجب أن لا يهدم عقد البيع . . . »^(١) .

وبناء على ما تقدم نقله نتبين أن الاعتماد المشتندي لا يبرئ العميل وينقل الحق من ذمته إلى ذمة المصرف ، وكون العرف جرى بأن المستفيد يطالب المصرف ولا يلجأ إلى مطالبة العميل ليس معناه براءة العميل وانتقال حق المستفيد من ذمته إلى ذمة المصرف ، ولهذا شواهد في الشرع من ذلك .

أن في الكفالة يمكن المكفول له مطالبة الكفيل دون الأصل ، وإليه ذهب الجمهور من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، وهو رواية عن المالكية^(٢) ، وهي بهذا - أعني الكفالة - لا تنقل الحق إلى الكفيل وتبرئ الأصل ، فمطالبة هذا دون هذا لا يفهم من مجردها براءة ذمة وانشغال ذمة ، لكن حقيقة العقد هي التي تفيد ذلك ، وقد تقدم بيان حقيقة الاعتماد ، ، وأنها لا تنقل الدين من ذمة العميل إلى المصرف ، وتبين أن حق المستفيد مستقر في ذمة كل منهما ، وهذا يخالف حقيقة الحوالة إذ حققها تحول الحق ، وانتقاله من ذمة المحجيل إلى ذمة المحال عليه ، على

(١) المرجع نفسه ، ص ٥٧ .

(٢) تحفة الفقهاء ، ص ٤٠٠ / . ، شرح فتح القدير ، ص ١٨٢ / ٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ص ٣٣٧ ، مغني المحتاج ، ٢ / ٢٠٨ ، المغني لابن قدامة ، ٤ / ٦٠٣ .

وجه يبرأ به المحيل لولا يرجع عليه المحال أبداً في أرجح أقوال العلماء^(١). ولما لم يكن الاعتماد المستندي ناقلاً الدين من ذمة إلى ذمة، وحيث أن الحوالة حقيقتها نقل الدين من ذمة إلى ذمة فإنهما يفترقان من جهة حقيقة كل منهما، وهذا وجه قوي من أوجه الافتراق بينهما نظراً لتعلقه بحقيقة كل من العقدين.

الوجه الثاني: أن عقد الحوالة لازم في حق كل من المحيل، والمحال، وبموجبه لا يملك المحال الرجوع على المحيل إلا في حالين:

أ- التوى، وهو موت المحال عليه مفلساً، ورجوع المحال على المحيل في هذه الحال لم يقل به سوى الحنفية، أما الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة فعلى أن المحال لا يرجع على المحيل في هذه الحال^(٢)، غير أن المالكية والحنابلة في رواية جعلوا عدم رجوعه مشروطاً بأن لا يكون المحيل غر المحال بإحالاته على مفلس، وهو لا يعلم، فحينئذ يرجع المحال على المحيل إذا ذاك عيب ترد به الحوالة كما يرد البيع بالعيب، ويضيف الملكية شرطاً آخر وهو أن يشترط المحال الرجوع على المحيل في حال موت المحال عليه.

(١) شرح فتح القدير، ٢٤٣/٧، ٢٤٥، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ٢٩٤/١، مواهب الجليل، ٩٥/٥، التاج والاكلیل، ٩٥/٥، نهاية المحتاج، ٤٢٨/٤، مغني المحتاج، ١٩٥/٢، ١٩٦، المغني لابن قدامة، ٥٨١/٤.

(٢) انظر فتح القدير، ٢٤٣/٧، مواهب الجليل، ٩٥/٥، مغني المحتاج، ١٩٥/٢ وما بعدها، المغني، ٥٨١/٤، الكافي ٢٢١/٢، المبدع ٢٧٤/٤.

ب- موت المحيل : ولم يقل برجوع المحال على المحيل في هذه الحال سوى الحنفية^(١) ، ولم يقل الحنفية بذلك في الحوالة مطلقاً لكن المقيدة عندهم^(٢) ، ومما تقدم يتبين لزوم الحوالة في حق المحال فهل الاعتماد المستندي كذلك؟ الحق أن الاعتماد المستندي غير لازم في حق المستفيد إذ لا يلزمه بموجبه أن يطالب المصرف ، ولا يمتنع عليه بموجبه أن يرجع على العميل ، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض : «ولا يتحمل المستفيد أي التزام من الاعتماد ، فلا يُلزم من الخطاب ، ولا من علاقته بالبنك باستخدام الاعتماد فلا يكون للبنك الفاتح ، ولا للبنوك المتداخلة حق دائنية قبل البائع ، وليس لهم وسيلة لإرغامه على الإفادة منه ، فإذا ترك البائع المدة المقررة لصلاحيته تمر ولم يقد المستندات فكل ما يترتب على ذلك هو انقضاء حقه في الاعتماد»^(٣) .

وهذا بخلاف الاعتماد المستندي ففيه يرجع المستفيد على العميل .

الوجه الثالث : أن الاعتماد المستندي يكون مؤقتاً بوقت ينتهي عنده ، وهذا ينافي مقتضى الحوالة إذ الحوالة تقتضي انتقال الدين من دمة المحيل

(١) بدائع الصنائع ، ١٩/٦ .

(٢) الحوالة المقيدة عند الحنفية هي الحوالة بما للمحيل على المحال عليه ، أما المطلقة فهي غير المقيدة بذلك ، ولذا فإن الحنفية لا يشترطون في الحوالة أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل ، انظر المبسوط ، ٥٤/٢٠ .

(٣) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ١١٣ .

إلى ذمة المحال عليه، ومن ثم لا يرجع المحال على المحيل إلا في حالتين على خلاف فيهما، وقد تقدم بيان ذلك كله في الوجه الثاني، فتوقيت الاعتماد المستندي بوقت ينافي ذلك، وفي هذا يقول ابن عابدين: «ولا يح تأجيل عقدها فلو قال ضمننت مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان إلى شهر انصرف التأجيل إلى الدين فلا يطال فلان إلا بعد الشهر، ولو انصرف التأجيل إلى العقد يصير المعنى على أن أحيلك حوالة مقيدة بشهر، وذلك لا يصح لأنه ينافي انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه»^(١).

الوجه الرابع: التجريد^(٢)، وهو استقلال عقد الاعتماد عن عقد البيع، وتجرده منه فلا يتبعه في صحة أو بطلان، ونحو ذلك، وقد أجابت عن هذا الفارق موسوعة الفقه الكويتية بجوابين:

أولهما ونصه: «وقد يعترض على هذا الحل بأنه لا يطابق ما هو مقرر في التقنيات الحديثة من أنه لا علاقة للمصرف الذي أصدر الاعتماد بصحة البيع أو بطلانه ذلك لأن الحوالة من الوجهة الشرعية الإسلامية تبطل إذا تبين بطلان البيع الذي بنيت عليه، وإذا كان المحال عليه قد دفع إلى المحال فإنه يتخير بين الرجوع علي القابض لفساد قبضه والرجوع على المحيل كما في الحوالة الصحيحة، وللرد على هذا الاعتراض يلزم توضيح الفارق بين نظرة الفقه الإسلامي إلى الحوالة وبين موقف

(١) حاشية ابن عابدين، ٣٤٩/٥.

(٢) تقدم بيانه في مبحث خصائص الاعتماد المستندي، ص ٣٩٠ من هذه الرسالة.

التقنيات الحديثة في الاعتماد المستندي فالفقه الإسلامي يجعل بين الحوالة والبيع الذي أحيل فيه بالثمن أو عليه علاقة وثيقة فإذا تبين بطلان البيع كان طبيعياً أن تبطل الحوالة المرتبطة به، أما الاعتماد المستندي فينظر إليه القانونيون نظرة مستقلة تماماً عن البيع الذي فتح الاعتماد تنفيذاً له لاختلاف أطرافه وأساسه القانوني، ولذا كان طبيعياً عندهم ألا يتأثر الاعتماد ببطلان البيع^(١).

قلت: وهذا القول يرد عليه ما يلي:

أولاً: أنه بجملته تأصيل للفرق بين الحوالة، والاعتماد فهو تفريق لا توفيق.

ثانياً: أنه احتجاج بالدعوى على نفسها إذ ما نازع فيه هو استقلال عقد البيع عن عقد الاعتماد، والذي لا يستقيم مع القول بأن الاعتماد المستندي حوالة، وهم يجيبون عما نازع فيه بقولهم: «الفقه الإسلامي يجعل بين الحوالة، والبيع الذي أحيل فيه بالثمن أو عليه علاقة وثيقة . . . أما الاعتماد المستندي فينظر إليه القانونيون نظرة مستقلة تماماً عن البيع . . .».

وهل موضع النزاع إلا هذا؟ فقولهم هذا هو الدعوى نفسها، واحتجاجهم به من قبيل الاحتجاج بالدعوى على نفسها، والاحتجاج

(١) موسوعة الفقه الكويتية، أمودج ٣، ص ٢٤٣ وما بعدها، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المصرفية، عيسى عبده، ص ٢٧٠.

في موضع النزاع، وذلك غير مستقيم.

ثالثاً: أن مستند هذا الاستقلال، وذلك التفريق غير صحيح إذا استندوا فيه إلى اختلاف أطراف الاعتماد عن أطراف عقد البيع من جهة، وإلى اختلاف الأساس القانوني لكل من العقدين من جهة ثانية - كما تقدم نقله -، وهذا غير صحيح ما دام كلامنا هنا من الجهة الشرعية، وما داموا خلصوا إلى تخريج الاعتماد المستندي علي أنه حوالة.

أما نقض دعوى اختلاف الأطراف فيبانه: أن الحوالة أركانها أربعة المحيل، والمحال، والمحال عليه، والمحال به، وفي الاعتماد المستندي علي القول بأنه حوالة - كما أرتأوه هم - يكون المحيل هو العميل (المشتري)، والمحال هو المستفيد (البائع) بثمن البضاعة، والحوالة طرفاها (المحيل والمحال) هما طرفا البيع (البائع والمشتري)، والاعتماد على القول بأنه حوالة طرفاه العميل، والمستفيد هما طرفا البيع، أما المحال عليه فليس طرفاً في البيع لا في الحوالة، ولا في الاعتماد المستندي.

ومنه يتضح أن أطراف الاعتماد المستندي، والحوالة هما طرفا البيع، وبه يتبين بطلان دعوى اختلاف أطراف الاعتماد المستندي عن أطراف عقد البيع التي عللوا بها استقلال الاعتماد المستندي عن عقد البيع رغم تخريجهم له على أنه حوالة.

وأما دعوى اختلاف أساسه القانوني وهي مما عللوا به أيضاً استقلال الاعتماد المستندي عن عقد البيع فتلك متقضة بما صاروا إليه من القول

بأن الاعتماد المستندي حوالة، إذ الحوالة تتبع البيع رغم أن كلا منهما عقد متميز له طبيعته، وإذ صاروا إلى هذا التخريج فإنه يلزمهم العمل بمقتضياته، واطراح ما لا يتفق معه، أما إرادة الجمع بين تخريج العقد تخريجاً شرعياً، والاحتفاظ بكل اعتباراته القانونية فذلك أمر لا يستقيم أبداً نظراً لما بين الشرع والقانون من فرق ابتنى على اعتبارات كل منهما ومقاصده.

أما جواب الموسوعة الثاني فنصه ما يلي: «على أن هذا الفارق نظري إذ النتائج من الناحية العملية واحدة ففي الاعتماد يرجع المصرف على الأمر فاتح الاعتماد بالقيمة طالما أنه نفذ التزامه بتسليمه المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد، بصرف النظر عما إذا كان عقد البيع صحيحاً أو باطلاً، وفي الفقه الإسلامي يرجع المحال عليه (المصرف هنا) بعد أداء القيمة إلى البائع (المحال) على الآخر فاتح الاعتماد (المعتبر محيلاً) في كل الأحوال أي سواء أكان البيع صحيحاً أم باطلاً، كما أن للمصرف - بمقتضى مذهب الحنفية - الخيار في حالة تبين بطلان البيع بين الرجوع على المحيل، وبين الرجوع على المحال القابض (البائع في مثالنا)، فالنظر القانوني إنما قطع طريق الرجوع إلى القابض، وبذا نتبين أن النتائج العملية واحدة وإن اختلف الأساس النظري».

قلت: وهذا القول غير مسلم أيضاً إذ الفارق عملي، وذلك في حال ما قبل الأداء التي لم يتعرضوا لها أصلاً، ذلك أنه إذا بطل البيع بطلت

الحوالة، وببطلانها لم يعد المحال عليه ملزماً بالأداء، وهذا بخلاف الاعتماد المستندي إذ فيه يظل المصرف ملزماً بالأداء للمستفيد ما دامت المستندات التي قدمها المستفيد لمصرف سليمة من حيث الظاهر، وإن كان المصرف يعلم يقيناً بطلان البيع، إلا أن يستصحب العميل حكماً قضائياً ببطلان البيع.

المقصد الثالث: مناقشة تخريج الاعتماد المستندي على أنه ضمان:

يوجد فريق من المعاصرين خرج الاعتماد المستندي على أنه ضمان ولهم في هذا أقوال:

القول الأول: عد المصرف كفيلاً لكل من الطرفين البائع والمشتري على أن البائع مكفول له بكل حال، والمشتري مكفول عنه في حال دون حال، ودونك نص هذا القول:

«فالاعتماد المستندي المغطى غطاء كلياً يكون المصرف في هذه الحالة وكيلاً عن فاتح الاعتماد، وإن كان كفيلاً بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفولاً له... أما الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً فالمصرف كفيل، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنه...»^(١)

ومن هذا القول يتضح ما يلي:

١- أن البائع (المستفيد) يعد مكفولاً له بكل حال.

(١) انظر الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، علي السالوس، ص ١٦٠.

٢- أن المشتري (العميل) يعد مكفولاً عنه إذن كان الاعتماد غير مغطى .

٣- أن المصرف يكون وكيلاً عن فاتح الاعتماد إن كان الاعتماد مغطى بالكلية .

وقد تقدمت مناقشة هذا القول في مبحث مناقشة تخريج الاعتماد المستندي على أنه وكالة ، مما لا داعي لا عاداته ها هنا ^(١) .

القول الثاني : بعد المصرف ضامناً لحق كل من الطرفين ، وفي هذا يقول : «ذلك أن البنوك تصرف ذمتها المالية المعرفة بيسارها ضامناً لكل من الطرفين فيما له من حقوق متفرعة من عقد البيع ، فلولا يسار البنك وسمعته ، وجاهه ، وقبوله التدخل لضمان الحقوق لما تمت الصفقة بين الطرفين البائع والمشتري» ^(٢) .

وما تقدم نقله يفيد أن موضوع ضمان المصرف لكل من الطرفين هي الحقوق المتفرعة لكل منهما من عقد البيع ، وهنا أتساءل فأقول :

ما هي الحقوق المتفرعة من عقد البيع لكل من البائع والمشتري ؟
فإن قيل الثمن للبائع ، والمثل (البضاعة) للمشتري ، قلت : أما ضمان الثمن للبائع فواضح ، وأما ضمان البضاعة للمشتري فهو ما أسأل عنه ؟

(١) انظر مبحث مناقشة تخريج الاعتماد المستندي علي أنه وكالة ، ص ٤٠٧ من هذه الرسالة .

(٢) انظر الأعمال المصرفية والإسلام ، مصطفى الهمشري ، ص ٢١٨ .

فإن قيل ذلك كائن من خلال فحص المصرف المستندات، وتعليق أداء ثمن البضاعة عليها، قلت: وما طبيعة هذا الفحص؟

فإن قيل طبقاً لما تقرره (م ٩) من الأصول والأعراف الموحدة ونصها:

«لا تتحمل المصارف أية تبعة أو مسؤولية فيما يتعلق بشكلية أو كفاية أو دقة أو صحة أو تزيف، أو أي أثر قانوني لأي من المستندات، وكذلك فيما يتعلق بالشروط العامة أو الخاصة المثبتة في هذه المستندات، أو المضافة عليها، كما لا تتحمل تبعة ومسؤولية المواصفات أو الكمية أو الوزن، أو الشرعية، أو الحالة، أو التغليف أو التسليم، أو القيمة- أو وجود البضاعة التي تمثلها المستندات، أو فيما يتعلق بحسن النية أو التصرف أو الإهمال أو المقدرة على أداء الدين أو الوفاء بالالتزامات أو المركز المالي للمرسل أو للناقلين أو المؤمنين على البضائع أو أي شخص آخر مهما كان».

قلت: أي ضمان في مستندات ليس المصرف مسؤولاً عن صحتها أو زيفها، ولا عن مطابقتها واقع البضاعة أو مخالفتها، بل أي ضمان يقدمه المصرف للمشتري وهو يدفع الثمن للبائع بموجب تلك المستندات حتى لو أشعره المشتري بمخالفتها لواقع البضاعة، وفي هذا يقول على جمال الدين عوض: «كذلك ليس له أن يرفض التنفيذ ولو كان يعلم أن بعض الأوراق المقدمة له لا تطابق الحقيقة» إلا في حالات خاصة سنراها «حتى ولو أخطره المشتري بسوء تنفيذ عقد البيع وأمره بعدم الدفع، فعليه أن

يدفع ما دامت المستندات مطابقة لشروط الخطاب»^(١).

ويقول أيضًا في موضع آخر: «... لو نفذ شروط الاعتماد كان على البنك أن يدفع ولو كانت هذه الشروط مخالفة لعقد البيع...»^(٢).

بل لو ذهبت معكم إلى ما هو أبعد من ذلك، وافترضت أن المصرف لا يؤدي للبائع (المستفيد) إلا بعد وصول البضاعة إلى المشتري (العميل)، واطمئنان البائع على سلامتها، فإن ذلك لا يعد ضمانًا بالاصطلاح الشرعي، إذ الضمان في الشرع «ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق»، وحق المشتري الناجم من عقد البيع هو البضاعة فما لم يضمن المصرف قيمتها إن دركت، أو أرش نقصها إن نقصت فهو غير ضامن^(٣)، فإن قيل: إذا لم تعد هذا ضمانًا فماذا تعده إذن؟ قلت هو شرط اشترط في الاعتماد ليس إلا، فإن قيل أسأت فهم ما قصدناه من قولنا (ضمانًا لكن من الطرفين فيما له من حقوق متفرعة من عقد البيع...) إذا لحقوق المتفرعة من عقد البيع فيما قصدناه هي استلام المستندات، وفحصها إذ ذاك موضوع الاعتماد المستندي، والاعتماد المستندي شرط في عقد البيع فهو متفرع من عقد البيع، وعليه فإن ضمان

(١) و(٢) انظر الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ١٠٦، وما بعدها.

(٣) وهو ما يسميه الفقهاء بضمان الدرك وفي هذا انظر: بدائع الصنائع، ٩/٦، حاشية ابن عابدين، ٣١٣/٥، روضة الطالبين، ٢٤٦/٤، الانصاف للمرداوي، ١٩٨/٥.

المصرف تسلم المستندات من البائع ، وفحصها حق للمشتري (العميل) تفرع من عقد البيع ، قلت : ما يقتضيه عقد البيع من حق للبائع ، والمشتري هو الثمن للأول ، والبضاعة للثاني ، على أن يكون الثمن بمقابلة الثمن ، وما ذكرتم ها هنا من حق اقتضاه الاعتماد المستندي المتفرع من عقد البيع ، وهو استلام المستندات وفحصها وجعل استحقاق الثمن بمقابلتها بنافي ما يقتضيه عقد البيع الذي يقتضي جعل الثمن بمقابل الثمن ، فحينئذ يحصل تمانع بين ما يقتضيه العقد الأساسي (البيع) وبين ما يقتضيه العقد التابع (الاعتماد المستندي) الذي غرضه توثيق عقد البيع كما يقال ، وهو إشكال يرد على ما اعتددتم به وزعمتم أنه حق تفرع من عقد البيع ، ومن خلاله يكون حق المشتري إلى التفريط أقرب منه إلى التوثيق .

المقصد الرابع : رأيي في تخريج الاعتماد المستندي :

والذي أراه في تخريج الاعتماد المستندي هو أنه ضمان لحق البائع بكل حال سواء غطى الاعتماد أو لم يغط ، لكنه لا ضمان فيه لحق المشتري كما تقدم بيانه في المناقشة السابقة ^(١) ، أما مسوغات هذا التخريج فبيانها الآتي :

المتأمل في الاعتماد المستندي يجده تعهداً من المصرف للمستفيد (البائع) بأن يفي له بمبلغ معين بشرط تقديم البائع مستندات البضاعة ، هذا المبلغ المتعهد به ما هو في حقيقته إلا ثمن البضاعة التي قدم البائع

(١) انظر مناقشة الأقوال في تخريجه على أنه ضمان ص ٤٢٤ من هذه الرسالة .

(المستفيد) مستنداتها .

كما أن تعهد المصرف هذا كان بناء على طلب من عمله (المشتري) ،
بل هو ثمرة عقد الاعتماد بين المصرف والعميل (المشتري) .

وطلب العميل (المشتري) هذا مبناه عقد سابق بينه وبين المستفيد
(البائع) اشترط فيه المستفيد (البائع) على العميل (المشتري) تسوية البيع
عن طريق الاعتماد المستندي .

ولو تساءلنا عن الغاية التي من أجلها اشترط المستفيد (البائع) في عقد
البيع على العميل (المشتري) تسوية البيع عن طريق الاعتماد المستندي
لتبين أنها التوثيق إذ البائع يريد أن يوثق حقه الناجم من عقد البيع بهذا
الاعتماد ، ولو تساءلنا عن متعلق التوثيق هنا لوجدناه ذمة المصرف التي
التزمت بالوفاء للمستفيد (البائع) ، ومن هذا كله نخلص إلى التحليل
التالي :

١- أن سبب عقد الاعتماد المستندي هو عقد البيع ، وهو محصور
بين العميل (المشتري) والمستفيد (البائع) ، وهو أول العلاقات .

٢- أن عقد الاعتماد محصور بين المصرف والعميل (المشتري) فهما
طرفا انعقاده ، وهو بهذا لا يتضمن عقد البيع إذ طرفاه العميل (المشتري)
والمستفيد (البائع) نظراً لاختلاف أطراف كلٍّ ، لكنه غير مستقل عنه
باعتباره توثيقاً له فهو تبع له من هذا الوجه .

٣- أن الغرض من عقد الاعتماد هو توثيق حق المستفيد (البائع) على العميل (المشتري) الناجم من عقد البيع بينهما السابق عقد الاعتماد .

٤- أن التوثيق منه ما يتعلق بالمال كالرهن ، ومنه ما يتعلق بالذمة كالضمان (الكفالة) ، والاعتماد المستندي معلقه الذمة إذا المصرف يتعهد للمستفيد (البائع) بالوفاء ، ومعلوم أن التعهد يرجع إلى الذمة ، فالمصرف بهذا يضمن ذمته إلى ذمة العميل (المشتري) بالوفاء للمستفيد (البائع) على وجه لا يبرأ به العميل (المشتري) من حق المستفيد (البائع)^(١) ، وتلك هي حقيقة الكفالة (الضمان) .

تنزيل الاعتماد المستندي على الضمان (الكفالة) :

الضمان (الكفالة) تتكون ما هي من :

الضامن ، المضمون له ، المضمون عنه ، المضمون به .

ولو أردنا تنزيل الاعتماد المستندي على الضمان لقلنا :

الضامن : هو المصرف .

المضمون له : هو المستفيد (البائع) .

المضمون عنه : هو العميل (المشتري) .

المضمون به : هو حق البائع على المشتري الناجم من عقد البيع

بينهما .

(١) لا يبرأ العميل (المشتري) من حق البائع (المستفيد) بمجرد الاعتماد ، لكنه يبرأ إذا أدى المصرف للبائع (المستفيد) وهكذا الضمان (الكفالة) .

وبهذا يتبين انطباق عقد الضمان (الكفالة) على الاعتماد المستندي من جهة اتفاق حقيقتيهما، وتطابق ما هيتهما، أما ما يظهر أنه فرق بين الضمان، والاعتماد المستندي، وهو استقلال الاعتماد المستندي عن عقد البيع فلا يتبعه في صحة أو بطلان، وقد تقدم بيانه في مبحثه^(١) - فتلك مسألة خارجة عن حقيقة العقد فلا تؤثر في تخريجه، وربما أثرت في صحته^(٢).

المطلب الثاني: تخريج ما يتعلق بالاعتماد المستندي:

مقدمة:

من الأمور المتعلقة بالاعتماد المستندي توثيقه، وذلك كائن من جهتين:

إحداهما: بتأييده من خلال انضمام بنك آخر إلى البنك مصدر الاعتماد المستندي بالتزام الحق الذي رتبه الاعتماد المستندي على البنك الأول، وهذا التوثيق كائن لمصلحة المستفيد من الاعتماد المستندي.

وثانيهما: بأخذ البنك مصدر الاعتماد المستندي غطاءً نقدياً توثيقاً لحقه على عمليه الناشيء من عقد الاعتماد المستندي، وهذا التوثيق كائن لمصلحة البنك مصدر الاعتماد.

(١) لبيانه انظر ص ٣٩٠ من هذه الرسالة.

(٢) سيأتي مزيد بيان لهذا في مبحث موضوع الاعتماد، وفي مبحث التجريد، انظر ص ٤٨٨ وما بعدها من هذه الرسالة.

هذا عن بيان ما يصحب الاعتماد المستندي من توثيق .

أما ما يخرج عليه هذا التوثيق فبيان ما يلي :

المقصود الأول : تخريج تأييد الاعتماد المستندي :

معلوم أن الاعتماد المستندي يتم تبليغه إلى المستفيد عن طريق مصرف آخر في بلد المتسفيد، وهذا المصرف الذي في بلد المستفيد قد لا يلتزم إلا التبليغ فقط، فهو والحال ما ذكر كالرسول، وقد يلتزم أمراً آخر يطلبه منه البنك فاتح الاعتماد، وهو تأييد الاعتماد^(١)، بمعنى أن يلتزم نحو المستفيد بما يلتزم به البنك فاتح الاعتماد نحوه، فإن أجاب البنك الفاتح إلى ذلك لم تعد مسؤوليته مجرد التبليغ فحسب، بل مسؤوليته الوفاء للمستفيد بما تعهد له به البنك فاتح الاعتماد، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض : «وكما رأينا فإن بنك المشتري قد يفتح الاعتماد، ويرسل خطاب الاعتماد إلى بنك البائع، ويطلب إليه تأييده، ويقوم بنك البائع إما بإصدار خطاب اعتماد جديد يشير فيه إلى الاعتماد الذي فتحه بنك المشتري، ويعلن أنه يؤيده، وإما أن يبلغ المستفيد بخطاب فتح الاعتماد الصادر من البنك الفاتح، ويرفق به خطاباً آخر منه بتأييد الاعتماد المفتوح، والذي يقوم بتبليغه، وهذا الأسلوب الأخير أكثر ضماناً للمستفيد لأن إرسال خطاب واحد بفتح الاعتماد، وتأييده قد يؤدي إلى صعوبات سببها غموض أو اختصار في العبارة، كما أن وجود

(١) تقدم بيان ذلك عن هذا الحديث عن أقسام الاعتماد، ص ٣٨٦ من هذه الرسالة .

الخطابين متجاورين يُطمئن البائع من حيث وجود التزام على البنكين أمامه»^(١).

ويقول محيي الدين إسماعيل علم الدين: «ويضيف البنك المؤيد تأييده بأن يعلن إلى المستفيد نص الاعتماد، ويقرر في بدايته أو نهايته انضمامه في المديونية إلى البنك المنشيء، وكونه ملتزماً بنفس التزام هذا الأخير منه. . . وبالتأيد يصبح المؤيد مدينًا متضامنًا مع البنك فاتح الاعتماد قبلَ المستفيد، ويترتب على قيام التضامن بين البنكين المدينين:

- ١- أن كلاً منهما يصير ملتزماً بوفاء قيم الاعتماد بالكامل.
- ٢- لا يستطيع أي منهما أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين البنك الآخر.

٣- أن المستفيد يستطيع أن يطالب أيهما شاء بكل الدين.

٤- أن وفاء أحدهما يبريء ذمة الآخر.

٥- أن البنك المؤيد إذا دفع يرجع على البنك فاتح الاعتماد، أما البنك فاتح الاعتماد فرجوعه على الأمر»^(٢).

قلت: وبناء على ما تقدم يمكن تخريج علاقة البنك مؤيد الاعتماد بكل من البنك فاتح الاعتماد، والمستفيد على أنها كفالة

(١) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ٢٠٩، ٢١٠.

(٢) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين العملي والقانونية، محيي الدين إسماعيل على الدين ٧٧١ / ٢ وما بعدها.

وذلك مُستبين من جهتين :

أولاهما : حقيقة العقد، إذ المصرف المؤيد يضم ذمته إلى ذمة المصرف فاتح الاعتماد، ويلتزم ما التزمه نحو المستفيد، وهذه هي حقيق الكفالة .

وثانيهم - من جهة الآثار المترتب على التأييد ومن ذلك :

١- أن وفاء أحدهما يبريء ذمة الآخر .

٢- أن المؤيد إذا دفع يرجع على البنك الفاتح، أما الفاتح فرجوعه على الأمر .

وبهذا ينسجم تأييد الاعتماد مع هذا التخريج، ولعل مما يزيده وضوحاً تنزيل تأييد الاعتماد على الكفالة وسيأتي :

تنزيل تأييد الاعتماد على الكفالة :

الكفيل : وهو البنك المؤيد .

المكفول له : وهو المستفيد .

المكفول عنه : وهو البنك فاتح الاعتماد .

المكفول به : وهو حق المستفيد الناشيء من فتح الاعتماد .

أما ما يشكل على هذا التخريج من تجريد علاقة البنك مؤيد الاعتماد بالمستفيد من علاقة البنك فاتح الاعتماد المستفيد رغم كون علاقة الأول بالمستفيد إنما جاءت تبعاً لعلاقة الثاني بالمستفيد، ورغم كون علاقة

الثاني بالمستفيد هي المنشئة لعلاقة الأول بالمستفيد، وهي الأصل فيهما، ويوضح علي جمال الدين عوض هذا التجريد فيقول: «ونشير إلى أن التزام كل من البنكين أمام البائع مستقل عن التزام الآخر، لاستقلال مصدر كل منهما، فعلاقة البائع بكل منهما مستقلة عن علاقته بالآخر من حيث شروطها، مصيرها، والدفع التي قد تعطل نفاذها»^(١).

ثم يعلق على هذا بالهامش قائلاً: «والمفروض أن يتطابق الالتزامان لأن المؤيد إذ ينفذ الاعتماد إنما ينفذه وهو يقصد الرجوع على الفاتح، بما بذله وفقاً لشروط التزام هذا الأخير أمامه»^(٢).

أقول: أمّا ما يشكل على هذا التخريج مما تقدم بيانه من تجريد فذلك غير موثر إذ حقيقة العقد الكفالة فلزم أن تظهر آثارها فيه، وضد ذلك يعد قصراً للعقد عن آثاره، وإلغاء لما يلزم اعتباره، وهو قطع لما ينبغي أن يوص، ومخالفة يلزم اطراحها، لا ميزة ينبغي اعتبارها. وإذا أخلص إلى تخريج هذه العلاقة على أنها كفالة، فإنها من قبيل الكفالة على الكفالة - أي كفالة الكفيل - وتلك جائزة عند الفقهاء^(٣).

المقصد الثاني: تخريج غطاء الاعتماد المستندي:

في مبحث تخريج غطاء بطاقة الائتمان أوردت ثلاثة احتمالات

(١) و (٢) الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ٢١٠.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين، ٢٨٦/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،

٣٣٢/٣، روضة الطالبين، ٢٦٨/٣، المغني لابن قدامة، ٦٠٦/٤.

لتخريجه هي: الرهن، والوكالة، والاقتضاء^(١).

وهذه الاحتمالات نفسها هي التي يمكن أن يخرج عليها غطاء الاعتماد المستندي أيضاً، وأرجحها - فيما يظهر لي - الرهن لما يلي:

أولاً: أن المصرف قد يعفي منه من يثق به من عملائه، ومعنى ذلك أن غايته التوثيق، فحيث وجدت الثقة فلا حاجة إليه حينئذ.

وقد يقال، وهب أن غايته التوثيق فما الذي يعين تخريجه على أنه رهن دون غيره من عقود التوثيق كال كفالة (الضمان) مثلاً.

والجواب عنه ما سيأتي في ثانياً:

ثانياً: أن المصرف يسمي الغطاء تأميناً^(٢)، ويصنفه ضمن ما يأخذه من العميل من ضمانات عينية كال بضاعة مثلاً التي يرهنها المصرف بموجب مستنداتهما، وقد تقدم في مبحث تخريج غطاء بطاقة الائتمان أن المقصود بالتأمين التوثيق وأن التوثيق إذا تعلق بالأعيان كان رهناً^(٣)، وإذا تعلق بالذم كان كفالة وفي مسألة الغطاء قد تعلق التوثيق في النقود وهي عين، فكان بذلك الغطاء رهناً.

(١) انظر ص ٣٠٥ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) انظر في هذا المعنى: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين العملية والقانونية، محي الدين إسماعيل عليم الدين، ٩٠٩/٢، وانظر: الاعتمادات المستندية، علي جمال الدين عوض، ص ٩٢.

(٣) انظر ص ٣٠٦ وما بعدها من هذه الرسالة.

المبحث الثاني

النظر في عائد البنك من الاعتماد المستندي

بسم الله الرحمن الرحيم

في المبحث السابق تقدم بيان ما يمكن أن يخرج عليه الاعتماد المستندي، وبيانه يكون المقام قد تمهد للنظر في بعض ما يرد عليه، أو يتعلق به من مسائل، كالأجر عليه والانتفاع بضمانه، وبيان ذلك ما يلي:

المطلب الأول: النظر في الأجر على الاعتماد المستندي

الذين ناقشوا حكم الأجر على الاعتماد المستندي انقسموا فريقين:

١- فريق جعل تخريج الاعتماد المستندي أساس حكم الأجر عليه وهؤلاء انقسموا قسمين:

الأول: خرج الاعتماد المستندي على أنه وكالة، وهم قسمان أيضاً:

(أ) قسم خرج الاعتماد المستندي على أنه وكالة بكل حال، ومن ثم قالوا بجواز الأجر عليه بناء على هذا التخريج^(١).

(١) الأعمال المصرفية والإسلام، مصطفى الهمشري، ص ٢١٨، تطوير الأعمال المصرفية، سامي حمود، ص ٣٠٦، موقف الشرعية الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة، عبد الله عبد الرحيم العبادي، ص ٣٠٢، موسوعة الفقه الكويتية، أنموذج ٣. ص ٢٤٤.

(ب) قسم خرج الاعتماد المستندي على أنه وكالة من جهة علاقة المصرف بالعمل إن كان الاعتماد المستندي مغطى غطاء كلياً، ومن ثم قال بجواز الأجر عليه بناء على هذا التخريج^(١).

الثاني: خرج الاعتماد المستندي على أنه كفالة وهم قسمان أيضاً:

(أ) قسم قال بجواز الأجر على الاعتماد المستندي بناء على تخريجه هذا، أي بناء على الكفالة^(٢).

(ب) قسم منع الأجر على الاعتماد المستندي بناءً على تخريجه هذا، أي بناء على الكفالة^(٣).

٢- فريق ناقش الأجر على الاعتماد المستندي بعيداً عما ارتأه له من تخريج، وهؤلاء انقسموا إلى قسمين:

الأول: خرج الاعتماد المستندي على أنه حوالة ثم قال بجواز الأجر عليه لا على أساس الحوالة بل على أساس ما يدخلها من توكيل^(٤).

الثاني: خرج الاعتماد المستندي على أنه حوالة، ثم قال بجواز الأجر عليه، لا على أساس الحوالة، بل على أساس ما يقوم به المصرف

(١) الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، علي السالوس، ص ١٦٠.

(٢) الأعمال المصرفية والإسلام، الهمشري، ص ٢٢١، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الجزء الشرعي، المجلد الأول، ص ٥٠٥، ٤٨٨.

(٣) الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، علي السالوس، ص ١٣٥، ١٦٠ وما بعدها.

(٤) الأعمال المصرفية والإسلام، مصطفى الهمشري، ص ٢١٩ وما بعدها.

من أعمال ، وما يقدمه من خدمات للعميل ^(١) .

هذا عرض للأقوال أما مناقشتها فبيانها ما يلي :

المقصد الأول : مناقشة القائلين بجواز الأجر على الاعتماد المستندي

بناء على أنه وكالة :

وأصحاب هذا القول بقسميه يجاب عنهم بما يلي :

أ- أن قولهم هذا مبناه تخريجهم الاعتماد المستندي على أنه وكالة ، وقد تقدم تفنيد ذلك ونقضه ، وهذا الرد يتوجه إلى القسمين معاً ^(٢) .

ب- ثم رد آخر يتوجه إلى القسم الثاني الذين اعتبروا الاعتماد وكالة من جهة علاقة المصرف بالعميل ، إن كان الاعتماد مغطى بالكلية ، كما اعتبروه كفالة من جهة علاقة المصرف بالمستفيد وفيه أقول : إن ما يأخذه المصرف على الاعتماد المستندي من أجر ليس بمقابلة ما يقوم به المصرف من عمل هو فيه وكيل عن العميل ، يدل لذلك أن المصرف يأخذ الأجر ويستحقه نظاماً بمجرد فتح الاعتماد حتى لو لم يقيم بأي عمل للأمر ^(٣) ،

(١) موسوعة الفقه الكويتية ، أغوذج ٣ ، ص ٢٤٥ .

(٢) القسمان : أحدهما خرج الاعتماد المستندي على أنه وكالة مطلقاً ، وثانيهما خرج الاعتماد على أنه وكالة إذا كان مغطى غطاء كلياً وذلك من جهة علاقة المصرف بالعميل ، وفي هذا انظر مناقشة تخريجه على أنه وكالة ، ص ٤٠٧ من هذه الرسالة .

(٣) انظر في هذا مبحث مناقشة القول بجواز الأجر على الاعتماد المستندي لقاء ما فيه من جهد وعمل ، ص ٤٦١ من هذه الرسالة .

فلم يبق ما يأخذ الأجر بمقابلته إلا تعهده للمستفيد، فدل ذلك على أنه لم يقصد بالكفالة التبرع، وظهر من ذلك التحايل على أخذ الأجر على الكفالة من خلال دعوى الوكالة، وه ممنوع لما جاء في النهي عن الحيل ومن ذلك: ما رواه عبد الله بن عمرو عن النبي أنه ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(١).

يقول ابن تيمية بعد أن أورد هذا الحديث للاحتجاج به على منع الحيل:

«... فجماع معنى الحديث أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً...»^(٢).

ويقول ابن القيم: «هذا الحديث أصل من أصول المعاملات، وهو نص في تحريم الحيل الربوية...»^(٣).

قلت: وفيما نحن بصدد إن المصرف ما أراد أن يتبرع بالكفالة، وإنما أراد بها المعاوضة والاحتيايل لهذا بدعوى الوكالة ونحوها يشمله الحديث المتقدم سواء كان الاحتيايل من جهة المصرف أو من جهة دارسني أعمال المصرف.

(١) تقدم تخريجه ص ٩٧ من هذه الرسالة.

(٢) الفتاوى ٢٩/٦٣، القواعد النوارنية، ص ١٤٢.

(٣) مختصر سنن أبي داود بتهذيب السنن لابن القيم، ١٤٤/٥.

المقصد الثاني: مناقشة القول بجواز الأجر على الاعتماد المستندي بمقابلة ما يداخل الحوالة من وكالة:

ولمناقشة من ذهب هذا المذهب أورد طرفاً ما قاله في هذا إذ يقول: «إذا اتفقت عملية فتح الاعتماد المستندي في بعض مظاهرها مع الحوالة التي يقرها الإسلام هل يجيز الإسلام أخذ عمولة (أو أجرة) مقابل هذه الحوالة؟

والإجابة على هذا السؤال هي:

إن تطبيع الحوالة على هذا التصرف «فتح الاعتماد» لا تغطي كل مظاهره وأن إطلاق لفظ الحوالة ألجأنا إليه طبيعة انتقال الدين والمطالبة به من معطي الأمر (المستورد) إلى البنك والتزام البنك بذلك تجاه المستفيد «المصدر»^(١).

على أن بعض الفقهاء وهم الأحناف يرون «أن الحوالة المقيدة بالوفاء من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه هي الحوالة الحقيقية، أما المقيدة بالوفاء من عين سواء أكانت ودیعة أو مضمونة بأن كانت مغصوبة أو مقبوضة ببيع فاسد مثلاً فإنهم لا يعتبرونها في الواقع حوالة وإنما يعتبرونها توكيلاً من المحيل للمحال له بقبض دينه مما له من مال عند المحال عليه، وتوكيلاً أيضاً للمحال عليه بالأداء.

(١) لاحظ أن هذا القول غير مسلم، وقد تقدم رده ص ٤١٥ من هذه الرسالة.

وفي البداية والهداية للمير غناني «ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فإن هلكت بريء لتقيدها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها».

هذا الرأي يساعدنا على إجابة السؤال المطروح بأن إطلاق لفظ الحوالة هنا ليس على حقيقته على رأي الأحناف حيث أن الوفاء بقيمة الاعتمادات يتم من عين سواء من الوديعة التي تكون لمعطي الأمر عند البنك أو ما يدفعه فور الاعتماد أو عند إخطار المستفيد كما سبق، وحوالة على الرأي الذي ذكره المير غناني، وقد سبق القول بأن مفهوم الحوالة يتضمن معنيين:

١- عملية بيع.

٢- عملية استيفاء.

وعلى معنى الاستيفاء يذكر التوكيل، وبناء على هذا فأخذ العمولة (الأجر) ليس على اعتبار انتقال الدين والمطالبة به من معطي الأجر إلى البنك وإلا كان ذلك ربا لزيادة أحد الدينين عن الآخر وخاصة إذا اعتبرنا الحوالة عملية بيع دين بدين، وإنما أخذت العمولة على اعتبار التوكيل واستيفاء الحقوق وإطلاق لفظ الحوالة ليس على الحقيقة، وحيث أن الوكالة بأجر جائزة، والحوالة جائزة، إذن تصرف البنك في فتح الاعتمادات المستندية وأخذ العمولة جائزة مشروع^(١).

(١) الأعمال المصرفية والإسلام، مصطفى الهمشري، ص ٢٢٠ - ٢٢١.

قلت : ويجب عن هذا من وجوه :

الوجه الأول : قوله إن الأحناف «يرون أن الحوالة المقيدة بالوفاء من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه هي الحقيقية ، أما المقيدة بالوفاء من عين . . فإنهم لا يعتبرونها في الواقع حوالة . . .» .

أقول قوله هذا يجب عنه من جهتين :

الأولى : أن الحوالة الحقيقية عند الحنفية هي الحوالة المطلقة لا المقيدة بالوفاء من الدين كما يقول .

الثانية : أن الحوالة المقيدة سواء كانت مقيدة بدين أو عين ليست هي الحوالة الحقيقية عندهم ، وليست الحوالة المقيدة بعين هي التي لا يعدونها حوالة حقيقية - كما يقول ، يشهد لهذا ما جاء في كتب الحنفية ؛ أنفسهم ومنه : «ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لأننا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك ، بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة ، وقد تكون مطلقة ، والمطلقة هي حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالأداء من وجه والقبض . . .» ^(١) .

ومن ذلك أيضاً : «ولي قد قبول الحولة عنه - [قلت يعني المحيل] - إقرار بوجوب المال للمحيل عليه فإن الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل على المحتال عليه ، وقد تكون مطلقة ، بل حقيقة الحوالة هي المطلقة ، فأما

(١) شرح العناية على الهداية ، ٥ / ٤٤٩ .

المقيدة من وجه فتوكيل بالأداء، والقبض»^(١).

الوجه الثاني: قوله «... حيث أن الوفاء لقيمة الاعتمادات يتم من عين سواء من الوديعة التي تكون لمعطي الأمر عند البنك...».

هذا القول غير مسلم ذلك أن ما للعميل لدى المصرف من مال سواء كان حساباً جارياً، أو وديعة استثمارية، أو غطاء للاعتماد كلياً كان أو جزئياً، كل ذلك يختلط بما لدى المصرف من أموال، وبهذا لم يعد عيناً وقد كان بوسع المؤلف أن يصل إلى مراده دون حاجة إلى هذا التكلف إن كان غرضه من هذا نفي حقيقة الحولة عن الاعتماد واعتباره توكيلاً، ذلك أن ما للعميل عند المصرف رغم كونه ديناً نفي ذمة المصرف نظراً لاختلاطه بما لديه من أموال هو عند الحنفية من قبيل الحوالة المقيدة بدين، والحوالة المقيدة عندهم ليس هي حقيقة الحوالة سواء قيدت بدين أو عين لتضمنها التوكيل من وجه، كما تقدم نقله عنهم.

الوجه الثالث: قوله: «أما المقيدة بالوفاء من عين... فإنهم لا يعتبرونها في الواقع حوالة، وإنما يعتبرونها توكيلاً من المحيل للمحال عليه بقض دينه مما له من مال عند المحال عليه، وتوكيلاً أيضاً للمحال عليه بالأداء».

أقول هذا غير مستقيم حتى عند الحنفية أنفسهم الذين يقولون بأن الحوالة المطلقة هي حقيقة الحوالة، ذلك أنهم ليسوا كما يقول المؤلف لا

يعتبون المقيدة في الواقع حوالة، وإنما يعتبرونها توكيلاً، بل هم يعبرونها حوالة لكنها ليست حوالة محصنة كالمطلقة نظراً لتضمنها التوكيل من وجه، وكون التوكيل داخلها من وجه لا يصيرها ذلك وكالة محضة، وينفي وصف الحوالة عنها هذا أولاً.

وثانياً: لو كان الأمر كما يقول المؤلف لما عدها الحنفية أحد شقي الحوالة كما جاء في كتبهم ومن ذلك: «بل قد تكون بمأعليه وهي المقيدة، وقد تكون مطلقة»^(١).

ومنه أيضاً: «... فإن الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل عليه المحتال عليه، وقد تكون مطلقة...»^(٢).

ثالثاً: أن الحوالة المقيدة رغم تضمنها الوكالة من وجه إلا أنها تختلف عن الوكالة يوضح ذلك ما جاء عن الحنفية: «وحكم المقيدة في هذه الحملة أعني الأقسام الثلاثة أنه لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا يبذل الدين لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به، وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن، وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز، فلو دفع المحال عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب فإنه استهلك ما تعلق به حق المحتال، كما إذا تسهلك الرهن أحد يضمه للمرتهن لأنه يستحقه»^(٣).

(١) العناية على الهداية، ٤٤٩/٥.

(٢) المبسوط، ٥٤/٢٠.

(٣) العناية على الهداية، ٤٥٩/٥ وما بعدها.

ومما يوضح هذا ويشهد له أيضاً ما جاء في حاشية ابن عابدين:
«قلت: فينظر لما سيأتي في الحوالة المقيدة بوديعة ونحوها أنه لا يملك
المحيل مطالبة المحتال عليه، ولا المحتال عليه دفعا للمحيل، ولا يخف أن
الوكالة حقيقة تنافي ذلك، فالصواب في دفع الإيراد أن النقل موجود أن
المديون إذا أحوال الدائن على المودع فقد انتقل الدين عن المديون إلى
المودع، وصار المودع مطالباً بالدين كأنه في ذمته فكانت حوالة بالدين لا
بالعين...»^(١)

الوجه الرابع: وإذا كان المؤلف لا يرى الحوالة المقيدة في الواقع
حوالة لكنها وكالة كما تقدم نقله عنه.

وإذا كان يرى أن الحوالة في الاعتماد المستندي هي من هذا القبيل فما
الذي حمّله على تخريجه على أنه حوالة؟

وإذا كان الذي الجأها إلى هذا التخريج هو طبيعة انتقال الدين
والمطالبة به - كما تقدم نقله عنه - فإن ذلك يفارق الوكالة.

فما الذي يحمله إلى التراجع عن هذا التخريج ومن ثم الصيرورة إلى
الوكالة؟

الوجه الخامس قوله: «وإذا كانت المالكية والشافعية والحنابلة يرون
أنه يشترط في الحوالة أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل، وعلى ذلك لا

(١) حاشية ابن عابدين، ٣٤٣/٥.

يكون رضاه شرطاً لتمامها . . . فإن الأحناف يرون صحة الحوالة ولو لم يكن المحال عليه مدينًا للمحيل ، ويشترطون لصحة الحوالة رضاء المحال عليه لأن الحوالة إلزام له بحق لم يكن لازماً عليه فما لم يلتزم به فلا قيمة لهذا العقد ما دامت ذمته بريئة من الأصل ، ألا ترى أنه سيصبح هو المدين الملتزم ، ولا مانع من الأخذ برأي الأحناف حيث أن طبيعة عملية فتح الاعتماد تتفق ، وما قالوه في الحوالة حيث أن البنك (المحال عليه رضي بشغل ذمته تجاه المستفيد (المحال) ولم يكن البنك في الأصل مدينًا لمعطي الأمر (المحيل) ورضاء البنك ظاهرة أساسية لفتح الاعتماد ، وإذا لم يتحقق الرضا لم يتحقق فتح الاعتماد»^(١) .

ها هنا أتساءل : ما الذي دفعه إلى اختيار رأي الأحناف رغم أن الجمهور على خلافه؟

والإجابة عن هذا السؤال تضمنها قول المؤلف عندهما دعا إلى الأخذ بقول الحنفية ، وعلل عدم الممانعة من ذلك بقوله : «حيث أن طبيعة فتح الاعتماد تتفق وما قالوه في الحوالة . . .» والكلام مثبت أعلاه إذن هو اختار قول الحنفية ليرر أمرين في الاعتماد المستندي : أحدهما أن رضي المصرف شرط في الاعتماد المستندي . وثانيهما : أن المصرف غير مدين لامر (العميل) .

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ، مصطفى الهمشري ، ص ٢١٩ ، ٢٢٠ .

وتبرير هذين الأمرين يمكن - من وجهة نظره - القول بأن الاعتماد المستندي حوالة وتبريرهما غير متأت إلا على مذهب الحنفية، ولذا اختار مذهب الحنفية، وهنا أتساءل ثانية فأقول:

إذا كان هذا ما يراه المؤلف، ومن أجله اختار مذهب الحنفية فلم يتراجع عنه عند انتقاله إلى مناقشة حكم الزجر على الاعتماد المستندي، ومن ثم يقول: «هذا الرأي يساعدنا على إجابة السؤال المطروح بأن إطلاق لفظ الحوالة هنا على حقيقته على رأي الأحناف حيث أن الوفاء لقيمة الاعتمادات يتم من عين سواء من الوديعة التي تكون لمعطي الأمر عند البنك، أو ما يدفعه فور الاعتماد أو عند إخطار المستفيد كما سبق».

قلت: إذا كان لمعطي الأمر وديعة نقدية لدى المصرف يمكنه أن يفى منها بقيمة الاعتماد المستندي فإنه حينئذ يكون دائئاً للمصرف، ذلك أن نقود الأمر تختلط بما لدى المصرف من نقود فلم تعد عيناً، بل دين في ذمة المصرف للعميل، ومن ثم يكون المحال عليه وهو المصرف مدينًا للعميل (الأمر)، وهو ما نفاه المؤلف قبل قليل فيما تقدم، ولعل نفيه هذا هو الذي دفعه إلى وصف الوديعة النقدية بأنها عين - كما تقدم نقله ونقضه - لكي لا يظهر التناقض في قوله.

وأخيراً أقول إن اعتبار الباحث أمراً ما ليصل من خلال اعتباره إلى غاية، ثم اطراحه في الوقت نفسه ليصل من خلال اطراحه إلى غاية

أخرى، هو تناقض في نفس الأمر إذ الاعتبار والاطراح ضدان لا يجتمعان في مكان واحد في وقت واحد، وهذا ما حصل ها هنا .

الوجه السادس : إذا كان المؤلف يرى أن الاعتماد المستندي حوالة مقيدة بعين فإن مقتضى ذلك عند الحنفية أرباب هذا التقسيم أن حق المحال يتعلق بتلك العين دون غيرها، وعلى هذا فإن المستفيد باعتباره محالاً لا يملك أن يطالب المصرف باعتباره محالاً عليه بشيء فوق تلك العين المحال عليها حتى لو لم تف بحق المستفيد على العميل، فهل هكذا الشأن في الاعتماد المستندي؟

بمعنى آخر لو افترضنا أن كل ما أودعه العميل لدى المصرف لا يعدل سوى نصف قيمة الاعتماد، هل حق المستفيد لا يتعلق إلا بذلك المودع لدى المصرف، وليس من حقه أن يطالب المصرف بباقي قيمة الاعتماد؟!

وبعد هذا العرض أقول : إن المؤلف لا يريد من هذا الوصول إلى القول بأن الاعتماد وكالة فذاك أمر سبق أن قرره في موضع سابق، لكنه يريد القول بأن الاعتماد حوالة مقيدة، وأن الأجر يستحقه المصرف بمقابلة ما داخلها من توكيل، ولكنه لم يوفق في إظهار جانب التوكيل فيها إذا هو متعلق الأجر - فيما يراه - فبالغ في إظهاره إلى حد أنساه ما قرره قبلاً من القول بأن الاعتماد المستندي حوالة، ومن ثم أوقعه في كثير من المغالطات، والتناقضات، وعلى أي حال فما ارتآه المؤلف غير مسلم، وقد تبين رده في ثانيا عرض قول المؤلف ها هنا ونقضه، كما تبين من

خلال مناقشة قوله بتخريج الاعتماد المستندي بأنه حوالة، وقد تقدم^(١).
المقصد الثالث: مناقشة اقول بجواز الأجر على الاعتماد المستندي
باعتباره ضماناً:

الذين قالوا بجواز الأجر على الاعتماد المستندي باعتباره ضماناً،
والضمان ما يجوز الأجر عليه - كما يقولون - هؤلاء لم يوردوا عند
مناقشة الأجر على الاعتماد المستندي أدلة تؤيد مذهبهم، لكنني
ساستقصي حجج القائلين بجواز الأجر على الكفالة (الضمان) من خلال
الدورة الثانية لمجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بتاريخ ١٠ - ٤ - ١٤٠٦ هـ
بجدة^(٢)، إذ نوقش في تلك الدورة حكم الأجر على خطاب الضمان،
ونظراً لأن جمعاً من المعاصرين يرون خطاب الضمان ضماناً، فقد احتج
من يرى منهم جواز الأجر على اطلب الضمان بحجج يرونها - من وجهة
نظرهم - تبرر الأجر على الضمان، هذه الحجج متناثرة في مقولاتهم،
قمت بتتبعها وجمعها من خلال تتبعي تلك المقولات المتأثرة، وأظهر تلك
الحجج ما يلي:

١- احتجوا بالحديث: (الخراج بالضمان)^(٣)، قال الترمذي:
حديث حسن صحيح.

(١) انظر ص ٤١٥ من هذه الرسالة.

(٢) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٤٠٧ هـ.

(٣) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به =

قالوا: الضامن بغرم في حال عدم تأدية المضمون فله أن يضمن بمقابلة ذلك .

ويجاب عنه : أن احتجاجهم بهذا الحديث في هذا الموضع غير مسلم إذا موضوع الحديث العقود التي يكون الضمان فيها تبعاً لا أصلاً كمن اشترى شاة فإنه في مدة الخيار يضمنها ، ومقابل ذلك يستحق منافعها أثناء تلك المدة ، فالضمان ها هنا ليس أصلاً بل تبع لعقد البيع ، وقد ثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً^(١) .

٢- قالوا: إن الحنفية، والحنابلة، والزيدية أجازوا شركة الوجوه^(٢) .

= عيباً ، ٣/ ٣٨٥ ، رقم ٣٥٠٨ سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً ، ٣/ ٣٧٥ ، رقم ١٢٨٥ . سنن ابن ماجه ، كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان ، ٢/ ٧٥٤ ، رقم ٢٢٤٣ .

(١) مثال ذلك بيع التمر قبل بدو صلاحه لا يجوز استقلالاً ، ويجوز تبعاً لأصوله ، في هذه القاعدة انظر : بدائع الفوائد ، لابن القيم ، ٤ ، ٢٧ ، القواعد ، لأبي عبد الله المقرئ ، ٢/ ٤٣٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٣٢ ، شرح القواعد الفقهية للزرقا ، ص ٢٩١ .

(٢) هي أن يشتركا على أن يشتريا في ذمتيهما من غير أن يكون لهما مال بجاههما فما ربح فهو بينهما علي ما شرطاه ، والوضيعة على قد ملكيهما ، وكل واحد منا وكيل عن صاحبه وكفيل عنه بالثمن ، انظر حاشية الروض المربع لابن قاسم ، ٥/ ٢٦٦ .

وهي لا تعتمد على مال ولا عمل وإنما هي وجاهة الشركاء، والتي من خلالها يستحقون الربح فلم لا نقول بإباحة الأجر على الضمان؟ قلت: وهذا القياس مردود من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بقولهم إن شركة الوجوه لا تعتمد على مال ولا عمل وإنما على وجاهة الشركاء، بل الأصل المقصود من الشركة هو المال والعمل، وهو وإن لم يكن موجوداً وقت انعقاد الشركة إلا أنه ماله إلى الوجود وإلا من أين يأتي الربح الذي زعمتم أنهم يستحقونه بمقابلة الوجاهة، أقول كيف يأتي ربح دون مال وعمل؟

ولما لم يكن المال موجوداً لديهم بادئ ذي بدء فإنهم يحصلون عليه من الناس في ذمتيهما معتمدين في ذلك على مالهم من جاه وثقة لدى الناس، وها هنا أتساءل ما الذي دفعهم لتحصيل المال، ومن ثم العمل به؟

فإن قيل بغية التكسب وطلب الربح، قلت إذن محل التكسب في شركة الوجوه هو المال والعمل لا الضمان والجاه، فافترقت بذلك شركة الوجوه عن عقود الضمان التي محل التكسب فيها هو الضمان نفسه، ومن ثم صار القياس مع الفارق.

الوجه الثاني: إنكم يا من قلتم بهذا القياس خرجتم عليه، ذلك أنكم في الوقت الذي أثبتتم فيه للمصرف الأجر على الضمان قياساً على الشركة الوجوه لم تحملوه شيئاً من الوضيعة قياساً على شركة الوجوه

أيضاً، وكان مقتضى القياس أن يحتمل المصرف شيئاً مما يحتمله العميل من وضعية إذا الشركاء في شركة الوجوه يشتركون في الوضعية والربح .

٣- القياس على الجاه، إذا ضمان شقيق الجاه، وقد ذهب فريق من العلماء إلى القول بجواز الأجر على الجاه إذا صحبه عمل، ولو كان قليلاً، ففي المعيار سئل أبو عبد الله القوري عن ثمن الجاه فأجاب بما نصه : «اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه فمن قال ذلك بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهية بإطلاق، ومن مفصل فيه، وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقه وتعب وسفر فأخذ أجر مثله جاز وإلا حرم»^(١).

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما نصه : «قال أبو علي المسناوي : محل منع الأخذ على الجاه إذا كان الإنسان يمنع غيره بجاهه من غير مشي ولا حركة . . .»^(٢).

ويجاب عن هذا من وجهين :

الوجه الأول : إن استدلالكم كان في غير موطن النزاع إذ ما استدللتم به من نقولات عن الفقهاء إنما يفيد جواز أخذ الأجر على الجاه إذا صحبه جهد، وعمل، ونحن لا ننازع في الأجر على الجهد والعمل إذا صحب الضمان، لكننا ننازع في الأجر على الضمان نفسه الذي هو شقيق الجاه، والجاه المجرد ممنوع الأجر عليه للحديث : «من شفع لأخيه

(١) المعيار العرب، ٦/٢٣٩.

(٢) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ٣/٢٢٤.

شفاعة فأهدى له هدية فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا»^(١)
 فعلم منه منع الأجر على الضمان .

الوجه الثاني : وعلى التسليم جدلاً بجواز أخذ الأجر على الجاه
 المجرد فإن قياس الضمان عليه من هذا الوجه يكون قياساً مع الفارق ، إذا
 الكفالة تؤول إلى القرض فلو قيل بحل الأجر بمقابلتها لكان ذلك سلماً
 إلى الربا ولكانت حيلة رخيصة لمن يريدون الاحتياي على الربا ، فكان
 المرابي بدلاً من أن يقرض الألف ريال بألف ريال وخمسة ريالات مثلاً
 يكفل المحتاج ثم يؤدي عنه بمقتضى الكفالة ، وما كان سيأخذه من زيادة
 عليه حال القرض أخذه حال الكفالة على أنه أجر الكفالة .

٤ - قالوا إن في الكفالة تعزيزاً لجانب المكفول ، وهذا عمل محترم
 يستحق المصرف الأجر عليه .

٥ - كما قالوا إن في الكفالة مخاطرة إذ الكفيل يحتمل أن يؤدي عن
 المكفول فكان له أخذ الأجر مقابل هذه المخاطرة .

ويجاب عنها بما يلي : أما دعوى استحقاق الأجر على الضمان
 بمقابلة ما فيه من تعزيز الجانب المكفول عنه فمردودة بالقول إن التعزيز
 غير كاف لتسويغ الأجر على ما كان الأجل ممنوعاً في أصله من العقود ،

(١) سنن أبو داود ، كتاب البيوع والإجازات ، باب في الهدية لقضاء الحاجة ،
 ٣ / ٣٩٥ ، رقم ٣٥٤١ . مسند الإمام أحمد ٥ / ٢٦١ ، وحسنة الألباني في
 مشكاة المصابيح ، تحت رقم ٣٧٥٧ .

فالقرض فيه تعزيز لجانب المقترض ، والشفاعة فيها تعزيز لجانب المشفوع له ، وكل ذلك منع الشارع الأجر عليه رغم ما فيه من تعزيز .

وأما دعوى استحقاق المصرف الأجر على الضمان بمقابلة ما فيه من مخاطرة ، فمردودة من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : بعدم التسليم بدعوى المخاطرة إذ المصارف أشد الجهات استيثاقاً لحقها ، ولناخذ مثلاً على ذلك الاعتماد المستندي إذا نحن بصدد مناقشته ، فالمصارف تستوثق لحقها عند فتح الاعتماد المستندي من خلال أخذ ٢٥٪ مقدماً من مبلغ الاعتماد ، كما أنها ترهن البضاعة أيضاً ، وقد ترهن مال للعميل لديها من أوراق مالية ومستندات علاوة على ما ذكر ، وبهذا الاستيثاق تتنفي مخاطرة المصرف التي يدعونها .

الوجه الثاني : وفيه أتساءل عن المخاطرة التي يتعرض لها المصرف ، فإن قيل هي أدائه عن العميل بموجب الضمان ، وقد لا يرد له العميل ما أداه عنه ، أجبت عنه من جهتين :

الجهة الأولى : ما سبق أن أوردته في الوجه الأول من نفي المخاطرة نظراً لما يحصل عليه المصرف من ضمانات .

الجهة الثانية : إن هذا القدر من المخاطرة يعرض لحالات شتى ، فالتاجر في متاجرته يتعرض للمخاطرة من جهات عدة ، فقد تتلف بضاعته في الطريق قبل وصولها إليه ، وهذه مخاطرة ، وقد تنزل قيمة

البضاعة قبل وصولها، وهذه مخاطرة، وقد يخسر عند بيعها وهذه مخاطرة، وقد يبيعها على ماطل لا يفقه بقيمتها، وهذه مخاطرة، وهو في كل هذه الأحوال ليس لديه ضمانات تضمن له حقه في حين أن المصرف لديه من الضمانات ما يفقه بحقه، فكان ما يتعرض له المصرف من مخاطرة أقل مما يتعرض له هذا بلا شك.

كما أن المقرض يتعرض لمثل هذه المخاطرة، إذ قد يفلس المقرض، وقد يماطل، وكل ذلك مخاطرة، لكنها لا تسوغ الأجر على القرض. بل والإنسان، وهو ذاهب من وإلى بيته لا يسلم من التعرض للمخاطر من اعتداء، أو حادث سير، أو غير ذلك، فالمخاطرة بهذا الإطار قدراً ما منه فرار وأمر اعتيادي لا دخل فيه للأيدي.

الوجه الثالث: وهو اطراح أصلهم هذا وفيه أقول:

إن تسويغهم الأجر على الضمان لقاء ما فيه من مخاطرة مخالف لما عهد عن الشارع إذا المعهود عن الشارع جعل المخاطرة سبباً من أسباب تحريم الكسب، وهؤلاء جعلوها سبباً من أسباب الكسب، ومن ذلك أن الشارع الحكيم حرم المسير، وخرم عقود الغرر لما فيها من المخاطرة، فتلك العبارات والاعتبارا دخيلة علينا من خلال المصارف والصيارفة كما دخل علينا من خلالها ما هو أعظم منها، وكثيراً ما سمعتها تجري على ألسنة القائمين على المصارف من خلال ترديدهم المقولة: «البنوك تباع ثقة وتشتري مخاطرة»، أما أن تجري على لسان من ينتسب إلى الشرع،

ويريد أن يجتهد في مسائل الشرع من خلال أصول مخالفة للشرع ، فتلك مصيبة عظيمة تذكرنا قول الشاعر^(١) :

فإن كنت لا تدري فتلك مصيبة وإن كنت تدري فالمصيبة أعظم

٦- احتجوا بما نقل عن مالك ، وابن القاسم وأشهب ، وغيرهم أنهم يجيزون لرب الدين أن يعطي المدين شيئاً على أن يعطيه المدين حميلاً ، قالوا فتلك إجازة من بعض الفقهاء للأجر على الضمان تمشياً مع تبريرات التعامل التي واجهتهم .

ويجاب عن هذا الاحتجاج أنه في غير موطن النزاع إذ موضع النزاع أن يدفع المضمون أجراً للضامن ، وقد منع الأجر لأنه يدور بين حالين : إما أن يكون باطلاً في حال أداء المضمون ، أو أن يكون ربا في حال أداء الضامن ، وكلاهما منتفٍ عما استشهدوا به ، إذ المعطي فيه هو الدائن ، فتنتفي شبهة الربا .

المقصد الرابع : القول بمنع الأجر على الاعتماد المستندي باعتباره ضماناً :

إن أشد المعارضين للأجر على الضمان من المعاصرين ، وأشدهم تأسيماً بالسلف في هذا الشأن ، هو الدكتور علي بن أحمد السالوس ، حفظه الله ، وها هنا أنقل طرفاً مما احتج به في ذلك عند مناقشته حكم

(١) من ميمية ابن القيم .

الأجر على الضمان^(١).

أولاً: الكفالة تبرع ابتداء وانتهاء حين لا يرجع الكفيل على المكفول بما أدى عنه، وقد تكون تبرعاً ابتداءً، ومعاوضة انتهاءً إذا رجع الكفيل على المكفول فتكون هنا مثل القرض... ولا خلاف بين الأئمة في أن الكفالة لا تجوز بجعل فضلاً عن الأجر، والخروج عن هذا الإجماع قد لا يجد ما يبرره.

ثانياً: مما يستدل به على مشروعية الكفالة ما روي عن الرسول ﷺ أنه قال: (الزعيم غارم)^(٢).

فإذا كان الأصل في الزعامة - أي الكفالة - أنها غرم فكيف تتحول في عصرنا إلى غنم؟!

ثم أورد طرفاً من أقوال الفقهاء يقرر ما ذكره أولاً، وثانياً، فقال: ولذلك كان الإمام مالم يرى أن الكفالة من وجه الصدقة^(٣)

وقال الإمام الشافعي: «الكفالة استهلاك مال لا كسب مال»^(٤).

(١) ما أورده هنا من أدلة في هذا المقصد تفيد منع الأجر على الضمان نقلته عن السالوس في كتابه: الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية بعضها ذكرته بنصه، بعضها ذكرته بشيء من التصرف فليراجع الكتاب ص ١٣٩ وما بعدها.

(٢) تقدم تخريجه ص ٣١٥ من هذه الرسالة.

(٣) المدونة ٥/ ٢٨٤.

(٤) الأم ٣/ ٢٠٥.

وحكى عنه الرافعي : أن الضمان تبرع ، أو قرض محض ^(١) .

وقال الإمام النووي : «الضمان عزز كله بلا مصلحة» ^(٢) .

وقال الكمال بن الهمام : «الكفالة عقد تبرع كالنذر ، لا يقصد به سوى ثواب الله ، أو رفع الضيق عن الحبيب» ^(٣) .

وقال الدردير : «الضامن كالمسلف ، يرجع بما أدى» ^(٤) .

وقال ابن قدامه : «الضمين والكفيل على بصيرة أنه لا حظ لهما» ^(٥) .

واعتبر الكفالة كالمنذر .

ولهذا كله اشترط الفقهاء في الكفيل أهلية التبرع ، لأن الكفالة تبرع محض ، لا مصلحة فيها للكفيل ، حتى إذا كانت عقد معاوضة انتهاء ، فهذا يعني أنها تنتهي بقرض ، والقرض عقد إتفاق لا مصلحة فيه للمقرض .

ثالثاً : جاء في الهداية : « فإن كفله بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره» ^(٦) . . .

(١) و (٢) روضة الطالبين ٤ / ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٣) شرح فتح القدير ، ٥ / ٤٠٢ .

(٤) الشرح الصغير بلغة السالك : ٣ / ٤٣٦ .

(٥) المغني ، ٤ / ٦١٣ .

(٦) شرح فتح القدير ، ٥ / ٤٠٨ .

وقال الكاساني : «الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل ، والكفيل بأداء المال مقرض من المطلوب ، ونائب عنه في الأداء إلى الطالب . . . والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه»^(١) .

وإذا كانت الكفالة في هذه الحالة تعتبر استقراضاً ، فما يؤخذ في مقابلها زيادة على الدين ألا يدخل من باب الربا المحرم ؟ ، وإذا أدى المضمون عنه دينه فبم يستحق الضامن هذه الزيادة؟

وقد بين سبب المنع أكثر من فقيه : جاء في المغني والشرح بعد ذكر لأقوال أحمد : « قال : ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، ولو قال : اكفل عني ولك ألف لم يجز ، وذلك لأن قوله : اقترض لي ولك عشرة جعله على فعل مباح فجازت كما لو قال : ابن لي هذا الحائط ولك عشرة ، وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين ، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه ، فصار كالقرض ، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز»^(٢) .

وقال الدردير في أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك :

« وعلة المنع أن الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً ، فهو من أكل أموال الناس بالباطل ، وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به على الغريم

(١) بدائع الصنائع ، ١١ / ٦ .

(٢) المغني والشرح الكبير ، ٣٦٥ / ٤ .

كان من السلف بزيادة»^(١).

وقال ابن عابدين في منحة الخالق على البحر الرائق :

« الجعل باطل لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب ، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا»^(٢).

رابعاً - أن الحاجة كانت قائمة في عصر أولئك الفقهاء إلى الضمان ، الذين نقل عنهم قبل قليل منع الأجر عليه ، وقد ظهرت - نظراً للحاجة - في عصرهم أنواع من صور الضمان أجازها أولئك الأئمة علي خلاف بينهم في بعض التفاصيل كضمان الدرك . وضمان السوق ، وضمان نقص المكيل ، كما أن المخاطرة في عصرهم أكثر من المخاطرة التي تتعرض لها المصارف اليوم نظراً لما تستوثق به لنفسها من ضمانات ، ورغم هذا كله لم يقل أحد منهم بحل الأجر أو الجعل على الضمان .

المقصد الخامس : مناقشة القائلين بجواز الأجر على الاعتماد المستندي بمقابلة مافيه من خدمة وعمل ، بصرف النظر عما يصير إليه من تخريج :

ثمة فريق قال بجواز الأجر على الاعتماد المستندي بمقابلة مايقوم به المصرف من عمل ، وما يقدمه من خدمة للمستفيد ، بصرف النظر عما

(١) بلغة السالك ، ٤٤٢ / ٣ .

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ، ٢٢٢ / ٦ .

ارتأوه للاعتماد المستندي من تخريج ، وهذا القول صحيح بالجملة ، لكن فيه إطلاقاً يحتاج إلى تقييد من جهتين :

أ- من جهة نوع الخدمة والمنفعة التي يقدمها المصرف للعميل ، وتلك تقييد بقيدين :

أحدهما : أن تكون الخدمة والمنفعة مما يجوز الأجر بمقابلتها شرعاً إذ ماكل منفعة يجوز أن تقابل بأجر ، فالشفاعة منفعة للمشفوع له لكن لايجوز للشافع أن يأخذ منه بمقابلتها أجراً ، وقد جاء النهي عن ذلك بالحديث :

« من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا »^(١).

والكفالة منفعة للمكفول ، لكن لايجوز أن يأخذ الكفيل بمقابلتها أجراً - وسيأتي مزيد بيان لهذا عند مناقشة الأجر على الضمان - .

ثانيهما : أن تكون المنفعة والخدمة يحتاج إليها حقاً ، لاحيلة يحتال بها للتوصل من خلالها إلى أخذ الأجر على ما منع فيه الأجر .

ب- من جهة الأجر إذ ينبغي أن يكون الأجر مناسباً الخدمة التي يقوم المصرف بها ، والتي يجوز له الأجر عليها على أن القول بالجمع بين الاجارة وهي عقد معاوضة ، وبين الضمان ، وهو عقد تبرع لايجوز

(١) تقدم تخريجه ص ٤٥٤ من هذه الرسالة .

الأجر عليه - كما سيأتي تقريره في المبحث اللاحق - أقول في الجمع بين المعاوضة والتبرع احتيال على أخذ الأجر على ما منع فيه الأجر من عقود التبرع ، وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية رحمه الله تعالى :

« والمنع من هذه الخيل هو الصحيح قطعاً لما روى عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال : « لا يحل سلف ، وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » ^(١) رواه الأئمة الخمسة أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، فنهى ﷺ عن أن يجمع بين سلف وبيع ، فإذا جمع بين سلف واجارة فهو جمع بين سلف وبيع أو مثله ، وكل تبرع يجمعه إلى البيع والاجارة مثل الهبة ، والعارية ، والعريه ، والمحابة في المساقاة ، والمزارعة ، وغير ذلك ^(٢) 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 فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض جمعا بين أمرين متنافيين فإن من أقرض رجلاً ألف درهم وباعه سلعة تساوي خمسمائة بألف لم يرض بالإقراض إلا بالثمن الزائد للسلعة ، والمشتري لم يرض ببذل ذلك الثمن الزائد إلا لأجل الألف التي اقترضها ، فلا هذا باع بيعاً بألف ، ولا هذا أقرض

(١) تقدم تخريجه ص ٩٧ من هذه الرسالة .

(٢) قلت : كالضمان ، ونحوه من عقود التبرع .

قرضاً محضاً...»^(١)

والذي يدل على أن المصرف لم يقيم بعمل يستحق ما أخذه من أجر على الاعتماد المستندي، ولا هو أقرض قرضاً محضاً، أو ضمن ضماناً محضاً، وإنما قال بدعوى الجهد والعمل من أراد أن يبرر للمصرف الأجر بمقابلة مامنع فيه الأجر من قرض أو ضمان ونحوه، على أن المصارف نفسها لم تقل بهذا لأنها في الأصل لا تجدد غضاضة في أخذ الأجر على الضمان أو أخذ الزيادة على القرض، وتعترف بهذا مما يدحض دعوى من أراد تبرير أخذها الأجر والزيادة بمثل هذه الحيل^(٢)، وفي هذا يقول على جمال الدين عوض: «وتختلف العمولة عن الفائدة، التي تستحق عما يعجله البنك إلى عميله، إذ هي تستحق بمجرد فتح الاعتماد [ولو لم ينفذ بسبب غير منسوب إليه]، أي بمجرد إرساله الخطاب إلى المستفيد من الاعتماد، وأحياناً يشترط البنك قبضه العمولة قبل إرساله الخطاب، بل يرى بعض الشراح أنها تستحق ولو لم يشترط ذلك لتعاصر التزام البنك بفتح الاعتماد وحقه في قبض مقابله. وهي تستحق ولو كان الأمر قد قدم للبنك مقابل الاعتماد [أي المبلغ الذي يتعهد البنك بدفعه للمستفيد] كاملاً ونقداً ولو لم يتجرد البنك من أي مبلغ من خزائنه، وكذلك لا يؤثر في استحقاقها أن لا يستخدم المستفيد الاعتماد بأن لا يقدم المستندات

(١) الفتاوى ٦٢/٢٩ وما بعدها.

(٢) على أن دعواهم هذه مدحوضة بمنعها من أصلها، وذلك بمنع الجمع بين معاوضة وتبرع كما تقدم.

للبنك ، ولا يعفى العميل منها إلا أن يتخلف البنك عن تنفيذ التزامه كأن يسحب - خطأ - الاعتماد ، أو يرفض تنفيذه دون مبرر قانوني فيكون عليه رد العمولة ، فهي لا تستحق إلا إذا كان البنك قد فتح اعتماداً مطابقاً لما طلبه العميل لأنه بذلك يكون قد نفذ سبب استحقاق العمولة»^(١) .

قلت : وبناء على ماتقدم يتضح أن الأجر على الاعتماد المستندي (العمولة) إنما هو بمقابلة الاعتماد نفسه لا بمقابلة ما يقوم به المصرف من جهد وعمل^(٢) وعليه يمكن الخلوص في تنفيذ هذا القول إلى مايلي :

١ - أن الجهد والعمل إذا صحب الضمان وكان حقيقياً أمكن أن يؤخذ أجر يقابله بلا زيادة كما نقل عن الفقهاء في الجاه يصحبه الجهد والعمل ، وقد تقدم^(٣) .

٢ - أن القيام بجهد وعمل يسير ، وأخذ أجر بمقابلته أكثر مما يستحقه ممنوع في عقود التبرع إذ يعد والحال ما ذكر احتيالاً على الأجر على تلك العقود التي منع فيها الأجر .

(١) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٨٢ وما بعدها ، وانظر موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين العملية والقانونية ، محيي الدين إسماعيل علم الدين ، ٧٩١ / ٢ .

(٢) ما كتب بالخط العريض في الصفحة السابقة يفيد ارتباط الأجر بالاعتماد المجرد وإن لم يصحبه جهد وعمل .

(٣) انظر ص ٤٥٣ من هذه الرسالة .

٣- أن ماتقدم التجوز فيه من المعاوضة المصاحبة للعقود التي الأصل فيها التبرع إنما محله ما جاء العمل المأجور عليه تبعاً لا أصلاً - إذ قد ثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً - أما أن يضاف هذا العمل بعقد إجارة مستقل إلى عقد التبرع، ويجمع بينهما فذلك ممنوع لما تقدم^(١).

المقصد السادس : رأيي في الأجر على الاعتماد المستندي :

إن رأيي في الأجر على الاعتماد المستندي مبناه ما ارتأيته له من تخريج تقدم بيانه في موضعه، وقد قدمت أن الاعتماد المستندي ضمان بكل حال، وبينت أنه لا تلازم بين الغطاء وجوداً وعدمًا من جهة، ولا بين الكفالة، والوكالة من جهة ثانية^(٢)، وعلى هذا أقول :

إن المصرف لا يخلو من أحد حالين :

أ- إما أن لا يؤدي للمستفيد، بل ولم يقم بعمل أصلاً سوى تبليغ الاعتماد للمستفيد، ومثال ذلك أن يتراجع المستفيد عن الاعتماد المستندي، وحينئذ فإن الاعتماد لم يكلف المصرف شيئاً سوى تبليغ الاعتماد للمستفيد لكن المصرف يأخذ نفس الأجر الذي كان سيأخذه لو نفذ الاعتماد، فبأي مقابل يأخذ المصرف هذا الأجر؟

(١) انظر ما تقدم إيراده حول منع الجمع بين عقد معاوضة، وعقد تبرع، ص ٤٦٣ من هذه الرسالة .

(٢) انظر في هذا رأيي في تخريج الاعتماد المستندي، ص ٤٢٨ من هذه الرسالة .

إنه لم يَقم بعمل لِيستحق عليه أجرٌ سوى أنه تعهد بالأداء للمستفيد ، ومن ثم بلغ المستفيد تعهده هذا من خلال خطاب الاعتماد الذي بعث به إليه ، وهذا التعهد كفالة - في رأيي - فباستثناء تكلفة تبليغ الاعتماد للمستفيد فإن ما أخذه المصرف من أجر زيادة على هذا ، فإنه بمقابلة ذلك التعهد - الذي هو كفالة في حقيقته كما قدمت -^(١) ، ومعلوم أن الأجر والجعل ممنوعان على الكفالة كما تقدم^(٢) .

ب- أو أن يؤدي للمستفيد ، فإن كان الاعتماد غير مغطى ، أو هو مغطى غطاء جزئياً ، فإن المصرف حينئذ يعد مقرضاً للعميل ، وما أخذه من أجر يعد زيادة على القرض ، وهذا هو الربا .

وإن كان الاعتماد مغطى غطاء كلياً فعلى القول بأن الاعتماد المستندي كفالة فإن ما قدمه العميل للمصرف من غطاء يعد تقديماً لوفاء ما سيستحقه المصرف عليه كمن عجل الزكاة قبل وجوبها ، وحينئذ فإن ما يأخذه المصرف من أجر يعد بمقابلة الكفالة ، وقد تقدم بيان منع الأجر عليها^(٣) .

(١) بل إن المصرف نظاماً له أن يأخذ العمولة قبل أن يبلغ الاعتماد وقد تقدم بيانه في مقصد مناقشة القول بجواز الأجر على الاعتماد مقابل ما فيه من خدمة وعمل فليراجع ص ٤٦١ من هذه الرسالة .

(٢) انظر مبحث مناقشة القائلين بجواز الأجر على الضمان وكذا مبحث القول بمنع الأجر على الضمان ، ص ٤٥٠ ، ٤٥٧ من هذه الرسالة .

(٣) من خلال مناقشتي القائلين بجواز الأجر على الضمان ، ومن خلال بسط =

وأختم الحديث عن الأجر على الضمان ببيان أمرين :

أولهما : أن الأجر على الضمان لم يعرف لدى المسلمين ، وإنما جاء عن طريق المصارف اليوم التي تخالفنا في الأساس الاعتقادي ، والاقتصادي ، ومعلوم أن المجتمع الذي عرف فيه هذا مجتمع لا يؤمن بالله واليوم والآخر ، وليس للاحتساب في حياته معنى ، أما مجتمعنا فهو مجتمع يرجو الله واليوم الآخر ، ويحتسب أعماله على الله ، ويتقرب بها إلى الله ، فالاحتساب أمر نتميز به عن غيرنا في معاملاتنا ، فينبغي أن نحافظ بسمتنا ، والضرر الناجم من التخلي عنه أعظم مما يدعونه من ضرر^(١) يقولون بالأجر على الضمان تقديرأله .

وثانيهما - أن عمدة من يوافقون المصارف فيما تخالفنا فيه من معاملة^(٢) . أصلان : أحدهما أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، وثانيهما : التيسير على الناس في معاملاتهم إذ ذاك من مقاصد الشارع .

وإجابة عن هذا أقول : أما أصلهم الأول فمع التسليم به جملة ، إلا

= القول في منع الأجر على الضمان نقلاً عن السالوس في كتابه الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية .

(١) ذلك أن المجتمع يصبح مادياً ليس للاحتساب نصيب في حياته ، ولا للفضيلة معنى في حساباته ، وهذا مرض اجتماعي ضرره أعظم من الضرر المزعوم حدوثه لو قيل بمنع الأجر على الضمان .

(٢) ومن ذلك التكسب بالضمان .

أنه مقيد بأصلين ذكرهما الامام ابن تيمية في قوله :

« فإذا ظهر أن لعدم تحريم العقود والشروط جملة وصحتها أصلان :
الأدلة الشرعية العامة ، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب ، وانتفاء
المحرم فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا
بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو المسألة هل ورد من الأدلة
الشرعية ما يقتضي التحريم أو لا ، أما إذا كان المدرك الاستصحاب ، ونفي
الدليل الشرعي فقد أجمع المسلمون وعلم بالاضطرار أنه لا يجوز لأحد
أن يعتقد ويفتي بموجبه إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة فإن جميع ما
أوجبه الله ورسوله وحرماه مغير لهذا الاستصحاب فلا يوثق به إلا بعلم
النظر في أدلة الشرع ، وأما إذا كان المدرك هو النصوص العامة فالعام
الذي كثرت تخصصياته لا يجوز التمسك به إلا بعد البحث عن المسألة
هل هي من المستخرج أم المستبقى ، وإذا كان كذلك فالأدلة النافية لتحريم
العقود والشروط مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله فلا ينتفع بهذه
القاعدة إلا مع العلم بالحجج والبراهين الخاصة في ذلك النوع »^(١).

وأما أصلهم الثاني وهو التيسير فأجيب عنه بقولي : هل من لازم
التيسير اتباع خطى الكافرين ، والتنحي عن سبيل المؤمنين ؟

إن اليسر كله في الدين ، وفي اتباعه غنية عن غيره ، وقد أمرنا

(١) الفتاوى : ١٦٥ / ٢٩ وما بعدها .

بذلك : لقول الله تعالى : ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ (١)

وتلك الشريعة الميسرة الكاملة لها مقاصد ينبغي اعتبارها جميعاً ومنها :

١- التميز عن أصحاب الجحيم ، والأصل في ذلك قول الله تعالى : ﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴾ (٢)

وقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ (٣)

وقوله ﷺ مخبراً بما سيقع لأمته على سبيل التحذير من ذلك :
« لتتبعن سنن من كان قبلكم شبراً شبراً ، وذراعاً ذراعاً ، حتى لو دخلوا حجر ضرب تبعتموهم ، قلنا : يا رسول الله اليهود

(١) سورة الجاثية ، الآية (١٨) .

(٢) سورة المائدة ، الآية (٤٨) .

(٣) سورة الجاثية ، الآية (١٨) .

والنصارى؟ قال فمن»^(١).

ب- اجتناب الشبهات، والأصل في ذلك قوله ﷺ :

«إن الحلال بين، والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب»^(٢).

ج- التيسير، والأصل في ذلك قول الله تعالى :

﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^(٣) الآية.

وقوله سبحانه : ﴿... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾^(٤) الآية.

وقوله تعالى : ﴿... مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...﴾^(٥) الآية.

(١) البخاري بفتح الباري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب قول النبي ﷺ «لتبعن سنن من كان قبلكم»، ١٣ / ٣٠٠، وانظر : صحيح مسلم بشرح النووي، في العلم، ٢١٩ / ١٦.

(٢) المرجع السابق، كتاب الإيمان، فضل من استبرأ لدينه، ١٢٦ / ١.

(٣) سورة البقرة، الآية (١٨٥).

(٤) سورة الحج، الآية (٧٨).

(٥) سورة المائدة، الآية (٦).

والملاحظ على كثير ممن يريدون التيسير على الناس في معاملاتهم من المعاصرين اليوم، أنه في سبيل تحقيق هذا المقصد يطرح مقاصد، فيقع في الشبهات، ويتبع الكافرين، فهل استحال على الشريعة أن تفي بما يتطلبه العصر من معاملة إلا من خلال ضرب مقاصدها بعضها ببعض؟، هذا بلاشك يشعر بخطأ في المنهج إذ مقاصد الشارع ينبغي أن تتظافر لاتساقط، وأن تؤخذ جملة لا أن نأخذ منها ما يناسب أهواءنا ونطرح ماعدا ذلك.

وإن من التيسير على الناس في معاملاتهم أن يكون للاحتساب نصيب فيها، وبقدر ما يوجد بقدر ما يكون التيسير، وبقدر ما يتخلف بقدر ما يكون التضيق والتعسير، فاطراح الاحتساب تضيق وتعسير في المعاملة لا تيسير كما يقولون.

٣- إن تهاون الناس في الأجر على عقود التبرع يؤدي بهم إلى الوقوع في الربا إما باستمرارهم التهاون وتجربتهم على الحرام من خلال وقوعهم في المكروه، أو المشكوك في تحريمه، أو بالاحتيال بهذا على هذا، ومعلوم أن الحيلة ممنوعة في الإسلام وأن أشد ما حرص الإسلام على حماية حمائه هو الربا، ولذا جاء النهي عن عقود كثر كيلا تكون ذريعة إلى الربا، من ذلك النهي عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيعتين في بيعة، وعن مسألة مدّ عجوة، وغير ذلك كثير، ومما لاشك فيه أن القول بحل الأجر على الكفالة سلّم عظيم إلى الربا إن لم يكن.

المطلب الثاني : النظر في انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي :

في مبحث تخريج غطاء الاعتماد المستندي طرحت احتمالات ثلاثة
يمكن أن يخرج الاعتماد المستندي على أحدها ، ورحجت تخريجه على
أنه رهن وبينت مسوغات هذا الترجيح ، والآن أبين حكم انتفاع المصرف
بغطاء الاعتماد المستندي ، وتصرفه فيه بناء على تلك التخريجات :

المقصد الأول : حكم انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي ،
وتصرفه فيه بناء على القول بأنه رهن :

للعلماء أقوال في انتفاع المرتهن بالرهن ^(١) مدارها حديثان :

(١) مما ينبغي التنبيه إليه : أن انتفاع المرتهن بالرهن دون إذن الراهن ، إنما يفيد
الحديث (الظهر يركب بنفخته) وعلى هذا : فإن الذين لم يترجح
لديهم العمل بهذا الحديث - وهم الجمهور ، كما سيتبين - لا يقولون بجواز
انتفاع المرتهن بالرهن دون إذن مالكة « الراهن » لأن الرهن مُلكُ الراهن ،
والقاعدة : أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره إلا بإذنه .
والاستثناء من عموم هذه القاعدة ، لا يفيد سوى الحديث المذكور ، وهم لم
يترجح لديهم العمل به .

كما أنهم لا يفرقون بين ما كان مركوباً أو محلوباً ، وما لم يكن كذلك ، لأن
هذا التفريق لا يفيد سوى الحديث المذكور ، وهم لم يترجح لديهم العمل به .
أما العاملون بهذا الحديث ، فإنهم يقولون بجواز انتفاع المرتهن بالرهن دون
إذن الراهن ، في حدود ما دلَّ عليه الحديث ، لاستثنائه به من عموم قاعدة منع
الإنسان من الانتفاع ، والتصرف في ملك غيره دون إذنه .
وبهذا يتحصل : أن ما لا يحتاج إلى مؤنة من الرهن فإنه لا يجوز للمرتهن أن =

أحدهما : ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

(الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدريشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقه)^(١) رواه البخاري .

ثانيهما : مارواه البخاري عن عبد الله بن سلام موقوفاً :

(أنك بأرض الربا فيها فاش، إذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا)^(٢) رواه البخاري .

= ينتفع به دون إذن راهنه، وهذا عند الجميع ، العاملين بحديث «الظهر يركب بنفقته» وغير العاملين به .

أما العاملون به ، فلأن مستندهم في تجويز انتفاع المرتهن بالرهن دون إذن راهنه هو الحديث المذكور، وهو لا يشمل ما لا يحتاج إلى مؤونة .

وأما غير العاملين به ، فلأن القاعدة منع الإنسان من الانتفاع، والتصرف في ملك غيره دون إذنه .

ولما كان الحديث المذكور غير مفيد - في مذهبه - الاستثناء من عموم هذه القاعدة قالوا بمنع انتفاع المرتهن بالرهن دون إذن الراهن عملاً بعمومها . وبه يتبين أن خلافهم فيما دون ذلك ، وسيأتي تفصيله .

(١) انظر البخاري بفتح الباري ، كتاب الرهن ، باب الرهن مركوب ، ومحلوب ، ١٤٣/٥ .

ورواه أيضاً أبو داود ، كتاب البيوع ، باب في الرهن .

وكذا الترمذي ، كتاب البيوع ، باب الانتفاع في الرهن .

(٢) انظر البخاري بفتح الباري ، كتاب المناقب ، باب مناقب ، عبد الله بن سلام ، ١٢٩/٧ .

على أن الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية على رد الحديث الأول بحجة أنه على خلاف القياس وذلك من وجهين :

أولهما : تجويز غير المالك أن يركب ويشرب بغير إذن المالك .

وثانيهما : تضمين ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

ثم اختلفوا في التفصيلات على ما سيأتي :

أولاً - مذهب الحنفية :

الحنفية على أن المرتهن ليس له الانتفاع بالرهن دون إذن الراهن أما إذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع فله ذلك^(١) لكن استثنوا من ذلك ما فيه

قلت : ولئن كان هذا الحديث موقوفاً على عبد الله بن سلام فثمة حديث مرفوع يفيد هذا المعنى، وهو النهي عن الانتفاع من جراء القرض (السلف)، وقد جاء الحديث المرفوع ناهياً عن الجمع بين سلف وبيع كيلا يكون البيع ذريعة إلى الانتفاع من جراء القرض كأن يبيع ما قيمته خمسون بمائة مثلاً، فتكون الخمسون الزائدة بمقابلة القرض، فجاء الحديث ناهياً عن هذا ونصه : عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله ﷺ (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم يضمن، ولا بيع ماليس عندك) رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب شرط في بيع، وكذا رواه الترمذي في كتاب البيوع، باب شرط في بيع، وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

(١) المبسوط، ١٠٧/٢١، ومابعدھا، حاشية ابن عابدين، ٥٢٢/٦، تبين

الحقائق، ٧٦/٦، الفتاوى الهندية، ٤٦٥/٥، ومابعدھا، بدائع الصنائع،

. ١٤٦/٦

تحصين وحفظ للمرهون من الفساد استحساناً إذا كان لا يزال العين عن ملك الراهن، فللمرتهن فعله دون إذن الراهن، جاء في الفتاوى الهندية:

(والحاصل أن كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع والاجارة ليس بمملوك للمرتهن، ولو فعل يضمن وإن كان فيه تحصين وحفظ من الفساد إلا إذا كان ذلك بأمر القاضي، وكل تصرف لا يزال العين عن ملك الراهن كان للمرتهن ذلك وإن كان بغير أمر القاضي إذا كان فيه تحصين وحفظ عن الفساد، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل^(١)).

ونقل عن بعضهم كراهة انتفاع المرتهن بالرهن وإن أذن له الراهن لأنه ربا^(٢).

ومما تقدم يتضح لنا من مذهب الحنفية مايلي:

- ١- ردهم الحديث «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً...».
- ٢- منعهم تصرف المرتهن بالرهن دون إذن الراهن، واستثناؤهم من ذلك بعض التصرفات التي لا تنقل الرهن من ملك الراهن، ومستندهم في هذا الاستحسان لا الحديث «الظهر يركب بنفقته...» وإن كان

(١) الفتاوى الهندية، ٥/٤٦٨، وانظر في هذا المعنى أيضاً المبسوط ٢١/١٠٩.

(٢) حاشية ابن عابدين، ٦/٥٢٢.

القياس عندهم على خلاف هذا الاستحسان جاء في المبسوط :

(وإن قطف العنب أو جذاً الثمرة فهو ضامن بالقياس لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذن ، وفي الاستحسان لاضمان عليه)^(١) .

٣- تجوزهم انتفاع المرتهن بالرهن إذا أذن الراهن ولو كان الرهن من قرض ، وقليل منهم يكرهه خشية الربا .

ثانياً - مذهب المالكية :

أباح المالكية انتفاع المرتهن بالرهن بشروط ثلاثة^(٢) :

أ- أن تكون المنفعة مشروطة لا متبرع بها .

ب- أن تكون مدة المنفعة المشروطة معلومة .

ج- أن يكون الرهن من بيع لا قرض .

ومما تقدم يتضح لنا من مذهب المالكية مايلي :

١- ردهم الحديث « الظهر يركب بنفقته » .

حيث اشترطوا أن تكون المنفعة مشروطة ، ومقتضى الحديث ملك المرتهن الانتفاع بالرهن في موضوع الحديث دون حاجة إلى شرط

(١) المبسوط ، ١٠٩/٢١ .

(٢) الخرزني على مختصر خليل ، ٢٤٩/٥ ، ومابعدھا ، الشرح الصغير ببلغة السالك ، ٣/٣٢٥ ، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك ، ٢/٣٦٦ ، ومابعدھا .

أو إذن مرتهن .

٢- منعهم انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان الرهن من قرض محاذرة الربا^(١) .

٣- منعهم انتفاع المرتهن بالرهن وإن لم يكن من قرض ، وإن أذن الراهن في الانتفاع كيلا يكون هدية مديان إذ هي ممنوعة عندهم ، ولتفادي هذا اشترطوا الشرط الأول .

٤- محاذرة الجهالة والغرر ، ولهذا اشترطوا الشرط الثاني .

ثالثاً - مذهب الشافعية :

المتأمل في كتب الشافعية غالباً يجدهم عند الحديث عن الانتفاع بالرهن إنما يضيفون ذلك إلى الراهن ، ويقصرون الكلام في هذا عليه حتى إنك لاتكاد تجد الكلام على انتفاع المرتهن بالرهن إلا حيث يتكلمون عن الشروط في الرهن ، فلعل في هذا إشارة إلى أنهم لا يجوزون انتفاع المرتهن بالرهن إلا حيث يشترط المرتهن ذلك في عقد الرهن فإن اشترطه فقد جاء عن الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه الأم إطلاق المنع ،

(١) أما إذا كان الرهن من بيع صح اشتراط الانتفاع بالرهن لأنه يكون جمعاً بين بيع وإجارة ، وهو جائز ، توضيح ذلك : أن يبيعه داراً بمائتي ألف ريال ويرهن سيارته ويشترط عليه أن يستخدمها ، فهذا الاعتبار تكون المائتي ألف بمقابلة أمرين : ١- قيمة الدار ٢- وأجرة استخدام السيارة .

فيكون والحال ما ذكر جمعاً بين بيع وإجارة وهو صحيح عند الفقهاء .

قال: (وكذلك منافع الرهن للراهن ليس للمرتهن منها شيء، فإن شرط المرتهن على الراهن أن له سكنى الدار، أو خدمة العبد، أو منفعة الرهن . . . من أي الرهن كانت داراً، أو حيواناً، أو غيره فالشرط باطل)^(١).

لكن صاحب فتح الوهاب قيد هذا الاطلاق ، حيث أفاد جواز انتفاع المرتهن بالرهن بشرطين :

أحدهما : أن يكون الرهن من بيع لا قرض .

ثانيهما : أن تكون المنفعة مقدرة معلومة .

وقد بين هذين الشرطين بقوله :

(فإن قدرت المنفعة في الثانية ، والرهن مشروط في بيع فهو بيع وإجارة ، وهو جائز)^(٢) .

والى مثل هذا ذهب صاحب مغني المحتاج فقال :

(ومحل البطلان إذا أطلق المنفعة ، فلو قدرها ، وكان الرهن مشروطاً في بيع كقوله : وتكون منفعته لي سنة ، فهو جمع بين بيع وإجارة في

(١) الأم، للشافعي، ٣/ ١٥٥ .

(٢) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، زكريا بن محمد الأنصاري، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، لعام ١٣٥٣هـ، ١/ ١٩٢ .

صفقة ، وهو جائز^(١) .

وبناء على ماتقدم يتضح لنا من مذهب الشافعية مايلي :

١- ردهم الحديث « الظهير يركب بنفقته . . . »

وقد نقل عن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في تأويله هذا الحديث أن المراد به من رهن ذات ظهر ودر لم يكن له أن يمنع الراهن من درها وظهرها فهي محلوبة ، ومركوبة له كما كانت كذلك قبل الرهن ، وقد اعترض هذا التأويل الطحاوي بما رواه هشيم عن زكريا في هذا الحديث ولفظه : « إذا كانت الذابة مرهونة فعلى المرتهن علفها . . . »^(٢)

ثم أجاب الشافعي رحمه الله تعالى بعد هذا على أنه محمول على ما قبل تحريم الربا ، فارتفع بتحريم الربا ما أبيح في هذا للمرتهن^(٣) .

٢- منعهم انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان الرهن من قرض محاذرة الربا ، وتجوزهم الانتفاع المشروط إذا كان الرهن من بيع لأنه حينئذ جمع بين بيع واجارة ، وهو صحيح ، وقد تقدم بيانه في مذهب المالكية .

(١) مغني المحتاج ، ١٢١/٢ وما بعدها .

(٢) مسند الإمام أحمد بالفتح الرباني ٩٩/١٥ ، سنن الدارقطني ٣/٣٤ ، شرح

معاني الآثار ، ٩٩/٤ .

(٣) فتح الباري ، ١٤٤/٥ .

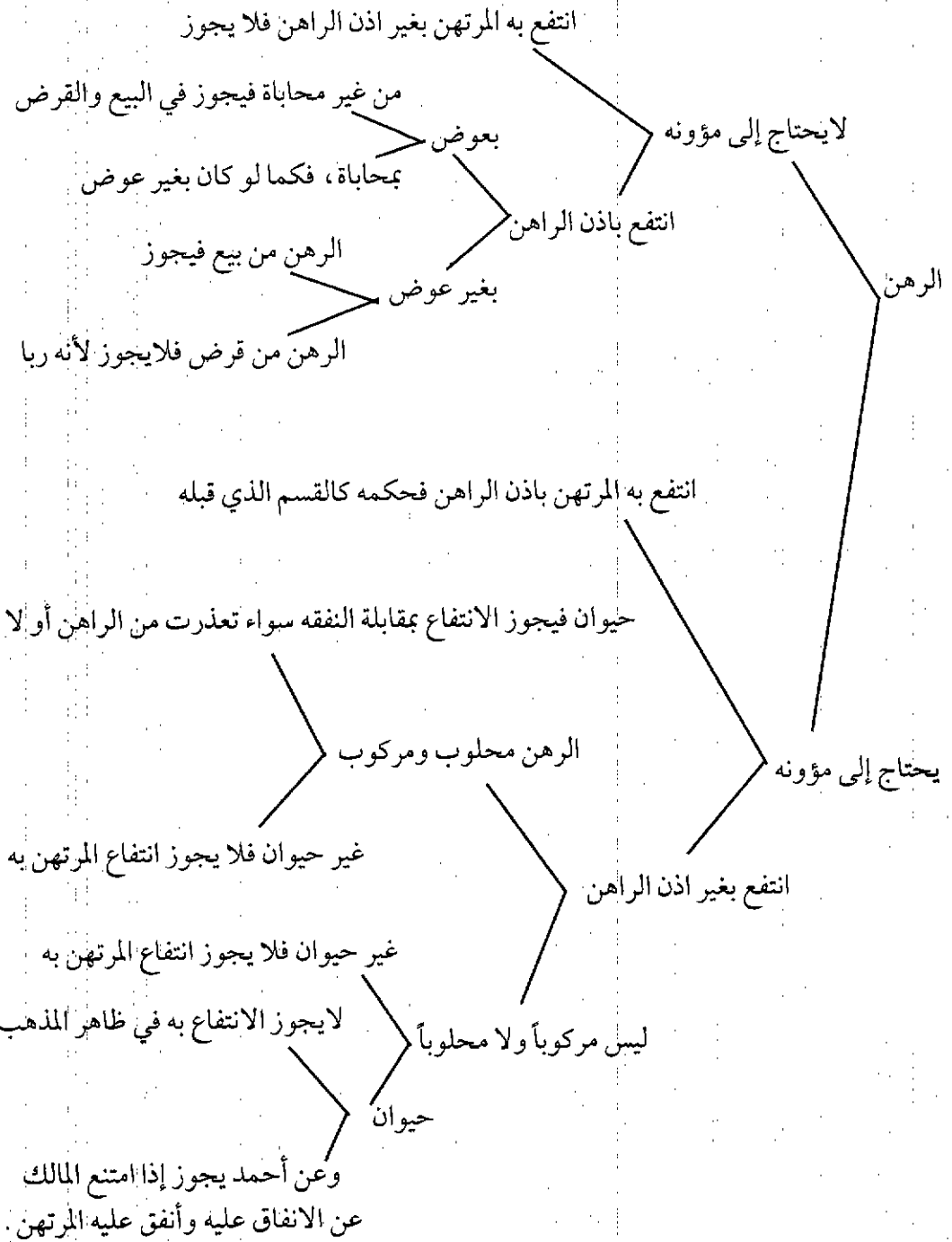
٣- محاذرتهم الجهالة ، والغرر ولهذا اشترطوا أن تكون المنفعة معلومة .

هذا وإن التفصيل المتقدم موضوعه النفع المشروط ، أما غير المشروط فلم أقف في كتبهم المعتمدة على قول لهم فيه .

رابعاً - مذهب الحنابلة :

أما الحنابلة فقد عملوا بالحديثين معاً^(١) إذ أعملوا الحديث « الظهر يركب . . . » حيث أباحوا انتفاع المرتهن بالرهن ظهراً ودرأً مقابل النفقة عليه دون حاجة إلى اذن الراهن عملاً بالحديث ، كما حاذروا الوقوع في الربا فمنعوا انتفاع المرتهن بالرهن إن كان الرهن من قرض في حالات سيأتي بيانها ضمن تفصيل مذهبهم وهو مايلي^(٢) :

-
- (١) المراد بالحديثين حديث « الظهر يركب . . . » والحديث الآخر هو مجموعة الأحاديث الواردة في تحريم قرض جر نفعاً ، والتحايل على ذلك ، وقد سبق إيرادها في أول المبحث ص .
- (٢) انظر في تفصيله : المغني ، ٤/٢٦٦ وما بعدها ، حاشية الروض المربع لابن قاسم ، ٥/٩٠ وما بعدها .



قلت : ومما تقدم من عرض لأقوال الفقهاء في انتفاع المرتهن بالرهن نخلص إلى أن المالكية والشافعية والحنابلة ، وبعض الحنفية يمنعون انتفاع المرتهن بالرهن إن كان الرهن من قرض لأنه ربا ، وفي حال مانحن بصدده وهو انتفاع المصرف فيما يقدمه العميل له من رهن مقابل فتح الاعتماد المستندي فإن الرأي الراجح - فيما أراه - تخريج الاعتماد المستندي على أنه كفالة (ضمان) ومعلوم أن الكفالة لصيقة بالقرض بجامع التبرع في كل فأولها وجاهة وآخرتها غرامة ، ففي حال الوجاهة لا يجوز الأجر على الجاه المجرد للحديث :

(من شفع لأخيه شفاعاً فأهدى له هدية فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا)^(١) ، وانتفاع المصرف في غطاء الاعتماد المستندي ليس أقل شأنًا من الهدية فيدخل في هذا .

وفي حال الغرامة فإن المصرف يكون مقرضاً للعميل ، وقد منع الفقهاء انتفاع المرتهن بالرهن إن كان الرهن من قرض للربا ، وعليه فإن المصرف ممنوع من الانتفاع بغطاء الاعتماد المستندي لما تقدم .

المقصد الثاني : حكم انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي ، وتصرفه فيه بناء على القول بأنه وكالة :

أما على تخريج غطاء الاعتماد المستندي على أنه وكالة فقد تطرق الفقهاء إلى هذا وبينوا أن المال في يد الوكيل أمانة جاء في حاشية سعدي

(١) تقدم إيراده وتخرجه ، ص ٤٥٤ من هذه الرسالة .

أفندي : (رجل كفّل عن رجل بأمره بألف عليه فقضى الأصيل الكفيل الألف قبل أن يعطي الكفيل الألف صاحب المال فلا يخلو إما أن يكون قضاؤه على وجه الاقتضاء بأن دفع المال إليه وقال إني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤديه فقبضه ، أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال ، وادفع إلى الطالب فإن كان الأول فليس للأصيل أن يرجع فيها أي الألف

. وإن كان الثاني فليس له أن يسترده أيضاً لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب ، والمطلوب يظل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لأنه تمحض في يده أمانة^(١) .

وجاء في الشرح الصغير : (. . . لا إن أرسله المدين به إلى رب الدين فضاع منه فلا ضمان حيث لم يفرض لأنه صار أميناً بالارسال ، ومثل الارسال لو دفع على وجه التوكيل عنفي توصيله لربه . . .)^(٢) .

وجاء في روضة الطالبين : (ولو دفعه إليه وقال اقض ما ضمنت عني فهو وكيل الأصيل ، والمال أمانة في يده)^(٣) .

المقصد الثالث : حكم انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي ،

(١) حاشية سعدي أفندي بهامش شرح فتح القدير ، ٥ / ٤٢١ .

(٢) الشرح الصغير ببلغة السالك ، ٣ / ٤٤٠ .

(٣) روضة الطالبين ، ٤ / ٢٦٥ .

وتصرفه فيه بناء على القول بأنه اقتضاء :

تقدم في مبحث سابق تخريج غطاء الاعتماد المستندي على أنه اقتضاء وتبين أقوال الفقهاء فيه ، وأن عمدة القائلين به هم الحنفية ، وفي هذا المبحث أبين رأيهم في حكم انتفاع الكفيل بما دفعه له الأصل على وجه الاقتضاء^(١) . بناء على تخريج الاعتماد المستندي على أنه كفالة - فيما يترجح لي - وعمدة أرباب هذا القول وهم الحنفية قد أطابوا الانتفاع به في حال ، وعدّوه خبيثاً في حال أخرى ، وفي هذا يقول سعدي أفندي في حاشيته على الهداية ، والعناية :

(. . . .) إلا أن فيه أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصل الدين نوع خبث . . . وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلاً^(٢) .

إذن هم يعدون الربح طيباً إذا أدى الكفيل للدائن ، ويعدون فيه نوع خبث إذا أخذ الكفيل المال من الأصل على وجه الاقتضاء ، ومن ثم تصرف فيه وربح ، ثم إن الأصل أدى للدائن ، ولم يؤد له الكفيل ، ثم يبين وجه الخبث في الربح قائلاً :

(. . .) كان الربح حاصلًا في ملك متردد بين أن يقرّ وأن لا يقرّ ، ومثل

(١) تقدم في مبحث سابق نقل طرف من كلام فقهاء الحنفية يفيد أن الأصل له أن يؤدي إلى الكفيل على وجه الاقتضاء ، انظر ص ٣١٠ من هذه الرسالة .

(٢) حاشية سعدي أفندي بهامش شرح فتح القدير ، ٤٢٢/٥ ، وما بعدها .

ذلك ملك قاصر، ولو عدم الملك أصلاً كان خبيثاً فإذا كان قاصراً أتمكن فيه شبهة الخبث، وإما لأنه رضي به أن يكون المدفوع ملكاً للكفيل على اعتبار قضائه، فإذا قضاه الأصل بنفسه لم يكن راضياً به فتمكن فيه الخبث...^(١)

قلت : فبناء على ما ذهب إليه بعض العلماء من هذا القول يصح انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي بناء على أن المصرف كفيل، وأن الغطاء دفعه العميل للمصرف على وجه الاقتضاء، على أن هذه المسألة موضع اختلاف بين العلماء.

الخلاصة والترجيح :

وأختم هذا المبحث بهذه الخلاصة الموجزة فأقول :

- ١- تقدم بيان حكم انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي على أنه رهن، وأن المنع هو ما ذهب إليه العلماء.
- ٢- كما تقدم بيان حكم انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي على أنه وكالة، وأن المنع هو ما ذهب إليه العلماء.
- ٣- كما تقدم بيان حكم انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي على أنه اقتضاء، وقد أجاز به بعض العلماء.
- ٤- إن اعتبار غطاء الاعتماد المستندي رهناً أو وكالة أو اقتضاء إنما

يحدّده مقاصد المتعاقدين ، وليس الأمر افتراضاً يفترض من شاء ما شاء .

٥- وبناء على هذا فإن ما يفهم من عبارات المصارف وأعرافها أن الغطاء تأمين - أي رهن - ليس توكيلاً ولا اقتضاء^(١) .

وإذا كان الغطاء رهنًا فإن العلماء على منع المصرف من الانتفاع به كما تقدم^(٢) .

* * *

(١) انظر مبحث تخريج غطاء الاعتماد المستندي على أنه رهن ، ص ٤٣٦ من هذه الرسالة .

(٢) انظر مبحث حكم انتفاع المصرف بغطاء الاعتماد المستندي بناء على القول بأنه رهن ص ٤٧٣ من هذه الرسالة .

المبحث الثالث

النظر في موضوع الاعتماد المستندي

موضوع الاعتماد المستندي انتظمته ثلاث مواد من الأصول والأعراف الدولية^(١) : أولاها . (م ج) من التعاريف العامة، وقد أفادت أن الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع، ولا علاقة له به .

وثانيها : (م ٨ ج) والتي أفادت أن موضوع الاعتماد المستندي هي المستندات وحدها، إذ بموجبها يمكن المصرف أن يؤدي للبائع (المستفيد) أو أن يمتنع عن الأداء .

وثالثها : (م ٩) إذ حددت مسؤولية المصرف نحو المستندات التي هي موضوع الاعتماد المستندي .

وبضم هذه المواد إلى بعضها يتضح أن موضوع الاعتماد المستندي هو النظر في ظاهر المستندات بصرف النظر عن حقيقتها، ومطابقتها واقع البضاعة، وبموجب هذا الظاهر وحده يستحق البائع قيمة الاعتماد ويُلزَم المصرف بالأداء له بموجب نظام الاعتماد .

وهذه المواد الثلاث التي حددت موضوع الاعتماد المستندي مبناها

(١) لمعرفة هذه المواد بنصها انظر مبحث خصائص الاعتماد المستندي، ص ٣٩٠ من هذه الرسالة .

التجريد،^(١) إذ جردت الاعتماد المستندي، وهو عقد تابع عن متبوعه وهو عقد البيع الذي نشأ الاعتماد المستندي لتسويته.

كما جردت علاقة البنك بالمستفيد عن علاقة العميل بالمستفيد رغم أن الأولى للثانية تبع.

والتجريد هذا منهج دأبت عليه المصارف في كثير من أعمالها، من ذلك :

الاعتماد المستندي، وخطاب الضمان^(٢)، والكمبيالة، وغير ذلك.

أما الاعتماد المستندي فقد تقدم بيان المواد الثلاث التي انتظمت التجريد فيه.

(١) جاء في لسان العرب : (جَرَدَ الشيءَ يَجْرُدُهُ جَرْدًا، وجَرَدَهُ : قَشَرَهُ... وجَرَدَ السيفَ من غمده سله وتجردت السنبلة وانجردت : خرجت من لفائفها... والتجريد : التعرية من الثياب) ١١٥-١١٧/٣ . قلت : ومنه يتضح أن المادة الثلاثية جرد أصل في استقلال الشيء عن الشيء . والتجريد فيما نحن فيه لا يخرج عن هذا المعنى، فإنه استقلال العقد التابع عن العقد المتبوع، وهو اصطلاح قانوني يستخدمه القانونيون في استقلال علاقة عن علاقة . انظر الوسيط، للسنهوري، ١٠/١١٥، ١٢٥.

(٢) خطاب الضمان هو : (تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محدودة دون توقف على شرط آخر) عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٤٨٤.

وأما خطاب الضمان فكالاعتماد المستندي قد جردت فيه علاقة البنك بالمستفيد عن علاقة العميل بالمستفيد، وجرد فيه خطاب الضمان وهو تبع عن مبتوعه، وهو العقد الأساسي الذي جاء خطاب الضمان لتوثيقه^(١).

وأما الكمبيالة فمن أمثلة التجريد فيها ما جاء في م ٣٧ / ١ من النظام التجاري السعودي المنظمة للضمان الاحتياطي فيها ونصها :
(يلتزم الضامن الاحتياطي على الوجه الذي يلتزم به المضمون ، ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً ، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب غير العيب في الشكل) .

والتجريد في هذه المادة واضح إذ يتجرد التزام الضامن عن التزام المضمون ، فلا يتأثر الأول ببطان الثاني ، إلا إن كان سبب بطلان الأول راجعاً لعيب في شكل الكمبيالة ، كأن ينقص منها بيان ، أو يغير فيها بيان ، أو يذكر فيها بيان على خلاف الحقيقة^(٢) .

وسواء خرجت هذه العقود على أنها وكالة ، أو كفالة ، فإن التجريد غير مستقيم فيها لا من جهة شرعية ، ولا من جهة قانونية ، بيان ذلك :
أن الكفالة في الشرع عقد تابع ، والتابع تابع ، كما هو معلوم في

(١) انظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ص ٥٠٣ وما بعدها .

(٢) انظر الأوراق التجارية في النظام السعودي ، إلياس حداد ، ص ٩٦ .

قواعد الفقه^(١)، أي أن التابع يتأثر بمبتوعه صحة، وبطلاناً، وبقاء وانتفاء، ونحو ذلك.

ومن مظاهر تبعية الكفيل الأصيل أنه يطالب بمطالبتة^(٢)، وببراء ببراءته^(٣).

والشأن أنها في القانون كذلك، كما تقتضيه من القانون المدني المصري ونصها :

(لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً).

قال السنهوري :

(ويؤخذ مما قدمناه أن كفالة الالتزام الباطل تكون هي أيضاً باطلة كالاتزام المكفول)^(٤).

والوكالة كذلك عقد تابع، بمعنى أن التزام الوكيل فيها لالتزام الموكل تبع، ومقتضاه أن لا يتجرد الوكيل عن الموكل.

(١) انظر في هذه القاعدة، الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموي، ٣٦١/١، ٣٦٥. وانظر الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ٢٢٨.

(٢) انظر : بدائع الصنائع، ٣/٦، المدونة، ٢٨١/٥، روضة الطالبين، ٢٦١/٤، المغني، ٦١٧/٤.

(٣) انظر : بدائع الصنائع، ١١/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٠٣/٣، نهاية المحتاج، ٤٤٤/٤، المغني، ٦٠٥/٤.

(٤) الوسيط، ٤٢/١٠، وانظر ص ٥٨.

ومن مظاهر ذلك تأثر التزام الوكيل بما يعرض للموكل مما يخل بأهليته من جنون، وموت، ونحوه^(١).

والشأن أن الوكالة في القانون كذلك، جاء في الوسيط :

(وإذا طرأ نقص على أهلية الموكل ، أو على أهلية الوكيل كأن حُجِرَ على أي منهما انتهت الوكالة)^(٢).

والغرض من إيراد هذه النقول القانونية هو أن الاعتماد المستندي عقد قانوني فكان إيرادها لبيان خروجه عليها.

وبهذا (فإن التجريد خروج على الأحكام المقررة شرعاً ، وقانوناً استناداً إلى قانون التجارة الدولي الذي وضعت المنظمات التجارية الدولية ، وخرجت به على الأنظمة الإقليمية ، وفيما يلي نبذة عن هذا القانون)^(٣) :

تاريخه : وقد نشطت هذه التقنيات بعد الحرب العالمية الثانية ، حيث نشطت التجارة الدولية ، وانفتح العالم على بعضه .

ومن ثمار هذه التقنيات ما نشرته غرفة التجارة الدولية حيث نشرت

(١) انظر : بدائع الصنائع ، ٦ / ٣٨ ، ٣٩ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ،

٣ / ٣٩٦ ، نهاية المحتاج ، ٥ / ٥٥ ، الانصاف ، ٥ / ٣٨ .

(٢) الوسيط ، للسهنوري ، ٢ / ٦٥٣ .

(٣) كل ما ذكرته في هذه النبذة مرجعه قانون التجارة الدولي الجديد ، دراسة

تحليلية ، بهاء هلال دسوقي ، القاهرة ، ١٩٩٣ م ، ص ٢٣ - ٢٩ .

القواعد والعادات المتعلقة بالاعتمادات المستندية ، والتي شارك في صياغتها ممارسوا العمليات المصرفية من عدة دول .

والتجريد الذي تقدم الحديث عنه هو من آثار هذا التقنين .

تعريفه : وقد عُرِفَ قانون التجارة الدولي بتعريفات عدة منها :

(أنه تجميع لأعراف مجتمع التجار في شكل مبادئ قانونية عامة لخلق نظام تجاري مستقلون به)^(١) .

عرف أنه : (قواعد ، ومبادئ تجارية ، وضعتها دول العالم وقبلتها وتتوقع أن تطبق بالنسبة للعقود بين الدول الكبرى)^(٢) .

الغرض منه : وأما الغرض من هذا القانون التجاري الدولي فهو :

أن يكون قاعدة مشتركة في القانون التجاري في كافة الدول ، لتحقيق الثقة ، والاستقرار في معاملاتها ، وفيه يقول صاحب قانون التجارة الدولي نقلاً عن شيميتيوف :

(حيث إنه سوف يكون القاعدة المشتركة للمحامين العاملين في حقل القانون التجاري في كافة الدول الرأسمالية ، والاشتراكية ، ودول القانون المدني ، ودول الشريعة العامة ، والدول النامية ، والمتقدمة ، والذي سوف يمكنهم من التعاون بشكل أكثر انسجاماً .)^(٣) .

(١) قانون التجارة الدولي الجديد ، مرجع سابق ، ص ٢٦ .

(٢) المرجع نفسه ، ص ٢٧ .

(٣) المرجع نفسه ، ص ٢٥ .

ويقول أيضاً : (وكذلك يرى فقهاء هذا القانون كذلك أن تطبيق تلك القواعد على معاملات التجارة الدولية ، وعقودها يحقق الثقة والاستقرار في تلك المعاملات ، حيث إن أطراف العقود الدولية - مهما اختلفت البيئة القانونية التي ينتمون إليها - سوف يكون مرجعهم إلى هذا القانون ، ولن يفاجأ أي من الطرفين بقواعد غريبة عليه)^(١) .

قلت : وإذا كان هذا الكلام مقبولاً بالنسبة للبلدان التي تحكمها أنظمة وضعية ، فهل يكون مقبولاً بالنسبة للبلدان التي تحكمها شرعة الإسلام ؟ سببه وباعثه : وأما سبب ابتداع هذا القانون التجاري الدولي فهو فشل القانون الوضعي في تنظيم وتسيير التجارة الدولية ، وفيه يقول صاحب قانون التجارة الدولي :

(ويرى فقهاء قانون التجارة الدولي أن بروز هذا القانون هو دليل على إخفاق مشرعي القانون الوضعي في السيطرة على عقود التجارة الدولية ، ليس فقط لأنهم قد لا يرغبون في ذلك ، بل لأنهم غير قادرين على ملاحقة الوثبات السريعة لهذه العقود ، كما أن بعدهم عن تصور الحلول ، والقواعد الملائمة لها ، وعدم إدراك اختلاف معطيات التجارة الداخلية عن التجارة الدولية التي لا يناسبها ، ولا يلبي احتياجاتها القانون الداخلي أدى إلى شعور رجال التجارة الدولية بالحاجة إلى هذه القواعد القانونية الجديدة الأكثر اتفاقاً ، ومعطيات التجارة الدولية)^(٢) .

(١) و(٢) المرجع السابق ، ص ٢٩ .

قلت : وإذا كان هذا الكلام مقبولا بالنسبة للقوانين الوضعية فهل يكون مقبولا بالنسبة لشرعة الإسلام المهيمنة الخالدة الصالحة لكل زمان، ومكان ؟

وإذا سلمنا بفشل الأنظمة الوضعية، فهل يتتظر الخلاص من الانتهازين الرأسماليين، أصحاب المنظمات الدولية، والمؤسسات المصرفية ؟!

ولنسلم بفشل الأنظمة الوضعية - وهي فاشلة - التي كانت وراء ابتكار قانون التجارة الدولي الجديد، ولترك الحكم على هذا القانون الذي زعم واضعوه أنه المنقذ، والمخلص، لترك الحكم عليه حتى ننظر في أهدافه، وغاياته وليكن التجريد في الاعتماد المستندي - موضوع البحث - أنموذجا لهذا التقييم فلم جرد قانون التجارة الدولي الجديد عقد الاعتماد المستندي عن عقد البيع ياترى؟ ما هدفه، وغايته من هذا التجريد ؟

فيما يلي نقول عن علي جمال الدين عوض تبين أهداف التجريد وغاياته قال : (ولكن تسوية البيع بطريق الاعتماد المستندي وسيلة يستهدف بها البائع حماية أقوى من مجرد استقلال التزام البنك أمامه عن عقد الاعتماد، فهو يسعى إلى قلب مخاطر العملية التجارية، ونقله إلى المشتري .

وإلى قبض الثمن بشكل أكيد، ومطلق، وفي موعد أقرب ما يكون

إلى تنفيذ التزاماته^(١).

ويقول أيضاً مبيناً غاية المصدر : (إذ هو يريد كذلك أن يلقي على المشتري مخاطر العملية التجارية أي البيع ، بحيث لا يتعطل حقه في مواجهة البنك لأي سبب يدعيه المشتري ناشيء من تنفيذ البيع ، ومن هنا وجب أن تستقل علاقة البائع بالبنك كذلك عن عقد البيع وعمليات تنفيذه^(٢) .

ويقول أيضاً مبيناً غاية خروج الاعتماد المستندي على ماقدره القانون المدني في الكفالة :

(ومن المناسب أن نوضح هنا المقصود بما ذكرناه من أن الأساليب التقليدية الأخرى لا تكفي لتحقيق هذه الحماية التي يسعى نظام الاعتماد المستندي إلى تحقيقها ، فالكفالة كما ينظمها القانون المدني لا تحمي الدائن من سوء نية المدين لأن للكفيل أن يتمسك على المستفيد بالدفع المستمدة من العقد المنشيء للدين المضمون ، فضلاً على أن الكفيل لا يدفع للدائن إلا متى تأكد من استحقاق الدين المضمون بسبب تخلف المدين ، ولهذا فهو لا يدفع إلا بعد إخطار المدين ، ومتى اعترض هذا الأخير على الدفع امتنع الكفيل عنه^(٣) .

ومما تقدم نستبين غاية التجريد في الاعتماد المستندي وهي :

(١) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٩٥ ، ٩٦ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٩٤ .

(٣) المرجع نفسه ، ص ١٣ .

قلب مخاطر البيع على المستورد (المشتري) ، بحيث يستحق المصدر الثمن بأسرع وقت ، ودون توقف على تنفيذه البيع حقاً .
ومادامت هذه غاية التجريد فأبي حق حفظه قانون التجارة الدولي الجديد للطرف الثاني (المستورد) ؟

إن هذه الغاية التي وسيلتها الاعتماد المستندي إنما هي لصالح المصدر وهي في حقيقتها عبء على المستورد ، حتى باعتراف القانونيين ، ومن ذلك ما قاله علي جمال الدين عوض عند حديثه عن غاية الاعتماد المستندي قال :

(وهكذا فإن عقد الاعتماد ، وإن كان في الحقيقة عبئاً على المشتري ، وثمرته للبائع . . .)^(١) .

يبدو أن الرأسماليين واضعوا هذا النظام من رجال التجارة الدولية ومن الصيارفة قد وضعوه على نحو يخدم مصالحهم ، وإن أضر بغيرهم ، فإنهم لم يرضوا بالكفالة ، لأنها لا تحمي الدائن من سوء نية المدين - كما يقولون - ولهذا خرجوا بالاعتماد المستندي عن أحكامها من خلال ما أدخلوه فيه من تجريد أصبح بسببه لا يحمي المدين (المستورد) من سوء نية الدائن (المصدر) .

والفرض أن البيع عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بالثمن ، ويلتزم الآخر بالثمن والفرض أن الثمن إنما يستحق بمقابلة الثمن ، ورعاية

استحقاق الثمن للبائع ليست بأولى من رعاية استحقاق المثلث للمشتري .

فالنصف رعاية حقي طرفي البيع دون تمييز لأحدهما على الآخر ، ولكن الأثرة المنغرسه في الرأسمالية المادية تأبى إلا أن تظهر في تصرفاتها وتطغى على معاملاتهما ، فتتجاوزها عن العدل إلى الجور ، وعن القسط إلى الظلم وبدون العدل لا تستقيم أي وسيلة ، أو معاملة ، وإن نالت استحسان القانونيين ، ورضى الرأسماليين .

وبالجملة فالاعتماد المستندي يتضمن أمرين : التمويل ، والتوثيق ، أما التمويل فهو مقصود أساس فيه ، إذ بتمويل البنوك للتجارة التي تتم عن طريق الاعتماد المستندي تنفتح آفاقاً جديدة لها في مجال الائتمان . وأما التوثيق فهو لصالح المصدر إذ هو بالنسبة له ليس توثيقاً فحسب بل تسليط ، وتحيز إذ عن طريق الاعتماد يمكن المصدر أن يأخذ مالا يستحقه .

أما المستورد فلا توثيق لحقه في الاعتماد مادام موضوعه ظاهر المستندات ، وكثيراً ما تصرح البنوك - عند زيارة قسم الاعتماد فيها - بأن على العميل (المستورد) أن ينتقي عملاءه ، ويعرف من يتعامل معه ، تشير بذلك إلى أنها لا تستطيع توثيق حقه بالاعتماد المستندي .

قلت : وهل حاجة العميل (المستورد) إلى التوثيق إلا هذا ؟

إن حاجة المستورد لتوثيق حقه أشد ما تكون عندما لا يعرف المصدر أما إذا كان يعرفه ، وبينهما معاملة سابقة ، وثقة متبادلة ، فإنه لا قيمة

للاعتقاد بالنسبة له ، إلا إن كان غرضه تمويل تجارته بقرض من البنك فذاك أمر غير التوثيق ، وفائدته ليست للعميل وحده بل للعميل ، والبنك معاً .

وبناء على ماتقدم فإن الاعتماد المستندي ، وقد اصطبغ بصبغة التجريد قد لزم منه أمران :

الأول : منافاته مقاصد الشارع الحكيم ، حيث ألحق ضرراً بالعمل (المشتري) من جراء جعل البائع يستحق قيمة البضاعة بمجرد ظاهر المستندات ، بصرف النظر عن مطابقتها ، أو مخالفتها لواقع البضاعة ، وهذا يجعل حق المشتري عرضة الانتقاص والضياع مما يضر به ، ومعلوم أن الضرر ممنوع شرعاً للحديث : (لا ضرر ولا ضرار)^(١) .

فإن قيل : بل فيه مصلحة للعميل (المشتري) والمستفيد (البائع) على حد سواء ، أما مصلحة المستفيد (البائع) فتعجيل الثمن له من خلال الاكتفاء بظاهر المستندات لاستحقاقه .

وأما مصلحة العميل (المشتري) فمن جهة مكنته من التصرف في

(١) سنن ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، ٧٨٤ / ٢ ، رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ ، سنن الدار قطني ، كتاب في الأقضية والأحكام ، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ، ٢٢٨ / ٤ ، وقد تلقته الأمة بالقبول وورد بطرق مختلفة ، عن عائشة ، وابن عباس ، وأبي سعيد رضي الله عنهم ، وأورده الحاكم في مستدركه في البيوع عن أبي سعيد وقال : « هذا حديث صحيح الاسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه » ٥٨ / ٢ .

البضاعة وبيعها بمجرد وصول مستنداتها، وإن لم تصل هي .

قلت : أما مصلحة المستفيد (البائع) فمنتقضة بما يقابلها من ضرر يلحق بالعميل (المشتري) .

وأما مصلحة العميل (المشتري) فمنتقضة بما يقابلها من ضرر يلحق به ومنتقضة بالنهي عن بيع مالم يقبضه^(١) ، فإن السندات لاتعد قبضاً .

ولما كانت المصالح المزعومة تقابل بمفاسد أعظم منها، فإن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما هو مقرر في قواعد الفقه^(٢) .

الثاني : منافاته مقتضى العقد، فإن مقتضى عقد البيع أن يكون الثمن بمقابلة الثمن، إذ مقصود المشتري من دفع الثمن إنما هو الحصول على مقابلة وهي البضاعة، لكن الاعتماد المستندي، وقد اصطبغ بصبغة التجريد يأبى إلا أن يجعل الثمن بمقابلة مجرد ظاهر المستندات بصرف النظر عن واقع البضاعة، وهذا ينافي ما يقتضيه البيع، وفيه من التفريط في حق العميل (المشتري) ما لا يخفى - وبرفقه نماذج تتضمن عدة شكاوى من المستوردين حيث استغلهم المصدرون، ومطيتهم في هذا الاعتماد المستندي، وما اصطبغ به من تجريد-^(٣) .

(١) انظر حكم بيع مالم يقبضه في مبحثه، ص ٥١١ من هذه الرسالة .

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموي، ١/ ٢٩٠، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ٢٢٣ .

(٣) انظر ملحق (٢) .

ولما كان الاعتماد المستندي بهذا الاعتبار منافياً مقصود العقد، منافياً مقاصد الشارع الحكيم، وكان مشروطاً في عقد البيع، فإنه متردد بين أن يفسد، ويفسد البيع، أو أن يفسد وحده.

وللعلماء كلام طويل في الشروط التي ترافق العقد لا تتسع هذه العجالة للإحاطة به^(١)، إذ هو متشعب حتى في المذهب الواحد، لكن خلاصته ما تقدم ذكره من أن الاعتماد المستندي بهذه الصفة يكون فاسداً في أرقى أحواله، إن لم يتعدّ فساده إلى العقد الذي يصاحبه، والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في بيان كلام العلماء في الشروط انظر: تحفة الفقهاء، ٦٩/٢ وما بعدها، بداية المجتهد، ١٦٠/٢، وما بعدها، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٠٩/٣، مغني المحتاج، ٣٠/٢ وما بعدها، المغني، ٢٤٩/٤ وما بعدها، وانظر ص ٢٥٩. معالم السنن للخطابي على مختصر أبي داود، ١٤٦/٥ وما بعدها، الفتاوى لابن تيمية، ١٥٦/٢٩، القواعد النورانية لابن تيمية، ص ٢٠٤، تهذيب الإمام ابن القيم على مختصر سنن أبي داود، ١٤٤/٥ وما بعدها، وانظر ص ١٦٧ - ١٧٢ من هذه الرسالة.

وانظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي شعبان، ص ١٠٢-١٣٠، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، حسن علي الشاذلي، ص ٦٢٤ وما بعدها، موسوعة الفقه الكويتية، ١٣/٢٦ وما بعدها. (١) ينظر في هذا: الحيازة في العقود، نزيه حماد، ص ٤١ وما بعدها.

المبحث الرابع

النظر في مسائل تصاحب الاعتماد المستندي

بقدرته

معلوم أن الاعتماد المستندي وثيق الصلة بالبيع إذ هو ينشأ لتسويته، ومن هنا تتضح مناسبة بحث بعض المسائل المتعلقة بالبيع نظراً لمصاحبتها الاعتماد المستندي.

ولعل مما يصحب الاعتماد المستندي من تلك المسائل مما يعد مزية للاعتماد إمكان المشتري بيع البضاعة قبل وصولها بموجب مستنداتها.

والمسألة التي تحتاج إلى بحث هاهنا هي : قبض المستندات، وهل يعد قبضاً للبضاعة؟

ومن المزايا المحسوبة للاعتماد كذلك أنه يمكن المصدر من شراء البضاعة من خلال تحويل الاعتماد بعضه، أو كله لصالح الطرف الثالث الذي سيشتري منه المصدر، بمعنى أن المصدر حين التعاقد مع المستورد لم يكن قد اشترى البضاعة، ومعنى ذلك أنه باع مالم يملكه، وهي مسألة تحتاج إلى بحث هاهنا لارتباطها بالاعتماد المستندي.

ومن المسائل أيضاً أن البضاعة التي وقع عليها عقد البيع غائبة عن المشتري إذ هي في بلد المصدر، فيكون البيع هذا من قبيل بيع العين

الغائبة، ونظراً لارتباط هذه المسألة بالاعتماد المستندي فإنه يكون من المناسب بحثها .

كما أن المصرف يرهن البضاعة بموجب مستنداتها، ومن ثم يبيعها إذا امتنع عميله عن الأداء له، والمسألة التي تحتاج إلى بحث هاهنا حكم بيع المرتهن الرهن .

والتأمين مسألة تصاحب الاعتماد، إذ يؤمن المشتري على البضاعة المستوردة، فما حكم التأمين ؟

هذه مسائل تصاحب الاعتماد المستندي، وربما كان لبعضها أثر عليه، فلنبحث كلاً منها فيما يلي :

المطلب الأول : بيع البضاعة بموجب مستنداتها :

النظر في هذه المسألة يستلزم النظر في كيفية القبض، ويستتبع مسألة أخرى هي حكم بيع المبيع قبل قبضه، فيتحصل بذلك مسألتان هما :
كيفية القبض، وحكم بيع المبيع قبل قبضه، وسيأتي فيما يلي بيان كل على حدة .

المقصد الأول : كيفية القبض^(١) .

المقبوض لا يخلو من أحد حالين :

أ- إما أن يكون غير منقول (عقار)، فلا خلاف بين العلماء أن

(١) ينظر في هذا: الحيازة في العقود، نزيه حماد ص ٤١ وما بعدها .

قبضه يكون بالتخلية بينه وبين مشتريه^(١).

ب- وإما أن يكون منقولاً فللعلماء في قبضه مذاهب :

الأول : أن قبضه يكون بالتخلية ، وعليه الحنفية ، وأحمد في رواية عنه ، لكن أحمد يشترط التمييز أيضاً^(٢) ، واستدلوا لذلك باللغة والعقل ، أما اللغة : فلأن تسليم الشيء معناه في اللغة جعل الشيء سائماً خالصاً ، وهذا يحصل بالتخلية .

وأما العقل : فلأن من وجب عليه التسليم - وهو البائع - لا بد أن يكون له سبيل الخروج من عهدة ما وجب عليه ، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع ، فأما الاقباض فليس في وسعه إذ هو فعل اختياري للقباض ، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب ، وهذا لا يجوز .

الثاني : أن قبض كل شيء بحسبه ، فالمتناول باليد كالنقود والثياب والحلي ونحوها قبضه تناوله ، وعليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة^(٣) والمقدرات قبضها تقديرها ، وعليه الجمهور من المالكية ،

(١) بدائع الصنائع، ٢٤٤/٥، روضة الطالبين، ٥١٥/٣، مغني المحتاج، ٧١/٢، الخرشي على خليل، ١٥٨/٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ١٤٥/٣، المغني لابن قدامة، ١٢٥/٤، ١٢٦.

(٢) بدائع الصنائع، ٢٤٤/٥، المغني، لابن قدامة، ١٢٥/٤.

(٣) الذخيرة، للقرافي، ١٥٢/١، مغني المحتاج، ٧٢/٢، ٧٣، المغني لابن قدامة، ١٢٥/٤، ١٢٦، المحرر، مجد الدين بن تيمية، ٣٢٣/١.

والشافعية، والحنابلة^(١)، واستدلوا لذلك بما رواه ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»^(٢)، فتعين بما قدر بكيل الكيل، وقيس عليه الباقي.

وما ليس متناولاً ولا مقدراً، كالمساع والعروض، والدواب، فقبضه يكون بنقله، وتحويله، وإلى هذا ذهب الشافعية، والحنابلة^(٣). واستدلوا له بالحديث الذي رواه ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»، قال: وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»^(٤). فتعين النقل فيما بيع جزافاً من الطعام وقيس على الطعام غيره، أما المالكية فيرجعون القبض في ذلك إلى العرف^(٥).

(١) الذخير، ١٥٢/١، الخرشي علي خليل، ١٥٧/٥، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ١٤٤/٣، روضة الطالبين، ٥١٧/٣، مغني المحتاج، ٧٣/٢، المغني، ١٢٥/٤، ١٢٦، المحرر، ٣٢٣/١.

(٢) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل قبضه، ٣٤١/٣، رقم ١٥٢٥، وانظر: صحيح البخاري بفتح الباري، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، ٣٤٩/٤.

(٣) روضة الطالبين، ٥١٥/٣، مغني المحتاج، ٧٢/٢، المغني، لابن قدامه، ١٢٥/٤.

(٤) صحيح مسلم، كتاب البيوع، بطلان بيع المبيع قبل قبضه، ٣٤١/٣، رقم ١٥٢٧.

(٥) الخرشي علي خليل، ١٥٨/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٤٥/٣.

قلت : هذه مذاهب العلماء في كيفية قبض المبيع على اختلاف أنواعه ، والنوع الذي نحن بصدده في حال الاعتماد المستندي هو المنقول غالباً ، وقد تقدم بيان أقوال الفقهاء فيه ، والمتأمل في أقوال جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة يجدها تلتقي في قبضه ، إذ أرجعه المالكية إلى العرف ، كما أرجعه الفقهاء من الشافعية والحنابلة إلى العرف كذلك وذلك مستتين من جهتين :

إحدهما : ذكرهم الكيفية التي جرى بها العرف في وقتهم .

وثانيتهما : نصهم صراحة على إرجاع ذلك للعرف كما فعل المالكية ، وفيما يلي طرف من بعض أقوالهم في ذلك :

يقول ابن تيمية : (فإذا كان المرجع في القبض إلى عرف الناس وعاداتهم من غير حد يستوي فيه جميع الناس في جميع الأحوال والأوقات فكذلك العقود)^(١) .

فيقول ابن قدامة بعد ما ذكر كيفية قبض المنقول : (ولأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالأحراز ، والتفرق ، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا)^(٢) .

ويقول الخطيب الشربيني : (لأن الشارع أطلق القبض وأناط به

(١) الفتاوى ، لابن تيمية ، ٢٩ / ٢٠ .

(٢) المغني ، لابن قدامة ، ٤ / ١٢٦ .

أحكاماً ولم يبينه ، ولا له حد في اللغة فرجع فيه إلى العرف كما
(مر) (١) .

وبضم أقوالهم التي ترجع القبض إلى العرف إلى أقوالهم التي تنص
على كيفية معينة من القبض جرت العادة بها ، نجد أن ما ذكر أولاً من قبيل
الاجمال ، وما ذكر ثانياً من قبيل البيان لذلك الاجمال ، فلا تنافر بينها .

قلت : وإذا كان العرف زمن أولئك الفقهاء قاضٍ بقبض غير المقدر أو
المتناول من المنقول بنقله وتحويله ، فهل يتغير العرف اليوم ، ويقضي
بقبضه على نحو مختلف ؟

المتأمل ماتقدم إirاده عن الفقهاء في القبض ، والمتأمل مقاصد الشارع
من التيسير على الناس ونحوه لا يضيق بهذا السؤال ، بل يدرك أن هذا
ومثله دليل على توسعة الشارع ونبيل مقاصده ، غير أن أمراً ينبغي أن
نفطن له ، وهو أن لانصادم مقاصد الشارع بمقاصد الشارع من خلال
اعتبارها فيما يوافق أهواءنا ، واطراحها فيما يعارض أهواءنا ، فلا نقول
بكيفية معينة من القبض مستنديين فيها إلى مقاصد الشارع من التيسير على
الناس ونحوه ، وفي الوقت نفسه تحتمل هذه الكيفية مصادمة لمقاصد
الشارع كأن تكون ذريعة إلى الربا ، أو تحتمل غرراً أو نحو ذلك مما منعه ،
واطراحه من مقاصد الشارع أيضاً .

إذا تقرر هذا فإن القبض يختلف باختلاف الزمان ، ويتغير بتغير

العرف، لكن ذلك كله ينبغي أن يكون مقيداً بقيود الشريعة، موافقاً مقاصد الشارع، وإذا نخلص إلى هذا فلا بأس من ذكر طرف من تعليقات الفقهاء لمنع بيع المبيع قبل قبضه لندرك من خلاله بعض مقاصد الشارع التي ينبغي مراعاتها في القبض مهما تغير ومن ذلك :

١- تعليل ابن عباس للمنع بالربا وفي هذا يقول :

(ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ)^(١)، قلت : فأني قبض أفضى إلى ذلك، وكان من شأنه تناسي العوض حتى لكان البيع إنما هو دراهم بدراهم فهو ممنوع من هذا الوجه لإفضائه إلى الربا المحرم.

٢- وقد علّله ابن تيمية بالغرر، والغرر آت من جهات عدة فقد يكون من جهة عدم تمام الملك، وقد يكون من جهة عدم القدرة على التسليم، وكل ذلك في المبيع قبل قبضه، فقد ينكر البائع البيع فيترتب عليه عدم إمكان تسليمه فيشبه من هذا الوجه المعجوز عن تسليمه الذي هو أحد أنواع الغرر، وفي هذا يقول ابن تيمية :

(فقد يكون السبب التمكن من التسليم حتى لا يشابه بيع الغرر، وإذا لم ينقله من مكانه فقد ينكر البائع البيع، ويفضي إلى النزاع، وقد لا يمكنه البائع من التسليم...)^(٢).

(١) انظر صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، ٤/٣٤٧.

(٢) الفتاوى، لابن تيمية، ٢٩/٤٠٢.

ويقول: (وقد يكون سبب ذلك أن المقصود بالعقود هو التقابض ، وبالقبض يتم العقد ويحصل مقصوده . . . فالبيع قبل قبضه لم يتم ملك المشتري عليه ، بل هو يتعرض للآفات شرعاً ، وكوناً فكان بيعها قبل القبض من جنس بيع الغرر ، ولهذا نهى النبي ﷺ عن بيع المغنم قبل القبض ، ونهى عن بيع ماليس عنده لعدم تمكنه من القبض الواجب عليه بالعقد . . .)^(١) .

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: (والمأخذ الصحيح في المسألة أن النهي معلل بعدم تمام الاستيلاء ، وعدم انقطاع علاقة البائع عنه ، فإنه يطمع في الفسخ ، والامتناع عن الاقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه ، ويغره الربح ، وتضييق عينه منه ، وربما أفضى إلى التحيل على الفسخ ولو ظلماً ، وإلى الخصام ، والمعاداة ، والواقع شاهد بهذا^(٢) ، ومن محاسن الشريعة الكاملة الحكمة منع المشتري من التصرف فيه حتى يتم استيلاؤه عليه وينقطع عن البائع ، وينفطم عنه فلا يطمع في الفسخ ، والامتناع من الاقباض ، وهذا من المصالح التي لا يهملها الشارع حتى إن من لا خبرة له من التجار بالشرع يتحرى ذلك ويقصده لما في ظنه من

(١) الفتاوى ، لابن تيمية ، ٤٠٢ / ٢٩ .

(٢) المتأمل كلام ابن القيم هذا يجده يلتقي مع كلام ابن تيمية المتقدم فقد علل ابن القيم المنع بعدم تمام الاستيلاء ، الذي قد يترتب عليه ممانعة البائع الأول من إقباض المشتري ، ومن ثم يشبه الغرر من هذا الوجه لعدم القدرة على التسليم ، وهذا ما علله به ابن تيمية .

المصلحة وسد باب المفسدة^(١).

قلت : وبالجملنة فالربا، والغرر هما طريق أكل أموال الناس بالباطل فيما سبيله المعاوضات^(٢)، فأى قبض اشتمل عليهما، أو أدى إليهما، أو أفضى إلى ما يفضيان إليه من ظلم، وعداوة، وبغضاء، فهو ممنوع لهذا الاعتبار، وهذا هو المأخذ الذي ينبغي المصير إليه في القبض اعتباراً واطراحاً.

وحيث إن المستندات لاتخلو مما تقدم، فهي لاتخلو من أن تكون ذريعة إلى الربا، بمعنى أن من شأنها إغفال البضاعة حتى لكان البيع دراهم بدراهم، يشهد لهذا أن المشتري في عملية الاعتماد المستندي يبيع البضاعة قبل وصولها.

ثم أنها لاتخلو من غرر ذلك أنها تصدر من جهات مجهولة، وليس ثمة ما يضمن صحتها، ولا مطابقتها لواقع البضاعة.

وبناء على ما تقدم فإن مجرد قبض المستندات لا يعد قبضاً للبضاعة فلا تباع البضاعة بمجرد قبض مستنداتها، فإن بيعت بمجرد ذلك كان البيع من قبيل بيع مالم يقبض، وهل هو باطل أو لا ؟ ذلك موضع خلاف بين العلماء بيانه المقصد التالي :

(١) تهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبي داود، ١٣٧/٥.

(٢) الفتاوى، لابن تيمية، ٢٢/٢٩.

المقصد الثاني : حكم بيع المبيع قبل قبضه ^(١) :

للفقهاء أقوال عدة في حكم بيع المبيع قبل قبضه وتقييد ذلك مايلي :

القول الأول : لايجوز مطلقاً، وهو قول الشافعية، ورواية عن أحمد وعليه محمد بن الحسن من الحنفية ^(٢)، وأدلتهم .

١- ماورد عن ابن عباس (أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه)، قلت لابن عباس كيف ذاك، قال : (ذاك دراهم بدراهم، والطعام مرجأ) ^(٣) .

٢- ما ورد عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه) قال ابن عباس : (وأحسب كل شيء مثله) ^(٤) .

٣- ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه) ^(٥) .

(١) ينظر في هذا : الحيازة في العقود، نزيه حماد، ص ١٦٥ وما بعدها .

(٢) روضة الطالبين، ٢٠٦/٣، مغني المحتاج، ٦٨/٢، المغني، ١٢٧/٤، القواعد، لابن رجب، ص ٧٨ .

(٣) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، ٣٤٧/٤ .

(٤) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ٣٤١/٣، رقم ١٥٢٦ .

(٥) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن =

٤- ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال :

(من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه) ، قال : (وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكان)^(١) .

٥- ما ورد عن حكيم بن حزام رضى الله عنه قال : قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟ فقال ﷺ : (لا تبع ماليس عندك)^(٢) . قال الترمذي : حديث حسن .

ووجه الدلالة مما تقدم هو : أن الأحاديث الأربعة الأولى جاءت في الطعام خاصة ، وجاء الحديث الخامس في الطعام وغير الطعام ، فعلم من مجموع الأحاديث المنع مطلقاً .

القول الثاني : لا يجوز إلا في العقار إن كان لا يخشى هلاكه ، وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وهو المفتى به عن الحنفية^(٣) ، واستدلوا

= يقبضه ، ٣٤٧/٤ ، صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، ٣٤٠ / ٣ ، رقم ١٥٢٦ .

(١) انظر في تخريجه ص ٥٠٥ من هذه الرسالة .

(٢) سنن أبي داود ، كتاب الاجارة ، باب في الرجل يبيع ماليس عنده ، ٣٨٤ / ٣ ،

رقم الحديث ، ٣٥٠٣ ، سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية

بيع ماليس عندك ، ٥٢٥ / ٣ ، رقم الحديث ، ١٢٣٢ ، سنن النسائي ، كتاب

البيوع ، باب بيع ماليس عند البائع ، ٢٨٩ / ٧ ، رقم ٤٦١٣ ، مسند الامام

أحمد ، ٤٠٢ / ٣ .

(٣) بدائع الصنائع ، ١٨٠ / ٥ ، حاشية ابن عابدين ، ١٤٧ / ٥ .

على المنع بأدلة القول الأول التي تقدم ذكرها، أما جواز العقار فاستدلوا له بانتفاء الغرر فيه لندرة هلاكه .

القول الثالث : يجوز إلا في الطعام إن كان فيه حق توفية - أي اشتراه بكيل أو وزن - فإن كان جزافاً جاز، وهو المشهور عند المالكية^(١)، واستدلوا له بالأدلة المتقدمة في القول الأول الناهية عن بيع الطعام قبل استيفائه، أمّا وجه تخصيصهم المقدّر دون الجزاف بالمنع فذلك لما يلي :

١- ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : (من اشترى طعاماً بكيل أو وزن فلا يبعه حتى يقبضه)^(٢) .

٢- ما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه (نهى عن بيع الطعام حتي يجري فيه الصاعان، صاع البائع، وصاع المشتري)^(٣) .

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ١٥١٥/٣، كفاية الطالب الرباني بحاشية العدوي، ١٣٥/٢، الكافي، ٦٦١/٢، القوانين الفهية لابن جزي، ص ٢٦٣ .

(٢) مسند الامام أحمد، ١١١/٢ .

(٣) سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض، ٢/٧٥٠، رقم ٢٢٢٨، سنن الدار قطني، كتاب البيوع، ٨/٣، رقم ٢٤، وقد حسنه الألباني في صحيح ابن خزيمة ٢/٢٠، رقم (١٨١٢) .

فقد جاء الحديثان بالتحديد بالكيل أو الوزن فدل ذلك على أن اشتراط القبض إنما هو فيما هذا سبيله .

وأما وجه تقييدهم المنع بالطعام دون غيره رغم الأحاديث العامة فذلك من قبيل تقديم الخاص على العام عند التعارض ، أو حمل المطلق على المقيد ^(١) .

القول الرابع : يجوز إلا الطعام مقدراً كان أو جزافاً ، وعليه بعض المالكية ^(٢) ، واستدلوا بالأدلة المتقدمة في القول الأول القاضية بمنع بيع الطعام قبل قبضه إذ جاءت عامة بالمنع ، ولم تستثن ما يبيع جزافاً من غيره .

ووجه الدلالة منها على هذا القول هو : أن تلك الأحاديث جاءت مخصوصة ببيع الطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له في الحكم .

القول الخامس : يجوز إلا في المقدر فلا يجوز بيعه قبل قبضه إن كان فيه حق توفية سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم ، فإن يبيع جزافاً صح بيعه قبل قبضه وهو المشهور عن أحمد ^(٣) ، وحجتهم : أن الطعام المنصوص

(١) الفروق ، للقرافي ، ١٩٣/١ .

(٢) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ١٣٥/٢ ، ١٣٦ .

(٣) المحرر ، مجد الدين بن تيمية ، ١٢١/١ ، المغني ، لابن قدامة ، ١٢١/٤ ،

١٢٧ ، شرح منتهى الإرادات ، ١٨٨/٢ ، ١٨٩ ، طرح الشريب ، ١١٣/٦ .

عليه أصله الكيل والوزن لأن الطعام يومئذ كان مستعملاً غالباً فيما يكال ويوزن، فكل ما يبيع بكيل، أو وزن فحكمه كذلك، وقيس عليه المعدود، والمذروع^(١).

المنافشة والترجيح :

المتأمل في الأقوال المتقدمة يرى أنه يمكن ردها إلى قولين :

١- قول يستخرج العقار من المنع لحجة عقلية هي : ندرة هلاك العقار وحيث كان هلاكه نادراً فإن الغرر المخوف من انفساخ العقد تبعاً لهلاك المعقود عليه يكون منتفياً، وحيث كان منتفياً جاز بيعه قبل قبضه .

وهذا التعليل غير مسلم فلربما امتنع البائع الأول عن اقباض المشتري (البائع الثاني) الذي باع العقار قبل قبضه، فكان ذلك ذريعة إلى الخصومة والعداوة والبغضاء، وهي سبب وجيه في المنع .

٢- قول يختص المنع بالطعام، ويستخرج ماعداه من المنع، وحجة هذا القول دلالة المفهوم في الأحاديث المفيدة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، فلما كان منطوقها مختص بالنهي عن بيع الطعام قبل قبضه، فإن مفهومها يفيد جوازه فيما عدا الطعام .

وهذا غير مسلم لأن دلالة المفهوم هذه معارضة بما هو أقوى منها وهي دلالة المنطوق في الأحاديث الناهية عن بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً

(١) انظر طرح الشريب، ١١٣/٦ .

طعاماً كان المبيع أو غيره ومن ذلك ما جاء عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال :
(لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ،
ولا بيع مالميس عندك)^(١) .

وبناء على ما تقدم يظهر لي رجحان القول الأول القاضي بمنع بيع
المبيع قبل قبضه مطلقاً لعمله بالأدلة كلها ، والله تعالى أعلم .

المطلب الثاني : بيع ما لا يملك :

في الاعتماد المستندي يبيع المستفيد من الاعتماد (البائع) بضاعة
الغالب أنها ليست عنده ، ولم تدخل في ملكه بعد ، ولذا فإنه كثيراً ما
يستعين بالاعتماد المستندي في الحصول عليها ، وفي هذا يقول علي
جمال الدين عوض :

الغالب أن البائع - في البيوع الدولية - يبيع بضاعة ليست تحت يده فوراً ،
ولمّا يطلب تصنيعها ، أو يتحصل عليها من متجّيها ، أو من تجار آخرين ،
ولكي يمكنه شراؤها فإنه يطلب إلى البنك الذي فتح له الاعتماد أن يحول
الاعتماد كله ، أو جزءاً منه لصالح هذا التاجر الذي يشتري هو منه ، فبدلاً
من أن يقدم هو المستندات إلى البنك ، ويقبض منه النقود يسمح للمورد
له أن يتقدم بدلاً منه لكي يفيد من ميزة الاعتماد^(٢) .

(١) تقدم تخريجه ، ص ٩٧ من هذه الرسالة .

(٢) الاعتمادات المستندية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٣١١ .

وإذ ذاك كذلك فإن من المناسب، ونحن ندرس أحكام الاعتماد أن ندرس حكم هذه المسألة، وبيانها مايلي :

أولاً - صورة المسألة :

وصورة المسألة أن يبيع زيد على عمرو سلعة ليست عنده، بل لا يملكها أصلاً، فيبيعها على أمل أن يحصل عليها فيما بعد .

ثانياً : حكمها :

أما حكمها، فالفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على عدم جوازه^(١)، وفي هذا يقول ابن قدامة : (لأنعلم فيه خلافاً)^(٢)، ويقول ابن مفلح : (بغير خلاف نعلمه)^(٣).

وحجتهم فيما ذهبوا إليه مايلي :

١- ما ورد عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : قلت يارسول الله يأتييني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفبتاعه له من السوق ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : (لاتبع ما ليس عندك)^(٤).

-
- (١) حاشية ابن عابدين، ٥/٥٩، ١٠٧، بدائع الصنائع، ٥/١٤٦، ١٤٧، بداية المجتهد، ٢/١٧٢، مقدمات ابن رشد، ٢/٧٣، ٧٥، المذهب، ١/٢٦٩، روضة الطالبين، ٣/٣٥٣، المغني، ٤/٢٢٨، المبدع، ٤/١٨.
- (٢) المغني، ٤/٢٢٨.
- (٣) المبدع، ٤/١٨.
- (٤) تقدم تخريجه، ص ٥١٢ من هذه الرسالة .

٢- ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال : (لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك)^(١) .

ومن العقل استدلال بعضهم فقال : إن من شرط المبيع أن يكون مملوكاً للبائع ، وهو منتف هاهنا^(٢) .

واستدل بعضهم فقال : إن من شرط المبيع أن يكون موجوداً فعلي البطلان هاهنا بقوله : (لبطلان بيع المعدوم ، وماله خطر العدم)^(٣) .

ومما يصلح الاستدلال به بطريق الأولى أن الإنسان ممنوع من بيع المبيع قبل قبضه - على خلاف في الممنوع منه تقدم بيانه - فإذا كان ممنوعاً من بيع مالم يقبضه فمن باب أولى أن يمنع من بيع مالم يملكه أصلاً ، لتحقق علة الأول فيه وزيادة .

وفي هذا يقول ابن القيم رحمه الله تعالى : (وأما قوله ﷺ « لا تبع ماليس عندك » فمطابق لنهي ﷺ عن بيع الغرر لأنه إذا باع ماليس عنده فليس هو على ثقة من حصوله ، بل قد يحصل ، وقد لا يحصل فيكون غرراً ، كبيع الآبق ، والشارد ، والطير في الهواء . . . ، وقد ظن طائفة أن السلم مخصوص من عموم هذا الحديث فإنه بيع ماليس عنده ، وليس

(١) تقدم تخريجه ، ص ٩٧ من هذه الرسالة .

(٢) المجموع ٢٥٨/٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ، ٥٩/٥ .

كما ظنوه فإن الحديث إنما يتناول بيع الأعيان ، وأما السلم فعقد على مافي الذمة . . . (١) .

ويقول الخطابي : (قوله « لاتبع ماليس عندك » يريد بيع العين دون بيع الصفة ، ألا ترى أنه أجاز السلم إلى الآجال ، وهو بيع ماليس عند البائع في الحال ، وإنما نهى عن بيع ماليس عند البائع من قبل الغرر ، وذلك مثل أن يبيعه عبده الآبق ، أو جملة الشارد ، ويدخل في ذلك كل شيء ليس بمضمون عليه مثل أن يشتري سلعة فيبيعها قبل أن يقبضها ، ويدخل في ذلك بيع الرجل مال غيره موقوفاً على إجارة المالك ، لأنه يبيع ماليس عنده ، وليس في ملكه ، وهو غرر لأنه لا يدري هل يجيز صاحبه أم لا ؟ والله أعلم) (٢) .

وبناء على ماتقدم : فإن البيع إذا تمّ من خلال الاعتماد المستندي وكان المبيع غير مملوك للبائع (المصدر) الذي فُتح الاعتماد المستندي توثيقاً لحقه ، فإن البيع يكون باطلاً .

ولما كان البيع باطلاً ، والحال أن الاعتماد المستندي إنما جاء تبعاً لهذا البيع إذ غايته ضمان حق المستفيد (المصدر) الناشيء من عقد البيع ، فإن التابع تابع ، وما بني على باطل فهو باطل ، فيبطل الاعتماد المستندي تبعاً لبطلان البيع ، والله تعالى أعلم .

(١) تهذيب ابن القيم على مختصر سنن أبي داود للمنذري ، ١٥٧ ، ١٥٦/٥ .

(٢) معالم السنن للخطابي على مختصر سنن أبي داود للمنذري ، ١٤٣/٥ .

المطلب الثالث : بيع العين الغائبة :

معلوم أن الاعتماد المستندي إنما يستعمل في تسوية البيوع الدولية التي يكون طرفاها كل في بلد، ولهذا فإن العين المبيعة تكون غائبة، الأمر الذي يستلزم بحث هذه المسألة ضمن مسائل الاعتماد المستندي المصاحبة، وفيمايلي بيان ذلك :

اختلف العلماء في حكم بيع العين الغائبة إلى أقول ثلاثة :

القول الأول : يجوز بيع العين الغائبة إذا علم جنسها مطلقاً ، وهو قول الحنفية وقول عند الشافعي في القديم ، ورواية عن أحمد ^(١) .

القول الثاني : يجوز بيع العين الغائبة على الصفة ، وهو قول المالكية ، ووجه عند الشافعي في القديم ، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة ^(٢) .

القول الثالث : لايجوز بيع العين الغائبة ، وهو قول الشافعي في الجديد ، ورواية عن أحمد ^(٣) .

(١) بدائع الصنائع، ١٧٣/٥، البحر الرائق، ٢٦/٦، المجموع ٢٨٨/٩، روضة الطالبين، ٣٦٨/٣، المبدع، ٣٥/٤، الإنصاف ٢٩٥/٤ .

(٢) مقدمات ابن رشد، ٧٦/٢، بداية المجتهد، ١٥٥/٢، المجموع ٢٨٨/٩، روضة الطالبين، ٣٦٨/٣، المغني ٥٨١/٣، المبدع، ٢٦/٤ .

(٣) المجموع ٢٨٨/٩، روضة الطالبين ٣٦٨/٣، المغني ٥٨١/٣، المبدع ٢٦/٤ .

الأدلة : وقد استدل أصحاب القول الأول على جواز بيع العين الغائبة مطلقاً بما يلي :

١- عموم الأدلة المبيحة للبيع من غير فصل ونهي .

٢- قوله ﷺ : (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه)^(١) ، ولا خيار شرعاً إلا في بيع مشروع .

٣- ما روى ابن أبي مليكة (أن عثمان ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة نافله بأرض له بالكوفة ، فقال عثمان : بعثك ما لم أره فقال طلحة : إنما النظر لي لأنني ابتعت مغيباً وأنت قد رأيت ما ابتعت فتحا كما إلى جبير بن مطعم فقاضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً)^(٢) .

٤- ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه فصح كسراء المرثي .

(١) الدار قطني ، كتاب البيوع ٣ / ٤ رقم ٨ ، وقال : فيه عمر بن إبراهيم يقال له الكروي يضع الحديث ، وهذا باطل لا يصح ، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله ، وخرجه ابن حجر في التلخيص الحبير ، كتاب البيوع ، باب ما يصح به البيع ، ٣ / ٦ ، وذكر مثل ذلك .

(٢) انظر شرح معاني الآثار للطحاوي ، كتاب البيوع ، باب تلقي الجلب ٤ / ١٠ ، ثم قال فيه :

« والآثار في ذلك قد جاءت متواترة وإن كان أكثرها منقطعاً ، لكنه منقطع لم يضاده متصل ، وانظر السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب البيوع ، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، ٥ / ٢٦٨ .

أما الذين قالوا بجواز بيع العين الغائبة على الصفة فاستدلوا بما يلي :

١- أن الصفة تقوم مقام الرؤية يدل ذلك :

أ- قوله ﷺ : (لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها)^(١) ، فشبه المبالغة بالوصف بالنظر .

ب- قوله تعالى : ﴿ وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِّنْ عِندِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِّمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِن قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ ﴾^(٢) ﴿ ٨٩ ﴾ .

وجه الدلالة قوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا ﴾ ، حيث لم يعرفوه قبل إلا بصفته التي وجدوها في التوراة فدل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الموصوف .

٢- ولأنه بيع معلوم للمتعاقدين مقدور على تسليمه فصح كالحاضر .

٣- القياس على السلم .

كما استدلل القائلون بمنع بيع العين الغائبة وصفت أو لم توصف بما يلي :

(١) البخاري بفتح الباري ، كتاب النكاح ، باب لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها ٣٣٨/٩ .

(٢) سورة البقرة ، الآية (٨٩) .

١- قوله ﷺ (لا تبع ما ليس عندك)^(١).

٢- ولأن جهالة الذات إنما منعت صحة العقد لافضائها إلى المنازعة لأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها، وكذا الوصف فإن جهالته مفضية إلى المنازعة أيضاً لأن الغائب إذا أحضره البائع فمن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية.

٣- ولأن عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر لما ورد عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر)^(٢).

ثبوت الخيار للمشتري في حالة بيع العين الغائبة :

والذين قالوا بجواز بيع العين الغائبة، اتفقوا من جهة ثبوت خيار الرؤية للمشتري في موضع، واختلفوا في موضع :

اتفقوا على أن للمشتري خيار الرؤية إن جاء المبيع على غير الصفة، واختلفوا في ثبوت الخيار له بكل حال فأجازه الحنفية والشافعي في وجه من قوله القديم^(٣)، ومنعه المالكية والحنابلة،

(١) تقدم تخريجه، ص ٥١٢ من هذه الرسالة .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، ١٥٦/١.

(٣) بدائع الصنائع ٥/١٦٣، البحر الرائق ٦/٢٦، المجموع ٩/٢٨٨، ٢٨٩.

والشافعي في وجه من قوله القديم أيضاً^(١).

الترجيح والمناقشة :

الذي يظهر أن سبب الخلاف بين الفقهاء فيما تقدم هو الغرر، فهل الوصف ينتج علماً يرفع الغرر أولاً؟ بالنظر في تحققه فيما تقدم من أقوال نستبين مايلي :

١- أن القول بجواز بيع العين الغائبة على الصفة، يرتفع به الغرر لما تقدم من أدلة تفيد أن الوصف يقوم مقام الرؤية، وبه يرتفع الغرر.

٢- كما أن القول بجواز بيع العين الغائبة - إذا علم جنسها - وإن لم توصف مع ثبوت خيار الرؤية للمشتري يرتفع به الغرر أيضاً نظراً لثبوت خيار الرؤية للمشتري.

٣- أما القول بمنع بيع العين الغائبة وصفت أو لم توصف، فقد منع الغرر من أصله لكنه في الوقت نفسه ضيق على الناس في معاملاتهم مع المكنة من دفع الغرر بما هو أقل من ذلك، كما تقدم في القولين السابقين، وبه يستبين رجحانهما على هذا القول، على أن القول بجواز بيع العين الغائبة على الصفة على نحو يلزم به البيع إلا إن جاء المبيع على غير الصفة، هو أحزم في البيع وأولى بقطع الخصومة، ولكل من القولين اعتباره.

(١) مقدمات ابن رشد، ٧٧/٢، بداية المجتهد ١٥٥/٢، المغني ٥٨١/٣، المبدع

وفي البيع عن طريق الاعتماد المستندي تكون العين الغائبة معلومة المواصفات والمقاييس محددة بوصف يرفع الغرر، فلا بأس بهذا البيع إن جاء المبيع على تلك الصفة، فإن ظهر مخالفاً فللمشتري خيار الرد بالغيب، والله أعلم.

المطلب الرابع : حكم بيع المرتهن الرهن :

تقدم في الجانب المصرفي بيان آثار الاعتماد المستندي، ومنها أن المصرف يرهن البضاعة بموجب مستنداتها والحاصل في العمل أن المصرف يبيع البضاعة بموجب مستنداتها عند امتناع العميل (المستورد) عن الأداء له وهاهنا تبرز مسألتان :

أولهما : أن المصرف باع البضاعة بموجب مستنداتها، والسندات لاتعد قبضاً وقد تقدم بيان حكم ذلك فلا داعي لإعداته هاهنا.

وثانيهما : أن المصرف وهو المرتهن قد باع البضاعة وهي الرهن، فهل له ذلك شرعاً؟

هذا مايختص به هذا المطلب، وبيانه :

أن الفقهاء على أن الرهن لا يبيعه إلا راهنه أو وكيله، هذا هو الأصل عندهم، جاء في بدائع الصنائع :

(... والثابت للمرتهن ملك الحبس لأملاك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع...) ^(١).

(١) بدائع الصنائع، ٦/١٤٧.

وجاء في بداية المجتهد : (أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ماعليه)^(١).

وجاء في المنهاج : (ويستحق بيع المرهون عند الحاجة ، ويقدم المرتهن بثمنه ، ويبيعه الراهن ، أو وكيله بإذن المرتهن)^(٢).

لكنهم استثنوا من هذا الأصل حالين :

أحدهما : أن يأذن الراهن للمرتهن في بيع الرهن .

وثانيهما : أن يتعذر الوفاء من الراهن أمّا لغيبة أو فلس أو نحوه .

ببسط الكلام فيهما مايلي :

حكم بيع المرتهن الرهن بإذن الراهن :

إذا أذن الراهن للمرتهن في بيع الرهن لاستيفاء حقه منه ، فللعلماء

في جوازه أقوال :

القول الأول : يجوز ، وعليه الحنفية ، والحنابلة جاء في تحفة

الفقهاء :

(ويجوز للراهن أن يوكل المرتهن ببيعه ، واستيفاء الدين منه ، ولو

قال الراهن إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك)^(٣).

(١) بداية المجتهد، ١٧٥/٢.

(٢) المنهاج بشرح مغني المحتاج، ١٣٤/٢.

(٣) تحفة الفقهاء، ٥٩/٣.

وجاء في المغني : (. . . فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن بآعه ، ووفى الحق من ثمنه ، وما فضل من ثمنه فلمالكه ، وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن)^(١) .

القول الثاني : يجوز بشرطين ، وهو قول المالكية ، والشرطان هما :

١- أن يكون الاذن بعد العقد لآال العقد .

٢- أن لا يعلق هذا الإذن بقوله : « إن لم آت بالدين وقت كذا » لأن هذا يحتاج إلى اثبات غيبة أو عسر فلا بد فيه من حكم حاكم ، جاء في الشرح الصغير مانصه :

(كالمرتهن يجوز له بيع الرهن إن أذن له بعد العقد . . . لآفي حال العقد ، ومحل الجواز لهما إن لم يقل الراهن لواحد منهما إن لم آت بالدين . . .)^(٢) . ونقل عن مالك رحمه الله تعالى كراهته حتى يرفع الأمر إلى الحاكم^(٣) .

القول الثالث : وهو قول الشافعية ، وتفصيله ما ذكره صاحب مغني المحتاج حيث قال : (ولو باعه المرتهن باذن الراهن فالأصح أنه إن باع بحضرته صح البيع والآ فلا ، يصح لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتهم في الغيبة بالاستعجال وترك التحفظ دون الحضور ، والثاني : يصح مطلقاً

(١) المغني ٤/٤٤٧ ، وانظر كشاف القناع ٣/٣٢٣ .

(٢) الشرح الصغير ، ٣/٣٣٢ .

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٧٥ .

كما لو أذن له في بيع غيره، والثالث لا يصح مطلقاً لأن الإذن له فيه توكيل فيما يتعلق بحقه إذ المرتهن مستحق للبيع، ومحل هذه الأقوال إذا كان الدين حالاً ولم يعين له الثمن، ولم يقل استوف حقه من ثمنه، فإن كان الدين مؤجلاً صح جزماً، أو عين له الثمن صح على غير الثالث لانتفاء التهمة، أو قال بعه واستوف حقه من ثمنه لم يصح على غير الثاني لوجود التهمة^(١).

والذي يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول الأول القاضي بجواز بيع المرتهن الرهن بإذن الراهن، واستيفاء حقه منه فإنه بإذن الراهن ليس فيه افتيات عليه، ولا غلق لرهنه وهو المعنى المعتبر في المنع.

وعليه فإن المرتهن إن إذن للبنك ببيع البضاعة بعد قبضها كان له ذلك، وإلا فلا.

وعند امتناع المرتهن عن الأداء للمصرف، وعن بيع الرهن وعن الإذن للبنك ببيع الرهن، فإن للمرتهن (البنك) حينئذ أن يرفع الأمر للحاكم، وفيما يلي بيان حكم بيع الحاكم الرهن :-

حكم بيع الحاكم الرهن : أما بيع الحاكم الرهن عند تعذر الوفاء من الراهن لغيبة أو فلس ونحوه، فقد أجازاه العلماء على خلاف بينهم، فالجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبي يوسف، ومحمد

(١) مغني المحتاج، ١٣٥/٢، وانظر نهاية المحتاج ٢٦٩/٤، فتح العزيز

من الحنفية^(١) يقولون بجواز بيع الحاكم الرهن عند امتناع الراهن عن الوفاء، أو امتناعه عن بيعه، أو تعذر ذلك لغيبه ونحوها، لأن الوفاء حق تعين على الراهن فاذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالايفاء من جنس الدين، ولدفع الضرر عن المرتهن.

أما أبو حنيفة^(٢) رحمه الله تعالى فيمنع ذلك، ومنعه هذا فرع منعه الحجر على الحر، لكنه يقول بحبس الراهن حتى يوفي الدائن أو يبيع الرهن.

والذي يظهر لي والله تعالى أعلم أن للحاكم أن يبيع الرهن عند امتناع الراهن عن الوفاء للمرتهن، أو امتناعه عن بيع الرهن، لأن في امتناعه إضراراً بالمرتهن، وبيع الحاكم للرهن رفع لهذا الضرر.

أما حبس الراهن فليس من لازمه بيعه الرهن، فيكون ضرراً بالراهن وضرراً بالمرتهن من جهة تأخير الأداء له.

على أن بيع الحاكم الرهن ليس حجراً على الراهن، بل هو أداء عنه عند امتناعه عن الأداء. والله تعالى أعلم.

(١) تحفة الفقهاء ٥٩/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٥١/٣، بداية المجتهد ٢٧٥/٢، مغني المحتاج ١٣٤/٢، فتح العزيز ١٢٧/١، المغني ٤٤٧/٤، المبدع ٢٣٠/٤.

(٢) تحفة الفقهاء، ٥٩/٣.

المطلب الخامس : النظر في التأمين :

في التجارة الدولية التي تتم عن طريق الاعتماد المستندي يُشترط التأمين على البضاعة، وشرط التأمين هذا شرط يصاحب الاعتماد المستندي، مما يجعل من المناسب بيان حكمه، وبيانه مايلي :

إن كان ثمة مشكلة معاصرة تشبه مشكلة الفائدة «الربا» احتيل فيها على النصوص، واستجرت فيها ألسنة العلماء، فهي التأمين التجاري وهي تشبه الفائدة في الوسيلة، فالمؤسسات الربوية (البنوك) تستقطب أموال الناس بطرق شتى لتضمها إلى خزائنها، وشركات التأمين كذلك .

وهي تشبهها في الغاية فإن غاية الفائدة هي المتاجرة بأموال الناس بالربا وشركات التأمين كذلك تتاجر بما لديها من أموال بالربا، ولذا عدت شركات التأمين من شركات الأموال ^(١) .

والتأمين قد كثر الكلام فيه بين أنصاره وخصومه، وليست العبرة في القضية بما يردده أنصارها وخصومها، لكن العبرة بما عليه القضية في نفس الأمر .

لذا سأقول فيه قولاً موجزاً عسى أن يكون فيه إضافة لما سبقه .

(١) إدارة المنشآت المالية، منير إبراهيم هندي، مركز الدلتا للطباعة، ١٩٩٤م،

المقصد الأول : تعريفه :

قبل الدخول في بيان تعريفه ، أود أن أنبه إلى مبالغة في تسميته تلاها مبالغة في تقديره .

أما المبالغة في تسميته فهي أنه سميَّ «تأميناً» وأصله المادة الثلاثية (أَمِنَ، أَمِنْتُ، فَأَنَا آمِنٌ، وَأَمِنْتُ غَيْرِي، أَوْمِنُهُ إِذَا أُعْطِيَتْهُ الْأَمَانُ) ^(١) .
ومنه قوله تعالى : « وَأَمِنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ » ^(٢) .

وجاء في لسان العرب : (الأمان، والأمانة بمعنى ، وقد أَمِنْتُ فَأَنَا آمِنٌ، وَأَمِنْتُ غَيْرِي مِنَ الْأَمْنِ وَالْأَمَانِ، وَالْأَمْنُ ضِدُّ الْخَوْفِ) ^(٣) .

وعليه : فالأمان هو رفع الخوف ممن يملكه ، وهو بهذا الاعتبار قسمان : أمان عام ، وهذا لا يملكه سوى الله تعالى ، إذ هو سبحانه مالك رفع المخاوف كلها إذ بيده إنزالها ، وبيده رفعها .

وأمان خاص ، يصدر من كل بحسبه ، فالذي يملك سفك الدم يمكنه أن يعطي الأمان منه .

والذي يمكنه استحلال المال يمكنه أن يعطي الأمان منه .

والأمان في هذا وذاك هو رفع خوف المستأمن على نفسه أو ماله

(١) مجمل اللغة ، لابن فارس ، باب الهمزة والميم وما يثلثهما ، ١ / ٥ ، ٢ .

(٢) الآية رقم (٤) من سورة قريش .

(٣) لسان العرب ، ابن منظور ، حرف النون ، فصل الألف ، ٢١ / ١٣ .

بكفّ المؤمن عن سببه .

وهو أمان من وجه دون وجه ، ذلكم أن كل ما يملكه المؤمن هو أن يكف عن سفك الدم الممكن من جهته ، هذا هو الوجه الذي باستطاعته أما الوجه الذي لا يستطيعه ولا يملكه فهو أنه لا يملك منع سفك دم المستأمن مطلقاً ، فقد يسفك من طريق آخر غير طريقة .

وعليه : فإن الأمان يرفع المكروه من وجه دون وجه ، ويرفع الخوف من وجه دون وجه ، ولا يقوى على رفع ذلك مطلقاً .

وبالنظر إلى التأمين فإنه لا يرفع المكروه ، فالحريق مكروه يؤمن ضده - كما يقولون - والسرقة مكروه يؤمن ضده ، لكن التأمين لا يرفع الحريق ولا السرقة ، ولو من وجه ، وكل ما يمكن أن يفعله المؤمن بعد حدوث المكروه ، هو تعويض المستأمن ، وهذا أقرب إلى مفهوم الضمان منه إلى الأمان ، فإن الضمان لا يمنع وقوع المكروه ، لكن يعمل على تخفيف أثره وجبران مصيبته بعد وقوعه ، والتأمين في أحسن أحواله لا يعدو هذا فكان الأولى اشتقاق اسمه من الضمان لا من الأمان .

ومن العجب الذي تلا هذه المبالغة في التسمية أن صور بعض المعاصرين الأمان على أنه سلعة تباع وتشترى في هذا الزمان ، وأنها تقذف في قلوب الناس قذفاً بمجرد التأمين .

ولنجاوز هذه المبالغات إلى تعريفه لدى واضعيه :

التأمين عقد قانوني ، جاء تعريفه بالمادة (٧٤٧) من القانون المدني المصري ، ونصها :

(التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له ، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال ، أو إيراداً مرتباً ، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث ، أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك في نظير قسط ، أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن) .

المقصد الثاني : النظر في التعريف ، وبيان ماهية العقد :

وبالنظر في تعريف التأمين هذا يتبين مايلي :

- ١- أن عقد التأمين عقد معاوضة .
- ٢- أن عقد التأمين طرفاه المؤمن ، والمستأمن .
- ٣- أن العوضين في التأمين هما :
 - أ- الأقساط النقدية ، ويدفعها المستأمن للمؤمن قبل وقوع الخطر المؤمن منه .
 - ب- العوض النقدي ، ويدفعه المؤمن للمستأمن بعد وقوع الخطر المؤمن منه .
- ٤- أن العوض النقدي الذي يدفعه المؤمن للمستأمن معلق على شرط وقوع الخطر المؤمن منه .

٥- أن الشرط المعلق عليه استحقاق المستأمن العوض النقدي ، قد لا يقع فلا يتأثر عقد التأمين بعدم وقوعه ، وكل ما يترتب عليه هو أن المستأمن لا يستحق العوض فيخسر ما قدمه من أقساط للمؤمن .

وعلى هذا يمكن حصر ماهية التأمين فيما يلي :

- ١- مؤمن : وهي شركة التأمين .
- ٢- مستأمن : وهو الطرف الآخر ، وهو الفرد طالب التأمين .
- وهذان الركنان هما العاقدان .
- ٣- مؤمن عليه : كالمنزّل في حال التأمين عن الحريق مثلاً .
- ٤- أقساط التأمين : ويدفعها المستأمن .
- ٥- العوض النقدي : ويدفعه المؤمن .
- وهذا الركنان (٤ ، ٥) هما العوضان (البذلان) .
- ٦- الصيغة : وهي الاتفاق بين المؤمن والمستأمن .

أما المؤمن منه وهو الخطر فليس ركناً في التأمين يدل لذلك أنه قد لا يتحقق ، ورغم هذا ينقصد التأمين ، وتترتب عليه آثاره ، ولو كان ركناً ما قام عقد التأمين دونه ^(١) .

(١) انظر : عقد التأمين التجاري وحكمه في الفقه الإسلامي ، إبراهيم بن عبد الرحمن العروان ، جامعة الملك سعود ، مركز البحوث التربوية ، ط١ ، لعام ١٤١٥ هـ ، ص ٢٣ .

المقصد الثالث : النظر في موضوعه :

ومما تقدم يتبين أن موضوع التأمين مبادلة مال بمال ، إذ هما البدلان في التأمين .

وعليه : فإن عقد التأمين ممنوع من أصله باعتبار هذه المبادلة من قبيل الربا ، فإنه على التسليم بوقوع الخطر المؤمن منه ، وعلى فرض أن مقدار التعويض عنه يعدل مقدار الأقساط التي سبق أن استوفاه المؤمن من المستأمن فإن الأجل بين ما أخذه المؤمن ، وبين ما سيرده يكون من قبيل ربا النسئة . وعلى فرض عدم تساوي المقدارين يكون قد اجتمع في التأمين ربا الفضل وربا النسئة .

وقد تقدم بيان حكم الربا ، ورد ما يثار حوله من شكوك وشبهات في الباب التمهيدي مما يمهد للقول بتحريم التأمين ، للربا ، دون حاجة إلى استرسال في المناقشة ^(١) .

وإذا كانت هذه المبادلة ربا ، وكان العقد ممنوعاً من أصله ، فإن ذلك يغني عن إيراد ما وراءه من مأخذ تضمنها التأمين ، كالغرر والمقامرة ، والتعليق على شرط ، ونحوه ، فإن التأمين باطل دونها فلا حاجة لاستقصائها .

وقد يعمل على استخراج التأمين من الربا بدعوى التعاون ، وفي هذا

(١) انظر الباب التمهيدي ، ص ٢٧ من هذه الرسالة .

يقول السنهوري : (فالمؤمن يجمع بين أكبر عدد ممكن من المؤمن لهم يشتركون جميعاً في التعرض لخطر معين - الحريق ، أو السرقة ، أو المسؤولية عن الحوادث ، أو الوفاة أو غير ذلك من الأخطار - فيضعون ما يتعرضون جميعاً له من خطر في وعاء واحد ، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم ساهموا جميعاً في الخسائر التي تنجم عن ذلك .

فالتأمين يقوم إذن أول ما يقوم على فكرة تبادل المساهمة في الخسائر .

هذا التبادل واضح كل الوضوح في الجمعيات التبادلية للتأمين ، وهو واضح كذلك حتى لو كانت الهيئة التي تقوم بالتأمين شركة مساهمة .

فهذه الشركة ليست إلا وسيطاً بين المؤمن لهم جميعاً ، تقوم بجمعهم وبتقاضي ما يقدمه كل منهم من المساهمة في الخسائر المحتملة ، وبدفع التعويض لمن أصيب منهم بالخسارة من جراء تحقق الخطر .

فالمؤمن لهم هم الذين يقومون في الواقع بتعويض الخسائر عن طريق المساهمة فيها كل بما يدفعه للشركة من مقابل التأمين .

ففكرة تبادل المساهمة في الخسائر قائمة حتى عندما يكون المؤمن شركة مساهمة وليست هذه الشركة كما قدمنا إلا وسيطاً ينظم هذه المساهمة^(١) .

(١) الوسيط، للسنهوري، جزء ٧، مجلد ٢، ص ١٠٩١، ١٠٩٢، وانظر :

ص ١٠٨٧، ص ١١٤٠ .

ويقول جلال محمد إبراهيم : (أما في التأمين بأقساط ثابتة والذي تتولاه الشركات المساهمة فقد يبدو من حيث الظاهر أن التعاون بين المؤمن لهم مفقود، لأن كل مؤمن له يتعامل مع المؤمن فقط، دون أن تكون هناك رابطة بينه، وبين باقي المؤمن لهم.

ولكن التحليل المتعمق قليلاً يُظهر لنا غير ذلك، فالمؤمن في هذا النوع من التأمين لا يقصد، بل ولا يستطيع أن يغطي الكوارث التي تصيب بعض المؤمن لهم من رأس مال الشركة، واحتياجاتها، بل هو يقوم بجمع الأقساط من المؤمن لهم، ليتولى من خلال مجموعها تصفية الكوارث التي تصيب بعضهم.

وهذا هو التعاون بين المؤمن لهم الذي يتم من خلال المؤمن الذي يظهر كالوسيط بينهم، أو المدير، أو المنظم لهذا التعاون.

فالتعاون إذن موجود في التأمين بأقساط ثابتة، ولكنه يبدو « غير مدبر »^(١).

والجواب عن دعوى التعاون هذه : أن تصور العقد، والحكم عليه ينبغي أن يكون نابعاً من حقيقة العقد، وقد تقدم في بيان ماهية التأمين وتعريفه أن عقد التأمين رابطة ثنائية بين المؤمن من جهة، والمستأمنين من جهة.

(١) التأمين وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة مع القانونين المصري، والفرنسي، جلال محمد إبراهيم، الكويت، ذات السلاسل للطباعة والنشر، ١٩٨٩م،

وتعاقد مجموع المستأمنين مع جهة واحدة هي المؤمن لا ينتج رابطة عقدية بين ذلك المجموع من المستأمنين ، فإنهم يتعاقدون مع المؤمن فرادى بحيث تكون آثار العقد مقصورة على المؤمن ، وكل مستأمن منفرداً .

وحيث إن المستأمنين ليس ثمة رابطة عقدية تربط مجموعهم .

وحيث إن كل مستأمن يربطه بالمؤمن عقد منفرد ، فإنه لا معنى للنظر في علاقة المؤمن بجميع المستأمنين ، إذ الاحتكام إنما هو للعقد ، والاعتبار به ، ولا يربط المؤمن عقد واحد بجميع المستأمنين ، بل تربطه عقود فرادى بالمستأمنين فرادى ، فلزم أن يكون هذا هو محل النظر ، وبموجبه لا يظهر تعاون بين المستأمنين ، وإن ظهر فهو تبع لا يفرد بحكم .

فإن شغب أنصار التأمين بدعوى التعاون ، وأرادوا إلزام معارضيه بالتنازل عن إيراداتهم عليه - من ربا وغرر ونحوه - بحكم هذه الدعوى قيل لهم : سلمنا لكم ذلك ، والتزمنا أحكامه ، فلتلتزموا أحكامه ومن لازمه :

١- أن يكون المستأمنون جميعاً شركاء في الحقوق ، والتبعات ، ويلزم منه أن يكون لواحد المستأمنين على مجموعهم حق يملك به مطالبة مجموعهم .

٢- أن تكون شركة التأمين وسيطاً بين مجموع المستأمنين - كما يدعي أنصار التأمين - ويلزم منه أن تكون شركة التأمين أجيئاً مشتركاً لمجموع المستأمنين فتخضع لإدارتهم ، ولا تستقل بالمال عنهم ، ومن

حقهم أن يراقبوا ويتابعوا تصرفاتها في مجموع أموالهم ، وأن يوجهوها الوجهة التي يريدون ، وليس لها - يعني شركة التأمين - سوى أجر محدد معلوم تتفق عليه مع المستأمين ومن حق المستأمين أن يعزلوها ، ويولوا العمل غيرها إن رأوا ذلك .

فهل يقبل الالتزام الأول مجموع المستأمين ؟

وهل تقبل الالتزام الثاني شركة التأمين ؟

إن سلموا بما تقدم من إلزام فلا إشكال ، وإن نازعوا جلّت المناقشة
أمرين :

أحدهما : تحكم أنصار التأمين ، إذ يفرضون التعاون متى
شاؤوا ، ويرفضونه متى شاؤوا ، وهذا هو التحكم .

وثانيهما : كذب دعوى التأمين ، إذ لو كان التعاون حقاً لكان
ما تقدم من إلزام أثر من آثاره لا يسعهم التنصل منه .

وهذا يؤصل ماسبق ذكره من أن التعاون في التأمين إنما جاء تبعاً
فلا يلتفت إليه ، ولا يفرد بحكم .

وجماع ذلك : أن التعاون لا يخلو من أحد حالين :

أ- إما أن يكون مقصوداً ثابتاً بعقد .

ب- أو أن يكون تبعاً غير ثابت بعقد .

فإن كان الأول عدّ عقداً ، وأخذ أحكام العقد .

وإن كان الثاني لم يعد عقداً، ومن ثم لا يلتفت إليه، فماذا يريد أنصار التأمين؟!

أمّا ما ذكره جلال محمد إبراهيم في قوله المتقدم، ومنه :

(إن المؤمن لا يقصد، بل لا يستطيع أن يغطي الكوارث التي تصيب بعض المؤمن لهم من رأس مال الشركة، واحتياطياتها، بل هو يقوم بجمع الأقساط من المؤمن لهم ليتولى من خلالها تصفية الكوارث التي تصيبهم، وهذا هو التعاون بين المؤمن لهم الذي يتم من خلال المؤمن...).

فإن هذا القول يناقش بأن هذه الطريقة وجه شبه يجمع بين جهات عدة من جهات الاستغلال، وشركات الأموال، كالبنوك الربوية وشركات التأمين، وهو تعاون على الاستغلال، إذ تستعين على استغلال الناس بأموال الناس مثال ذلك :

أن البنوك الربوية لديها من الودائع ما يزيد عن رأس مالها، وهذه الودائع في حقيقتها قروض مستحقة الرد لأصحابها، والبنك ليس بمقدوره أن يردها من ماله لكنه يردها بما يتحصل عليه، ويستجد لديه من ودائع.

فهلّا قيل بالتعاون بين مجموع المودعين؟ فإن البنك بمجموع أموالهم يقوم بإقراض المقترضين، ويلبي احتياجات الساحبين.

وهو تعاون، لكنه غير مقصود، بل جاء تبعاً، وهو منهج تنهجه الجهات الرأسمالية تستغل من خلاله أموال الناس بأموال الناس رافعة شعار التعاون والتكافل، والتكامل.

وقد يبرر التأمين بدعوى الأمان على نحو يصور فيه الأمان، وكأنه سلعة تباع وتشتري، ومن ذلك ما جاء في كتاب «نظام التأمين حقيقته، والرأي الشرعي فيه» قال: (أما بالنسبة إلى المستأمن فإن الاحتمال فيه معدوم بالنظر لغاية العقد لأن المقصد الحقيقي في التأمين إنما هو حصول المستأمن على الأمان من الخطر المؤمن ضده، وهذا الأمان حاصل للمستأمن بمجرد العقد، دون توقف على وقوع الخطر المؤمن منه بعد ذلك، لأنه بهذا الأمان الذي حصل إليه واطمأن إليه لم يبق بالنسبة إليه فرق بين وقوع الخطر وعدمه، فإنه إن لم يقع الخطر ظلت أمواله، وحقوقه، ومصالحه سليمة، وإن وقع الخطر عليها أحيها التعويض.

فوقوع الخطر، وعدمه بالنسبة إليه سيان بعد عقد التأمين، وهذا ثمرة الأمان، والاطمئنان الذي منحه إياه المؤمن نتيجة للعقد في مقابل القسط، وهنا المعاوضة الحقيقية... فإن قيل: إن الأمان ليس مالا يقابل بعوض، قلنا: إن الأمان أعظم ثمرات الحياة... وإن الإنسان يسعى، ويكد، ويكدح، ويبذل أغلى الأثمان من ماله، وراحته في سبيل الحصول على الأمان، والاطمئنان لنفسه، ولأسرته، ولحقوقهم، ولستقبلهم، فأبي دليل في الشرع يثبت أنه لا يجوز الحصول عليه لقاء مقابل؟ هذا تحكم في شرع الله!!

.... وأننا نجد في بعض العقود القديمة . . . ما يشهد لجواز بذل المال بطريق التعاقد بغية الاطمئنان ، والأمان على الأموال ذلك هو عقد الاستئجار على الحراسة^(١) .

ويناقش هذا القول بمايلي : أما دعواه أن المستأمن يحصل على الأمان من الخطر بمجرد العقد فغير مسلمة ذلك أن الشعور بالأمان أمر وجداني غير منضبط ، وغير ظاهر السبب فقد يأمن الإنسان في مقام الخوف - وأعظمه أمن مكر الله - ، وقد يخاف في مقام الأمن ، ولهذا وذاك فإن الشعور بالأمان ليس دليلاً على الأمان حقاً .

وقد يثق المستأمن بشركة التأمين ، ومن ثم يأمن تبعاً لهذه الثقة فإذا حل الخطر ، وتكشف الأمر قلبت شركة التأمين له ظهر المجن - ومثل هذا يحدث من شركات التأمين - فكان شعوره بالأمن سابقاً لا أساس له ، فكيف يصلح مثله محلاً للمعاوضة .

وأما دعواه أن المستأمن بحكم الأمان لا يفترق عنده حال وقوع الخطر وعدمه ، فإن الخطر إن لم يقع فمصالحه سليمة ، وإن وقع أحيائها التعويض فهي غير مسلمة أيضاً لمايلي :

(١) نظام التأمين ، حقيقته ، والرأي الشرعي فيه ، مصطفى الرزقاء ، بيروت ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ، ط ١ ، لعام ١٤٠٤ هـ ، ص ٥٠ ، ٥١ . وانظر : التأمين وفقاً للقانون الكويتي ، ص ٤١ .

أ- أنه إن لم يقع الخطر فقد أخذت شركة التأمين ماله بلا مقابل - ولا يقال بأن مقابله الأمان - فقد تقدم عدم التسليم به .

ب - وإن وقع الخطر فلن يكون الحال كهو قبله ، فإن التعويض قد لا يف بكل الخساره ، وعلى فرض أنه يفي بها فإنه بدل ، والبدل ليس من لازمه أن يساوي المبدل من كل وجه .

ج- ثم إن التأمين على فرضه يعوض النقص المادي ، فإنه لا يقوى على تعويض النقص المعنوي الذي ربما خلّفه الخطر .
وبهذا كله لم يعد الحال واحداً قبل الخطر وبعده .

وأما استشهاده بالحراسة على دعواه أن الأمان يصلح محلاً للمعاوضة فمردود بالفارق ، فإن الأمان في الحراسة ليس أحد العوضين ، وليس محلاً للعقد ، وإن كان باعثاً عليه .

أما محل العقد فهو عمل الحارس ، وهو سبب من أسباب الأمان ، وإن كان الأمان ليس من لازمه .

والذي يدل على أن محل العقد هو عمل الحارس لا الأمان أن الحارس يستحق الأجر إذا قام بعمل الحراسة ، وإن لم يتحقق الأمان .

ومثل طلب الأمان ، طلب الشفاء ، وطلب الولد ، فإن الإنسان يعقد على سببهما ولا يعقد عليهما إذ لا يصلحان محلاً للمعاوضة ، وإن كانا هما الباعث على العقد ومقصوده ، ففي مسألة طلب الولد يكون محل

العقد هو الاستمتاع بالمرأة إذ ذاك سبب إنجاب الولد، فإذا كانت المرأة أهلاً للاستمتاع استحققت المهر والنفقة وإن لم تنجب الولد الذي هو مقصود النكاح، والباعث عليه.

وإن لم تكن أهلاً للاستمتاع فإنها لا تستحق مهراً ولا نفقة، فدل ذلك على أن محل المعاوضة هو الاستمتاع ليس إنجاب الولد.

ومثل ذلك طلب الشفاء، فإن محل العقد فيه هو سببه، وهو العلاج، فإذا قام المعالج بما يتطلبه العلاج استحق الأجر، وإن لم يتحقق الشفاء، الذي هو مقصود العلاج، والباعث عليه.

ومن هذا تعلم أن الأمان، والشفاء، والولد وما شاكلها لا تصلح محلاً للمعاوضة، فإنها لا يملكها الإنسان، وليست في مقدوره فكيف يعتاض عليها، وإنما يكون الاعتياض على سببها.

وفي مسألة التأمين نجد سبب الأمان هو ما يتعهد به المؤمن من تعويض، وعلى هذا:

فإن المؤمن قبل وقوع الخطر لم يبذل شيئاً يستحق بمقابلته العوض، فكان أخذه الأقساط من المستأمن من قبيل أكل المال بالباطل.

وبعد وقوع الخطر، وتعويض المؤمن المستأمن، يكون هذا التعويض من قبيل الربا، وقد تقدم بيانه في المقصد الثالث عند النظر في موضوع التأمين.

المقصود الرابع : ذكر طرف من مظاهر تجارية التأمين، وانتفاء وصف التعاون فيه :

وبيان هذا من خلال أمرين : أحدهما بيان الشروط الفنية للتأمين .
وثانيهما : بيان ماعليه شركات التأمين من تعسف .
أولاً - بيان الشروط الفنية للخطر المؤمن منه :
ويشترط فيه مايلي ^(١) :

١ - أن يكون الخطر منتشرأ بين الناس ومثاله أخطار الوفاة ،
والحريق ، والسرقه لأنه بحكم قانون الكثرة يمكن التوصل إلى نتائج
أفضل كلما زادت عدد الوحدات التي تجرى عليها التجربة .

ومقصوده أن يكون للخطر انتشار يمكن معه تتبعه واستقراؤه وضبطه
من خلال قانون الكثرة ، وقانون الكثرة هذا من قوانين الاحتمالات
المستخدمة في الإحصاء ، وملخصه : أن التقلب والتغير الاحتمالي في
حوادث المجموع الكبير أقل منه في الأفراد ، وأن عدد الحوادث في
المجموع الكبير أكثر ثباتاً منه في الأفراد ^(٢) .

(١) التأمين وفقاً للقانون الكويتي ، ص ٤٤-٤٩ ، وانظر : أصول الخطر والتأمين ،
كامل الحلواني ، ص ٥٧-٥٩ .

(٢) قد نقل هذا الكلام محمد نجيب المطيعي عن عالم الاحصاء جلال مصطفى
الصياد ، وكان قد شارك في مؤتمر للتأمين ، انظر : المجموع شرح المذهب ،
الطبعة الوحيدة الكاملة ، جده ، مكتبة الارشاد ، ص ٢٧٦ .

٢- أن يكون الخطر متفرق الوقوع ، بمعنى أن لا يصيب مجموع المستأمنين لكن يصيب فرداً ، أو عدداً بسيطاً منهم ، ولذا فإن الأخطار التي تصيب عموم المستأمنين كالزلازل ، والبراكين ، وأخطار الحروب لا تكون مجالاً للتأمين .

٣- أن يكون الخطر متواتراً (منتظم الوقوع) بحيث يمكن لقوانين الاحصاء تقدير احتمالات حدوثه ، ومن لازمه أن تكون الأخطار نادرة الوقوع غير قابلة للتأمين لأنه لا يمكن ضبطها إحصائياً .

قلت : ويلاحظ تداخل بين الشرطين الأول والثالث

قد ذكر عيسى عبده - رحمه الله - طرفاً من الوقائع المتعلقة بهذه الشروط قال : (أما سلوك الاحتكار العالمي للتأمين إبان الحرب الثانية فهو موضوعنا : بدأت الحرب في آخر أغسطس سنة ١٩٣٩ م بزحف الجيوش الألمانية عبر حدود بولندا ، وفي ٢ من سبتمبر في الحادية عشرة صباحاً كانت الحرب معلنة بين الحلفاء « إلا أمريكا » ، وبين ألمانيا ، وفي الساعة السادسة مساء من يوم ٣ سبتمبر أغرقت الغواصات الألمانية أول مركب للحلفاء في بحر الشمال . . فلم تهدأ شركات التأمين . . من تلك اللحظة . . وبدأت قرارات رفع الرسوم ضد خطر الملاحة في كل البحار كان نصيب البحر الأبيض المتوسط أكبر من نصيب غيره ، وزادت الرسوم من ٥٠ ٪ إلى ٢٥ ٪ في فترة قصيرة من الزمن ، ثم جاء القرار التاريخي ، وهو إنكار شركات التأمين لكل مسؤولية عن أخطار الحرب تحت أي

ظرف، ولأي سبب !!

ستترك البحار لحظة قصيرة للنظر في داخل البلاد المتحاربة، فقد تسامع العالم بأن هتلر يعتزم تدمير المدن البريطانية، فأعلنت شركات التأمين أنها غير مسؤولة عن أية خسارة تنجم عن عمليات الحرب، ولا مرد لقرارها فهي فوق السلطات !!

هربت هيئات التأمين إذن من مواجهة مسؤولياتها في البحر والبر، والجو بعد أن جمعت من الرسوم ما جمعت، لا أقول في أوائل الحرب الثانية، بل أقول طوال القرن التاسع عشر، وإلى عام ١٩٤٠ م . . جمعت أرباحاً جعلتها أغنى هيئات العالم، وأقدرها في سوق رأس المال . . . حتى إن شركة واحدة من شركات التأمين تستطيع أن تمد المشروعات برؤوس أموال لا يقدر عليها الجهاز المصرفي كله للبلد الذي تقوم فيه هذه الشركات .

أثرت شركات التأمين إذن ثراء فاحشاً إلى ما قبل حرب هتلر لأنها كانت تبيع الأمن، والأمن وارف الظلال على العالم كله وحين جدّ الجدد هربت من الميدان، وقالت : « لقد أعلنت شرط الحرب » وهي عبارة فنية تفيد أن الاتحاد الاحتكاري للتأمين قد قرر إسقاط المسؤولية عن كاهله . . . ولا مناقشة لقراره !! فماذا يفعل أصحاب العمارات في المدن التي يهددها الدمار المرتقب من السلاح الجوي لألمانيا ؟ وماذا يفعل أصحاب السفن التي تتربص بها غواصات ألمانيا وأسلحة

الهجوم البحري ؟^(١) .

ثانياً - بيان ماعليه شركات التأمين من تعسف :

وقد كانت شركات التأمين تتعسف المستأمنين ، ولذا جاءت المادة (٧٥) من القانون المدني المصري للحد من هذا التعسف ، ونصها :

(يقع باطلاً مايرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

١- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح ، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية ، أو جنحة عمدية .

٢- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات ، أو في تقديم المستندات ، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول .

٣- كل شرط مطبوع ولم يبرز بشكل ظاهر ، وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان ، أو السقوط .

٤- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

٥- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه) .

(١) التأمين الأصيل والبديل ، عيسى عبده ، ١٣٩٢هـ ، ص ٤٥-٤٦ .

قال شارحه محمد علي عرفه : (من حق المشرع علينا أن نحمد له حرصه على حماية المستأمنين من تعسف شركات التأمين فكثيراً ما يفاجأ هؤلاء بشروط تعسفية تقضي بسقوط حقهم في الضمان ، فلا يغنيهم احتجاجهم بعدم التنبيه إليها لاندساسها بين الشروط المطبوعة ، لذلك عني المشرع بالنص على تحريم بعض الشروط التعسفية تحريماً باتاً^(١) .

المقصد الخامس : بيان ما يترتب على التأمين من مفسد :

تقدم أن شركات التأمين تقوم على الاستغلال ، وتقدم ما يفيد نفي فكرة التعاون عنها إلا إن كان على الاستغلال ، وعلاوة على ذلك فإن ثمة مفسد تترتب عليه وقد أفاض عباس حسني في بيانها تحت عنوان : مضار التأمين الخطيرة التي تؤكد تحريمه وبطلانه ، حيث قال :

(الحق أن التأمين التجاري إنما هو نوع من القمار ، لأنه يحتوي على غرر فاحش يؤدي إلى إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس بل إلى أن يقتل الابن أباه وتقتل الزوجة زوجها كما هو حاصل في البلاد الأوروبية والأمريكية التي شاع فيها التأمين .

وقد ظهرت هذه الجرائم أخيراً في البلاد الإسلامية التي شاع فيها التأمين ، ونوضح فيما يلي هذه الأضرار المتعددة :

أولاً - تربص الأب بآبيه والزوجة بزوجها : إذا كان مبلغ التأمين

(١) التقنين المدني الجديد ، شرح مقارن على النصوص ، محمد علي عرفه ، ط ١

ضخماً ولصالح الأولاد فقد يلجأون إلى قتل أبيهم حتى يقبضوا فوراً - وبدون أي مقابل - هذا المبلغ الضخم الذي لا يمكن الحصول عليه فوراً إلا بموت الأب وفي هذا فساد كبير وشر مستطير .

ويحدث مثل هذا مع الزوجين أيضاً، ولا ريب أن حوادث التأمين في أوروبا وأمريكا كثيرة للغاية مما أثر على أدبائهم فاتخذوها مادة لقصصهم في أحيان كثيرة .

ثانياً - اللجوء إلى الانتحار : قد يعتمد المستأمن نفسه إلى الانتحار إذا كان في حالة يأس وما أكثر حالات اليأس والقلق في أوروبا وأمريكا بسبب بعدهم عن ذكر الله تعالى فمن احصائيات هذه البلاد سنجد أن الولايات المتحدة الأمريكية والسويد والدنمارك والنرويج ترتفع فيها نسب الجنون والانتحار والانهيال العصبي رغم ارتفاع مستوى المعيشة في هذه البلاد، ومما يشجع على الانتحار التأمين لأنه يتيح للمتحر أن يترك لأولاده مبلغاً ضخماً من بعده لا يمكنهم الحصول عليه إلا بموته بعد التأمين على حياته لصالحهم .

ثالثاً - افتعال الحوادث الوهمية كالسرقات والحرائق وغيرها : ومن يراجع أحكام القضاء يجد أن التأمين قد ينتج عنه افتعال حوادث خطيرة فالذي يؤمن على أشياء ثمينة مثلاً ضد السرقة أو الحريق قد يلجأ إلى افتعال السرقة أو إلى إشعال حريق هائل في مؤسسته لكي يحصل على مبلغ التأمين سحتاً .

ومن هذا على سبيل المثال حكم محكمة النقض المدنية المصرية الصادر بجلسته ٢٨ / ٤ / ١٩٦٦م في قضية رفعها مستأمن ضد شركة التأمين التي كان قد أمن لديها على مجوهرات مملوكة له وطلب من الشركة أن تؤدي له مبلغ التأمين على زعم أن المجوهرات سرقت من سيارته فقضت محكمة النقض بأن محكمة الاستئناف قد أصابت إذ انتهت إلى أن المستأمن قد افتعل السرقة ، ولا ريب أن الحريق أشد خطراً .

رابعاً - إشاعة الإهمال وعدم الاكتراث : أقر شراح القانون بأن التأمين ضد السرقة يدفع إلى عدم الاكتراث بالمحافظة على الأشياء المؤمن عليها وأن التأمين ضد الحرائق يجعل المستأمن أقل حرصاً على اتخاذ طرق الوقاية منها ، والتأمين ضد الحوادث كالحرائق وغيرها يؤدي إلى كثرتها بسبب الإهمال أو بسبب التعمد . والتأمين ضد البطالة يضعف اهتمام العامل بتفادي أسباب التوقف عن العمل وبالمثل يجعل رب العمل أقل اكتراثاً بحوادث العمل لشعوره بأن الشركة هي التي ستدفع .

خامساً - تجمع رؤوس الأموال بكثرة رهينة في أيدي فئة قليلة أدت إلى الاحتكار والاستعمار : لقد أدى نظام التأمين في الدول الأوروبية والأمريكية إلى حصول شركات التأمين على أموال بالغة الضخامة خصوصاً بعد أن ابتدعوا نظام إعادة التأمين فأصبحت الأخطار تتوزع على الشركات التي تجني أرباحاً خيالية دون أي مقابل في الحقيقة وقد أدى هذا إلى تمتع الشركات بنفوذ ضخم خصوصاً في بلد كالولايات

المتحدة الأمريكية وأصبحت هذه الشركات تتحكم في الحياة السياسية لأكبر دولة في العالم وبالتالي تسيء إلى العالم بأسره اساءة بالغة عن طريق هذا التحكم لأن كثيراً من هذه الشركات يملكها اليهود .

ولقد اعتمد الاستعمار الأوروبي على رؤوس الأموال الضخمة التي تحصل عليها شركات التأمين وغيرها - عن طريق الربح الحرام - وكان في هذا التعاون بين الاستعمار وبين هذه الأموال الحرام ضرر بالغ بالناس أفراداً وجماعات ودولاً .

ولقد كرهت الشريعة الإسلامية تداول المال بين الأغنياء وحدهم فما بالناس بهذا التداول الرهيب الذي أدى إلى احتكار أقوات الناس في العالم بأسره وإلى الاستعمار الذي عانى منه العالم ولذا نجد أن القرآن الكريم يحرس على عدم تداول المال بين أيدي قليلة ويحذر تداول المال على نطاق واسع : قال تعالى : « كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم » ^(١) .

الخلاصة :

والخلاصة أن التأمين (تعاقد بين طرفين المؤمن ، والمستأمن ، غايته ضمان ما قد يصيب المستأمن فيما أمّن عليه عند نزول حدث معين متفق عليه ، نظير أقساط يقدمها المستأمن للمؤمن) .

وفي هذا التعريف أطلقت اسم مؤمن ، ومستأمن على طرفي العقد

(١) عقد التأمين في الفقه الإسلامي ، والقانون المقارن ، عباس حسني ، ص

وهو من قبيل التجوز نزولاً لما جرى به العرف من استعمال ، وإلا فالأولى أن لا يسمى العقد تأميناً ، ولا يسمى طرفاه مؤمناً ، ومستأمناً ، إذ هو بالضمان ألصق منه بالأمان .

والأولى أن يشتق له اسم من معنى الضمان ، ومن معناه يشتق اسم لأطرافه .

هذا وإن التأمين غايته ومقصوده ضمان المؤمن عليه عند نزول حدث معين يزيله ، أو ينقص منه ، ضماناً مالياً .

وموضوعه : مبادلة مال بمال .

فينبغي التمييز بين غاية العقد ، وموضوعه (محلّه) فإن كون الشيء غاية مقصوداً في العقد لا يلزم منه أن يكون ركناً فيه ، ولا محلاً له .

ومثال ذلك النكاح : فغايته القصوى طلب الولد ، ومع هذا فإن محله وموضوعه الاستمتاع ، ولهذا عرف بأنه :

(عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح ، أو تزويج في الجملة ، والمعقود عليه منفعة الاستمتاع)^(١) .

وعليه فإن محل العقد في التأمين هو مبادلة مال بمال .

وإذا كان هذا هو التأمين فإنه متردد بين حالين :

أ- إما أن لا يقع المصاب المراد ضمانه ، فحينئذ تكون الأقساط

(١). الروض المربع ، ٢٢٤ / ٦ .

المستوفاة من المستأمن سلفاً أكلت بالباطل إذ لا مقابل لها .

ب- أو أن يقع المصاب المراد ضمانه ، فحيث أن يكون التأمين من قبيل الربا فإنه ما يدفعه المؤمن ضماناً للمؤمن إنما هو نظير الأقساط التي قدمها المؤمن للمستأمن فإن كانت قيمة الضمان أكثر من قيمة الأقساط كان ذلك جمعاً بين ربا الفضل والنسيئة . وإن كانت قيمة الضمان مساوية قيمة الأقساط كان ذلك من قبيل ربا النسيئة .

وبالنظر إلى موضوع العقد هذا يتبين بطلانه ، دون حاجة إلى النظر فيما وراء ذلك من مآخذ ومخالفات .

ولما كان عقد التأمين على هذا النحو باطلاً ، وكان يصاحب البيع ، وعقد الاعتماد المستندي فإنه عند اشتراطه في العقد ربما يؤثر في بطلانه على قول من يقول إن الشرط الباطل يبطل العقد .^(١)

* * *

(١) انظر ص ٥٠١ من هذه الرسالة .

المبحث الخامس

حكم الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي تقدم بيان أقوال الناس في تخريجه ، والذي أرى رجحانه منها القول بأنه ضمان ، وإذا كان كذلك فالضمان عقد مشروع ، لكن لا يفهم منه صحة الاعتماد المستندي ، إذ يتضمن أموراً تعكّر على هذه المشروعية ، ومن ذلك :

أ- ما تعورفَ عليه فيه من أن استحقاق مبلغه يكون بمجرد ظاهر المستندات بصرف النظر عن البضاعة ، وذلك أمر ينافي مقصود المشتري من دفع الثمن ، ذلك أنه لم يشتر مستندات ليكون الثمن مستحقاً بمقابلها ، كما أنه ينافي مقتضى عقد البيع إذ مقتضاه أن يكون الثمن بمقابلة المثلث (البضاعة) لا بمقابلة مستندات لا يعلم صدقها من زيفها ، وإذا كان الاعتماد المستندي على هذا النحو فإنه ينافي مقصود العقد لما تقدم ، كما ينافي مقصود الشارع لإلحاقه الضرر بالمستفيد وهو بهذا الوصف متردد بين أمرين : إما أن يبطل ، ويبطل العقد الذي يصاحبه ، أو أن يبطل وحده في أحسن أحواله ، وقد تقدم بيانه ^(١) .

ب- « الربا » ، ذلك أن المصرف إذا أدى عن العميل (المشتري) فإنه

(١) انظر مبحث النظر في موضوع الاعتماد المستندي ، ص ٤٨٨ من هذه الرسالة .

يأخذ منه ما أداه عنه ، كما يأخذ زيادة بمقابل التأخير ، وهو الربا والاعتماد المستندي بهذا وسيلة يروج البنك من خلالها بضاعته التي هي الربا .
والربا معلوم تحريمه في دين الإسلام ، ولست بحاجة إلى الإفاضة فيه ، فقد تمهد في الباب التمهيدي .

ج- « العمولة » ، كما أن ما يأخذه المصرف من أجر عند فتح الاعتماد المستندي يسميه « بالعمولة » لا يستقيم على القول بتخريج الاعتماد المستندي على أنه ضمان ، لمنع الأجر على الضمان ، وقد تقدم ما يفيد ذلك ^(١) ، وتقدم بيان ما يفيد استحقاق المصرف هذا الأجر وإن لم يقوم بعمل ^(٢) ، مما يدل على أن الأجر هذا بمقابلة الضمان ، وهذه شائبة تشوب الاعتماد المستندي .

د- أن الاعتماد المستندي قد يستخدم لتوثيق عقد بيع باطل ، كأن يبيع المصدر على المستورد ما ليس عنده ^(٣) ، وحينئذ فإن الاعتماد المستندي على فرض خلوه مما تقدم من شوائب يكون باطلاً لبثائه على عقد باطل ، فكيف إذا اجتمعت كلها .

(١) انظر في هذا المبحث مناقشة القائلين بجواز الأجر على الاعتماد بناء على أنه ضمان ، ومبحث منع الأجر على الضمان ، ص ٤٥٠ ، ٤٥٧ ، ٤٦٦ من هذه الرسالة .

(٢) انظر في هذا مبحث مناقشة القائلين بجواز الأجر على الاعتماد بمقابلة ما فيه من خدمة وعمل ، ص ٤٦١ من هذه الرسالة .

(٣) انظر في هذا مبحث « بيع ما لا يملك » ص ٥١٦ من هذه الرسالة .

هـ- أن المصرف قد يبيع البضاعة قبل قبضها لاستيفاء حقه من ثمنها عند امتناع عميله (المشتري) عن الأداء له ، وهذا عليه مأخذان :
أولهما : أنه من قبيل غلق الرهن المنهي عنه .
وثانيهما : أن ذلك من قبيل بيع مالم يقبضه ، وهو ممنوع شرعاً ،
وقد تقدم بيانه في مبحثه ^(١) .

* * *

(١) انظر في هذا مبحث « بيع مالم يقبضه » ص ٥١١ من هذه الرسالة .

المجلد الرابع

الكمبالة

القسم الأول: الجانب المصرفي

١- المبحث الأول : تعريفها، وبيان أهميتها.

٢- المبحث الثاني : مجال استخدامها.

٣- المبحث الثالث : ضمانات الوفاء بها.

القسم الثاني: الجانب الشرعي

١- المبحث الأول: تخريج التطهير الناقل للملكية.

٢- المبحث الثاني: تخريج التطهير التأميني.

٣- المبحث الثالث: تخريج التطهير التوكلي.

٤- المبحث الرابع: النظر في مسائل تصاحب التطهير.

٥- المبحث الخامس: تخريج الخصم، ومناقشته.

٦- المبحث السادس: تخريج الاعتماد بالقبول، ومناقشته.

٧- المبحث السابع: حكم عائد الكمبالة.

الفصل الرابع

الكمبيالة

يقترن

للكمبيالة أهمية في مجال التجارة ، من جهة أنها تمنح منشئها أجلاً للوفاء بها - إذ الأصل فيها أنها مؤجلة - وبهذا تمكنه من تفادي ماير به من ضائقة .

ومن جهة أن حاملها يمكنه الحصول على قيمتها فوراً، قبل أن يحل أجلها من خلال خصمها لدى بنك آخر - كما تقدم بيانه في مبحث الخصم - .

ولهذا وذاك كان لها شأن عند التجار، وكانت الحاجة إلى بحث مسائلها وأحكامها .

ولما كان بحث مسائلها من جهة شرعية غير مستقيم إلا بعد تصورها كما هي من جهة موضوعية - إذ حكمك على الشيء فرع عن تصوره - جاء بحثها من جهة عملية، وهو الموسوم بالجانب المصرفي، ثم أعقب ذلك دراستها من ناحية شرعية، وهي الموسومة بالجانب الشرعي .

القسم الأول: الجانب المصرفي

وفيه المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريفها وبيان أهميتها .

المبحث الثاني : مجال استخدامها .

المبحث الثالث : ضمانات الوفاء بها .

المبحث الأول تعريفها وبيان أهميتها

أولاً - تعريف الكمبيالة :

الكمبيالة مأخوذة من الكلمة الإيطالية Cambiale التي تعني الصرف والمبادلة ، ويطلق عليها في بعض البلدان العربية كسورية ، ولبنان ، والعراق لفظ «السفتجة» أو «سند السحب» .

ويمكن تعريفها بأنها : « صك محرر وفق شكل معين حدده النظام يأمر بموجبه شخص يسمى المحرر أو الساحب شخصاً آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع في مكان محدد مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعين أو بمجرد الاطلاع لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد أو الحامل^(١) »

ثانياً - أهميتها :

للكمبيالة أهمية بالنسبة للمصارف ، وبالنسبة للمتعاملين بها ، من ذلك :

١ - أنها أداة من أدوات الائتمان « الإقراض » إذ الوفاء بقيمتها يكون في الغالب مؤجلاً ، مما يعطي فرصة للمدين بها .

(١) الأوراق التجارية في النظام السعودي ، الياس حداد ، ص ٤٩ .

٢- أنها تقبل التداول من خلال تظهيرها، مما يعطيها مرونة لا تتوافر في غيرها، ويجعل الدين الثابت بها قابلاً للحركة السريعة من دائن إلى دائن.

٣- أن المصارف تجني من ورائها مبالغ على هيئة عمولة، ومصاريف، وفوائد من خلال ما تجريه عليها من عمليات الخصم، والقبول، والتحصيل.

ثالثاً - أطرافها^(١):

للكمبيالة أطراف ثلاثة هم: الساحب، وهو محرر الكمبيالة والأمر بالدفع ويعتبر المدين الأصلي بها مالم يقبلها المسحوب عليه.

المسحوب عليه: وهو المأمور بالدفع وهو غير ملزم بها مالم يوقع على قبولها فيكون المدين الأصلي بها.

المستفيد: وهو الذي يدفع لصالحه مبلغ الكمبيالة.

* * *

(١) المرجع السابق، ص ٥٠، ٥١.

المبحث الثاني

مجالات استخدامها (التصرفات الواردة عليها)

الكمبيالة يرد عليها تصرفات عدة، وتستخدم في مجالات عدة بيانها مايلي من مطالب :

المطلب الأول : التظهير :

أولاً - تعريفه : هو « تصرف قانوني تنتقل بموجبه الكمبيالة، وما تمثله من حقوق من شخص اسمه المظهر إلى شخص اسمه المظهر له، ويثبت هذا التصرف ببيان يدون عادة على ظهر الصك، ومن هنا أتت تسمية التصرف المذكور بـ " التظهير " »^(١).

وقد أشارت إلى هذا المادة (١٢) من النظام السعودي للأوراق التجارية بقولها : «يجوز تداول الكمبيالة بالتظهير، ولو لم يذكر فيها صراحة أنها مسحوبة لأمر».

ثانياً - أقسامه : ينقسم التظهير إلى ثلاثة أقسام، تظهير ناقل للحق، تظهير تأميني، وتظهير توكيلي، وسيأتي بيان كل في المقاصد الآتية :

المقصد الأول : التظهير الناقل للحق :

أولاً - تعريفه : هو « بيان يدونه المظهر على وجه الكمبيالة أو على

(١) المرجع نفسه ، ص ١٣١ .

ظهرها يُنقل بمقتضاه الحق الثابت بها إلى المظهر إليه»^(٢).

ثانياً - آثاره^(٣) : يترتب على التظهير الناقل للملكية ثلاثة آثار بيانها مايلي :

١ - انتقال الحقوق الناشئة عن الكمبيالة إلى المظهر إليه^(١) ، وقد نصت على ذلك المادة (١٧) من النظام التجاري السعودي بقوله :
« ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة ».

والحقوق المترتبة على الكمبيالة تتمثل في أمرين :

أحدهما : ملكية الكمبيالة ، وما يتبعها من ضمانات تضمن الوفاء بها كالكفالة والرهن ، فينتقل ذلك كله إلى المظهر إليه .

وثانيهما : الالتزامات المصرفية المترتبة على الكمبيالة كتقديمها في موعد الاستحقاق إلى المسحوب عليه ، ورفع احتجاج عدم الدفع في حينه إذ ينتقل إلى المظهر إليه ، ويلزمه بالتظهير فإذا تهاون فيه عُددَ مهملاً وسقط حقه في الرجوع على الضامين .

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٣١ .

(٢) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، الياس حداد ، ص ١٤٨ .

(٣) الأوراق التجارية في النظام السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٣١ .

٢- التزام المظهر بضمان القبول ، وضمان الوفاء من المسحوب عليه^(١) ، وقد نصت على ذلك المادة (١٥) من النظام التجاري السعودي بقولها :

« يضمن المظهر قبول الكمبيالة ، ووفاءها ما لم يشترط غير ذلك » .

وبناء عليه يكون كل موقع على الكمبيالة ضامناً وفاءها فإذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء أو رفض القبول ، وجب على المظهر إليه أن يجري احتجاج عدم الوفاء في الميعاد المحدد ثم له بعد ذلك أن يرجع على أي موقع بحكم هذا الضمان ما لم يكن هذا الموقع قد اشترط إعفاءه من ضمان القبول أو الوفاء أو هما معاً كما جاءت به المادة السالفة .

٣- تطهير الدفوع : والمراد به عدم استطاعة المدين بالكمبيالة الاحتجاج على المظهر إليه بما كان يمكنه الاحتجاج به على المظهر^(٢) .

وهذا المبدأ هو عماد قانون الصرف ، وفيه خروج على القواعد

(١) انظر المرجعين السابقين ، ص ١٥١ ، ص ٣٩ .

والمراد بالقبول هو تعهد المسحوب عليه بدفع قيمة الكمبيالة في موعد الاستحقاق ، وسيأتي بيانه في مبحث مستقل ، فانظره ص ٥٩١ من هذه الرسالة .

(٢) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، الياس حداد ، ص ١٥٤ ؛ الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٣٩ .

العامة^(١)، وقد نصت على هذا المبدأ المادة (١٧ / ٢) من نظام الأوراق التجارية السعودي بقولها :

« . . . وليس لمن أقيمت عليه دعوى الكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقته الشخصية بساحبها أو حاملها السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الكمبيالة الإضرار بالمدين » .

ومما يتعلق بتطهير الدفع مسألتان أحدهما شروطه ، وثانيهما نطاق تطبيقه ، وهذا بيانهما :

المسألة الأولى : شروط تطبيق مبدأ تطهير الدفع وهي مايلي :

١ - أن يكون التطهير ناقلاً للملكية أو تأمينا - على سبيل الرهن - أما التطهير التوكيلي فلا ينطبق عليه المبدأ ، إذ المظهر إليه فيه ماهو إلا وكيل عن المظهر فيجوز عليه مايجوز على موكله^(٢) .

٢ - أن يكون المظهر إليه حسن النية وقت التطهير ، وقد تردد الرأي في تحديد المقصود بسوء النية فبعضهم رأى أن مجرد علم حامل الكمبيالة

(١) المراد بالقواعد العامة الأحكام التي يخضع لها العقد الذي تلحق به هذه المعاملة التجارية مثال ذلك : الكمبيالة إذا كانت تلحق بعقد الحوالة فإن الأحكام المقررة في الحوالة أن المحال عليه له أن يحتج على المحال بما كان يمكنه أن يحتج به على المحيل ، لكن الكمبيالة يخرج بها قانون الصرف عن هذا الحكم فلا يخضعها له .

(٢) انظر المرجعين السابقين ، ص ١٥٧ ومابعدهما ، ص ٤٢ .

وقت تطهيرها إليه بوجود دفع يمكن المدين توجيهه للمظهر أو الموقع سابق كاف لاعتباره سيء النية، ومن ثم يسقط حقه فلا يستفيد من هذا المبدأ شيئاً، وبعضهم لم يكتف بمجرد العلم بل اشترط التواطؤ بين المظهر والمظهر إليه على حرمان المدين بالكمبيالة من توجيهه دفعه قبل المظهر^(١).

وسوء النية بالتطهير هو ما يُقصد به قطع الطريق على المدين بالكمبيالة كي لا يستطيع أن يحتج على الساحب مثلاً، إذ يحكم التطهير تنتقل ملكية الكمبيالة إلى المظهر إليه، ومن ثم يلزم المدين بالوفاء له، وما كان يمكنه أن يحتج به على الساحب لا يمكنه الاحتجاج به على المظهر إليه نظراً لقاعدة تطهير الدفع، فيفتات بهذا التطهير على المدين.

٣- أن يحدث التطهير قبل إجراء احتجاج عدم الدفع أو قبل انقضاء ميعاد إجراء هذا الاحتجاج، ولو كان التطهير لاحقاً لميعاد استحقاق الكمبيالة^(٢).

المسألة الثانية: نطاق تطبيق قاعدة تطهير الدفع :

إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة انتقلت الحقوق الناشئة عن الكمبيالة إلى المظهر إليه خالية من العيوب بناء على مبدأ تطهير الدفع الذي سلف تعريفه وبيان شروطه، لكن هذا المبدأ قد يتعارض مع حماية

(١) انظرهما أيضاً، ص ١٥٩، ص ٤٢،

(٢) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، ص ٤٣.

مصالح أخرى يُحرص على حمايتها فلا يسري فيها بل تكون خارج نطاق تطبيقه وبيانها مايلي :

١- إنعدام أو نقص الأهلية : لا ينطبق مبدأ تطهير الدفع على الدفع المتعلق بإنعدام أو نقص الأهلية ، فلو أن ناقص الأهلية ظهر الكمبيالة كان له أن يحتج ببطلان التزامه نحو أي دائن صرفي من حملة الكمبيالة المتعاقبين ، وهذا الاستثناء مقصور على عديم الأهلية أو ناقصها وحده دون بقية الموقعين على الكمبيالة وفقاً لمبدأ استقلال التوقيعات ، فلا يؤثر نقص أهليته على صحة الكمبيالة ، ولا يستطيع حملتها المتعاقبون بعده الطعن فيها نظراً لهذا^(١) .

٢- تزوير الامضاء : لا ينطبق مبدأ تطهير الدفع على الدفع بتزوير الامضاء ، فيجوز لمن زور إمضاءه على الكمبيالة أن يحتج به على أي دائن ، لكن هذا مقصور على من زور توقيعه دون غيره من حملة الكمبيالة المتعاقبين بعده ، ودون أن يؤثر على صحة الكمبيالة^(٢) .

٣- التوقيع بلا تفويض : لا ينطبق مبدأ تطهير الدفع على الدفع الناشيء عن التوقيع بلا تفويض ، فلو سحب شخص كمبيالة ووقع عليها باعتباره نائباً عن آخر وهو ليس المقصود بهذا أن الكمبيالة إذا حل أجل

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، الياس حداد ، ص ١٦٧ ؛

الأوراق التجارية في النظام السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٤٤ .

(٢) انظر المرجعين السابقين ، ص ١٦٨ ، ص ٤٤ .

استحقاقها، ورفض المسحوب عليه الوفاء بها فإن لحاملها أن يرفع احتجاجاً كتابياً بهذا، وهذا الاحتجاج لرفعه مهلة معينة بعد موعد استحقاق الكمبيالة، فسريران قاعدة تطهير الدفع مشروط بأن يكون التطهير قبل هذا.

كذلك كان للموكل المزعوم الاحتجاج بهذا على أي دائن له بالكمبيالة من حملتها المتعاقبين بعده، لكن هذا الاحتجاج مقصور على من زعم توكيله، ثم إنه لا يؤثر على صحة الكمبيالة^(١).

المقصد الثاني : التطهير التوكيلي :

أولاً : تعريفه :

هو « توكيل صادر من المظهر إلى المظهر إليه في تحصيل قيمة الكمبيالة عند حلول موعد استحقاقها بعبارة تفيد ذلك مثل : " القيمة للتحصيل " أو " القيمة للقبض " أو " بالتوكيل " »^(٢)، وقد جاء بذلك نص المادة (٧/١٨) من النظام التجاري السعودي ونصها :

« إذا اشتمل التطهير على عبارة القيمة للتحصيل أو القيمة للقبض أو بالتوكيل أو أية عبارة مماثلة تفيد التوكيل فللحامل مباشرة جميع الحقوق

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، الياس حداد، ص ١٦٨.

الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، ص ٤٤.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٦ ؛ وانظر : في هذا المعنى الأوراق التجارية، الياس حداد، ص ١٧٠.

الناشئة عن الكمبيالة وإنما لا يجوز له تظهيرها إلا على سبيل التوكيل» .
ثانياً - أهميته ^(١) :

للتظهير التوكيلي أهمية بالنسبة لحامل الكمبيالة ، وأهمية بالنسبة للمصرف ، أما أهميته للحامل فهو يخفف من متاعب حضوره بنفسه لدى المسحوب عليه في موعد الاستحقاق ، كما يجنبه ما قد يلحق به من آثار ضارة ناجمة عن تأخره عن تقديم الكمبيالة في موعد استحقاقها ، أو تنظيم الاحتجاج اللازم إن احتاج الأمر إليه ، أما المصرف فيستفيد من هذا التظهير عمولة التحصيل .

ثالثاً - آثاره :

للتظهير التوكيلي آثار منها ما هو مرتبط بعلاقة المظهر بالمظهر له ، ومنها ما هو مرتبط بعلاقة المظهر له بالغير .

أ - آثاره بالنسبة لعلاقة المظهر بالمظهر له ^(٢) :

وقد جاءت (م ١٨ / ١) من النظام التجاري السعودي ببيان ذلك ونصها :

« إذا اشتمل التظهير على عبارة القيمة للتحصيل أو القيمة للقبض أو

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، الياس حداد ، ص ١٧٠ .

(٢) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٤٦ ،

الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، الياس حداد ، ص ١٧٣ .

بالتوكيل أو أية عبارة مماثلة تفيد التوكيل فللحاميل مباشرة جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة، وإنما لا يجوز له تظهيرها إلا على سبيل التوكيل».

وبناء عليه فإن المظهر إليه يلتزم بتعليمات المظهر (الموكل) ويرعى مصالحه، وبموجب المادة السالفة يلتزم المظهر إليه باستيفاء قيمة الكمبيالة في موعد استحقاقها، ويتخذ الاجراءات القانونية للمحافظة على حقوق المظهر إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء، لكن ليس له تظهير الكمبيالة إلا على سبيل التوكيل فقط.

ب- آثاره بالنسبة لعلاقة المظهر بالغير^(١):

للغير أن يحتج على المظهر له تظهيراً توكيلياً بما كان له أن يحتج به على المظهر إذ التظهير التوكيلي خارج عن نطاق تطبيق قاعدة تظهير الدفع^(٢)، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (١٨/٢) من النظام التجاري السعودي بقولها:

« وليس للملتزمين في هذه الحالة " التظهير التوكيلي " الاحتجاج على الحامل " المظهر إليه " إلا بالدفع التي يجوز الاحتجاج بها على المظهر ».

(١) انظر المرجعين السابقين، ص ٤٧، ص ١٧٦.

(٢) انظر الشرط الأول من شروط تطبيق قاعدة تظهير الدفع ص ٥٦٧، من هذه الرسالة.

خروج على القواعد العامة :

ويلاحظ في التظهير التوكيلي أن نظام الأوراق التجارية قد خرج على القواعد العامة في الوكالة، حيث لا ينتهي التظهير التوكيلي بوفاة المظهر، ولا ينتهي بفقده الأهلية، وهذا يخالف ما عليه الوكالة من أحكام، ويقول الكتاب في عمليات البنوك أن الغرض من هذا هو تقوية الثقة بالكمبيالة، وتسهيل التعامل بها حتى ولو كان حاملها مجرد وكيل في قبض قيمتها وليس مالكا لها^(١).

المقصد الثالث : التظهير التأميني :

أولاً - تعريفه :

هو « رهن الحقوق الثابتة في الكمبيالة لدى المظهر إليه ضماناً لدين على المظهر » بعبارة تفيد الرهن مثل " القيمة للضمان " ، أو " القيمة للرهن " أو نحو ذلك^(٢). وقد جاءت بذلك المادة (١٩) من النظام التجاري السعودي ، ونصها :

« إذا اشتملت التطهر على عبارة " القيمة للضمان " أو " القيمة

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، ص ٤٧.
الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، الياس حداد، ص ١٧٥.

(٢) انظر المرجعين السابقين، ص ٤٧، ص ١٧٧ وما بعدها.

للرهن " أو أية عبارة تفيد الرهن جاز لحامل الكمبيالة أن يباشر جميع الحقوق الناشئة عنها فإن ظهرها اعتبر التظهير حاصلاً على سبيل التوكيل . . . » .

ثانياً - آثاره :

للتظهير التأميني آثار بعضها مرتبط بعلاقة المظهر بالمظهر له ، وبعضها مرتبط بعلاقة المظهر له بالغير ، وبيان ذلك مايلي :

أ- آثاره بين المظهر والمظهر إليه :

يعد التظهير التأميني بمثابة رهن للورقة التجارية ، وتخضع أحكامه لأحكام الرهن فلا تنتقل إليه ملكية المال المرهون ولا يجوز له التصرف فيه كأن يبريء المدين بالكمبيالة من ذلك الدين أو أن يمنحه أجلاً لوفائها ، أو أن يظهر الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للحق لأنه لا يملك الحق الثابت بها ، لكن يحق له في سبيل تحصيل مبلغ الكمبيالة أن يظهرها تظهيراً توكيلياً ، أو أن يستوفيها بنفسه في ميعاد الاستحقاق ، وأن يتخذ الاجراءات القانونية حال امتناع المسحوب عليه عن الوفاء ^(١) .

ب- آثاره بين المظهر إليه والغير :

من آثار التظهير التأميني في العلاقة بين المظهر إليه والغير سريان

(١) انظر المرجعين السابقين

(١) انظر المرجعين السابقين ص ٤٨ ، ١٨٠ .

قاعدة تطهير الدفوع ، والتي من خلالها لا يستطيع المدين الاحتجاج على المظهر له حسن النية بما كان يمكنه أن يحتج به على المظهر^(١) ، وقد جاءت بهذا المادة (٢/١٩) من النظام التجاري السعودي ونصها :

« إذا اشتمل التطهير على عبارة " القيمة للضمان " أو " القيمة للرهن " ، أو أية عبارة مماثلة تفيد الرهن جاز لحامل الكمبيالة أن يباشر جميع الحقوق الناشئة عنها فإن ظهرها اعتبر التطهير حاصلاً على سبيل التوكيل ، وليس للمدين بالكمبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بالمظهر إلا إذا قصد الحامل وقت حصوله عليها الاضرار بالمدين » .

ثالثاً - كيف يستوفي المظهر له (المرتهن) دينه من الكمبيالة (الرهن)

الأمر لا يخلو من أحد أحوال ثلاثة :

الأول : أن يتطابق أجل الكمبيالة وأجل الدين ، فللمظهر إليه أن يستوفي قيمتها ، وتجري المقاصة بين قيمتها وبين دينه فما زاد عن دينه أعيد إلى المظهر (الراهن)^(٢) .

الحال الثاني : أن يحل أجل الكمبيالة قبل أجل الدين فعلى قولين :

(١) انظر المرجعين السابقين ، ص ٤٩ ، ص ١٨٢ ؛ وانظر الشرط الأول لتطبيق تطهير الدفوع ص ٥٦٧ من هذه الرسالة .

(٢) انظر : المرجعين السابقين ، ص ٤٨ ، ١٨١ .

الأول : للمظهر له « المرتهن » أن يستوفي دينه من قيمتها ، ومازاد عنه يرده فوراً للمظهر « الراهن » .

والثاني : للمظهر له أن يستبقي قيمة الكمبيالة عنده رهناً حتى يحل أجل الدين فيستوفي منه ، ويرد الباقي إلى المظهر « الراهن »^(١) .

الحال الثالث : أن يحل أجل الدين قبل أجل الكمبيالة فلا يخلو من حالين :

الأولى : أن يفي المظهر « الراهن » بدين المظهر له « المرتهن » فيلزم المظهر له « المرتهن » رد الكمبيالة إلى المظهر « الراهن » .

الثانية : أن لا يفي المظهر « الراهن » بالدين للمظهر له « المرتهن » فللمظهر له « المرتهن » أن ينفذ على الكمبيالة ، ويمكنه لهذه الغاية أن يحصل على إذن من القاضي ببيعها في المزاد العلني أو يملكها وهو الأفضل تفادياً لهبوط قيمتها عن طريق البيع ليخصمها بعد ذلك لدى أحد المصارف^(٢) .

المطلب الثاني : الخصم :

أولاً - تعريفه :

هو « تظهير الورقة التجارية التي لم يحل أجلها بعد إلى المصرف

(١) انظرهما أيضاً ، ص ٤٨ ، ص ١٨٢ .

(٢) انظر : ص ٤٨ ، ١٨٢ من المرجعين السابقين .

تظهيراً ناقلاً للملكية في مقابل أن يعجل المصرف قيمتها للمظهر بعد أن يخصم منها مبلغاً يتناسب مع الأجل الذي يحل عنده موعده استحقاقها»^(١).

ثانياً - أهميته للعميل (المظهر) والمصرف :

للخصم أهمية من جهة العميل (المظهر) وله أهمية من جهة المصرف أما أهميته من جهة العميل فلأنه يمنحه قرضاً من خلال تعجيل قيمة الورقة التجارية له في حين أنها في الأصل لا تستحق إلا بعد أجل مما يزيد في سيولته ، ويمكنه من ممارسة نشاطه ، ومواصلة أعماله .

وأما فائدة الخصم للمصرف فلأنه يجني من جرائه أجراً يتكون من ثلاثة عناصر^(٢) :

الأول : مقدار الفوائد المستحقة عن قيمة الورقة التجارية اعتباراً من تاريخ الخصم حتى موعد استحقاق الورقة التجارية ، وتسمى هذه الفائدة بسعر الخصم .

(١) العقود، وعمليات البنوك التجارية، علي البارودي، ص ٣٩٧؛ وانظر :

عمليات البنوك من الوجهة القانونية، علي جمال الدين عوض، ص ٥٨٣ .

(٢) العقود، وعمليات البنوك التجارية، ص ٣٩٧ .

والثاني : العمولة التي يتقاضاها عن عملية الخصم ، ويقدرها المصرف حسب قيمة الكمبيالة المخصومة ، والأجل الباقي على موعد استحقاقها ، وقدّر المخاطرة التي يتعرض لها البنك ^(١) .

والثالث : مصاريف التحصيل ، وتختلف باختلاف مكان الوفاء ، أو مكان المسحوب عليه .

المطلب الثالث : الاعتماد بالقبول :

المقصد الأول : تعريفه

هو (أن يوقع البنك على كمبيالة يسحبها عليه العميل بقبوله دفع قيمتها في ميعاد استحقاقها) ^(٢) .

المقصد الثاني : الغرض منه ^(٣) .

إن عملية القبول هذه يشار إليها لتحقيق أغراض شتى منها :

(١) العمولة قد تكون تحايلاً على الفائدة ، بمعنى أن ما يأخذه البنك باسم العمولة ليقابله جهد أو عمل من البنك يستحق هذا الأجر .

(٢) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، محيي الدين إسماعيل علم الدين ١٠٤٣/٢ ، وانظر في هذا المعنى عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥١٩ ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، علي البارودي ص ٣٨٨ .

(٣) انظر المراجع السابقة على التوالي ، ١٠٤٣/٢ . ص ٥١٩ ، ٥٢٠ ، ٥٢٤ ، ص

أ- تمكين العميل - طالب قبول الكمبيالة - من الحصول على قرض إذ بإمكانه بيع دائني قبلها البنك عميله أن يخصصها لدى بنك آخر .

ب - تمكين العميل طالب قبول الكمبيالة من الحصول على الأجل الذي يحتاج إليه إذ يقبل البائع الكمبيالة المؤجلة إذا حملت توقيع البنك لثقتة بهذا التوقيع .

ج- تسهيل تداول الورقة التجارية - الكمبيالة - من خلال الثقة بتوقيع البنك الذي تحمله .

المقصد الثالث : فائدته لكل من العميل والبنك

أ - فائدته للعميل :

أما فائدة القبول للعميل فلأنه أقل كلفة من الاقتراض من البنك ، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض : « ويفضل العميل الالتجاء إلى الاعتماد بالقبول لأنه لا يكلفه ما يكلفه الاقتراض من البنك »^(١) .

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥٢١ ، وانظر في هذا المعنى موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، محيى الدين إسماعيل علم الدين ، ١٠٤٣/٢ .

ب - فائدته للبنك ^(١) :

أما فائدة عملية القبول للمصرف فلأنها عملية تجارية من جهتين :
الأولى : أنها تدر على المصرف عمولة مناسبة ، وهي الأجر الذي يتقاضاه
بمقابلة توقيعه على الورقة التجارية .

الثانية : أن المصرف لا يدفع شيئاً عند القبول من خزائنه ، وإنما يتعهد
فقط بدفع قيمة الكمبيالة في موعد استحقاقها ، فإذا حل أجلها يكون
المصرف قد تلقى من عميله - طالب القبول - مقابل وفائها لأنه يشترط
ذلك عليه في عقد القبول .

المقصد الرابع : آثاره .

ومن آثاره أنه يرتب التزامات على العميل والبنك والمستفيد هذا
بيانها :

أ - التزام العميل نحو البنك : ويلتزم العميل نحو البنك بما يلي :

١ - أن يقدم مقابل وفاء الكمبيالة - مبلغ الكمبيالة - قبل موعد
استحقاقها للبنك ، وفي هذا يقول محيي الدين إسماعيل علم الدين :

« يلتزم العميل في عقد القبول بأن يدفع للبنك قيمة الكمبيالة (مقابل
وفائها) قبل ميعاد استحقاقها ، وقد يتفق مع البنك على ادراج قيمة

(١) العقود وعمليات البنوك التجارية ، علي البارودي ص ٣٨٨ ، موسوعة أعمال
البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، ١٠٤٣ / ٢ .

الكمبيالة في الحساب الجاري، وإن كان من حق البنك أن يشترط تقديم مقابل وفاء نقدي»^(١).

٢- دفع العمولة المتفق عليها، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض: «أما العميل المستفيد فيلتزم بدفع العمولة المتفق عليها، ويتقدم مقابل الوفاء للبنك قبل حلول الأجل...»^(٢).

ب - التزام البنك نحو العميل :

البنك لا يلتزم للعميل إلا بمجرد القبول فقط متى وقّع على الكمبيالة فقد نفذ التزامه واستحق أجره بمقابلة ذلك، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض: «متى قبل البنك الكمبيالة فقد نفذ التزامه الناشئ من العقد أمام العميل ولا يلتزم بخصمها بعد ذلك، لأنه إنما تعهد بمجرد القبول، وكذلك لا يلتزم أمام العميل بوفاء الورقة في موعد استحقاقها بدلاً منه إذ المفروض أن يزوده العميل بمقابل وفائها قبل حلول الأجل كما رأينا، ولكن متى انطلقت الورقة في التداول كان البنك ملتزماً حرفياً أمام

(١) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ٢/ ١٠٤٥، وانظر في هذا المعنى عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٥٢٠، ٥٢٤، العقود وعمليات البنوك التجارية، ص ٣٨٨.

(٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٥٢٤، وانظر في هذا المعنى موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ٢/ ١٠٤٣، العقود وعمليات البنوك التجارية، ص ٣٨٨.

كل حامل لها طبقاً لقواعد الصرف»^(١).

ج- التزام البنك نحو المستفيد:

يلتزم البنك نحو المستفيد بالوفاء له بمبلغ الكمبيالة التي قبلها وإن لم يصله مقابل وفائها من العميل، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض:

«فإن تخلف العميل عن تقديم مقابل الوفاء كان البنك مع ذلك ملزماً بالوفاء للمستفيد من الكمبيالة لأنه هو المدين الأصلي فيها، والملتزم مباشرة بوفائها، ويكون له أن يرجع بعد ذلك على عميله صاحب الكمبيالة»^(٢).

* * *

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٥١٩، ص ٥٢٣، وانظر في هذا المعنى موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ١٠٤٣/٢، ١٠٤٤.

(٢) المرجعان السابقان، ص ٥٢٠، ١٠٤٤/٢، العقود وعمليات البنوك التجارية، ص ٣٩.

المبحث الثالث

هضمانات الوفاء بالكمبيالة

تقدم فيما سبق من مباحث بيان بعض التجاوز والخروج على الأحكام العامة في بعض أنظمة الكمبيالة، وكان غاية ذلك الخروج توطيد الثقة في الكمبيالة وتيسير التعامل بها وتداولها^(١)، وفي هذا المبحث ذكر طرف مما يزيد الثقة بها وييسر تداولها، وهو ما يسمى بضمانات الوفاء بالكمبيالة، وقد أحيط الوفاء بها بضمانات عدة تدعو إلى الثقة بها ومن تلك الضمانات ما يلي:

المطلب الأول: مقابل الوفاء وبيانه ما يلي من مقاصد

المقصد الأول: تعريفه: هو «الدين الذي يكون للساحب عند المسحوب عليه، والذي يبرر وجوده الأمر الصادر من الساحب إلى المسحوب عليه بالدفع لصالح المستفيد، أو من ينقل إليه المستفيد الكمبيالة «أي الحامل»^(٢).

(١) من أمثلة الخروج على الأحكام العامة قاعدة تطهير الدفع وقد تقدم بيانها في ص ٥٦٦ من هذه الرسالة، وعدم تأثر التطهير التوكيلي بوفاء المظهر (الموكل) أو فقده الأهلية، وقد تقدم في ص ٥٧٣ من هذه الرسالة.

(٢) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، ص ٥٠. الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، إلياس حداد، ص ١٨٩.

المقصد الثاني: هل هو شرط في صحة الكمبيالة؟

إن وجود مقابل الوفاء ليس شرطاً لحصة الكمبيالة، فقد يوجد عن انشائها أو بعده، وقد لا يوجد دون أن يؤثر ذلك في انعقاد الكمبيالة، أو صحة إصدارها إذ يمكن أن تسحب الكمبيالة على شخص وهمي ثم تطلق في التداول، كما أن عدم وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه لا يمنعه من أن يقبل الكمبيالة على المكشوف، وفي بقيمتها رعاية لمصلحة الساحب، على أن الساحب لا يتعرض لعقوبة جزائية إن هو سحب على شخص غير مدين له^(١).

المقصد الثالث: شروط مقابل الوفاء:

يحكم بوجود مقابل الوفاء إذا توافرت فيه شروط أربعة هي:

- ١- أن يكون مبلغاً من النقود.
- ٢- أن يكون موجوداً في تاريخ استحقاق الكمبيالة لا وقت انشائها.
- ٣- أن يكون مستحق الأداء في تاريخ استحقاق الكمبيالة.
- ٤- أن يكون مساوياً على الأقل لمبلغ الكمبيالة^(٢).

المقصد الرابع: آثاره بين أطراف الكمبيالة:

أولاً: آثاره بين الساحب والمسحوب عليه:

(١) انظر المرجعين السابقين ص ٥١ ص ١٨٨.

(٢) المرجعان السابقان، ص ٥٣، ص ١٩٢.

إذا دفع الساحب مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه كان له أن يطلب إليه قبول الكمبيالة، ويطالبه بالتعطيل والضرر الذي يتعارض له بسبب رفض المسحوب عليه، أم إذا لم يدفع الساحب مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه فإن للأخير الامتناع عن قبول الكمبيالة دون أي مسؤولية^(١).

ثانياً: آثاره بين الساحب وحامل الكمبيالة:

إذا دفع الساحب مقابل الوفاء للمسحوب عليه كان بوسعه أن يدفع مطالبة الحمل - رغم التضامن - إذا كان الحامل قد أهمل القيام بالجراءات النظامية الموصلة إلى الدفع من المسحوب عليه بسقوط حقه بالرجوع على الساحب نظراً لهذا الإهمال، أما إذا لم يقدم الساحب مقابل الوفاء فإنه لا يملك دفع مطالبة الحمل حتى لو أهمل الحامل في مراجعة المسحوب عليه^(٢).

ثالثاً: أثره بين حامل الكمبيالة (الدائن) والمسحوب عليه (المدين):

إذا كان المقابل موجوداً جاز لحامل الكمبيالة مطالبة السحوب عليه به عند امتناعه عن الوفاء في موعد الاستحقاق، والتنفيذ عليه لاسترداده لأنه يملكه بقوة القانون سواء قبل المسحوب عليه الكمبيالة أو لم

(١) انظر المرجعين السابقين، ص ٥٣، ١٨٩.

(٢) المرجعان السابقان، ص ٥٢، ص ١٨٩.

يقبلها، أما إذا لم يوجد مقابل الوفاء فليس للحامل سوى الارتداد على الساحب وسائر الموقعين^(١).

المقصد الخامس : متى يستأثر حامل الكمبيالة بمقابل الوفاء :

إن مقابل الوفاء الذي تقدم الحديث عنه تنتقل ملكيته إلى حامل الكمبيالة عند تاريخ استحقاق الكمبيالة، وقد جاءت بذلك المادة (٣١) من النظام التجاري السعودي ونصها: «تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم النظام إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين، وإذا كان مقابل الوفاء أقل من قيمة الكمبيالة كان الحامل على هذا المقابل الناقص جميع الحقوق المقررة له على المقابل الكامل».

والتعبير « ملكية الوفاء » يُقصد به حصر حق المطالبة بمقابل الوفاء في الحامل وحدده دون الساحب، وهو غير دقيق وقد فضل بعضهم التعبير الآتي: يتمتع حامل الكمبيالة بحق حصري على الدين الذي يترتب للساحب في ذمة المسحوب عليه بتاريخ استحقاق الكمبيالة.

واطلاق المدة السابقة لا يتفق مع ما استقر عليه الرأي من زمن حق حامل الكمبيالة على مقابل الوفاء لا يتأكد ولا يستقر إلا في تاريخ استحقاق الكمبيالة، أما قبل هذا التاريخ فيظل مقابل الوفاء حقاً للساحب ولا يكون للحامل عليه إلا مجرد حق احتمالي، لكن ربما

(١) المرجعان السابقان، ص ٥٢. ص ١٩٠.

تأكد حق الحامل عليه قبل تاريخ استحقاق الكمبيالة من خلال أحد أمور ثلاثة^(١).

الأمر الأول: قبول الكمبيالة^(٢):

إذا قبل المسحوب عليه الكمبيالة تأكد حق حاملها على مقابل الوفاء لديه فيمتنع بذلك على الساحب (المدين بالكمبيالة) أن يسترده أو يتصرف فيه كما يمتنع على دائنيه حجزه بين يدي المسحوب عليه، كما تمتنع فيه القاصة بين الساحب والمسحوب عليه لوجود دين بينهما، أو المقاصة بين المسحوب عليه والحامل نفسه لوجود دين بينهما^(٣).

الأمر الثاني: التخصيص:

والتخصيص هو اتفاق يتم بين حامل الكمبيالة - (الدائن) وبين صاحبها (المدين) على تخصيص دين معين للساحب عند المسحوب عليه للوفاء بقيمة كمبيالة معينة، ويتم هذا التخصيص بخطاب يوجه للمسحوب عليه أو في الكمبيالة نفسها، فإذا قبل المسحوب عليه هذا

(١) انظرهما أيضاً، ص ٥٧ وما بعدها، ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٢) القبول هو تعهد المسحوب عليه بدفع قيمة الكمبيالة لحاملها في موعد استحقاقها، انظر ص ٥٩١ من هذه الرسالة.

(٣) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، ص ٥٨. الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، إلياس حداد، ص

التخصيص تأكد حق الحامل على المقابل الوفاء، وامتنع على الساحب أن يسترده أو يتصرف فيه ^(١).

الأمر الثالث : الإخطار :

والمراد بالإخطار أن يخطر حامل الكمبيالة المسحوب عليه بسحب الكمبيالة لصالحه ويطلب منه تجميد الحق الذي للساحب في ذمته (مقابل الوفاء) حتى يتمكن المسحوب عليه من دفع قيمة الكمبيالة له في موعدها المحدد، فبهذا الأخطار يتأكد حق حامل الكمبيالة على مقابل الوفاء، ويمتنع على الساحب استرداده أو التصرف فيه ^(٢).

المقصد السادس : أثر استئثار حامل الكمبيالة بمقابل وفائها :

١- رجوع حامل الكمبيالة على المسحوب عليه بدعوى مقابل الوفاء :

إذا حل تاريخ استحقاق الكمبيالة وامتنع المسحوب عليه من الوفاء جاز لحامل الكمبيالة الرجوع عليه بدعوى المطالبة بمقابل الوفاء لأنه انتقل إليه بحكم النظام في حين أنه إذا لم يمكن مقابل وفاء، ولم يكن المسحوب عليه قبل الكمبيالة فإن حاملها لا يملك مطالبته بشيء إن هو امتنع عن الوفاء ^(٣).

(١) انظر المرجعين السابقين، ص ٥٩، ص ٢٠٧.

(٢) انظرهما أيضاً، ص ٥٩، ص ٢٠٧.

(٣) انظرهما أيضاً، ص ٥٩؛ ص ٢٠٩.

٢- حماية حق الحامل علي مقابل الوفاء قبل موعد الاستحقاق :

إذا استأثر حامل الكميالة بمقابل وفائها بأحد الأمور الثلاثة التي تقدم بيانها وهي القبول أو التخصص أو الاخطار فإن من شأنه حماية هذا الحق حتى قبل موعد استحقاقه ، وبناء عليه لا يملك الساحب استرجاعه أو استيفاءه من المسحوب عليه بالمقاصة كما لا يملك الاعتراض على الوفاء للحامل ، كما يمنع دائني الساحب من الحجز عليه ^(١) ، وكل ذلك لا يتأتى إلا بعد استئثار حامل الكميالة بمقابلها من خلال ما تقدم ، أما قبله فإن هذه الحماية تتقي ولك ما تقدم ذكر منعه من التصرفات يكون ممكناً ما لم يحل تاريخ استحقاق الكميالة ^(٢) .

٣- عدم تأثر حق الحامل بموت الساحب زو بما يخل بأهليته :

إذا توفي الساحب بعد إصداره الكميالة أو عرض له ما يخل بأهليته فإن حق الحامل على مقابل الوفاء لا يتأثر بذلك ، فإذا لم يف المسحوب عليه بقيمتها في تاريخ استحقاقها جاز له الرجوع عليه بدعوى مقابل الوفاء ^(٣) .

(١) المراد بالحجز عليه أي الحجز عليه ، في مقابل الوفاء الذي يدفعه الساحب للمسحوب عليه لا يكون ضمن ما يحجز عليه من مال الساحب في حال فلسه نظراً لا استئثار حامل الكميالة به ، وتقدمه به على سائر غرماء الساحب .

(٢) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٦٠ .
الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، إلياس حداد ، ص ٢٠٨ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، ص ٢١٠ .

٤- ثبوت حق الحامل في حال إفلاس الساحب :

إذا أفلس الساحب فإن مقابل الوفاء ينفرد به حامل الكمبيالة دون غيره، ولا يكون فيه أسوة الغرماء، سواء استأثر به الحامل من خلال القبول أو لم يستأثر به، أما في حال القبول^(١) فواضح، وأما في حال عدم القبول فلأن الساحب قبل القبول يعتبر هو المدين بالكمبيالة فإذا أفلس سقط أجلها وحلت بإفلاسه، وتأكد بذلك حق الحامل على مقابل الوفاء، ويختص به دون غيره، ولا يكون فيه أسوة الغرماء^(٢)، وقد نصت على ذلك المادة (١/٣٤) من النظام التجاري السعودي بقولها: «إذا أفلس الساحب ولو قبل ميعاد استحقاق الكمبيالة فلحاملها دون غيره من دائني الساحب اقتضاء حقه من مقابل الوفاء الموجود على وجه صحيح لدى المسحوب عليه»^(٣).

٥- تقديم حامل الكمبيالة الذي استأثر بمقابل الوفاء على غيره عند تراحم الكمبيالات : إذا تراحمت عدة كمبيالات على مقابل وفاء واحد وكانت كلها مسحوبة في تاريخ واحد ومستحقة الوفاء في تاريخ واحد قدمت الكمبيالة التي تحمل قبول المسحوب عليه فإن لم يحمل أي منهما

(١) انظر في هذا ص ٥٨٧ من هذه الرسالة.

(٢) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، ص ٦٢.

الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، إلياس حداد، ص ٢١٠.

(٣) هذا النص يتعلق بالكمبيالة غير المقبولة.

قبولاً قدمت الكمبيالة التي خصص لوفائها مقابل وفاء^(١)، وقد جاءت بذلك المادة (٣٢) من النظام التجاري السعودي ونصها:

«إذا تزامنت عدة كمبيالات مستحقة الوفاء في تاريخ واحد على مقابل وفاء لا تكفي قيمته لوفائها كلها روعي ترتيب تواريخ سحبها . . . أما إذا كانت الكمبيالات مسحوبة في تاريخ واحد قدمت الكمبيالة التي تحمل قبول المسحوب عليه . . . وإذا لم تحمل أي كمبيالة قبول المسحوب عليه قدمت الكمبيالة التي خصص لوفائه مقابل وفاء . . . ».

المطلب الثاني : القبول :

المقصد الأول : تعريفه :

هو «تعهد المسحوب عليه بدفع قيمة الكمبيالة لحاملها في موعد استحقاقها»^(٢).

المقصد الثاني : شروطه^(٣) :

وقد أشارت إليها جملة المادة (٢٤) من النظام التجاري السعودي ونصها :

«يكتب القبول على ذات الكمبيالة، ويؤدي بلفظ «مقبول» أو بأية

(١) انظر المرجعين السابقين، ص ٦٠، ص ٢١٢.

(٢) انظر المرجعين السابقين، ص ٦٣؛ ص ٢٢٧.

(٣) انظرهما أيضاً، ص ٦٩؛ ص ٢٤٧.

عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ، ويوقعه المسحوب عليه ، ويعتبر قبولاً مجرد وضع المسحوب عليه توقيعه على صدر الكمبيالة ، وإذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء بعد مدة معينة من الاطلاع عليها ، أو كانت واجبة التقديم للقبول في مدة معينة بناء على شرط خاص ، وجب بيان تاريخ القبول في اليوم الذي حصل فيه ، ن إلا إذا أوجب الحامل بيان تاريخ القبول في يوم تقديم الكمبيالة ، وإذا خلا القبول من التاريخ جاز للحامل حفاظاً لحقوقه في الرجوع على المظهرين ، أو على الساحب إثبات هذا الخلو باحتجاج يعمل في الوقت اللائق» .

المقصد الثالث : أهميته ^(١) :

والقبول له أهمية من جهات عدة منها ما يلي :

١- أنه يعتبر قرينة على وصول مقابل الوفاء من الساحب إلى المسحوب عليه .

٢- أن فيه ضماناً لوفاء بالكمبيالة يضم إلى غيره من الضمانات الأخرى .

٣- أنه يؤكد حق حامل الكمبيالة على مقابل الوفاء كما تقدم ^(٢) .

٤- يسهل تداول الكمبيالة نظراً لما يحيطها به من ضمان .

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، إلياس حداد ، ص ٢٢٦ .

(٢) انظر بيانه في ص ٥٨٣ من هذه الرسالة .

المقصد الرابع : وقته «متى تقدم الكمبيالة للقبول» ؟

الأصل أن حامل الكمبيالة لا يلزمه تقديمها للقبول بل الأمر متروك لاختياره فإن اختار تقديمها للقبول فالوقت متسع في حقه حتى ميعاد استحقاقها^(١) .

المقصد الخامس : آثاره :

إذا وقع القبول صحيحاً فإنه يحدث آثاراً منها^(٢) :

- ١- أن المسحوب عليه يدخل دائرة الالتزام الصرفي في حين أنه كان قبل القبول خارجها ، وبدخوله يكون هو المدين الأصلي بالكمبيالة والساحب مجرد ضامن للوفاء كغيره من الموقعين على الكمبيالة .
- ٢- براءة ذمة الموقعين على الكمبيالة قبل الحامل من ضمان القبول نظراً لتحقيقه ، ذلك أنهم بحكم التضامن الصرفي يضمنون لحامل الكمبيالة أمرين : الوفاء والقبول ، فبتحقق القبول يبرأ الموقعون .
- ٣- أنه قرينة على وجود مقابل الوفاء للساحب لدى المسحوب عليه .
- ٤- أنه يؤكد حق حامل الكمبيالة على مقابل الوفاء بعد أن كان احتمالياً ، وقد تقدم بيانه^(٣) .

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٦٤ .

الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، إلياس حداد ، ص ٢٤٠ .

(٢) انظر المرجعين السابقين ، ص ٧٢ وما بعدها ؛ ص ٢٥٠ وما بعدها .

(٣) انظر ص ٥٨٤ وما بعدها من هذه الرسالة

المطلب الثالث : التضامن المصرفي بين الموقعين :

من الضمانات التي يقدمها قانون الصرف لحامل الكمبيالة أن جعل كل موضع ضامناً الوفاء بها عند حلول أجلها ، وقد جاءت بذلك المادة (٥٨) من النظام التجاري السعودي ونصها : «ساحب الكمبيالة وقابلها ومظهرها ، وضامنها الاحتياطي مسؤولون جميعاً بالتضامن نحو حاملها ، وللحامل مطالبتهم منفردين أو مجتمعين ، دون مراعاة أي ترتيب ، ويثبت هذا الحق لكل موقع على الكمبيالة وفي قيمتها تجاه المسؤولين نحوه ، والدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تحول دون مطالبة الباقيين ، ولو كان التزامهم لاحقاً لمن وجهت إليه الدعوى ابتداءً» .

ويتميز هذا التضامن المصرفي بأمرين ^(١) :

أحدهما : أن حامل الكمبيالة يلزم بمطالبة المسحوب عليه أولاً إذا كان قد قبل الكمبيالة فإن لم يكن قبلها فإنه يبدأ بمطالبة الساحب ، فإذا امتنع عليه الوفاء من المسحوب عليه القابل ، أو الساحب فإنه يحرر احتجاج عدم الوفاء ، ومن ثم يحق له الرجوع على أي ضامن من الموقعين على الكمبيالة .

وثانيهما : أن الدين لا ينقسم على المتضامين ، لكن إذا وقى أحدهم بمبلغ الكمبيالة جاز له أن يرجع بكامل المبلغ على الموقع السابق .

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٨٣ ، ٨٤ .

ومما يجدر بيانه هنا أن التضامن الصرفي يجوز التبعاده بشرط صريح في الكمبيالة، فإن وضع هذا الشرط الساحبُ استفاد منه كل ملتزم بالكمبيالة بعده، وإن وضعه أحد المظهرين من حملتها المتعاقبين لم يستفد منه سواه^(١).

المطلب الرابع: الضمان الاحتياطي:

بغية زيادة الثقة في الكمبيالة فقد أضيف إلى ضماناتها السابقة ضمان آخر هو الضمان الاحتياطي، وبيانه فيما يلي من مقاصد:
المقصد الأول: تعريفه^(٢):

هو «كفالة صرفية يقدمها الضامن الاحتياطي، وبمقتضاها يكفل أحد الملتزمين في الوفاء بقيمة الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق».
المقصد الثاني: شروطه^(٣):

وقد جاءت المادة (٣٦) من النظام التجاري السعودي محددة هيئة الضمان الاحتياطي التي ينبغي أن يكون عليها، وما يتعلق بذلك ونصها: «يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها أو على الورقة

(١) الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، ص ٨٢ وما بعدها.

الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، إلياس حداد، ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٢) انظر المرجعين السابقين، ص ٨٤، ٢٦٤.

(٣) انظر في تفصيله المرجعين السابقين، ص ٨٥؛ ص ٢٧٠ وما بعدها.

المتصلة بها، ويؤدي بصيغة مقبول كضامن احتياطي أو أية عبارة أخرى تفيد نفس المعنى، ويوقعه الضامن، ويذكر في الضمان اسم المضمون والا اعتبر الضمان حاصلاً للساحب، ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادراً من المسحوب عليه أو من الساحب، ومع ذلك يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة يبين فيها المكان الذي تم فيه هذا الضمان، ولا يلتزم الضامن الاحتياطي في هذه الحالة إلا قبل من صدر لصالحه الضمان».

المقصد الثالث: آثار الضمان الاحتياطي: جاءت المادة (٣٧/١) من النظام التجاري السعودي بخصوص الضمان الاحتياطي ونصها:

«يلتزم الضامن الاحتياطي على الوجه الذي يلتزم به المضمون، ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً، ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب غير العيب في الشكل»^(١).

ويترتب على هذا النص الآثار الآتية^(٢):

(١) مقصود العيب في الشكل هو العيب الذي يقع على شكل الكمبيالة كأن تخلو من بيان أو أكثر من بياناتها أو يجري تغيير في بياناتها، أو يذكر فيها بيان على خلاف الحقيقة، انظر: الأوراق التجارية، إلياس حداد، ص ٩٦.

(٢) انظر الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، سعيد يحيى، ص ٨٨ - ٨٩؛ وانظر: الأوراق التجارية في النظام السعودي، إلياس حداد، ص ٢٧٤

١- يلتزم الضامن الاحتياطي بمجرد توقيعه على الكمبيالة التزاماً صرفياً - أي خاضعاً لأحكام قواعد الصرف العامة^(١) .

٢- لحامل الكمبيالة مطلق الحرية في توجيه المطالبة إلى المضمون أو إلى الضامن الاحتياطي، أو إليهما معاً، وفي حال تعدد الضامين الاحتياطيين فإن بوسع حامل الكمبيالة مطالبة أي منهم بكامل القيمة، ومن وفيّ بكامل القيمة منهم فإنه لا يرجع على الباقيين إلا بقدر حصة كلٍّ منهم من مقدار الدين المضمون .

٣- التزام الضامن تابع الالتزام المضمون، وهذا ما بينه أول المادة السالفة (يلتزم الضامن على الوجه الذي يلتزم به المضمون . . .) . وإن يرد عليه بعد الاستثناءات .

٤- إذا قام الضامن الاحتياطي بالوفاء بقيمة الكمبيالة كان له الرجوع على المضمون وعلى جميع الموقعين الذين يصممونه، وتوضح هذا المادة (٣٧) من النظام التجاري السعودي بقولها: «إذا وفيّ الضامن الاحتياطي الكمبيالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها وذلك تجاه مضمونه، وتجاه كل ملتزم نحوها الأخير بموجب الكمبيالة» .

* * *

(١) لا يخفى أن قواعد الصرف العامة فيها تجاوزات منها على سبيل المثال: أن الضامن الاحتياطي يكون التزامه صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً، كما تقدم بيانه في م ٣٧/١ .

القسم الثاني: الجانب الشرعي

تقدم في الجانب المصرفي بيان الكمبيالة ، وما يرد عليها من تصرفات كالتظهير ، والخصم ، والقبول ، وما يتبع ذلك من إجراءات وفي هذا القسم - وهو الجانب الشرعي - سيأتي بيان لذلك من جهة شرعية ، وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : تخريج التظهير الناقل للملكية .

المبحث الثاني : تخريج التظهير التأميني .

المبحث الثالث : تخريج التظهير التوكيلي .

المبحث الرابع : النظر في مسائل تصاحب التظهير .

المبحث الخامس : تخريج الخصم ، ومناقشته .

المبحث السادس : تخريج الاعتماد بالقبول ، ومناقشته .

المبحث السابع : حكم عائد البنك من الكمبيالة .

المبحث الأول

تخريج التظهير

الكمبيالة لا تخلو من أحد حالين : إما أن يكون إنشاؤها في بلد ووقاؤها في بلد آخر أو لا يكون .

وفي كلٍّ إما أن يكون لها مقابل وفاء أو لا يكون ^(١).

وفي كلٍّ إما أن يكون التضامن بين الموقعين فيها أو لا يكون ^(٢).

هذا على سبيل الإجمال، أما على سبيل التفصيل فيمكن بيان ذلك كله، وفق الاحتمالات الآتية :

الحالة الأولى : أن يكون موطن إنشاء الكمبيالة هو موطن وفائها، وفيه أربعة فروض :

الفرض الأول : وفيه يوجد مقابل وفاء، ولا تضامن، ومثاله ما يلي :

الساحب	المسحوب عليه	المستفيد
محمد	أسامة	عبد الله

عبد الرحمن

فارس

حسن

في هذا المثال مرّت الكمبيالة بثلاثة أطوار، الطور الأول طور إنشائها، وما تلاه فمن أطوار تظهيرها .

وتخريج كلٍّ ما يلي :

-
- (١) المقصود بمقابل الوفاء هو قيمة الكمبيالة ، فقد تكون موجودة لدى المسحوب عليه قبل حلول أجلها كأن تكون ديناً في ذمته ، وما شابهه ، وقد لا تكون .
- (٢) الموقعون على الكمبيالة هم حملتها المتعاقبون ، ومقصود التضامن أن يضمن كل موقع عليها الوفاء بقيمتها لحاملها .

الطور الأول: « طور إنشائها » : الساحب محمد دائن للمسحوب عليه أسامة والمستفيد عبد الله دائن للساحب محمد ، وبهذا تحققت المديونية بين أطرافها . ثم إن الساحب محمد قد برىء بهذا من دين عبد الله ، ومطالبته .

وانتقل ذلك كله إلى المسحوب عليه أسامة الذي كان في الأصل مديناً لمحمد وبناء على ذلك كله يمكن تخريج هذا الطور على أنه حوالة نظراً لوجود حقيقتها ، وهي نقل الدين من ذمة إلى ذمة ، ولتوافر شرطها وهو تحقق المديونية بين أطرافها : المحيل ، والمحال ، والمحال عليه ، ونظيرهم في هذا المثال : الساحب ، والمسحوب عليه ، والمستفيد .

تنزيل هذا الطور على الحوالة :

المحيل : الساحب (محمد)

المحال : المستفيد (عبد الله)

المحال عليه : المسحوب عليه (أسامة)

المحال به : وهو الدين الذي لعبد الله (المستفيد) على محمد (الساحب) .

الطور الثاني: « الطور الأول من أطوار التظهير »

المظهر عبد الله دائن للمسحوب عليه أسامة بحكم الحوالة السابقة ، والتي بموجبها انتقل دينه من ذمة محمد إلى ذمة أسامة ، والحامل

(المستفيد) عبدالرحمن دائن لعبد الله ، وبهذا تحققت الدائنية بين الأطراف .

ثم إن المظهر عبد الله قد برئت ذمته من دين عبدالرحمن وانتقل دينه بهذا التظهير إلى ذمة أسامة (المسحوب عليه) .

وبناء على ما تقدم يخرج هذا الطور على أنه حوالة شأنه شأن سابقه .
تنزيل هذا الطور على عقد الحوالة .

المحيل : المظهر (عبد الله)

المحال : المظهر إليه (عبدالرحمن)

المحال عليه : المسحوب عليه (أسامة) .

المحال به : الدين الذي لعبدالرحمن (المستفيد أو المظهر إليه) على عبد الله (المظهر) .

الطور الثالث : « وهو الطور الثاني من أطوار التظهير » :

يقال فيه ما قيل في سابقه .

وفي هذا الفرض نستبين مما تقدم من مناقشة أن الطور الأول (طور إنشاء الكمبيالة) لا يختلف في تخريجه شيئاً عما تلاه من أطوار تظهيرها المتلاحقة .

ومما ينبغي التنبيه له هاهنا عند تخريج الكمبيالة على أنها حوالة في

أي فرض من فروضها أن المسحوب عليه (المحال عليه) لا يخلو من أحد
حالين :

إمّا أن يكون قابلاً للكميالة ، أو لا يكون ، فإن كان قد قبل الكميالة
فالحوالة صحيحة عند الجميع .

وإن لم يكن فالحوالة صحيحة عند الجمهور من المالكية ، والشافعية ،
على الأصح عندهم والحنابلة ^(١) .

أما عند الحنفية ، والشافعية في قول فلا تعد صحيحة لاشتراطهم
رضى المحال عليه ^(٢) .

ومما ينبغي التنبيه إليه أيضاً أن الدين المحال عليه لا يخلو من أحد
حالين :

إمّا أن يكون مساوياً الدين المحال به أو لا يكون .

فإن كان مساوياً فالحوالة صحيحة عند الجميع .

وإن لم يكن مساوياً فالحوالة صحيحة عند الحنفية إذ لا يشترطون
الدين في الحوالة أصلاً ، غير صحيحة عند الجمهور إذ يشترطون لصحة

(١) مواهب الجليل ، ٩/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٣/٣٢٥ ،
روضة الطالبين ، ٤/٢٢٨ ، مغني المحتاج ، ٢/١٩٤ ، المغني ، ٤/٥٧٦ ،
الأنصاف ، ٥/٢٢٧ .

(٢) بدائع الصنائع ، ٦/١٦ ، حاشية ابن عابدين ، ٥/٣٤٢ ، مغني المحتاج ،
٢/١٩٤ .

الحوالة تساوي الدينين^(١) .

الفرض الثاني : يوجد مقابل وفاء ويوجد تضامن ، ومثاله ما يلي :

الساحب	المحوب عليه	المستفيد
محمد	أسامة	عبد الله
		عبد الرحمن

فارس (اشتراط البراءة)

حسن

(١) بدائع الصنائع ، ١٦/٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٣/٣٢٧ ،
مغني المحتاج ، الصغير : (وتساوي الدينين المحال به وعليه قدرأ . .)
٤٢٦/٣ .

وجاء في روضة الطالبين : (. . . فيشترط اتفاقهما جنسا وقدرأ) ٤/٢٣١ .
وجاء في كشف القناع : (ويشترط تماثل الدينين في القدر . .) ٣/٢٨٥ .
وليس مقصود التساوي في القدر أن يساوي الدين المحال به الدين المحال
عليه ، لكن المقصود أن يحيله بجزء من الدين المحال به بقدر الدين المحال عليه
في حال كون الدين المحال به أكثر من الدين المحال عليه .
أو أن يحيله بدينه على قدره من الدين المحال عليه دون زيادة في حال كون
الدين المحال عليه أكثر من الدين المحال به .

وبيان ذلك ما جاء في الشرح الصغير : (فليس المراد بالتساوي أن يكون ما
على المحيل مثل ما على المحال عليه قدرأ وصفة ، لأنه يجوز أن يحيل بعشرة
عليه على عشرة من عشرين على غريمه ، وأن يحيل بخمسة من عشرة عليه
على خمسة على غريمه) ٣/٤٢٦ .

هذا المثال مرت فيه الكمبيالة بأربعة أطوار؛ أولاً طور إنشائها ، وما تلاه فهي من أطوار تظهيرها ، وتخريج تلك على النحو الآتي :

الطور الأول : « طور إنشاء الكمبيالة » : وفي تخريجه احتمالان :

الاحتمال الأول

الساحب محمد دائن للمسحوب عليه أسامة ، والمستفيد عبد الله دائن للساحب محمد ، وبهذا تحققت الدائنية بين أطرافها . ثم إن الدين انتقل من ذمة الساحب محمد إلى ذمة المسحوب عليه أسامة ، وكون الساحب محمد ضامناً للوفاء به ليس معناه عدم انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المسحوب عليه أسامة ؛ بيان ذلك :

أن بموجب الكمبيالة أصبح المدين الأصلي لعبد الله هو أسامة بدلاً من محمد .

تنزيل هذا الطور على الحوالة :

المحيل : الساحب (محمد)

المحال : المستفيد (عبد الله)

وما جاء في كشاف القناع : (فلا تصح الحوالة بعشرة على خمسة ولا عكسه ... وتصح الحوالة بخمسة من العشرة على الخمسة ، وتصح الحوالة بالخمسة على خمسة من العشرة) ٣ / ٣٨٥ .

قلت : ومعلوم أن الكمبيالة يستحق حاملها كامل الدين الذي تتضمنه ولو كان أكثر مما له على غريمه ، وهذا لا يستقيم مع ما تقدم بيانه .

المحال عليه : (المسحوب عليه) أسامة ^(١) .

المحال به : الدين الذي لعبد الله (المستفيد) على محمد (الساحب) .

الاحتمال الثاني لتخريج هذا الطور :

الساحب محمد دائن للمسحوب عليه أسامة والمستفيد عبد الله دائن للساحب محمد ، وبهذا تحققت المديونية بين أطرافها . ثم إن المسحوب عليه أسامة قد ضم ذمته إلى ذمة الساحب محمد في التزام دين عبد الله ، وهذه حقيقة الكفالة ، إذ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق ، وكون المستفيد (الدائن) أصبح بحكم نظام الكمبيالة ملزماً بالبداء بمطالبة المسحوب عليه (أسامة) قبل أن يطالب الساحب (محمد) ليس معناه براءة ذمة الساحب ^(٢) ، فهو لا يفيد البراءة لكن الترتيب في المطالبة ، يدل لذلك أن مما هو مقتن في أنظمة الكمبيالة أن المسحوب عليه إذا امتنع عن الوفاء بها ، ولم يكن قابلاً لها في الأصل فن حاملها يلزم بمطالبة الساحب

(١) المسحوب عليه لا يخلو من أن يكون قابلاً الكمبيالة أو غير قابل ، فإن كان قابلاً فالحوالة صحيحة ، دون خلاف ، وإن لم يكن فالحوالة غير صحيحة عند الحنفية لشرط رضاه عندهم كما تقدم بيانه ، ص ٦٠٢ .

(٢) العلماء مختلفون في حقيقة الحوالة إلى ثلاثة أقوال :

الأول : وعليه الجمهور أنها تنقل الدين والمطالبة من المحيل إلى المحال عليه .

الثاني : وعليه الجمهور أنها تنقل الدين والمطالبة من المحيل إلى المحال عليه .

الثالث : أنها كالكفالة لا تنقل ديناً ولا مطالبة ، وهو قول زفر . والراجح القول

الأول ، انظر بدائع الصنائع ٦/ ١٧ ، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٢٥ ، مغني المحتاج

٢/ ١٩٣ ، المغني ٤/ ٥٨٠ .

أولاً قبل أن يطالب الموقعين الضامنين^(١).

تنزيله على الكفالة:

الكفيل: أسامة

المكفول له: عبد الله.

المكفول عنه: محمد.

المكفول به: الدين الذي لعبد الله على محمد.

ومما ينبغي التنبيه إليه في أي فرض خرجت فيه الكمبيالة على أنها كفالة أنه لا بد من قبول السحوب عليه باعتباره كفيلاً وإلا بطلت الكفالة^(٢).

(١) أ- تقدم بيان القبول في مبحثه ص ٥٩١.

ب- ما يوضح هذا ما جاء في الأوراق التجارية، سعيد يحيى، ص ٨٣: (أما الكمبيالة فيلتزم بالبند بمطالبة المسحوب عليه القابل أو الساحب إذا لم يحدث القبول فإذا امتنع المسحوب عليه القابل أو الساحب إذا لم يحدث القبول وأثبت الحامل هذا الامتناع في ورقة، رسمية... جاز له بعد ذلك أن يرجع على بقية المظهرين...).

ج- قد يتوهم أن قبول المسحوب عليه الكمبيالة ينقل إليه الدين والمطالبة ويعفي منهما الساحب، وهذا غير صحيح، انظر الأوراق التجارية إلياس حداد، ص ١٠٢.

(٢) فتح القدير، ٤/٥٠٧، حاشية الدسوقي، ٣/٣٠١، معني المحتاج، ٢/٢٠٠، المغني، ٤/٥٩١.

تخريج الطور الثاني : «الطور الأول من أطوار التظهير» :

يمكن أن يقال فيه ما قيل في الطور الأول من احتمال .

تخريج الطور الثالث : «الطور الثاني من أطوار التظهير» :

وفيه يقال ما قيل في سابقه .

الترجيح :

في هذا الفرض تقدم تخريج أطواره الثلاثة على احتمالين الحوالة ، والكفالة (الضمان) ، والذي يترجح لي والله أعلم احتمال الكفالة (الضمان) وذلك لما يلي :

١ - أن مقتضى الحوالة البراءة ، ومقتضى الكفالة (الضمان) الانشغال ، ولما كان كل من صاحب الكمبالة ، ومظهرها ملتزمين حق الدائن (المستفيد) فإن ذلك ينافي مقتضى الحوالة ، ومن ثم يكون تخريج الكمبالة على أنها حوالة رغم هذا غير مستقيم ، جاء في الفتاوى الخانية : (رجل له على رجل مال فقال الطالب للمديون أحلني بمالي عليك على فلان ، على أنك ضامن لذلك ، ففعل ، فهو جائز ، وله أن يأخذ بالمال أيهما شاء ، لأنه لما شرط الضمان على المحيل فقد جعل الحوالة كفالة ، لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة)^(١) .

(١) الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية ، ٣ / ٧٨ .

وعلى هذا فإن تخريج هذا الفرض بأطواره على أنه كفالة (ضمان) هو الصحيح - فيما يظهر لي - لأن وجه الشبه الذي اقتضى الإلحاق متعلق بحقيقة العد، فإن انضمام ذمة الساحب إلى ذمة المسحوب عليه هي حقيقة الكفالة (الضمان)، وهو متحقق فيما نحن فيه.

أما ما يجمع هذا الفرض بأطواره، والحوالة من أوجه شبه أخرى : أحدها : أن المدين الأصلي أصبح المسحوب عليه بدلاً من الساحب، فإن هذا الشبه ليس كفيلاً بإلحاق هذا الفرض بالحوالة، فإن الساحب ما يزال ملتزماً الدين من خلال ضمانه حق المستفيد، وإمكان رجوع المستفيد عليه عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، وهذا ينافي حقيقة الحوالة التي تقتضي البراءة من الدين في حق المحيل إلا في حال التوى^(١).

وثانيها : توافر شرط الحوالة في هذا الفرض بأطواره وهو الدائنية

(١) التوى الذي يرجع بسببه المحال على المحيل موضع خلاف بين العلماء، فعند شريح والشعبي متى أفلس أو مات المحال عليه رجع المحال على المحيل، وعند أبي حنيفة يرجع في حالين : إذا جحده المحال عليه، أو مات مفلساً. وعند الشافعي لا يرجع على المحيل أبداً. وعند أحمد يرجع إن كان المحال عليه مفلساً ولم يكن المحتال عالماً بذلك.

انظر تحفة الفقهاء، ٤١٤/٣، المغني ٥٨١/٤.

قلت : وعلى أي قول من هذه الأقوال فإن المحال لا يرجع على المحيل بمجرد امتناع المحال عليه عن الوفاء، وفي نظام الكمبيالة يرجع، انظر الأوراق التجارية، سعيد يحيى، ص ٨٢، الأوراق التجارية، إلياس حداد، ص

بين أطرافها وهذا الوجه لا يلزم منه اعتبار هذا الفرض بأطواره حوالة إذ وجود الشرط لا يلزم له وجود ولا عدم حيث يعرفه الأصوليون أنه :
 ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم لوجوده وجود ولا عدم ^(١) .

وبهذا لا تكون هذه الأوجه مؤثرة في إلحاق هذا الفرض بأطواره بالحوالة ، مما يترجح معه ما تقدم تقريره من إلحاقه بالكفالة .

هذا ، وإن مما يتأيد به إلحاق هذا الفرض بأطواره بالكفالة أن الأمر إذا دار بين شبهين روعي فيه جانب الاحتياط ، يدل لذلك حكم النبي ﷺ في ابن وليدة زمعة عندما تنازع فيه سعد بن أبي وقاص يدعيه لأخيه عتبة وعبد بن زمعة ينسبه لأبيه ، فقال النبي ﷺ :

(الولد للفراش ، وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ احتجبي منه ياسودة لما رأى من شبهه بعتبة ، فما رآها حتى لقي الله) ^(٢) .

ووجه الدلالة منه أن ابن وليدة زمعة لما دار أمره بين أن يكون ولدًا لزمعة فلا تحتجب عنه سودة ، وبين أن يكون ولدًا لعتبة فتحتجب عنه ، أمرها ﷺ بالاحتجاب عنه رغم إلحاقه بزمعة احتياطًا لما فيه من شبه

(١) انظر روضة الناظر بشرح نزهة الخاطر ، ١/١٦٢ ، ارشاد الفحول ، ص ٧ .
 (٢) صحيح البخاري بفتح الباري كتاب البيوع ، باب الحلال بين ، والحرام بين ، وبينهما مشبهات ، ٤/٢٩٢ .

بعتبة . وفيما نحن فيه يعد إلحاق هذا الفرض بأطواره بالكفالة فيه احتياط وزيادة حفظ وتوثيق لحق المستفيد ، إذ يمكنه مطالبة الساحب ، والمسحوب عليه معاً .

تخريج الطور الرابع : « الثالث من أطوار التظهير » :

المظهر فارس دائن للمسحوب عليه أسامة ، ولكل الموقعين لما بينهم من تضامن والمظهر إليه حسن دائن لفارس (المظهر) وهنا تحققت الدائنية بين أطرافها ، ثم إن فارس اشترط براءته من دين حسن بهذا التظهير لينتقل به الدين من ذمته إلى ذمة المسحوب عليه أسامة ، فيبرأ بذلك فارس من الدين ، وهذه حقيقة الحوالة وعليه يمكن تخريج هذا الطور الرابع على أنه حوالة لوجود حقيقتها ، وتوافر شروطها .

تنزيل هذا الطور على الحوالة :

المحيل : المظهر (فارس)

المحال : المظهر إليه (حسن)

المحال عليه : المسحوب عليه (أسامة)

المحال به : الدين الذي لحسن على فارس .

الفرض الثالث : لا يوجد مقابل وفاء ، ويوجد تضامن ، ولنمثل له

بالآتي :

المستفيد	المسحوب عليه	الساحب
عبد الله	أسامه	محمد
عبد الرحمن		

فارس (اشترط البراءة)

حسن

في هذا المثال مرت الكمبيالة بأطوار أربعة : أولها طور الانشاء ، وما تلاه فهي من أطوار التظهير ، وتخريج تلك الأطوار هذا بيانه :

تخريج الطور الأول : (طور إنشاء الكمبيالة) :

ويمكن تخريجه على ثلاثة احتمالات :

الاحتمال الأول : تخريجه على أنه حوالة ، ومستند هذا التخريج أنه بحكم الكمبيالة أصبح المدين الأصلي هو المسحوب عليه بدلاً من الساحب ، كما تقدم في الفرض الثاني ^(١) .

المناقشة : وهذا الاحتمال يرد عليه ما يلي :

أولاً : أنه لا يوجد دين للساحب على المسحوب عليه ، ومن شرط

(١) انظر ص ٦٠٣ من هذه الرسالة .

الحوالة وجود دين للمحيل على المحال عليه^(١) ، فإن قيل : هذا لا يشترط عند الحنفية

فيخرج هذا الطور على أنه حوالة عند الحنفية ردّ بما سيأتي في ثانيا .
وثانياً : أن الساحب لم يبرأ من الدين كما هو مقتضى الحوالة إذ هو ضامن للمسحوب عليه وهذا ينافي حقيقة الحوالة ، وتقدم عن الحنفية أن الحوالة ، بشرط الكفالة كفالة^(٢) ، فتصريحهم هذا ناقض لتخريج هذا الطور على أنه حوالة بناء على مذهبهم من عدم اشتراط دين للمحيل على المحال عليه .

الاحتمال الثاني : تخريجه على أنه كفالة ، ومستند هذا التخريج ما يلي :

١ - أن الساحب لم يبرأ من الدين بتحرير الكمبيالة نظراً لضمّانه ، وذلك ينافي مقتضى الحوالة - كما تقدم بيانه في الفرض الثاني^(٣) - فإن الساحب يضم ذمته إلى ذمة المسحوب عليه في التزام حق المستفيد ،

(١) العلماء مختلفون في اشتراط وجود دين للمحيل على المحال عليه إلى قولين :

الأول : اشترط ذلك ، وعليه الجمهور ، والثاني : عدم اشتراطه وعليه الحنفية والشافعية في مقابل الأصح عندهم ، انظر : بدائع الصنائع ، ١٦/٦ ، حاشية الدسوقي ، ٣٢٥/٣ ، مغني المحتاج ، ١٩٤/٢ ، المغني ، ٥٧٩/٤ .

(٢) انظر ص ٦٠٧ .

(٣) انظر ص ٦٠٥ وما بعدها .

وتلك هي حقيقة الكفالة .

٢ - أنه لا يوجد دين للمحيل على المحال عليه ، وإذ لم يوجد فإنها كفالة عند المالكية والشافعية ، جاء في الشرح الكبير :

(وإذا لم يكن دين في الصورة الأولى . . للمحيل على المحال عليه . . كانت حمالة)^(١) .

وجاء في مغني المحتاج : (ولا تصح على من لا دين عليه بناء على الأصح من أنها بيع ، إذ ليس للمحيل على المحال عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحتال ، وقيل تصح برضاه بناء على أنها استيفاء ، فقبوله ضمان لا يبرأ به المحيل ، وقيل يبرأ)^(٢) .

المكفول له : المستفيد (عبد الله)

المكفول عنه : الساحب (محمد)

المكفول به : الدين الذي لعبد الله على محمد

الاحتمال الثالث : تخريجه على أنه اقتراض ، بناء على ما ذهب إليه الحنابلة من أن الحوالة على من لا دين عليه اقتراض ، جاء في المغني : (وإن أحوال من عليه دين على من لا دين عليه ، فليست حوالة أيضاً ، نص عليه أحمد ، فلا يلزم المحال عليه الأداء ، ولا المحتال قبول

(١) الشرح الكبير للدردير ، ٣ / ٣٢٥ .

(٢) مغني المحتاج ، ٢ / ١٩٤ .

ذلك ، لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة هاهنا ، وإنما هو اقتراض ^(١) .
قلت : وعلى هذا الاحتمال ، فإن المسحوب عليه لا يخلو من أحد
حالين :

أ - إما أن يقبل الكمبيالة فيعد ذلك وعداً منه بالقرض ، من
خلال وفائه لحامل الكمبيالة بقيمتها عند حلول أجلها ، فمتى وفي بوعده
عُدَّ مقرضاً وهل يلتزم بالوفاء بوعده ؟ يخرج على ما سبق بيانه من
تفصيل في مسألة الوعد ^(٢) .

ب - وإما أن لا يقبل الكمبيالة فلا يلتزم بشيء لحاملها ولا
لساحبها .

الترجيح :

والذي يظهر لي - والله أعلم - هو تخريج هذا الطور على أنه
اقتراض وكفالة في وقت معاً ، أما كونه اقتراض فذلك من جهة
العلاقة بين الأطراف الثلاثة الساحب ، والمسحوب عليه ، والمستفيد ،
فإن الساحب بإحالة المستفيد إلى المسحوب عليه قد طلب إليه أن
يقرضه .

وأما كونه كفالة ، فنظراً للتضامن المقرر نظاماً بين الموقعين على

(١) المغني ، ٥٧٩/٤ .

(٢) انظر ص ٣٦٩ .

الكمبيالة ، والساحب أول موقع عليها فهو ضامن الوفاء بقيمتها لمن تلاه من حملتها .

تخريج الطور الثاني : « الطور الأول من أطوار التظهير » :
وفيه يقال ما قيل في تخريج الطور الأول « طور إنشاء الكمبيالة »
وتقدم أعلاه .

تخريج الطور الثالث : « الطور الثاني من أطوار التظهير » :
وفيه يقال ما قيل في سابقه .

تخريج الطور الرابع : « الثالث من أطوار التظهير » :
في هذا الطور فارس مدين لحسن ، وقد ظهر له الكمبيالة ، واشترط
البراءة من دين حسن بهذا التظهير ، ومعنى ذلك أن فارس بتظهيره
الكمبيالة لحسن قد أحاله على الموقعين قبله المتضامنين لانشغالهم بدين
الكمبيالة ، بحكم التضامن بينهم فكان هذا الطور حوالة نظراً لتوافر
حقيقتها ، فإن مقتضى الحوالة انتقال الدين ، وقد انتقل ها هنا من ذمة
فارس بتظهيره ، واشترطه البراءة .

وإن من شرطها وجود دين للمحيل على المحال عليه ، والمحيل
فارس دائن للمظهر عبد الرحمن حاملها السابق حيث لم يبرأ من دين
فارس بحكم التضامن ، وكذا فهو دائن لكل الحاملين الموقعين قبله نظراً
للتضامن بينهم .

أما المسحوب عليه فإنه غير مدين حيث لم يصله مقابل وفائها ، فما لم يقبل الكمبيالة فإنه لا يلزمه الوفاء بها ، وإن قبلها خرج على أنه وعد بالقرض ، أو كفالة ^(١) ، وعلى القول بأنه كفالة فإنه يكون مديناً بالكمبيالة شأنه شأن الموقعين المتضامين نظراً لانشغال ذمته بدين الكمبيالة بحكم الكفالة .

وبهذا تصدق حقيقة الحوالة على هذا الطور ، وتتوافر شروطها .

تنزيل هذا الطور على الحوالة :

المحيل : فارس (المظهر)

المحال : حسن (المظهر إليه)

المحال عليه : عبد الرحمن ، والموقعين المتضامين قبله (مجموعة المظهرين السابقين لفارس) .

المحال به : دين حسن المستقر بذمة فارس .

الفرض الرابع : لا يوجد مقابل وفاء ، ولا تضامن ^(٢) ، ومثاله

الآتي :

(١) انظر تخريج الطور الأول من هذا الفرض (طور إنشاء الكمبيالة) ص ٦٠٠ .

(٢) هذا الفرض نادر الوقوع إذ يندر وجود كمبيالة لا مقابل لها ولا تضامن فإنه لا ثقة فيها .

المستفيد	المسحوب عليه	الساحب
عبد الله	أسامة	محمد
عبد الرحمن		
فارس		

في هذا المثال مرت الكمبيالة بأطوار ثلاثة :
الأول طور إنشائها والباقي من أطوار تظهيرها ، وبيان تخريج كلٍّ ما يلي :

تخريج الطور الأول : (طور إنشاء الكمبيالة) : وفي تخريجه ثلاثة احتمالات :

الاحتمال الأول : تخريجه على أنه حوالة ، ومسوغات هذا التخريج :

أنه بحكم الكمبيالة أصبح المدين لعبد الله هو أسامة (المسحوب عليه) بدلاً من محمد (الساحب) .

ومعلوم أن نفي التضامن يمكن أن يشترطه الساحب فيستفيد منه كل الموقعين - فلا تضامن في الكمبيالة حيثئذ - ويمكن أن يشترطه أحد الموقعين فيكون مقصوداً عليه ، انظر : الأوراق التجارية في النظام السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٨٣ .

وقد يعترض على هذا التخريج بأن الساحب (محمد) وهو نظير المحيل غير دائن للمسحوب عليه (أسامة) وهو نظير المحال عليه ، ووجود دين للمحيل على المحال عليه شرط عند الجمهور ، كما تقدم^(١) .

ويجاب عنه بأن ذلك غير شرط عند الحنفية فيخرج هذا الطور على أنه حوالة عند الحنفية .

ومما تجدر الإشارة إليه هاهنا على القول بهذا التخريج أنه يشترط له قبول المسحوب عليه إذ هو نظير المحال عليه ، ورضا المحال عليه شرط عند الحنفية وقد تقدم بيانه^(٢) .

تنزيل هذا الطور على الحوالة :

المحيل : الساحب (محمد)

المحال : المستفيد (عبد الله)

المحال عليه : المسحوب عليه (أسامة)

المحال به : دين عبد الله المستقر في ذمة محمد .

الاحتمال الثاني : تخريج هذا الطور على أنه كفالة

ذلك أن من شرط الحوالة عند الجمهور أن يكون المحيل دائناً للمحال

(١) انظر : ص ٦١٢ .

(٢) انظر : ص ٦٠٢ .

عليه ، فإن لم يكن صار العقد كفالة عند الجمهور من المالكية والشافعية ،
وقد تقدم ^(١) .

ومما ينبغي التنبيه إليه على القول بهذا التخريج أنه لا بد من قبول
المسحوب عليه باعتباره كفيلاً ، والأبطلت الكفالة ، وقد تقدم ^(٢) .

تنزيل هذا الطور على الكفالة :

الكفيل : المسحوب عليه (أسامة)

المكفول له : المستفيد (عبد الله)

المكفول عنه : الساحب (محمد)

المكفول به : دين عبد الله المستقر في ذمة محمد .

الاحتمال الثالث : تخرجه على أنه اقتراض

ذلك أن الجمهور يشترطون في الحوالة أن يكون المحال عليه مديناً
للمحيل فإن لم يكن أصبح اقتراضاً عند الحنابلة ، وقد تقدم ^(٣) .

الترجيح : والذي يظهر - والله تعالى أعلم - رجحان تخرجه على
أنه اقتراض فإنه لا دين على المسحوب عليه فيخرج على أنه حوالة ، ولا
تضامن بين المظهرين فيخرج على أنه كفالة .

(١) انظر : ص ٦١٢ .

(٢) انظر : ص ٦٠٢ .

(٣) انظر : ص ٦١٣ .

تخريج الطور الثاني : (الأول من أطوار التظهير) :

ويخرج هذا الطور على احتمالين .

الاحتمال الأول : تخريجه على أنه حوالة ، لما يلي :

١- أنه بحكم التظهير صار المدين الأصلي لعبد الرحمن هو المسحوب عليه (أسامة) بدلاً من الساحب (محمد) .

٢- ولتحقق الدائنية بين أطرافها : فالمظهر إليه عبد الرحمن وهو نظير المحال دائن للمظهر عبد الله ، وهو نظير المحيل .

والمظهر عبد الله دائن للمسحوب عليه أسامة ، وهو نظير المحال عليه والدين الذي للمظهر على المظهر إليه كائن بحكم الحوالة السابقة على التسليم بتخريج الطور الأول على أنه حوالة .

أو بحكم الكفالة السابقة على التسليم بتخريج الطور الأول على أنه كفالة .

الاحتمال الثاني : على فرض عدم التسليم بتخريج الطور الأول (طور إنشاء الكمبيالة) على أنه حوالة أو كفالة .

وعلى عدم التسليم بتخريج الطور الأول على أنه حوالة ، أو كفالة ، فإنه لا مجال لتخريج هذا الطور «الطور الثاني» علي أي منهما إذا هو كسابقه فما امتنع هنا لك يمتنع ها هنا .

وعلى هذا فإنه يخرج على أنه اقتراض كما خرج عليه سابقه ، وقد تقدم بيانه .

الترجيح : والذي يظهر لي - والله أعلم - تخريجه على أنه اقتراض ،
وقد بينت وجه هذا الترجيح في تخريج الطور الأول من هذا
الفرض ^(١) .

تخريج الطور الثالث : (الثاني من أطوار التظهير) :

وفيه يقال ما قيل في سابقه .

الحال الثاني : أن يكون موطن إنشاء الكمبيالة غير موطن الوفاء بها
ومثاله ما يستخدم في التجارة الدولية كأن ينشئ المستورد ، وهو في
السعودية مثلاً كمبيالة لصالح عميله المصدر في بلد أجنبي .

وهذه الحال يمكن تنزيلها على الفروض التي سبقت في الحال الأولى
ومن ثم تخريجها على ما خرجت عليه .

غير أن مما تنفرد به هذه الحال عن الحال الأولى هو : أنها تختص
باسم السفتجة على فرض تخريجها أنها حوالة ، وفيها يكون المحال عليه
مديناً بقيمتها .

والسفتجة كلمة فارسية معربة عرفها ابن عابدين بقوله :

(.) فارسي معرب أصله سفته ، وهي الشيء المحكم ،
سمي هذا القرض به لإحكام أمره وصورتها أن يدفع إلى تاجر
مالاً قرضاً ليدفعه إلى صديقه ، وإنما يدفعه قرضاً لا أمانة ليستفيد به

(١) انظر : ص ٦١٩ .

سقوط خطر الطريق (١).

وعرفها الدسوقي أنها: (الكتاب الذي يرسله المقترض لوكيله ببلد ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده) (٢).

وعلى هذا فالسفتجة أشمل من الحوالة، فقد تكون حوالة وقد تكون قرضاً صريحاً، وبيان ذلك المثالان الآتيان:

المثال الأول: أن يقرض عمرو زيدا دراهم في المدينة ليوفيهها زيد لمحمد «دائن عمرو» في مصر.

فهذه الصورة حوالة، وتنزيلها عليها ما يلي:

المحيل: عمرو وهو دائن لزيد «المحال عليه».

المحال: محمد، وهو دائن لعمرو «المحيل»

المحال عليه: زيد.

المحال به: دين محمد المستر في ذمة عمرو.

المثال الثاني: أن يقرض عمروو زيدا دراهم في المدينة ليوفيهها زيد لعمرو، أو لوكيل عمرو في مصر.

فهذه الصورة قرض، وتنزيلها عليه ما يلي:

(١) حاشية ابن عابدين، ٣٥٠/٥.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٢٥/٣.

المقرض : عمرو

المقترض : زيد

القرض : وهو المال الذي دفعه عمرو لزيد

والمثال الأول ، وهو ثلاثي الأطراف هو الذي تنزل عليه الكمبيالة فإذا كان موطن إنشائها غير موطن وفائها ، اختصت باسم السفتجة .
 ووجه الاختصاص هو : أن كون الوفاء بها في بلد آخر فيه سقوط خطر الطريق عن المحيل (المقرض) وهو نظير الساحب في الكمبيالة ، وإذا كان المحيل مقرضاً المحال عليه وهو نظير المسحوب عليه ، فهل يعد هذا نفعاً جره القرض ليكون من قبيل الربا ؟

هذا ما اختلف فيه العلماء إذا اختلفوا في السفتجة . وفيما يلي طرف من النقل عنهم :

جاء في الدر المختار : (وكرهت السفتجة وهي إقراض لسقوط خطر الطريق ، فكأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض . . قالوا : وإذا لم تكن المنفعة مشروطة ، ولا متعارفة فلا بأس .)^(١)

هذا ، وقد نقل ابن عابدين عن بعض الحنفية إناطة الكراهة بجر النفع سواء كان ذلك مشروط أو لا^(٢) .

(١) الدر المختار ، ٣٥٠ / ٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ، ٣٥٠ / ٥ .

وجاء في الشرح الصغير: (وفسد القرض إن جر نفعاً للمقرض كعين: أي ذات - ذهباً أو فضة أو غيرهما - كرهت إقامتها عنده لأمر من الأمور إما لثقل حملها في سفر... فيسلفها ليأخذ بدلها في بلد آخر... فيحرم ويرد على صاحبه ما لم يفت فالفائدة كما هو مقتضى الفساد إلا للضرورة فيجوز كعموم الخوف على المال في الطرق)^(١).

وجاء في المهذب: (لا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألف على أن يبيعه داره... أو على أن يكتب له بها سفتجة، ويربح بها خطر الطريق... فإن بدأ المستقرض فزاده، أو ردّ عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة... جاز)^(٢).

وجاء في المغني: (وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر. وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً)^(٣).

ومما تقدم نقله عن الفقهاء نستبين أنهم في مسألة السفتجة نحوا نحوهم في منفعة-القرض، وقد تقدم في مبحث سابق بيان رأيهم في النفع الذي يجره القرض، وأنهم يقولون بمنعه إن كان مشروطاً وبجوازه إن كان غير مشروط إذ هو من حسن القضاء^(٤).

(١) الشرح الصغير، ٢٩٥/٣.

(٢) المهذب، ٣١١/١.

(٣) المغني، ٣٥٤/٤.

(٤) انظر: ص ١٧٣، ١٨٥ من هذه الرسالة.

لكنهم علاوة على ذلك أفردوا السفتجة ببعض الأحكام:

أ - فأناط بعضهم كراحتها بقصد جر النفع شرط ذلك أم لا ، وقد نقل ذلك ابن عابدين عن بعض الحنفية ^(١) .

ب - وأجازها بعضهم ، ولو كانت مشروطة ، وعلل ذلك بكونه مصلحة للمقرض ، والمقترض وقد علل بهذا صاحب المغني رواية أحمد المجيزة بإطلاق ^(٢) .

ولعل الصورة التي يكون فيها مصلحة المقرض ، والمقترض هي التي لا يكون فيها ضرر بالمقترض وصورتها ما ذكره ابن تيمية في جوابه عن حكم السفتجة قال :

(إذا أقرضه دراهم ليستوفيها منه في بلد آخر : مثل أن يكون المقرض غرضه حمل الدراهم إلى بلد آخر ، والمقترض له دراهم في ذلك البلد ، وهو محتاج إلى دراهم في بلد المقرض ، فيقترض منه ويكتب له « سفتجة » أي : ورقة إلى بلد المقرض ، فهذا يصح في أحد قولي العلماء .

وقيل : نهى عنه ، لأنه قرض جر منفعة ، والقرض إذا جر منفعة كان ربا .

(١) حاشية ابن عابدين ، ٣٥٠ / ٥ .

(٢) المغني ، ٣٥٤ / ٤ .

والصحيح الجواز ، لأن المقرض رأى النفع بأمن خطر الطريق في نقل دراهمه إلى ذلك البلد ، وقد انتفع المقرض أيضا بالوفاء في ذلك البلد ، وأمن خطر الطريق .

فكلاهما مُتَنَفِع بهذا الاقتراض ، والشارع لا ينهاي عما ينفعهم ويصلحهم وإنما ينهاي عما يضرهم ^(١) .

وبهذا ترى أن كلاً من المقرض ، والمقرض قد استفاد ، من غير ما ضرر على المقرض .

وفيما نحن فيه فإن الكمبيالة ليس مقصودها تفادي خطر الطريق ، ولا تلافي مؤونة نقل المال ، إذا أصبح ذلك كله ميسوراً بحمد الله في هذا الزمان لكن مقصودها إعطاء مهلة للوفاء ، ولما كان الوفاء للمصدر لا يتم حالاً والفرض أنه لا يثق بعميله المستورد ، كان لابد من وسيط يثق به المصدر وقد كان من خلال انضمام البنك طرفاً ثالثاً في الكمبيالة ، وانضمام البنك (المقرض) إلى عميله (المقرض) يمنحه ثقة المصدر ، وفي الوقت نفسه لا يضر بالبنك شيئاً ، بل إن البنوك لتجد كبير فائدة من الكمبيالة من خلال ما تجنيه منها من عمولات ، ومصاريف ، ونحو ذلك مما تقدم بيانه ^(٢) .

* * *

(١) الفتاوى ، ٢٩ / ٥٣٠ ، ٥٣١ .

(٢) انظر : ص ٥٦٣ من هذه الرسالة .

المبحث الثاني

تخريج التظهير التأميني

في هذه الدراسة للتظهير التأميني يمكن القول بأن التظهير التأميني اللاحق لأي طور من أطوار التظهير الناقل للحق على أي فرض من فروضه المتقدمة المخرجة على أنها حوالة ، أو كفالة ، فإنه يمكن تخريج التظهير التأميني اللاحق لها على أنه من قبيل رهن الدين ، ذلك أن المسحوب عليه إما أن يكون مديناً بحكم الحوالة على فرض تخريج الطور السابق للتظهير التأميني على أنه حوالة ، أو أن يكون مديناً بحكم الكفالة ، على فرض تخريج الطور السابق للتظهير التأميني على أنه كفالة .

وعلى فرض المسحوب عليه غير مدين بها كالأطوار التي خرجت على أنها اقتراض ، فإن الكمبيالة لا تخلو من مدين بها هم حملتها الموقعون عليها المتضامنون بينهم .

وحينئذ فإن التظهير التأميني يكون وارداً على دين ، ويكون من قبيل رهن الدين^(١) ، والكمبيالة وثيقة بذلك ، فتؤول المسألة إلى رهن الدين ، وخلاف العلماء فيه ، وسيأتي بيانه^(٢) .

(١) إذا استوفى شروطه .

(٢) انظر ص ٦٣٢ من هذا البحث .

تنزيل التظهير التأميني على الرهن :

الراهن : المظهر

المرتهن : المظهر إليه

المرهون : الدين الثابت بالكميالة

المرهون فيه : الدين الذي في ذمة المظهر للمظهر إليه .

* * *

المبحث الثالث

تخريج التظهير التوكيلي

في مبحث التظهير التأميني بينت أن الكمبيالة لا تخلو من مدين بها ،
ومن دين ثابت فيها ، وعليه :

فإن التظهير التوكيلي يكون وارداً على ذلكم الدين ، وهو من قبيل
توكيل المظهر (الدائن) المظهر له باستيفاء ذلكم الدين ، فيخرج على أنه
وكالة متى استوفى شروطها .

تنزيل التظهير التوكيلي على الوكالة :

الموكل : المظهر

الوكيل : المظهر إليه

الموكل به : الدين الثابت بالكمبيالة

* * *

المبحث الرابع

النظر في مسائل تصاحب التظهير

تقدم بيان تخريج التظهير بأنواعه الثلاثة ، وإن مما يكمل البحث بيان بعض المسائل التي تصاحبه ، ومنها :

أن الدين ينتقل بضماناته من رهن وكفالة في مسألة التظهير الناقل للملكية ، ومنها : أن رهن الكمبيالة إنما يقع على الدين الثابت بها ، وهذا يستدعي بيان حكم رهن الدين . وبيانهما فيما يلي :

المطلب الأول : النظر في انتقال الدين بضماناته كالرهن والكفيل

تقدم في الجانب المصرفي بيان آثار تظهير الكمبيالة الناقل للملكية وتقدم أن من آثاره انتقال الدين بضماناته من رهن وكفالة ونحوه إلى المظهر إليه ^(١) ، وتقدم في مبحث تخريج تظهير الكمبيالة أنه يتردد بين عقدين الكفالة ، والحوالة ^(٢) ، أما على القول بتخريجه على أن كفالة فلا إشكال ، وأما على القول بتخريجه على أنه حوالة فإن القول بانتقال ضمانات الدين معه يظل مشكلاً على الصحيح من أقوال العلماء إذ بالحوالة يبرأ المحيل على الصحيح ، وتبعاً لبراءته ينفك الرهن ، ويبرأ

(١) انظر : ص ٥٦٥ .

(٢) انظر : ص ٦٠٤ ، ٦٠٦ ، ٦١٠ ، ٦١٢ .

الضامن ، وفيما يلي نقولات من كتب المذاهب في هذا ^(١) .

جاء في فتح القدير : (. . . . فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة ، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين ، قال : وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين :

أحدهما : أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه عنه ، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن ، والثانية : إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لأنه برىء بالحوالة ، وعند محمد يصح وبرىء المحيل لأن أصل الدين باق في ذمته وإنما تحولت المطالبة به ليس غير ^(٢) .

وجاء في مغني المحتاج : (. . . . بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضامن انفك الرهن ، وبرىء الضامن لأن الحوالة كالقبض بدليل

(١) لم أعثر على نص للمالكية في هذا - فيما اطلعت عليه - لكن حقيقة الحوالة الاستفادة من تعريفها عندهم يفهم منها عدم انتقال الضمانات فيها ، فإنهم يعرفون الحوالة بأنها : (نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى) حاشية الدسوقي ، ٣ / ٣٣٥ .

(تحول الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى) التاج والإكلیل ، ٩٠ / ٥ .
وإذ كان مقتضى الحوالة عندهم براءة المحيل من الدين ، وكانت الضمانات إنما هي لتوثيق الدين ، فإن مقتضى ذلك عندهم عدم انتقالها ، ذلك أنها تبع للدين ، وقد برئ منه المدين ، والتابع تابع ، كما هو مقرر في قواعد الفقه .

(٢) شرح فتح القدير ٤٤٦ / ٥ .

سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن أو الزوج بالصداق^(١) .

وجاء في شرح منتهى الإرادات :

(فإن أحال رب الحق على مضمون أو رهن أو أحيل رب الحق بدينه المضمون له أو الذي به الرهن ، أو زال عقد وجب به الدين بتقاييل أو غيره بريء ضامن وكفيل ، وبطل رهن)^(٢) .

المطلب الثاني : النظر في رهن الدين

تقدم في الجانب المصرفي من الكمبيالة بيان أن الكمبيالة قد تظهر تظهيراً تأمينياً^(٣) .

وتقدم في الجانب الشرعي من الكمبيالة تخريج التظهير التأميني على أنه من قبيل رهن الدين ، إذ حقيقته رهن الدين الثابت بالكمبيالة^(٤) .

وفي هذا المطلب سأتبين حكم رهن الدين ، وقد اختلف العلماء فيه إلى ثلاثة أقوال ، وخلافهم هذا مبناه خلافهم في صحة بيع الدين . وقبل بيان خلافهم في رهن الدين يحسن تحرير محل نزاعهم فيه ،

(١) مغني المحتاج ٢ / ١٩٥ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢ / ٢٤٦ .

(٣) انظر : ص ٥٧٣ .

(٤) انظر : ص ٦٢٧ .

ومحله رهن الدين ابتداءً ، أما رهن الدين في غير الابتداء ، كما لو آل المرهون بعد القبض ديناً في ذمة متلفه فليس بمحل نزاعهم .

إذا تمهد هذا فلنصر إلى بيان أقوال العلماء في رهن الدين وهي على ما يلي :

القول الأول : لا يجوز رهن الدين سواء ممن هو عليه ، أو ممن غيره ، وعليه الحنفية والشافعية في مقابل الأصح عندهم ، ورواية عند الحنابلة^(١) .

١ - قوله تعالى : ﴿... فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ...﴾^(٢) .

قالوا : والدين لا يمكن قبضه فلا يصح رهنه .

ويناقش : أن قبض كل شيء بحسبه ، وقبض الدين يكون بالوثيقة أو الاشهاد .

٢ - أن فيه عزراً من جهة أن يجحده المدين .

ويناقش : أن احتمال الجحود في الدين كاحتمال التلف في العين ، ومع ذلك لم يكن احتمال التلف مانعاً من صحة رهن العين ، فليكن احتمال الجحود غير مانع من صحة رهن الدين .

(١) بدائع الصنائع ، ١٤٦/٦ ، تبين الحقائق ، ٦٩/٦ ، المهذب ، ٣١٦/١ ، روضة الطالبين

(٢) الآية ٢٨٣ ، من سورة البقرة .

على أن احتمال جحود المدين يمكن رفعه بالوثيقة .

القول الثاني : يجوز رهن الدين مطلقاً سواء كان ممن هو عليه ، أو غيره ، وهو قول المالكية ، ووجه عند الشافعية ^(١) .

وقد احتج أصحاب هذا القول بالنفي ، والاثبات : أما النفي فهو نفي ما رآه أصحاب القول الأول مانعاً من صحة رهن الدين ، وقد تقدم بيانه من خلال مناقشة حجج أصحاب القول الأول .

وأما الاثبات فقد أثبتوا صحة رهن الدين ابتداء ممن هو عليه أو من غيره بالقياس على الدين ، إذ يصح بيع الدين عندهم سواء كان ممن هو عليه ، أو من غيره .

على أن للمالكية تفصيلاً في هذا قالوا فيه :

رهن الدين لا يخلو من أحد حالين :

الحالة الأولى : رهنه ممن هو عليه ، فيشترط لصحته أن يكون أجل الدين الرهن مثل أجل الدين ، أو أبعد منه ، كيلا يؤدي إلى أسلفني ، وأسلفك إن كان الدينان من قرض ، أو إلى سلف ، وبيع إن كانا من بيع .

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ، ٢٣١/٣ . الشرح الصغير بحاشية الصاوي ، ٣١٠/٣ . المجموع ، ٢٧٢/٩ ، مغني المحتاج ، ٧١/٢ ، المهذب ، ٣١٦/١ ، روضة الطالبين ، ٥١٤/٣ .

الحال الثانية : رهنه من غير من هو عليه ، فيشترط لصحته قبضه
بالاشهاد على حوزة ، ودفع الوثيقة للمرتهن .

القول الثالث : يجوز رهن الدين ممن هو عليه فقط ، وهو ووجه
عند الشافعية في الجديد ، ورواية عند الحنابلة ^(١) . وحجتهم القياس
على البيع .

قلت : وما نحن فيه من رهن الكمبيالة ، فإنه من قبيل رهن الدين
من غير من هو عليه فإن حامل الكمبيالة بتظهيرها إليه تظهيراً تأمينياً ليس
مدينأً بها .

ولا يخفى ما في هذا الرهن من توثقة ، فإن التوثقة فيه أرقى بمراحل
من التوثقة في الدين المقبوضة وثيقته ، إذ الكمبيالة قد اعتضدت بحماية
نظامية ، تجعل المسحوب عليه - المدين الأصلي بها - والساحب ، وكل

(١) المجموع ، ٢٧٢/٩ . مغني المحتاج ، ٧٠/٢ ، الإنصاف ، ١١٠/٥ ،
١١١ ، كشاف القناع ، ٣٠٧/٣ .

ومما ينبغي بيانه أن ما نسبته إلى الشافعية في القول الثاني والثالث إنما هو
مستخلص من قولهم في مسألة بيع الدين ، فإن فقهاء المذاهب ، والشافعية
منهم كثيراً ما يلحقون الرهن بالبيع ، وفي ذلك يقول الشيرازي في المذهب
معللاً القول بجواز رهن الدين : (لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعين)
٣١٦/١ . ويقول النووي في المجموع مبيناً ترتيب الخلاف في رهن الدين
على الخلاف في بيعه : (ومنهم من رتب الخلاف على الخلاف في بيع الدين ،
والرهن أولى بالمنع) ٣/١٠ .

الموقعين عليها ضامين وفاءها لحاملها ، وهذا لم يتحقق فيما سواه من وثائق الدين في السابق التي عدها بعض الفقهاء قبضاً ، ونازع فيها بعضهم .

وبهذا ينتفي ما يورده الفقهاء المانعون من احتمال الجحود ، والغرر ، وعدم القبض ويترجح صحة رهنها ، والله تعالى أعلم .

* * *

المبحث الخامس

تخريج الخصم، ومناقشته

تقدم في الجانب المصرفي بيان الخصم^(١)، وفي هذا المبحث سأبين تخريجه من خلال ذكر ما سبق أن قيل فيه، ومناقشته ومن ثم بيان رأبي في تخريجه، وبيان ذلك المطالب التالية:

المطلب الأول: تخريجه على أنه قرض، ومناقشته.

التأمل مذاهب القائلين بأن عملية خصم الكمبيالة قرض^(٢) يمكنه تصنيفها إلى أقوال ثلاثة على النحو الآتي:

القول الأول: أن عملية الخصم قرض

القول الثاني: أنها قرض وحوالة

القول الثالث: أنها قرض، وضمان بالورقة التجارية، وتوكيل بأجر

لتحصيل قيمة الكمبيالة.

(١) انظر: ص ٥٧٦ من هذه الرسالة.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتي، أنموذج (٣) ص ٢٤٢ - ٢٤٣، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، سامي خمود، ص ٢٨٢، الأعمال المصرفية والإسلام، مصطفى الهمشري، ص ٣٠٨، المصارف والأعمال المصرفية في الشرعية الإسلامية، غريب الجمال، ص ٩٨، المعاملات المصرفية، سعود الدريب، ص ٦٦.

المناقشة : يلاحظ مما تقدم من تصنيف أن الأقوال الثلاثة تلتقي كلها في وصف عملية الخصم على أنها قرض ، فهذا الوصف قدر مشترك بين الأقوال ، والمتأمل في عرف المصارف ، ومقاصدها يدرك ذلك إذ المصارف تعد هذه العملية من عمليات الاستثمار قصير الأجل ، وفي هذا يقول سامي حمود وهو الرجل الذي قضى فترة طويلة من عمره في البنوك ، ولديه خبرة بأعمالها يقول ما نصه :

« وتأتي أهمية العملية بالنسبة للمصرف من ناحية كونها تمثل حقلاً هاماً من حقول الاستثمار قصير الأجل » ^(١).

قلت : ولذا فقد خصصت المصارف لذلك قسماً مهمته الاستثمار من خلال الأوراق التجارية .

واستثمار المصارف الأصل فيه الاتجار بالنقود ، وفيه يقول خيرت ضيف :

« وإذا أردنا أن نضع تعريفاً للبنك استناداً إلى وظيفته الرئيسية فإننا نستطيع أن نقول : إن البنك هو المنشأة التي تتخذ من الاتجار في النقود حرفة لها » ^(٢).

ومنه يتضح مقصود البنك من هذه العملية الذي يتفق مع الأصل في عمله وهو إقراض النقود .

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ، ص ٢٨٢ .

(٢) محاسبة البنوك ، خيرت ضيف ، بيروت ، دار النهضة العربية ، ص ١ .

أما حامل الكمبيالة المبتغي خصمها لدى البنك فلا ريب أنه ما رضي بالقليل العاجل بمقابلة الكثير الآجل إلاً لحاجته إلى النقد العاجل وهذا يحدد مقصوده من الخصم وهو الاقتراض .

وبهذا فإن المصرف يعد مقرضاً الخاصم عندما يعجل له مبلغها محسوماً منه قيمة الزمن وهي الزيادة التي يأخذها لقاء الأجل ، لكن هذا القرض من قبيل الربا ، فإطلاق القرض عليه فيه تجوز ، والأولى تسميته ربا ، وكفى ، كما تقدم بيانه ^(١) .

وإذا أخلص إلى تخريجه على أنه ربا فإنني لست بحاجة إلى مناقشة ما يمكن إيراده من اعتراض على هذا التخريج بأقوال تستخرج القرض من الربا إذ مهدت له في باب الربا فليرجع إليه ^(٢) .

وهذا التخريج تؤيده طبيعة عمل المصارف ، ومقاصد المتعاقدين ويؤيده ما ذكره على جمال الدين عوض ، وهو القانوني المتمكن في أعمال البنوك ذو المؤلفات المتعددة فيها قال :

«الهدف هو القرض ، والأسلوب هو التظهير ، والعملتان مرتبطتان بحيث لا يمكن الوقوف عند إحداهما وحدها» ^(٣) .

هذا ، وقد قال بمنع عملية الخصم لما فيها من ربا كل من عزوت إليهم

(١) انظر : ص ٨٥ - ٨٨ من هذه الرسالة .

(٢) انظر : ص ٢٧ وما بعدها من هذه الرسالة .

(٣) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ٤٧٦ .

تخريجها على أنها قرض من المؤلفين الشرعيين ، عدا من خرجها على أنها قرض ووكالة إذا احتال على الربا بدعوى الوكالة ، وهذه مناقشته :

المطلب الثاني : تخريجه على أنه وكالة ، ومناقشته

ويوضحه الدكتور الهمشري بقوله :

« هذا التخريج قائم على أساس أن عملية الخصم عملية مركبة من

شيئين :

١ - قرض بضمان الأوراق التجارية .

٢ - توكيل بالأجر من العميل للبنك لاستيفاء قيمة هذا الدين ، ويخصم قيمة الأجر مقدماً من القرض المضمون الذي يسحبه العميل من البنك^(١) .

المناقشة :

وهذا التخريج يمكن نقده من جهتين : جهة حقيقته ، وجهة غرضه

أ - أما نقده من جهة حقيقته : فلأن هذا التخريج لا يصدق على حقيقة الخصم ، إذ تظهير الورقة التجارية للمصرف الخاص ينقل ملكيتها إليه ، يدل لذلك ما يلي :

١ - تعريف الخصم ، وهو : (تظهير الورقة التجارية التي لم يحل

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ، ص ٢٠٨ .

أجلها بعد إلى المصرف تظهيراً ناقلاً للملكية في مقابل أن يعجل المصرف قيمتها للمظهر بعد أن يخضم منها مبلغاً يتناسب مع الأجل الذي يحل عنده موعد استحقاقها^(١) .

قلت : وهذا بخلاف التوكيل .

٢ - ما يترتب على الخصم من آثار منها :

I إعادة الخصم : إذ بإمكان المصرف الخاص أن يخضم الكمبيالة مرة ثانية لدى المصرف المركزي^(٢) .

وإذ كان الخصم ناقلاً للملكية ، كما تقدم في تعريفه أعلاه ، فإنه لا يتأتى على القول بأنه توكيل ، إذ التظهير التوكيلي لا يملك من خلاله المظهر إليه تظهير الكمبيالة إلا على سبيل التوكيل فقط .

أما أن يظهرها تظهيراً ينقل ملكيتها - كما هو الشأن في الخصم فلا ، حسبما تقضي به الأنظمة التجارية ، ومن ذلك ما جاء في النظام التجاري السعودي في المادة (١ / ١٨) منه ونصها :

(إذا اشتمل على عبارة القيمة للتحصيل ، أو القيمة للقبض ، أو بالتوكيل أو أية عبارة مماثلة تفيد التوكيل فللحامل مباشرة جميع الحقوق

(١) العقود ، وعمليات البنوك التجارية ، علي البارودي ، ص ٣٩٧ . وانظر : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ص ٥٨٣ .

(٢) محاسبة البنوك ، خيرت ضيف ، ص ٩٨ .

الناشئة عن الكمبيالة ، وإنما لا يجوز له تظهيرها إلا على سبيل التوكيل .

II - الفائدة : إذ يستحق البنك المركزي الفائدة المستحقة لقاء الأجل من تاريخ خصم الكمبيالة ، وحتى تاريخ استحقاقها .

وهذه الفائدة لا تستحق إلا في الخصم الذي لا يكون إلا من خلال التظهير الناقل ملكية الكمبيالة ، أما التوكيل في استيفائها فلا تستحق منه الفائدة ، لكن العمولة .

وبهذه الفروق يمكننا أن نفرّق بين الخصم ، ودعوى التوكيل التي أريد تخريج الخصم عليها ، ويستبين من ذلك بُعد هذه الدعوى .

ب - وأما نقده من جهة غرضه فلأن غرض هذا التخريج الوصول إلى القول بحل ما يأخذه المصرف لقاء القرض من زيادة متوسلاً إلى ذلك بدعوى الوكالة إذ التوكيل بأجر جائز شرعاً ، وقد بسط القول في هذا بما نصه :

« والعملية بهذا التصور ليس فيها بيع يؤدي إلى محذور شرعي والإسلام يقر القرض بضمان كما تقدم كما يقر الوكالة بأجر كما سبق ، وبهذا تكون عملية الخصم من الممكن اعتبارها حلالاً شرعاً ، ويوزع ما يؤخذ على الخصم باسم « الأجيو » على نفقة القرض الذي أخذه العميل بضمان الورقة التجارية ، وعلى مصاريف التحصيل كالانتقال وارسال الاخطارات ، وعلى أجر الوكالة لاستيفاء المبلغ ، وتوضيح ذلك أن « الأجيو » متكون من ثلاثة عناصر كما سبق ، وهي :

الفائدة والعمولة ، والمصروفات ، وفي تخريجنا هذا سيحصل البنك على عائد يتكون من ثلاثة أشياء نفقة القرض ، أجر الوكالة ، مصاريف التحصيل ، ويستأنس لهذا التخريج بأنه توكيل للاستيفاء ، واستيثاق في القرض ، بما ذكره ابن القيم تحت الحيل المباحة حيث قال : إذا أحاله بدينه على رجل فخاف أن يتوى (يهلك) على المحال عليه فلا يتمكن من الرجوع على المحيل لأن الحوالة تحول الحق وتنقله فله ثلاث حيل :

إحداها : أن يقول أنا لا أحتال ولكن أكون وكيلاً لك في قبضه فإذا قبضه واستنفقه ثبت له ذلك في ذمة الوكيل وله في ذمة الموكل نظيره فيتقاصان ، فإن خاف الموكل أن يدعي الوكيل ضياع المال من غير تفريط فيعود يطالبه بحقه فالحيلة له أن يأخذ إقراره بأنه متى ثبت قبضه منه فلا شيء له على الموكل ، وما يدعي عليه بسبب هذا الحق ، أو من جهته دعواه باطلة ، وليس هذا إبراء معلق بشرط حتى يتوصل إلى إبطاله ، بل هو إقرار بأنه لا يستحق عليه شيء في هذه الحالة^(١) .

كان هذا ما ساقه الدكتور الهمشري لتقرير هذا التخريج ، ومناقشة ذلك ما يلي :

أما قوله : (والعملية بهذا التصور ليس فيها بيع يؤدي إلى محظور شرعي) فيجواب عنه بأن الحديث :

(١) انظر الأعمال المصرفية والإسلام ، ص ٢٠٨ . ، وانظر أعلام الموقعين ،

(لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا يبيع ما ليس عندك)^(١) ، وإن كان النهي فيه عن الجمع بين سلف وبيع إلا أن ذلك ليس مقصوداً .

على البيع وحده لكنه يشمل ما عداه مما تحقق فيه معناه ، وهذا ما فهمه العلماء المحققون منه إذ قالوا بمنع الجمع بين عقد تبرع ومعاوضة لتحقيق معنى النهي فيه ، وواقعتنا شاهد على هذا إذ الزيادة على القرض يمكن أن تستباح باسم الأجر على الوكالة .

وأما قوله : (والإسلام يقر القرض بضمان كما تقدم كما يقر الوكالة بأجر كما سبق ، وبهذا تكون عملية الخصم من الممكن اعتبارها حلالاً شرعاً) .

فيجاب عنه بأن كلاً من القرض بضمان ، والوكالة بأجر وإن اعتبر كل منهما حلالاً بمفرده فإن ذلك ليس من لازمه اعتبارهما حلالاً مجتمعين ، يدل لذلك ما تقدم بيانه من النهي عن الجمع بين سلف ، وبيع ، رغم أن كلاً منهما حلالٌ بمفرده متى استوفى شروطه .

وأما قوله : (ويوزع ما يؤخذ على الخصم باسم الأجير على نفقة القرض . . . وعلى مصاريف التحصيل كالانتقال ، وإرسال الإخطارات ، وعلى أجر الوكالة لاستبقاء المبلغ ، وتوضيح ذلك أن

(١) تقدم تخريجه ، وبسط الكلام فيه فانظره ، ص ٩٧ .

الأجيو مكون من ثلاثة عناصر كما سبق ، وهي الفائدة ، والعمولة ، والمصروفات ، وفي تخريجنا هذا سيحصل البنك على عائد يتكون من ثلاثة أشياء نفقة القرض ، وأجر الوكالة ، مصاريف التحصيل .

فيجاب عنه : بأن الحكم على الأشياء ينبغي أن يكون مبناه النظر في حقائق الأمور ومقاصدها ، أما تتبع خطوات المصارف خطوة خطوة ، والعمل على إلباس كل خطوة منها ما يضيف عليها الشرعية بعيداً عن الاعتبار السابق ذكرها فإنه أمر يباعد النظر الصحيح ، وهو خطأ في المنهج لابد أن يترتب عليه خطأ في النتيجة ، وقد كان . إذ أصبح القانونيون أشد محاذرة للربا من بعض من يتسبون إلى الفقه في الشريعة ، ذلك أن القانون الفرنسي يتشدد في مسألة العمولة ، ويعتبرها فائدة ما لم تكن مقابلة بخدمة للعميل المقترض ، وكذا الشأن في القضاء المختلط في مصر^(١) . وقد تقدم بيان ذلك في مبحث الاعتماد البسيط عند الحديث عن أثره من جهة العميل^(٢) .

وأما قياس ما هم فيه من حيلة على ما ذكره ابن القيم من حيلة فمع الفارق إذ الوكالة التي ذكرها ابن القيم خالية من الأجر فلا شبهة في اقترانها بالسلف إذ كل تبرع ، بخلاف ما هم فيه فهي معاوضة إذ هي وكالة بأجر اقترانها بالسلف يتضمن شبهة الربا إن لم يمكنه ، فافترقا .

(١) تطوير الأعمال المصرفية مما يتفق والشريعة الإسلامية ، ص ٢٨٨ .

(٢) انظر ص ٣٦٣ من هذه الرسالة .

وبالجملة فهذا التخريج ناقش مسألة الخصم بعيداً عن حقيقتها ،
ومقصودها ، بعيداً عن النظر في مقاصد الشارع الحكيم ، وقد تبين ذلك
كله في ثنايا المناقشة .

المطلب الثالث : تخريج الخصم على أنه بيع دين بنقد من جنسه
بزيادة في أحد العوضين ، ومناقشته
وفيه يقول الهمشري ما نصه :

(إن هذا التخريج على أساس أن الأوراق التجارية صكوك تمثل ديناً
نقدياً ، وأن أوراق البنكنوت عملة الزامية بقوة القانون ، وليست صكاً ،
وأن عملية الخصم ما هي إلا عملية بيع دين بنقد بزيادة في أحد
العوضين)^(١) .

المناقشة : وهذا التخريج يبدو وجيهاً فإن الكمبيالة لا تخلو من دين
لحاملها على موقعيها ، وعلى هذا فإن خصمها لدى البنك معناه رغبة
حاملها الاغراض عن الدين الثابت بها بنقد من جنسه أقل منه ، وهذه
المعاوضة من قبيل بيع عاجل بأجل .

تنزيل الخصم على البيع :

البائع : حامل الكمبيالة (العميل)

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ، ص ٢٠٢ . ، وانظر في هذا الموسوعة الفقهية
الكويتية ، أمودج ٣ تمهيدي ، ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ .

المشتري : البنك

المبيع : الدين الثابت بالكمبيالة

الضمن : النقد الذي يدفعه البنك للعميل .

وعلى هذا التخريج فإن عملية الخصم لا تجوز لأنها بيع دين بجنسه وزيادة فكان بذلك من قبيل الربا كما أوضح ذلك الهمشري^(١) عند إيراد هذا التخريج .

هذا وقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية ما نصه :

(ولا تصح أيضاً على سبيل بيع الدين لغير من هو عليه عند من يصححه لأن العوضين من النقود ولا يجوز بيع النقود بجنسها مع التفاضل ، وعند اختلاف الجنس يجب التقابض)^(٢) .

المطلب الرابع : تخريج الخصم على أنه حوالة بأجر ، ومناقشته :

وقد ذكر هذا التخريج الدكتور الهمشري ونصه ما يلي : (يعتمد هذا التخريج على أن عملية الخصم ليست مبنية على أنها عملية بيع وإنما هي في القياس أشبه بعملية الحوالة بأجر ، ومفهوم الحوالة يتضمن أحد معنيين :

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ، ص ٢٠٢ .

(٢) موسوعة الفقه الكويتية ، أنموذج (٣) تمهيدي ، ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ .

١- عملية بيع دين بدين .

٢- أو عملية استيفاء .

وحيث إن عملية البيع كما تقدم توقعنا في المحظورات الشرعية فلم لا نتعبر عملية الخصم عملية استيفاء بأجر ، وهو أحد مفهومات الحوالة ، ونعتبر الأجر ما اصطلاح البنك على تسميته بالأجيو^(١) .

المناقشة :

تبين مما تقدم أن هذا التخريج يعد الخصم حوالة بأجر باعتبار الحوالة عملية استيفاء ، ويحسن بنا قبل مناقشته أن نسبتين المقصود بالاستيفاء أولاً ثم نعود إلى مناقشته ثانياً ، وفي بيان الاستيفاء يقول ابن تيمية ما نصه :

(الوجه الثاني : أن الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي له في ذمة المحيل ، ولهذا ذكر النبي ص الحوالة في معرض الوفاء فقال في الحديث الصحيح « مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » .

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ، ص ٢٠٥ ، والأجيو تطلق على العمولة والمصاريف والفوائد التي يجنيها البنك من خلال الكمبيالة ، انظر ص ٥٦٣ من هذه الرسالة .

فأمر المدين بالوفاء ونهاه عن المطل ، وبين أنه ظالم إذا مطل ، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على مليء ، وهذا كقوله تعالى : (فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان) .

أمر المستحق أن يطالب بالمعروف ، وأمر المدين أن يؤدي بإحسان ، ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص ، وإن كان فيه شوب المعارضة ^(١) .

ومما تقدم نقله عن الإمام ابن تيمية رحمه الله تعالى يتضح أن الحوالة إنا عُدَّت استيفاء لما يحلص فيها من استيفاء الدائن دينه من المحال عليه ، وهو مقصودها ، وما دام هذا التخريج عدها كذلك فإن مستوفي في عملية الخصم «الدائن» هو المصرف ، ومن لازم ذلك أن يكون للمصرف علي مظهر الكمبيالة الذي ابتغى خصمها لديه لديه دين يستوفيه المصرف من جراء عملية الخصم على أنها هواله ، وعلى أن الحوالة استيفاء كما تقدم تقريره ، وإذا كان ذلك كذلك فإن الدين الذي للمصرف على المظهر هو ما عجله له من قيمة الكمبيالة مسحوماً منها «سعر الخصم» ، فإذا قلنا بجواز أخذ المصرف «الدائن» زجراً نظير تحوله من المظهر إلى المدين بالكمبيالة (المسحوب عليه) ليستوفي حقه منه بدلاً من أن يستوفيه من المظهر فإن ذلك يرد عليه ما يلي :

١ - أن ذلك يؤدي إلى قرض جر نفعاً ، إذا المصرف أقرض المظهر مبلغاً من المال واسترد أكثر منه ، وهذا هو الربا .

واسترد أكثر منه ، وهذا هو الربا .

٢ - انه ينافي مقصود الشارع إذ مقصوده تضيق مسالك الربا ، وسد ذرائعه ، ومنع الاحتيال عليه ، وفي هذا جاء النهي عن الجمع بين سلف وبيع ونحوه - كما تقدم كيلا يحتال به على الربا ، وهذا التخريج وقوع في المنهي عنه إذ هو احتيال على الربا ، ففيه منافاة لمقصود الشارع الحكيم من هذا الوجه ، ذلك أنه تبعاً لهذا التخريج ونحوه لا يمتنع على من أراد الربا أن يقرض شخصاً مبلغاً من المال ، ثم يحتال به على آخر ليأخذ زيادة على القرض على أنها أجر على الاحتيال .

٣ - على أن الاحتيال - يعني قبول الحوالة - ليس محلاً للمعاوضة فيما أعلمه ، بل إن الفقهاء حمل بعضهم الأمر في حديث الحوالة على الوجوب ، وعلى هذا كيف يعتاض على أمر واجب ، وقد تقدم في مبحث الاعتماد المستندي بيان كثير مما يمنع الاعتياض عليه كالقرض ، والشفاعة ، والكفالة ، وغير ذلك ^(١) .

هذا ، وقد أشار الهمشري إلى أن محمد رشيد رضا قد سبقه إلى مثل هذا التصور ^(٢) ، ومن ثم وافقه في إمكان إباحة العمولة « الأجر » ،

(١) انظر ص ٤٥٢ - ٤٦١ .

(٢) وقد عثرت على رأي محمد رشيد رضا في مجلة المنار مجلد ٩ ج ٧ / ٥٣٨ ، كما وجدته ضمن فتاوى محمد رشيد رضا ، جمع وتحقيق صلاح الدين المنجد ، ويوسف خوري ، بيروت ، دار الكتاب الجديد ، ط ١ لعام ١٣٩٠ هـ ، ٥٢٧ / ٢ .

وكذا المصاريف لأن كلاّ منهما مقابل خدمات حقيقية قدمها البنك ،
فالعمولة مقابل فتح الحساب ومسكه والمصاريف مقابل ما أنفقه وتكبده ،
ولكنّه خالفه في إباحة الفائدة ^(١) .

والذي يظهر لي - والله تعالى أعلم - منع ذلك كله ، فإن هذا الثنائي
(العمولة ، والمصاريف) يتكرر في أعمال البنوك ، ومقصود البنوك منه
التكسب من أي عملية تنفذها قابل ذلك عملاً وجهداً حقيقياً ، أو لم
يقابله ، ولئن أمكن التسليم به في بعض الأعمال ، فإنه لا يمكن التسليم
به في بعضها خاصة مما له صلة منها بالربا ، فإن دعوى الجهد ، والتعب
والعمل سهلة الاطلاق لكنها تضيق عند التحقيق ، وقد علم من الشارع
الحكيم محاربة الربا ، وسد ذرائعه فكان الألتصق بهذه المقاصد القول بمنع
ذلك كله ، والله تعالى أعلم .

**المطلب الخامس : تخريج الخصم على أنه إبراء وإسقاط على وجه
الصلح ، ومناقشته**

وفيه يقول الدكتور الهمشري ما نصه :

(ويعتمد هذا التخريج على جواز أخذ أقل من قيمة ما يستحق بعقد
المداينة ويكون الفرق متنازلاً عنه على سبيل الإبراء والاسقاط) ^(٢) .

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ، ص ٢٠٧ .

(٢) الأعمال المصرفية والإسلام ، مصطفى الهمشري ، ص ٢٠٩ .

ثم يؤيد ما ذهب إليه بما نقله من شرح العيني على متن الكنز فيقول :
 (وفي كتب الفقه أمثلة على ذلك منها : الصلح عما استحق بعقد المداينة
 مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض أخذ لبعض حقه واسقاط للباقي ،
 وصورته رجل له على آخر ألف درهم فصالحه عنها على خمسمائة جاز
 ويجعل مستوفياً لنصف حقه ومبرئاً له عن النصف الآخر لا معاوضة
 لأنه يكون ربا ، وتصحيح تصرف المسلم واجب ما أمكن ، وقد أمكن بما
 ذكرنا ^(١) .

المناقشة : ويناقل هذا التخرج من جهتين :

أحدهما : من جهة إعمال ما بين الصلح وعملية الخصم من
 فروق .

وثانيهما : من جهة التسليم باطراح هذه الفروق .

أولاً : مناقشته من جهة ما بين الصلح وعملية الخصم من فروق .

المتأمل يلاحظ فروقاً بين الصلح وعملية الخصم منها :

١ - أن الصلح لا يكون إلا من خصومة كما جرى على ذلك الفقهاء
 في تعريفهم للصلح ومن ذلك ما عرفه به صاحب رمز الحقائق إذ قال :
 «الصلح عقد يرفع النزاع من بين المدعي ، والمدعى عليه ويقطع

(١) المرجع السابق . وانظر رمز الحقائق ، بدر الدين العيني ، مصر مطبعة بولاق ،

الخصومة»^(١) . وعرفه بمثل هذا .

التعريف الشرييني في شرحه على المنهاج^(٢) .

وذكر النووي في المنهاج ما نصه :

« ولو قال من غير سبق خصومة صالحني عن دارك بكذا فالأصح بطلانه »^(٣) .

وعرفه صاح شرح منتهى الإرادات بأنه :

« معاقدة يتوصل لها إلى موافقة بين مختلفين »^(٤) .

وعد أنواع الصلح قائلًا : (والصلح خمسة أنواع والرابع بين متخاصمين في غير مال ، والخامس بين متخاصمين فيه)^(٥) .

ومما تقدم نستبين أن الصلح لا يكون إلا من خصومة ولا خصومة بين المصرف والخاصم لنعتبر الخصم صلحاً .

٢ - إن من أركان الصلح المصالح عنه ، والمصالح عليه ، ومعلوم أن عملية الخصم هي : (تظهير الورقة التجارية التي لم يحل أجلها بعد إلى المصرف تظهيراً ناقلاً للملكية في مقابل أن يعجل المصرف قيمتها للمظهر

(١) رمز الحقائق ، ١٦٣/٢ .

(٢) مغني المحتاج ١٧٧/٢ .

(٣) المرجع السابق ، ١٧٨/٢ .

(٤) شرح منتهى الارارات ، ٢٦٠/٢ .

(٥) المرجع السابق .

بعد أن يخضم منها مبلغاً يتناسب مع الأجل الذي يحل عنده موعد استحقاقها^(١) .

وعليه فعملية الخضم تتركب من مجموع أمرين :

أ - التنازل عن الكمبيالة للمصرف من خلال تظهيرها تظهيراً ينقل ملكيتها له .

ب - تعجيل المصرف قيمتها للمظهر بعد أن يحسم منها سعر الخضم «الفائدة» .

وعلى فرض أن سعر الخضم «الفائدة» هو المصالح عليه ، فأين المصالح عنه؟ فإن قيل المصالح عنه هو ما قدمه المصرف لمظهر الكمبيالة من مبلغها محسوماً منه سعر الخضم «الفائدة» ، قلت : هذا غير مستقيم إذ تقديم مبلغ الكمبيالة لمظهرها ، والحسم منها كلاهما عملية واحدة ، وهما أمران لا ينفصل أحدهما عن الآخر إذ بمجموعها تتم عملية الخضم ، فلا اعتبار سعر الخضم والذي هو أحد شطري عملية الخضم مصالحاً عليه فإنه لا بد أن يتقدمه حق لمظهر الكمبيالة على المصرف يكون هذا الحق مصالحاً عنه ، ويتخلفه يتخلف ركن من أركان الصلح فلا تكون عملية الخضم صلحاً ، بل هي أشبه بقرض اشترطت فيه الزيادة ، وسيأتي مزيد بيان لهذا في المبحث نفسه .

(١) العقود ، وعمليات البنوك ، علي البارودي ، ص ٣٩٧ .

ولما لم يكن لمظهر الكمبيالة (الخاصم) حق على المصرف سابق
عملية الخصم ، ولما لم تقع خصومة بين المصرف والمظهر في حق مالي
سابق يصطلح عنه على عملية الخصم ، فإن عملية الخصم تفارق الصلح
لهذين السببين ، والله أعلم .

ثانياً - مناقشته على التسليم باطراح هذه الفروق

وعلى التسليم باطراح هذه الفروق فإن الخصم لا يستقيم صلحاً ،
ذلكم أن الصلح يتخرج على عقود عدة ، كأن يكون بيعاً ، أو إجارة ، أو
هبة ، أو إبراء ، ثم إنه يأخذ حكم ما تخرج عليه ، وفي هذا يقول
الكاساني :

« . . . وإن كان ديناً فإن كان دراهم أو دنائير فصالح منها لا يخلو من
أحد وجهين : إما إن صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها ،
فإن صالح منها على خلاف جنسها فإن صالح منها على عين جاز لأن
الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وأنه جائز ، ولا يشترط القبض ،
وإن صالح منها على دين سواء لا يجوز لأنه بائع ما ليس عنده لأن الدراهم
والدنائير أثمان أبداً ، وما وقع عليه الصلح مبيع ، فالصلح في هذه
الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وأنه منهي عنه ولو صالح
على أكثر من حقه قدرأً ووصفاً بأن صالح من ألف مبهرجة على ألف
وخمسمائة جيد ، أو صالح على أكثر من حقه قدرأً لا وصفاً بأن صالح
من ألف جيد على ألف وخمسمائة مبهرجة لا يجوز لأنه ربا لأنه يحمله

على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض ، واسقاط الباقي^(١) .

ثم يقول : وجملته أن المدعى لو كان داراً وبدل الصلح والدنانير ، وغيرهما فإن كان الصلح عن إقرار المدعي عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لأنه في معنى البيع من الجانبين فيوجب حق الشفعة^(٢) .

ويقول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ما نصه :

(الصلح ثلاثة أقسام عن إقرار وسكوت ، أو إنكار ، وهو إما بيع أو إجارة ، أو هبة)^(٣) .

ويقول في موضع آخر : (وإن صالح من له حق بمؤخر من جنسه أو غيره عن مستهلك من عرض أو حيوان أو طعام لم يجز لأنه فسخ دين في دين إذ باستهلاك الشيء لزمّت قيمة المستهلك فأخذ عنها مؤخراً ، ومعلوم أن فسخ الدين في الدين إنما يمتنع في غير جنسه أو في جنسه بأكثر فإن سلك من ذلك جاز كما أفاده بالاستثناء في قوله إلا أن يصالحه بدراهم مؤخرة وهي كقيمته فأقل فيجوز إذ حاصله أنه أنظره بالقيمة ، وهو حسن

(١) بدائع الصنائع ، ٤٣/٦ .

(٢) المرجع السابق ، ٥٣/٦ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٣٠٩/٣ .

اقتضاء فإن كان أكثر من قيمته منع لأنه سلف جر
نفعاً)^(١) .

ويقول صاحب مغني المحتاج : (. . . . وهو نوعان : أحدهما
صلح على إقرار فإن جرى على عين غير المدعاة كما إذا ادعى عليه داراً
فأقر له بها وصالحه عنها بمعين كشوب فهو بيع للعين المدعاة من المدعي
للمدعى عليه بلفظ الصلح ، ويسمى صلح المعاوضة تثبت فيه أحكامه
أي البيع كالشفعة ، والرد بالعيب ، ومنع تصرفه في المصالح عليه قبل
قبضه ، واشتراط التقابض إن اتفقا أي المصالح عنه والمصالح عليه في علة
الربا ، وغير ذلك من أحكامه كاشتراط التساوي إذا كانا جنساً ربوياً
واشتراط القطع في بيع الزرع الأخضر ، وجريان التحالف عند
الاختلاف ، وفساده بالغرر ، والشرط الفاسد ، والجهل لأن حد البيع
يصدق على ذلك أو جرى الصلح من العين المدعاة على منفعة
لغير العين المدعاة كخدمة عبد مدة معلومة فإجارة تثبت أحكامها أي
الإجارة في ذلك لأن حد الإجارة يصدق على ذلك ، أما إذا صالح على
منفعة العين المدعاة فإنها إعارة تثبت أحكامها)^(٢) .

ويقول صاحب شرح منتهى الإرادات : (النوع الثاني من قسمي
الصح على إقرار أن يصالح على غير جنسه بأن أقر له بعين أو دين ثم

(١) المرجع السابق ، ٣/ ٣٢٣ .

(٢) مغني المحتاج ، ١٧٧/٢ وما بعدها .

صالحه عنه بغير جنسه فهو معاوضة، يصح بلفظ الصلح بنفقد عن نقد بأن أقر له بدينار فصالحه عنه بعشرة دراهم مثلاً أو عكسه فهو صرف يعتبر فيه التقابض قبل التفرق، والصلح عن نقد بأن أقر له بدينار فصالحه عنه بعرض كثوب بيع، أو صالح عنه أي عن عرض أقر له به كفرس بنقد ذهب أو فضة بيع... يشترط له شروط كالعلم به، والقدرة على التسليم والتقابض بالمجلس إن جرى بينهما ربا نسيئة، والصلح عن نقد أو عرض مقربه بمنفعة كسكنى دار وخدمة قن معينين إجارة فيعتبر له شروطها... (١)

قلت : وإذا كان الصلح يمكن رده إلى ما يشبهه من العقود ثم إنه يأخذ حكمه فإن الخصم أشبه القرض المشروطة الزيادة فيه - وقد تقدم بيان ذلك في مبحث تخريج الخصم على أنه قرض - ، وإذ ذاك كذلك فإنه باطل لأنه يأخذ حكم ما يخرج عليه من عقد - كما تقدم قبل قليل نقله عن الفقهاء - .

أما ما ذهب إليه الدكتور الهمشري من حمل التنازل في عملية الخصم على أنه على سبيل الإبراء والاسقاط لا المعاوضة إذ يقول ما نصه :

(ويكون العميل عندما يقدم الكمبيالة للخصم قد رضي بأخذ أقل من القيمة الاسمية المدونة فيها وتنازل عن الباقي على سبيل الإبراء

والاسقاط لا المعاوضة وبهذا تكون عملية الخصم لا ربا فيها ^(١) .

فمردود من وجوه :

الوجه الأول : أن المثال - الذي استشهد به ^(٢) ، وبني عليه قوله هذا- ، المتنازل فيه المقرض ، وقد تنازل لحظ المقرض فتنتفي شبهة الربا حينئذ إذ لا منفعة للمقرض بهذا التنازل ^(٣) .

الوجه الثاني : أن حمله سعر الخصم « الفائدة » على أنه تنازل من المظهر « الخاصم » للمصرف على سبيل الإبراء والاسقاط لا المعاوضة ينفيه الواقع لأمر :

أولها : أن سعر الخصم « الفائدة » تشرطها المصارف وغرضها منها المعاوضة إذ ذلك طبيعة عملها وهي المتاجرة بالنقود ، وقد خصصت المصارف لذلك قسماً يعتمد على الاتجار بالأوراق التجارية وقوامه سعر الخصم ^(٤) .

ثانيها : أن هذه الزيادة « الفائدة » ليست متروكة لاختيار المظهر فإن شاء تركها للمصرف وإن شاء أخذها ، بل إن المصرف ، وهو المقرض

(١) الأعمال المصرفية والإسلام ، ص ٢١٠ .

(٢) المراد به نقله من شرح العيني على متن الكنز ، وقد تقدم ص ٤٣٤ في أول مبحث مناقشة تخريج القول بأنه صلح .

(٣) انظر : التفريق بين ما إذا كان الصلح لحظ المقرض أو لحظ المقرض عند الكاساني فيما سيأتي .

(٤) انظر : محاسبة البنوك ، ص ١ ، ص ٩٨ .

يشترطها ، واشتراط المصرف هذه الزيادة لصالحه إنما هو بقصد المعاوضة لا الاسقاط ، بخلاف ما لو كانت لحظ المقترض «المظهر» ، وفي هذا يقول الكاساني مفرقاً بين الصورتين :

« ولو صالح على أقل من حقه قدرأ ووصفاً بأن صالح من الألف الجياد على خمسمائة مبهرجة يجوز أيضاً ، ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلاً ، والابراء عن الباقي أصلاً أو وصفاً ولو صالح على أكثر من حقه قدرأ ووصفاً بأن صالح من ألف مبهرجة على ألف وخمسمائة جياد ، أو صالح على أكثر من حقه قدرأ لا وصفاً بأن صالح من ألف جياد على ألف وخمسمائة مبهرجة لايجوز لأنه ربا لأنه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض ، واسقاط الباقي» (١).

وقد يقال إن ما نحن فيه يتفق مع ما تقدم نقله عن العيني والكاساني إذ الخاصم صالح المصرف على أقل من حقه فإذا كانت قيمة الكمالة ألفاً مثلاً أخذ منها تسعمائة وأربعين ويتنازل للمصرف عن الباقي ، قلت هذا مردود بما يلي :

أولاً : إن ما ذكره الكاساني ومثله ما نقله عن العيني ، واعتمد عليه في تخريجه هذا موضوعه الصلح في الدين إن كان من دراهم على دراهم ، ولهذا فقد صدره الكاساني بقوله :

(١) بدائع الصنائع ، ٤٣/٦ .

(وان كان ديناً فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين : إما إن صالح على خلاف جنسها أو على جنسها وإن صالح منها على جنسها فإن صالح من دراهم على دراهم إما إن صالح على مثل حقه وإما إن صالح على أقل من حقه ، وإما إن صالح على أكثر من حقه) ثم أتى إلى بيان ما تقدم نقله عنه قبل قليل ^(١) .

ومثل هذا ذكر العيني إذ يقول :

(الصلح عما استحقه بعقد المداينة مثل البيع نسيئة ، ومثل الاقراض أخذ لبعض حقه واسقاط للباقي) ^(٢) .

وإذا كان موضوع الصلح ديناً ، والصلح من دراهم على دراهم ، وإذا كان أصحاب هذا التخريج هذا ما قصده بدليل ما استشهدوا به واعتمدوا عليه مما تقدم نقله عن العيني فإن تنزيل الخصم على هذا يحتاج إلى تحقيق مسألتين :

أولهما : تحديد الدائن والمدين في عملية الخصم .

وثانيهما : تحديد الدين (الحق) في عملية الخصم كذلك .

أما الدائن فهو المصرف بدليل أنه قدم نقوداً للخاصم على أن يسترد مثلها بعد أجل مسمى إضافة إلى ما أخذه مقدماً من زيادة .

(١) بدائع الصنائع ، ٤٣/٦ .

(٢) رمز الحقائق ، ١٦٧/٢ .

وأما الحق الذي يمكن أن يصطلح على أقل منه أو أكثر منه فهو القرض الذي استقرضه الخاص من المصرف ، ولم يرد بدله بعد .

أما مبلغ الكمبيالة فلا يصلح أن يعتبر الحق المصطلح على أقل منه ، ذلك أن الدين الثابت بالكمبيالة ليس طرفاه الخاص والمصرف ليصطلحا فيه ، لكن طرفاه الخاص والمسحوب عليه فلو تم الصلح بينهما أي بين الخاص والمسحوب عليه على أن يأخذ الخاص أقل من قيمتها لكان صحيحاً ، ولو وقع الصلح بين المصرف - بعد تظهير الكمبيالة له - وبين المسحوب عليه على أن يأخذ المصرف أقل من مبلغها لكان صحيحاً إذ المصرف بعد تظهير الكمبيالة إليه أصبح دائئاً للمسحوب عليه بقيمة الكمبيالة .

وعلى فرض أن الخاص مدين للمصرف بمبلغ الكمبيالة بموجب التضامن بين الموقعين عليها - حسبما يقتضيه النظام - والخاص موقع عليها فيكون ضامناً للمصرف الوفاء بقيمتها ، ومن ثم يكون مديناً له بحكم هذا الضمان ، وموضوع الدين مبلغ الكمبيالة ، وعليه يمكن اعتباره المصالح عنه ، فإن الصلح غير مستقيم على هذا الفرض لأن الدائن صالح على أكثر من حقه فيكون ربا ، وهو ما تقدم نقله عن الكاساني قبل قليل ، وقد اجتمع هاهنا ربا الفضل والنسيئة ، أما الفضل فللزيادة مع اتحاد الجنس ، وأما النسيئة فلأن مبلغ الكمبيالة ليس حالاً لكنه مؤجل بأجل يحل عنده .

وقد يقال إن الزيادة التي حصل عليها المصرف من الخاصم هي من قبيل حسن القضاء ، وقد جاء في الحديث عن أبي رافع (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً فقال أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء^(١) .

ويجاب عن هذا بأن الحديث محمول على الزيادة غير المشروطة^(٢) أما المشروطة فهي ربا للحديث :

(كل قرض جر منفعة فهو ربا)^(٣) .

(١) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة ، باب من استسلف شيئاً ف قضى خيراً منه ، ٤١٣/٣ ، رقم ١٦٠٠ .

(٢) الجمع بين الحديثين بحمل الأول على الزيادة غير المشروطة ، وحمل الثاني على الزيادة المشروطة هو ما فهمه العلماء المحققون ، انظر في هذا : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٥/٣ ، مغني المحتاج ، ١١٩/٢ ، المغني ٣٥٤/٤ ، ٣٥٦ .

(٣) لم يصح في رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم شيء ، انظر في هذا التلخيص الحبير ، لابن حجر ، كتاب البيوع ، باب القرض ، ٣٤/٣ ، وانظر سبل السلام ، ٤٩/٣ .

قلت : لكن يشهد لصحة معناه ما رواه البخاري موقوفاً على عبد الله بن سلام : (انك بأرض الربا فيها فاش ، إذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تب ، أو حمل شعير ، أو حمل قن فإنه ربا) البخاري ، كتاب المناقب ، =

ثانياً : أنه لا حق للخاصم على المصرف ليبرئه منه أو يسقطه عنه بعضه أو كله ، بل الخاصم هو المدين للمصرف ، وإذا كان ذلك كذلك فإن حمل سعر الخصم « الفائدة » على أنه إبراء للمصرف غير مستقيم لأن ذمة المصرف غير مشغولة أصلاً بمبلغ الكمبيالة لأنه ليس المدين بها لكنه الدائن ، فكيف يُبرأ من شيء لم يثبت في ذمته أصلاً ؟!

المطلب السادس : رأيي في تخريج الخصم :

معلوم أن عملية الخصم ينشأ منها علاقتان :

أ - علاقة بين المصرف ، وعميله الخاصم .

ب - وعلاقة بين المصرف ، والمسحوب عليه (المدين الأصلي بالكمبيالة) .

وفيما يلي بيان تخريج كلٍّ من العلاقتين :

المقصد الأول : رأيي في تخريج علاقة المصرف بعميله الخاصم

سبق إيراد تخريجين لهذه العلاقة ، ومناقشتهما :

أحدهما : تخريج الخصم في هذه العلاقة على أنه قرض ^(١) .

باب مناقب عبد الله بن سلام ٢٣٠ / ٤ . كما تعضده جملة آثار في هذا المعنى ، جاءت عن عدد من الصحابة رضي الله عنهم ، كابن عباس ، وابن مسعود ، وأنس بن مالك ، وزر بن حبيش ، وفضالة بن عبيد . انظر السنن الكبرى للبيهقي ، ٣٤٩ / ٥ - ٣٥٠ .

(١) انظر : ص ٦٣٧ .

وثانيهما : تخريجه على أنه بيع دين بنقد من جنسه بزيادة في أحد
العوضين^(١) .

والذي يظهر لي أن التخريجين يصيران إلى ؟ أمر واحد هو الربا ،
فإن القرض مقصوده الاحسان والارفاق ، فإذا خرج عن هذا المقصود كان
ربا .

وإن البيع إذا كانت المعاوض فيه ليس لها مقابل صحيح كانت ربا ،
والزيادة في الخصم إنما هي بمقابلة الأجل ، فكانت ربا .

وإذا كان الربا هو ما تؤول إليه حقيقة الخصم فلنسمه «ربا» وكفى دون
حاجة إلى إضافة إسم البيع أو القرض إليه ، وقد تقدم بيان ذلك كله عند
مناقشة رأي السنهوري في الربا^(٢) .

وإذا أخلص إلى أن الخصم ربا فإنني لست بحاجة إلى مناقشة ما
يمكن إيراده عليه من اعتراض ، واحتجاج بأقوال تستخرج القرض من
الربا فقد مهدت له في باب الربا ، وبينت ذلك كله فليرجع إليه^(٣) .

المقصد الثاني : رأيي في تخريج علاقه المصرف المسحوب عليه «المدين
الأصلي بالكمبيالة» :

(١) انظر : ص ٦٤٦ .

(٢) انظر : ص ٨٥ - ٨٨ .

(٣) انظر : ص ٢٧ وما بعدها .

أما علاقة المسحوب عليه بالمصرف فإنها كعلاقة المسحوب عليه بأي مظهرٍ إليه من حملتها الذين سبقوا المصرف .

وقد تقدم بيان تلك العلاقة في مبحث تخريج التظهير^(١) إذ خُرِجَتْ باعتبار فروض عدة، وأطوار عدة، وكان تلك التخريجات مختلفة باختلاف فرضها، وطوارها، فما قيل هنالك يمكن أن يقال ها هنا .

غير أن الفرض الغالب ها هنا هو أن البنك لا يخصم إلا كمبيالة مقبولة من لدن المسحوب عليه، والغالب أن المسحوب عليه لا يقبل إلا كمبيالة قد وصلت فيمتها قبل حلول أجلها .

كما أن المظهر ها هنا وهو «الخاصم» قد ضمن للمصرف الوفاء عند تعذره من المسحوب عليه .

وعلى هذا فإن أولى تخريج بهذا العلاقة هو ما خرج عليه الفرض الثاني من فروض التظهير، وقد تقدم بيانه^(٢)، وهو متردد بين الكفالة، والحوالة .

* * *

(١) انظر : ص ٥٩٨ وما بعدها .

(٢) انظر : ص ٦٠٣ .

المبحث السادس

تخريج الاعتماد بالقبول، ومناقشته

تقدم في الجانب المصرفي بيان القبول ^(١) ، وفي هذا المبحث سأعرض لتخريجه من خلال ذكر ما سبق أن قيل فيه من تخريج ، ومناقشته ، ومن ثم بيان رأيي في تخريجه ، وبيان ذلك ما يلي من مطالب :

المطلب الأول : تخريجه على أنه وكالة ومناقشته :

كان مما خرج عليه القبول تخريجه على أنه وكالة ، جاء في تطوير الأعمال المصرفية ما نصه :

(. . . .) أقرب تكييف ممكن التطبيق على هذه العملية هو أنها توكيل مأموره لقبول الكمبيالة المسحوبة نيابة عن العميل ذي العلاقة ، وعلى مسؤوليته ، وبذلك يكون القبول المصرفي متشابهاً مع حالة خطاب الضمان بالنسبة لعلاقة العميل بالمصرف ^(٢) .

المناقشة :

قلت : وهذا التخريج يناقش من وجهين :

(١) انظر : ص ٥٧٨ من هذه الرسالة .

(٢) تطوير الأعمال المصرفية ، ص ٣٠٢ .

الوجه الأول : أنه عد محل التوكيل القبول حيث قال في تخريجه المتقدم :

(.) توكيل مأمور به لقبول الكمبيالة المسحوبة عليه نيابة عن العميل (.) وهذا يناقض ما قدمه من تعريف للقبول قال فيه ما نصه :
(فالقبول المصرفي إذن هو عبارة عن قيام البنك بدور المسحوب عليه ليقبل بهذه الصفة الكمبيالة التي يسحبها عليه عميله أو الطرف الآخر الذي يتعامل معه العميل) .

فإذا ضم ما بدأ به من تعريف إلى ما انتهى إليه من تكييف ظهر التناقض واضحاً إذ الوكالة إنابة جائز التصرف مثله فيما له فعله حال الحياة^(١) ، ولما كان المسحوب عليه - كما ذكر في تعريفه - هو المصرف فإن مقتضى ذلك أن يكون الساحب هو العميل ، وإذا كان العميل هو الساحب فانه لا يملك القبول إذ هو ليس من فعله لكنه فعل المسحوب عليه ، وإذا لم يكن للعميل فعله فكيف ينب غيره فيما ليس له فعله ؟ !

وقد يقال إن اعتبار المصرف نائباً عن العميل آت من جهة أن العميل قدم للمصرف مقابل الوفاء بالكمبيالة قبل حلول أجلها إذ المصرف يشترط عليه ذلك في عقد القبول ، وحينئذ يكون المصرف نائباً عنه في الأداء للمستفيد ، ويجاب عن هذا من جهتين :

(١) انظر : مطالب أولي النهى ، ٤٢٨/٣ .

أولاهما : أننا مادمنّا في مبحث القبول فإنه لا ينبغي استخدام هذا اللفظ إلا فيما وضع له اصطلاحاً إذ هو ما يتبادر إلى الذهن في هذا المبحث ، واستخدامه في معنى غيره يلزم منه الوهم فكان الأولى اجتنابه .

وثانيتهما : أنه على التسليم بأن المعنى الاصطلاحي للقبول غير مقصود فإن ما ذكر غير مستقيم ذلك أن المصرف ما دام التزم الأداء للمستفيد من الكمبيالة سواء أدى له العميل مبلغها قبل حلول أجلها أو لم يؤده ^(١) فإن ذلك لا معنى له سوى الكفالة (الضمان) إذ حق المستفيد يلزم العميل من جراء هذا التعهد دون توقف على ما قدمه أو سيقدمه العميل ، وهذه حقيقة الكفالة ^(٢) ، وبتحقق هذا فإنه لا أثر لما يقدمه العميل للمصرف فيما بعد إذ لا يصير العقد وكالة لما بينهما من فرق ^(٣) ، ومنه يتضح أن للمصرف فيما بعد إذ لا يصير العقد وكالة لما بينهما من فرق ^(٤) ، ومنه يتضح أن الالتزام الذي يرتبه القبول أشمل من الالتزام الذي يرتبه الوكالة فلا يستقيم التعبير عنه بأنه إنابة فضلاً عن مقصودها .

(١) تقدم بيانه في الجانب المصرفي عند بيان التزام البنك نحو المستفيد في هذا الفصل ص ٥٨٢ .

(٢) انظر : مبحث الاعتماد المستندي ص ٤١٣ .

(٣) انظر أيضاً مبحث الاعتماد المستندي ص ٤١٣ .

(٤) تطوير الأعمال المصرفية ، ص ٣٠٢ .

وعلى القول بأن القبول كفالة كما تقدم تقريره يكون العميل خارج إطار العقد إذ هو مكفول عنه ، ومعلوم أن المكفول عنه ليس طرفاً في انعقاد الكفالة ، فلا تتأثر بما بينه وبين المصرف من شرط ^(١) .

الوجه الثاني : أن مبناه في تخريجه القبول على أنه وكالة غير صحيح ذلك أنه في تخريجه القبول شبهه بعلاقة المصرف بالعميل في حالة خطاب الضمان وفي هذا يقول : (وبذلك يكون القبول المصرفي متشابهاً مع حالة خطاب الضمان بالنسبة لعلاقة العميل بالمصرف) .

وبالرجوع إلى تكييفه المشبه به وهي علاقة المصرف بالعميل في خطاب الضمان وجد تخريجه لها بما نصه :

(وأن تكييف خطاب الضمان المصرفي على أنه وكالة لا يبدو متبايناً مع نظرة المفسر الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك تماماً كما يرجع الوكيل لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء ، وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يمكن أن يفتح المجال للقول باستحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وكل به حيث أن الوكالة يمكن أن تكون بأجر فتأخذ أحكام الاجارة ، وذلك على عكس ما لو بقيت كفالة بمعنى الضمان حيث لا توجد آراء

(١) انظر فتح القدير ، ٤٠٧/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،

فقهاء تؤيد حق الضامن بأخذ الأجر^(١) .

وهذا التخريج غير صحيح من جهة مبناه ومن جهة مؤداه : أما من جهة مبناه فلأنه بني على مقدمة خاطئة هي قوله (لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء) ، وهذا غير صحيح لما بين الكفالة والوكالة من فرق عائد إلى حقيقتيهما^(٢) يستبين منه أن الكفالة أعم وأشمل من الوكالة ، وكون الوكالة داخلة في عمومها فإن ذلك لا يصيرها وكالة لما فيها من قدر زائد عليها هو حقيقتها ، ومقصودها .

وقد يقال بأن العميل حال خطاب الضمان قدم للمصرف مبلغ خطاب الضمان فكان المصرف بهذا وكيلاً عن عميله بالأداء للمستفيد ، والجواب عنه هو الجواب عن القول بأن العميل في حال القبول يقدم للمصرف مبلغ الكمبيالة قبل حلول أجلها ، وبهذا يكون المصرف وكيلاً عن عميله بالأداء للمستفيد ، وقد تقدم رده قبل قليل^(٣) .

وأما من جهة مؤداه فلأنه قصد بهذا التحوير لمفهوم الكفالة (الضمان) صرف العقد عن تخريجه على أنه ضمان - كيلا يمنع الأجر عليه - إلى القول بتخريجه على أنه وكالة ليقال بصحة أخذ الأجر عليه ، يوضحه

(١) المرجع السابق ، ص ٣٠٠ .

(٢) انظر بيان ذلك في مبحث الاعتماد المستندي ص ٤١٣ .

(٣) انظر : ص ٦٦٨ ، ٦٦٩ .

قوله: (وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يمكن أن يفتح المجال للقول باستحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وكل به على عكس ما لو بقيت كفالة . . .)^(١).

وهذا منهج غير مستقيم إذ الحكم على العقود ينبغي أن يكون مبناه مقاصدها، وحقائقها دون تحيز مسبق للقول بحل أو حرمة.

المطلب الثاني: تخريجه على أنه تعهد (ضمان) من نوع خاص ومناقشته:

هذا، وقد خرج الاعتماد بالقبول على أنه ضمان من نوع خاص، جاء في المصارف والأعمال المصرفية ما نصه: (ومن الناحية الفقهية الشرعية يعتبر قبول المصرف للكمبيالة أو السند الإذني نوعاً من التعهد من قبل المصرف بالدين يسمح للدائن أن يرجع عليه إذا تخلف المدين عن الوفاء، وهذا التعهد مشروع ولكنه ليس عقد الضمان بمعناه الفقهي المعروف، لأن عقد الضمان يُنتج نقل الدين من ذمة لا ضم ذمة إلى ذمة أو مسؤولية إلى مسؤولية، ومن الواضح أن المصرف في قبوله الكمبيالة لا يقصد نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمته.

ويمكن القول بأنه يوجد معنى آخر غير نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة آخر، وغير جعل الضامن نفسه مسؤولاً عن نفس المبلغ الذي يكون المدين مسؤولاً عنه على نحو ضم مسؤولية إلى مسؤولية، وهذا المعنى

(١) تطوير الأعمال المصرفية، ص ٣٠٠.

الآخر هو أن يكون الضامن مسؤولاً عن أداء الدين إلى الدائن فالضمان هنا ليس ضماناً لنفس مبلغ الدين إما بدلاً عن المدين الأصلي أو منضماً إليه ، وإنما هو ضمان لأدائه مع بقاء الدين في ذمة المدين الأصلي وتحمله المسؤولية فهذا المعنى وإن كان يؤدي إلى تحمل المدين والضامن معاً للمسؤولية ، إلا أن متعلق المسؤولية مختلف ، فالمدين والضامن ليسا هنا مسؤولين ومشتغلي الذمة بذات المبلغ ، بل المدين هو المسئول ، ومشغول الذمة بذات المبلغ ، والضامن تقتصر مسؤوليته على ضمان أداء ذلك المبلغ ، أي أنه مسئول عن خروج المدين عن عهدة مسؤوليته ، وتفريغ ذمته ، وعليه فليس للدائن أن يرجع إبتداء على الضامن للمعنى المذكور ، ويطالبه بالمبلغ المقترض ، ومثل هذا التعهد من الضامن إنما ينتهي إلى استحقاق الدائن للمطالبة من ذلك الضامن فيما إذا امتنع المدين عن الوفاء إذ أن معنى هذا الامتناع أن ما تعهد به الضامن وهو أداء المدين للدين لم يتحقق ، ولما كان الأداء بنفسه ذا قيمة مالية ، والمفروض أنه تلف على الدائن بامتناع المدين عنه قصوراً أو تقصيراً ، فيصبح مضموناً على من كان متعهداً به ، وتشتغل حينئذ ذمة الضامن بقيمة الأداء التي هي قيمة الدين ، وعلى ذلك فإن قبول المصرف للكمبيالة أو للسند الإذني على أساس الضمان بالمعنى المشار إليه ينتج عنه اشتغال ذمة المصرف بقيمة الكمبيالة أو السند الإذني ولكن لا على أساس انتقال ذمة المدين بالكمبيالة أو السند الإذني إلى ذمة المصرف ، ولا على أساس ضم مسؤولية المصرف إلى مسؤولية هذا المدين ، بل على أساس امتناع المدين

عن الأداء ، وهو امتناع يؤدي إلى تلف على الدائن « المستفيد » ومن ثم يصبح مضموناً على من كان متعهداً به « المصرف » .

ومن التكييف القانوني والشرعي لعمليات الاعتماد بالضمان السابق عرضها يتبين لنا أن محاور هذه العمليات هو عقد الضمان أو الكفالة^(١) .

المناقشة :

ومما تقدم نقله عن المؤلف بنصه يتضح أنه لم يشأ تخريج القبول على الضمان المعروف لأنه - كما يقول نقل الدين من ذمة إلى ذمة ، ومعلوم أن المصرف لم يقصد هذا .

والسؤال هنا : ما الذي دفع المؤلف إلى اختيار هذا المعنى للضمان رغم أنه خلاف الراجح لدى الفقهاء ، كما أن المصرف لا يقصده ؟

إن كان لترجح دليله لديه ، فلا تثريب عليه ، وله سلف من العلماء قال به^(٢) .

(١) المصارف والأعمال المصرفية ، غريب الجمال ، مصر ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ص ١٢٥ ومابعدا ، وانظر في أصل الفكرة : البنك اللاربوي في الإسلام ، ص ٢٣١ .

(٢) القائلون بأن الكفالة نقل للحق هم الظاهرية ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة وأبو ثور ، انظر : المحلى ، ١١٣/٨ ، المغني ، ٦٠٣/٤ .

كما أنه لم يشأ أن يخرج القبول على الضمان المعروف باعتباره ضم
ذمة إلى ذمة ، وهنا أتساءل أيضاً ما الذي عزف به عن هذا المعنى رغم أنه
الراجح لدى الفقهاء ^(١) ؟

إن كان لعدم ترجح دليله لديه ، فلا تثريب عليه ، وله سلف من
العلماء قال به .

ثم أنه خرج على أنه ضمان لا لمبلغ الدين إما بدلاً عن المدين
الأصلي ، أو منضمًا إليه ، وإنما هو ضمان لأدائه مع بقاء الدين في ذمة
المدين الأصلي ، وهذا الضمان ينتهي إلى استحقاق الدائن للمطالبة من
ذلك الضامن فيما إذا امتنع المدين عن الوفاء باعتبار الأداء ذا قيمة مالية ،
وامتناع المدين الأصلي عنه تلف فيكون هذا التلف مضمونا على المتعهد به
وهو الضامن وفي هذا يقول :

(ولما كان الأداء بنفسه ذا قيمة مالية ، والمفروض أنه تلف على الدائن
بامتناع المدين عنه قصوراً أو تقصيراً ، فيصبح مضموناً على من كان
متعهداً به ، وتشتغل حينئذ ذمة الضامن بقيمة الأداء التي هي قيمة
الدين) ^(٢) .

(١) القائلون بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق هم الجمهور من الحنفية
والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، انظر : شرح فتح القدير ٣٨٩/٥ ، حاشية
الدسوقي على الشرح الكبير ، ٣/٣٢٩ ، مغني المحتاج ، ٢/١٩٨ ، المغني ،
٥٩٠/٤ .

(٢) المصارف والأعمال المصرفية ، غريب الجمال ، ص ١٢٥ ومابعداها .

هذا التكلف يبدو غريباً على الذوق الفقهي ، وقد احترت في تفسيره ، والوصول إلى حيثياته إذ لم يذكر المؤلف دليلاً يدل عليه ، ولم يعز إلى مرجع يرجع في تفسيره إليه ، ومع طول بحث توصلت إلى أصل هذا الرأي في البنك اللاربوي في الإسلام لمؤلفه محمد باقر الصدر إذ هو صاحب الآراء المتقدمة ، وبهذا انكشف لي سر العزوف عن تخريج القبول على أي معنى من معاني الضمان المعروفة لدى الفقهاء على نحو لم يعد يتسع لتخريجه إلا معنى متكلفاً للضمان لا يقصد به الضمان بمعناه الفقهي المعروف ، وأحسب السرف في هذا كله أن صاحب هذا الرأي محمد باقر الصدر يعتمد المذهب الامامي الذي لا يتسع لتخريج الاعتماد بالقبول على أنه ضمان ، مما حدا به إلى هذا التكلف ، يوضح هذا قوله :

(لا نقصد بهذا التعهد عقد الضمان بمعناه الفقهي المعروف لأن عقد الضمان يتج بناء على القول المشهور في فقهاء الإمامي نقل الدين من ذمة إلى ذمة لا ضم ذمة إلى ذمة أو مسؤولية إلى مسؤولية ، ومن الواضح أن البنك في قبوله للكمبيالة لا يقصد نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمته ، وإذا أنشئ عقد الضمان وأريد به أن يتج ضم ذمة إلى ذمة كان ذلك باطلاً شرعاً ، وعليه فنحن لا نريد أن نفسر قبول البنك للكمبيالة على أساس عقد الضمان بمعناه الفقهي المعروف ، ولكننا نرى أن هناك معنى ثانياً غير نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة أخرى وغير جعل الشخص

الآخر نفسه مسؤولاً عن نفس المبلغ الذي يكون المدين مسؤولاً عنه على نحو ضم مسؤولية إلى مسؤولية ، وهذا المعنى الثالث هو أن يكون الشخص الآخر مسؤولاً عن أداء الدين إلى الدائن بأن يقول للدائن مثلاً : أنا أتعهد بأن دينك سيؤدى إليك ، فالضمان هنا ليس ضماناً نفس مبلغ الدين إما بدلاً عن المدين الأصلي أو منضمّاً إليه ، وإنما هو ضمان لأدائه مع بقاء الدين في ذمة المدين الأصلي ، وتحمله لمسؤوليته وأما المعنى الثالث فهو وإن كان يؤدي إليّ تحمل المدين والضامن معاً للمسؤولية إلا أن متعلق المسؤولية مختلف ، فإن المدين والضامن ليسا في المعنى الثالث مسؤولين ومشتغلي الذمة بذات المبلغ ، بل المدين مسؤول ومشغول الذمة بذات المبلغ ، والضامن مسؤول عن أداء ذلك المبلغ ومثل هذا التعهد من الضامن إنما ينتهي إلى استحقاق الدائن للمطالبة من ذلك الضامن فيما إذا امتنع المدين عن الوفاء فإن معنى هذا الامتناع أن ما تعهد به الضامن ، وهو أداء المدين للمدين لم يتحقق ، ولما كان الأداء بنفسه ذا قيمة مالية ، والمفروض أنه تلف على الدائن بامتناع المدين عنه قصوراً أو تقصيراً فيصبح مضموناً على من كان متعهداً به ، وتشتغل ذمة الضامن حيثئذ بقيمة الأداء التي هي قيمة الدين)^(١) .

(١) البنك اللاروي في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، بيروت ، دار المعارف ،

قلت : وإذا كان الصدر معذوراً في هذا التكلف بأعباره إمامياً لا يسعفه فقهه في الوصول إلى ما يريده ، فما الذي يعذر المتتبعين إلى فقه أهل السنة والجماعة في هذا التكلف رغم عدم حاجتهم إليه إذ فقه السنة مسعف في تخريج الاعتماد بالقبول على أنه ضمان ذو أدنى تكلف كما سيأتي بيانه فيما يلي :

المطلب الثالث : رأيي في تخريج الاعتماد بالقبول

معلوم أن المصرف عمله الأساسي إقراض النقود ، ولكنه قد يقوم بإقراض من نوع آخر أقل كلفة من النقود ، هو إقراض توقيعه ، وبمعنى أصح تأجير توقيعه من خلال عملية القبول ، وفيها يوقع على كمبيالة يسحبها عليه عميله ، ومن ثم يستحق بهذا التوقيع أجراً ، لكنه يلزم منه أداء البنك للمستفيد وإن لم يعطه العميل مقابل وفاء الكمبيالة «مبلغها» فتؤول العملية إلى قرض نقدي ، وإن لم يكن ذلك مقصوداً إذ مقصودها تأجير التوقيع الذي يعبر عنه بإقراض التوقيع ، وفيما يلي إيضاح هذا المقصود :

جاء في العقود وعمليات البنوك التجارية :

(توقيع البنك له قيمته الائتمانية فهو يستند إلى مركز البنك المالي وسمعته لذلك يكفي في كثير من الأحيان أن يستند العميل إلى هذا التوقيع دون أن يؤدي ذلك إلى خروج مبلغ نقدي من خزانة البنك إليه

فيقال إن البنك قد أقرض توقيعه للعميل^(١) .

وجاء في موسوعة أعمال البنوك :

(وللبنك مصلحة في إجراء عمليات القبول لأنها تدر عليه عمولة مناسبة ، وفي نفس الوقت لا يدفع شيئاً عند القبول وإنما يتعهد فقد بدفع قيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاقها ، وعندما يحل هذا الميعاد يكون البنك قد تلقى من العميل مقابل وفاء الكمبيالة لأنه يشترط ذلك عليه في عقد القبول)^(٢) .

وفي بيان أن الأصل في مسألة الاعتماد بالقبول هو أن يقدم العميل للمصرف قيمة الكمبيالة قبل حلول أجل الوفاء بها يقول علي جمال الدين عوض :

(لأن الأصل أن العقد لا يلزم البنك بالوفاء بقيمة الورقة من خزينته . . . فإن تأخر المستفيد ، واضطر البنك إلى الوفاء من ماله كان له دعوى باسترداد ما دفعه عن العميل وبتعويض عن تعطل المبلغ المدفوع)^(٣) .

(١) العقود وعمليات البنوك التجارية ، علي البارودي ، ص ٣٨٧ وما بعدها .

(٢) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، محيى الدين إسماعيل علم الدين ، ١٠٤٣/٢ وما بعدها .

(٣) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥٢٤ .

واضح من النقول المتقدمة أن المصرف في عملية القبول لا يرغب أن يقرض عميله (ساحب الكمبيالة) نقوداً إذ لو كان يرغب ذلك لما اشترط عليه في عقد القبول أن يقدم له مقابل الوفاء قبل موعد استحقاق الكمبيالة ، ولدأب على عاداته يقرض نقوداً ويمنح أجلاً يستحق مقابله فائدة- ، كما هو الشأن في عملية الخصم ، وغيرها من صور الإقراض المختلفة .

ولئن كان المصرف يشترط على عميله أن يقدم له مبلغ الكمبيالة قبل حلول أجلها فإن ذلك لا يعفيه من مسؤولية الأداء للمستفيد إذ هو ملزم في نظام الكمبيالة بالوفاء للمستفيد وإن لم يعطه العميل مبلغ الكمبيالة . ولما كان القبول ينتج هذا الالتزام فإنه يخرج على أنه ضمان إذ تلك حقيقة الضمان ، وقد تقدم تحقيق ذلك ، ودفع ما يشبهه بسببه أنه وكالة ، تقدم ذلك كله في مبحث مناقشة تخريج القبول على أنه وكالة^(١) .

تنزيل القبول على الضمان (الكفالة) :

وبناء على تخريجه أنه ضمان (كفالة) فإنه يمكن تنزيلها على النحو التالي :

الكفيل : المصرف

المكفول عنه : العميل

(١) انظر : ص ٦٦٨ ، ٦٦٩ من هذه الرسالة .

المكفول له : المستفيد من الكمبيالة (المحررة باسمه)

المكفول به : الدين المحرر بالكمبيالة .

انعقاده : أما عن كيفية الانعقاد فإن العميل وهو المكفول عنه قد تقدم إلى البنك طالبا قبوله الكمبيالة من خلال توقيعه عليها ، وهذا إيجاب فإذا وقع البنك على الكمبيالة عد ذلك قبولا من البنك لإيجاب عميله ، وبهذا يتحقق رضا الكفيل ، والمكفول عنه ، على أن المكفول عنه لا يشترط رضاه في الكفالة ^(١) ، أما المكفول له (المستفيد) فالراجع لدى الفقهاء عدم اشتراط رضاه أيضا ^(٢) ، وعلى فرض القول به فإن العرف جار بين التجار بقبول الكمبيالة المقبولة من البنك ، والثقة بها ، بل وربما طلبوا من عملائهم قبول البنك لها فكان ذلك قبولا منهم ، إضافة إلى أن تسلم المكفول له (المستفيد) الكمبيالة المقبولة من البنك وعدم اعتراضه عليها ، بل ومطالبة البنك بقيمتها كل ذلك دليل على قبولها ، وبه يتحقق رضى المكفول له (المستفيد) .

وقد يقال بتخريج القبول على أنه حوالة على فرض وجود حساب دائن للعميل (الساحب) لدى البنك قبل قبوله الكمبيالة ، لكن ذلك لا

(١) انظر فتح القدير ، ٤٠٧/٥ وما بعدها ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،

٣٠١/٢ ، مغني المحتاج ، ٢٠٠/٢ ، المغني ، ٥٩١/٤ .

(٢) انظر فتح القدير ، ٤١٧/٥ وما بعدها ، التاج والإكليل لمختصر خليل ،

١٠٠/٥ ، مغني المحتاج ، ٢٠٠/٢ ، المغني ، ٥٩١/٤ .

يترجح لي إذ قبول البنك الكمبيالة لا تبرأ به ذمة عميله الساحب فيكون
القبول كفالة رغم ذلك، وقد تقدم بيانه في موضعه^(١).

* * *

(١) تقدم بيانه في مبحث تخريج التظهير، ص ٦٠٧.

المبحث السابع

حكم عائد البنك من الكمبيالة

عائد البنك من الكمبيالة يتمثل في أمرين :

أ - ما يأخذه بمقابلة الخصم .

ب - ما يأخذه بمقابلة القبول .

وفيما يلي بيان حكم كل منهما :

المطلب الأول : حكم ما يأخذه البنك بمقابلة الخصم

تقدم في الجانب المصرفي من مبحث الكمبيالة أن ما يأخذه البنك بمقابلة الخصم مكون من ثلاثة عناصر^(١) :

أولها - الفائدة : وهي مقابل الأجل وتحسب عن المدة من تاريخ الخصم حتى تاريخ الاستحقاق ، وتحدد بنسبة مئوية مرتبطة بقيمة الكمبيالة ، ومدتها (أجلها) .

وثانيها - العمولة : وتؤخذ - على حد زعم البنوك - بمقابل الخدمات التي يؤديها المصرف لعميل ، وحدد بنسبة مئوية مرتبطة بقيمة الكمبيالة دون أجلها .

(١) انظر : ص ٥٦٣ .

وثالثها - مصاريف التحصيل : وتؤخذ بمقابلة ما يتحمله المصرف في سبيل تحصيل الكمبيالة عند حلول أجلها من إخطارات ، ومراسلات وما شابه .

وتقدم تخريج الخصم على أنه قرض ، أو بيع دين بنقد من جنسه بزيادة في أحد العوضين ^(١) ، وهذه الزيادة هي عائد المصرف من الخصم ، وقد تقدم بيانها وعلى هذا :

وأما العمولة ، والمصاريف فغاية البنوك منها أن تجعلها رافداً للفائدة وسبيلاً للكسب من خلال تبريرها بدعوى الجهد ، والعمل والخدمة ، وما شابه ذلك ؛ وهي دعوى ينفيها الواقع ، أو أكثرها ، كما تقدم بيانه عند مناقشة حكم ما يؤخذ بمقابلة فتح الاعتماد البسيط ^(٢) .

المطلب الثاني : حكم ما يأخذه البنك عوضاً عن القبول .

تقدم تخريج القبول على أنه كفالة ، ومعلوم أن الكفالة لا يجوز الأجر عليها لأنها دائرة بين أمرين :

أ- إما أن يؤول الأمر إلى أن يؤدي الكفيل عن المكفول عنه فيكون مقرضاً له ، فيكون ما يأخذه بمقابلة القبول من عوض إنما هو زيادة على القرض ، وهو ربا .

ب - أو أن لا يؤدي الكفيل عن المكفول عنه شيئاً ، وحينئذ فإن ما

(١) انظر : ص ٦٣٧ ، ٦٤٦ .

(٢) انظر : ص ٣٧٤ .

يأخذه منه يكون باطلاً إذ لا مقابل له .

وقد تقدم بسط الكلام في منع الأجر على الكفالة في مبحث
الاعتماد المستندي^(١) .

* * *

(١) انظر : ص ٤٥٠ وما بعدها من هذه الرسالة .

الفصل الخامس

الأوراق المالية

- ١- المبحث الأول : الأوراق المالية.
- ٢- المبحث الثاني : شركة المساهمة.
- ٣- المبحث الثالث : الأسهم.
- ٤- المبحث الرابع : حصص التأسيس.

المجلد الخامس

الأوراق المالية

تمهيد :

الأوراق المالية تطلق على ما يصدر عن الشركات المساهمة من أوراق على ثلاثة أنواع :

أولها : الأسهم . وثانيها : السندات . وثالثها : حصص التأسيس .

وقد جاء في تعريفها : (هي صكوك الأسهم والسندات التي تصدرها الشركات ، أو البنوك ، أو الدولة أو غيرها من الهيئات العامة)^(١) .

وهذه الأوراق تكون مُتَجَرّاً للجمهور من خلال تملكها ، وتداولها وإذا كانت الأسهم والسندات ، وحصص التأسيس إنما تصدر عن الشركات المساهمة ، فما مناسبة إيرادها هنا في موضوع يخص أعمال البنوك ؟

والمناسبة ظاهرة ذلك أن الأسهم والسندات يتم تداولها عن طريق

(١) إدارة البنوك ، وبورصات الأوراق المالية ، محمد سويلم ، مصر ، الشركة العربية للنشر والتوزيع ص ٢٧١ .

البنوك ، فقد جاء في المادة « ٥٥ » من نظام الشركات السعودية ما نصه :
(إذا وجهت الدعوة إلى الجمهور للاكتتاب العام وجب أن يتم ذلك عن طريق البنوك التي يعينها وزير التجارة) .

وجاء في المادة « ١١٩ » منه : (إذا طرحت سندات قرض للاكتتاب العام وجب أن يتم ذلك عن طريق البنوك التي يعينها وزير التجارة) .
وبهذا أصبحت عملاً من أعمال البنوك فناسب إيرادها .

ولما كانت الشركة المساهمة هي مصدر هذه الأوراق المالية فإن الكلام عن الأوراق المالية يقتضي الكلام عن الشركة المساهمة مصدر هذه الأوراق ، فالبحث ها هنا مقيد في هاتين ، وهذا تفصيله .

* * *

المبحث الأول

الشركة المساهمة

تمهيد:

الشركة المساهمة أول ما نشأت في مدينة البندقية في إيطاليا ويرجع تاريخها إلى خمسمائة عام، وهي متأثرة بالنزعة الرأسمالية ذلك أن هدفها هو جمع المال ما أمكن، وفيه تقول سميحة القليوبي: «ويعتبر هذا النوع من الشركات أداة الرأسمالية في تجميع رؤوس الأموال، وتركيزها في قبضة بعض الأشخاص، وغالباً يؤدي ذلك إلى سيطرة أصحاب هذه الشركات على اقتصاد الدولة وسياستها»^(١).

ولذلك كان تنظيمها على نحو يسهل هذه الغاية من يسر في الدخول فيها وتداول أسهمها، وكان الاعتبار الشخصي فيها ليس أمراً مهماً لكن المهم هو جمع المال، ولئن كان هذا ميزة بالنظر إلى جمع المال المجرد إلا أنه عيب بالنظر إلى الأهداف والغايات، وفيه يقول عيسى عبده: «ومن عيوبها أنها تجمع الصالح والطالح من عباد الله في جمع واحد يقال له الجمعية العمومية للمساهمين، ولا خيار لأحدهم في أن يكون زميلاً في

(١) القانون التجاري، سميحة القليوبي، مطبعة جامعة القاهرة عام ١٩٨١ م،

هذا التنظيم لبعض خيار القوم أو لبعض الأشرار»^(١).

والشركات المساهمة وإن كانت من حيث الظاهر قادرة على تحقيق ما يعجز عن تحقيقه الأفراد ، بل وبعض الشركات الأخرى ، مما يدعو إلى الإعجاب بها إلا أن تاريخها الاحتكاري ، وتورطها في الربا سابقاً ، ولاحقاً يجهض هذا الإعجاب ، فأى فائدة في إنجاز وسيلته قوامها الاحتكار ، وغايتها جعل الصناعة ، والتجارة والمال في قبضة فئة من الاحتكاريين ، وفيه يقول عيسى عبده :

(وشركة المساهمة في واقع أمرها هي لا شركة بل منظمة مالية ، ومن أخطارها أنها مهدت في أواخر القرن التاسع عشر لظهور التنظيم الاحتكاري الأفقي والرأسي ، كما ظهرت صور ، وأشكال جبارة منها « الكارتل »^(٢) و

(١) العقود الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة ، عيسى عبده ، مطبعة النهضة الجديدة ، ط ١ لعام ١٣٩٧هـ ، ص ١٩ .

(٢) الكارتل ، والترست ، نوع من التنظيمات والاتحادات الاحتكارية جاء في الموسوعة الاقتصادية ما نصه :

(الكارتلات هي تجمعات احتكارية رأسمالية تتقاسم السوق الداخلية بسيطرتها المطلقة تقريباً على كل إنتاج البلاد .

إن الشركات المكونة ، للكارتل تتفق إما على اقتسام الأسواق ، أو على تحديد أسعار معينة للبيع ، أو على كمية السلع المنتجة ، أو على جميع الأمور أعلاه .

«الترست» ^(١) و «شركات المجموعة» و «الشركة الأم» و «الشركات الوليدة»، وتنبه بعض الحكومات لخطورة الاحتكار فتدخل بإصدار القوانين المنظمة، والممانعة ولكن خبراء التنظيم والإدارة تلمسوا المخارج في صور أخرى منها «التكامل» ^(٢).

ولنجاوز هذا كله إلى التعريف بها وتخريجها.

المطلب الأول - تعريفها :

أشار إلى التعريف بالشركة المساهمة بعض من كتب عنها من ناحية

الموسوعة الاقتصادية ، لمجموعة من الاقتصاديين ، إعداد وتعريب : عادل عبدالمهدي ، حسن الهموندي ، ص ٤٠٧ .

(١) (الترست شكل من الاحتكارات تتكون من تشكيلة مالية تسيطر على أسهم شركات معينة وتحولها إلى هيئة تشرف عليها ، مما يحول سلطة هذه الشركات إلى المجموعة المسيطرة على الهيئة . المرجع السابق ، ص ١٣٧ . وما ذكر غير الترست والكارتل فهو من نوع الاحتكارات ، جاء في الموسوعة الاقتصادية :

(ومهما كان شكل الاحتكارات فالهدف المقصود واحد ، وهو السيطرة على الانتاج والسوق من أجل تحقيق أرباح أعلى .

والأشكال الرئيسية للاحتكارات هي : الكارتل ، نقابات أرباب العمل الترست ، والكونسورتيوم أو اتحاد الشركات) . المرجع نفسه ص ٢٤ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٢ ، وانظر فقه الشركات ، أحمد محمد ، جامعة قطر ، ط ١ عام ١٤٠٤هـ ، ص ٢٨٢ ، وانظر شركات المساهمة في القطاع العام وفقاً لتعديلات ١١١ لسنة ١٩٧٥ م ، أبو زيد رضوان ، حسام عيسى ، مطبعة المدني بالقاهرة عام ١٩٧٦ م ، ص ٥-٧ .

فقهاء ، كما أشار إلى التعريف بها بعض ممن كتب عنها من ناحية قانونية ،
والتعريفان متقاربان فيما يبدو وهذا نصهما :

(هي شركة يكون لها رأس مال يقسم إلى أسهم متساوية القيمة
وتطرح هذه الأسهم في السوق لشرائها وتداولها ، فيكون لكل شريك
عدد منها بقدر ما يستطيع شراءه ، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا
في حدود أسهمه)^(١)

(هي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة
للتداول ، ولا يكون الشريك المساهم فيها مسؤولاً عن ديون الشركة إلا
بقدر عدد حصته في رأس المال ، ولا تعنون بإسم أحد الشركاء)^(٢)

والحق أن ما ذكر من تعريف الأولى به أن يكون وصفاً مميزاً للشركة
المساهمة عن غيرها من سائر الشركات لا تعريفاً ، إذ التعريف بالشيء
يفترض أن يفي ببيان أركانه ، وليس ذلك كذلك فيما ذكر أعلاه .

وقد أورد النظام السعودي في الأحكام العامة تعريفاً عاماً بالشركة
عموماً مساهمة كانت ، أو غير مساهمة قال فيه :

(الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في

(١) الشركات في الفقه الإسلامي ، علي الخفيف ، القاهرة ، مطابع دار النشر
للجامعات المصرية ، ١٩٦٢م ، ص ٩٦ .

(٢) الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ، مطبعة دار العالم
العربي ، ٢٧٦/١ ، وانظر : الوجيز في النظام التجاري السعودي ، سعيد
يحيى ، ص ١٩٠ .

مشروع يستهدف الربح ، بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ^(١) .

ثم في مبحث الشركة المساهمة ميزتها المادة ٤٨ منه عن غيرها بوصف قالت فيه :

(ينقسم رأس مال الشركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة ، وقابلة للتداول ، ولا يسأل الشركاء فيها إلا بقدر قيمة أسهمهم ، ولا يجوز أن يقل عدد الشركاء في الشركة المذكورة عن خمسة) .

هذا الوصف للشركة المساهمة هو ما عده بعض القانونيين والفقهاء تعريفاً لها كما تقدم ، على أن النظام لم يورده على أنه تعريف ، فدل ذلك على أن هذا التمييز اللاحق غير مستقل عن التعريف السابق في بيان الشركة المساهمة .

المطلب الثاني : تخريجها

بالنظر إلى تعريف الشركة المتقدم يتضح أن شركة المساهمة تتكون ماهيتها مما يلي :

- ١ - صيغة .
- ٢ - أطراف .
- ٣ - مال وعمل ^(٢) .

(١) انظر : م ١ من نظام الشركات السعودي ، وانظر : الوجيز في القانون التجاري ، سعيد يحيى ، ص ١٩٠ .

(٢) لا يجيز النظام أن يكون العمل وحده حصة في الشركة المساهمة ، انظر م ٩٩ . من نظام الشركات السعودي .

وهذه هي الأركان المعتبرة في الشركات التي لها أصل في الشرع وانهقد الإجماع عليها كالعنان ، والمضاربة ، فالمضاربة طرفاها رب المال ، والعامل ، وقوامها المال ، والعمل يسهم الأول في الأول ، ويسهم الثاني في الثاني ، بعد اتفاق مسبق بينهما .

والعنان أطرافها الشركاء ، وقوامها المال والعمل منهم ، بعد اتفاق سابق بينهما .

وفوق توافر أركان الشركة فيها فقد استجمعت الشروط المرعي اعتبارها في الشركة وهي :

- ١ - كون الربح جزءاً مشاعاً معلوماً^(١) .
- ٢ - كون الوضيعه على قدر المال^(٢) .
- ٣ - الاذن في التصرف من الشركاء لبعضهم^(٣) .

وعلى هذا فالشركة المساهمة لا تخلو من أصل شرعي ، وقد ذهب كثير من المعاصرين إلى القول بالحقاقها بشركة العنان^(٤) ، كما ذهب

(١) انظر الإنصاف ، ٤١٢/٥ ، الروض المربع ٢٤٥/٥ وما بعدها .

(٢) الروض المربع ، ٢٤٩/٥ .

(٣) المغني ٢١/٥ ، الانصاف ٤٠٨/٥ ، ٤٠٩ .

(٤) انظر الشركات في الشريعة الإسلامية ، القانون الوضعي ، عبد العزيز عزت الحياط ، الأردن ، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، ط ١ لعام ١٣٩٠ هـ ، ٢٠٨/٢ .

بعضهم إلى القول بالحقاقها بشركة المضاربة^(١) ، وذهب بعضهم إلى القول بالحقاقها بالعنان والمضاربة معاً في بعض أحوالها^(٢) .

وإذ نخلص إلى أن الشركة المساهمة لها أصل شرعي ، فهل معنى هذا القول بصحتها ، وصحة ما يصدر عنها ؟

مما لا ريب فيه أن الشركة المساهمة ، وإن اتفقت والشركات المعروفة في الفقه الإسلامي من حيث الماهية ، إلا أنها فيما عدا ذلك قد اختلفت من جراء تغيير وإضافات لم تكن معروفة في الشركات التي جاء ذكرها في كتب الفقه الإسلامي ، وليس هذا وحده مأخذاً على الشركة المساهمة إذ ليس من لازم صحة العقد أن يكون معروفاً في السابق ، لكن القول بصحة العقد مرهون بأن لا يخالف الشرع قديماً كان العقد أو حديثاً ، وعلى هذا فإن الحكم على الشركة المساهمة يقتضي أمرين هما :

١ - النظر في طبيعة عملها : فإن كانت تزاول عملاً محرماً كالربا - مثلما عليه المصارف الربوية اليوم - فلا ريب بحرمتها ، وهذا لا تنفرد فيه الشركة المساهمة ، بل إن أي شركة تزاول عملاً محرماً فإنه يقال بحرمتها حتى لو كانت معروفة في الفقه الإسلامي كالعنان ، والمضاربة .

٢ - النظر فيما تضمنته : والشركة المساهمة تتضمن إصدار ثلاثة

(١) انظر الشركات ، علي الخفيف ، ص ٩٦ .

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، صالح بن زابن المرزوقي ، مطابع الصفا ، مكة المكرمة ط عام ١٤٠٦ هـ ، ص ٢٩٩ .

أنواع من الأوراق المالية هي الأسهم ، والسندات ، وحصص التأسيس ،
وهذه الأوراق تكون متجراً للجمهور من خلال تداولها بيعاً وشراءً ،
وبيان حكم تداولها يقتضي النظر في كل نوع منها ، وهذا بيانه :

* * *

المبحث الثاني

الأسهم

المطلب الأول : تعريفها ، وبيان أنواعها :

المقصد الأول : تعريفها :

عرف السهم بأنه (صك يمثل حصة في رأس مال الشركة المساهمة) ^(١).

المقصد الثاني : أنواعها :

تنقسم الأسهم إلى أنواع عدة، والذي يعينينا من ذلك ما له أثر في الحكم عليه، وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى ما يلي :

أ- من جهة ما تخوله لحاملها من حقوق تنقسم إلى أسهم ممتازة، وأسهم عادية، وفي هذا يقول مصطفى كمال طه :

(لما كانت الأسهم متساوية القيمة فإن الأصل أنها تخول المساهمين حقوقاً متساوية، على أن نظام الشركة قد ينص على إصدار أسهم ممتازة تختص بمزايا لا تتمتع بها الأسهم العادية، وقد تتمثل الميزة الممنوحة

(١) الوجيز في القانون التجاري، مصطفى كمال طه، ١/ ٣٠٠، انظر الأسواق والبورصات، مقبل جميعي، ص ٢٦٨، القانون التجاري السعودي، محمد حسن الجبر، ص ٥٩.

للسهم في أولوية في الحصول على أرباح أو في منح السهم أكثر من صوت في الجمعيات العمومية وتصدر الأسهم الممتازة عادة عند زيادة رأس مال الشركة بقصد إغراء الجمهور على الاكتتاب في الزيادة^(١)

وقد نصت على ذلك م ١٠٣ من نظام الشركات السعودي ؛ فقالت :
(ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية ، ومع ذلك يجوز للجمعية العامة إذا لم يوجد نص مانع في نظام الشركة أن تقرر إصدار أسهم ممتازة . . . ويجوز أن ترتب الأسهم الممتازة لأصحابها أولوية في قبض ربح معين أو أولوية في استرداد ما دفع من رأس المال عند التصفية أو أولوية في الأمرين معاً . . . ولكن لا يجوز إصدار أسهم تعطي أصواتاً متعددة).

ب- ومن حيث رد قيمتها للمساهم من عدمه تنقسم إلى أسهم رأس المال ، وأسهم التمتع ، وفيه تقول سميحة القليوبي : (نقصد بأسهم رأس المال الأسهم التي لم يتسلم أصحابها قيمتها أثناء حياة الشركة ، أما أسهم التمتع فهي التي حصل أصحابها على قيمتها أثناء حياة الشركة ، ومع ذلك تمنحهم الشركة أسهماً تعطيهم الحق في بعض الحقوق ، وإذا كان الأصل هو عدم جواز إخراج الشريك باستهلاك أسهمه إلا أن الشركة قد

(١) الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ٣٠٣/١ ، القانون التجاري السعودي ، محمد حسن الجبر ، ص ٢٦٢ .

تضطر لذلك إذا كانت تخشى هلاك موجوداتها عند انتهاء الشركة كما إذا كان موضوع استثمارها سفناً بحرية ، أو سيارات للنقل ، أو مناجم ، أو محاجر . . .

يسترد أصحاب أسهم رأس المال القيمة الإسمية لأسهمهم ، ويتم الاستهلاك إما بالسحب بطريقة القرعة ، وإما بطريق استهلاك نسبة معينة من قيمة جميع الأسهم كل عام بشكل تدريجي . . . (١) .

وقد نصت على ذلك م ١٠٤ من نظام الشركات السعودي وفيها :

(يجوز أن ينص في نظام الشركة على استهلاك الأسهم أثناء قيام الشركة إذا كان مشروعها يهلك تدريجياً أو يقوم على حقوق مؤقتة ويجوز أن ينص في نظام الشركة على إعطاء أسهم تمتع لأصحاب الأسهم التي تستهلك بالقرعة ، ويحدد نظام الشركة الحقوق التي ترتبها لأصحابها) .

حقوق أصحاب أسهم التمتع : تخول أسهم التمتع أصحابها الحقوق الآتية (٢) :

(١) القانون التجاري ، سميحة القليوبي ، ٢/ ٢٠٧ ، وانظر : الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ١/ ٣٠٢ ، القانون التجاري السعودي ، محمد بن حسن ، الجبر ص ٢٦٢ .

(٢) القانون التجاري السعودي ، محمد حسن الجبر ، الخبر ، الدار الوطنية الجديدة للنشر والتوزيع ، ط ٢ لعام ١٩٨٧ م ، ص ٢٦٣ .

١ - حق في الربح أقل من حق صاحب رأس المال ..

٢ - حق في فائض التصفية أقل من حق صاحب رأس المال .

٣ - حق في التصويت .

المطلب الثاني : خصائصها :

تتميز الأسهم بما يلي ^(١) :

١ - أنها متساوية في القيمة .

٢ - أنها تمنح حقوقاً متساوية ، وهذا فرع تساويها في القيمة .

٣ - أن المسؤولية بمقدار قيمة السهم .

٤ - أنها تقبل التداول .

٥ - أنها لا تقبل التجزئة .

وقد نصت م ٤٨ من نظام الشركات السعودي على الخصائص

١ ، ٣ ، ٤ فقالت :

(ينقسم رأس مال الشركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة ،

وقابلة للتداول ، ولا يسأل الشركاء فيها إلا بقدر قيمة

أسهمهم) .

(١) انظر : الوجيز في القانون التجاري السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٢٠٠ ،

وانظر : الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ١ / ٣٠٠ .

كما نصت على الخاصة رقم ٢ م ١٠٣ من نظام الشركات السعودي
فقلت :

(ترتب الأسهم حقوقاً ، والتزامات متساوية) .

أما الخاصة الخامسة فنصت عليها م ٩٨ منه فقلت :

(تكون أسهم الشركة المساهمة غير قابلة للتجزئة . .) .

المطلب الثالث : تخريجها

في بيان تخريج الشركة المساهمة خلصت إلى أنها شركة شرعاً قد
تحققت فيها أركان الشركة وشروطها ، والسهم هاهنا ما هو إلا جزء
مشاع منها ، فمن امتلكه فقد امتلك جزءاً مشاعاً منها فكان بذلك
شريكاً .

المطلب الرابع : حكم الأسهم الممتازة

الأصل أن تتساوى الأسهم في الربح والخسارة ، كما نصت عليه م
١٠٣ من نظام الشركات السعودي :

(ترتب الأسهم حقوقاً ، والتزامات متساوية) .

ليكون التفاوت بين الشركاء في الربح والخسارة راجع إلى عدد
الأسهم التي يمتلكها كل منهم قلة وكثرة ، أما بالنسبة للسهم الواحد
فالربح فيه والخسارة قدر مشترك بين الجميع ، ومعنى ذلك تساوي
الأسهم في القيمة كما نصت عليه م ٤٨ من نظام الشركات السعودي :

(ينقسم رأس مال الشركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة) .

وعليه فإن امتياز بعض الأسهم على بعض بقدر زائد في الربح أو بأولوية في تجنب الخسارة ، واسترداد رأس المال ، كل ذلك أثره من أثره المادية التي يرجع لها تاريخ الشركة المساهمة ، وهذا التمييز يرد عليه ما يلي :

١ - ان ما أخذه أصحاب أسهم الامتياز من زيادة في الربح ليس له مقابل من مال أو عمل امتازوا به عن غيرهم من الشركاء فاستحقوا زيادة الربح بسببه فكان بهذا امتيازهم بلا مميّز .

٢ - ان ما يختصّ به أصحاب أسهم الامتياز من زيادة في الربح دون غيرهم إنما هو في الأصل حق لجميع الشركاء نظراً لتساوي قيم الأسهم ، ولعدم تميز بعض الشركاء على بعض فيما يصلح أن يكون سبباً للربح ، فاختصاص هذه الفئة « أصحاب أسهم الامتياز » دون غيرها بالزيادة بخس لحق الآخرين إذ هو مقتطع من أرباحهم .

ومثل ذلك يقال سلباً في مسألة توقي الخسارة ومنحهم حق الأولوية في استرجاع رؤوس أموالهم عند تصفية الشركة .

وإذا تساوت الأسهم في القيمة فإن العدل أن يتساوى ما ينجم عنها من ربح أو خسارة ، والتمييز بينها ظلم لا عدل ، والله تعالى يأمر بالعدل والاحسان ، وينهى عن البغي والظلم :

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (١)

المطلب الخامس : استهلاك الأسهم

المقصد الأول : تعريفه ، وبيان شروطه :

أولاً - تعريفه :

استهلاك السهم هو رد قيمته الإسمية للمساهم أثناء حياة الشركة (٢) .

ثانياً - شروطه :

١ - أن ينص عليه في نظام الشركة ، وقد جاء في م ١٠٤ من نظام الشركات السعودي ما يفيد اشتراط ذلك (٣) .

ويوضح صاحب القانون التجاري هذا الشرط فيقول :

(و طالما أن الاستهلاك عملية استثنائية فيشترط لكي يقع صحيحاً توفر الشروط الآتية : أولاً : أن يكون منصوباً عليه في نظام الشركة بأن لم ينص عليه في النظام فلا يجوز للجمعية العامة العادية أو

(١) سورة النحل ، الآية رقم ٩٠ .

(٢) القانون التجاري ، علي البارودي ، محمد مزيد العريني ، دار المطبوعات الجامعية ، ط ١٩٨٧ م ، ص ٥٤٠ .

(٣) لبيان نص المادة ١٠٤ انظر ص ٧٠١ من هذه الرسالة .

غير العادية (١)

٢- أن يكون مشروع الشركة مما يهلك تدريجياً أو يقوم على حقوق مؤقتة ، وقد جاء بهذا الشرط نص م ١٠٤ من نظام الشركات السعودي (٢) .

٣ - أن تستوفى قيم الأسهم المستهلكة من الأرباح أو الاحتياطي ، ولا تستوفى من رأس المال ، إذ يجب أن يكون رأس المال كاملاً لضمان حقوق الدائنين ، جاء في القانون التجاري :

(يجب أن تدفع قيمة الأسهم المستهلكة من الأرباح أو الاحتياطيات القابلة للتوزيع . . . فيمتنع إذن أن يحصل الاستهلاك من رأس المال إعمالاً لمبدأ ثبات رأس المال ، وعدم جواز المساس به كما يجب كذلك أن تقف عملية الاستهلاك إذا لم تحقق الشركة في عام ربحاً ، ولم يكن لديها احتياطي قابل للتوزيع) (٣) .

المقصد الثاني : الطرق التي يتم بها

ويتم استهلاك الأسهم بطريقتين غالباً ، وقد أوضحهما صاحب القانون التجاري حيث قال :

(١) المرجع السابق ، ص ٥٤٢ .

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي ، المرزوقي ، ص ٣٦٣ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٥٤٢ ، وانظر : القانون التجاري السعودي ، الجبر ، ص

(ويتم استهلاك الأسهم بإحدى الطريقتين الآتيتين حسب ما يحدده نظام الشركة :

الأولى : رد القيمة الاسمية للأسهم التي يتم اختيارها سنوياً بطريق القرعة حتى نهاية مدة الشركة .

الثانية : رد جزء من القيمة الاسمية لجميع الأسهم سنوياً بحيث يتم الاستهلاك الكلي على المدى الزمني الذي يحدده نظام الشركة . . .)^(١) .

المقصد الثالث : الغرض منه

تعرض شراح القانون عند حديثهم عن أسهم التمتع للحديث عن غرض استهلاك الأسهم ، وفيما يلي طرف من النقل عنهم :

جاء في الوجيز :

(. . . ومن ثم تقوم هذه الشركات باستهلاك الأسهم أثناء حياتها حتى لا يستحيل على المساهمين الحصول على قيمة أسهمهم عند حلها)^(٢) .

(١) القانون التجاري ، علي البارودي ، محمد فريد العريني ، ص ٥٤٢ ، وانظر : الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ٣٠٢/١ ، والقانون التجاري سميحة القليوبي ، ٢٠٧/٢ ، والقانون التجاري السعودي ، الجبر ، ص ٢٦٢ .

(٢) الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ٣٠٢/١ .

(ومع ذلك فقد تلجأ الشركة إلى استهلاك أسهمها لأسباب ضرورية، ويتجلى ذلك في حالة ما إذا كانت موجودات الشركة مما يستهلك بالاستعمال ويلى ويزول بمرور الزمن كالشركات التي يكون موضوعها استغلال منجم أو محجر أو سفن أو طائرات ، كما يتجلى ذلك أيضاً في حالة ما إذا كانت الشركة حاصلة على امتياز حكومي كشركات النور ، والمياه لمدة معينة تؤول بعدها موجودات الشركة بلا مقابل إلى الجهة مانحة الامتياز ، ففي هذه الصور إذا انتظرت الشركة إلى أن تنضب المناجم أو المحاجر ، أو إلى أن تبلى السفن والطائرات وتصير حطاماً ، أو إلى أن تنقضي مدة الامتياز الممنوح لها ، فإنها لن تجد عندئذ مورداً تدفع منه قيمة الأسهم ، ويستحيل على المساهمين عند نهاية مدة الشركة الحصول على قيم أسهمهم ، لذا تلجأ الشركة إلى استهلاك جزء من أسهمها ، أي رد قيمتها الاسمية عاما بعد عام حتى إذا ما انقضت مدة بقائها تكون قد استهلكت جميع الأسهم ، أي ردت قيمتها لجميع المساهمين) ^(١) .

ويتبين من هذه النقول أن مقصود استهلاك الأسهم هو استغلال حال قيام الشركة ، وفتوتها في إرجاع رؤوس أموال المساهمين إليهم تفادياً للخسارة ، وتجنباً للندم الذي قد يحل بالشركاء نتيجة تغير حال الشركة إلى حال لا يمكن معها استرجاع رؤوس أموالهم التي دفعوها .

(١) القانون التجاري ، علي البارودي ، محمد فريد العريني ، ص ٥٤١ .

المقصد الرابع : تخريجه

لم أعر على تخريج شرعي - فيما وصل إليه علمي - سوى ما أشار إليه المرزوقي قال : (والحكم الشرعي فيما أرى أن استهلاك الأسهم سواء أكان استهلاكاً شاملاً لجميع أسهم الشركاء ، أو استهلاكاً بطريق القرعة ، أو استهلاكاً بطريق شراء الشركة لأسهمها بجزء من الربح هو في الواقع استهلاك صوري لا حقيقي ، وذلك لأن الذي يأخذه المساهمون في مقابل أسهمهم أو في مقابل أجزاء منها هو حقهم في الربح ، وليس شيئاً آخر ، فهم يأخذون حقوقهم ، وما يسمى بالاستهلاك لا وجود له في الحقيقة ، لأن السهم يظل باقياً على ملك صاحبه ، وليس هناك طريق شرعي لاعتباره مبيعاً أو مسقطاً ، فيبقى لأصحابه إلى أن تصفى الشركة فيؤول إليه من موجودات الشركة عند التصفية سواء قلت أو كثرت أو انعدمت ، أو يهبه للدولة ، وهو ما يعرف بشركات الامتياز ، فالحكم على الأسهم بالاستهلاك هو حكم قانوني لا شرعي ، وكل ما يأخذه الشركاء من الربح فهو حقهم سواء أخذوه في صورة ربح أو في صورة ثمن للأجزاء المستهلكة من الأسهم)^(١) .

رأيي في الموضوع :

والذي يظهر لي - والله تعالى أعلم - أن الاستهلاك له حقيقة ، وله أثر يظهر في إعفاء من استهلكت أسهمهم من المسؤولية سلباً فلا ينالهم

(١) شركة المساهمة في النظام السعودي ، ص ٣٦٧ .

خسارة ، ولا ضمان ، وهذا أثر ظاهر للاستهلاك فلم يعد صورياً ، وإذا لم يعد صورياً فإنه يمكن تخريجه على أنه إقالة ، أو أنه شديد الشبه بها إن لم يكن ، وأوجه الاتفاق القاضية باللاحاق في نظري بيانها ما يلي :

١ - أن الإقالة مقصودها تجنب الندم والخسارة ، جاء في روضة الطالبين :

(..... بل إذا لدم أحدهما استحب للآخر إقالته)^(١)

والاستهلاك كائن لهذا السبب ، وقد تقدم في مبحث بيان غرضه ما يفيد ذلك^(٢) .

٢ - أن الإقالة شرطها أن تكون بنفس الثمن لا أقل ، ولا أكثر^(٣) ، وفي الاستهلاك يسترد المساهم القيمة الاسمية للسهم ، وهي القيمة التي كان قد دفعها ثمناً له دون زيادة أو نقص .

٣ - أن ثمرة الإقالة ، وأثرها المترتب عليها هو فسخ العقد^(٤) ، وما نحن فيه الأصل أنه كذلك ، جاء في القانون التجاري :

(الأصل أنه إذا استهلك السهم انقطعت كل علاقة بين المساهم ، والشركة)^(٥) .

(١) روضة الطالبين ٤٩٣/٣ .

(٢) انظر : ص ٧٠٨ من هذه الرسالة .

(٣) الشرح الصغير ٢٠٨/٣ ، روضة الطالبين ٤٩٤/٣ ، الانصاف ٤٧٥/٥ .

(٤) المرجعين السابقين ٤٩٣/٣ ، الانصاف ٤٧٥/٥ .

(٥) القانون التجاري ، علي البارودي ، محمد فريد العريني ، ص ٥٤٣ .

وهذا الأصل أثره ظاهر عملياً من خلال إعفاء صاحب السهم المستهلك من الخسارة، والضمان .

وقد يقال : إذا أعفي صاحب السهم المستهلك من الخسارة ، والضمان نظراً لانقطاع صلته بالشركة ، فما باله يناله نصيب من الربح ؟ فهذا نقض يرد على ما تدعيه من انقطاع صلة الشريك بالشركة ، وهو فارق يفرق الاستهلاك عن الاقالة !

والجواب عن ذلك :

أن إعطاء من استهلكت أسهمه نصيباً من الربح لا يرفع هذا الأصل وإن كان يخالفه ، ولهذا فإن صيغة النص المفيد استحقاق من استهلكت أسهمه نصيباً من الربح جاءت بعبارة « يجوز »^(١) وهي لا يفهم منها اللزوم ، فقد يجوز الشيء استثناء ، وإن كان على خلاف القاعدة والقياس ، فلا يخرم عموم القاعدة .

إن هذا الأصل يستند إلى أصل عام هو أن الربح لا يستحق إلا بمال أو ضمان أو عمل ، وإن من استهلكت أسهمه ليس من ذلك في شيء ، فبأي شيء يستحق الربح ؟

إن أسهم التمتع التي بموجبها ينال من استهلكت أسهمه نصيب من الربح ليست ركناً في الاستهلاك ، ولا من لازمه ، ولا من شروطه ،

(١) انظر : ص ٧٠١ .

لكن نظام الشركات لا يمنعها ، وما دامت كذلك فإن هذا الفارق غير مؤثر في التخريج ، وعليه يمكن تخريج الاستهلاك على أنه إقالة ، ومن ثم يُحقَّقُ مقتضى الإقالة ، ويحكم على ما خالفه بالبطلان ، فتكون أسهم التمتع باطلة لأن مقتضى الإقالة فسخ العقد ، وهي تخالف ذلك .

ومما تجدر الإشارة إليه أن تخريج الاستهلاك على أنه إقالة إنما يصدق على الطريقة الأولى وهي استهلاك الأسهم بطريق القرعة ، أما الطريقة الثانية ، وهي استهلاك الأسهم من خلال إعطاء جميع المساهمين نسبة معينة من قيمة أسهمهم سنوياً فهذه أشبه ما تكون بتوزيع الأرباح .

أما ما يمكن أن يوجه إلى طريقة استهلاك الأسهم بالقرعة من أن فيها تفضيلاً لبعض الأسهم على بعض رغم تساوي قيمها ، فالجواب عنه أن لاتفضيل مادام ذلك بطريق القرعة إذ القرعة طريق شرعي للقسمة .

المقصد الخامس : حكمه

من خلال البيان المتقدم للاستهلاك يتضح لنا ما يلي :

- ١ - أنه تم بالتراضي إذ من شرطه أن يكون منصوباً عليه في نظام الشركة ، ومعلوم أن الشركاء قد تراضوا على نظامها .
- ٢ - أنه تم بطريقة عادلة فهو إما توزيع للربح ينال جميع الشركاء بالسوية ، وإما أن يتم بطريق القرعة ، والقرعة طريق شرعي معتبر في القسمة .

٣ - أن المعاوضة فيه عادلة فصاحب الأسهم المستهلكة يسترد رأس ماله الذي دفعه ، وبمقابلة ذلك يؤول إلى الشركاء في الشركة نصيبه في الأرباح ، وفي موجودات الشركة ، إذ ذاك هو الأصل ^(١) ، أمّا ما خرج عن الأصل من مشاركة صاحب السهم المستهلك الشركاء في الأرباح ، وفي التصفية ، فذلك موضوع بحثه أسهم التمتع ، وهو خارج عما نحن فيه ، وسيأتي بيانه في موضعه .

٤ - أن فيه مصحة للشركاء إذ يستغلون فتوة الشركة ، وقيامها في استرجاع ما بذلوه فيها .

وقد يعترض على هذه بأن ما يأخذه أصحاب الأسهم المستهلكة على أنه قيمة أسهمهم ما هو إلا نصيبهم في الربح .

والجواب : إن هذا إنما يصدق على الطريقة الثانية والتي تستهلك فيه الأسهم من خلال إعطاء جميع المساهمين نسبة معينة من قيم أسهمهم سنوياً .

أما الأسهم المستهلكة بالطريقة الأولى - طريقة القرعة - وفيها تعاد كامل القيمة الاسمية للسهم المستهلك دفعة واحدة فلا يصدق عليه هذا الاعتراض .

وبناء على الحثيات السابقة فإنه لا يظهر مانع يمنع استهلاك الأسهم

(١) انظر ص ٧٠٢ من هذه الرسالة .

مادام ذلك خالياً من الظلم ، ولم يصادم نصوص الشارع أو مقاصده .

المطلب السادس : حكم أسهم التمتع

أولاً - ما سبق أن قيل في حكمها

ثمة قولان في أسهم التمتع - فيما أعلم - أحدهما يفصل القول فيها والثاني يطلق المنع ، وهذا بيان كلٌّ .

القول الأول^(١) : وهذا القول يتضمن تفصيلاً مبناه القيمة قال :

١- إذا كانت القيمة التي أعطيت للشريك هي القيمة الحقيقية للسهم فهو غير جائز شرعاً إذا الربح يستحق بالمال أو بالعمل أو الضمان وهو قد أخرج من الشركة فلا اشتراك ولا مال ولا عمل فلا يستحق الربح .

٢- وإذا كانت القيمة التي أعطيت للشريك هي القيمة الإسمية فينظر :

أ- فإن كانت أقل من قيمتها الحقيقية فإن علاقة الشريك بالشركة تظل قائمة فيستحق حينئذ الربح لأن الربح هنا استحق بالمال الذي بقي له في الشركة فكان من الجائز شرعاً أن يكون له هذا السهم .

ب- وإن كانت القيمة الإسمية أعلى من الحقيقية للسهم فإن الذي أرره أنه لا يبقى له حق في الشركة لأنه استوفى رأس ماله كاملاً فيكون قد

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية ، والقانون الوضعي ، عبدالعزيز الخياط ،

انتقطع عن الاشتراك في الشركة فلا حق له في أرباحها لعدم وجود السبب الذي يستحق به الربح شرعاً فلا يجوز حينئذ سهم التمتع .

المناقشة : قلت : وقد عول هذا القول على القيمة في بقاء علاقة الشريك بالشركة ، وفي تقديري أن المعول على العقد الذي بسببه تستحق القيمة ، ها هنا « استهلاك الأسهم » لكن هذا الرأي لم يذكر شيئاً في تخريجه ، ولم يتطرق إليه .

القول الثاني : وهو الذي أطلق المنع بناءً على أمرين :

أحدهما : صورية أسهم التمتع . وثانيهما : ما تتضمنه من إجحاف ،

قال :

(وأسهم التمتع هذه ليست حقيقية بل هي أسهم وهمية بديل للأسهم التي كانت وحكم عليها بالاستهلاك ، وهذه الأسهم تبرز استحقاق جزء من ربح الشركة ، وهذا النوع من الأسهم غير جائز شرعاً لأنه لا حقيقة له في الواقع ، ولأنه يجحف بالذين انشئت لهم أسهم تمتع حيث ينقص من ربح أسهمهم الحقيقية التي قلنا إنها لم تستهلك على الحقيقة وبناء على ما سبق فأسهم التمتع لا تجوز شرعاً)^(١) .

وقال : (ومن هذا يتبين أن ما أخذ عن أهل القانون من أسهم

(١) الشركات المساهمة في النظام السعودي ، المرزوقي ، ص ٣٦٩ وما بعدها .

مستهلكة وأسهم غير مستهلكة ، وأسهم تمتع وأسهم رأس مال هذا كله اعتبار لا حقيقة له فضلاً عن أنه يؤدي إلى الظلم (١)

المناقشة :

مناقشة دعوى صورية أسهم التمتع :

إن القول بصورية أسهم التمتع مبناه القول بصورية استهلاك الأسهم ، وقد تقدمت مناقشة دعوى صورية الاستهلاك (٢) ، أما دعوى صورية التمتع فالجواب عنها أن مبناها القول بمنع صور استهلاك الأسهم عدا صورة واحدة هي التي يعطى فيها الشركاء جميعاً نسبة معينة من قيم أسهمهم إذ هذه الصورة أشبه بتوزيع الأرباح فلا حقيقة لها .

لكن عند من يقول بالاستهلاك بطريق القرعة - وهي صورة أخرى للاستهلاك - وفيها يستوفي المساهم كامل رأس ماله دفعة واحدة ، ثم هو بعد ذلك ينال أرباحاً من جراء أسهم التمتع ، لا بد من القول بحقيقة أسهم التمتع ، والأفمن أين جاءه هذا الربح رغم استرداده كامل رأس ماله ؟

مناقشة دعوى الظلم والاحجاف :

وفي بيان الظلم والاحجاف قال :

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر : ص ٧٠٩ وما بعدها من هذه الرسالة .

(إن إعطاء الأسهم العادية نسبة ثابتة من القيمة الإسمية يؤدي إلى الظلم لأن هذه النسبة قد تستوعب الربح ، ثانياً : لأن التفاوت في النصيب بين أصحاب الأسهم العادية ، وأصحاب أسهم التمتع ظلم آخر لأن أصحاب التمتع هم في الواقع أصحاب أسهم حقيقية شرعاً)^(١) .

وقال : (ولأنه يجحف بالذين أنشئت لهم أسهم تمتع حيث ينقص من ربح أسهمهم الحقيقية التي قلنا إنها لم تستهلك على الحقيقة)^(٢) .

ويناقش هذا القول أنه جعل الظلم والاجحاف واقعاً على أصحاب التمتع ، والحق أنه ليس كذلك بل هو واقع منهم لا عليهم بيان ذلك :

أن استهلاك الأسهم الذي يكون بسببه التمتع لا يخلو من أحد حالين :

الحال الأول : أن يُعطى الشريك كامل رأس ماله الذي قدمه - كما هو الشأن في طريقة القرعة - وفي هذه الحال لا يعد نقص ربحه الآيل إليه من أسهم التمتع عن ربح أسهم أصحاب رأس المال إجحافاً في حق صاحب سهم التمتع ذلك أنه قد استوفى رأس ماله كاملاً في حين أنهم لم يستوفوه ، بل إن الاجحاف كائن في حق أصحاب أسهم رأس المال إذ صاحب سهم التمتع قد استوفى رأس ماله ثم هو يزاحمهم في الربح

(١) المرجع السابق ص ٣٧٠ .

(٢) المرجع نفسه ص ٣٦٩ .

أيضاً.

الحال الثاني : أن يُعطى الشركاء جميعاً نسبة معينة من قيم أسهمهم وفي هذه الحال يكون الشركاء بالسوية فلا يتميز بعضهم على بعض .

ثانياً : رأيي في الموضوع : لما كان استهلاك الأسهم غاية تجنب الشركاء الخسارة المحتملة ، وتمكينهم من استرداد رؤوس أموالهم حال قوة الشركة ، فإن هذا يقتضي أن تشمل هذه الرعاية جميع حقوق المساهمين ، والقول بإعطاء أسهم تمتع لمن استوفوا رؤوس أموالهم فيه تفريط في حق من لم يستوفوا بعد ، فكانت المصلحة في عدم إعطاء من استوفى رأس ماله شيئاً رعاية لحقوق الذين لم يستوفوا رؤوس أموالهم بعد ، وكان أخذ شيء من أرباح الشركة رغم استرداد رأس المال علاوة عليه أثرة من أثرة المادية لا تناسب الخلق الإسلامي ، فإنه لا سبب لذلك الربح من مال أو عمل يستحق به .

وقد يقال : مادام الشركاء تراضوا ذلك بينهم فما المانع منه؟

وهذا القول لا يبدو شاذاً لولا أنه يرد عليه إیرادات :

أحدها : أنه يخالف القواعد العامة فإن دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة ، ورد رؤوس الأموال إلى أصحابها دفع لمفسدة الخسارة أما إعطاء أسهم تمتع لمن استردوا رؤوس أموالهم فهو مصلحة محققة تراحم حقوق أصحاب رؤوس الأموال في استردادها فكان الأولى تقديم حق من لم يستردوا إذ هو من قبيل دفع المفسدة .

وثانيها : أنه يناقض ما من أجله كان الاستهلاك ، وهو تجنب المساهم الخسارة المحتملة من خلال رد رأس ماله إليه حال قيام وقوة الشركة .

وثالثها : أنه يخالف مقتضى الاقالة على القول بأن استهلاك الأسهم إقالة إذ مقتضى الاقالة انفساخ العقد ، وانقطاع الصلة بين المتعاقدين ، وهاهنا لاتزال الصلة مستمرة من خلال ما يناله الشريك من ربح رغم ذلك .

المطلب السابع : حكم تملك ، وتداول أسهم الشركات المساهمة^(١) .

الكلام على تملك ، وتداول أسهم الشركات المساهمة مبناه أمران :

أحدهما : نوع الأسهم محل التملك والتداول ، وقد تقدم بيان أنواع تلك الأسهم ، وهي إما عادية ، أو ممتازة ، أو تمتع ، وتقدم بيان حكم كل منها ، فما قيل بجوازه فلا مانع من تملكه ، وتداوله مادام محل هذا السهم مباحاً - ما سيأتي تفصيله في ثانيهما - وما قيل بمنعه فإنه يمتنع تملكه وتداوله .

وثانيهما : نوع العمل الذي تقوم به الشركة ذات الأسهم وهو لا

(١) انظر : عقد القرض في الشريعة الإسلامية ، علاء الدين خروفي ، بيروت ، مؤسسة نوفل ، ط ١ العام ١٩٨٢ م ، ص ٣٤٠ وانظر : مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، عدد ١٤ لعام ١٤١٣ هـ ، ص ١٩١ .

يخلو من أحد ثلاثة أحوال :

الحال الأول : أن يكون العمل الذي تمارسه الشركة مباحاً كأن يكون زراعة مباحة ، أو تجارة مباحة ، أو صناعة مباحة ، ونحو ذلك فلا مانع من تملك ، وتداول أسهمها ما دامت أسهمها مباحة كما تقدم تفصيله آنفاً .

الحال الثاني : أن يكون العمل الذي تزاوله الشركة محظوراً كالربا ، أو زراعة محرمة كالخشيش ، أو صناعة محرمة كالخمر ، ونحو ذلك فهذه لا يجوز تملك ولا تداول أسهمها لحرمة أصلها .

الحال الثالث : أن يكون العمل الذي تقوم به الشركة مشتبهاً كالشركات التي الأصل في عملها أنه مباح ، لكنها بجانب ذلك تمارس الربا وهذا النوع لم أقف على كثير تفصيل فيه ^(١) سوى بحث نشرته مجلة البحوث الفقهية المعاصرة في عددها السابع لعام ١٤١١ هـ ، وقد خلص إلى القول بجواز تملك وتداول هذا النوع ، وقد شمل البحث ثلاث مسائل :

أولها : الأساس الذي بني عليه القول بالجواز .

ثانيها : شواهد استشهد بها على هذا القول .

ثالثها : قيود أوردتها انتهاء على ما أطلقه ابتداء .

(١) يوجد في ذلك فتاوى ، لكنها غير كافية في هذا البحث ، حيث اقتصرنا على القول بالجواز ، أو المنع ، دون كبير تفصيل ، وسيأتى ذكرها في موضع آخر ، فانظره ص ٨١٢ وما بعدها .

المقصد الأول : بيان الأساس الذي بني عليه القول بجواز تملك وتداول أسهم الشركات المساهمة المشوبة بالربا ، ومناقشته .

هذا القول قد بني على مقدمتين : أولهما الحاجة إلى تملك وتداول هذه الأسهم . وثانيهما : أن الربا قليل ومغموس في حجم الشركة .
وفيما يلي بيان ذلك ، ومناقشته .

الفرع الأول بيان المقدمة الأولى ، ومناقشتها :
أولاً - بيان المقدمة الأولى :

وقد قال في بيانها : (لاشك أن الشركات المساهمة في عصرنا الحاضر تشكل عنصراً اقتصادياً مهماً في حياتنا المعاصرة فلا غنى لكل أمة ولكل دولة عن قيام هذه الشركات لما تحتاجه تلك الأمم ، وتلك الدول من مشاريع)^(١) .

وقال : (وهذا يعني أن هذه الشركات المساهمة أصبحت حاجة ملحة في حياة الأمم والدول ولا مناص لأي دولة تريد الاستفادة من منجزات العلم والصناعة والثقافة ، وهذا ضرب من عمارة الأرض التي أمر الله بها عباده)^(٢) .

وقال : (ووجه الاستدلال بهذه القاعدة على القول بجواز تداول

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، عدد ٧ عام ١٤١١ هـ ، ص ١٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٨ .

أسهم الشركات المباحة في الأصل بيعاً وشراء بأن حاجة الناس تقتضي الإسهام في هذه الشركات الاستثمارية لاستثمار مدخراتهم كما أن حاجة الدولة تقتضي توجيه الثروة الشعبية إلى استخدامها فيما يعود على البلاد والعباد بالرفاهية والرخاء (١)

وقال : (ونظراً إلى أن الحاجة العامة سواء كانت للمجتمع أو للدولة تنزل منزلة الضرورة للأفراد فإن حاجة المجتمع إلى تداول أسهم هذه الشركات بيعاً وشراء وتملكاً حاجة ملحة ظاهرة لا ينكرها ذو نظر عادل ويعيد ، كما أن حاجة الدولة إلى توجيه الثروات الشعبية للإسهام في توفير الخدمات العامة لأفرادها حاجة تفرضها عليها مسؤولياتها لذلك كله نستطيع القول بجواز تداول أسهم هذه الشركات . . .) (٢)

ثانياً : مناقشة المقدمة الأولى وفيها مسألتان :

المسألة الأولى : مناقشة عد الشركات المساهمة حاجة للأمة .

المسألة الثانية : مناقشة عد الشركات المساهمة حاجة للأفراد .

المسألة الأولى : مناقشة عد الشركات المساهمة حاجة للأمة

يستند القول بتيسير أحكام تداول أسهم الشركات المشبوهة إلى أنها حاجة للأمة لا غنى عنها ، ويظهر أنها ليست كذلك وتحقيقه ما يلي :

(١) المرجع السابق ، ص ٢٠ ، ٢١ .

(٢) المرجع نفسه ، ص ٢٧ ، ٢٨ .

١ - ان اطلاق القول بأن الشركات حاجة لكل أمة لا غنى بها عنها قول فيه كثير من المجاوزة إذ الأمر رهن النظام الاقتصادي الذي تنهجه كل أمة ، فالتى تنهج النظام الرأسمالي تجذب الشركات وتشجع قيامها إذ ذاك مقتضى رأسماليتها ، والتي تنهج النظام الاشتراكي تحارب قيام الشركات الشخصية وتقوم بتأميمها وهكذا^(١) .

ولا يمكن مع هذا كله اطلاق القول بأن الشركات حاجة للأمة ولا عكسه إذ كل شيء بحسبه ، والأمر مختلف باختلاف الأحوال ، فقد يكون من صالح الأمة أن تكون الشركات ملكاً للدولة لما لها من عائد وفير يعود على الحكومة بالخير ويثري ميزانيتها مما يعود نفعه على الأمة عامة في حين أنها لو كانت ملكاً للأفراد ما استفادت الأمة من عائدها هذا ، وإن قدر استفادتها فلن تكون بالقدر الذي ستكون عليه حينما تكون ملكاً للدولة .

وقد لا يكون من صالح الأمة أن يملك الأفراد الشركات لاسيما إن كان فيها شريك أجنبي . وكانت الشركة ذات قوة اقتصادية إذ تكون والحال ما ذكر ركيزة استعمار غالباً ، وفيما يلي بعض النقول الموضحة :

تحت عنوان « المؤسسات المتعددة الجنسيات كخطر قومي » جاء ما

(١) انظر : القانون التجاري ، حسني المصري ، القاهرة ، دار وهدان للطباعة والنشر ، ط ١ ، لعام ١٩٨٦م ، ٤٣/١ وما بعدها .

نصه : (كل هذا يضاف إلى واقع أن المؤسسات المتعددة الجنسيات يمكن أن تكون مصدر تهيج ، وأحياناً أكثر من تهيج في العلاقات الدولية)^(١) .

وجاء أيضاً : (إن الحكومة الأميركية قادرة تماماً بكل تأكيد أن تمارس أحياناً نفوذها في الخارج عن طريق بعض الوساطات ، وكان محتملاً أن يختار لدور الوساطة هذا الصناعة البترولية ، والطيران التجاري لقلة عدد مؤسساتهما ، وللمصالح الحيوية التي يتوليانها)^(٢) .

وجاء : (ربما أن البلاد الأجنبية تعتبر أمراً مسلماً به أن المؤسسات الأميركية الكبرى هي بشكل أو آخر عميلة حكومة الولايات فهي تفترض أيضاً أن هذه المؤسسات محمية من قبل حكومتها ، ويقوي من هذا الافتراض تذكر تدخل جنود البحرية الأميركية في المكسيك ، وفي أمريكا الوسطى خلال العشرينات والثلاثينات من هذا القرن ، كما تقويه جهود الولايات التشجيعية المستمرة لصالح « المؤسسة الحرة »^(٣)) .

٢ - هذا وإن عدد الشركات المساهمة حاجة للأمم رهن الفكر الذي

(١) النتائج الاقتصادية والسياسية للمؤسسات متعددة الجنسيات ، ريموند فرنون ، ترجمة صلاح برمدا ، دمشق ، وزارة الثقافة والارشاد القومي ، ١٩٨١م ، ص ١٣٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٣٤ .

(٣) المرجع نفسه ، ص ١٣٥ .

تنهجه تلك الشركات ، وليس الأمر على إطلاقه ، والشركات التي تنهون في شأن الربا ، ويظهر في ميزانياتها دوريا ، لاشك أنها قد تساهلت في كبيرة من كبائر الذنوب ، وأقدمت على أمر مؤذن بحرب من الله ورسوله ، وهذا منهج مضر بالامة .

المسألة الثانية : مناقشة عد الشركات المساهمة حاجة للأفراد

يستند القول بجواز تداول أسهم الشركات المشبوهة إلى أن تداولها حاجة للأفراد ، والذي يظهر أنها ليست كذلك وتحقيقه ما يلي :

١ - أنها لم تتعين طريقاً للكسب إذ يوجد طرق أخرى من الكسب المشروع الحلال تغني عنها ، ومن ادعى أن الحرام عم الأرض بحيث لا يوجد طريق للكسب المشروع يغني عن المشبوه فعليه الدليل .

وقد تقدم في بيان قاعدة الضرورة أن تعين المحظور قيد يرد على إطلاقها^(١) ، فلأن يرد على الحاجة ، وهي دونها من باب أولى ، وهو غير متعين فيما نحن فيه .

٢ - أنه لا يقطع بارتفاع الحاجة من جراء ارتكاب المحظور فقد يسهم الفرد في شركة مشبوهة فيخسر فتزداد حاجته ، أو لا يربح فتبقى حاجته ، وقد تقدم في بيان قاعدة الضرورة أن من شروط استباحة المحظور أن يقطع بارتفاع الضرر به^(٢) ، فلأن يشترط في الحاجة وهي

(١) انظر ص ٢٢٥ .

(٢) انظر ص ٢٢٤ .

دونها من باب أولى ، وارتفاع الحاجة غير مستيقن فيما نحن فيه .
 بل أن المطلع على تداول الأسهم ، والطريقة التي تدار بها يجد
 الأسهم لا تصلح لاستثمار أموال اليتامى القصر الذين قيل بجواز تداول
 أسهم هذه الشركات في حقهم نظراً لحاجتهم .

فإن الأسهم تدار بطريقة يتحكم بها السماسرة ، فيروجونها
 بالدعايات الكاذبة حتى أن قيمة السهم ترتفع دون مقابل حقيقي حيناً ،
 وتنخفض كذلك بالدعاية دون سبب حقيقي ، وبين هذا وذاك يتأرجح
 صغار المستثمرين ، ولا يقر لهم قرار .

ولا يزال سماسرة الأسهم ، وكبار المستثمرين يتربصون بصغار
 المستثمرين للايقاع بهم ، والاستحواذ على ما في أيديهم بل قد لا يسلم
 من هذا حتى كبار المستثمرين ، وهو أمر معلوم لدى المستثمرين بالأسهم
 ٣ - أن معظم أسهم الشركات المساهمة يملكها كبار المستثمرين
 وهم المتحكمون فيها ، فتبقى نسبة من نزع حاجتهم إلى هؤلاء لا اعتبار
 لها إذ هم قلة بالنسبة لأولئك والقليل لا يدار عليه حكم .

الفرع الثاني - بيان المقدمة الثانية ، ومناقشتها

أولاً - بيان المقدمة الثانية : وفيها يقول :

(ونظراً إلى أن الغالب على الأسهم موضوع البحث الاباحة والحرام

فيها قليل بالنسبة لإباحة غالبها ، فإن تخريج حكم التعامل بهذه الأسهم بيعاً وشراءً وتملكاً على مسألة الحكم للأغلب ظاهر لا يحتاج إلى مزيد من التوجيه ، والتحرير ، وما قدمناه من نصوص فقهية صريح في جواز تملك ذلك وبيعه وشرائه مادام الغالب والأكثر فيها مباحاً^(١) .

ويقول (وحيث إن الحكم للغالب إباحة أو حظراً فإن الغالب على السهم في الشركة موضوع بحثنا الإباحة ، وتأسيساً على أن اختلاط القليل المحرم بالكثير المباح لا يؤثر على صحة تداول هذا المال المختلط بيعاً وشراءً ، تملكاً فإن السهم في الشركة مال مختلط غالبه حلال ، وقليله حرام ، والعبرة للغالب تحريماً أو تحليلاً ، وحيث إن الغالب في السهم المختلط الحلال ، والحرام فيه يسير ، فإن تطبيق مسألة الحكم للغالب على تداول هذه الأسهم ظاهر يتضح منه الجواز)^(٢) .

ويقول : (. . . لذلك كله نستطيع القول بجواز تداول أسهم هذه الشركات بيعاً وشراءً ، وتوسطاً ، وتملكاً ، وإن كان السهم في هذه الشركات مختلطاً بحرام يسير مغموس في حلال كثير فالحكم للغالب)^(٣) .

ثانياً - مناقشة المقدمة الثانية :

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ع ٧ ، عام ١١ هـ ، ص ٢٤ .

(٢) المرجع السابق : ص ٢٧ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٧ ، ٢٨ .

المناقشة هاهنا ليس موضوعها التأسيس على القواعد الفقهية ،
وتطبيقاتها فيما كان غالبه حلالاً ، وقليله حراماً فذلك ستأتي مناقشته في
موضوعها « مناقشة الشواهد » أما هاهنا فالمناقشة موضوعها ما يزعم من
أن الربا في الشركات المساهمة المشوبة بالربا نسبة قليلة ، وحجمه يسير ،
وهذا يناقش من وجوه :

الأول : أنه من الصعب إيجاد ضابط لذلك ، فقد ترتفع نسبة الربا
في سنة ، وقد تهبط في أخرى ، ومادامت الشركة لا تتورع عن الربا ،
فإن نسبة تورطها فيه تخضع لمعايير تجارية ونظريات اقتصادية ، وذلك
مختلف باختلاف الأوقات والظروف .

الثاني : أن الشركات حديثة التأسيس التي لم تزال نشاطها بعد قد
ثبت من خلال الرجوع إلى ميزانياتها أنها تستثمر رأس مالها في الربا
حتى يحين وقت توظيفه في مشروعه الأساسي ، وهذا يؤكد ما تقدم في
الوجه الأول من عدم تورع تلك الشركات عن الربا ، وأن استقلالها أو
استثمارها منه خاضع لمعايير اقتصادية .

الثالث : أن نظام الشركات يفرض على الشركات المساهمة أن
تخصص جزءاً من ربحها سنوياً ليكون احتياطياً لها ، وهذه النسبة
تختلف باختلاف الأنظمة ، ففي نظام الشركات المصري مثلاً يقول
مصطفى كمال طه :

« توجب م ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ م تجنيب ٥٪ على

الأقل من صافي أرباح الشركة لتكوين احتياطي إلى أن يبلغ هذا الاحتياطي الخمس من رأس المال . . . هذا، وتوجب م ١٤ فقرة (٥) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤م معدلة تجيب ٥٪ من الأرباح الصافية للشركة لشراء سندات حكومية (١).

أما نظام الشركات السعودي فتتص م ١٥ منه على ما يلي :

(تجيب مجلس الإدارة كل سنة ١٠٪ من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي يسمى الاحتياطي النظامي، ويجوز أن تقرر الجمعية العامة العادية وقف هذا التجيب متى بلغ الاحتياطي المذكور نصف رأس المال).

وعلى هذا فإن الشركات المساهمة التي لا تتورع عن الربا لو التزمت حرفية النظام فجنبت الاحتياطي لدى أحد المصارف، واقتضت عليه فائدة لأصبحت تستثمر ثلث ما لها - تقريباً - في الربا، وهي نسبة - لا يستهان بها.

الرابع : ثم إن الشركات اليوم تملك رؤوس أموال عالية تصل عشرات الملايين، ومئات الملايين، فلو فرضنا أن نسبة الربا فيها ١٠٪ لو صلت مبالغ الربا إلى الملايين، ومئات الملايين، فإذا نظرنا إلى السوق التجاري بمختلف شركاته، ومؤسساته المقل منها والمستكثر في الربا رأينا

(١) الوجيز في القانون التجاري، مصطفى كمال طه، ١/٣٦٢.

أن نسبة الربا في السوق الإسلامي لا تحتل مزيد تسامح .

الخامس : على التسليم جدلاً بأن الربا يسير فإن الربا لا يحل قليله ولا كثيره يدل لذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ (١) .

ولم يفرق بين قليله وكثيره .

وقوله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ ، والمعطي فيه سواء » (٢) ، ولم يفرق بين قليل الربا وكثيره .

وقد فهم العلماء عدم التفريق بين قليل الربا وكثيره ، وفيه يقول القرطبي :

(أجمع العلماء على أن التمر بالتمر ولا يجوز إلا مثلاً بمثل ، واختلفوا في بيع التمرة الواحدة بالتمرتين ، والحبة الواحدة من القمح بحبتين فمنعه الشافعي ، وأحمد ، وأسحاق ، والثوري وهو قياس قول مالك ، وهو الصحيح لأن ما جرى الربا فيه بالتفاضل في كثيره دخل قليله في ذلك قياساً ونظراً) (٣) .

(١) البقرة : ٢٧٨ .

(٢) انظر في تخريجه ، ص ٤٥ من هذه الرسالة .

(٣) تفسير القرطبي ٣ / ٣٥٢ .

ويقول الخطابي : (. . . .) ولا فرق بين القليل ، والكثير فيما يدخله الربا لأن أحداً لم يجوز الحبة من الذهب بالحببتين لأنهما يسير ، كما لم يجوز الدينار بالدينارين ، والدرهم بالدرهمين ^(١) .

وعلى أن الربا الذي يزعم أنه قليل لا عذر للشركات أو المؤسسات فيه فإنه بالنظر إلى ميزانياتها تجدد الربا يأتيها من جهة إيداعها مبالغ لدى البنوك ثم هي تأخذ عليها فائدة ربوية .

وهذا الأمر هي غير مجبرة عليه ، وغير معذورة فيه بيان ذلك :
أن توظيف تلك الشركات والمؤسسات لجزء من مالها في الربا على النحو المذكور إنما هو تساهل في حكم الله وتهاون في شرعه والتساهل لا يصلح سبباً للتسامح ، فلا يتسامح في مثل هذا الأمر .

المقصد الثاني : بيان ما استشهد به على ما توصل إليه من نتيجة ومناقشته

أولاً : بيان ما استشهد به

وقد استشهد بجملته من القواعد الفقهية وتطبيقاتها ، وفيما يلي بيانها :

١ - يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً

وأوضح هذا بأمثلة قال في بيانها :

(١) معالم السنن للخطابي على مختصر سنن أبي داود ٢٥ / ٥ .

(لهذه القاعدة مجموعة تطبيقات منها : جواز بيع العبد مع ماله من مال فيبيعه سيده ومعه ماله بثمان نقدي هذا الثمن هو ثمن العبد وماله فهذا المال للعبد يعتبر تبعاً للعبد الذي يجوز بيعه استقلالاً ، ولا يجوز بيع ماله استقلالاً إلا بشروط الصرف ، ولتبعيته للعبد جاز بيعه بصرف النظر عن توفر شروط الصرف في هذا المال .

ومنها جواز بيع الحامل سواء كانت أمة أو حيواناً ، ولا يخفى أنه لا يجوز بيع الحمل في بطن أمه إلا أن يكون تبعاً غير مقصود فيجوز ذلك إذ يغتفر في التبعية مالا يغتفر في الاستقلال .

ويمكن اعتبار بيع سهم في شركة قد تلجؤها الحاجة إلى أخذ الربا من البنوك الربوية أو إعطائه - إلا أن ذلك يعتبر يسيراً ومغموساً في حجم الشركة ذات الأغراض المباحة - يمكن اعتبار ذلك من جزئيات هذه القاعدة إذ الغالب على هذه الشركة الاستثمار بطرق مباحة ، وما طرأ عليها من اقتضاء ملح في الأخذ من البنوك بفائدة ، أو إعطائها بفائدة يعتبر يسيراً ، وهو في حجم السهم المباع تبع ، ويغتفر في التبعية مالا يغتفر في الاستقلال^(١) .

٢ - الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة

قال : (ووجه الاستدلال بهذه القاعدة على القول بجواز تداول

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، عدد ٧ ، عام ١٤١١ هـ ، ص ١٩ .

أسهم الشركات المباحة في الأصل يبعاً وشراء بأن حاجة الناس تقتضي الإسهام في هذه الشركات الاستثمارية لاستثمار مدخراتهم فيما لا يستطيعون الاستقلال بالاستثمار فيه .

كما أن حاجة الدولة تقتضي توجيه الثروة الشعبية إلى استخدامها فيما يعود على البلاد والعباد بالرفاهية والرخاء ، وفيما يحفظ لها أمنها داخل البلاد وخارجها فلو قلنا بمنع بيع الأسهم أو شرائها لأدى ذلك إلى إيقاع أفراد المجتمع في حرج وضيق حينما يجدون أنفسهم عاجزين عن استثمار ما بأيديهم من مدخرات ، كما أن الدولة قد تكون في وضع ملجئ إلى التقدم للبنوك الربوية لتمويل مشروعاتها العامة حينما تحجب عنها ثروة شعبية يكون مصيرها بعد الحجب الحرمان الجمود^(١) .

٣- اختلاط جزء محرم بالكثير المباح

قال : (هذه المسألة ذكره علماء الفقه والأصول ، وتوصل غالبهم إلى القول بجواز التصرف في هذا المال المختلط إذا كان المحرم فيه قليلاً ، فيجوز بيعه وشراؤه وتملكه ، وغير ذلك من أنواع التصرفات الشرعية ، وأسهم الشركات التي هي موضوع بحثنا من هذا النوع فإن جزءاً يسيراً فيها حرام ، والباقي منها ، وهو الكثير مباح ، وأصل الحرمة جاءت من أخذ التسهيلات الربوية أو إعطائها ، وفيما يلي بعض من نصوصهم في ذلك :

(١) المرجع السابق ، ص ٢٠ .

قال 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 » .

..... وفي ضوء ما ذكر نستطيع تخريج مسألتنا - تداول أسهم الشركات بيعاً وشراء - على مسألة اختلاط الحرام اليسير بالحلال الكثير ، وقد تقدم توجيه ذلك ، وظهر لنا من أقوال أهل العلم جواز التعامل بهذا المال المختلط ، ويزيد في توضيح ذلك المسألة التالية ^(١) ^(٢) .

٤ - للأكثر حكم الكل :

قال : (قد يعبر عن هذه المسألة بتعبير آخر هو الحكم للأغلب ، وهذه المسألة ذكرها علماء الفقه والأصول وخرجوا عليها مجموعة من الجزئيات ومنها بيع العبد وله مال ، وبيع الحامل ، وغيرهما .

..... ونظراً إلى أن الغالب على الأسهم موضوع البحث الإباحة ، والحرام فيها قليل بالنسبة لإباحة غالبها فإن تخريج حكم

(١) يعني بالمسألة التالية القاعدة وهي « للأكثر حكم الكل » .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢١ وما بعدها .

التعامل لهذه الأسهم بيعاً وشراء وتملكاً على مسألة الحكم للأغلب ظاهر لا يحتاج إلى مزيد من التوجيه والتحرير ، وما قدمناه من نصوص فقهية صريح في جواز تملك ذلك ، وبيعه ، وشرائه ، مادام الغالب والأكثر فيها مباحاً ^(١) .

٥ - ما لا يمكن التحرز منه فهو عفو

قال : (هذه المسألة ذكرها علماء الفقه والأصول ، وفرعوا عليها الكثير من الجزئيات في العبادات والمعاملات ، واعتبروا ما ينطبق عليها من الأمور المعفو عنها ، وتقريراً لهذه المسألة يحسن بنا إيراد بعض من نصوص الفقهاء ليتسنى لنا بعد التسليم بها ، وبما ينطبق عليها من جزئيات تخريج مسألتنا - تداول أسهم الشركات - عليها نقول :

قال السرخسي : « إذا انتضح عليه من البول مثل رؤوس الإبر لم يلزمه غسله لأنه فيه بلوى فإن من بال في يوم ريح لا بد أن يصيبه ذلك خصوصاً في الصحارى ، وقد بينا أن ما لا يستطاع الامتناع عنه يكون عفواً » .

..... وقال النووي : « الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث ، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه فأما ما تدعو إليه الحاجة ، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل

(١) المرجع نفسه ، ص ٢٣ وما بعدها .

واحد أو أكثر وذكر أو أنثى كامل الأعضاء أو ناقصها وكشراء الشاة التي في ضرعها لبن ، ونحو ذلك فهذا يصح بيعه بالاجماع»^(١) .

ثانياً : المناقشة

مناقشة الاحتجاج بقاعدة «يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً»

أولاً : إن قاعدة «يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً»^(٢) متفرعة عن قاعدة غير مطردة : هي قاعدة «التابع تابع» ، وإذا كان دخول الربا تحت قاعدة الضرورة ، والحاجة غير مسلم - كما تقدم^(٣) - وهما أعم من هذه القاعدة فلأن لا يسلم دخوله فيما دونهما من باب أولى .

ثانياً : إن ما يثبت تبعاً لا يخلو من أحد حالين^(٤) :

أ - إما أن يكون الأصل فيه أنه غير محظور ، وقد يكون مطلوباً لتوقف المتبوع عليه كالمفتاح للقفل ، والطريق للدار ، فهذا لا إشكال فيه للسلامة من المحظور .

ب - أو أن يكون الأصل فيه أنه محظور ، والتيسير فيه إنما هو من باب الرخصة كإغتفار يسير الغرر في البيع ، ومنه إغتفار الجنين تبعاً لأمه

(١) المرجع السابق ، ص ٢٥ ومابعداها .

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموي ١/ ٣٦١ ، ٣٦٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٨٨ ، ٢٣٢ .

(٣) انظر ص ٢١٧ ومابعداها ، ٢٥٠ ومابعداها ، ٧٠٨ .

(٤) انظر شرح القواعد الفقهية للزرقا ، ص ٢٥٣ .

في البيع ، فهذا لا يمكن إضفاء هذه القاعدة عليه دون نظر في آحاد مسائله إذ ذاك متوقف على حجم المحذور ، وما يترتب على القول بالالحاق وعدمه من مصالح ومفاسد .

ثالثاً : أن القول بالنظر في آحاد المسائل مما كان أصله المنع يتأيد بجملة من الشواهد والقواعد منها :

١ - قصة القلادة التي بيعت في خيبر ، وبيانها مارواه مسلم عن فضالة بن عبيد قال : (أتني رسول الله ﷺ وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب وهي من المغنم تباع فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فترع وحده ثم قال لهم رسول الله ﷺ الذهب بالذهب وزناً بوزن)^(١) . فلم يتساهل النبي ﷺ في بيع الربوي لما انضم إليه غيره ، على أن العلماء لهم أقوال في المسألة لا تفوت المقصود ستأتي في رابعاً^(٢) .

٢ - « درء المفاسد أولى من جلب المصالح »

قال ابن نجيم : (فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات ، ولذا قال عليه الصلاة والسلام :

(١) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة ، باب بيع القلادة فيها خرز ، وذهب ، ٤٠١/٣ ، رقم ١٥٩١ .

(٢) انظر ص ٧٣٩ .

« إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه » ^(١) ... خصوصاً الكبائر ... ^(٢) .

٣ - « إذا اجتمع الحلال ، والحرام غلب الحرام »

قال السيوطي : (قال الأئمة ، وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم ، وذلك أولى من عكسه) ^(٣) .

وذكر من أمثلتها قاعدة مد عجوة ودرهم ، وهي أن يبيع شيئاً فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد ودرهم ، أو يبيع شيئاً محلياً بجنس حليته .

٤ - « إذا تعارض المانع ، والمقتضي قدم المانع » ^(٤)

وهذه القاعدة فرع سابقتها ، ومن أمثلتها :

(١) صحيح البخاري بفتح الباري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ٢٥١ / ١٣ ، رقم ٧٢٨٨ .

(٢) الأشباه والنظائر بغمز عيون البصائر ٢٩٠ / ١ ، انظر شرح القواعد الفقهية للزرقا ، ص ٢٠٥ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٠٩ ، وانظر غمز عيون البصائر ٣٣٥ / ١ .

(٤) انظر على التوالي المرجعين السابقين ، ص ٢٢٣ ، ٣٥٥ / ١ ، وانظر شرح القواعد الفقهية ، أحمد الزرقا ، ص ٢٤٣ وما بعدها ، وانظر شرح العيني على الكنز ٣٠ / ٢ .

ما لو ضم ما لا يحل بيعه كالخنزير إلى ما يحل في صفقة واحدة يفسد البيع .

فهذه جملة من الشواهد ، والقواعد كلها تقابل قاعدة « يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً » المحتج بها على ما نحن فيه ، ولا ريب أن هذه وتلك مبناها رعاية المصالح والمفاسد والموازنة بينها على نحو يحقق مقصود الشارع ، وعليه فإنه لا يستقيم الاحتجاج بقاعدة المصالح مجردة عن المفاسد ، ولا عكسه ، فإن هذا من قبيل ضرب مقاصد الشارع بعضها ببعض ، والقصد التوفيق بينها .

رابعاً : إن التبع الذي يغتفر مما كان أصله المنع شرطه أن يكون غير مقصود ، ولهذا قيد الفقهاء القاعدة بهذا القيد فقالوا :

« التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصير مقصوداً »^(١)

« يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً »

قال شيخنا البورنو : (أصل هذه القاعدة في أصول الكرخي : « الأصل أنه قد يثبت الشيء تبعاً وإن كان يبطل قصداً »)^(٢) .

قلت : وهذا الشرط ظاهر في الفروع ، ومن ذلك مسألة « مد

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ، ص ٢٥٧ .

(٢) الوجيز في شرح قواعد الفقه الكلية ، محمد صدقي البورنو ، ص ٢٠٦ وما بعدها .

عجوة»، إذ اختلف العلماء فيها؛ فمنهم من منعها وهم الشافعية والحنابلة في الصحيح عندهم^(١)، ومنهم من أجازها، وهم الحنفية، والمالكية، والذين أجازوها عولوا على هذا الشرط، وهذا بيانه.

جاء في الموطأ: (قال مالك من اشترى مصحفًا أو سيفًا أو خاتمًا وفي شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فإن ما اشترى من ذلك، وفيه ذهب بدنانير فإنه ينظر إلى قيمته فإن كانت قيمة ذلك الثلثين، وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان ذلك يدًا بيد، ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا)^(٢).

وجاء في شرح فتح القدير:

(ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة، ونقد الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف، والظاهر منه الاتيان بالواجب)^(٣).

وقال: (وكذلك إن باع سيفًا محلى بمائة درهم، وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع، وكان المقبوض حصة الفضة.....)

(١) انظر: روضة الطالبين ٤٨٢/٣، مغني المحتاة ٨٢/٢، المغني ٩٣/٤. الفروع ٤/٩٥١.

(٢) شرح الزرقاني على الموطأ، ٢٨١/٣، انظر الشرح الصغير ٦٢/٣.

(٣) شرح فتح القدير ٣٧٤/٥، وانظر شرح العيني على الكنز ٦٣/٢.

وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله . . . (١) .

فأنت تلحظ من هذه النقول عن المجيزين أمرين :

أحدهما : أن تكون الفضة المضافة أقل من المفردة ، وقد قيدها المالكية بأن لا تتجاوز الثلث .

وثانيهما : المناجزة كي لا يؤدي إلى ربا النسيئة .

واشتراطهم : أن تكون الفضة المضافة قليلة لا لأن الربا يتساهل في قليله ، كلا فالربا قليله وكثيره في الحكم سواء ، وقد تقدم (٢) . لكن غرض هذا الشرط أن لا يكون الربا مقصوداً ، واستُدلَّ على ذلك بكون الفضة المضافة قليلة إذ يغلب على الظن والحال ما ذكر أن تكون تبعاً لا قصداً فيتسامح فيها ، قال ابن رشد الحفيد :

(.) وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع . . . (٣) .

خامساً : إن قياس ما نحن فيه على قاعدة « يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً »

(١) شرح فتح القدير ٥/ ٣٧٥ ، انظر شرح العيني على الكتر ٢/ ٦٤ .

(٢) انظر ص ٧٣٠ .

(٣) بداية المجتهد ٢/ ١٩٧ .

وتطبيقاتها مع الفارق ، إذ ما نحن فيه يتضمن مالا وعملاً ، فإذا قلنا باغتفار ما يمنع استقلالاً لأنه جاء تبعاً للمال الذي وقع عليه عقد البيع ، فإن المساهم بحكم عقد البيع هذا يكون قد تملك أسهماً في الشركة ، ومن ثم سيسهم ضمن الشركاء فيما يستقبلونه ، ويقومون به من أعمال ، وعقود مستقلة عن عقد البيع ، فإذا كانت هذه الأعمال محرمة شرعاً كالاقراض والاقتراض بالربا ، فما السند الشرعي في تصحيحها ، وقد جاءت استقلالاً؟

وهل كون الشركة أكثر عملها مباحاً يبيح لها ممارسة قليل الحرام؟ وإذا كان يحرم على الإنسان أن يبيع شيئاً مباحاً على من يستعمله في المعصية^(١) والحرام كمن يبيع العنب على من سيعصرها خمراً ، ومن يبيع السلاح زمن الفتنة لأن البائع والحال ماذكر يسهم في المعصية بشكل غير مباشر ، فهل يجوز له أن يباشر المعصية من خلال إبرامه عقود محرمة وقيامه بأعمال محرمة؟

مناقشة احتجاجة باختلاط جزء من الحرام بكثير من المباح :

وأما احتجاجة بالحرام إذا اختلط بالحلال ، وما نقله عن ابن تيمية في هذا قال : (الحرام إذا اختلط بالحلال فهذا نوعان :

(١) انظر : المبسوط ٣٨/١٦ ، المدونة ، ٤/٤٢٥ ، مغني المحتاج ، ٢/٣٣٧ ، المغني ٤/٢٤٦ ، وانظر الفتاوى ٢٩/٢٧٥ ، والروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤/٣٧٣ .

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 ^(١) .

فالجواب عنه : أنه قياس مع الفارق ذلك أن الإسهام في الشركات المشبوهة يتضمن مالا ، وعملاً ، أما المسألة المقيس عليها هنا فليست إلا مالا اختلط بمال ، وصاحب المال الحلال الذي اختلط بالمال الحرام لم يرتكب عملاً محرماً ، بخلاف ما نحن فيه فإن المساهم في الشركات المشبوهة قد ساهم في أعمالها المحرمة كالربا ، ونحوه .

ولئن قيل بعدم تأثير اختلاط المال الحرام بالمال الحلال لكون صاحب المال الحلال لم يرتكب عملاً محرماً ، ولكون المال الحرام ليس عيناً نجسة ، فماذا نقول بالعمل الحرام ؟

مناقشة احتجاجه بالقاعدة « للأكثر حكم الكل » .

وبتعبير آخر « الحكم للأغلب »

وأما احتجاجه بالقاعدة « للأكثر حكم الكل » ومن تطبيقاتها :

« معاملة من في ماله حلال ، وحرام » فمع الفارق من جهتين :

الأولى : أن من في ماله خلال وحرام لا يجزم معاملته أن نصيبه وقع في الحرام قطعاً ، بخلاف ما نحن فيه فإن المساهم في الشركات المشبوهة يجزم أنه وقع له سهم في كل ممتلكات الشركة حلالها وحرامها قطعاً .

الثانية : أن الشركة تتضمن مالا وعملاً ، أما المسألة المقيس عليها فموضوعها المال - كما تقدم بيانه في المناقشة السابقة - (١) .

مناقشة احتجاجه بالقاعدة : « ما لا يمكن التحرز منه عفو »

والاحتجاج بهذه القاعدة ليس على إطلاقه إذ موضوعها ما لا ينفك عنه الإنسان ، كذاذ البول ، ويسير نجس طين الشارع ونحوه فإن ذلك مما ليس منه بد ، والمواخذه فيه مشقة محققة ، بخلاف ما نحن فيه إذ الإنسان له بد من الاسهام في الشركات المشبوهة من خلال الاستثمار في الطرق المباحة الحلال ، وهي كثيرة بحمد الله .

المقصد الثالث : بيان قيود الفتيا ومناقشتها

أوردت الفتيا بعض القيود انتهاء على ما أطلقتها ابتداء ، ولبيان ذلك جاء ما نصه :

(حينما نقول بجواز تملك هذه الأسهم من الشركات موضوع بحثنا ، وجواز التصرف فيها بيعاً وشراء ، وتملكاً وغير ذلك من أنواع التصرفات الشرعية فإنه لا يصح لمن تملك شيئاً من هذه الأسهم بأي طريق من طرق

التملك أن يدخل في ماله كسب هذا الجزء المحرم من السهم في الشركة ولا أن يحتسبه من زكاته ، ولا صدق تعبدية ، ولا يخرج منه فيما يعتبر وقاية لماله بأي وجه من الوجوه المعتبرة شرعاً ، بل يجب عليه حينما يقبض ربح السهم أن يقدر منه الكسب الحرام فيه فيبيعه عن ماله بانفاقه في أي وجه من وجوه البر^(١) .

المناقشة : ويناقش هذا القيد بأن المفتي خلص بعد استشهاده بجملة من الشواهد تقدمت بمناقشتها إلى القول بجواز تملك الأسهم المشبوهة ، وتداولها بيعاً وشراء ، وفي هذا يقول :

(فلئن كانت هذه الأسهم ممزوجة بشيء يسير من الحرام ، وغالبها حلال فإن الحاجة العامة لتداول هذه الأسهم قائمة وملحة ، وهي تقتضي اغتفار هذا اليسير المحرم في حجم السهم ، وعدم تأثيره على جواز تداوله كما أن هذا اليسير المحرم يعتبر تبعاً لغالبه الحلال كبقية الثمار التي لم يبد صلاحها وحيث إن الحكم للغالب إباحة أو حظراً فإن الغالب على السهم في الشركة موضوع بحثنا الإباحة ، وتأسيساً على أن اختلاط القليل المحرم بالكثير المباح لا يؤثر على صحة تداول هذا المال المختلط بيعاً وشراء ، وتملكاً فإن السهم في الشركة مال مختلط غالبه حلال ، وقليله حرام والعبرة للغالب تحريماً أو تحليلاً ، وحيث إن الغالب في السهم

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، عدد ٧ ، عام ١٤١١ هـ ، ص ٢٨ .

المختلط الحلال والحرام فيه يسير فإن تطبيق مسألة الحكم للغالب على تداول هذه الأسهم ظاهر يتضح منه الجواز .

ونظراً إلى أن الحاجة العامة سواء كانت للمجتمع أو للدولة تنزل منزلة الضرورة للأفراد فإن حاجة المجتمع إلى تداول أسهم هذه الشركات بيعاً وشراءً ، وتملكاً حاجة ملحة ظاهرة لا ينكرها ذو نظر عادل وبعيد ، كما أن حاجة الدولة إلى توجيه الثروات الشعبية للإسهام في توفير الخدمات العامة لأفرادها حاجة تفرضها عليها مسؤوليتها تجاه شعبها ، والغالب أن عجزها منفردة عن تحقيق ذلك قائم ، لذلك كله نستطيع القول بجواز تداول أسهم هذه الشركات بيعاً وشراءً ، وتوسطاً ، وتملكاً ، وإن كان السهم في هذه الشركات مختلطاً بحرام يسير مغموس في حلال كثير فالحكم للغالب ^(١) .

قلت : وإذ ذاك كذلك فإن الربح فرع الملك ، ولما كان الملك صحيحاً في نظر المفتي فإن مقتضى ذلك صحة الربح والنماء الناجم منه وجوازه ، وهو ما ذهب إليه الفقهاء في تفرعاتهم على تلك القواعد فإن أحداً لم يقل ببيع العبد الذي له مال على أن ماله تبع له ، ومن ثم يحرم ما نجم عن هذا المال من ربح ، ونماء ! ^(٢) .

(١) المرجع السابق ، ص ٢٧ ، ٢٨ .

(٢) وكذلك الثمر الذي لم يبد صلاحه إذا بيع تبعاً لم يقل أحد بحرمة بيعه أو نمائه فيما بعد .

فهذا التفريق الذي ذهب إليه المفتي لا تفيده القواعد التي استشهد بها، بل إن ما نفاه حكمه حكم ما أثبتته سلباً أو إيجاباً، فما الذي دفعه إلي تفريقه هذا يا ترى؟

(١) فإن قيل هذا التفريق يرجع إلى فارق يفرق ما أوردته من تفريع (١) على تلك القواعد، وما نحن فيه ذلكم الفرق هو جهة الكسب فإن شراء أسهم الشركات المشبوهة - ليس مجرد شراء ينتهي إلى تملك أسهمها فحسب كما هو الشأن فيما ذكر من أمثلة، بل إنه يتضمن أمراً آخر هو الإسهام مع الشركة في الكسب، وهذا الكسب منه ما هو حرام كالربا، ومن هنا جاء القول بالتحريم نظراً لجهة الكسب.

قلت: هذا فارق يفرق مسألتنا هذه عما تقدم الاحتجاج به من شواهد - وقد بينت ذلك في موضعه عند مناقشتها (٢) فكان ينبغي الاعتبار بهذا الفرق ابتداء عند مناقشة حكم تداول أسهم الشركات المشبوهة، وتملكها ذلك أن تملك أسهمها يلزم منه الإسهام معها فيما تزاوله من أعمال محرمة كالربا قل ذلك أو أكثر، وذلك يقتضي القول بمنع تملك أسهمها وتداولها - سيأتي في موضعه (٣) - لكن البحث أهمل هذا

(١) المقصود بالتفريع على تلك القواعد هو الأمثلة الموردة كالثمر الذي لم يبد صلاحه، ومال العبد إذا بيع كل ذلك تبعاً.

(٢) انظر ص ٧٤٢، ٧٤٣.

(٣) انظر ص ٧٥١.

الأمر ابتداء فلزمه المصير إليه انتهاء .

ومن القيود التي أوردتها على ما أطلقه قوله :

(. . . إن الحاجة المبررة لتداول هذه الأسهم لا تعتبر ما دامت مجرد دعوى حتى تثبت فمتى استطاع الفرد أن يجد مجال استثمار في وجه من وجوه الاستثمار لا شبهة في كسبه ولا غبار على التوجه بالاستثمار عن طريقه ، وكان عنصر المخاطرة في هذا المجال ضعيفاً ، فيجب على هذا الفرد أن يستبرئ لدينه ، وعرضه ، وأن يكتفي بما هو حلال محض عما فيه الاشتباه والارتباب . . .)

أما من لا يحسن الاستثمار أولاً يجد مجالاً يستطيع الاستقلال باستثمار ما لديه من مال أو كان وصياً على قصار أو أيتام يلزمه الاتجار بأموالهم حتى لا تأكلها الصدقة فإن قواعد الشريعة وأصولها تجيز لهذا الصنف من الناس الاكتتاب في هذه الشركات وتداول أسهمها بيعاً وشراء وتملكاً وتمليكاً مع الأخذ في الاعتبار التحرز عن الكسب الحرام بالاجتهاد في تقديره ثم صرفه في مصارف البر والاحسان ^(١) .

المناقشة : ويناقش هذا القيد من جهتين :

أولهما : أن فتوى الشيخ في هذه المسألة ليست قاطعة لكنها رهن ثبوت الحاجة ، وقد تقدم في مباحث مناقشة الحاجة أن لا حاجة ، وأن جل

ما يساق في هذا المجال إنما هو دعاوى تضيق عند التحقيق .

وثانيهما : على التسليم بوجود الحاجة فإنه ينبغي مراعاة الفروق التي تفرق هذه المسألة عن شواهدا - وقد ذكرت في مواضعها - إذ الإسهام في تلك الشركات يتضمن مشاركتها في عمل الربا وهو عمل لا يبيحه الحاجة ، ولا مصلحة الأيتام القصر كما ذكر الشيخ في مثاله .

المقصد الرابع : رأيي في الموضوع :

ورأيي في موضوع تداول أسهم الشركات المشوبة بالربا مبناه ثلاث مقدمات ؛ اثنتان يتعلقان بالشركة المساهمة ، وتداول أسهمها وهما الأوليان ، وواحدة تتعلق بالفرد المساهم ، وهي ثالث المقدمات وهذا بيانها :

المقدمة الأولى : في الشركة المساهمة المشوبة بالربا :

إن الناظر في ميزانيات الشركات المساهمة المشوبة بالربا يجدها لا تخلو من نسبة من الربا في كل عام - قلت أو كثرت - وهذا يرجع إلى مبدأ اقتصادي رأسمالي ، وهو : أن المال لا يمكن بقاؤه دون استثمار ، وبناء عليه فإن هذه الشركات ذات الموضوع المباح في الأصل إذا فضل عندها شيء من النقود لم تجد وجهاً تستثمره فيه فإنها تودعه لدى البنوك ، وتأخذ عليه فائدة ، فهي بهذا تتساهل بالربا ، ولا تكثر

به .

المقدمة الثانية : في طريقة تداول الأسهم :

هذا وإن الطريقة التي يتم بها تداول الأسهم بعيدة عن الخلق الإسلامي ، بالنظر إلى وسيلتها وغايتها :

أما وسيلتها : فهي الدعاية الكاذبة وترويجها من قبل السماسرة للإيقاع بالناس ، وامتلاك ما في حوزتهم من أسهم .

وأما غايتها : فهي توليد الأرباح دون إضافة مقابل حقيقي لذلك وفي هذا وذاك يقول سيف الدين إبراهيم تاج الدين :

(إن مشكلة السوق المفتوح لا تقتصر فقط على سرعة الاستيعاب لكل أنواع المعلومات غشها وسمينها ، أو المبالغة في تقويم أثر بعض المعلومات الموضوعية وإنما تزداد سوءاً بسبب بعض الممارسات غير الأخلاقية التي تقود السذج من المستثمرين ، وهم السواد الأعظم بعيداً عن القيم الحقيقية للأوراق المالية والفهم الإسلامي للاستثمار ينبغي أن يحقق ذلك الدور التداولي المرتبط بعملية خلق المنافع بطريقة من الطرق المشروعة وأن يتعد عن ذلك التداول الذي يهدف فقط إلى توليد الأرباح لأحد الأطراف دون إضافة أية قيمة حقيقية للمجتمع ، كالوساطات الطفيلية ، وأكثر المضاربات المالية ، والعقارية التي تسود في النظم الرأسمالية الحديثة) ^(١) .

(١) مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ، مركز أبحاث الاقتصاد ، جامعة الملك عبدالعزيز ، مجلد ٣ ، عدد ١ ، عام ١٤٠٥ هـ ، ص ٦٦ ، ٧٠ .

هذا وإن سرعة تداول الأسهم بغرض توليد الأرباح فحسب ينجم منه مفسدة اقتصادية هي التضخم جاء في موسوعة المصطلحات الاقتصادية في الحديث عن التضخم ما نصه : «وقد ينتج تأثير مشابه إذا تداولت النقود بصورة أسرع بفعل المزيد من عمليات الشراء»^(١).

المقدمة الثالثة : في المساهم

ومما ينبغي أن يعلمه كل مساهم أنه بمجرد شرائه أسهم شركة ما فإنه يكون شريكاً فيها ليس شريكاً في المال فحسب ، بل شريك في العمل أيضاً ، وكونه لا يباشر العمل ليس معناه عدم مشاركته فيه ، فإن مباشرة جميع الشركاء أعمال الشركة أمر غير متصور ، لكنه حاصل من خلال تفويضهم من يقوم بالعمل عنهم ، ويعمل لحسابهم .

وإذا كانت الشركات المساهمة المشبوبة بالربا لا تتورع عن الربا تساهلاً في حكم الله وأمره ، وإذا كان المسهم شريكاً في عمل الربا ، وإذا كان تداول الأسهم على النحو المذكور ينجم عنه مفسد أخلاقية ، واقتصادية ، فإن القول بمنع تداول أسهم الشركات المشبوبة بالربا هو الظاهر .

ولا يكفي في حله القول باخراج كسب الجزء المحرم من السهم ، فإن المسهم في الشركة المساهمة المشبوهة قد أسهم في أعمالها وكسبها المحرم

(١) موسوعة المصطلحات الاقتصادية ، حسين عمر ، ص ٦٨ ، ٦٩ ، وانظر في هذا المعنى أيضاً المرجع السابق ، ص ٦٨ ، وانظر : ص ٩٤٩ من هذه الرسالة .

سواء تصدق بما نجم عن ذلك الكسب المحرم أو لم يتصدق ، والاسهام في الحرام ممنوع بدلالة الكتاب ، والسنة ، ومقاصد الشارع كما سيأتي :
الأدلة من الكتاب :

قال الله تعالى : ﴿... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...﴾ ^(١) ولا ريب أن الاسهام في الشركات المشبوهة معاونة لها على ظلمها

وقال تعالى : ﴿وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ حَتَّىٰ يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ...﴾ ^(٢) الآية .

وقال : ﴿وَقَدْ نَزَّلَ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ أَنْ إِذَا سَمِعْتُمْ آيَاتَ اللَّهِ يُكْفَرُ بِهَا وَيُسْتَهْزَأُ بِهَا فَلَا تَقْعُدُوا مَعَهُمْ حَتَّىٰ يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ إِنَّكُمْ إِذَا مِثْلُهُمْ إِنَّ اللَّهَ جَامِعُ الْمُنَافِقِينَ وَالْكَافِرِينَ فِي جَهَنَّمَ جَمِيعًا﴾ ^(٣) (١٤٠)

والآيتان يفهم منهما أن الراضي كالفاعل ، وفيه يقول القرطبي :
(فدل بهذا على وجوب اجتناب العصاة إذا ظهر منهم منكر لأن من لم يجتنبهم فقد رضي فعلهم ، والرضا بالكفر كفر ، قال الله عز وجل :
﴿إِنَّكُمْ إِذَا مِثْلُهُمْ﴾... ولهذا يؤخذ الفاعل والراضي بعقوبة المعاصي

(١) الآية ٢ من سورة المائدة .

(٢) الآية ٦٨ من سورة الأنعام .

(٣) الآية ١٤٠ من سورة النساء .

حتى يهلكوا بأجمعهم^(١)، فكيف بمن لم يكتف بالرضى بالمعصية، بل أسهم فيها؟!

الأدلة من السنة: وعن جابر رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ: آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه، وقال هم سواء»^(٢).

والمسهم في الشركات المشبوهة التي تزاوّل الربا ضمن أعمالها يكون بإسهامه هذا قد أكل الربا فاستحق بذلك اللعن، فإن لم يأكله كأن تصدق به فهو موكله، على أن المسهم في الشركة المساهمة المشبوهة ليس أقل شأنًا من كاتبه وشاهديه اللذين لعنا في هذا الحديث، وتصدق بالربا لايعني عدم إسهامه فيه.

فإن اعتذر بأن الربا قليل ومغموس في حجم الشركة أجيب عنه بجوابين:

أولهما: عدم التسليم بهذا الاطلاق - وقد تقدم -^(٣)

وثانيهما: على التسليم به جدلاً فإن الربا لا يحل قليله ولا كثيره وقد تقدم، يدل لذلك:

(١) تفسير القرطبي ٥/ ٤١٨، انظر عمدة التفسير، مصر، دار المعارف، ١٣٧٧هـ، ١٦/٤.

(٢) تقدم تخرجه ص ٥٤.

(٣) انظر: ص ٧٢٨.

أ - قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ (١) ولم يفرق بين قليله وكثيره .

ب - قوله ﷺ : (الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد أربى ؛ الآخذ والمعطي فيه سواء) (٢) .

ولم يفرق بين قليل الربا وكثيره ، وقد فهم العلماء من هذا عدم التفريق بين قليل الربا وكثيره وقد تقدم (٣) .

وان اعتذر بالحاجة أحلت إلى ما تقدم بيانه من مناقشة لدعوى الحاجة (٤) .

٤ - إن ما نحن فيه على فرضه شبهة فإن الأولى التحذير منه لما يلي :

أ - أن النبي ﷺ أرشد إلى ترك ما فيه ريبة حيث قال :
« دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » (٥) .

(١) الآية (٢٧٨) من سورة البقرة .

(٢) تقدم تخريجه ص ٤٥ .

(٣) انظر : ص ٧٣٠ .

(٤) انظر : ص ٧٢٢ ، ٧٢٥ .

(٥) الترمذي ، كتاب صفة الجنة والرقائق والورع ٤ / ٦١٨ رقم ٢٥١٨ ، قال

الترمذي هذا حديث حسن صحيح .

سنن النسائي ، كتاب الأشربة ، باب الحث على ترك الشبهات ، ٨ / ٣٢٧ ،

٣٢٨ ، رقم ٥٧١١ .

ب - ولأن اتقاء الشبهات فيه استبراء للدين والعرض ، والوقوع فيها وقوع في الحرام دل لذلك الحديث :

(إن الحلال بين ، وإن الحرام بين ، وبينهما مشتهيات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ألا وإن لكل ملك حمى ألا وإن حمى الله محارمه ، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ، ألا وهي القلب)^(١) .

وقد عد بعض العلماء هذا الحديث أصلاً في الجرح والتعديل ، قال الخطابي : (وقوله : « فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه » أصل في باب الجرح والتعديل وفيه دلالة على أن من لم يتوق الشبهات في كسبه ، ومعاشه فقد عرض دينه ، وعرضه للطعن ، وأهدفهما للقول)^(٢) .

وقد قسم العلماء - في شرحهم هذا الحديث - الأشياء إلى ثلاثة أقسام^(٣) :

(١) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة ، باب أخذ الحلال ، وترك الشبهات ، ٤٠٨/٣ ، رقم ١٥٩٩ .

(٢) معالم السنن ، الخطابي ٨/٥ .

(٣) انظر : النووي على مسلم ٢٧/١١ ، معالم السنة ٧/٥ ، عارضة الأحوزي ٢٠٠/٥ ، المغني ٢٩٦/٤ .

حلال ، وحرام ، ومتردد بينهما مما ليس فيه نص ولا اجماع ، وقالوا
بأن الحلال الأصل بقاؤه على حله ، والحرام الأصل بقاؤه على حرمة ،
وما تردد بينهما فالورع تركه ، وقال بعضهم فيما اشتبه :

« إن كان من الفواحش الكبائر التحقت فيه الشبهة
بالحرام » ^(١)

وعلى هذا لو كان ما نحن فيه من المشتبه لقليل بمنعه لأن الربا من
الكبائر لكن ما نحن فيه ليس من المشتبه ذلك أن الربا الذي تمارسه
الشركات المساهمة المشوبة بالربا بجانب أعمالها الأخرى أصله الحظر ،
والمسهم فيها يجزم قطعاً أن له نصيباً منه قل أو كثير ، فلم يعد الأمر شبهة
بل حقيقة .

وعلى هذا فالقول بمنع الإسهام بالشركات المساهمة المشوبة بالربا
قل أو كثير هو الظاهر لأن الربا الأصل فيه الحظر ، والمسهم يجزم
بمشاركته فيه ، ويجزم بأن له نصيباً منه قل أو كثير فلم يعد شبهة لكن
يقيناً .

الدليل من مقاصد الشارع :

إن من مقاصد الشارع الحكيم تضيق المسالك المفضية إلى الربا ،
ومن ذلك منع العينة ، وبيعتين في بيعة ، وسلفاً وبيعاً ، كيلاً يفضي ذلك

إلى الربا المحرم ، وإذا كان كذلك فكيف يقال يجوز تملك أسهم الشركات الممارسة الربا ، وتداولها بيعاً وشراء رغم أن ذلك يوقع المسهم في الربا صراحة ؟!

وإذا كان الفقهاء يمنعون الإسهام في المعصية بطريق غير مباشر ، فيمنعون بيع السلاح لأهل الحرب ، أو قطاع الطرق ، ويمنعون بيع الأمة للغناء ، أو إجارة الدار لبيع الخمر أو لتتخذ كنيسة ^(١) ، وكل هذا المنع بقصد تضيق مسالك الحرام ، فلأن يقال بمنع الاسهام في المعصية بطريق مباشر من باب أولى فيمنع من الاسهام في الشركات المساهمة المشوبة بالربا ، ويقتضي الإسهام فيها المشاركة في أعمالها المحرمة ، والتهاون بأمر الله ، والتجرؤ على حدوده .

هذا وإن الشركات المساهمة المشوبة بالربا التي يظهر الربا دورياً في تقاريرها المالية ، قد قدمت المبادئ الاقتصادية ، والمعايير التجارية على أمر الله ، وهذا تهاون في حق الله ، واستخفاف بأمره وجرأة عليه ، وتساهل في شرعه ، ومثل هذا لا يصلح سبباً للتسامح ، فلا يتسامح في شأنها .

(١) انظر: المبسوط ٣٨/١٦ ، المدونة ٤٢٥/٤ ، مغني المحتاج ، ٣٣٧/٢ ، المغني ٢٤٦/٤ ، الفتاوى ٢٧٥/٢٩ ، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٣٧٣/٤ .

وقد عثرت بعد فراغي من تقييد هذا البحث على فتاوى لبعض
العلماء في مسألة الشركات المساهمة المشوبة بالربا، وهي موجودة
برفقه (١).

* * *

المبحث الثالث

السندات

المطلب الأول : تعريفها ، وبيان الغرض منها

المقصد الأول : تعريفها

(هي صكوك متساوية القيمة قابلة للتداول تمثل قرضاً طويل الأجل يعقد عن طريق الاكتاب العام)^(١) .

المقصد الثاني : الغرض منها^(٢) .

يلجأ إلى طرح السندات في السوق لسببين :

١- إما للحاجة إلى المال فتطرح السندات على سبيل الاقتراض سداً لهذه الحاجة .

٢- أو لمعالجة التضخم عندما تكثر النقود في السوق ، فتطرح السندات لاقتراض النقود بغرض امتصاص الفائض منها معالجة للتضخم^(٣) .

(١) الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ١ / ٣١٠ ، القانون التجاري السعودي ، الجبر ٢٦٧ .

(٢) القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ١ / ٣١٠ ، والأسواق والبورصات ، مقبل جميعي ، ص ٢٦٦ .

(٣) علاج التضخم إنما يكون على مستوى الحكومات .

وفي هذا وذاك يقول مقبل جميعي :

(قد تجدد الحكومة نفسها في احتياج إلى المال يزيد عن إيراداتها العادية ، وذلك لتنفيذ مشروعاتها فبدلاً من أن تلجأ إلى مقرض واحد تقترض منه ، وقد لا تجده نظراً لضخامة ما تطلبه عادة في مثل هذه الأموال تقوم الحكومة بعمل قرض يشترك فيه الجمهور ، وذلك بتجزئته إلى حصص صغيرة عديدة تسمى «سندات» يسهل على الفرد المتوسط ، ومن هو دونه المساهمة فيه بتوظيف ماله مقابل ما يحصل عليه من فائدة .

وقد ترغب الحكومة في معالجة التضخم المالي بامتصاص الفائض في السوق من رؤوس الأموال ، أو لاستبدال قرض أجنبي بأخر وطني كما حدث في مصر عام ١٩٤٣ م بشروط أحسن ، فهي لذلك تلجأ إلى الجمهور للاقتراض منه ^(١) .

المطلب الثاني : خصائصها ^(٢) :

١- أن السند يمثل حقاً دائئاً ، بمعنى أن حامل السند يعتبر دائئاً .

٢- أن السند يقبل التداول كالسهم .

المطلب الثالث : حقوق حامل السند ^(٣) :

(١) المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

(٢) القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ١ / ٣١٠ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، ١ / ٣١٢ .

١- الحصول على فائدة ثابتة في الموعد المتفق عليه ، ولو لم تنتج الشركة أرباحاً .

٢- استرداد قيمة السند في الميعاد المتفق عليه .

المطلب الرابع : تخريجها ، وبيان حكم تداولها .

مما تقدم من بيان للسندات يتضح أنها دين ربوي يدل لذلك :

١ - غايتها ، وقد تقدم بيانها في مبحث الغرض منها ، فإن غرض من يطرح السندات أن يستدين مالاً يجاوز به أزمته الحاضرة .

٢ - ما يترتب عليها من آثار منها :

أ - أن حاملها يكون دائناً .

ب - أن له الحق في استرداد قيمة السند في الموعد المحدد .

ج - وله الحق في الحصول على الفائدة المتفق عليها في الموعد المحدد وهذه الآثار التي يربتها السند لحامله لم تنتج من مشاركته في الشركة فإنه ليس من آثار السند أن يكون حامله شريكاً ، ولهذا فقد خالفت أحكام حامله أحكام الشريك من جهة أن قيمة السند ، وفائدتها مضمونة له بكل حال ربحت الشركة أم خسرت وهذا بخلاف المشاركة فإن الشريك لا يستحق ربحاً إلا في حال ربح الشركة ، كما أنه في الآخرة لا يسترد رأس ماله كاملاً إلا في حال ربح الشركة ، أما في حال خسارتها فقد يخسر ماله كله أو بعضه .

وعلى هذا فإن الربح (الفائدة) الذي يستحقه حامل السند إنما هو لقاء الأجل ، والمال الذي دفعه للشركة ، وبهذا يكون السند بيعاً ربوياً ، وإذا دخله الأجل فإنه يكون ديناً إذ الدين كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسيئة ^(١) .

قال الشاعر :

وعدتنا بدرهميناً طلاء وشواء معجلاً غير دين ^(٢)

وقد يصفه بعضهم بأنه قرض ، وهو ليس كذلك فإن القرض ما كان على وجه التبرع ، أما ما نحن فيه فليس كذلك بل مقصوده المعاوضة ، فكان بهذا بيعاً ربوياً ، وكان ديناً لدخول الأجل فيه .

تنزيل السند على الدين الربوي :

الدين الربوي تتكون ماهيته من :

١ - صيغة . ٢ - دائن . ٣ - مدين . ٤ - عوضان وهما مال ربوي . ٥ - أجل .

وفي السند يعد طرح السندات للاكتتاب بها إيجاباً من جهة الشركة «المدين» ويعد اكتتاب الجمهور بهذه السندات قبولاً لهذا الإيجاب من

(١) فتح القدير ، الشوكاني ١/ ٣٠٠ .

(٢) هذا البيت كثيراً ما يورده المفسرون ، دون عزوه لقائله ، وقد حاولت العثور على قائله ، فلم أقف عليه بعد .

جهة « الدائن » وبهذا تحققت الصيغة .

أما الدائن ، والمدين فهما الشركة ذات السندات ، والجمهور المكتتبون بتلك السندات .

وأما العوضان فهما النقود التي قدمها الجمهور للشركة وهي نقد .
أما العوض الثاني فهو الدين الممثل بالسند الذي تتعهد الشركة بدفعه عند حلول الأجل بالاضافة إلى الزيادة ، وهو من جنس العوض الأول ، وهو رباً على فرض خلوه من الزيادة لأن العوضين مال ربوي فكانت النسبة فيهما رباً فكيف إذا ضم إليها الفضل وهو الزيادة .

وبهذا يستوفى الدين الربوي أركانه وتتحقق ماهيته في السند .
وإذا كانت السندات من قبيل الدين الربوي فإنه لا يجوز تملكها ، ولا تداولها لحرمة الربا .

المبحث الرابع

حصص التأسيس

المطلب الأول : تعريفها

عرفت حصص التأسيس بأنها « صكوك تخول الحق في الحصول على نصيب من أرباح الشركة دون أن يقابلها تقديم حصة في رأس المال ، وتمنح حصص التأسيس عادة لمكافأة خدمات أداها المؤسسون للشركة وقد تمنح لمن قدم للشركة حصة يصعب تقويمها كحق احتكار أو امتياز من الحكومة أو براءة اختراع »^(١)

هذا هو تعريفه السائد، وقد أخذ المرزوقي عليه أنه عرفها بأنها صكوك، وهي ليست كذلك لكنها ممثلة في صكوك، ومن ثم صاغ تعريفاً آخر قال فيه: « هي نصيب مقدر في أرباح الشركة ممثلاً في صك تمنحه الشركة بموجب نظامها لبعض الأشخاص أو الهيئات مقابل ما يقدمونه للشركة من براءة اختراع، أو التزام حصل عليه شخص اعتباري عام »^(٢)

(١) الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ، ٣١٤ / ١ ، وانظر : القانون التجاري ، سميحة القليوبي ٢ / ٢٢٠ ، الوجيز ، سعيد يحيى ص ٢٠٦ .
(٢) الشركة المساهمة في النظام السعودي ، المرزوقي ، ص ٣٧٢ .

المطلب الثاني : تاريخها والغرض منها

تُرجع كتب القانون تاريخ حصص التأسيس إلى إنشاء قناة السويس ، وفيه تقول سميحة القليوبي :

(تاريخ ظهور حصص التأسيس يرجع إلى سنة ١٨٥٨ م بمناسبة شركة قناة السويس حيث نص نظام الشركة على مكافأة مؤسسي الشركة ، والحكومتين الفرنسية ، والمصرية على الجهود التي بذلت لنجاح المشروع)^(١)

ويقول أبو زيد رضوان : (وقد ظهرت حصص التأسيس في العمل لأول مرة بمناسبة تأسيس الشركة العالمية لقناة السويس البحرية ، كوسيلة لشراء ذم بعض رجال السياسة الأوروبيين ، وحملهم على الدفاع عن مشروع حفر قناة السويس في مواجهة معارضيهِ)^(٢)

ومما تقدم نقله يتبين أن الغرض من حصص التأسيس هو مجاملة ، ومداهنة من هو مظنة إفادة الشركة ، والتزلف إليه بمثل هذا الصنيع .

المطلب الثالث : مضارها

قد لا يبدو كبير ضرر من جراء مجاملة من هو مظنة إفادة الشركة من خلال منحه شيئاً من حصص التأسيس إذا كان ذلك على نحو معقول ،

(١) القانون التجاري ، سميحة القليوبي ، ٢ / ٢٢٠ .

(٢) شركات المساهمة والقطاع العام ، أبو زيد رضوان ، ص ٣٦ .

لكن واقع العمل أثبت استخدامهما على نحو مسرف كان من شأنه الإضرار بالمساهمين الأمر الذي دفع بعض الحكومات إلى الغائها بتاتاً كما عليه القانون اللبناني ، كما دفع بعضها إلى فرض قيود عليها تحد من إسراف المؤسسين في استخدامهما كما عليه القانون المصري ، وفي هذا تقول سميحة القليوبي : « ونظراً لخطورة هذه الحصص ، وخوفاً من إسراف المؤسسين في الحصول عليها فإن التشريعات تلجأ عادة إلى فرض قيود قانونية عليها ، بل وإن من التشريعات من يحرمها كاللبناني ، وقد نصت م ١٠ رقم ٢٦ / ٥٤ من قانون الشركات المصري على أنه لا يجوز انشاؤها إلا مقابل التنازل عن التزام منحتة الحكومة أو حق من الحقوق المعنوية ^(١) .

ويقول علي حسن يونس : (ومنذ ذلك الوقت انتشر هذا التقليد ، وكثر استخدامه حتى إن بعض الشركات أسرفت في ذلك إلى حد فرع له المساهمون ، وآثار ريبهم ، وشكوكهم فجعلهم يحجمون عن الاشتراك في الشركات التي تصدر هذه الصكوك لذلك لم ير المشرع بداً من إعادة النظر في النظام القانوني الذي تخضع له هذه الحصص بقصد وضع الضمانات التي تكفل عدم اساءة استغلالها ، وتخلق جواً من الطمأنينة في نفوس المساهمين ^(٢) .

(١) القانون التجاري ، سميحة القليوبي ٢ / ٢٢٠ ، وانظر الشركات ، للخياط ١٠٧ / ٢ ، إذ ذكر القوانين المانعة لها .

(٢) القانون التجاري ، علي حسن يونس ، ص ١١٩ .

ويقول أبو زيد رضوان : « ثم استقر العمل بعد ذلك على إصدار هذه الصكوك في الشركات الكبرى كوسيلة لاختصاص بعض هذه الشركات بجانب كبير من أرباحها دون مقابل فعلي ، أو كوسيلة لشراء ذوي النفوذ السياسي ، لذلك فقد تدخل المشرع المصري بنصوص أمرة لتنظيم هذه الحصص من ناحية إنشائها وتداولها ، وما تقرره لأصحابها كما أجاز إلغائها أثناء حياة الشركة على التفصيل التالي :

(تنص م ١٠ فقرة أولى من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ م على أنه لايجوز إنشاء حصص التأسيس إلا مقابل التنازل عن التزام منحتة الحكومة أو حق من الحقوق المعنوية كحق اختراع مثلاً أو علامة تجارية)^(١) .

المطلب الرابع : مميزات حصص التأسيس^(٢)

وتتميز بما يلي :

١ - أنها لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة .

(١) شركات المساهمة ، والقطاع العام ، أبو زيد رضوان ، ص ٣٦ ، ٣٧ .

(٢) الوجيز في القانون التجاري ، مصطفى كمال طه ، ٣١٥ / ١ ، وانظر القانون

التجاري ، سميحة القليوبي ، ٣٢١ / ٢ ، وانظر الوجيز في القانون التجاري

السعودي ، سعيد يحيى ، ص ٢٠٦ ، القانون التجاري السعودي ، ص ٢٦٥ ،

الشركة المساهمة في النظام السعودي ، ص ٣٧٤ وما بعدها .

- ٢ - تخول صاحبها نصيباً من الربح ، ولا يجوز أن يخصص
لحصص التأسيس ما يزيد على ١٠٪ من الأرباح الصافية .
- ٣ - لا تخول صاحبها نصيباً في فائض التصفية عند حل الشركة .
- ٤ - الصك الذي يمثلها ليس له قيمة إسمية .
- ٥ - لا تخول صاحبها التدخل في إدارة الشركة .
- ٦ - أنها قابلة للتداول .

٧ - أنها يجوز إلغاؤها ، جاء في م ١/١١٥ من نظام الشركات
السعودي :

(للجمعية العامة للمساهمين أن تقرر إلغاء حصص التأسيس بعد
عشر سنوات من إصدارها مقابل تعويض عادل) .

المطلب الخامس : تخريج حصص التأسيس ، وبيان حكمها شرعاً^(١)

المتأمل يجد أن صاحب حصة التأسيس ليس شريكاً ، لأنه لم يقدم
مالاً نقدياً أو عينياً ، وفي شركة المساهمة لا يكون شريكاً إلا من قدم مالاً
نقدياً أو عينياً - كما تقدم^(٢) - وقد ترتب على ذلك آثار منها :

(١) انظر : الشركات في الشريعة الإسلامية ، والقانون الوضعي ، عبدالعزيز
الخياط ، ٢/ ٢٢٩ ، وانظر : شركة المساهمة في النظام السعودي ، صالح
المرزوقي ، ص ٣٨١ .

(٢) انظر : ص ٦٩٥ .

١ - أنه ليس له حق في موجودات الشركة - عند تصفيتها .

٢ - ليس له حق في التصويت .

٣ - أن حصص التأسيس يجوز إلغاؤها .

وكل ذلك بخلاف الحقوق المقررة للشريك ، وإذ لم يكن شريكاً فبأي شيء استحق هذا الجزء من الربح ؟

إن صاحب حصة التأسيس لا يخلو من أحد حالين :

أ - إما أن يقدم خدمة أو عملاً للشركة محتسباً الرجوع عليها بذلك .

ب - أو أن يقدم خدمة أو عملاً للشركة غير محتسب بالرجوع على الشركة .

فإن كان الأول فإنه يعد من قبيل المعاوضة إذ العوض مقصود فيها - أشبه البيع والإجارة - فلزم تحديد العوضين تحديداً ينفي الجهالة ويقطع المنازعة .

ولما كانت حصص التأسيس غير معلومة المقدار إذ هي نسبة مئوية من الربح المجهول ، وغير معلومة المدة فقد تستمر ، وقد تلغى فإن ذلك جهالة تؤثر فيما مقصوده المعاوضة ، فعلى هذا الاحتمال يقال بمنع حصص التأسيس نظراً للجهالة .

وإن كان الثاني فإن ما قدمه للشركة يعد من قبيل المعروف - أشبه الهدية - وما تقرر له الشركة إنما هو من قبيل المكافأة أيضاً ، وكلاهما من

قبيل المعروف ، فمكافأته على الهدية لا يخرجها عن كونه هدية إذ المكافأة ليس مقصودة ، وقد جاء في الحديث :

عن عائشة رضي الله عنها (أن النبي ﷺ كان يقبل الهدية ، ويشيب عليها) ^(١) .

وعلى هذا فلا يضر جهالتها لأنه ليس المقصود فيها المعاوضة .

لكن نظراً لما حصل فيها من استغلال دفع بعض الأنظمة إلى إلغائها ، ودفع بعضها إلى تقييدها - كما تقدم ^(٢) - ونظراً لما جبل عليه الانسان من طمع ، ولفساد الذم الأمر الذي كان منه استخدامها استخداماً يسيء إلى الشركاء ، ويغمرهم حقوقهم من خلال استئثار مؤسسي الشركة بنصيب من الربح دون غيرهم بلا مقابل مما يترتب عليه :

I - الاضرار بسائر المساهمين ، وغمط حقوقهم .

II - إثارة الشحناء والعداوة بينهم .

كما أن من مساويء حصص التأسيس ما قد يكون من تميز شركة على أخرى قد تكون أجدر وأولى منها لا شيء إلا لأن الأولى أفلحت في

(١) صحيح البخاري بفتح الباري ، كتاب الهبة ، باب المكافأة على الهبة ، ٢١٠ / ٥ ، الترمذي ، كتاب صفة القيامة ، والرفائق ، والورع ، باب ما جاء في قبول الهدية رقم ١٩٥٣ ، ٤ ، ٣٣٨ ، وانظر : الفتح الرباني ، باب الثواب على الهدية ، والهبة ، ١٥ / ١٦٦ .

(٢) انظر : ص ٧٦٦ .

استقطاب شخصية ذات نفوذ ما من خلال مدهنته ومجاملته بشيء من حصص التأسيس في حين أن الثانية الأجدر لم تفلح بذلك .

ولهذا كله فإن الظاهر هو القول بمنعها بكلِّ حال ، كان مقصودها المعاوضة أولاً إذ المنع هو الأُلصق بمقاصد الشارع ، فإنَّ الله تعالى حرم الربا لما فيه من ظلم ، وحرم الخمر والميسر لما فيهما من عداوة وبغضاء ، وحصص التأسيس تشتمل ذلك كله ، فعليه يكون القول بمنعها هو الظاهر ، والله أعلم . .

* * *