



Central Bank of Bahrain

15

المؤتمر السنوي
Annual Conference



البحوث المقدمة

لمؤتمر أيوفي السنوي الخامس عشر للهيئات الشرعية AAOIFI 15th Annual Shari'ah Boards Conference

١٥-١٦ رجب ١٤٣٨ هـ يوافق ١٢-١٣ أبريل ٢٠١٧ م، في فندق الدبلوماسيات، المنامة، مملكة البحرين
15-16 Rajab 1438 H 12-13 April 2017, Diplomat Hotel, Manama, Kingdom of Bahra

الراعي الرئيس

بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الراعي البلاتيني

الأهلي NCB



الراعي الذهبي

alBaraka



البنك الإسلامي الأردني
عضو مجموعة الركة المصرفية



بنك البحرين الإسلامي



الراعي الفضي

مصرف



AL-SALAM BANK
البنك الإسلامي

بنك الإمارات
Ithmaar Bank



الشريك المعرفي



THOMSON REUTERS

المؤسسات والجهات الداعمة



الفهرس

| رقم الصفحة | الموضوع | المحور | اليوم |
|------------|--|--------|-------|
| | التحرير القانوني والفقهى ل(الاتفاقية والعقد ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد) | الثاني | الأول |
| | ١. التحرير القانوني والفقهى للاتفاقية والعقد ومذكرة التفاهم والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد أ.د. محمد علي القرني | | |
| ١ | | | |
| | ٢. التحرير الفقهى والقانوني للاتفاقية والوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد أ.د. علي محيي الدين القره داغي | | |
| ١٧ | | | |
| | ٣. الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية د. عبدالقادر العرعاري | | |
| ٦٣ | | | |
| | ٤. Enforceability of Certain Promises, Particularly Unilateral Promises and Promises in Different Documents in the Pre-Closing Process أ. مايكل ماكملين | | |
| ٨٨ | | | |
| | ٥. التأصيل القانوني للتخلف عن الوفاء بالوعد الأحادي بالتعاقد الدكتور: زغوان هشام | | |
| ١٨٤ | | | |
| | المقاصد ودورها في الاجتهاد المعاصر في فقه المعاملات المالية | الثالث | الأول |
| | ١. تخصيص عموم النصوص بمقاصد الشارع المستنبطة منها أ.د. نزيه كمال حماد | | |
| ٢٣٢ | | | |
| | ٢. قواعد الذرائع في المعاملات المالية د. سامي السويلم | | |
| ٢٦٩ | | | |
| ٣١٩ | | | |
| | ٣. د. أبي الطيب مولود السريري | | |
| | التحرير الفقهى والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد | | |



| | | |
|--------|--------|---|
| الثاني | الخامس | إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه |
| | | ١. إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه |
| ٣٥٠ | | د. خالد السيارى |
| | | ٢. إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه |
| ٤٣٠ | | ش. ناصر الداود |
| الثاني | السادس | التدقيق الشرعي الخارجي: رؤية جديدة وأبرز التطبيقات المعاصرة |
| | | ١. د. عبدالباري مشعل |
| ٤٧٣ | | ٢. أ. محمد مزمل كسباني |
| الثاني | السابع | "الإجماع" وأثره في فقه المعاملات المالية المعاصرة |
| | | ١. "الإجماع" وأثره في فقه المعاملات المالية المعاصرة |
| ٤٩٤ | | أ.د. عبدالله بن مبارك آل سيف |
| | | ٢. "الإجماع" وأثره في فقه المعاملات المالية المعاصرة |
| ٥١٤ | | أ.د. الناجي الأمين |
| | | ٣. أبحاث في تحرير ثبوت أهم الإجماعات المحكية في فقه المعاملات المالية |
| ٥٤١ | | د. محمد قراط |



التحرير القانوني والفقهي للاتفاقية والعقد ومذكرة التفاهم والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

بحث مقدم

للمؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية
هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية
١٢-١٣/أبريل/٢٠١٧م

اعداد

د. محمد علي الفبري

جامعة الملك عبدالعزيز (سابقاً)



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم... أما بعد:

مقدمة في مصادر التعرف على معاني المصطلحات في المعاملات:

ليست معاجم اللغة ومدونات الفقه هي المصدر الوحيد لتحرير معاني المصطلحات التي يستخدمها الناس في معاملاتهم، ذلك ان الكلمات تخضع لما يسميه أهل اللغة التغير الدلالي، فإن كثيراً من الكلمات تكتسب مع مرور الأيام معانٍ جديدة بل ان منها ما يتخلى عن معناه الأصلي لتتحول إلى معناً جديد كليا، وهذا كثير في كل لغة لأن اللغة كائن حي يتغير ويتطور بتطور الناطقين بها.

انظر إلى عبارة المضاربة، تعرفها كتب الفقه ومعاجم اللغة بأنها عقد شركة في الربح بين شريك بماله وآخر بالعمل، لكنها في اللسان المعاصر لا تكاد تذكر بهذا المعنى وإنما الناس من عامة ومتخصصين إذا قالوا "مضاربة" فإنهم يقصدون المجازفة والمخاطرة فيقولون فلان يضارب في الأسهم أو يضارب في العملات. ولا يمكن القول بأن المضاربة بمعناها المستجد مناط لأحكام المضاربة الفقهية، ومنها كلمة تخارج فالأصل في معناها أنها: تصالح الورثة على اخراج بعضهم عن نصيبه في الميراث نظير جزء من التركة أو من غيرها، لكن العبارة تستخدم اليوم في لغة الاستثمار بمعنى "التنضيض" فيقولون سيقوم مدير الصندوق بعملية التخارج... إلخ.

وأمثال ذلك كثير. من ذلك كلمة "مكتب" فإن المعنى اللغوي لها كما في لسان العرب "المكتب موضع تعلم الكتابة" لكنه اكتسب معنى جديداً إذ يقولون مكتب سياحي ومكتب محاماة ومكتب رئيس الجمهورية فاختلقت دلالة الكلمة. وكلمة حاجب فقد كانت في الزمان القديم تعني رئيس الوزراء، أما اليوم فمعناها أقل من ذلك بكثير، والباعث على هذه المقدمة هو كلمة: اتفاقية فقد اكتسبت اليوم معناً لم يكن معهوداً في القديم وهو "نص ما اتفق عليه".

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



وعلى ذلك يمكن ان نقول ان البحث عن معاني هذه المصطلحات لا يجب ان يتوقف عند معاجم اللغة ومدونات الفقهاء بل يجب تتبع هذا التغير الدلالي إذ المعول على المعنى المقصود من قبل أطراف العلاقات وليس الجذور التاريخية للمصطلحات.

(١) الاتفاقية:

كلمة "اتفاقية" كلمة عربية صحيحة ترد في المعاجم العربية القديمة ولكن ليس بمعنى وثيقة لاتفاق تجاري كما اشتهرت اليوم وإنما وردت بمعنى الاتفاق والاجتماع على الأمر أو وقوع الأمر عرضاً وصدفة، فيقال: إن إصابة الحق اتفاقية، كما يقال: أمور اتفاقية، أي عكس الأمور الاختلافية. ووردت في كلام المناطقة فقالوا: الاتفاقية هي التي حكم فيها بصدق التالي على تقدير صدق المقدم.

فالكلمة جارية على القياس اللغوي الصحيح في اللسان العربي^(١) يشهد لذلك ما جاء في الذكر الحكيم من كلمات على نفس القياس مثل كلمة "جاهلية" و"رهبانية" ومثل ذلك ورد في الشعر الجاهلي أيضاً.

فإذا كان الاتفاق هو المعنى المصدرى فالاتفاقية بمعناها المستجد هو "نص ما اتفق عليه". واستخدام الكلمة بهذا المعنى وان كان لم يعرف في الزمان القديم إلا انه ليس جديداً في لغة العرب فقد ذكره صاحب كتاب "جواهر العقود ومعين القضاة من الموقعين والشهود" شهاب الدين محمد المنهاجي المتوفى سنة ٨٨٠ هـ (١٤٧٥ م) فقال في المقدمة عن اغراض كتابة وفوائد جواهره: "ويستتير بكواكبها المشرقة كل ذي حاجة لحكم أو عقد أو اتفاقية وفق كتاب الله وسنة نبيه".

عرف القانون اللبناني الاتفاقية في المادة ١٦٥ فقال: "الاتفاق هو كل التمام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً".
والأصل في الاتفاقية انها غير ملزمة ولا تنفذها الجهات القضائية إلا إذا اتجتهت إرادة عاقدتها إلى جعلها ملزمة وتكون قد اكتملت فيها أركان العقد.



١-١- الاتفاقية والعقد في ظل القوانين:

تكاد عبارة الاتفاقية ان تكون مرادفاً للعقد وما يكون بينهما من اختلاف راجع إلى إرادة طرفيها في جعلها ملزمة أو غير ملزمة ومن القانونيين من قال بان التمييز بين الاتفاق والعقد لا أهمية له وينسب هذا القول للسنهوري، وقال أحد الباحثين عن التمييز بين العقد والاتفاقية أن الفقه القانوني الحديث قد هجر هذه التفرقة لعدم أهميتها العملية^(١). والمتأمل في القوانين يدرك ان التفريق هو بين الاتفاقات القابلة للتنفيذ من قبل القضاء وتلك التي لا تعد ملزمة ومن ثم لا تكون محل التنفيذ من المحاكم. فالمعول ليس على الاسم بل على المسمى.

والمحاكم لا تنفذ إلا العقود سواء سميت عقداً أو اتفاقية والمقصود تلك الاتفاقات التي اكتمل فيها متطلبات صحة العقود بحسب النظام القانوني السائد بصرف النظر عن الاسم الذي أطلقه المتعاقدان عليها ولذلك ان كانت الاتفاقية قد تضمنت أركان العقد وموجبات صحته فلا يضيرها ان تسمى اتفاقية أو مذكرة تفاهم.

١-٢- الاتفاقية في النظر الشرعي المعاصر:

مع ان الاتفاقية والعقد في مصطلح النشاط التجاري والمالي لا يكاد يتميز أحدهما عن الآخر، فإن الاتفاقية ليست في الاستخدام المعاصر في المعاملات الشرعية (كمثل ما يجري عليه العمل في المصرفية الإسلامية) مرادفاً للعقد وإنما هي دون ذلك، يمكن تعريفها بناء على ما وقع التعارف عليه في استخدامها بأنها: "اتفاق بين طرفين أو أكثر على شروط وأحكام ومعطيات عقد أو عقود يزمعون الدخول فيه خلال مدة سريان الاتفاقية".

والاتفاقية بهذا المعنى ليست عقداً وإنما هي إطار للتعامل بين أطرافها ولذا فهي ليست ملزمة لأي طرف في الدخول في عقد كما انها ليست محل التنفيذ من قبل القضاء ولكن ما ترتب عليها من عقود دخل فيه طرفها بناء عليها يكون محكوماً بما ورد في تلك الاتفاقية من نصوص بشأن الشروط والأحكام. فكأن الغرض من الاتفاقية التمهيد للدخول في عقود وتيسير الإجراءات واختصار وقت المفاوضات عند

١ - التراضي في عقود المبادلات المالية، نشأت الدبريني، دار الشروق، جدة، ص ٤٠.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



الدخول في كل عقد أي انها إطار للمعاقدة ولذلك تسمى أحياناً "اتفاقية إطارية"^(١) وإذا حد لها تاريخ صلاحية فإن ذلك يعني ان العقود المبرمة بناء عليها خلال هذا التاريخ تكون محكمة بما ورد فيها من شروط واحكام.

فإذا أبرم العقد استقل بنفسه فلم تعد صلاحيته أو نفاذه مربوطاً بتلك الاتفاقية حتى انه يبقى ساري المفعول بعد انتهاء مدة الاتفاقية.

ومبعث الحاجة إلى الدخول في اتفاقية إطارية قبل إبرام العقود هو ان اعداد الشروط والأحكام يستغرق وقتاً وجهداً من طرفي العقد ويكون عادة محل نظر وتأمل ومشاورات إضافية قبل الدخول في العقود وصيرورتها ملزمة لطرفيها لا سيما إذا كان المحل المزمع التعاقد عليه مبالغ عظيمة أو استثمارات ضخمة أو علاقات ممتدة في الزمن، ومن جهة أخرى قد يرغب الأطراف في الدخول في ترتيبات برنامج يتضمن عدداً من العقود ولذلك يفضلون الانتهاء من الاتفاق على الأمور المتكررة وعدم اعادة النظر فيها في كل مرة وذلك بتأطيرها في اتفاقية والاقتصار عند إبرام كل عقد على الثمن والكمية ونحو ذلك دون الحاجة إلى مفاوضات جديدة.

٢) مقدمات إبرام الاتفاقية:

الاتفاقية إذا قصد بها ان تكون عقداً يكون لها مقدمات لا يلزم الأخذ بها ولكن قد سار عمل الناس على ذلك، ومن أهم هذه المقدمات:

١/أ- خطاب النوايا:

وهو معروف في العلاقات التي تحكمها القوانين ويسمى Letter of intent يرسله أحد طرفي الاتفاقية المزمع الدخول فيها إلى الطرف الآخر ويستخدم لتأكيد الخطوات والمكونات الأساسية لاتفاقية ينوي الطرفان الدخول فيها من ناحية جدول المفاوضات والتاريخ المحتمل لعقد الاتفاقية وفكرة عامة عن التكاليف أو الأسعار أو نحو ذلك بل ان لها مواضيع شتى يصعب حصرها ويرد الطرف الآخر عليها بالموافقة، وهي بصفة عامة غير ملزمة وليست محل التنفيذ من قبل المحاكم.

١ - وتسمى بالإنجليزية Master Agreement ويترجمونها خطأ باتفاقية رئيسية والترجمة الصحيحة انها اتفاقية إطارية.



١/ب- مذكرة التفاهم:

المعروفة باسم MOU أو Memo of understanding وهي ضمن وثائق العلاقات التي تنشأ بين الأطراف في ظل القوانين وهي أرقى درجة من خطاب النوايا من جهة الإلزام ولكنها دون الاتفاقية والعقد، ويدخل فيها الأطراف غالباً قبل توقيع العقد النهائي لترتيب خطوات الدخول في الاتفاقية. والالتزام بها وتنفيذها من قبل المحاكم يعتمد على محتواها فإن كانت مستوفية لأركان العقد صارت ملزمة حتى لو سميت مذكرة تفاهم إلا ان ينص على انها غير ملزمة أو يكون قد فاتها بعض أركان العقد. ولذلك فهي ربما لا تعدو في قوتها خطاب النوايا وربما ارتفعت إلى مستوى العقد بناء على محتواها. وعلى كل حال قد تتضمن محتوى مختصاً بالمرحلة السابقة للاتفاقية مثل الالتزام بالسرية أو حفظ الملكية الفكرية وفي هذا الجانب فهي ملزمة حتى لو لم تتمحض عن اتفاقية.

١/ج- رؤوس أقلام الاتفاقية:

وتشتهر باسم heads of agreement وهي تشبه خطاب النوايا من ناحية انها تتضمن العناصر المهمة للعلاقة المستقبلية بين أطرافها وإطار للمفاوضات والاتفاق على عناصر مهمة في العلاقة مثل السرية والملكية الفكرية ونحو ذلك، والأصل انها توطئة للدخول في عقد أو اتفاقية مفصلة ولكن في كثير من الأحيان يكتفي الأطراف بها إذ جل ما يرغبون الاتفاق عليه هو اطار عام للعلاقة بينهما، وهي كشأن المستندات ما قبل العقد ليس ملزمة ولا تنفذها المحاكم إلا ان تتضمن ما يدل على الإلزام بها.

١/د- مقدمات الاتفاقية ليست أكثر من وعود:

جميع ما ذكر من أنواع المقدمات التي تسبق الاتفاقية يمكن تصنيفها ضمن باب الوعود فهي أما وعد مثل خطاب النوايا أو مواعدة مثل مذكرة التفاهم وليست أكثر من ذلك. ومع ذلك فإن المعول على الأحكام والشروط وليس الأسماء فإن أي من هذه الوثائق لو جرى صياغته على صفة عقد واكتملت متطلبات صحة العقود فيه اعتبر كذلك وجرى الإلزام به قانونياً.

١/هـ- مقدمات إبرام العقود في المعاملات الشرعية:

ليس وجود مقدمات لإبرام العقود أمراً مستحدثاً بل هو مما درج عليه تعامل الناس منذ القديم فالبائع مثلاً تسبقه المساومة والمفاوضة والنظر والتأمل حتى يصل إلى مرحلة "الركون" وهي مرحلة تقارب الرضا وسكون

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



النفس إلى الاختيار ولكن لم يصل الطرفان بعد إلى مرحلة إبرام العقد، وقد عنيت الشريعة الإسلامية بهذه المرحلة لأنها هي مناط الأحكام الواردة في الأحاديث الشريفة المتضمنة نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل عن البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والخطبة على خطبة أخيه إذ كل ذلك ضمن مرحلة المقدمات للتعاقد.

ومن الثابت ان أكثر ما يكون النزاع في مرحلة خطاب النوايا ومذكرة التفاهم هو هذا الذي خصه الشارع بالمنع وهو البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه. وهذا النهي عن بيع الرجل على بيع أخيه جار على مقصد الشريعة في أحكام العقود وهي إبعاد الناس عن النزاع والخصومات والعداوة التي تنشأ بين الناس وما يترتب على مثل هذا من حسرة وندامة، قال القراني في الذخيرة في افتتاحه باب السلم "قاعدة: مقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين وحسم مادة الفتن حتى بالغ في ذلك بقوله لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا"^(١).

فمنع الشارع ما يفضي إلى الخصومات أو يكون سبباً في العداوة والبغضاء والشعور بالحسرة والندامة في هذه المرحلة الحساسة من مشروع إبرام العقد يدل عليه ان البيع على بيع أخيه الممنوع إنما تمنع في المرحلة التي يغلب على الظن انه يترتب عليها مثل ذلك من الخصومة والعداوة وفساد ذات البين، ولا يكون ذلك إلا في المرحلة التي بدأ يظهر فيها الرضا بالمعاقدة ولكنها لم تحصل بعد وهي مرحلة خطاب النوايا ومذكرة التفاهم، أما قبل ذلك فهو من النصيحة المطلوبة ولا يؤدي إلى شيء مما ذكر، وبعد ذلك أي بعد إبرام العقد لا تأثير له إذ لا يمكنه فسخ العقد، ومعلوم ان استقرار المعاملات واحترام الموثيق والمعاقدات والوفاء بها مقصد من مقاصد الشريعة.

العقد:

العقد في اللغة الربط والشد والضممان والعهد، ويطلق على الجمع بين أطراف الشيء يقال عقد الحبل إذا جمع احد طرفيه على الآخر وربط بينهما^(٢).

١ - القراني، الذخيرة، ج ٥، ص ٢٢٥.

٢ - المصباح المنير.



وفي الاصطلاح للعقد معنى عام هو كل ما يلزم الإنسان نفسه أو غيره به ولذلك فإن النكاح والبيع وسائر المعاوضات عقود لأنها كل طرف من طرفيها قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به، ولكن المدار على المعنى الخاص وهو كما عرفه الزركشي: "ارتباط الإيجاب بالقبول الإلزامي"^(١)، والجرجاني: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول" (التعريفات للجرجاني).

وأركانه العاقدان والصيغة والمحل، والواقع ان العقد هو الصيغة أي الإيجاب والقبول ولا يتصور إيجاب وقبول بلا عاقدين ومحل.

الالتزام:

٤-١- الالتزام في اللغة:

يقال في اللغة: لزم الشيء لزوجاً؛ أي ثبت ودام. ولزمه المال: وجب عليه. والتزم فلان كذا؛ أي أوجبه على نفسه. وألزمته المال والعمل، فالتزمه؛ أي أوجبه، فثبت عليه^(٢). ولزمه المال وجب عليه ولزمه الطلاق وجب حكمه.

٤-٢- الالتزام في الاصطلاح الفقهي:

وفي الاصطلاح الفقهي عرفه العلامة مصطفى الزرقا بقوله: "هو كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل أو امتناع عن عمل لمصلحة غيره"^(٣).

وعرفه الحطاب المالكي بأنه إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطيء وسبب الالتزام كما يتبين من استخدام الكلمة هو تصرفات الإنسان الاختيارية التي يوجب بها حقاً على نفسه تجاه شخص أو حق لله عز وجل وقد عد المشتغلون بالفقه ان مصادر الالتزام في الشريعة هي الفعل الضار والفعل النافع والشرع وإذا كان الالتزام بالإرادة المنفردة لم تشترط الأهلية في الملتمزم له. وهو قسمان:

١ - الزركشي، المنشور، ج٢، ص٣٩٧.

٢ - القاموس المحيط ص ١٤٩٤، الصباح المنير ٦٦٩/٢، التزام التبرعات لأحمد إبراهيم ص ٦٠٥.

٣ - المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ص ٩٣، المدخل الفقهي العام ٥١٤/١.



أحدهما: (الالتزام الجبري) وهو إيجاب الإنسان على نفسه أمراً بإلزام الشارع إياه - لوجود سببه الشرعي الذي ناطه الشارع به، كالتزام الغني بالزكاة الواجبة في ماله، أو لصلة بين الملتزم والملتزم له، كالقربة والزوجية في الالتزام بنفقة الأقارب - فليزمه، لأن الشرع ألزمه به، امتثالاً وطاعة لأمر الشرع^(١).

والثاني: (الالتزام الاختياري) وهو إيجاب الإنسان على نفسه أمراً يتعلق بغيره، باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، كمعوضة أو تبرع أو توثيق دين أو غير ذلك من العقود^(٢).

وقال الشيخ أحمد ابراهيم: "ومتى وجد سبب الالتزام - اختيارياً كان أو جبرياً - وجدت بوجوده رابطة قانونية شرعية بين الملتزم والملتزم به، يكون الأول مدينياً، والثاني دائماً بالالتزام^(٣).

والالتزام في الفقه الإسلامي قد يتعلق بدين أو بعين أو بعمل أو بامتناع عن عمل. فالالتزام بالدين: يعني الالتزام بأداء مبلغ من النقود أو ما في حكمه من الأشياء المثلية أو المصنوعات التي تقبل الثبوت في الذمة.

والالتزام بالعين: يعني الالتزام بتسليم عين معينة بذاتها، كتسليم المبيع للمشتري، ورد المغصوب إلى المغصوب منه، وتسليم الوديعة لصاحبها عند طلبها، وإعادة العين المؤجرة إلى المؤجر متى انقضت مدة الإجارة.

والالتزام بالعمل: كالتزام بنقل بضاعة أو إصلاح آلة، وكالعمل الملتزم به في ذمة الأجير المشترك. والالتزام بالامتناع عن العمل: كالتزام الوديع بأن لا يتعدى على الوديعة ولا يقصر في حفظها، والتزام المستأجر بأن لا يتجاوز المعتاد في استعمال المأجور، والتزام الشريك في الملك المشترك بأن لا يستعمل العين المشتركة استعمالاً مضرًا بحق شريكه^(٤).

وقال الدكتور عبدالرزاق السنهوري: "يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي أحياناً لفظ (الالتزام)، ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة، وندراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد. أما

١ - الالتزامات في الشرع الإسلامي لأحمد ابراهيم ٢١، ٢٣.

٢ - المرجع السابق ص ٢١، ٢٣.

٣ - الالتزامات في الشرع الإسلامي ص ٢٣.

٤ - المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ص ٨٣-٨٦.



الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد، أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية، أي الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، تقصيرية كانت أو عقدية، فتسمى بالضمانات^(١).

٤-٣- الالتزام في القانون:

تعريف الالتزام في القوانين تتجاذبه مدرستان الأولى: تسمى المدرسة الشخصية وتعرف الالتزام (الحق الشخصي) بأنه: "رابطة قانونية بين شخصين احدهما دائن والآخر مدين، ويترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل". والثانية: تسمى المدرسة المادية وتعرف الالتزام بكونه "وضع قانوني يكون بمقتضاه شخص معين مكلفاً بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل"، من خلال هذين التعريفين يتضح ما يلي:

أنه في نطاق المدرسة الشخصية هناك تركيز على الرابطة التي تجمع طرفي الالتزام، مما يعني أن الالتزام لن يقوم إلا بوجود الطرفين، مما يترتب عنه استحالة انتقال الالتزام سواء من ناحية المدين عن طريق حوالة الدين أو من ناحية الدائن عن طريق حوالة الحق.

وفي نطاق المدرسة المادية هناك أهمية للجانب المادي كعنصر أساسي في الالتزام، هذا يعني أن هذا التعريف يوافق ما وصل إليه النظام الاقتصادي من تطور وسرعة في حركية الأموال، كما أنه يمكن من انتقال الالتزام إلى غير طرفيه عن طريق حوالة الحق والدين وكذا الإنابة القانونية. التعريف المادي للالتزام يستوعب حالة قيام الالتزام من جانب المدين دون تحديد شخص الدائن الذي يكفي أن يكون موجوداً عند مرحلة التنفيذ.

٤/٤ - القول بان الالتزام مال تجوز المعاوضة عليه:

هل الالتزام مجرد للقيام بعمل غير محرم يعد مالاً فيجري عليه البيع والبيع كما هو معلوم هو مبادلة مال بمال؟ قال في المقنع "المال ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"^(٢)، فمناط المالية هو المنفعة فما لا منفعة فيه

١ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١/١٤١.

٢ - المقنع، ص ١٥٢.

ليس بمال ولو كان عيناً فإذا كانت هذه المنفعة لها قيمة معتبرة عند الناس فهي مال تجوز المعاوضة عليه وقد اتجهت بعض الهيئات الشرعية إلى إجازة تقاضي المصرف لأجرة مقابل التزامه ببيع سلعة أو عملة لعميله في تاريخ مستقبلي بسعر متفق عليه عند صدور الالتزام. فيدفع الملتزم له رسماً عبارة عن مبلغ مقطوع للملتزم ويكون دافع الرسم بالخيار إن شاء استفاد من هذا الالتزام وإن شاء اعرض عنه أما قابض الرسم فهو ملزم بالوفاء بما التزم به.

ويكثر استخدام هذا الالتزام بدلاً عن الصرف المؤجل. معلوم أن الصرف لا يجوز أن يكون مؤجلاً بل يجب أن يكون ناجزاً، لكن التجار يحتاجون إلى العملة الأجنبية في تاريخ مستقبلي ومن ثم فإنهم بحاجة إلى الحماية من تقلبات الصرف ولذلك بدلاً عن الدخول في عقد صرف مؤجل (وهو ممنوع) يطلب العميل من البنك أن يلتزم له بصرف العملة في تاريخ مستقبلي (وهو تاريخ حاجته إليها) بسعر صرف متفق عليه اليوم ويترتب على ذلك أن العميل لا يعود متحملاً لمخاطرة تقلب سعر الصرف، ويدفع العميل للبنك رسماً مقابل هذا الالتزام، ومن الجلي أنه رسم غير مسترد كما أن العميل بالخيار أن شاء استفاد من التزام البنك وإن شاء أعرض عن ذلك إذا انخفض سعر الصرف في السوق في وقت الوفاء بالالتزام. وقد استند الجيز لهذه الرسوم على حقيقة أن الالتزام تتوافر عليه صفة المالية من جهة أن فيه منفعة مشروعة قام العرف على اعتبارها فجازت المعاوضة على هذا الالتزام.

الوعد:

٥-١- الوعد في اللغة:

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



هو الإخبار عن فعل المرء أمراً في المستقبل يتعلق بالموعود^(١). ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن معناها اللغوي في الجملة عند جمهور الفقهاء^(٢). وعلى ذلك عرف الأتاسي (شارح المجلة العدلية) الوعد بأنه: "إنباء الإنسان غيره بأنه سيفعل أمراً في المستقبل مرغوباً له"^(٣)، وقال ابن عقيل: "هو إخبار بمنافع لاحقة بالمخير من جهة المخير في المستقبل"^(٤).

ينقسم الوعد في الاصطلاح الفقهي إلى قسمين: مجرد، وملزم.

فأما الوعد المجرد: فهو الخالي عما يفيد تعهد الواعد صراحة أو دلالة - بحسب قرائن الأحوال - بإنجازه وتنفيذه، والسالم من توريث الموعود والتغيير به^(٥).

وأما الوعد الملزم: فهو المقترن بما يفيد تعهد الواعد بإنجازه صراحة أو دلالة، أو المتضمن تغييراً بالموعود، سواء كان وعداً بمعروف (كقرض وهبة وإعارة) أو بعقد معاوضة (كبيع وإجارة وسلم واستصناع) أو بعقد توثيق (ككفالة ورهن) أو غير ذلك من العقود الشرعية.

٥-٢- الوفاء بالوعد:

الوعد بشيءٍ محرم لا يجوز الوفاء به إجماعاً. والوعد بشيءٍ واجب على الواعد يجب عليه الوفاء به إجماعاً. والوعد بأمرٍ مباح لا خلاف أنه يستحب الوفاء به. واختلفوا في وجوب الوفاء به وهل يلزم الواعد بذلك القضاء. اختلف أهل العلم في حكم الوفاء بالوعد. بالمعروف. ديانةً على قولين:

١ - النهاية لابن الأثير ٢٠٦/٥، مشارق الأنوار ٢/٢٩١، المفردات للراغب ص ٨٧٥، أساس البلاغة ص ٥٠٤، بصائر ذوي التمييز ٥/٢٣٧.

٢ - خلافاً للمالكية الذين درجوا على استعمال كلمة "الوعد" و "العدة" في الغالب بمعنى أحص، وهو "الاعن عن رغبة الواعد في إنشاء معروف في المستقبل يعود بالنفع والفائدة على الموعود". (انظر تحرير الكلام للحطاب ص ١٥٣، الهداية الكافية الشافية للرصاع ٢/٥٦٠).

٣ - شرح المجلة للأتاسي ١/٣٣٨.

٤ - الواضح لابن عقيل ١/١٠٦.

٥ - انظر كتاب نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية، للدكتور نزيه حماد ص ٢١-٢٨.

القول الأول: أن الوفاء بالوعد مستحبٌ وليس بواجب ديانةً، وهو قول الحنفيّة، والشافعيّة، والحنابلة، والظاهرية، والمالكية (فيما إذا كان الوعد مجرداً).

والقول الثاني: أن الوفاء بالوعد واجب بحيث يجرم إخلافه بلا عذر، وهو وجهة عند الحنابلة، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية.

أما الإلزام بالوعد قضاءً إذا كان وعداً بمعروف (أي تبرعاً لا معاوضة) فقد اختلفوا على أربعة أقوال:

القول الأول: الإلزام بذلك قضاءً بإطلاق، وهو قول عند المالكية.

واستدلوا: بما سبق الاستدلال به من الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالوعد ديانةً؛ إذ الأصل أن ما وجب ديانةً وجب على الحاكم الإلزام به قضاءً لكونه مأموراً بإقامة شرع الله.

القول الثاني: إنه لا يلزم به قضاءً، وهو قول عند المالكية، ومذهب الشافعيّة، والحنابلة، والظاهرية.

القول الثالث: إن الوعد إذا كان معلقاً على شرط فيكون لازماً بحيث يُقضى به على الواعد، وهو مذهب الحنفيّة.

القول الرابع: أن الوعد إذا وقع على سبب ودخل الموعد في شيءٍ بناءً على هذا الوعد فإنه يلزم الواعد بتنفيذه قضاءً، وهو المشهور عند المالكية.

وقد استقر النظر الفقهي المعاصر بشأن الإلزام بالوعد بما صدر عن المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في قراره رقم ٤٠-٤١ ديسمبر ١٩٨٨م. بشأن الوعد ونصه:

"ثانياً: الوعد وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً للواعد ديانةً إلا لعذر وهو ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض من الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".

ولا ريب أن إدخال فكرة الوعد ضمن إجراءات المصرفية الإسلامية كان له أعظم الأثر في تطور العمل المصرفي الإسلامي لأنه قلل من مخاطر الدخول في عمليات بيع وشراء حقيقية إلى الحد الذي أصبحت مخاطر المراجعات ونحوها مخاطر صالحة لعمل المصارف.

٥-٣- الوعد والمواعدة:

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

المواعدة مفاعله بمعنى ان كل طرف يعد الآخر بفعل أمر أو الامتناع عنه وبينما نجد ان الوعد ملزم لطرف لصالح الطرف الآخر وليس ملزماً لذلك الطرف الآخر، فإن المواعدة ملزمة للطرفين، كأن يعد زيد عمراً ببيع سيارته عليه بألف ريال ويعد عمرو زيداً بشرائها بألف ريال. هذه المواعدة تختلف أهل العلم في حكمها، فمن قال ان الأصل في العقود الحقائق والمعاني لا الألفاظ والمباني اتجه إلى اعتبار هذه المواعدة عقداً اكتملت أركانها بإيجاب وقبول على محل من قبل عاقدين، وهذا ما عليه أكثر الفقهاء أما من اعتبر اللفظ فإن هذه تبقى مواعدة لا عقداً، ومن المعاصرين من أجازها معتبراً ان ما يقع تنفيذه وعد واحد لا مواعدة حتى لو بدأت بمواعدة، وقد منع المجمع المواعدة في نص قراره رقم ٤٠-٤١ في دورة مؤتمره في ديسمبر ١٩٨٨م: "ثالثاً: المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المراجحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجحة تشبه البيع نفسه حيث يشترط عندئذ ان يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده".

ولكن صدر عن المجمع قرار آخر بشأن المواعدة في دورة مؤتمره في الجزائر ورد فيه:

"في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز عقد البيع لعدم وجود المبيع في ملك البائع مع وجود حاجة عامة لإلزام كل من الطرفين بإنجاز عقد في المستقبل بحكم القانون أو غيره، أو بحكم الأعراف التجارية الدولية، كما في فتح الاعتماد المستندي لاستيراد البضاعات، فإنه يجوز ان تجعل المواعدة ملزمة للطرفين إما بتقنين من الحكومة، وإما باتفاق الطرفين على نص في الاتفاقية يجعل المواعدة ملزمة للطرفين".

رابعاً: "ان المواعدة الملزمة في الحالة المذكورة في البند ثالثاً لا تأخذ حكم البيع المضاف إلى المستقبل، فلا ينتقل بها ملك المبيع إلى المشتري، ولا يصير الثمن ديناً عليه، ولا ينعقد البيع إلا في الموعد المتفق عليه بإيجاب وقبول".

خامساً: "إذا تخلف أحد طرفي المواعدة، في الحالات المذكورة في البند ثالثاً، عما وعد به، فإنه يجبر قضاءً على إنجاز العقد، أو تحمل الضرر الفعلي الحقيقي الذي لحق الطرف الآخر بسبب تخلفه عن وعده، (دون الفرصة الضائعة)" انتهى قرار المجمع.

٥-٤- تبادل الوعود:

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



تختلف المواعدة عن تبادل الوعود، فالمقصود بتبادل الوعد ان يصدر عن الطرفين وعود لصالح الطرف الآخر لكن لا تقع على مورد واحد ولذلك عدت وعدين لا مواعدة، وأكثر ما يكون ذلك معلقاً على شرط. وتستخدم عملية تبادل الوعود في التحوط بأنواعه حيث يرتبط الوعد الأول بمستوى المؤشر والوعد الثاني بمستوى مختلف وبناء عليه لا يقع تنفيذ الوعد لاستحالة ان يكون المؤشر في موقعين في نفس الوقت.

عقد الوعد:

نظمت بعض القوانين الوعد على صفة عقد فقد نصت المادتين ٧١ و ٧٢ من القانون المدني الجزائري ما سمي عقد الوعد بأنه: "الاتفاق الذي يعد كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها".

فجعلت لعقد الوعد إيجاب وقبول وتوافر الأهلية من قبل الملتزم من قبل الوعد والموعود. ويتولد عن ذلك حق شخصي للموعود، فإذا أظهر الموعود رغبته خلال الأجل المحدد تحول الوعد إلى العقد الموعود به فإذا كان وعد لبيع انقلب إلى بيع بات، فلا يبقى إلا إبرام العقد النهائي من قبل الواعد، ويلزم بالتنفيذ عند امتناعه.

فالوعد في تلك القوانين إذن هو مرحلة من مراحل إبرام العقد النهائي شأنها شأن البيع الابتدائي والعربون.

الوعد في القوانين الانجلوسكسونية:

بينما نجد ان قانون الشريعة يفرق بين الوعد والعقد فالعقد ثمن ومثمن وعاقدان وصيغة بينما الوعد التزام يلزم طرف به نفسه لصالح طرف آخر نلاحظ ان القانون الانجلوسكسوني Common Law لا يكاد يفرق بين الوعد والعقد فهو يعرف العقد بأنه "وعد ملزم"، وقد وصف أحد المراجع المعتمدة عندهم قانون التعاقد Law of Contract بأنه انما يتعلق بالوعد وغرضه الأساس ان يبين ما كان من الوعد ملزماً وما كان فيها غير ملزم، (أنظر The law of Contract, J.C. Smith, Sweet & Maxwell 1993, P. 3).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



التحرير الفقهي والقانوني

للاتفاقية والوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم

والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

- دراسة فقهية قانونية -

بقلم

أ . د . علي محيي الدين القره داغي

الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

نائب رئيس المجلس الأوروبي للافتاء والبحوث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله الطيبين وصحبه الغر الميامين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد
فإن من توفيق الله تعالى للمؤسسات المالية الإسلامية (المصارف، وشركات التأمين، وبقية الشركات المالية) إنشاء مجموعة من المؤسسات المهنية التي تقوم على وضع المعايير والضوابط لها على مستوى عال من المهنية والمسؤولية في مختلف المجالات.

ولا شك أن أهمها في هذا المجال (هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية) التي تقوم بأعمال جلية من أهمها : وضع المعايير الشرعية، ومعايير المحاسبة، والمراجعة، والحوكمة، والأخلاقيات، والقيام بعقد مؤتمرات سنوية ، بالإضافة إلى ندوات وورش العمل ونحوهما.
وفي كل مؤتمر يتم اختيار عدد محدود من الموضوعات المهمة لمناقشتها بحضور العلماء والخبراء في الفقه والاقتصاد ، والقانون ، والصيرفة ، والتأمين ونحوها .

وقد خصصت الهيئة جزءاً من مؤتمر الهيئات الشرعية السنوي الخامس عشر المزمع عقده في ١٥-١٦ رجب ١٤٣٨هـ لموضوع (التحرير القانوني والفقهى للاتفاقية والعقد ، ومذكرة التفاهم، والالتزام، والوعد والمواعدة، والتعهد) .

وهذا موضوع مهم للغاية لأنه البنية الأساسية لنظام التبادل والالتزامات والحقوق والواجبات، كما أنه الأساس لحسم النزاع لصالح الطرف الذي حمى جميع مصالحه وحقوقه في بنود واضحة، بالإضافة إلى أن للصياغة واختيار نوع الالتزام من حيث القوة والضعف دوراً كبيراً في حماية الحقوق، لذلك كان اختيار الأمانة العامة للهيئة لهذا الموضوع المهم موفقاً .

وقد شرفني أخي الحبيب سعادة الدكتور حامد بن حسن ميرة حفظه الله ، بكتابة بحث أو ورقة في هذا الموضوع في الجانب الفقهي ، حسب المحاور الآتية:

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

- هل يختلف الحكم الشرعي للاتفاقية والعقد ومذكرة التفاهم إذا كان كلٌ منها ملزماً للعاقدين، حتى لو وُجدت بينها فروق قانونية أخرى لا تخل بالإلزام بكلٍ منا؟
- "المواعدة الملزمة من الطرفين" وتخرجها الفقهي وآثارها العملية.
- الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة والبيع من حيث الآثار المترتبة على النكول والفسخ، وأثرها على مشروعية المواعدة الملزمة.
- الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة والبيع المضاف للمستقبل أو البيع المعلق، وأثرها على مشروعية المواعدة الملزمة.
- الفروق الفقهية بين الوعد الملزم من طرف واحد والإيجاب أو القبول الصادر من أحد طرفي العقد، من حيث نشوئه (هل يجوز إنشاء قبول بالشراء أو إيجاب بالبيع على سلعة غير مملوكة للبائع؟) ومن حيث الآثار المترتبة على النكول.
- "الوعد الملزم والمواعدة الملزمة من الطرفين" نظرة مقاصدية لآثارها، ومآلاتها في العقود المستجدة.
- التطبيقات المعاصرة للمواعدة الملزمة.

وبذلك يتكون البحث من:

التمهيد في بيان أهمية تحرير الاتفاقية

- المبحث الأول في التعريف بالمصطلحات المذكورة في الورقة المرسلة من أيوبي ، بالإضافة إلى أننا أضفنا إليها ثلاثة مصطلحات أخرى ، وهي "الوثيقة" و "الإرادة المنفردة" و "الالتزام" .
- المبحث الثاني في الإجابة عن الأسئلة الستة المرسلة ، مع بيان التطبيقات المعاصرة .

داعياً الله تعالى أن يكتب لي التوفيق فيما نصبو إليه ، مستغنياً به تعالى أن يحقق لنا الأهداف والغايات المرجوة من هذا البحث، ومتضرعاً إليه أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم ، إنه مولاي فنعم المولى ونعم النصير .

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

كتبه الفقير الى ربه

أ.د. علي محي الدين القره داغي

الدوحة ٢٧ جمادى الأولى ١٤٣٨ هـ = ٢٤ فبراير ٢٠١٧

التمهيد في بيان أهمية تحرير الاتفاقية :

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



إن مما لا يخفى على أهل العلم أن مبنى الالتزامات والعقود على إرادة الشخص الملتزم في الوعد والتعهد، وفي العقود القائمة على إرادة منفردة كالكفالة، وعلى إرادة العاقدين في العقود القائمة على الإيجاب والقبول.

فالإرادة هي الأصل والأساس في العقود، ولكنها في حقيقتها وجوهرها قصد مستور غير ظاهر يُعبّر عنها بإحدى وسائل التعبير من القول والكتابة ونحوهما.

غير أن هذه الإرادة الظاهرة كما يسميها القانونيون - أو ما يعبر عنها - من القول والكتابة ونحوهما، يختلف معناها، وقوتها أو ضعفها، ودلالاتها حسب الصياغة التي عبر بها، من حيث إنها جاءت بصيغة الجزم واللزوم والماضي، أو بصيغة المضارع، أو التردد والشك، ومن حيث كونها وجهت إلى طرف آخر، أم أنها التزام شخص دون مقابل، ثم هل تم القبول إن احتاجت إليه؟

ومن جهة أخرى فإن القالب الذي أراد المتكلم وضع إرادته فيه هو الآخر طبيعة الالتزام من عقد إلى وعد، إلى شرط ونحو ذلك، ناهيك عن الشروط والقيود هل هي مقبولة صحيحة، أم أنها باطلة أو فاسدة؟ وهل هي مؤثرة في العقد سلباً وإيجاباً، صحة وبطلاناً وفساداً؟ .

لذلك فإن تحرير الاتفاقية، أو العقد، أو الإرادة المنفردة أو الشروط والقيود أهمية كبرى في عالم الالتزامات، وسنحاول الحديث عما طلب منا بقدر ما يسمح به الوقت وطبيعة البحث والطلب، مركزين على ما جاء في رسالة التكليف المرسله إلينا من الأمانة العامة الموقرة .

المبحث الأول : التعريف بالمصطلحات :

التحريير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



(١) الاتفاقية :

لغة: مصدر صناعي من (الاتفاق) الذي هو مصدر أصلي يدل على حدوث التوافق بين طرفين^١. ويقصد بالاتفاقية في القانون الدولي: "اتفاق" أو "ميثاق" بين دولتين أو أكثر يتعلق ببعض الشؤون كالضرائب ، والنقد، والبريد، والصحة، والعمل، ويطلق "الاتفاق" أيضاً في القانون الدولي على اتفاق بين دولتين على إثر نزاع بينهما بإحالة النزاع على التحكيم^٢. والفرق بينها وبين المعاهدة أن الأخيرة تطلق على التوافق الاستراتيجي سياسياً، أو عسكرياً، أو اقتصادياً، في حين أن الاتفاقية الدولية لا يشترط فيها أن تكون استراتيجياً^٣. وأما "الاتفاقية" في ظل القوانين المدنية والتجارية فهي الوثيقة التي تنظم العلاقة بين العاقدين، أو المؤسستين اللتين لهما الرغبة في إنشاء التزامات معينة، ولكنها قد لا تتضمن العناصر الأساسية التي يعطيها القانون قوة التنفيذ أمام المحاكم.

وبالتالي فإن الفرق بينهما يكمن في ان العقد إنما يطلق على اتفاق بين الطرفين يشتمل على جميع العناصر المطلوبة قانونياً التي تعطيها قوة التنفيذ أمام القانون، وأما الاتفاقية فلا يشترط فيها توافر العناصر التي تعطيها قوة التنفيذ، وبالتالي فيهما عموم وخصوص . ومن الجدير التنويه به هنا هو أن المهم في الالتزامات والتصرفات هو المحتوى والمعاني والمقاصد، ولذلك فالقاعدة الفقهية والقانونية تقضي بأن العبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني^٤.

(٢) الوثيقة :

١ يراجع القاموس المحيط ، ولسان العرب، ومختار الصحاح مادة (وقف)

٢ المعجم الوسيط مادة (وقف) (١٠٤٧/٢) ط. قطر الموسوعة الحرة ويكيبيديا ، مصطلح (الاتفاقية)

٣

٤ الأشباه والنظائر للسيوطي ، وابن نجيم

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



وثيقة ، وهي مؤنث الوثيق من : وَثَقَ بفلان أي ائتمنه ، ووَثَّقَ العقد - بتشديد الثاء- أي سجله بالطريق الرسمي ، فكان موضع ثقة ، والوثيقة : تطلق على المستندات ، والصك بالدين ، وما جرى هذا الجرى^١.

والوثيقة في الاصطلاح ، هي سجل (أرشيف) للمعلومات والبيانات المسجلة الخاصة بالشخص الطبيعي أو الاعتباري، فهي بمثابة تأريخ له وقد قيل : (لا وجود لتأريخ دون وثائق) . وللوثائق مراحل، أهما : الأرشيف الجاري، والأرشيف التاريخي^٢ .

(٣) مذكرة التفاهم:

هي وثيقة رسمية تتضمن اتفاقاً بين طرفين أو عدة أطراف، وهي تعد إيداناً ببدء العمل بين أطراف الاتفاق أكثر منها التزاماً قانونياً. ولذلك يعتبر البعض مذكرة التفاهم اتفاق شرف يفقد لإلزام العقود القانونية الرسمية^٣. كما أن الهدف منها التعاون الثنائي لأجل توضيح الموضوعات التي تحتاج إلى الجهود المشتركة لأجل تنفيذها^٤. وبذلك تختلف مذكرة التفاهم عن العقد والاتفاقية من حيث الصياغة والبنود ، والإجراءات القانونية ومن حيث الإلزام والقوة القانونية.

(٤) العقد :

١ المعجم الوسيط (١٠١١/٢-١٠١٢) ط. قطر ، وراجع كذلك : القاموس المحيط ، ولسان العرب ، مادة (وثق)

٢ راجع لمزيد من التفصيل : فالن ، بيتر ، معجم المصطلحات الارشيفية ، ترجمة غسان منير سنو ط. الدار العربية للعلوم / بيروت ١٩٩٠ ص ٧١ وما بعدها، وفهد إبراهيم العسكر: التوثيق الإداري في المملكة

العربية السعودية ط. معهد الإدارة بالرياض ١٩٨٧ ص ٢٢

٣ راجع : الموسوعة الحرة ، ويكيبيديا

٤ عامر العظيم : ورقته حول مذكرات تفاهم والاتفاقيات ، منشورة في موقع : الجمعية الدولية للمترجمين واللغويين العرب

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



العقد لغة : الشد ، والربط المادي والمعنوي ، ونقيض الحل والعزم ، والجمع ، والعهد ونحوه^١ .
وقد ورد في القرآن الكريم بلفظ (العقود) فقال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)^٢ وقد فسرها المفسرون بأنها تشمل جميع العقود والمواثيق التي تتم بإرادة واحدة أو بأكثر ، وسواء كانت بين الانسان وأخيه الانسان ، أو بينه وبين ربه^٣ .
ووردت في القرآن الكريم ألفاظ أخرى مشتقة من العقد ، ولكنها تدور حول معانيها اللغوية السابقة ، وكذلك الحال في السنة النبوية المشرفة^٤ .

التعريف المختار للعقد:

لقد وردت ملاحظات كثيرة على التعاريف التي وضعها العلماء للعقد - وليس هنا مجال ذكرها^٥ - ، وفي نظري، ليس أمامنا لتلافي الانتقادات إلا هذا التعريف الآتي:
العقد هو: التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول.

والمراد ب (التزام): معناه اللغوي، وهو إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له^٦، وهو جنس يشمل كل تعهد سواء كان من طرف واحد، أو أكثر، وتعريف العقد بالالتزام وارد، حيث عرّفه به الجصاص (٣٧٠هـ)، فقال: (العقد ما يعقده العاقد على أمر... لأنّ العقد إنّما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه...)^٧.
ثمّ إنّ إضافة (التزام) إلى (شيء) للدلالة على أنّ مجرد (التزمتُ)، أو (تعهدتُ)، أو نحوهما دون ذكر الملتزم به صراحة أو دلالة لا يسمّى عقداً. ثمّ إنّ لفظ الشيء عام يشمل القول أو الفعل، أو السكوت.

١ القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط مادة (عقد)

٢ سورة المائدة / الآية ١

٣ المفردات في غريب القرآن للأصفهاني ص ٣٤١ وتفسير الطبري بتحقيق محمود شاكر ط. دار المعارف (٤٥١/٩) وتفسير القرطبي ط. دار الكتب (٣٠/٤) وأحكام القرآن للحصاص (١٩٢/٢)

٤ يراجع لمزيد من البحث والتفصيل : أ.د. علي محي الدين القره داغي : مبدأ الرضا في العقود (١٠٦/١ - ١١١)

٥ يراجع: مبدأ الرضا في العقود (ص ١١٤ - ١٢٥).

٦ انظر: القاموس المحيط (١٧٧/٤)، والمصباح المنير (٢١٤/٢)، وقال الخطاب: «الالتزام في عرف الفقهاء، إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء، وقد يطلق في العرف على ما هو

أخص منه وهو التزم المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم». انظر: فتح العلي المالك، ط. مصطفى الحلبي (٢١٧/١).

٧ أحكام القرآن للحصاص (٢٩٤/٢)، وقد تبعه القرطبي في تفسيره (٣٠/٦).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



وقولنا: (بارتباط الإيجاب بالقبول): يخرج به الالتزام الحاصل من غير ارتباط الإيجاب بالقبول كالإرادة المنفردة، مثل النذر، والطلاق على غير مال ونحو ذلك.

وفي هذا القيد إشارة إلى أن الإيجاب والقبول إنما يسميان عقداً إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، فإذا لم يكن بينهما ارتباط، أو طال الفصل بحيث يعتبره العرف قاطعاً لم يتحقق الارتباط، وبالتالي لم يتحقق العقد. والباء في (بارتباط...) للابتدائية، أي: التزاماً يتبدى أو ينشأ بارتباط الإيجاب بالقبول، أو للسببية - أي سبباً في الظاهر - ، فيكون المعنى: التزاماً ناشئاً بسبب ارتباط الإيجاب بالقبول.

والمراد بالارتباط: هو الارتباط الحسني، أي: تعلق الإيجاب بالقبول عرفاً، ثم يترتب عليه الارتباط الحكمي، وهو وجوب الوفاء بما التزم به الطرفان بجعل الشارع وأمره، قال برهان الشريعة: (لأنَّ الشرع يحكم بأنَّ الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكماً، فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثراً له... والمراد بذلك المعنى: المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء)^١.

والمراد بالإيجاب: هو التعبير الصادر أولاً الدال على إثبات تعهد، سواء كان بقول أو فعل، أو كتابة، أو إشارة، أو نحوها، أي: بأي وسيلة من وسائل التعبير.

وبالقبول: هو ما صدر تعبيراً عن الرضا بما أثبتته الموجب^٢.

قال ابن الهمام: (الإيجاب لغة الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً، سواء وقع من البائع كبعث، أو من المشتري كأن يتبدى المشتري فيقول: اشترت منك هذا بألف، والقبول: الفعل الثاني، وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات، فسُمِّي الإثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأول، ولأنه يقع قبولاً ورضاً بفعل الأول)^٣.

١ الوقاية مخطوطة مكتبة طوب قاب (٣٧٣٣)، ورقة (٧٠)؛ رد المختار مع رد المختار (٩/٣).

٢ هذا التفسير الذي ذكرناه للإيجاب والقبول هو للحنفية، وأما غيرهم فيظهر من كتبهم أن المراد بالإيجاب هو ما صدر عن عاقد معين مثل المملك أو المؤجر، أو المعير أو نحوه، والقبول هو ما صدر عن العاقد الآخر مثل المملك، أو المستأجر، أو المستعير، أو نحوه. انظر في تفصيل ذلك: فتح القدير - مع شرح العناية - (٧٤/٥)، والفتاوى الهندية (٤/٣)، والبحر الرائق (٢٨٣/٥)، وجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤/٢)، ومواهب الجليل (٢٢٨/٤)، والشرح الكبير - مع حاشية الدسوقي - (٤/٣)، والمجموع للنووي (١٦٢/٩)، والغاية القصوى (٤٥٧/١)، ونهاية المحتاج (٣٧٥/٣)، والروضه (٣٣٩/٣)، وكشف القناع (٣/٢)، والإنصاف (٢٦٠/٤).

٣ فتح القدير (٧٤/٥).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

ولذلك فالتحقيق: أنّ الإيجاب في اللغة: الإثبات، والقبول: التصديق^١؛ فتناسب أن يكون القبول خاصاً بمن صدر عن الثاني.

ثمَّ إنّ لفظي: (الإيجاب) و (القبول) يطلقان على ما كان باللفظ أو بالفعل، أو بشيء يدل على المطلوب، إذ لا مانع لغويّاً في هذا الإطلاق^٢.

لكن ذهب بعض الفقهاء إلى أنّهما لا يطلقان إلّا على اللفظ^٣، وهذا بناء على مذهبهم في عدم صحة البيع بالتعاطي.

غير أنّ القفال الشاشي الكبير أشار إلى أن الإيجاب والقبول يطلقان على الفعل أيضاً على الرغم من أنّ مذهبه عدم صحة البيع بالتعاطي^٤، ولذلك فلا داعي إلى زيادة (أو ما يقوم مقامهما) في التعريف لإدخال التعبير بالفعل ونحوه فيه، وذلك لأنّ الإيجاب والقبول بمثابة الإشعار والدليل على التراضي، وهو - كما يقول النووي - يكون بالقول والفعل^٥.

وزاد بعض آخر^٦ هذا القيد للإشارة إلى إدخال العقود التي يقوم شخص واحد بتولي طرفيه، فحينئذ يقوم تعبيره مقام الإيجاب والقبول كالجد في جواز إنكاح بنت ابنه عن ابن ابنه الآخر^٧، وكالأب والجد في بيع مال الطفل لنفسه، والوكيل إذا أذن له الموكل في البيع من نفسه وحدّد الثمن له عند من أجاز^٨.

١ لسان العرب (ص٣٥١٧، ٤٧٦٦)، والمصباح المنير (١٤٥/٢، ٣٢٢)، والقاموس المحيط (١٤١/١)، (٣٤/٤).

٢ انظر المصادر السابقة.

٣ انظر: المجموع (١٦٢/٩) حيث قال: «ولا يتعدّد البيع إلّا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا يتعدّد بها»، وقال ابن قدامة في المغني (٥٦١/٣)، «والبيع على ضربين: أحدهما الإيجاب، والقبول... والثاني: المعاطاة». وراجع: الإنصاف (٢٦٣/٤).

٤ حيث قال: «ولا يتعدّد البيع إلّا بالإيجاب والقبول بالقول» حيث قيدهما بالقول لأنّ ذلك مذهب الشافعي، فلو لم يكن الإيجاب والقبول شاملين للقول والفعل لما قيدهما به. انظر: حلية العلماء في مذاهب الفقهاء، مخطوطة أيا صوفيا رقم (١١٣٨) (ج ١) ورقة (١٨٦/أ).

٥ المجموع للنووي (١٦٥/٩)، وفتح القدير (٧٤/٥).

٦ فتح القدير (٣٤١/٢) حيث قال: «العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر... أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني بتولي الطرفين».

٧ انظر: فتح القدير (٣٤٦/٢)، والشرح الكبير - مع حاشية الدسوقي - (٢٢٢/٢)، والقوانين الفقهية (ص١٧٤)، والغاية القصوى (٧٢٦/٢)، والأشباه للسيوطي (ص٣٠٦)، والمغني لابن قدامة (٤٧٠/٦).

٨ وهذا جائز عند الحنفية والمالكية والشافعية، قال الزركشي: «إنّ اتحاد القابل والموجب إنّما يمتنع لأجل التهمة»، فإذا انتفت كما في المسائل السابقة جاز. انظر: الشرح الكبير (٣٤٨/٣)، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥٢٥/٤)، والمشور في القواعد للزركشي (٨٨/١)، (٨٩).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



وفي نظرنا لا نحتاج إلى هذه الزيادة، لأن القاعدة العامة في العقود هي تعدد طرفيها بأن يكون الموجب شخصاً، والقابل شخصاً آخر، وذلك لاختلاف مصلحة كل واحد منهما، واختلاف مقتضى العقد وآثاره وأغراضه بالنسبة لهما، غير أنه في بعض الحالات وعلى سبيل الاستثناء أجاز لواحد أن يتولى طرفي العقد عندما ينتفي المانع من الاتحاد، وحينئذٍ يُكَيَّف في الواقع على فرض وجود التعدد حيث إنَّ العاقد - باعتباره يمثل الموجب - شخص، وباعتباره يمثل القابل شخص آخر.

وبعبارة أخرى: فالتعدد إما على سبيل الحقيقة، أو على سبيل الحكم والتقدير كما في بعض حالات^١. ثمَّ بعد ذلك يمكننا القول بأنَّ العقد إن توفرت شروطه، وانتفت موانعه يترتب عليه أثره الشرعي بجعل الشارع وأمره، كما يمكننا تقسيمه إلى صحيح، وموقوف، ومنعقد، ولازم، وفاسد... وفي تعريفنا إشارة إلى أن حقيقة العقد تتكون بما يعقده القلب في الباطن، غير أن ذلك لا يظهر إلا بالتعبير عنه، فتتحقق عندئذٍ صورة العقد^٢.

(٥) الإرادة المنفردة :

الإرادة، لغة هي مصدر أراد ، وأصله من راد يرود روداً فيقال : راد فلان إذا سعى في طلب شيء^٣ ، قال ثعلب : الإرادة تكون محبة وغير محبة ، ومعنى القصد^٤ ، وقال الفيومي : هي الطلب والاختيار^٥، وقال الراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ) : " الإرادة في الأصل قوة مركبة من شهوة ، وحاجة ، وأمل ، وجعل اسماً لنزوع النفس إلى الشيء مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل ، أو لا يفعل ، ثم يستعمل مرة في المبدأ وهو نزوع النفس الى الشيء ، وتارة في المنتهى وهو الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو أن لا يفعل

١ قال ابن الهمام في فتح القدير (٣٤٤/٢): «أو المراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولي الطرفين».

٢ الوسيط للغزالي، مخطوطة دار الكتب (٢٠٦ فقه شافعي طلعت) (ج ٢) ورقة (١٠)؛ والوجيز مع شرحه فتح العزيز (٩٧/٨ - ٩٩)، والغاية القصوى (٤٥٧/١)، وراجع: أحكام القرآن للحصص (٢٩٤/٢)، وتفسير القرطبي (٣٠/٦)، وفتح القدير (٣٤١/٢)، ورد المختار على الدر المختار (٩/٣)، والتعريفات (ص ٨٢).

٣ لسان العرب لابن منظور (١٧٧٢/٢٠) والقاموس المحيط (٣٠٧/١) والمصباح المنير (٣٦٢/١) وكشاف مصطلحات الفنون (٣٢/٣) والمفردات للراغب الأصفهاني ص ٢٠٦ وذكر معنى آخر للرود وهو

التردد في طلب الشيء برفق

٤ لسان العرب (١٧٧٢/٢٠) والمصادر السابقة

٥ المصباح المنير (٣٦٢/١)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



فإذا استعمل في الله فإنه يراد به المنتهى، وهو الحكم، أو ما شابه ذلك " ١ ثم استشهد ببعض آيات من القرآن الكريم وذكر معانيها فقال : " فمعنى قوله تعالى (إِنْ أَرَادَ بِكُمْ سُوءًا أَوْ أَرَادَ بِكُمْ رَحْمَةً) ٢ أي إن حكم.... وقد تذكر الإرادة ويراد بها القصد مثل قوله تعالى: (لا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فُسَادًا) ٣ أي لا يقصدونه ولا يطلبونه .. " ٤ .

وأما الإرادة في عرف الفقهاء فهي بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه ٥ ، قال التهانوي : وقد يراد بالإرادة مجرد القصد عرفاً ومن هذا القبيل إرادة المعنى من اللفظ ٦ .

والمقصود بالإرادة المنفردة هي الالتزامات التي تتم برضا طرف واحد، أو بعبارة أخرى قدرة الإرادة الواحدة على إنشاء التزام لا يحتاج إلى طرف آخر، مثل الطلاق والنذر، والرجعة، والوقف على غير المعين، والكفالة، والوصية على غير المعين ٧ .

وأما أهم تطبيقات الإرادة المنفردة في القوانين المعاصرة ، وبخاصة القانون المدني المصري الذي يأخذ بها استثناء ، فتكمن في الحالات الآتية :

١ . الايجاب الملزم الذي أخذ به القانون الألماني كواحد من أهم تطبيقات الإرادة المنفردة ٨ ، فقد نصت المادة ٩٣ من القانون المدني المصري الحالي على أنه : (١- إذا عين ميعاد القبول التزم الموجب على ايجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال ، أو من طبيعة المعاملة).

١ المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ٢٠٦-٢٠٧

٢ سورة الأحزاب / الآية ١٧

٣ سورة القصص / الآية ٨٣

٤ المفردات في غريب القرآن ص ٢٠٦-٢٠٧ وراجع : روح المعاني للألوسي (٢٠٨/١) وكشاف مصطلحات الفنون (٣٢/٣)

٥ انظر : البحر الرائق (٣٢٢/٢) وحاشية البحريني على منهج الطلاب ط. المكتبة الاسلامية ، ديار بكر بتركيا (٥/٤) والمقنع ط. المطبعة السلفية (١٤٣/٣) وراجع : الموسوعة الفقهية ، إصدار وزارة الأوقاف بالكويت مادة إرادة (٥/٣)

٦ كشاف مصطلحات الفنون (٣٣/٣)

٧ راجع للمزيد من التفصيل والتأصيل وبيان المذاهب الفقهية والقانونية مع الترجيح ، كتابنا : مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ط. دار البشائر الإسلامية / بيروت ٢٠٠٢ م (١٠٢١/٢) -

فالإيجاب إذا لم يحدد له مدة لم يقل بإلزامه القانون المصري القديم، ولا القانون القانوني الحالي، وإنما إذا اقرن بأجل يلزم الموجب البقاء على إيجابه طوال المدة المحددة في كلا القانونين غير أنهما يختلفان في التكيف والأساس الذي يستمد منه هذه القوة، فالقانون القديم بني على قوله هذا على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بأن لا يعدل عن إيجابه المدة المحددة، ويكون القبول حينئذ ضمناً بسكوت الموجب له، لأن هذا الأجل في مصلحته^١، في حين أن القضاء كان يكيّفه في الغالب على أساس المسؤولية التقصيرية وناصره في ذلك الفقه^٢، وأما القانون الحالي فبني إلهامه على أساس الإرادة المنفردة المقررة طبقاً للنص السابق.

وقد أشارت هذه المادة إلى أن اقران الأجل بالإيجاب قد يكون ضريحاً بأن يذكر الموجب مدة محددة لإيجابه، أو ضمناً بأن يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة مثل ما إذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة، فقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة واضح وعند النزاع يترك الأمر للقاضي^٣، وكذلك الأمر إذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد الموجب ميعاداً للقبول، فإنه يبقى ملتزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطريق المعتاد، وله أن يفرض تأخير وصوله^٤ وهكذا.

ويميل الفقه الفرنسي إلى الأخذ بهذا الحل حيث يسلم بأن الموجب يلتزم بعدم العدول عن إيجابه ما دام قد اقرن بأجل، غير أنه ثار الخلاف في الأساس القانوني لهذا الإلزام، ويكاد الرأي الذي بدأ يتغلب يأخذ بان مصدره الإرادة المنفردة^٥، في حين ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن مصدر ذلك العقد نفسه حيث إن من صدر منه الإيجاب قد عرض أيضاً بان يلتزم بعدم العدول عن إيجابه مدة معينة وعلم الطرف الآخر بذلك، وسكوته يعد قبولاً، لأن العرض لمصلحته^٦، غير أننا لو سرنا على ضوء الأساس

١ د. السنهوري، الوسيط (٢٠٨/١) وقد ذكر عدة قضايا بهذا الخصوص

٢ د. السنهوري، الوسيط (٢٠٨/١-٢٠٩) ونظرية العقد ص ٢٤٤-٢٢٦

٣ يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية

٤ د. السنهوري، الوسيط (٢١٠/١) بند ١٠٤

٥ دمج في الالتزامات (١٨/١) وكولان وكابيتان (٢٧١/٢)

٦ بلانول وريبير وأسمان (١٤٣/١، ١٨٧) ود. السنهوري، الموجز ص ٥٣-٥٤

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



الذي ذكرناه لخرجت هذه الحالة عن نطاق الإرادة المنفردة ، وتكون داخلية في نطاق الإرادة المطلقة، وذلك لأن الإيجاب - مهما كان - لا يعتبر إرادة تنشئ الأثر وحدها وإنما يحتاج في ذلك إلى قبول الآخر سواء كان قبولا صريحا أو ضمنياً ، كما أنه لا تدخل في نطاق العقد، لأن الإيجاب الملزم له إلزاميته حتى قبل أن يستخلص القبول من سكوته، بل إن بعض الأمثلة له لا يمكن تحقق السكوت المطلوب منه، ففي حالة مالك الآلة التي عرضها بشرط التجربة، ويأخذها الدائن للتجربة لا يقال: إن سكوته قبول، بل ولا بدؤه بالتجربة قبول وإنما ينبثق القبول بعد إجراء التجربة صم سكوته ، فقبل استخلاص القبول، أو التصريح به لا يبقى أساس للإلزام على أساس العقد البتة، فقبل أن الإيجاب ما دام قد اقترن بأجل صريح أو ضمني ملزم منذ نطقه به إلى أن يرفضه الطرف الآخر ولهذا فالأساس لهذه القوة هو الإرادة - كما قلنا - ومن هذا المنطلق أن الإيجاب ملزم مطلقاً لكنه للموجب الحق في أن يلغيه بإرادة أخرى غير أنه إذا حدده بمدة معينة فمعنى ذلك ألغى بنفسه الحق في أن يلغيه بإرادة أخرى طوال بقاء المدة.

٢- المؤسسات، حيث تنص المادة (٧٠-١ م م) على أنه : (يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو وصية) وهي تنشأ بالإرادة المنفردة غير أن هذه المادة ونحوها قد ألغيت بقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ الذي ألغى بدوره بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ الذي عدل أيضاً بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ حيث نظم هذا القانون الأخير الخاص بأحكام وقواعد الجمعيات والمؤسسات الخاصة)^١.

٣- الوعد بالجائزة الموجه إلى الجمهور، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٢ م م) بقولها: (١) من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل و لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها(2) وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، علي إلا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور).

١ تراجع: أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ط. سنة ١٩٧٨ م (١/١٥٦)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



فقد فرقت المادة بين حالتين: حالة يحدد فيها الواعد وعده بمدة، وأخرى لا يحدد فيها مدة محدد، ففي الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها دون أن يكون له أي عدل عن وعده بل يكون ملزماً به خلال المدة المحددة، غير أنه إذا انقضت هذه المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب يتحلل الواعد من وعده حتى ولو أنجز العمل فيما بعد، أما الحالة الثانية فالواعد ملتزم فيها بوعدده، غير أن له الحق في العدول عنه وفقاً للأوضاع التي صدر بها بأن يحصل العدول علناً عن طريق النشر في الصحف، أو اللصق مثلاً^١.

ثم إن الفترة التي تقع بين إعلان الوعد، وبين الرجوع عنه لا تخلو الحال فيها عن أحد الفروض الآتية:
أ- أنه لم يبدأ بتنفيذ الوعد المطلوب فيكون الواعد قد تحلل نهائياً من نتائج وعده.

ب- أنه قد بدئ في تنفيذه لكن لم يبلغ مرحلة الإتمام، فيلتزم الواعد بأن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أنفقه لكن بشرط أن لا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها، ولا يعتبر الوعد الذي عادل عنه أساساً لهذا الالتزام، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون غير أن هذه المسؤولية تسقط في حالتين: حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفق بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد، وحالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدئ في تنفيذه قد تم، إذ تنعدم في هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمل النفقات، ورجوع الواعد في وعده وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول وإتمامه بعد العدول^٢.

هذا ويتبين من نص المادة السابقة أن أركان الوعد بالجائزة أربعة، وهي:

١. صدور إرادة باتة من الواعد
٢. وأن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علي كالمصحف أو المنشورات أو نحو ذلك.
٣. وأن يوجه الإرادة إلى الجمهور لا إلى شخص معين، أو أشخاص معينين.

١ براجع: مجموع الأعمال التحضيرية للقانون المدني (٣٣٩/٢)

٢ المرجع السابق (٣٤٠-٣٣٩/٢)

٤. وأن يتضمن الإرادة أمرين على الأقل، هما: جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها، وشيء معين يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة^١، فإذا اجتمعت هذه الأركان الأربعة قام التزام الواعد وترتب عليه حكمه، ويكون الواعد ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفردة في ثلاث حالات، هي: (أ) إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل خلال هذه المدة. (ب) إذا لم يحدد مدة ولم يرجع في وعده وقام الفائز بالعمل. (ج) إذا لم يحدد مدة ورجع في وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع.

ففي الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة، وفي الحالة الثالثة يسقط التزامه إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ اعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة السابقة^٢.

وأما القانون الإنجليزي فهو لا يعتد بالنظريات العامة، وإنما هو قائم على السوابق القضائية، ولذلك لا توجد فيه نظرية عامة للالتزام حتى يبحث عن مصادره، كما هو المعهود في القوانين ذات الصبغة اللاتينية، فلا يوجد في القانون الإنجليزي بالإيجاب الملزم حتى ولو كان مقروناً بأجل، يقول ولسون: (يجوز لمقدم العرض أن يسحب عرضه في أي وقت قبل قبوله، وبشرط أن يصل هذا الإلغاء إلى علم صاحب العرض...) وفي قضية Dickinson V. Dodds^٣ التي تتلخص وقائعها في أن المدعي عليه Dodds قد عرض بيع منزل للمدعي نظير مبلغ ٨٠٠ جنيه إسترليني، وبين له أن العرض قائم لفترة ولكن المدعي عليه باع المنزل لشخص آخر قبل انقضاء الأجل الذي حدده لسريان العرض ولم يكلف نفسه عبئاً إخطار المدعي، وسمع هذا الأخيرة بالبيع من أحد معارفه، ومع ذلك تقدم إلى المدعي عليه وأخطره بقبول عرضه خلال المهلة المددة، غير أنه رد قبوله بحجة أنه قد تم البيع وبينه وبين آخر، فعرض الأمر على القضاء فنصت محكمة الاستئناف برفض الإقرار بفعالية القبول، وأقرت عدم وجود العقد

١ د. السنهوري، الوسيط (١/١٣٠٢) ود. عبدالحى حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام (١/٤١٣) وأتور العموسي، المصدر السابق (١/٤٦٣) ود. محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات

في القانون المدني المصري ص ٤٣٧

٢ تراجع: المصادر السابقة، وهذه المدة الأخيرة التي تضمنتها الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ م م هي مدة إسقاط، لا مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع

٣ ولسون (Wilson, J.F: Principles if the law of contracts, London, 1957)، ونفس المعنى عند شيتي، بند ٨٣، ٨٤، ٨٥

٤ قضية سنة ١٨٧٦، رقم (1876)2 ch. D. 463

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



بينهما، وكيفت ذلك بأن المدعي عليه حينما باع منزله لآخر فهذا يعني أنه قد سحب عرضه ضمناً، ثم إن المدعي قد علم بذلك ثم تقدم بقبوله، وجاء من حيثيات القضية ما قاله القاضي James : (من الطبيعي أن المرء يلتزم بالإخطار في حالة التغيير الذي يطرأ على العرض وفي تلك القضية ثابت أن المدعي علم أن المدعي عيه لم يعد راغباً في بيع المنزل إليه وبصورة واضحة تماماً، كما لو كان قد قال له : إنني أسحب العرض)^١.

وهذه القضية تدل بوضوح على أن مقدم العرض (الموجب) له الحق في الرجوع عن عرضه حتى ولو كان قد حدد له أجلاً، أو أنه لم يوصل خبر سحبه إلى الطرف الثاني^٢، وهذا بعكس التشريعات الحديثة التي جعلوا الإيجاب حينئذ ملزماً لا يجوز العدول عند ما دامت المدة باقية.

غير أنه يوجد بعض تطبيقات قضائية تذكر في نطاق العرض والقبول في القانون الإنجليزي لكنها هي تطبيقات للإرادة المنفردة في التشريعات الأخرى مثل الوعد بالجائزة لكن التكييف فيها يختلف في كل من التشريعين، يقول ترايتل: (إن الإعلان عن جوائز مقابل أشياء مفقودة أو مسروقة تعتبر أيضاً من قبيل الدعوة للتعاقد لأنه منشورة بقصد الارتباط، ولا تتطلب المزيد من المساومة، وينطبق الشيء ذاته على الإعلانات الأخرى للعقود المنفردة)^٣ ولذلك يذكر الفقه الإنجليزي الوعد بالجائزة للجمهور، أو لشخص معين دون تفرقة تذكر بينهما باعتبار أن كليهما عقد، فالوعد لشخص معين أو لغيره يسميه بالعقد من جانب واحد^٤ ولا يقصد به أن يكون له طرف واحد، لأن العقد لا يتم إلاً بشخصين، لكن يقصد به أن يكون هناك طرف واحد ملتزم، مثل السند الإذني، والكمبيالة، والتعهد بدفع مكافأة لمن يعثر على

١ حيثيات القضية ص ٤٧٢، وهناك قضية أخرى في نفس المعنى وهي قضية (Covrt Wright V. Heegstaep (1911) 105 L.T. 628) ويراجع، ولسون المصدر السابق (٣٧/٣٨) وقضايا في قانون العقد ط. لندن ١٩٧٢ ص ٥

٢ فكان من أقوال القاضي في القضية السابقة أنه : (ولكي ينشأ العقد لا بد من توافر الرضاء لدى كلا الطرفين وفي نفس اللحظة، أي كون عرض سار حتى لحظة القبول فإذا لم يكن العرض مستمراً إذن فإن القبول والرضا من طرف واحد لا يقابله عرض، وربما هناك التزام على أحد الأطراف أن يخطر الطرف الآخر بما يدور في ذهنه، أو أن مقدم العرض قد عدل عن رأيه... فهذه الأقوال تشير إلى أن التزام مقدم العرض الذي حدد بعرضه مدة محددة يترتب عليه مسؤولية وأما العقد فلا بد أن يكون العرض باقياً .

٣ ترايتل (Teritel C.H. : The law of contracts 5ed. London 1979) ص ١٠

٤ ولسون، المصدر السابق ص ٣٨، وترايتل، المصدر السابق، ص ١٠ وشيتي (Chitty: on contracts, 22nd. ed. London 1961) ص ٨ بند ١٢

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



أشياء مفقودة أو نحو ذلك^١، يقول ولسون: (في العقود من جانب واحد مثل عقود التعويض يشكل الأداء المنصوص عليه بالعقد قبولاً للعطاء، ومنطقياً يجوز سحب العرض في أي وقت شاء قبل الارتباط، فمدمن التدخين الذي يعرض عليه خمس جنيهاً إذا امتنع عن التدخين لمدة شهر لا يقبل هذا العرض، أو يكمل التزامه إلا إذا انقضى شهر على امتناعه)^٢.

وقد اقترح الفقه الإنجليزي اقتراحين لتفادي الصعوبات بهذا الخصوص: أحدهما معاملة العرض المذكور باعتباره ذا شقين: الشق الأول: عرض صريح للدفع عن اكتمال الالتزام، والثاني: عبارة عن عرض ضمني في أن يظل العرض مفتوحاً إذا ما شرع الملتزم في الأداء وفي هذه الحالة إذا جرى الرجوع في عرض صريح فإن المتقدم بعرض سوف يكون من حقه التعويض على أساس وجود عقد ضمني^٣.

والاقتراح الثاني: هو اقتراح الفقيه الإنجليزي المعروف بولوك^٤، أن المبدأ في التصرف المطلوب ينبغي أن ينظر إليه باعتباره قبولاً للعرض، بينما اكتماله يجعل العقد واجب التنفيذ، وهذا الاقتراح قد تبنته لجنة مراجعة القانون الإنجليزي في تقريرها المؤقت السادس ١٩٣٧م^٥.

يقول ولسون: (وكلا الاقتراحين يحولان دون الرجوع في العرض إذا ما شرع في الأداء، وهما استثناءان واردان على القواعد العادية المستقرة للعرض والقبول، وبالإضافة إلى ذلك يجوز أن تكون هذه الافتراضات أن نعالجها من منطلق أن المعروض عليه ما كان ليبدأ في تنفيذ فعل مطلوب منه بدون التزام باستكماله، ولذلك يبدو أنه ليس هناك ثمة ما يدعو إلى إدخال تعديلات على قواعد العرض والقبول بمجرد إلزام أحد أطراف العقد)^٦.

١ شيتي، المصدر السابق ص ٨ بند ١٢

٢ ولسون، المصدر السابق ص ٢٨، وفي هذا الخصوص قضية (Offord V. Devies (1862) 12 C. B. (N.S) 748 at P. 753)

٣ ولسون المصدر السابق ص ٣٨، وشيتي المصدر السابق ص ٤٦ بند ٨٨

٤ سير فيردريك بولوك، العقود ط. الثانية عشرة، لندن ص ١٩

٥ يراجع هذا التقرير ولا سيما ص ٢٣، ٢٤، ٣١

٦ ولسون، المصدر السابق ص ٣٩

والخلاصة - كما يقول شيتي - أن الوعد يجوز العدول عنه ما دام الطرف الآخر لم يبدأ بالعمل، لأن قبول العرض يكتمل بالأداء^١.

وأما الوعد بشيء للجمهور فهو غير ملزم أيضاً إلى أن يقبله واحد أو أكثر بناء على أن الالتزام الإرادي لا يتم في القضاء الإنجليزي إلاّ بالعرض، والقبول، والمقابل أو التسجيل^٢، يقول شيتي: (إن العرض يجوز تقديمه للجمهور كافة، ولكن لن يشنأ العقد حتى يقبله شخص محدد بذاته، أو أشخاص، ومن أمثلة العروض العامة الإعلان الموجه للجمهور بمنح مكافأة لمن يفعل شيئاً معيناً، وينشأ العقد إذا قبل الشخص المعين أن يفعل الشيء المعلن عنه، وطبعاً مثل هذا العرض لا يتضمن مقابلاً، ولذلك لا ينشأ العقد حتى يتم التنفيذ)^٣ وقد ميّز الفقه بين العروض العامة القابلة للتنفيذ من أكثر من شخص واحد والعروض التي يقصد بها أن ينفذها شخص واحد بمفرده - أي بمرّة واحدة - فمن أمثلة الثاني الإعلان عن مكافأة لمن يعثر على شيء مفقود أو من يتقدم بمعلومات فقد قضت المحكمة أن من يرد الشيء المفقود يستحق المكافأة المعلن عنها، وهذا يراعي فيه أن المكافأة تدفع لمرة واحدة فحسب^٤.

أما المسألة الأولى فهي بتكرار الجائزة يتحقق المطلوب، ففي قضية^٥ تتلخص وقائعها في أن الشركة المدعي عليها كانت قد نشرت إعلاناً في الصحف: أنها تدفع مائة جنيه إسترليني لأي شخص يصاب بالأنفلونزا بعد استخدام دواء كانت هي تقوم بصنعه، ومع اتباع الإرشادات المرفقة بالمستحضر، وأنها قد أودعت أحد المصارف ألف جنيه لزيادة التوثيق والجدية، ثم حدث أن رفعت المدعية دعوى ضد الشركة تطالبها بالمبلغ المذكور، لأنها اتبعت الإرشادات، ومع ذلك أصابها الأنفلونزا التي اجتاحت بريطانيا، وأصدرت المحكمة حكماً لصالحها على الشركة بدفع مائة جنيه، فرفضت الشركة إعطاءها بحجة أن العرض لا يكون للناس كافة، فلم تقبل المحكمة هذا الدفع، وميز قاضيها Bewen بين العرض العام الممكن والعقد

١ شيتي، المصدر السابق بند ٨٨

٢ شيتي، المصدر السابق ص ٤٦، ٢

٣ شيتي، المصدر السابق ص ٢٨ بند ٥٧

٤ انظر قضية (Lancaster V. Walsh (1838) 4 M. V. W. 16)

٥ انظر قضية (Carli 11 V. Carbelic Smoke Ball (893) 1 Q.B. 256,268)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



غير الممكن إذا كان أطرافه الناس كافة قائلاً: (مع أن العرض يقدم للناس كافة فإن العقد يعقد عادة مع عدد محدود من الناس الذين يقبلون شروط التعاقد ومع نيتهم السليمة في الإعلان)^١.

ثم إن القضاء والفقه الإنجليزي اشترط في استحقاق العامل الجائزة أن يكون قد قام بالعمل بناء على علمه بالعرض يقول شيتي: (في حالة تأدية العمل أو الخدمة التي تستوفي شروط العرض ولكن من أدى العمل أو الخدمة لم يكن مدركاً بوجود العرض، هل يستطيع ان يطالب بدفع ما جاء بالعرض عندما تصل حقيقة العرض إلى علمه؟ يبدو من المقبول القول بأنه لا يستطيع)^٢. وهذا ما عليه الفقه^٣ وغالب القضاء باستثناء قضيتين - على حد قول شيتي - جاء الرد فيهما على الاستفسار بالإيجاب، أي أوجبنا التعويض على الرغم من جهل من أدى العمل أو الخدمة بوجود العرض ففي إحداهما^٤ اعتمدت المحكمة على حجية الصيغة التي كانت تحت نظرها، وفي الثانية^٥ قضت المحكمة الجزئية ان ضابط البوليس يستحق المكافأة المعلن عنها حتى ولو كان قد أدى بالمعلومات المطلوبة قبل الإعلان بعرض المكافأة، يقول شيتي: (ومع الأسف لم يرد بالقرار حيثيات، ونظر النقاد إلى هذا الحكم باعتباره غير مرض)^٦، وبالمقابل فهناك عدة قضايا تؤيد القاعدة العامة في عدم نشأة التعاقد بينهما من أوضاعها قضية أمريكية^٧ في نيويورك سنة ١٨٦٨م حكمت فيها المحكمة بضرورة العلم بالعرض، لأنه في حالة عدم العلم يكون القبول بدون عرض، فلا يتم العقد^٨.

ومن هنا يختلف القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي عن القانون الألماني والمصري والعراقي في اشتراط علم العالم بالوعد أثناء عمله ويعود الفرق في ذلك إلى الخلاف في التكييف في كلتا المجموعتين فبينما لا

١ من حيثيات القضية السابقة ن وراجع شيتي، المصدر السابق ص ٢٨ بند ٥٧ والمصادر السابقة

٢ شيتي، المصدر السابق ص ٢٩ بند ٥٩

٣ بولوك، مبادئ العقد ص ١٦ و Cheshire and Feet في كتابيهما، قانون العقد ط. الخامسة ص ٤٣ و Anson مبادئ العقد في القانون الإنجليزي ط. الحادية والعشرين ص ٣٦-٣٧ وغيرهم

٤ وهي قضية (Neville V. Kelly (1862) 12 C.B (N.S)740)

٥ وهي قضية (Gibbon V. Proctor (1891) 64 L.T. 594)

٦ شيتي، المصدر السابق بند ٥٩

٧ وهي قضية (Fitch V. Sndaker (1868) 38 N.Y.Z 48)

٨ شيتي، المصدر السابق ص ٢٩ بند ٥٩

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



يخرج الوعد بالجائزة في القانون الإنجلوا أمريكي عن العرض (الإيجاب) الذي يحتاج إلى القبول ولا يلزم إلاً به، فيكيف على ضوء قواعد العقد، اتجه الفقه الحديث والتشريعات الحديثة إلى تكييف ذلك على ضوء الإرادة المنفردة.

(٦) الالتزام والوعد والمواعدة والتعهد :

الالتزام، لغة : مصدر التزم ، فيقال : التزم به ، أي فرض على نفسه ما لم يكن واجباً عليه^١ .
والمقصود به هنا لا يخرج عن معناه اللغوي .

والالتزام في الاصطلاح القانوني : رابطة قانونية بين شخصين دائن، ومدين يطالب بمقتضاه الدائن من الاخر أداءً مالياً.

ومصادر الالتزام هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون^٢ .

والوعد (أو العدة) هو الإخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل^٣، فهو تصرف شرعي قولي يتم بإرادة منفردة.

والوعد لغة هو التعهد، وكذلك عقداً، قال تعالى: (مَا أَخْلَفْنَا مَوْعِدَكَ بِمَلْكِنَا وَلَكِنَّا حُمَلْنَا أَؤْرَارًا مِّن زِينَةِ الْقَوْمِ فَقَذَفْنَاهَا فَكَذَلِكَ أَلْقَى السَّامِرِيُّ)^٤، حيث قال مجاهد: الموعد: العهد، وكذلك قوله تعالى: (فَأَخْلَفْتُم مَّوْعِدِي)^٥ قال: عهدي^٦.

والوعد بالبيع - أو نحوه - هو التعهد بإنشاء البيع - مثلاً - في المستقبل، أو بالقيام بالشراء، أو نحو ذلك في المستقبل.

١ لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والعجم الوسيط ، مادة (لزم)

٢ يراجع لمزيد من التفصيل : السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ط. دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٢ الجزء الأول مصادر الالتزام (١/١٠٦-١٢٩)

٣ فتح العلي المالك: ٤/٢٥٤؛ وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص١٥٣.

٤ سورة طه / الآية ٨٧

٥ سورة طه / الآية ٨٦

٦ لسان العرب (٤٨٧٢/٦) مادة (وعد)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



والوعد بالمال: أن يتعهد بدفع المال المتفق عليه في المستقبل.

وأما المواعدة – فهي المشاركة في الوعد من شخصين، وذلك بأن يعلننا عن رغبتهما في إنشاء عقد في المستقبل تعود آثاره عليهما، وقد ذكر الفقهاء المواعدة في عدة أماكن منها المواعدة على بيع النكاح في العدة، والمواعدة في الصرف، والمواعدة على بيع الطعام قبل قبضه، والمواعدة على بيع الإنسان ما ليس عنده وغير ذلك^١.

والمواعدة تختلف عن العقد الذي هو إنشاء للإلتزام في الحال، في حين أن المواعدة عبارة عن وعد بين طرفين بإنشاء العقد في المستقبل.

والوعد يختلف عن الشرط الذي هو إحداث التزم في العقد لم يكن يدل عليه لولاه، في حين أن الوعد هو إخبار عن أن الواعد يلتزم به في المستقبل فهو ليس عقداً ولا شرطاً، ولذلك نرى كثيراً في الكتيب الفقهية

عند تناولها مسألة الشروط تنص على أن محل هذا الحكم في الشرط إذا لم يخرج المذكور فيها مخرج الوعد، حيث إن الوعد لا يؤثر في العقد بالفساد أو البطلان، فمثلاً يقول ابن نجيم: (وقيد بإخراج ما ذكر مخرج الشرط لأنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد، كما إذا باع بستاناً على أن يعمر حوائطه، وأخرجه مخرج الوعد، ولكن لو لم يبين البائع لم يجبر، ويجبر المشتري في الرد كذا في الذخيرة)^٢.

وقد بين ابن نجيم أيضاً كيفية الوصول إلى معرفة الشرط وتمييزه عن العقد، وأجرعها إلى صياغة العقد نفسها والظروف والقرائن التي تلابسه، فمثلاً تكون صياغة الشرط بأن يذكر في العقد لفظ الشرط، أو على نحو ذلك في حين أن زيادة الواو على (على) تدل على الوعد يقول ابن نجيم: (وقيد بعلى دون الواو، لأنه لو زاد الواو بأن قال: بعثك هذا بكذا وعلى ان تقرضني كذا فالبيع جائز، ولا يكون شرطاً، وهو نظير ما لو دفع الرجل أرضاً بيضاء فيها نخيل فقال: دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع كان شرطاً للمزارعة في المعاملة – أي تفسد – ولو قال: وعلى أن تزرع لم تفسد المزارعة، ويعرف من هاتين

١ يراجع مواهب الجليل: ٤١٣/٣؛ وشرح الخرشبي: ٣٨/٥؛ والجلي لابن حزم: ٥١٣/٨.

٢ البحر الرائق (٩٤/٦)

المسألتين كثيراً من المسائل كذا في الذخيرة، وتبعه في البزازية) ، ونقل عن الولولجي صورة أخرى أخرجت مخرج الوعد وهي : أن يقول : (اشتر حتى أبني الحوائط) ^١ .

فالمعيار المنضبط هو الاعتماد على القرائن سواء كانت لفظية أو حالية أم عرضية ، وكذلك الأمر عند المالكية حيث إن المعيار في التمييز بينهما هو القرائن سواء كانت الصياغة بلفظ الماضي أو المضارع^٢، ويرى الشافعية أن الشرط هو ما كان بصريح لفظ الشرط أو ما يؤدي معناه كعلى أن أفل أو تفعل كذا، وكذلك فعل الأمر والمضارع والجملة الإخبارية، والمعيار في ذلك أن يفهم مما ذكره أنه صفة وقيد في التصرف، فإذا لم تكن قرينة تدل على الالتزام كان وعداً، مثل إيراده بصيغة الأمر والمضارع دون قرينة^٣، وقد أرجع ابن تيمية المعيار في ذلك إلى العرف والعادة^٤.

ومن هذا العرض يمكن القول بان المعيار في التفرقة يعود إلى القرائن من حيث المبدأ.

المبحث الثاني في الإجابة عن الأسئلة الستة :

١ المصدر السابق

٢ فتح العلي المالك (١/٣٣)

٣ الفتاوى الكبرى لابن حجر (٢/٢٧٣)

٤ القواعد النورانية ص ١٩٨

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

السؤال الأول : هل يختلف الحكم الشرعي للاتفاقية والعقد ومذكرة التفاهم إذا كان كلٌّ منها ملزماً للعاقدين، حتى لو وُجدت بينها فروق قانونية أخرى لا تخل بالإلزام بكلّ منا؟
الجواب :

١- بالنسبة للعقود إذا توافرت فيها أركانها ، وشروطها الخاصة بالمعاوضات المالية ، وعينت فيها جميع المسائل الجوهرية للعقد ، وخلت من الموانع والمبطلات والمفاسدات فإن العقد صحيح ملزم شرعاً وقانوناً وإلا ففيها تفاصيل.

٢- أما الاتفاقية (أو البروتوكولات) المدنية فإن حكمها يختلف حسب طبيعة بنودها وصياغتها، فإذا تضمنت عقداً مثل البيع، أو الإجارة، أو نحوهما وتوافرت فيها الشروط والضوابط المطلوبة في العقد نفسه فإن الاتفاقية في هذه الحالة عقد صحيح شرعاً وقانوناً.

وأما إذا كانت عبارة عن بنود خاصة بالمستقبل على شكل وعود فإنها تأخذ حكم الوعود في الشريعة والقانون.

وأما إذا كانت عبارة عن مجرد تفاهات مشتركة ولا تحمل أي التزام محدد، فهذه لا تكون لها صفة الإلزام والالتزام ، وإنما تمهيد للعقد فقط.

٣- أما مذكرة التفاهم فهي في الغالب تعدّ إيداناً ببدء العمل بين أطراف الاتفاق أكثر من كونها التزاماً قانونياً، ولذلك يعده البعض اتفاقاً أديباً يعتمد على الجانب الودي الأخلاقي ويفتقد الإلزام القانوني.

والذي يظهر لي من خلال اطلاعي على مذكرات التفاهم أنها في الغالب - كما ذكرته آنفاً - ولكن قد تتضمن التزامات للطرفين، وحينئذ يكون حكمها حكم الاتفاقية، ولذلك فالصياغة هي التي تحكم لأن العبرة في العقود والتصرفات: المقاصد والمعاني ، وليست المصطلحات والمباني، ولكن الأصل هو أن تبقى مذكرة التفاهم على طابعها العام، ثم الاتفاقية التي تتضمن مجموعة من الالتزامات والوعود، ثم إنشاء العقد البات.

نموذج لمذكرة تفاهم بين شركة (أ) ، وشركة (ب)

تمهيد : حيث إن شركة (أ) متخصصة تعمل في إطار خدمات إدارية وتدريبية ، ولها الخبرة ، وحيث إن شركة (ب) ترغب بتطوير إدارتها ، ومواردها البشرية، وبما أن الطرفين يرغبان في تحديد إطار التفاهم المشترك حول هذا الموضوع، لذلك تم التفاهم بين الطرفين على ما يلي :

البند الأول : يعتبر التمهيد السابق جزءاً لا يتجزأ من هذه المذكرة

البند الثاني: آفاق التعاون ومجالاته ...

البند الثالث: ما يقدمه الطرف الأول ..

البند الرابع : ما يقدمه الطرف الثاني ...

البند الخامس: مدة المذكرة، حيث يقال : يبدأ العمل بهذه المذكرة في كذا ، وينتهي في كذا

البند السادس: تعديل المذكرة وإنهاؤها، ومراجعتها، حيث يمكن تعديل المذكرة، او تنقيحها، أو إنهاؤها أو مراجعتها برضا الطرفين من خلال وثيقة مكتوبة معتمدة منهما

البند السابع: آلية التنفيذ، حيث تشكل لجنة أو إدارة للمتابعة والتنفيذ، وتقدم تقارير كل ثلاثة أشهر مثلاً.

البند الثامن: سرية المعلومات

البند التاسع: حقوق الملكية

البند العاشر: المراسلات والعناوين

البند الحادي عشر : نسخ المذكرة ، ثم التوقيع

السؤال الثاني : "المواعدة الملزمة من الطرفين" وتخريجها الفقهي وآثارها العملية.

الجواب:

مدى إلزامية الوعد والمواعدة :

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



لقد أولى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة عناية كبرى بالوعد وأهميته، وضرورة الحفاظ عليه، وحرمة إخلافه، حتى تكرر (وعد) ومشتمقاته في القرآن الكريم أكثر من (١٥٠) مرة، تدل على هذه العناية، وعلى إلزامية الوعد بالنسبة للواعد.

ولذلك فهم الأنبياء الكرام من الوعد الالتزام، فقد قال نوح عليه السلام لربه حينما رأى ابنه قد هلك بالطوفان: (رَبِّ إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي وَإِنَّ وَعْدَكَ الْحَقُّ وَأَنْتَ أَحْكَمُ الْحَاكِمِينَ)^١، طلب ذلك لأن الله تعالى وعده بنجاة أهله، فبين الله تعالى بقوله: (قَالَ يُنوحُ إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ إِنَّهُ عَمَلٌ غَيْرُ صَالِحٍ فَلَا تَسْأَلْنِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِيَّيَّ أَعْظُكَ أَنْ تَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ ...) ^٢، أي أن المراد بأهلك أتباعك الذين آمنوا وعملوا الصالحات، أما ابنك فقد خرج منهم بعمله غير الصالح.

وكذلك التزم إبراهيم بالاستغفار لأبيه الكافر لأنه وعده ذلك، فقال تعالى: (وَمَا كَانَ اسْتِغْفَارُ إِبْرَاهِيمَ لِأَبِيهِ إِلَّا عَن مَّوْعِدَةٍ وَعَدَهَا إِيَّاهُ فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهُ عَدُوٌّ لِّلَّهِ تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهُ عَدُوٌّ لِّلَّهِ تَبَيَّرَ مِنْهُ إِنَّ إِبْرَاهِيمَ لَأَوَّاهٌ حَلِيمٌ إِيَّاهُ فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهُ عَدُوٌّ لِّلَّهِ تَبَيَّرَ مِنْهُ إِنَّ إِبْرَاهِيمَ لَأَوَّاهٌ حَلِيمٌ ...) ^٣، كما أن موسى عليه السلام بين لقومه أن مخالفة الموعد يترتب عليها العقوبات الرادعة فقال: (أَمْ أَرَدْتُمْ أَنْ يَحِلَّ عَلَيْكُمْ غَضَبٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَخْلَفْتُم مَّوْعِدِي) ^٤، وكذلك فهم موسى وخضر الإلزام حتى في المواعدة، حيث حينما وعد موسى بأنه إذا سأل عن شيء بعد ذلك فلا يصاحبه خضر، ثم سأل، قال خضر: (هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ سَأُنَبِّئُكَ بِتَأْوِيلِ مَا لَمْ تَسْتَطِعْ عَلَيْهِ صَبْرًا) ^٥.

وكذلك السنة حيث جعلت مخالفة الوعد من خصال النفاق، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (أربع من كن فيه كان منافقًا خالصًا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أخلف، وإذا خاصم فجر) ^٦.

١ سورة هود / الآية ٤٥

٢ سورة هود / الآية ٤٦

٣ سورة التوبة / الآية ١١٤

٤ سورة طه / الآية ٨٦

٥ سورة الكهف / الآية ٧٨، وراجع صحيح البخاري، وترجم له في كتاب الشروط (باب الشروط مع الناس بالقول) فتح الباري (٣٢٦/٥).

٦ الحديث رواه البخاري في صحيحه. مع الفتح - كتاب الإيمان (٨٩/١)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان (٨٧/١).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



فهذه الأدلة ونحوها واضحة في دلالتها على وجوب الوفاء بالوعد والعهد والعقود.

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء في إلزامية الوعد على عدة آراء:

- ١- منها رأي الجمهور القاضي بعدم إلزامية الوعد.
- ٢- ومنها رأي ابن شبرمة وبعض المالكية الذين يقولون بأن الوعد كله لازم، وهو رأي القاضي سعيد بن أشوع الكوفي الهمداني، قال البخاري: "وقضى ابن الأشوع بالوعد، وذكر ذلك عن سمرة بن جندب" وأن ابن راهوية يقول به^١.
- ٣- ومنها القول المشهور والراجح في مذهب مالك الذي عزاه القرافي إلى مالك، وابن القاسم، وسحنون حيث يقولون بأن الوعد ملزم قضاء وديانة إذا كان مرتبطاً بسبب، ودخل الموعد في السبب، قال سحنون: "الذي يلزم من الوعد قوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أخلفته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزم به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.. "ثم قال القرافي: "بذلك قضى عمر بن عبدالعزيز"^٢.
- بل إن هذا الرأي التجأ إليه متأخرو الحنفية على الرغم من أن قدماءهم لا يقولون بذلك فقد جعل متأخروهم عدة مواعيد لازمة، جاء في حاشية ابن عابدين في مطلب الشرط الفاسد: "قلت وفي جامع الفصولين: لو ذكر البيع بلا شرط، ثم ذكر الشرط على وجه الوعد جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازماً لحاجة الناس.. "ثم نقل عن الفتاوى الخيرية للرملي أن علماء الحنفية صرحوا بأن العاقدين لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد^٣.
- وأيد ذلك العلامة خالد الأتاسي في شرح المجلة وعلل ذلك بحاجة الناس^٤.

١ صحيح البخاري - مع الفتح - ط. السلفية: ٢٥٤/٥.

٢ الفروق: ٢٤/٤ - ٢٥؛ وإراجع: فتح العلي المالك: ٢٥٤/١، وتحرير الكلام للحطاب، ص ١٥٣؛ والبيان والتحصيل: ١٨/٨؛ وفتح الباري: ٢٩٠/٥؛ وشرح العيني على البخاري: ٢٥٨/١؛ والمجلى لابن

حزم: ٣٧٧/٨؛ وإراجع لمزيد من التفصيل: مبدأ الرضا في العقود: ١٠٣٢/٢؛ وبحث د. نزيه حماد: الوفاء بالوعد، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد الخامس: ٨٢٥/٢.

٣ حاشية ابن عابدين: ١٣٥/٤.

٤ شرح مجلة الأحكام العدلية: ٤١٥/٢.

ونحن هنا لا نريد الخوض في تفاصيل ذلك، لكن الذي يظهر لنا رجحانه هو القول بإلزامية الوعد ديانة مطلقاً إلا لعذر مشروع، وإلزامية الوعد قضاءً أيضاً إذا ارتبط بسبب أو ترتب عليه ضرر، فهذا هو المناسب مع مقاصد الشريعة، وأدلتها الكثيرة في الكتاب والسنة القاضية بوجوب الوفاء بالعهود والوعد والعقود، وأن مخالفة الوعد من علامات النفاق، ولذلك استشكل الحافظ ابن حجر قول جماعة من الفقهاء حينما قالوا: " لا يجب الوفاء بالوعد ديانة ولا قضاء، وقول بعضهم: إنه يجب الوفاء بالوعد ديانة لا قضاء"، وقول بعضهم: "إنه يجب الوفاء تحقيقاً للصدق وعدم الإخلاف" فقال الحافظ: "وينظر: هل يمكن أن يقال: يحرم الإخلاف، ولا يجب الوفاء، أي يَأْتَمُ بالإخلاف وإن كان لا يلزم بوفاء ذلك" أي في القضاء. وقد ترجم البخاري باب: (من أمر بإنجاز الوعد ، وفعله الحسن (وَأَذْكَرُ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ)^٢ وقضى ابن الأشوع بالوعد ، وذكر ذلك عن سمرة بن جندب ، وقال المسور بن مخرمة : (سمعت النبي صلى الله عليه وسلم وذكر صهراً له ، فقال : (وعدي فوفى لي) قال أبو عبدالله : (رأيت اسحاق بن إبراهيم يحتج بحديث ابن أشوع) .

ثم ذكر البخاري أربعة أحاديث تدل على وجوب الوفاء بالوعد والعهود ، كما نقل قول ابن عباس : (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قال فعل) ^٣ .

وقد صدرت عدة فتاوى جماعية بهذا الصدد: منها فتوى المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي الذي عقد بدبي عام ١٣٩٩هـ مفادها أن وعد عميل المصرف بشراء البضاعة بعد شرائها، ووعد المصرف بإتمام هذا البيع ملزم للطرفين.

ومنها فتوى المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي عام ١٤٠٣هـ مفادها "وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للآمر، أو المصرف، أو كليهما فإن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل، وإن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً، وكل مصرف مخير في أخذ ما يراه في مسألة القول بالإلزام حسب ما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه.

١ فتح الباري: ٢٩٠/٥.

٢ سورة مريم / الآية

٣ صحيح البخاري مع الصحيح ، كتاب الشهادات (٢٨٩/٥-٢٩١) الأحاديث (٢٦٨١ ، ٢٦٨٢ ، ٢٦٨٣ ، ٢٦٨٤

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



وقد صدر قرار رقم ٤٠ - ٤١ (٥/٢ و ٥/٣) بشأن الوفاء بالوعد، والمراجحة للأمر بالشراء من مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي في دورته الخامسة هذا نصه: (إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨ م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي (الوفاء بالوعد، والمراجحة للأمر بالشراء) واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما، قرر:

أولاً: أن بيع المراجحة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعية الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد (وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض على الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المراجحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده).

ولكن المواعدة الملزمة فيما تحتاج إليه المعاملات الدولية قد أجازها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره (١٥٧) (٦/١٧) حيث نص على:

((أولاً: الأصل في المواعدة من الطرفين أنها ملزمة ديانة، وليست ملزمة قضاءً.

ثانياً: المواعدة من الطرفين على عقد تحايلاً على الربا، مثل المواطأة على العينة أو المواعدة على بيع وسلف ممنوعة شرعاً.

ثالثاً: في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز عقد البيع لعدم وجود المبيع في ملك البائع مع وجود حاجة عامة لإلزام كل من الطرفين بإنجاز عقد في المستقبل بحكم القانون أو غيره، أو بحكم الأعراف التجارية الدولية،

كما في فتح الاعتماد المستندي لاستيراد البضاعات، فإنه يجوز أن تجعل المواعدة ملزمة للطرفين إما بتقنين من الحكومة، وإما باتفاق الطرفين على نصّ في الاتفاقية يجعل المواعدة ملزمة للطرفين.

رابعاً: إن المواعدة الملزمة في الحالة المذكورة في البند ثالثاً لا تأخذ حكم البيع المضاف إلى المستقبل، فلا ينتقل بها ملك المبيع إلى المشتري، ولا يصير الثمن ديناً عليه، ولا ينعقد البيع إلا في الموعد المتفق عليه بإيجاب وقبول.

خامساً: إذا تخلّف أحد طرفي المواعدة، في الحالات المذكورة في البند ثالثاً، عما وعد به، فإنه يُجبر قضاءً على إنجاز العقد، أو تحمّل الضرر الفعلي الحقيقي الذي لحق الطرف الآخر بسبب تخلفه عن وعده (دون الفرصة الضائعة).

والله أعلم. ^١

ثم هل يقاس على هذا القرار غير ما ورد فيه ؟

الذي يظهر لي رجحانه هو هو إبقاء المواعدة الملزمة في دائرة الاستثناء، وعدم فتح أبوابها إلا بقدرها الوارد فيها بعض القرارات أو الاجتهادات المؤصلة، وذلك لأن المواعدة إذا قلنا بإلزامها للطرفين تصبح مثل العقد في الإلزام مع أن صيغتها ترد على شكل المستقبل، كما أن ضوابط العقد (كعقد البيع أو الإجارة) فيما لو كانت المواعدة بالبيع، أو الإجارة غير متوافرة كما ورد بذلك في المعيار الشرعي رقم ٨ الخاص بالمراجعة ، وهو منسجم مع قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الخاص بالمراجعة، قرار رقم ٤٠-٤١ (٥/٢) و (٥/٣) حيث أجاز الوعد الملزم من طرف واحد، وأجاز المواعدة في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، ونصّ على أنه : (فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لن المراجعة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده) ثم جاء القرار الأخير فاستثنى الحالات السابقة من المواعدة الملزمة .

ولكن لي بعض الملاحظات على هذين القرارين :

١ راجع : قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم ١٥٧ (١٧/٦) ص ٥١١

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



أولاهما: أن المواعدة ليست عقداً، وأن جعل الإلزامية علةً جامعة يحتاج إلى مزيد من التأصيل، والتفصيل. فالإلزامية ليست علةً جامعة ولا مانعة، فهناك عقود غير ملزمة مع أنها عقود بالاجماع كالوكالة، والمضاربة والمشاركة قبل العمل بالاجماع، وبعده عند الجمهور، كما أن هناك التزامات ملزمة مثل التعويضات الملزمة مع أنها ليست عقداً.

ثانيهما: أن أحد الباحثين ذكر أن الاعتمادات المستندية، وعقود التوريد هي عقود ملزمة في القوانين، وليست من المواعدة الملزمة، وكذلك ذكر المعيار الشرعي الخاص بالاعتمادات المستندية رقم ١٤ في البند ١/٢/٢ (مرحلة العقد الموثق بالاعتماد) قبل الاعتماد، بل إن مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (١٠٧) ١٢/١) قد سمى التوريد عقداً فقال: (أولاً - عقد التوريد عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأنه يسلم سلعاً معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله، أو بعضه)، وذهب بعض الباحثين إلى أن المواعدة الملزمة على البيع في بداية العام القادم (مثلاً) يبع مضاف إلى المستقبل (حكماً) تترتب عليه آثاره الشرعية.. إذا كانت العين المباعة مأمونة الهلاك، ولا يُحتمل مصيرها على غير الصفة التي كانت عليها وقت المواعدة عند حلول الأجل الذي أضيفت إليه^١. وهذا التوسع لا يتفق مع المبادئ العامة والقواعد الحاكمة في العقود، حيث يؤدي إلى مجموعة من المفاسد منها:

- أ. إذا اشترطنا شروط العقد وأركانه وضوابطه في المواعدة الملزمة فلم تعد لها فائدة تذكر.
- ب. وإما أن لا نشترط في المواعدة شروط العقد وأركانه وضوابطه فحينئذ قمنا بالالتفاف على العقود من خلال المواعدة، وهي حيلة منبوذة غير مشروعة تؤدي إلى إفراغ الالتزامات الشرعية من محتواها.
- ج- إن القول بإجازة المواعدة في العقود كلها - أو حتى ما عدا الصرف والسلم - حتى مع اشتراط شروط العقد وأركانه وضوابطه في المستقبل هو داخل في عقود المستقبلات Futures المؤدية إلى تأجيل البدلين وهي محرمة فيما عدا الاستصناع لخصوصيته، كما صدر بذلك قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم (٣) (٧/١).

١ أ.د. نزيه حماد: نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية

د- إذا أجزت المواعدة الملزمة في المعاوضات المالية المحضة سترتب عليها مفسد كبرى، منها استغلالها في الصكوك والمنتجات التي لا يبقى بينها وبين السندات والمنتجات الربوية، والعقود الصورية، كما أنه تؤدي إلى منع بعض العقود (مثل البيع، أو الإجارة) من تحقيق مقتضاه، وهذا مثل الإجارة المنتهية بالتملك التي تقوم على شراء المؤسسة عقاراً - مثلاً- من شخص ثم يؤجرها على الشخص نفسه، ثم يتم وعدان متقابلان بأن يعدّ البائع المستأجر بشراء العقار بعد عشر سنوات، ويعدّ المشتري المؤجر بيع العقار نفسه له في نفس الزمن، فهذان الوعدان الملزمان في جوهرهما وحقيقتهما منعا من حيث الحقيقة والمقصد والمآل من انتقال ملكية العقار إلى المشتري الأول (المؤسسة)، ويزيد الأمر فساداً فيما لو صكك العقار وبيعت صكوكه للجمهور، وبالتالي يستحق حملة الصكوك الأجرة، ثم في نهاية المدة يشتري البائع العقار بالقيمة الاسمية، وبالتالي لم يتحقق لعقد البيع نقل الملكية^١، كما أن هذا المنتج تحيط به الصورية

هل الوعد بالتملك أو التملك يورث ؟

في هذا الموضوع وفي جميع العقود المتعلقة بالمال، يثور سؤال حول: مدى بقاء الوعد ملزماً للورثة إذا مات الواعد بالتملك، أو التملك، فهل يبقى هذا الحق للورثة؟ وكذلك هل يبقى هذا الالتزام عليهم؟

للإجابة عن ذلك أقول:

أولاً - إن عقد الإجارة يعدّ حقاً والتزاماً وبالتالي فهو يورث بعد موت المؤجر، أو المستأجر عند جمهور الفقهاء (ما عدا الحنفية، والشعبي، والثوري، والليث، والشافعية في قول خاص بإجارة الوقف)^٢ وهذا هو الرأي السائد لجمهور الصحابة والتابعين، فقد روى البخاري أن: (ابن سيرين قال: فيمن استأجر أرضاً فمات المؤجر: (ليس له أن يخرجوه إلى تمام الأجل)، وقال الحكم، والحسن، وإياس بن معاوية

١. أ. ذ. نزيه حماد: المرجع السابق نفسه

٢. إراجع: بدائع الصنائع (٢٠٠/٤-٢٠١) وتبيين الحقائق (١٤٤/٥) وحاشية ابن عابدين (٥٢/٢) والفتاوى الهندية (٤٥٩/٤) وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٢/٤) والشرح الصغير (١٧٩/٤)

١٨٣ (وشرح الخليلي على المنهاج، مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٨٤/٣) والمغني لابن قدامة (٤٣١/٥)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



: تمضي الإجارة إلى أجلها ، وقال ابن عمر : أعطى النبي صلى الله عليه وسلم خبير بالشرط فكان ذلك على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ، وصدرأ من خلافة عمر ، ولم يذكر أن أبابكر ، وعمر جددا الإجارة مبعدا قبض النبي صلى الله عليه وسلم)^١ .

وحتى القوانين المدينة تنص على أنه : (لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ، ولا بموت المستأجر ، ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم...)^٢ .
وبناء على ذلك فإن حق الورثة يبقى بعد موت المؤجر ، أو المستأجر لأن ذلك داخل في الحقوق المالية، وأن الورثة خلف للميت في أخذ الحقوق ، وفي أداء الالتزامات في حدود التركة .

ثانياً - أن الوعد بالتملك أو التملك حق مالي تابع للمال ، وملزم عند الراجح من المعاصرين الذي عليه العمل في المؤسسات المالية ، وبالتالي فهو حق مالي يورث للورثة وحينئذ يطالبون - بكسر اللام - به إن كان لهم ، أو يطالبون - بفتح اللام- به ، ولا يسع المجال للخوض في تفاصيل هذه المسألة، وإنما نذكرها بإيجاز شديد ، فقد ذكر الزركشي قاعدة مهمة في هذا المجال فقال : (الحقوق تورث كما يورث المال)^٣ ثم ذكر ضابطاً وهو : (أن ما كان تابعاً للمالك يورث عنه كخيار المجلس ، وسقوط الرد بالعيب ن وحق الشفعة..)^٤ .

غير أن تلك القاعدة دخلت فيها التفصيلات والتفريعات ، وليست بعمومها محل اتفاق حتى عند الشافعية وربما نجد أن أضييق المذهب في هذا المجال هو مذهب الحنفية ولا سيما أن متقدميهم لا يجعلون الحقوق

١ صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الإجارة (٤٦٢/٤)

٢ يراجع تفاصيل ذلك في : د. السنهوري : الوسيط ط. دار النهضة (٦/٨٦٨ - ٨٧٥) وذكر أن القوانين المدنية العربية على مصل ما ذكر في المادة ٦٠١ ، ٦٠٢ من القانون المدني المصري

٣ المنشور في القواعد ط. الكويت (٢/٥٥-٥٧) ويراجع : الأشباه والنظائر لابن السبكي ، تحقيق عادل أحمد ط. بيروت (١/٣٦٤-٣٦٥)

٤ المصادر السابقة نفسها

والمنافع من الأموال ، ومع ذلك قالوا : إن منها ما يجري فيها الإرث مثل حق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف^١ .

والمالكية أيضاً يقولون : (من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل)^٢ .
وقد فصل ابن رجب الحنبلي هذه المسألة في المذهب الحنبلي فذكر من المحقوق ما يورث، وما لا يورث، حيث يتبين أنه أوسع مما هو في بقية المذاهب^٣ .
وبناء على ما سبق فإن الحق الثابت بالوعد الملزم يورث للورثة، ويدل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته)^٤ .

السؤال الثالث: الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة والبيع من حيث الآثار المترتبة على النكول والفسخ، وأثرها على مشروعية المواعدة الملزمة.
الجواب:

المواعدة لغة ، مصدر واعد، وهي الوعد من طرفين، وذلك بأن يعد أحد الطرفين الآخر بإنشاء عقد، أو أي تصرف^٥ .

وقد سبقت آراء الفقهاء في حكم الوعد، ولذلك نكتفي هنا بما ذكرته المجامع الفقهية ، حيث صدر بشأنها قرار رقم ١٥٧ (١٧/٦) من مجمع الفقه الإسلامي الدولي نص على :
(أولاً: الأصل في المواعدة من الطرفين أنها ملزمة ديانة، وليست ملزمة قضاءً.
ثانياً: المواعدة من الطرفين على عقد تحايلاً على الربا، مثل المواطأة على العينة أو المواعدة على بيع وسلف ممنوعة شرعاً.

١ تكملة البحر الرائق ص ٣٦٤

٢ الفروق للقرافي (٢٧٩-٢٧٥/٣)

٣ القواعد لابن رجب ط. الكليات الأخرية ص ٣٤١-٣٤٤

٤ قال الألباني في الإرواء الحديث رقم ١/١٥٥٥ (حديث - من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته - صحيح رواه أبو داود ، وهو من حديث أبي هريرة وهو ١٤٣٣ في الإرواء بلفظ (من ترك حقاً فلورثته) قال الألباني : صحيح . انتهى كلامه . وأقول ، ولكنني لم أجد لفظ (أو حقاً) في المصادر المعتمدة نفسها مع البحث الشديد ، ولذلك نقلت نص العلامة الألباني رحمه الله .

٥ يراجع : المصادر اللغوية السابقة

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



ثالثاً: في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز عقد البيع لعدم وجود المبيع في ملك البائع مع وجود حاجة عامة لإلزام كل من الطرفين بإنجاز عقد في المستقبل بحكم القانون أو غيره، أو بحكم الأعراف التجارية الدولية، كما في فتح الاعتماد المستندي لاستيراد البضاعات، فإنه يجوز أن تجعل المواعدة ملزمة للطرفين إما بتقنين من الحكومة، وإما باتفاق الطرفين على نصّ في الاتفاقية يجعل المواعدة ملزمة للطرفين.

رابعاً: إن المواعدة الملزمة في الحالة المذكورة في البند ثالثاً لا تأخذ حكم البيع المضاف إلى المستقبل، فلا ينتقل بها ملك المبيع إلى المشتري، ولا يصير الثمن ديناً عليه، ولا ينعقد البيع إلا في الموعد المتفق عليه بإيجاب وقبول.

خامساً: إذا تخلف أحد طرفي المواعدة، في الحالات المذكورة في البند ثالثاً، عما وعد به، فإنه يُجبر قضاءً على إنجاز العقد، أو تحمّل الضرر الفعلي الحقيقي الذي لحق الطرف الآخر بسبب تخلفه عن وعده (دون الفرصة الضائعة).

والله أعلم. ١

وأما المواعدة في الصرف فقد ذهب إلى جوازها واقتنائها بالصرف - مع كونها غير ملزمة - جماعة من الفقهاء منهم الشافعي، وابن حزم، وبعض المالكية^٢ حيث عللوا ذلك بأن المواعدة ليست ببيع، فقال الشافعي: (إذا تواعد الرجلان الصرف فلا بأس أن يشتري الرجلان الفضة ثم يقرنها عند أحدهما حتى يتبايعا، ويصنعا بها ما شاء)^٣.

وذهب مالك إلى أنها مكروهة في الصرف^٤، في حين ذهب بعض المالكية إلى أنها غير جائزة^٥، ولكن يظهر من كلامهم أنهما لو استأنفا عقداً جديداً بعد المواعدة فهي جائزة، وبالتالي يقترب كلامهم من كلام الشافعي، رحمهم الله جميعاً.

١ تراجع: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم ١٥٧ (١٧/٦) ص ٥١١

٢ الأم (٥٨/٤) والخلّي (٥١٣/٨) والذخيرة (١٣٨/٥)

٣ الأم (٥٨/٤)

٤ التاج والاكليل (٣٠٩/٤) وبداية المجتهد (٢١٢/٣) ومواهب الجليل (١٣٦/٦)

٥ منج الجليل (٤٩٦/٤)

والراجح هو أن المواعدة جائزة إذا لم تكن ملزمة، لأن الإشكالية في كونها ملزمة ، وحينئذ تكون مثل العقد (البيع ونحوه) دون توافر الشروط المطلوبة في العقد مثل كون المعقود عليه (ثمناً ومقابلة) أو أحدهما غير موجود ، أو أنه لا يتحقق القبض في المجلس.

أما إذا وجد وعدان غير متقابلين أو غير واردين على محل واحد فهذا داخل في حكم الوعد الي ذكرناه، ومن هنا ترد مسألة التحوط في العملات، وقد نص المعيار الشرعي الأول الخاص بالمتاجرة في العملات على ما يأتي :

(٢/٩) المواعدة في المتاجرة في العملات

(أ) تحرم المواعدة في المتاجرة في العملات إذا كانت ملزمة للطرفين ولو كان ذلك لمعالجة مخاطر هبوط العملة. أما الوعد من طرف واحد فيجوز ولو كان ملزماً.

(ب) لا يجوز ما يسمى في المجالات المصرفية " الشراء والبيع الموازي للعملات " (Parallel Purchase and Sale of Currencies) وذلك لوجود أحد أسباب الفساد الآتية:

- ١- عدم تسليم وتسلم العملتين (المشتراة والمبيعة)، فيكون حينئذ من بيع العملة بالأجل.
- ٢- اشتراط عقد صرف في عقد صرف آخر.
- ٣- المواعدة الملزمة لطرفي عقد الصرف.

(ج) لا يجوز أن يقدم أحد طرفي المشاركة أو المضاربة التزاماً للطرف الآخر بحمايته من مخاطر المتاجرة في العملات، ولكن يجوز أن يتبرع طرف ثالث بذلك من غير أن ينص في عقدهما على ذلك الضمان. ونص المعيار الشرعي رقم ٤٥ على : (أنه لا يجوز حماية رأس المال من خلال عقود التحوط التقليدية ، مثل الاختيارات "options" والمستقبليات "futures" والمبادلات الآجلة "swaps"). وأخيراً صدر معيار خاص بالوعد والمواعدة نذكره بالكامل كملحق تكميلي لهذه الموضوع .

السؤال الرابع: الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة والبيع المضاف للمستقبل أو البيع المعلق، وأثرها على مشروعية المواعدة الملزمة.

الجواب :

مما لا شك فيه أن المواعدة هي - كما سبق - وعدان متقابلان من طرفين بإنشاء تصرف منهما في المستقبل في محل واحد ، وزمن واحد .

وهذه المواعدة بفعل مباح يجب الوفاء بها ديانة، لكنها (غير لازمة في القضاء إلا في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز معاملة تجارية حقيقية بدون مواعدة ملزمة إما بحكم القانون، أو بحكم الأعراف التجارية العامة، وليس لأغراض التمويل فقط مثل المواعدة في التجارة الدولية عن طريق الاعتماد المستندي، والمواعدة في اتفاقيات التوريد)^١.

وبناء على ذلك فإن المواعدة تختلف عن البيع أو العقد المضاف إلى المستقبل الذي يمنعه الجمهور ، ويجيزه البعض^٢، وهذا ما صرح به البند (٣/٤) من المعيار الشرعي رقم ٤٩ حيث نص على أنه : (في الحالات المذكورة في ٤ | ٢ التي تكون فيها المواعدة ملزمة للطرفين، فإن المواعدة ليست عقداً مضافاً إلى المستقبل، ولذا فإن العقد الموعود لا يتم تلقائياً عند حلول الموعد، بل يجب أن يُنجز في حينه بتبادل الإيجاب والقبول. وبما أن المواعدة ملزمة للطرفين، فأى الفريقين قام بالإيجاب، وجب على الفريق الآخر قبوله ديانةً وقضاءً. فإن تخلف أحد الفريقين، جاز للفريق الآخر جبره على إنجاز العقد بطريق القضاء، فإن تعذر إنجازه واحتاج الموعود له إلى إنجاز ذلك العقد مع فريق ثالث في السوق، ولم يستطع تغطية تكلفته بهذا العقد، فإن المتخلف يتحمل له الضرر الفعلي (دون الفرصة الضائعة)^٣.

وكذلك يختلف عن البيع المعلق الذي هو بيع ولكنه مضاف إلى المستقبل ، وهو أيضاً ممنوع عند جماهير الفقهاء^٤ في حين أن المواعدة ليست عقداً وإنما وعدان ببيع وينشأ في المستقبل.

١ تراجع : المعيار الشرعي رقم ٤٩ الخاص بالوعد المواعدة ، بند ٢/٤ و ١/٢/٤ و ٢/٢/٤

٢ تراجع المراجع والمصادر الفقهية السابقة

٣ تراجع : المعيار الشرعي رقم ٤٩ الخاص بالوعد المواعدة ، بند ٣/٤

٤ تراجع المراجع والمصادر الفقهية السابقة

السؤال الخامس: الفروق الفقهية بين الوعد الملزم من طرف واحد والإيجاب أو القبول الصادر من أحد طرفي العقد، من حيث نشوئه (هل يجوز إنشاء قبول بالشراء أو إيجاب بالبيع على سلعة غير مملوكة للبائع؟) ومن حيث الآثار المترتبة على النكول.

الجواب:

الوعد هو - كما سبق - لأمر مستقبل يتم بالفعل المضارع أو الصيغة الدالة على المستقبل، في حين أن الإيجاب، أو القبول من باب الإنشاء، وبالتالي فهما يختلفان من حيث الصياغة، كما أن الوعد المنفرد يتحقق وحده لا يحتاج إلى القبول، في حين أن الإيجاب لا يتم إلا مع القبول. وأن الإيجاب والقبول لا يعتد به وليس له أثر إلا على شيء موجود مملوك لصاحبه إلا في حالة السلم.

السؤال السادس: "الوعد الملزم والمواعدة الملزمة من الطرفين" نظرة مقاصدية لآثارها، ومآلاتها في العقود المستجدة.

الجواب :

١- النظرة المقاصدية أن المواعدة ليست عقداً ، ويجب أن تبقى في دائرة الاستثناء ، وإلا لو توسع فيها حلّت محل العقود المنضبطة بضوابطها ، ولأمكن أن تكون وسيلة للتحايل على آثار العقود. فالعقود هي التي ضُبطت بأركانها وشروطها ودرء موانعها ، وهذه غير متوافرة في الوعود والمواعيدات .

٢- إن التوسع فيها سيؤدي إلى الآثار السيئة والسلبية التي أدت إليها الاختيارات والمستقبليات ونحوها.

٣- إن من أهم آثار العقود الربط بينها وبين مقتضياتها الأصلية والتبعية، فلو توسعت الوعود والمواعيدة لقضى على هذه المقتضيات الأصلية والتبعية .

٤- لقد أولى الفقهاء عناية قصوى بالآثار التي تترتب على العقد، فأثار العقود هي ما يترتب عليها ويحصل منها من حقوق وواجبات للمتعاقد ، فكل عقد من العقود له أثره الخاص ، فإنشاء البيع يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، والتمن إلى البائع ، كما يترتب عليه إلزام البائع والمشتري بتنفيذ العقد ، ومسؤوليتهما نحو هذا التنفيذ ، وكذلك المر في عقد الإيجاز حيث يترتب عليه في حق انتفاع المستأجر بالعين

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعيدة والتعهد



المؤجرة ، وحق المؤجر في تملك ثمن الإجارة كما يترتب عليه إلزام كل منهما بتنفيذ هذا التعهد بكل الوسائل المتاحة وهكذا المر في النكاح حيث يترتب عليه حقوق وواجبات للطرفين ، وقد يكون المستفيد أحد العاقدين ، كما في الهبة حيث يترتب عليها انتقال ملكية الموهوب إلى الموهوب له دون مقابل ، وهكذا فكل عقد تترتب عليه آثاره الخاصة حسب طبيعته والغرض الذي أنشئ من أجله ، والفقهاء المسلمون ذكروا لكل عقد آثاره ، وفي الغالب يسمونها بأحكام العقد، وهي على قسمين، آثار، أو أحكام أصلية مثل ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن بالنسبة للبيع، وحق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة وانتقال ملكية البدل إلى المؤجر بالنسبة للإجارة وهكذا.

وآثار تبعية (أو أحكام تبعية) وهي وجوب تسليم المبيع والثمن بالنسبة للبيع، ووجوب تسليم العين المؤجرة والبدل هكذا.

وكذلك ذكر الفقهاء أحكام وآثار العقد الصحيح، أو الباطل أو الفاسد، أو الموقوف، أو اللازم - عند من يقول بهذه التقسيمات كما سبق¹ - ، فلنذكر نصوصاً لهم ليتضح لنا تكييفهم الفقهي لهذه المسألة، وأسلوبهم في المعالجة، يقول الكاساني: (وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه إلا بعد الوقوف على تسمية البياعات في حق الحكم فنقول - وبالله التوفيق - : البيع في حق الحكم لا يخلو إما أن يكون صحيحاً، وإما أن يكون فاسداً، وإما أن يكون باطلاً، وإما أن يكون موقوفاً، والصحيح لا يخلو إما أن يكون فيه خيار أو لا خيار فيه أما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل ، وبعضها من التوابع .

أما الحكم الأصلي، فالكلام فيه في موضعين: في بيان أصل الحكم، وفي بيان صفته أما الأول: فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وللبائع في الثمن للحال فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع، والأحكام المتعلقة بهما.....

وأما بيان ما يتعلق بهما من أحكام فمنها: أنه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالإجماع، وفي العقار اختلاف، ويجوز التصرف في الأثمن قبل القبض إلاّ الصرف والسلم.... ومنها أنه لا يجوز بيع ما ليس عند البائع إلاّ السلم خاصة... ومنها أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان الثمن

١ راجع فيما يتعلق بهذه الأقسام ص ١٥١ : مبدأ الرضا في العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي - ط. دار البشائر الإسلامية بيروت ط. الثانية ١٤٢٣هـ = ٢٠٠٢م

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



حالاً، وليس للمشتري ان يتمتع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيع حاضراً، لأن البيع عقد معاوضة والمساواة في المعاوضات مطلوبة للمتعاوضين عادة ، وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد، وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد لأن الثمن في الذمة فلا يتعين بالتعيين إلاً بالقبض فيسلم المثلثن أولاً ليتعين فتحقق المساواة ...

وأما بيان صفة الحكم فله صفتان : إحداهما : اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ سواء كان بعد الافتراض عن المجلس، أو قبله عندنا - وعند الشافعي رحمه الله لا يلزم إلاً بعد الافتراق عن المجلس - كما سبق - ، والثانية : الحلول وهو ثبوت الملك في البدلين في الحال، بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكاً للحال، وبخلاف البيع الفاسد فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تمليكاً عنده.....

وأما الأحكام التي هي من التوابع للحكم الأصلي للبيع ، فمنها وجوب تسليم المبيع والثمن ... فتسليم البدلين واجب على العاقدين لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم ان الملك ما ثبت لعينه وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع به إلاً بالتسليم فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً إيجاباً لتسليمهما ضرورة، ولن معنى البيع لا يحصل إلاً بالتسليم والقبض

وأما بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع ثبت عقب العقد فلا فصل، وإما على التضيق ، فإن تبايعاً ديناً بدين، لما قلنا، وإن تبايعاً عيناً بدين يراعى فيه الترتيب عندنا - أي الثمن فالمبيع - .. .
وأما تفسير التسليم والقبض ... هو التخلية والتخلي ، وهو أن خلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع....)^١ إلى غير ذلك من الأحكام التبعية والأصلية على عقد الفاسد وغيره^٢.

١ بدائع الصنائع (٣٢٢٣/٧ - ٣٢٤٨)

٢ المرجع السابق (٣٢٢٣/٧ - ٣٢٤٠٣) وفتح القدير (٥/٢٧٤-٣٠٣) والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٧

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



وبهذا الأسلوب الرائع، والترتيب المتين بين لنا العلامة الكاساني أحكام البيع والأصلية والتبعية، ولا يختلف الأمر كثيراً في المذاهب الفقهية الأخرى^١، بل قال البيضاوي: (والإجماع على أنه - أي البيع - سبب للملك في الجملة)^٢، ثم ذكر أن من أحكام البيع لزومه للطرفين ووجوب التسليم وأن المحكم فيه العرف، فقبض العقار بالتخلية والمنقول بالنقل^٣، بل ذكر الغزالي والسيوطي قاعدة مفادها أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده وآثاره فهو باطل لا يعتد به، وأن السبب الصحيح هو ما أفاد حكمه المقصود^٤، ويقول النووي: (إذا انقضى الخيار ولزم البيع حصل الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع من غير توقف على القبض بلا خوف، ونقل المتولي وغيره فيه إجماع المسلمين)^٥.

وهكذا الأمر عند بقية المذاهب^٦، حيث لا خلاف بينهم في أن لكل عقد أثراً يترتب عليه إذا تحقق العقد، سواء كان من العقود المالية أو غير المالية، فالنكاح مثلاً يترتب عليه إذا كان صحيحاً آثاراً أصلية وتبعية مثل حل الوطاء إلا في الحالات خاصة كالحيض، وحل النظر والمس مطلقاً ووجوب الطاعة للزوج والنفقة للزوجة، وثبوت المهر والنسب، وحرمة المصاهرة وغيرها^٧.

التطبيقات المعاصرة للمواعدة الملزمة.

أولاً - الاستفادة من الوعد بالصرف، والمواعدة فيه وفي غيره:

لا يختلف الوعد (من طرف واحد) بالصرف عن الوعد بالبيع ونحوه، وحينئذ ينطبق عليه قرار الجمع الموقر الذي نقلناه في الفقرة السابقة، فيجوز أن يعد شخص من طرفه بأن يقوم بالصرف بعد يوم أو

١ براجم: القوانين الفقهية ص ٢١٢ وبلغه السالك (٣٤٦/٢) والمجموع (٢٨٢/٩) والمغني لابن قدامة (٥٧١/٣) والخطي لابن حزم (٣٤٣/٩) والمختصر النافع ص ١٤٢ والبحر الزخار (٣٦٩/٤) والروض
النظير (٤٢٥/٣)

٢ الغاية القصوى (٤٥٥/١)

٣ المصدر السابق (٤٨٣/١) والروضة (٤٩٩/٣)

٤ المستصفي (٩٥/١) والأشباه والنظائر ص ٣١٠

٥ المجموع (٢٨٢/٩)

٦ المصادر السابقة جميعها في كل الكتب والأبواب الفقهية

٧ بدائع الصنائع (١٥٤٤/٣) والقوانين الفقهية ص ١٨٣ والغاية القصوى (٧٥٥/٢) والمغني لابن قدامة (٤٤٥/٦)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



يومين بصرف ريبالاته بالدولار أو بنحوه بسعر يومه. فهذا الوعد ليس عقدًا حتى يحتاج إلى شروط الصرف، ولكنه تعهد من قبله، فإذا حان وقت الصرف لا بد من التقابض في المجلس وأن يكون بسعر يومه.

وأما المواعدة في الصرف إذا لم يتم في المجلس تقابض فمحل خلاف بين جمهور الفقهاء^١ الذين منعوها، والظاهرية الذين أجازوها، حيث قال ابن حزم: (والتواعد في بيع الذهب بالذهب أو بالفضة، وفي بيع الفضة بالفضة، وفي سائر الأصناف الأربعة بعضها ببعض جائز تباعا بعد ذلك، أو لم يتباعا، لأن التواعد ليس بيعًا، وكذلك المساومة أيضًا جائزة: تباعا أو لم يتباعا)^٢.

وقد استدلل ابن حزم بأنه لم يأت نهي عن المواعدة في الصرف، ولو كان محرمًا لذكره الكتاب والسنة، لأن الله تعالى قد فصل المحرمات وبينها على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم حيث قال تعالى: (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ)^٣، قال ابن حزم: (فكل ما لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال بنص القرآن، إذ ليس في الدين إلا فرض، أو حرام، أو حلال، فالفرض مأمور به في القرآن والسنة، والحرام مفصل باسمه في القرآن والسنة، وما عدا هذين فليس فرضًا ولا حرامًا فهو بالضرورة حلال، إذ ليس هناك قسم رابع)^٤.

ف رأي الجمهور هنا هو الراجح، لأن المواعدة في الصرف إذا كانت ملزمة فهي مثل العقد فلا تجوز دون تقابض البديلين بنص الأحاديث الصحيحة في هذا الباب.

وإن كانت غير ملزمة فلا فائدة فيها للطرفين، لكنها قد تتخذ وسيلة للتحايل، بل هي ذريعة للخلاف والنزاع الشديدين ولا سيما إذا لاحظنا تغير قيمة النقود صعودًا أو هبوطًا تغيرًا خطيرًا، حيث قد تنزل قيمة عملة ما نزولًا يخرجها عن المعيار والثمنية، ويكون الفرق بين وقت المواعدة، ووقت العقد بالملايين بل قد يكون بالمليارات في الصفقات الكبيرة، حتى في العملات الدولية المعتمدة، فقد نزلت قيمة الدولار عام

١ تراجع: فتح القدير (١٧/٧)، وبداية المجتهد (١٩٤/٢، ١٩٧)، والروضة (٣٧٩/٣)، والمغني لابن قدامة (٥٣/٤).

٢ المحلى لابن حزم (٥٨٣/٩).

٣ سورة الأنعام: الآية ١١٩.

٤ المحلى (٥٨٣/٩).

١٩٨٦م أمام الين الياباني بنسبة ٤٠ ، وحدث للحنه الإسترليني في صيف ١٩٩٣م صعود كبير، وهبوط حاد، كل ذلك يجعل المواعدة في الصرف مخاطرة كبرى، واحتمالاً للغبن الفاحش، أو الربح الكبير، غير أن ابن حزم لا يقول بكونها ملزمة، لكن الاحتياط يقتضي سد هذا الباب في باب الصرف.

ثانياً- المواعدة في غير باب الصرف:

فالمواعدة هي التعهد الصادر من طرفين بإتمام عقد ما في زمن محدد، أو عند استكمال شيء معين، بأن يقول البائع أبيع لك داري في شهر كذا، أو عندما أشتري داراً أخرى، أو نحو ذلك، فيوافق عليه المشتري، أو يكون التعهد أولاً من المشتري ويوافق عليه البائع.

ويسميه القانونيون: الوعد المتبادل، حيث يرتبط الطرفان على سبيل التبادل، إذ يعد أحدهما أن يبيع للآخر شيئاً معيناً إذا أظهر الأخير رغبته خلال مدة معينة، كما يعد هذا الأخير أن يشتري الشيء ذاته بالثمن المعين إذا أظهر البائع رغبته خلال هذه المدة، وحينئذ يلتزم الطرفان قانوناً بما التزما به^١.

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي الموقر في دورته الخامسة عام ١٤٠٩هـ ينص على أن (المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما، أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده).

والقرار يخص المراجعة، لكنه إشارة إلى أن المواعدة يمكن أن تكون ملزمة في البيع إذا توافرت شروط البيع حيث قال: (لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده).

١ الوجيز في عقد البيع للدكتور: توفيق حسن فرج، ط دار الجامعة عام ١٩٨٨م (ص ٢٨ - ٢٩).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

الخلاصة ، وأهم النتائج والتوصيات:

يتكون البحث من:

التمهيد في بيان أهمية تحرير الاتفاقية

المبحث الأول في التعريف بالمصطلحات المذكورة في الورقة المرسله من أيوبي ، بالإضافة إلى أننا أضفنا

إليها ثلاثة مصطلحات أخرى ، وهي "الوثيقة" و "الإرادة المنفردة" و "الالتزام" .

المبحث الثاني في الإجابة عن الأسئلة الستة المرسله ، مع بيان التطبيقات المعاصرة .

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



وقد توصل البحث إلى ما يأتي :

أولاً - إن مبنى العقود في الشريعة الإسلامية ، وفي القوانين المعاصرة يقوم على الرضا والإرادة والقصد، ولكن الإرادة في حقيقتها قصد مستور يعبر عنها بإحدى وسائل التعبير من القول، والكتابة ونحوها، وهنا تظهر الإشكالية عند تعارض الظاهر للباطن .

ولكن قوة العقد، او الاتفاقية تعود إلى نوعية الصياغة والتحرير، وهنا تمكن أهمية تحرير العقود.

ثانياً- عرّفنا بالمصطلحات الواردة في العنوان ، فوجدنا أن مذكرة التفاهم لا تحمل - في الغالب المتبع - في طياتها بنوداً إلزامية ، وغنما تمهيد للاتفاقيات أو العقود الملزمة .

وأما الاتفاقية فقد تحمل في طياتها بنوداً إلزامية وهذا هو الأصل، وقد تصاغ على شكل مذكرة التفاهم. وأما العقد ففي الفقه الإسلامي يشمل الإرادة المنفردة، والإرادتين المرتبطتين، في حين أن العقد في القانون لا يطلق فيه إلا على اتفاق مكون من الايجاب والقبول تتوافر فيه العناصر التي يعطيها القانون قوة التنفيذ.

وأما الإرادة المنفردة فلم يكن لها سلطان في القوانين الرومانية ، ولا في القوانين الإنجليزية ، والأوروبية إلا في القرون الأخيرة، حيث أخذ بها القانون الألماني منذ القرن الثامن عشر الميلادي، ثم أخذت بها بقية القوانين الأوروبية، وهي مثل الوعد بالجائزة الموجه إلى الجمهور، والايجاب الملزم ، وقد سبق الفقه الإسلامي هذه القوانين بأكثر من اثني عشر قرناً في القبول بالإرادة المنفردة .

وأما الوعد الملزم فهو محل خلاف كبير بين الفقهاء وأنه ليس عقداً ، كما أن إلزاميته قضاء يجب أن تبقى في دائرة الاستثناء، وقد فرّقنا بينه وبين الشروط المقتررة بالعقد.

وأما المواعدة الملزمة فالأصل فيها عدم القبول والصحة ، ولكنها تصحّ في بعض التصرفات على تفصيل تم بيانه في البحث .

وقد أوضحنا - في البحث - الفروق بين المواعدة، والبيع ، والبيع المضاف إلى المستقبل أو المعلق، وبينها وبين الوعد الملزم، كما تطرقنا إلى النظرة المقاصدية للمواعدة من حيث مآلاتها بشيء من التفصيل ، وذكرنا بعض التطبيقات المعاصرة للوعد، والمواعدة .

التوصيات :

ونوصي بما يأتي :

أولاً - أن تولي هيئة المعايير الشرعية الموقرة عناية أكبر بتحرير العقود فقهياً وقانونياً في جميع جوانبها المتعلقة بالصياغة ، والإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وبآثار العقود، ومقتضى العقد الأصلي والتبعي، والفروق الحقيقية بين العقد والإرادة المنفردة، والوعد، والمواعدة ، والاتفاق، ومذكرة التفاهم ، وغير ذلك من الدراسات العلمية والعملية ...

ثانياً- أن توضع لما ذكر في البند السابق أو لبعضه معايير شرعية مستقلة لضبط العقود وتحريرها. فقد وضع معيار خاص للوعد والمواعدة ، وهذا أمر طيب ، ولكن الأمر يحتاج إلى وضع معايير أخرى لهذه المسائل السابقة .

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين
وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيديّة

التي تسبق إبرام العقود النهائيّة

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



– دراسة مقارنة¹ –

الدكتور عبد القادر العرعاري
أستاذ بكلية الحقوق أكادال الرباط

مقدمة:

يعتبر موضوع الاتفاقات التمهيديّة التي تسبق إبرام العقود النهائيّة من الموضوعات الشيقّة والشاقّة في نفس الوقت فهي بقدر ما تغري المختصين والممارسين لتقنيات تحرير العقود بالبحث في أصولها القانونيّة وأسسها الفلسفيّة بقدر ما تشكل مصدر إزعاج لهم أثناء محاولة فهمها أو تفسير مضامينها القانونيّة التي تتداخل فيما بينها الأمر الذي يعقد مهمة القاضي والفقير على حد سواء.

ومما زاد في تعقيد هذه المهام أن معظم التشريعات المدنيّة التقليديّة كالقانون المدني الألماني والقانون المدني الفرنسي لم تفصل بشكل واضح بين مختلف مظاهر هذه الاتفاقات الأولى التي تمهد لإبرام العقود النهائيّة إذ اقتصر اهتمامها على مرحلة المفاوضات التمهيديّة والدعوة للتعاقد وبعض مظاهر الوعد والمواعدة بالعقد

¹ - للمزيد من التعمق والتفصيل بخصوص هذا الموضوع يمكن الرجوع لما يلي:

- DEMOGUE (R) « les contrats Provisaires » étude offerte à H. Capitant Daloz 1939 P 159.

COLLART (F) « les Contrats Préparatoires à la vente d'immeuble » Thèse Tours 1988

- Peter Sarvary – BENE « Réflexions sur la notion de contrat Préparatoire » (Thèse) 2015.

- يونس صلاح الدين على "العقود التمهيديّة - دراسة تحليليّة مقارنة" دكتوراه في القانون الخاص - جامعة الموصل - سنة النشر ٢٠١٠

- جمال فاخر النكاس "العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهميّة التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد" مجلة الحقوق الإلكترونيّة العدد الأول، مارس ١٩٩٦ ص ١٣٣ - إلى ١٩٢.

- عبد القادر العرعاري "علاقة بيع العقار في طور الإنجاز بالعقود التمهيديّة العقارية - دراسة مقارنة" مساهمة علميّة في الندوة الوطنيّة التي نظمها المركز المغربي للدراسات القانونيّة حول بيع العقار في طور البناء ٢٠٠٣ مطبعة المعارف ٢٠٠٤ ص ٣ وما بعدها.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقيّة الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



الملزمة لجانب واحد وبعده تفرغت مباشرة لمناقشة الإيجاب أو العرض كخطوة فعلية مباشرة لإبرام العقد إذا ارتبط الإيجاب بقبول الطرف الآخر.

وبقي الوعد بالعقد والتواعد عليه بمثابة النموذج البارز الذي يتم الاقبال عليه بنهم شديد في مجال التعاملات المدنية المصرفية رغم الصعوبات الكثيرة التي تعترض المحاكم بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لمؤسسة الوعد كتقنية تقليدية عادة ما تعتبر بمثابة قنطرة آمنة لإبرام العقود النهائية، وقد حاولت التشريعات المدنية المعاصرة فك الارتباط بين هذه المؤسسة وغيرها من الاتفاقات الأخرى التي تختلط بها وذلك برسم الحدود الفاصلة بين مختلف هذه التعهدات الأولية، التي يتم استعمالها كأدوات قانونية موصلة لإبرام العقود النهائية.

وقد كان لانفتاح القوانين اللاتينية المعاصرة على تجارب الدول الأنجلوساكسونية في مجال إبرام العقود التي لها علاقة بالمال والأعمال أثره البالغ في اقتباس بعض النماذج من التعهدات ذات الأصول العرفية الأخلاقية والدبلوماسية مثل تعهد التصريح بالشرف والبرتوكول الاتفاقي واستقراء خطاب النوايا بمقتضى مذكرة تفاهم أو غيرها من النماذج الأخرى وإجلاء هذا الغموض وتوضيح حقائق ودلالات هذه الاتفاقات والتعهدات الموصلة لإبرام العقد النهائي المتضمن للالتزامات قانونية متبادلة فإنه ارتأينا تناول هذا الموضوع في بحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول: التعهدات الأخلاقية غير الملزمة التي تشوش على المنظومة الإلزامية للتعاقد.

المطلب الأول: الالتزام بالشرف (Engagement d'honneur)

المطلب الثاني: مذكرة التفاهم المحددة لخطاب النوايا (lettre d'intention)

المطلب الثالث: البرتوكول الاتفاقي (Protocole d'accord)

المبحث الثاني: العقود التحضيرية التي تمهد لإبرام العقد النهائي

المطلب الأول: الوعد بالبيع والمواعدة عليه

المطلب الثاني: الوعد بالتفضيل

المطلب الثالث: عقد البيع الإبتدائي

تمهيد:

٥- يمكن القول على أن عملية التعاقد تمر بعدة مراحل بدءاً بمجرد فكرة عابرة اختمرت في ذهن الشخص، وعند عزمه على المضي قدماً فإنه ينتقل لمرحلة الدعوة للتعاقد^١ التي تقتزن عادة بالمفاوضات الأولية التي لها ارتباط وثيق بالمشروع التعاقدي المستقبلي، وعندما يتعلق الأمر بالتعاقدات التي لها قيمة والتي تكون على قدر كبير من الأهمية فإن مهل هذه المفاوضات تطول بالقدر اللازم لاستكمال المعلومات الضرورية للحسم في المشروع التعاقدي^٢، وعادة ما ينتقل الشخص المعني بالأمر إلى المستوى الثاني من الجدوية اللازمة لعرض فكرة التعاقد على الطرف الآخر في شكل إيجاب رسمي يترتب على قبوله نشوء العقد إلا أن الأطراف غالباً ما يفضلون التمهيد للمرحلة النهائية بإبرام واحد أو أكثر من التعهدات التي تسبق بناء العقد النهائي كالعقد الابتدائي أو الوعد بالعقد والمواعدة عليه أو الالتزام بتفضيل شخص معين دون غيره أثناء التعاقد إلى غير ذلك من الاتفاقات المتعارف عليها في هذا الباب.

٦- إلا أنه نتيجة لتلاقح الثقافات وانفتاح تجارب الدول اللاتينية على بعض الأعراف التعاقدية الشائعة في منظومة التعاقد الأنجلوساكسونية في مجال العقود التجارية والاتفاقيات الدبلوماسية فإن هذا الوضع أدى إلى اقتباس بعض النماذج التعاقدية الدخيلة على هذه المرحلة التعاقدية كالاتزام بالشرف وتبادل خطابات النوايا التي تستند إلى مذكرات للتفاهم بين الدول والجماعات والمؤسسات العمومية وشبه العمومية لتنتقل عدواها إلى التعاقدات الخاصة المبرمة بين الأشخاص والشركات وبناء على تداخل مفاهيم هذه المصطلحات القانونية المرتبطة بمرحلة ما قبل التعاقد الرسمي فإن الواجب يفرض علينا فك الارتباط بين مختلف هذه المفاهيم التي يختلط فيها الجانب القانوني بالمفهوم الأخلاقي ولفهم حقيقة هذه التعهدات الأولية فإنه ارتأينا تناول هذه الدراسة في مبحثين نتناول في الأول منهما بعض التعهدات الأخلاقية غير الملزمة للأطراف والتي كانت ولا تزال سبباً في التشويش على منظومة التعاقد، بينما سنعرض في المبحث الثاني لأهم العقود

^١ - للتفاصيل انظر مؤلفنا حول نظرية العقد - الطبعة الخامسة ٢٠١٦ ص ٦٩ فقرة ٨٢ وما بعدها.

2 - Ghestin (J) « le contrat » (L.G.D.J) édition 1988 P 249 N° 227 « entre l'initiative que constitue l'entrée en pour parlers, ou l'offre et la conclusion du contrat, se situe une période précontractuelle qui peut être parfois de longue durée »

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



والاتفاقات التحضيرية الشائعة في ميدان التعامل المدني والتجاري على حد سواء والتي تعد قنطرة قانونية لبلوغ وتحقق التعاقدات النهائية.

المبحث الأول: التعهدات الأخلاقية غير الملزمة التي تشوش على منظومة فترة ما قبل التعاقد

٧- بعد أن كانت فترة ما قبل التعاقد تقتصر على بعض النماذج التقليدية المحدودة للاتفاقات الأولية التي تمهد لإبرام العقود النهائية والتي سنتناول بعضها منها لاحقاً فإن نطاق هذه الاتفاقات أصبح يتمدد بصورة تدريجية ليشمل الكثير من التعهدات ذات الأصول الأنجلوسكسونية الدخيلة على المنظومة القانونية اللاتينية والتي أدت إلى بعثرة الكثير من الأوراق والخلط بين الكثير من المفاهيم والمصطلحات التي لم تعد تؤد الوظيفة القانونية واللغوية التي وضعت من أجلها^١.

ومن بين المفاهيم الأدبية التي ارتبطت بمرحلة ما قبل إبرام العقد النهائي نجد مصطلح الالتزام بالشرف وخطابات النوايا المستمدة من مذكرات التفاهم والبرتوكول الاتفاقي، فما المقصود بمضامين هذه التعهدات؟ وما هي قيمتها القانونية عند إخلال الأطراف بمضامين هذه التعهدات؟

المطلب الأول: الالتزام بالشرف^٢ Engagement d'honneur

^١ - يعتقد الفقيهان (مالوي واين) في مؤلفها المشترك حول العقود الخاصة الطبعة الرابعة ٢٠٠٩ ص ٦١ فقرة ١٠٢ بأن العائق الأساسي الذي يحول دون فهم حقيقة هذه الاتفاقيات التمهيدية إنما يكمن في تعددها وتشابه مضامينها حيث يقتصر مفهوم بعضها على مرحلة التفاوض لا غير في حين يعتبر بعضها الآخر بمثابة خطوة إيجابية مؤدية لإبرام العقد النهائي

« Souvent la conclusion d'une vente est précédée préparatoires les uns relèvent de la négociation préalable, les autres font partie de la famille nombreuse des avant - contrats, la terminologie est vague, les applications diverses et la notion imprécise, « contrat préparatoire » « promesse de contrat » « contrat cadre » « accord de principe » « lettre d'intention » « contrat Partiel » la notion et son régime actuel continuent à être imprécis et instable

^٢ - لأخذ فكرة معمقة عن الالتزام بالشرف يرجى الإطلاع على ما يلي:

-Ammar (d) « essai sur le rôle de l'engagement d'honneur» (these) Paris -١٩90

- Eismann (M) « le gentlemen's agreement comme source du droit international » journal du droit international clunet 1979

- Oppetit (P) « l'engagement d'honneur » 1979 chronique 17

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



٨- لقد تم اقتباس مصطلح الالتزام بالشرف من رحم المصطلح الانجليزي (agreement Gentlmen's) الذي يندرج ضمن الالتزامات الأخلاقية التي تستند لمبادئ الشرف ونبيل الاخلاق وحسن النية في التعامل التي تقتضي الوفاء بالعهد وكما يظهر من اسمه فإن الالتزام بالشرف يكون معلقا على محظ إرادة المصرح بشرفه إلا أنه لا يلزم من الناحية القانونية بالوفاء به، فقد عرفه بعض الفقهاء^١ بأنه بمثابة " تصريح إرادي يتوقف تنفيذ مفعوله على إرادة الملتزم المصرح بشرفه دون أن يكون ذلك مشمولاً بأي متابعة قضائية أو شبه قضائية كالتحكيم " أما الفقيه "موسرون" فقد عرف الإلتزام بالشرف بأنه تعبير عن الإرادة للوفاء بتعهد معين إلا أنه لا يترتب على الإخلال بهذا التعهد أي جزاءات قانونية^٢ .

٩- وإذا كان الإجماع حاصلًا بخصوص الطابع الأخلاقي للالتزام النابع من شرف صاحبه إلا أن هذا الالتزام يندرج عموماً ضمن المفاهيم الأقل غموضاً مقارنة بغيره من المفاهيم الأخرى، فالجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام عادة ما يكون أخلاقياً باستهجان هذا الإخلال وتناقص قيمة من لا عهد له ولا كلمة له"^٣

وبالرغم من أن المبدأ العام المتحكم في الالتزام بالشرف هي مجموع القيم الاخلاقية التي تعد بمثابة الضمان الشخصي لتنفيذ التعهد ولو لم يكن ملزماً لصاحبه من الناحية القانونية إلا أن هناك بعض الحالات التي يتضمن فيها الالتزام بالشرف عناصر العقد التمهيدي أو الابتدائي الأمر الذي يعني بأن التعهد بالشرف قد يكون مجرد إطار ظاهري مغلف وسائر للعقد التمهيدي الذي يعد إطاراً قانونياً يستوجب سريان بعض الآثار التي تسري على مثل هذا النوع من الاتفاقات وللمحكمة في إطار سلطتها التقديرية أن تحدد ما إذا

^١ - مالوري وأين في مرجعهما حول الالتزامات الطبعة الخامسة ٢٠١٠ ص ١٩٤، فالتصريح أو الالتزام بالشرف لدى هاذين الفقهاء لا ينتج أي أثر قانوني إذا لم يتحول إلى شكل آخر ذو طابع إلزامي وبالتالي فالالتزام بالشرف ما هو إلا صورة من صور شبه العقد بمفهومه الضيق للكلمة « il s'agirait d'un presque contrat »

^٢ -Mousseroun (N) « l'avant contrat » édition 2011 P 227

^٣ -انظر أطروحة (بيتر بين) المشار إليها سابقاً ص ٨١ فقرة ١٥٢ الذي يؤكد على ما يلي: « dans une société ou l'honneur tient une place prééminente, le respect de la parole donnée est considéré comme un devoir et une qualité essentiel de gentlmen »

كان الالتزام بالشرف مجرد شبه للعقد (PRESQUE CONTRAT) أم أنه يتضمن عناصر عقد تمهيدي آخر^١.

المطلب الثاني: خطابات النوايا^٢ (les lettres d'intention)

١٠- يمكن القول على أن خطابات أو رسائل النوايا تعد من مظاهر الإعلان عن الإدارة كبرهان على حسن نوايا صاحب الخطاب المستخلصة من الوثائق والمستندات التي تعزز صدق هذه النوايا وكما هو معلوم فإن مصطلح خطاب النوايا نشأ في إطار التجربة الأنجلوسكسونية المتعلقة بالعقود الدولية ذات الطابع التجاري^٣ ثم انتقل المصطلح إلى مجال التعاملات المدنية الدولية والوطنية كوسيلة وأرضية ممهدة لضبط مسار التفاوض في الاتجاه الصحيح الذي يمهد بدوره لإبرام عقود ابتدائية عادة ما تفضي لإبرام العقود النهائية غير أنه نتيجة لتعدد الاستعمالات التي وظف فيها هذا المصطلح الدخيل على منظومة القوانين اللاتينية فإن معاني هذا الخطاب أصبح يختلف باختلاف المجالات والغايات المستهدفة بهذا الخطاب

١- للتعلم بخصوص تعهدات الشرف المنتجة لبعض الآثار القانونية يمكن الرجوع إلى أطروحة يونس صلاح الدين المشار إليها سابقا ص ٣٠٩

٢- لأخذ فكرة موسعة عن خطابات النوايا ومذكرات التفاهم يمكن الرجوع لما يلي:
-Fontaine (M) « les lettres d'intention dans la négociation de contrat internationaux » édition 1977

- عبد السميع الأودن "خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد"
- منشأة المعارف - الاسكندرية ٢٠٠٥
- محجاجي سعاد "خطابات النوايا كوسيلة قانونية في تأمين تنفيذ الالتزامات" دراسة تاصيلية مقارنة - الجزائر (٢٠١١-٢٠١٢)

٣- لقد تم اقتباس مصطلح خطاب النوايا Lettre d'intention من المصطلح الإنجليزي memorandums of understanding الذي له ارتباط بالمشاريع الاقتصادية والصناعية الكبرى التي كانت تتطلب طرح فكرة التعاقد في شكل إعلان نوايا كأرضية أولية للنقاش والتفاوض ومما زاد في تعقيد فهم المعنى الصحيح لهذا المصطلح أن المشرع الفرنسي لم ينظم هذا الخطاب واكتفى بالإشارة لبعض الاستعمالات التي يوظف فيها هذا المصطلح كما هو الامر بالنسبة للمادة ٢٣٢٢ من القانون المدني الفرنسي التي استعمل فيها المشرع مصطلح "خطاب النوايا بما يفيد معنى الضمان المستخلص من رسالة دعم الطرف المدين لمواجهة الديون المستحقة عليه لصالح الدائن.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

والتي يكون القصد منها في غالب الأحيان تسهيل مأمورية التفاوض وتحقيق الحدود الدنيا من التوافقات بين الطرفين حول مضمون ومحتوى مشروع التعاقد.

فعندما يتعلق التفاوض بالعقود الدولية أو الوطنية التي تكون على قدر من الأهمية فإن أحد أطراف العملية التعاقدية عادة ما يلجأ لهذه التقنية كمبادرة منه عن حسن نواياه في شكل إعلان عن الإرادة^١ لرسم خطة أولية لحدود التفاوض على المشروع التعاقدى المستقبلي، لذلك فإن خطاب النوايا يكون أقرب لمبادرة أحادية الأطراف^٢ هدفها الأساس هو تحفيز الطرف الآخر على الدخول في المفاوضات الفعلية وتهيئته لدراسة ومناقشة الخطة التي تقدم بها صاحب الخطاب^٣، وبناء عليه فإن خطاب النوايا ليس عقدا تمهيديا وبالتالي فإن عدم إتمام مناقشة هذه النوايا أو العدول عنها في أي مرحلة من المراحل لا يعتبر إخلالا بالتزام عقدي ولا يستوجب سريان قواعد المسؤولية العقدية.

فقد صنفت اللجنة العلمية للتجارة الدولية سنة ١٩٧٧ خطابات النوايا ضمن خانة عقود التفاوض رغم أن هذه المبادرات ليست عقودا بل مجرد إعلان عن نوايا التفاوض، وهذا التصور الذي نؤيده هو الذي يسانده الكثير من الفقهاء وفي مقدمتهم (جينيني)^٤ الذي يرى بأن خطابات النوايا لها ارتباط بمراحل ما قبل التعاقد (Avant Contrat) إلا أنها ليست عقدا تمهيديا بالمعنى المتعارف عليه في هذا الباب.

المطلب الثالث: البروتوكول الاتفاقي « Protocole Accord »

١- لفهم أبعاد الإعلان عن الإرادة فإنه يمكن الرجوع لما يلي:

-Salleilles « de la déclaration de volonté contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemend » Paris 1901

- Rieg (A) Punctuation, Contribution à l'étude de la formation du contrat Mélanges – jauffret 1974

٢- (بيتر - بين) المرجع السابق ص ٨٩ حيث يقول:

« les lettre d'intention sont les actes juridique Unilatéraux, ils préparent la conclusion d'un contrat définitif, le plus souvent la lettre d'intention n'a pas d'autre objet que de fixer le cadre de la négociation »

3 - MOUSSERON (M) « avant - contrat » édition 2001 P 240

4 - GENINET (M) « théorie général des avant contrats en droit privé (thèse) Paris 1985 T1 P 253 et S

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



١٢- يعد مصطلح البروتوكول الاتفاقي واحدا من فصيلة الأعراف شبه التعاقدية التي ارتبطت بالتقاليد الدبلوماسية ثم انتقلت بعد ذلك لتستعمل في مجال التعاملات المدنية والتجارية كأساس للتفاوض والتعاقد على حد سواء وقد تناوله بعض المهتمين أثناء كلامهم على أحكام الاتفاق المبدئي (Accord de principe) الذي يعد بدوره واحدا من بين عشرات الاتفاقات الأولية التي تسبق إبرام العقد النهائي، ونظرا لتداخل عناصر البروتوكول الاتفاقي بعناصر خطابات النوايا فإن الكثير من المهتمين حاولوا رصد عناصر التفرقة بين هاتين المؤسستين، فهناك اتجاه فقهي قديم^١ يرى بأن البروتوكول الاتفاقي عادة ما يتضمن عناصر الإتفاق النهائي بحيث لا يبقى لاستكمال هذا العقد سوى الإتفاق على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد النهائي، أما الاتجاه الثاني^٢ المهتم بعناصر هذه التفرقة فيرى بأن البروتوكول الاتفاقي عادة ما يتضمن بنود خطابات النوايا لذلك فإن أنصار هذا الاتجاه يرون بأن البروتوكول الاتفاقي ما هو إلا صورة من صور خطابات النوايا لا غير وذلك رغم اختلاف شكل كل منهما، على اعتبار أن هذه الخطابات يتم إعدادها من قبل أحد الأطراف المعنية في شكل مباراة أحادية ويتم عرضها على الطرف الآخر لمناقشتها أما بخصوص البروتوكولات الإتفاقية فقد جرت العادة على تحضيرها وإعداد بنودها، بمحض الأطراف معا لتطرح بعد ذلك كأرضية للنقاش التفاوضي بين الأطراف المعنية بها.^٣

المبحث الثاني: العقود التحضيرية التي تمهد لإبرام العقد النهائي

١٣- لقد سبق وقلنا بأن العقود التي تكون على جانب من الأهمية غالبا ما يتم التمهيد لها بجملة من الإتفاقيات والتعهدات الأولية التي يتم بها التحضير لإبرام العقود النهائية ومن شأن هذه الفترة الفاصلة بين

١- cit p 1- « on peut définir l'accord de principe N° 241 ٢٦٩ Ghestin (j) op . حيث يقول : « l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat »

٢- peter (bene) op .cit .p 94 N° 187 « il s'agit la d'un exemple parmi tant d'autre ou le حيث يقول ٢ « titre du document ne correspond à aucune réalité celui-ci est assimilable à une lettre d'intention le plus souvent , mais prend la forme d'un véritable contrat »

٣- للمزيد من التفاصيل حول علاقة البروتوكول الاتفاقي بخطابات النوايا والتميز بينهما راجع رسالة ما ستر مجاجي سعاد حول "خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات" ٢٠١١-٢٠١٢ - ص ٢٦ وما بعدها.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



إنشاء الإتفاقات التمهيدية وإبرام العقود النهائية أن تمنح لأطراف هذه العلاقة فرصا إضافية للتفكير والتأمل في النتائج والآثار التي ستترب عن إبرام التصرف النهائي.

١٤- وهناك في الواقع العملي عدة أنماط متشابهة من حيث العناصر اللازمة لإنشاءها، إلا أنها تهدف لتحقيق نتيجة مشتركة ألا وهي ضمان إبرام العقد النهائي، ويندرج ضمن هذه العائلة من الإتفاقات التمهيدية كلا من الوعد والمواعدة بالبيع والعقود بالأفضلية وكذا العقود الإبتدائية إلى غير ذلك من الصور الأخرى التي تتجسد فيها مثل هذه الإتفاقات الأولية، ونتيجة لأهمية النماذج المشار إليها أعلاه فإننا سنتناولها بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: الوعد بالبيع^١ (Promesse de vente)

١٥- في الوقت الذي أقبلت فيه جل التشريعات المدنية المعاصرة على تنظيم مؤسسة الوعد بالعقد عموما والوعد بالبيع على وجه خاص فإننا نلاحظ أن المشرع المغربي لم يسلك نفس النهج وإنما اكتفى بالإشارة لهذه المؤسسة بمقتضى نصوص قانونية متفرقة يكتنفها الإبهام في معظم الحالات الأمر الذي لا يسعفنا على تكوين نظرة معمقة عن الوعد بالبيع في إطار التشريع المغربي^٢، وهذا الفراغ التشريعي هو الذي حمل جملة من الباحثين^٣ على التصدي لهذا الموضوع لما له من أهمية في ميدان المعاملات المدنية والتجارية على حد سواء، فما هو الوعد بالبيع (أولا" وما هي الشروط اللازمة لقيامه (ثانيا) وما هي النتائج المترتبة عن ممارسة الخيار الناشئ عنه (ثالثا).

^١ - للتعلم بخصوص هذا الموضوع أنظر على الخصوص:

- الطاهر القضاوي: "الوعد بالبيع - دراسة مركزية في العقار" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالرباط ١٩٩٣-١٩٩٤.

بلعيد كرومي: "الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي"، رسالة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالبيضاء ١٩٨٦. -FOURATI HICHAM : « La Promesse de vente en droit Marocain des obligations (D.E.S) Fac de droit CASA 1988.

- الطاهر القضاوي: "تقنية الوعد بالكراء والكراء في بيع" مجلة الميادين، كلية الحقوق بوجدة العدد ٨-١٩٩٣، ص: ٤١ وما يليها.

^٢ - لعل إغفال المشرع المغربي لمؤسسة الوعد بالبيع كان نتيجة لنفس الموقف الذي سلكه المشرع الفرنسي حيث أن هذا الأخير لم يتطرق لهذا الموضوع إلا عرضا وفي مناسبات قليلة (مالوري وآين -المرجع السابق ص: ٦٧ فقرة ١٠٧).

^٣ - أنظر الدراسات المشار إليها في الهامش رقم ١٤٥.

أولاً: التعريف بالوعد بالبيع وبيان خصائصه

١٦- الوعد بالبيع هو العقد الذي يلتزم فيه الواعد ببيع شيء سواء كان منقولاً أو عقاراً أو غيرهما من الحقوق المالية الأخرى لشخص آخر إذا أظهر هذا الأخير رغبته في الشراء مقابل ثمن معين، وهناك الكثير من التعاريف الفقهية والتشريعية التي قيل بها بشأن الوعد بالبيع، وبالرغم من اختلافها في بعض العناصر إلا أنها تتقارب من حيث معناها العام، فقد عرفته المادة ٤٩٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني بأنه عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شيء من شخص آخر لا يلتزم شراؤه في الحال^١ وفي ميدان الفقه فإن الباحث الطاهر القضاوي^١ يرى بأن الوعد بالبيع "هو التصرف القانوني الذي يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد ببيع شيء معين بثمن محدد لشخص آخر يدعى المستفيد الذي له ان يختار ذلك خلال أجل يمكن تحديده فيما بعد" أما الفقيه أنور سلطان^٢ فيرى بأن الوعد بالبيع عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في مدة معينة^٣ فالشخص الموعود في ظل هذا الوضع لا يلتزم إزاء الواعد بأي مقابل وإنما يكون له الحق في إبداء رأيه بقبول هذا الوعد أو رفضه داخل الأجل المحدد^٣ والوعد بهذا الشكل لا يلزم إلا جانباً واحداً ألا وهو الواعد، لذلك، فهو يختلف عن التواعد بالبيع والشراء معا الذي يعد من العقود الملزمة لجانبين لكون أن المشتري يعد بدوره البائع بشراء الشيء الذي حصل التواعد بشأنه وخارج هاتين الحالتين فإن الوعد قد يقتصر على الشراء وحده دون البيع وهذه الحالة تعد بمثابة الوجه المعاكس للوعد بالبيع^{١٧٠} مكرر.

١- القضاوي الطاهر: رسالته المشار إليها سابقاً ص: ١٢٦.

٢- الدكتور أنور سلطان: "عقدي البيع والمقايضة" دار النهضة العربية ١٩٨٠، ص: ٦٧.

٣- ليس هناك إجماع لا في ميدان الفقه ولا في ميدان التشريع بخصوص ضرورة ممارسة حق الخيار داخل أجل معين، ففي الوقت الذي اشترط فيه المشرع المصري ضرورة تحديد مدة الخيار في الوعد بالبيع (المادة ١٠١ مديني مصري) فإن القانون المدني اللبناني لم يستلزم توافر هذا الشرط إلا إذا كان موضوع الوعد من العقارات.

١٧٠ مكرر - للمزيد من التفاصيل بخصوص الأحكام المميزة لكل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء كتصرفين أحاديي الطرفين والتواعد بالبيع والشراء كتعهد صادر عن الطرفين معا يمكن الرجوع إلى المؤلف المشترك (مالوري وآين) المرجع السابق ص: ٦٩ بند ١١٠ وما بعدها. أيضاً:

ALAIN BENABENT op.cit. P :64 n°83. « il s'agit tantôt d'un engagement souscrit par une seule partie qui promet de vendre ou promet d'acheter tandis que l'autre conserve toute liberté on parle

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



١٧- ومن خلال التعاريف الفقهية والتشريعية التي أعطيت للوعد بالبيع كتصرف ملزم لجانب واحد^١ فإننا نلاحظ أن هذا التصرف يمتاز بالخصائص التالية:

أن الوعد إذا اقتصر على البيع دون الشراء فإنه يندرج ضمن قائمة التصرفات القانونية الملزمة لجانب واحد وبالتالي فهو يختلف عن كل من تصرفات الإرادة المنفردة والعقد الملزم لجانبين كما هو الأمر بالنسبة للتواعد على البيع والشراء الذي تختلف أحكامه عن الوعد الذي يقتصر على البيع دون الشراء^٢.
رغم أن الوعد بالبيع يمهّد في الأصل لإبرام العقد النهائي إلا أنه يمتاز بخصوصيات العقد الكامل لا من حيث العناصر ولا من حيث الشكل الذي يرد فيه، عدا ما هو من خصوصيات العقد النهائي للبيع.
أن الوعد بالبيع من العقود المؤقتة التي يتم بها التمهيّد لإبرام عقد البيع النهائي، لذلك فهو ليس غاية في حد ذاته وإنما هو وسيلة قانونية تحضيرية قد يترتب عنها إبرام العقد النهائي.

alors de promesses unilatérales par lesquelles le promettant consent au bénéficiaire une option d'acquérir ou de renoncer.

Tantôt au contraire les deux parties s'engagent d'ores et déjà, en promettant l'une de vendre et d'autre d'acheter on parle alors de promesse synallagmatique, en ce cas le contrat de vente est déjà scellé entre elles ».

^١ - نظرا لأهمية هذه الصورة من الوعد بالبيع لذلك فإن الفقه المعاصر قد اهتم به بشكل ملفت للنظر من ذلك على الخصوص:
- SCHMIDT (BENAC) « Le contrat de promesse unilatérale de vente » thèse Paris 1 (L.G.D.J) 1983.

- VIATTE : « La promesse unilatérale de vente » GAZ-PAL 1973- 1-DOC, P : 67 et S/

^٢ - مالوري وآين - المرجع السابق ص: ٧٨ فقرة ١٢٣. وفي الوقت الذي يعتبر فيه هذين الفقيهين بأن الوعد الملزم لجانب واحد يندرج ضمن قائمة التصرفات الأحادية الأطراف فإن الفقيه الفرنسي (بونابنت) يؤكد في المرجع المشار إليه أعلاه ص ٦٥، فقرة ٨٤ بأن الوعد الملزم لجانب واحد يندرج ضمن قائمة العقود الملزمة لجانب واحد وقد عبر عن ذلك بما يلي:

« La Promesse Unilatérale n'est pas un acte Unilatéral mais un véritable contrat issu d'un accord de volontés qui distingue ainsi d'une simple offre de vente ».

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



الوعد بالبيع من العقود التي تنبني على منح الخيار للمشتري قصد تقرير مصير العقد النهائي بالإجازة أو الرفض داخل الأجل المحدد وهو بذلك يختلف عن بيع الثنيا^١ وبيع الخيار^٢ الذين يعتبران من العقود التي يخول للبائع أو المشتري أو هما معا إمكانية التحلل من البيع باسترداد المبيع ورد الثمن إذا تضمن العقد شرطا يجيز ذلك.

ثانيا: العناصر اللازمة لقيام الوعد بالبيع

١٨- يلزم لقيام الوعد بالبيع باعتباره عقدا ملزما لجانب واحد توافر كل العناصر اللازمة لإبرام العقد الصحيح من أهلية وسبب ومحل^٣ فالواعد بالبيع يتعين فيه أن يكون أهلا للالتزام وأن يتم تحديد المبيع والثمن ولو بصورة تقريبية في هذا العقد التمهيدي، وعن طريق مفهوم المخالفة فإن الوعد بالبيع إذا جاء مجردا من غير تحديد لمضمونه فإنه يكون عديم الأثر وهذا ما أكده المشرع المغربي في الفصل ١٤ من (ق.ل.ع) الذي ورد فيه بأن مجرد الوعد لا ينشئ التزاما^٤ وهذا يعني أن الوعد غير الهادف إلى تحقيق نتيجة إيجابية يعد ضربا من العبث لذلك جرده المشرع من كل أثر، وبالإضافة لما سبق فإنه يلزم في الوعد بالبيع أن يكون مبنيا على منح فرصة الاختيار للمشتري بين قبول مضمون الوعد بالبيع أو رفضه وذلك داخل أجل محدد، أما إذا لم يتم تحديد هذا الأجل في صلب العقد التمهيدي فإن الواعد لا يمكن له التحلل من وعده إلا بوضع الطرف الموعد الذي هو المشتري في حالة مطل وذلك بعد إعطائه مهلة مناسبة للتعبير عن موقفه من موضوع الوعد بالقبول أو الرفض^٥، وتفاديا لمثل هذه الأوضاع المعقدة فإن جل التشريعات

١- ينص الفصل ٥٨٥ (ق.ل.ع) على أن البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع أو بيع الثنيا هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه بعد تمام انعقاده بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن....".

٢- ينص الفصل ٦٠١ (ق.ل.ع) بأنه "يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو البائع في نقضه خلال مدة محددة ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا ويجوز الاتفاق عليه إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي".

٣- جاء في حكم صادر عن محكمة الاستئناف بتازة بتاريخ (١٩٨٦/١٢/٢٤) بأن الوعد بالتعاقد عقد تمهيدي لا ينعقد صحيفا إلا إذا توافرت فيه جميع العناصر الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه" الحكم منشور في مجلة المعيار، العدد، ١٣، ١٤ ص: ٨٩.

٤- قرار المجلس الأعلى عدد ٦٣٥ الصادر عنه بتاريخ (١٩٨٨/٣/٩) في الملف المدني عدد: ٧٣٧-٩٦ (القرار غير منشور).

٥- جستان وديشي: المرجع السابق ص: ٨٦ فقرة ١١٦.

مالوري وآين: المرجع السابق ص ٨٦، فقرة ١١٦.

-ALAIN BENABENT op. cit p : 73, n°96.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



التي تناولت موضوع الوعد بالعقد ألزمت الواعد بتحديد مهلة معقولة يتعين فيها على الطرف الموعد أن يمارس حقه في الخيار^١ حتى لا يبقى الواعد أسيرا لوعده أبد الدهر، خصوصا وأن غاية الوعد بالعقد هي التحضير والتمهيد لإبرام العقد النهائي ولن تتحقق هذه الغاية إلا بتقييد أجل الخيار بمهلة محددة يتعين فيها على الطرف المستفيد من الخيار إبداء رأيه في الموضوع.

ثالثا: آثار الوعد بالبيع

١٩- يترتب على الوعد بالبيع جملة من الآثار القانونية بعضها يهم الواعد والبعض الآخر يخص الشخص الموعد.

أ- فبالنسبة للواعد نلاحظ أنه خلال فترة الوعد يظل بمثابة المالك الحقيقي للشيء الموعد به الأمر الذي يعني أن له إمكانية استعماله واستغلاله والتصرف فيه في إطار الحدود المشروعة وإذا تعذر عليه الوفاء به أمام الشخص الموعد فعليه أن يتحمل التعويض الذي لحق الطرف المستفيد من الوعد نتيجة لعدم تمكنه من الوفاء بالتزاماته إزاءه^٢.

ب- أما بالنسبة للطرف الموعد (المشتري) فقد خولت له التشريعات التي تناولت هذا النظام التعاقدية عدة حقوق في الوقت الذي لا يتحمل فيه بأي التزامات مقابلة لكون أن العقد ملزم لجانب واحد لا غير فالمستفيد من الوعد يثبت له حق شخصي^٣ في تقرير مصير هذا الوعد منذ الوهلة الأولى التي أنشئ فيها الوعد بالبيع، بحيث يمكن له أن يستعمل حقه في الخيار بين إجازة موضوع الوعد أو رفضه وذلك داخل المهلة التي حددها الطرفان لأجل ممارسة الحق في الخيار وباعتبار أن الحق في ممارسة الخيار يتقرر للمشتري

L'option ne peut pas être perpétuelle, le promettant peut alors mettre le bénéficiaire en demeure de prendre parti dans un délai raisonnable ».

١- من هذه التشريعات القانون المدني المصري الذي ألح على ضرورة تحديد مهلة للوعد بالتعاقد في المادة ١٠١، وهذا ما أكدته الفصل ٢٢٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني.

٢- لا يستحق التعويض في هذه الحالة إلا إذا تعذر الوفاء بالشيء الموعد به لتصرف الواعد إراديا في الشيء الموعد به، أما إذا تعذر عليه الوفاء به لأسباب قاهرة فإنه يتحلل من وعده تلقائيا لتخلف عنصر المحل، ويمكن استخلاص هذا الحكم العام من نص الفصلين ٧٨٨ و ٣٨٤ (ق.ل.ع) المتعلقين على التوالي بوعد المودع لديه والمعير حيث لا يعفيان من الوفاء بوعدهما إلا إذا أثبتنا أن أسبابا مشروعة أو أحداثا غير متوقعة قد حالت بينهما وبين عدم تنفيذ موضوع وعدهما.

٣- توفيق حسن فرج: المرجع السابق ص: ١٩٦، فقرة ٢٧٣.

وحده دون غيره إلا أن ذلك لا يمنع من حوالة هذا الحق أو التصرف فيه من طرف المستفيد إلا إذا كان هناك شرط مانع من التصرف تم التنصيص عليه في الوعد بالبيع^١ وكغيره من الحقوق الأخرى فهو ينتقل للورثة في حالة موت المستفيد من الوعد باعتبارهم خلفاء عامين للشخص الموعود^٢.

١- يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان من أبرز الشروط المانعة من التصرف (Clause de Reserve de propriété) التي تهدف إلى حماية حقوق الطرف المستفيد من الشرط دفعا لكل ازدحام لكتلة الدائنين عندما يكون المدين في وضعية مضطربة تحدده بالإفلاس وبالرغم من أن قانون الالتزامات والعقود المغربي لم ينظم هذا الشرط إلا أن العادة جرت على التعامل به في بعض الحالات الاستثنائية كبيع السيارات بالسلف في إطار مقتضيات ظهير (١٧/يوليوز/١٩٣٦) وشراء العقارات بالتقسيط باعتماد تقنية الرهون الرسمية والحيازية، ونظرا لأهمية هذا الشرط الذي يخرج المال المبيع أو المأجور من كتلة الضمان العام لأموال المدين فإن المشرع المغربي اضطر إلى إقحامه في مدونة التجارة لفاتح غشت ١٩٩٦ حيث ورد النص عليه في المادة ٦٧٢ التي جاء فيها "يمكن استرداد البضائع المبيعة تحت شرط الأداء الكامل للثمن مقابل نقل ملكيتها، إذا كانت هذه البضائع موجودة بعينها وقت فتح المسطرة، هذا الشرط الذي يمكن أن يرد في محرر ينظم مجموعة من العمليات التجارية المتفق عليها بين الأطراف يجب أن يكون متفقا عليه كتابة على الأكثر حين التسليم" وعادة ما يرتبط هذا الشرط بعقود الائتمان الإيجاري الوارد على كل من العقار أو المنقول (المواد من ٤٣١ إلى ٤٤١) من مدونة التجارة وكذا عقود الأكرية المدنية المفوضية إلى تملك العقار (القانون رقم ٠٠-٥١) المؤرخ في ١١/١١/٢٠٠٣ إذ أن إبرام البيع النهائي لا يتم إلا بعد أداء كل المستحقات المتفق عليها أثناء إبرام العقد الأصلي. وفي حالة عدم تنفيذ المكتري المتملك لالتزاماته التعاقدية المتعلقة بالتسبيق أو الوجيبة الكرائية أو التحملات فإن المكري له الحق في استصدار أمر عن رئيس المحكمة الابتدائية باعتباره قاضيا للأمر المستعجلة بفسخ العقد وإفراغ المكتري المتملك بوصفه محتلا للعقار بدون سند أو قانون وشطب تقييده الاحتياطي إذا كان العقار المأجور محفظا.

وللمزيد من التفاصيل حول هذا الشرط أنظر:

- محمد العلواني: "شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع الائتماني" رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية الحقوق بالرباط ٩٨-١٩٩٩.
- محمد حسين منصور: "شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي - دراسة مقارنة منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٩٣ أيضا:
- محمد شليح "قراءة ميتودولوجية لصيغة الكراء المفضي إلى تملك الربع المبنى لغرض السكنى في ضوء القانون (٥١-٠٠) المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار" وهي مساهمة ضمن أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمتها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي (١١ و ١٢) فبراير ٢٠٠٥ حول موضوع توثيق التصرفات العقارية.

-PEROCHON (F) : « La Reserve de propriété dans la vente de meubles corporels » édition LITEC 1988.

-DRIOCHE (Abdelkader) : « La clause de réserve de propriété une nouvelle garantie pour les transctions commerciales, la vie économique 12 Dec 1997 p : 4

٢- يمكن استخلاص هذا الحكم في التشريع المغربي بطريق القياس من نص الفصل ٦١٠ (ق.ل.ع) المتعلق ببيع الخيار حيث ورد فيه بأنه:

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



ج- عندما يتعلق الأمر بالوعد الملزم لجانبيين لكل من البائع والمشتري الذي قد يتوقف فيه العقد على احترام شكلية قانونية أو أداء الثمن داخل أجل معين فإن العقد الذي يتضمن وعدا متبادلا بالبيع والشراء يندرج ضمن قائمة عقود البيع المرتبطة بأجل (ventes à Terme) أو المتوقفة على تحقق شرط أو واقعة معينة (ventes conditionnelles) ومثل هذا النوع من التعهد المزدوج لا يمنح للبائع ولا للمشتري أي خيار للعدول عن فكرة التعاقد عند تحقق الشروط أو الآجال أو الشكليات التي يتوقف عليها إبرام هذا النوع من التعهدات، فالتزاماتهما هي التزامات نهائية^{١٨٢مكرر١} وعند عدم الوفاء بها فإنه يكون من حق الطرف المتضرر ان يطالب بإتمام عقد البيع كاختيار أساسي^{١٨٢مكرر٢} أو المطالبة بفسخ العقد كاختيار ثانوي مع إمكانية المطالبة بالتعويض عن الأضرار في كلا الحالتين (الفصلين ٢٥٩، ٢٦٠ ق.ل.ع)^{١٨٢مكرر٣}.

"إذ مات من له الخيار قبل أن يختار انتقل الخيار إلى ورثته وإذا فقد أهلية التعاقد عينت له المحكمة مقدما خاصا ويجب على هذا المقدم أن يعمل على النحو الذي يكون أكثر اتفاقا مع مصالح ناقص الأهلية".

– BENABENT (A) op.cit p : 77 n° 101.^{١٨٢مكرر١}

« En principe la promesse synallagmatique de vente constitue la vente elle même- compromis de vente mais une vente qui sera souvent à terme ou conditionnelle ».

^{١٨٢مكرر٢} – أنظر قرار المجلس الأعلى عدد ٣٥٥٧ المؤرخ في ٢٢/١٠/٢٠٠٨ الوارد في نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة – الغرفة المدنية الجزء الثالث - ٢٠١٠-، ص: ١١٠.

ويتعلق الأمر بوعد بالبيع لصالح المشتري الذي أدى جزءا من ثمن المبيع (مجموعة عقارات) والتزم بأداء باقي الثمن عند استكمال إبرام العقد النهائي وثبوت خلو العقارات المبيعة من الضرائب والتكاليف التي قد تثقلها وذلك داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرام العقد، إلا أن البائعة تهرت من إتمام العقد بدعوى عدم وفاء المشتري بالتزاماته العقدية تجاهها، وبعد أن استجابت محاكم الموضوع لطلبها الرامي لفسخ الوعد بالبيع فإن المجلس الأعلى قرر نقض الحكم الاستثنائي بدعوى أن قرار المحكمة القاضي بفسخ البيع لعدم أداء المشتري لباقي الثمن داخل الأجل المتفق عليه ناقص التعليل لكون أنها لم تتأكد من كون البائع قد وُفِّىَ بنصيبه من الالتزام وأبجز الإجراءات القانونية اللازمة لانتقال الملكية للمشتري داخل الأجل المتفق عليه لذلك فإنها تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا يوازي انعدامه مما يجعله عرضة للنقض".

^{١٨٢مكرر٣} – بخصوص مصير العقد بين التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وممارسة دعوى الفسخ القضائية أنظر تعليقنا على القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ (١٩٩٥/٢/٨) في الملف المدني عدد ٨٨١٧٩٢ المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزودج (٤٩-٥٠) ١٩٩٧ ص: ٢٧٧ وما بعدها.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



٢٠- ونظرا لأن مصير الوعد بالبيع يتراوح بين الموافقة والرفض لذلك فإن الأحكام المترتبة عن هذين الوضعين ليست واحدة فإذا اختار الموعود (المستفيد) الموافقة على موضوع الوعد فهذا يعني أن عقدا جديدا سيظهر على حساب اختفاء عقد الوعد بالبيع، ولا تبدأ آثار هذا العقد الجديد في السريان إلا ابتداء من صدور هذه الموافقة عن المستفيد من الوعد، ولا يصبح مالكا للشيء الموعود به إلا ابتداء من هذا التاريخ، أما إذا رفض الموعود فكرة الوعد بالبيع رفضا صريحا أو ضمنيا فهذا دليل على سقوط الوعد وتحلل الواعد من وعده.

المطلب الثاني: الوعد بالترفضيل^١ (Pacte de préférence)

٢١- يندرج الوعد بالترفضيل ضمن عائلة الاتفاقات الأولية التي تسبق إبرام العقد النهائي، وقد عرفه الدكتور أنور سلطان "بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بترفضيل الموعود له على غيره في حالة تصرفه في العين المباعة ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد"^٢ ومن خلال هذا التعريف يظهر أن الوعد بالترفضيل يقترب كثيرا من نظام الوعد بالبيع إلا أن هناك عدة فوارق تميز بينهما فالوعد بالترفضيل لا يرتبط في العادة بمهلة زمنية لممارسة الخيار الناشئ عنه ثم إن الوعد بالترفضيل يقتصر في الواقع على منح المستفيد منه حق الأولوية على غيره في اقتناء المبيع، وأخيرا فإن الوعد بالترفضيل يبقى إلى غاية ممارسة حق الخيار معلقا على شرط واقف وهو رغبة المالك في البيع^٣، ونظرا لأن الوعد بالترفضيل يقوم على الاعتبار الشخصي للمستفيد بالأفضلية فإن هذا الوعد قد يختلط بنظام الشفعة الذي يقوم على

١- حول هذا الوعد أنظر:

-VOIRIN (P) : « Le pacte de préférence » (J.C.P) 1954-1-1192.

-DAGOT : « Nouvelles réflexions sur la publicité des pactes de préférence et des promesses unilatérales de vente (J.C.P) 1980-1-2986.

-BRUSCHI « Le pacte de préférence- droit et Patrimoine » juin 1999.

-DESIDERI (P) « La préférence dans les relation contractuelles » thèse Aix en Provence 1997

٢- أنور سلطان: المرجع السابق ص: ٨٠ فقرة ٦٤.

٣- بخصوص الطبيعة القانونية للوعد بالترفضيل أنظر المؤلف المشترك بين مالوري وآين المرجع المشار إليه سابقا ص: ٩٢ فقرة ١٤٤.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

نفس الاعتبار الشخصي إلا أن غايتها ليست واحدة^١ فنظام الوعد بالترفضيل سواء تقرر بمقتضى القانون أو بناء على اتفاق تعاقدى ليس الهدف منه هو رفع الضرر كما هو الأمر بالنسبة لنظام الشفعة وإنما الهدف منه هو تحقيق مصلحة مقصودة من قبل المشرع أو الواعد بالترفضيل.

٢٢- وهناك عدة حالات كرس فيها المشرع المغربي تفضيل بعض الأشخاص في استحقاق حق عيني أو شخصي من ذلك على الخصوص:

أ- حالة المكترى الذي يضطر لإفراغ العين المكتراة بسبب الهدم وإعادة البناء حيث خول له المشرع حق الأسبقية على غيره في الرجوع للعقار بعد إصلاحه أو إعادة بناءه وهذا ما أكدته المادة ٥٠ من القانون رقم (١٢-٦٧) المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكري والمكترى للمحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني^٢.

ب- حالة الملاك المجاورين للمسيل الذي هجرته المياه بفعل تغير مجرى هذا المسيل يخول حق الأفضلية لهؤلاء الملاك في اقتناء الأراضي التي هجرتها المياه كلها في حدود النسبة التي كان يجاور بها المسيل القديم ويتم تحديد ثمن هذا المسيل من قبل الخبراء الذين يعينهم رئيس المحكمة المختصة بطلب من الإدارة وإذا رفض هؤلاء الملاك عرض الإدارة بالأثمان المحددة من قبل الخبراء داخل ثلاثة أشهر من تاريخ الإشعار بالعرض فإنه يتم بيع المسيل القديم وفق القواعد التي يتم بها بيع أملاك الدولة (الفصل ٤ من ظهير (١٦/٨/١٩٩٥)) المعبر بمثابة قانون للمياه^٣.

١- أنظر بخصوص المقارنة بين الوعد بالترفضيل والشفعة - الطاهر القضاوي الرسالة المشار إليها سابقا ص: ٤١.

٢- القانون منشور في الجريدة الرسمية عدد ٦٢٠٨ الصادرة بتاريخ ٢٨/١١/٢٠١٣.

٣- لقد تم نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية عدد ٤٣٢٥ الصادر بتاريخ (٢٠/٩/١٩٩٥)، لفهم مضمون قانون المياه يمكن الرجوع إلى:

- محمد الكشور: "الأوضاع القانونية للمياه في الفقه الإسلامي وفي تشريعات دول المغرب العربي" مجلة القضاء والقانون عدد ١٤٢ ص: ٢٩.

- محمد الكشور: "حقوق المياه ونظام التحفيظ العقاري" مشاركة في ندوة نظام التحفيظ العقاري بالمغرب المنعقدة بالرباط في ٤، ٥ ماي ١٩٩٠.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

ج- حالة أفضلية أعضاء الاتحاد في الملكية المشتركة في الحلول محل الشريك الذي باع شقته لشخص أجنبي عن الاتحاد وبالرغم من أن أفضلية هؤلاء الأعضاء مجتمعين أو منفردين في استحقاق العقار بالشراء قد تقرر بناء على ممارستهم لحق الأولوية الذي يخوله الفصل ٢٧ من ظهير (١٩٤٦/١١/١٦)^{١٨٨}مكرر إلا أن هناك جانبا من الفقه المغربي الذي يعتبر هذه الأفضلية مجرد حالة من الحالات التي تقرر فيها شفعة العقار^١ من قبل أعضاء الاتحاد حتى ولو كانت فكرة الشياح غير واضحة المعالم بالنسبة للشقق المفروزة التي لا علاقة لها بالأجزاء المشتركة بين أعضاء الاتحاد^٢ ولا يقتصر هذا الحق على أعضاء الاتحاد في الملكية المشتركة بل يمتد إلى المنعشين العقاريين أيضا حسب تفسير للمجلس الأعلى من خلال القرار الصادر عنه بتاريخ (١٩٩٧/١٠/٢٩) في الملف المدني عدد: ٢٦٣ الذي جاء فيه "بأن بيع شقة لأحد الأغيار من عمارة خاضعة لنظام ملكية الشقق يخول لباقي الملاك ممارسة حق الأفضلية وهذه القاعدة تسري أيضا على المنعش العقاري عندما يبيع من اشترى منه شقة للغير، إذ يحق له حينئذ أن يمارس حق الأفضلية المنصوص عليه

^{١٨٨}مكرر - لقد تم إلغاء مضمون هذا النص التشريعي بمقتضى المادة ٦١ من القانون الجديد رقم (١٨-٠٠) المؤرخ في ٣ أكتوبر ٢٠٠٢ المنشور بالجريدة الرسمية عدد ٥٠٥٤ الصادرة بتاريخ ٧ أكتوبر ٢٠٠٢.

^١- أنظر مثلا مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية ص: ٣٩٥ وقد تأثر القضاء بهذا التكييف أيضا أنظر قرار المجلس الأعلى عدد ٦٨١ الصادر عنه بتاريخ (١٩٧٩/٨/٢٩) المنشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد ٢٨-١٩٨١ ص: ٣٥ "سريان أجل الستين يوما المحددة لممارسة حق الشفعة في بيع الملكية المشتركة الخاضعة لظهير ١٩٤٦/١١/١٦ يجب أن يبلغ البيع إلى اتحاد الملاكين فلا يكفي مجرد العلم به وإلا فإن أجل الشفعة يمتد إلى سنة كاملة تبتدئ من تاريخ تسجيل البيع على الرسم العقاري".

وللمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه والقضاء من هذا الحق أنظر دراسة للأستاذ جيلالي بوحبص حول "تعامل الفقه والقضاء مع حق الأفضلية المنصوص عليه في الفصل ٢٧ من ظهير (١٩٤٦/١١/١٦) المتعلق بملكية الشقق والطبقات" مجلة الملحق القضائي العدد ٣٤، ص: ٨٥. أيضا:

- عز الدين الماحي "ممارسة حق الأفضلية على ضوء القانون الجديد المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية" مجلة القصر العدد ٨، ص: ٤٣.

^٢- الوكاري محمد: "الملكية المشتركة للعقارات المبنية" طبعة أولى، دار القلم ٢٠٠٨، عبد الحق صافي "ملكية الشقق في التشريع المغربي" ١٩٨٩ مطبعة النجاح الجديدة مصطفى عبد السيد الجارحي "ملكية الشقق في القانون المغربي - دراسة مقارنة بالقانون التونسي والمصري" المجلة المغربية للقانون المقارن العدد الأول ص: ٢٤٩ وما بعدها.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

في الفصل ٢٧ من ظهير (١٩٤٦/١١/١٦) المتعلق بمليكة الشقق^١ غير أن حق الأفضلية الذي كان حقا قانونيا في إطار مقتضيات ظهير ١٩٤٦ أصبح اتفاقيا بمقتضى التعديل الذي خضع له قانون الملكية للعقارات المبنية رقم ٠٠-١٨ المؤرخ في ٢٠٠٢/١٠/٣ والذي ورد في المادة ٣٩ منه ما يلي: "يمكن للملاك بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركين الحاضرين أو الممثلين أن ينشؤوا حق الأفضلية فيما بينهم في جميع التصرفات الناقلة للملكية بعوض والتنصيب على كيفية ممارسة هذا الحق وآجاله في نظام الملكية المشتركة".

المطلب الثالث: عقد البيع الابتدائي^٢ (Le contrat Préliminaire)

٢٣- بالإضافة للوعد بالبيع والوعد بالتفضيل فإن هناك صورة ثالثة من الاتفاقات التمهيدية التي تتحول في مرحلة لاحقة لعقد نهائي ويتعلق الأمر بالعقد الابتدائي الذي هو مرحلة وسطى بين المفاوضات التمهيدية والعقد النهائي، فالعقد الابتدائي يعتبر مشروعاً متكاملًا للتعاقد، وله عدة مظاهر قانونية، تختلف باختلاف الغايات التي هدف إليها الأطراف عند إنشاء هذا النوع من التعاقد، فهناك عدة اعتبارات عملية تدعو إلى الإقبال على البيوع الابتدائية خصوصا في الميدان العقاري^٣ من ذلك مثلا توفير الوقت اللازم

^١ - القرار منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج ٥٣، ٥٤-١٩٩٩، ص: ٧٥.

^٢ - للتوسع بخصوص أحكام هذا العقد أنظر:

-Massis (TH) : « Le contrat Préliminaire » Thèse Paris 1982.

-Cabanac : « Le contrat Préliminaire (Act-Jur-de Prop-immob) 1986 Doc p : 10 et S.

- الدكتور محمد المنجي: "عقد البيع الابتدائي - الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل، طبعة ثانية ١٩٨٧.

-Malinvaud (PH) en collaboration avec (PH) JESTAZ « Le contrat Préliminaire à la vente d'immeuble à Construire » (J.C.P) 1976-I-2790.

^٣- أنظر على سبيل المثال بيع العقارات التي تكون في طور البناء حيث يتم الإقبال على شراء الشقق والمحلات التجارية أثناء مرحلة البناء وغالبا ما يتم ذلك في شكل عقود ابتدائية يحجز بمقتضاها المشترون حقهم في الشراء، وقد نظم المشرع المغربي أحكام هذا البيع بمقتضى القانون (٤٤-٠٠) الصادر بتاريخ (٢٠٠٢/١٠/٠٣) المنشور بالجريدة الرسمية عدد ٥٠٥٤ وخصص له الفرع الرابع ضمن الباب الثالث من قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بأنواع خاصة من البيوع وخصص له ما يناهز العشرين فصلا.

وقد تم إدخال الكثير من التعديلات على هذا النص الأصلي وذلك بمقتضى القانون الجديد رقم (١٠٧،١٢) المؤرخ في (٣ فبراير ٢٠١٦) المنشور بالجريدة الرسمية عدد ٦٤٤٠.

للمشتري للتثبت من هوية العقار وتمكين المالك من إحضار مستندات الملكية^١، وقد يكون الهدف من إنشاء البيع الابتدائي هو حفظ حق أحد الطرفين في استحقاق الأولوية في التعاقد، وغير هذا وذاك فإن العقد الابتدائي قد يكون مجرد عقد مؤقت يتم به التمهيد لإبرام العقد النهائي لعدم كفاية الضمانات المقدمة من طرف المشتري الشيء الذي يمكن البائع من الاحتفاظ بملكية المبيع خلال الفترة الفاصلة بين العقدين الابتدائي والنهائي.

٢٤- ونظرا لاختلاف الغايات التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها من خلال إبرام العقود الابتدائية فإن الفقه بدوره قد انقسم بخصوص مسألة تكييف هذا النوع من العقود، فهناك من اعتبر العقد الابتدائي مجرد صورة من صور الوعد بالعقد الملزم لجانين^٢، وهناك من اقتصر في هذه التسمية على عقود البيع العقارية الغير المقيدة في السجل العقاري^٣ وهناك من اعتبر العقد الابتدائي مجرد وسيلة قانونية للاحتفاظ بالحق في إبرام العقد النهائي^٤ إلى غير ذلك من التأويلات الأخرى التي قيل بها تبريرا لطبيعة هذا الأسلوب من التعاقد.

٢٥- وهناك الكثير من المظاهر التعاقدية التي يتم إبرامها في القانون المغربي على مرحلتين أبرزها حالتي الإيجار المفضي إلى تملك العقار^٥، وبيع العقار في طور الإنجاز^٦ حيث ينبنى التعاقد في كلا الحالتين على إبرام عقد أولي تمهيدي يتم الاتفاق فيه على العناصر الجوهرية لمشروع التعاقد على أن يتحول في مرحلة لاحقة إلى عقد نهائي ناقل للملكية إذا مارس المكتري حقه في الخيار المنصوص عليه في المادة ١٥ من قانون الإيجار المفضي إلى التملك في الحالة الأولى أو أداء المشتري للمبلغ الإجمالي للعقار أو الجزء المفرز

١- أنور سلطان: المرجع السابق ص: ٨٥ بند ٦٨.

٢- السنهوري: عقد البيع، الجزء الرابع ص: ٨١ بند ٤٠.

٣- محمد المنجي: المرجع السابق حول عقد البيع الابتدائي، أيضا منذر الفضل "التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه" مجلة الحقوق السنة ١٥-١٩٨٣ عدد ١-٤ ص: ١٥١.

٤- مالوري وآين: المرجع السابق، ص: ٨٨ فقرة ١٣٩.

٥- القانون رقم (٥١-٠٠) المؤرخ في (٢٠٠٣/١١/١١) المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٥١٧٢.

٦- القانون رقم (٤٤-٠٠) المؤرخ في (٢٠٠٢/١٠/٠٣) المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٥٠٥٤. المعدل بمقتضى القانون رقم (١٠٧، ١٢).

منه حسب ما هو منصوص عليه في العقد الابتدائي بالنسبة للحالة الثانية وحفظا لحقوق أطراف العقد التمهيدي فإن المشرع أوجب على هؤلاء الأطراف المبادرة إلى تسجيل مضمون عقودهم الابتدائية لدى المحافظ على الأملاك العقارية إذا كان موضوع المعاملة عقارا محفظا أو الاكتفاء بتسجيلها في السجلات المخصصة لذلك لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية بالدائرة التي يوجد بها العقار إذا كان هذا الأخير غير محفظ^١.

ومن خصائص هذه العقود الابتدائية أنها لا تنقل الملكية للمشتري أو المكثري لأن ذلك من مميزات العقود النهائية وأقصى ما يمكن أن يحققه العقد المؤقت من آثار هو حفظ درجة التعاقد أو تمكين المتعاقد من حيازة الشيء واستعماله إذا كان جاهزا لذلك كما هو الحال بالنسبة للإيجار المفوض للملك وشراء السيارات عن طريق السلف^٢ وحالات الإئتمان الإيجاري المتعارف عليها في المجال التجاري^٣ بحيث يظل المكثري أو البائع محتفظا بملكية الشيء على سبيل الضمان لانطواء هذه الأنماط التعاقدية على شرط ضمني بمنع المدين من التصرف إلى غاية تحول العقد الابتدائي لعقد نهائي^٤.

وإذا كانت البيوع النهائية تستلزم الأداء الفوري لباقي المستحقات المتفق عليها في العقود الابتدائية فإن أي إخلال بهذا الأداء إلا ويحول دون إتمام العملية التعاقدية ويستوجب الجزاءات القانونية المنصوص عليها في القوانين المنظمة لهذه التعاقدات ذات النمط الخاص.

^١- أنظر المادتين (٥ و ٦) من القانون المتعلق بالإيجار المفوض للملك العقار وكذا الفصل ٤-٦١٨ من بيع العقار في طور الإنجاز.

^٢- أنظر مقتضيات ظهير (١٧/٠٧/١٩٣٦) المتعلق ببيع السيارات بالسلف.

^٣- بخصوص مظاهر الائتمان الإيجاري أنظر (المواد من ٤٣١ إلى ٤٤٢) من مدونة التجارة لفتاح غشت ١٩٩٦.

^٤- قصد الإطلاع على هذا الموضوع أنظر، بحث محمد العلواني حول "شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع الائتماني" دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص كلية الحقوق بالرباط ١٩٩٩.

خاتمة

١- يمكن القول في نهاية هذه الدراسة المتواضعة بأن موضوع التعهدات والإتفاقات التمهيدية سيظل على رأس الموضوعات الشائكة التي أسالت الكثير من الحبر ماضيا وحاضرا، اهتم به الفقه كثيرا وحاول رصد معالم التفرقة بين مختلف هذه الإتفاقات وفك رموز معالم التفرقة بين مختلف هذه التعهدات وتدخلت التشريعات بدورها لتوضيح أحكام بعض هذه الإتفاقات في حين بقي بعضها الآخر من غير تنظيم ومرد هذا التباين في المنظور التشريعي يرجع بالدرجة الأولى إلى كون بعض هذه الاتفاقات الأولية لها طابع أخلاقي غير ملزم للأطراف الأمر الذي شوش كثيرا على المنظومة التعاقدية الملزمة، وسيلاحظ القارئ والمتتبع بأن هناك أنماطا كثيرة من التعهدات الأولية التي تم اقتباسها من تجارب الدول الأنجلوسكسونية المتعارف عليها في مجال التجارة الدولية، الأمر الذي صعب وعقد مهام المحاكم أثناء تكييفها للطبيعة القانونية للاتفاقات الهجينة التي يختلط فيها القانون بالأخلاق والإلزام وعدم الإلزام.

٢- وفي مقابل هذه المنظومة الأنجلوسكسونية المرنة فإن التشريعات اللاتينية والجرمانية ظلت متمسكة بالنطاق الضيق للإتفاقات التمهيدية، بحيث ركزت اهتمامها على التعهدات الواقعية الجدية كالوعد والمواعدة على التعاقد والوعد بالتفضيل واللجوء للعقود الإبتدائية كأساس متين يمهّد لإبرام العقود النهائية الملزمة ورغم تعدد الإشكاليات القانونية التي تواجه كلا من الباحث والقاضي على حد سواء أثناء محاولة تفسير أو تكييف الطبيعة القانونية لهذه التعهدات الأولية ورسم الحدود الفاصلة فيما بينها إلا أن الذي يتعين الإنتباه إليه هو أن قوة هذه التعهدات إنما يكمن في قوة العناصر الإلزامية التي تشتمل عليها وأن ضعفها يكمن في ضعف العناصر الجدية التي يتضمنها الإتفاق التمهيدي، لذلك يتعين قراءة مضمون هذه الإتفاقات جيدا لاستخلاص نوايا الأطراف والرغبات الحقيقية التي استهدفوها أثناء صياغتهم لبنودها، وإذا كانت غالبية التشريعات المدنية العربية قد تحاشت الخوض في هذا الجدل وفضلت تركيز اهتماماتها على العقود التحضيرية أو الإبتدائية التي تمهد لإبرام العقود النهائية كالوعد والمواعدة على البيع والوعد بالتفضيل، إلا أنه بحكم ارتباطها بالتعاملات الدولية فإن

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

هذا الوضع فرض على الشركات والمؤسسات التجارية والصناعية قبول التعامل بالتعهدات شبه التعاقدية المستقاة في أصلها من تجارب الدول الأنجلوسكسونية التي ارتبطت تاريخيا بمجال المال والأعمال.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

الرباط في ٢٤ / مارس / ٢٠١٧

Enforceability of Certain Promises, Particularly Unilateral Promises and Promises in Different Documents in the Pre-Closing Process:

Secular and Shari'ah Concepts;

Michael J.T. McMillen¹

1

Partner of the international law firm of Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP and Adjunct Professor at the University of Pennsylvania Law School and The Wharton School. Copyright 2017 Michael J.T. McMillen; all rights reserved. This is an in-progress draft (of April 7, 2017) that has been prepared for the 15th edition of the annual Shari'ah Boards' conference of the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions ("AAOIFI") held on 12-13 April 2017 in the Kingdom of Bahrain. The author is grateful for the opportunity to present this paper at this AAOIFI conference and to the other participants at this conference. This is a preliminary and incomplete draft and will be further modified. All opinions of those of the author and not of any institution with which the author is affiliated. The author is solely responsive for all errors and mischaracterizations.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



1 Introduction

The purpose of this paper is to introduce, preliminarily explore, and generate discussion regarding select issues relating to the enforceability of, primarily, unilateral promises and pre-closing promises. More specifically, the purposes of this paper are to:

(A) explore the elements, factors and principles that are relevant to making a determination as to whether to enforce a particular unilateral promise under Islamic shari'ah ("Shari'ah") principles and generate thinking about whether equivalent elements, factors and principles under secular law doctrines (such as those appertaining to promissory estoppel) are of assistance to that first exploration; and

(B) explore the range of pre-closing promises, offers and documents that are entered into in relatively complex commercial and financial transactions, with particular attention to customary understandings and legal determinations as to the enforceability of those promises, offers and documents.

There is some degree of overlap between these two categories of inquiry. However, for the most part they are and should be approached as separate and distinct inquiries.

There is some discussion of 'contract' concepts (including formative elements of contracts). This purpose of this discussion is twofold. First, a rudimentary understanding of those concepts facilitates a better understanding of the enforcement of unilateral promises, which lack some of the elements of classical contractual formation. Second, the discussion of pre-closing promises, offers and documents involves an analysis of the transition from unenforceable negotiation activities to binding and enforceable contracts and the contract concepts discussion facilitates an understanding of that transition and of how and why certain promises, offers and documents are determined to be on one side of that divide or the other. The consequences of being on one side or the other can be momentous.

The phrase 'pre-closing promises', as used in this paper, refers to promises made prior to the closing of a commercial or financial transaction, usually during the negotiating process. Unilateral promises and pre-closing promises may or may not be enforceable and may or may not constitute a 'contract'. Unilateral and pre-closing promises are each integral structural components of contemporary commercial and financial transactions. Frequently they are embodied in a written document, and for simplicity this paper assumes that they are included in a written document. The principal documents under consideration are contracts, understandings,

agreements, term sheets, general terms and conditions, letters of intent, agreements in principle, memoranda or letters of understanding, and heads of agreement. Embodiment in a written document is not itself sufficient to ensure enforceability of a promise. Nor is the name of a document dispositive on the issue of whether promises memorialized in that document are enforceable. Promises in a document of a specific name may or may not be enforceable under the law. However, customary practices do incline toward non-legal identifications of certain documentary names with enforceable or unenforceable promises or agreements.

Two realms are considered. First, secular law (section 2). Second, the realm of Shari'ah (section 3). In each case, critical defined terms are considered before relevant substantive concepts and consequences (remedies). With respect to each realm, the primary focus is on factors that affect enforceability concepts.

As considered in this paper, the secular law discussions assume no incorporation of Shari'ah principles. The importance of considering these legal systems derives from the international practice of using English or New York law as the governing law for major commercial and/or financial transactions, particularly those involving parties from multiple jurisdictions. England and New York are common law jurisdictions, with statutory enactments supplementing or modifying common law principles. For the most part, statutory enactments are ignored. It is also hoped that the discussion of secular concepts will assist in understanding the relevant concepts for purposes of assessing the enforceability of unilateral promises (wa'd) under the Shari'ah.

This paper makes little mention of civil law concepts. Legal systems based upon the civil law predominate in the Middle East. Thus, civil law concepts will be of relevance for contractual arrangements and transactions that are tested and interpreted in those systems. Consideration of civil law principles is left to the future. It is assumed that the Shari'ah principles will be enforced, even if the law of the jurisdiction is predominantly based upon civil law.

Section 2 includes specific discussions of unilateral promises, unilateral contracts, and doctrines that allow enforcement of arrangements in which there is no 'consideration' and/or assent to a promise. Rudimentary summaries of the contract concepts previously mentioned are also included in this section.

Section 3 first presents an introduction to some of the elements and factors to be considered in connection with determining the enforceability of unilateral promises under Shari'ah principles (assuming that legal enforcement is determined to be allowable). Thereafter, three contractual-transactional arrangements are discussed in terms of those factors and factors from secular law doctrines (particularly promissory estoppel principles) that might also be considered in analyzing enforceability issues of unilateral promises under Shari'ah principles.

Section 4 discusses pre-closing promises and offers as embodied in specific documents that are used in contemporary commercial and financial transactions. The documents under consideration are those listed in the third paragraph of this section 1. Examination of these documents entails application of the principles discussed in the previous two sections of the paper. A case study is used to facilitate discussion of these various pre-closing documents. The case study is a power project in an eastern European country that involves sponsors, construction contractors, and operations and maintenance contractors from a southeast Asian country. The transaction was structured as a limited recourse project financing that used a build-own-operate-transfer ("BOOT") ownership and operations model.

Discussions in this paper reference two contractual parties. Of course, contracts may involve multiple parties, but the complexities and variations that result from the involvements of multiple parties are ignored for present purposes.

Some references in the paper are to the law of the United States. It is to be borne in mind, however, that there is no uniformity of contract law in the United States and that each state of the United States will interpret and enforce contract law principles somewhat differently.

This paper describes principles, doctrines and rules of law. These are useful generalizations. As such, they emphasize important factors that must be explored, further defined, given substance, and applied in and subject to precise facts and circumstances. The particularity and granularity necessary to the rendering of justice are found in and determined by those facts and circumstances as presented in individual cases. It is beyond this scope of this paper to explore even a moderate range of the infinite array of possible facts and circumstances that may be encountered in the application of any principle, doctrine or rule, although a few illustrative examples are given for certain of these.

Footnotes are used sparingly in this draft of this paper. That belies the fact that previous authors have contributed most of the knowledge and information here summarized. To those previous authors, some of whom are referenced in the selected bibliography, this author is deeply indebted. In later drafts, more detailed source attributions will be made. Inclusion of a book or article in the bibliography is based not upon whether the author agrees or disagrees with its substantive content or any analysis set forth, or whether that substantive content or any analysis is accurate, but on whether it provokes thought regarding one or more topics, concepts or principles.

2 Secular Law

2.1 Definitional Concepts

The field of contract law is focused on the realization of reasonable expectations that have been induced by the making of a promise. Not all reasonable expectations will be enforceable, for a variety of legal and policy reasons. It is often asserted that a contract cannot exist unless a legal obligation, or legal duty, exists. The correlative of the legal duty is a legal right as against the party who has a legal duty. The remedy that will be afforded in enforcement, and the extent or degree to which any remedy will be afforded in enforcement, will vary from one situation to another. While damages may be the base remedy concept, remedies such as restitution and specific performance, among others, may be appropriate in a specific situation. Thought must be given to the interest that is being protected in each situation in which a remedy is appropriate.

Definitions of the term 'contract' are many (and, like all terms referenced in this section, are preliminary, to be given full form only in their juridical application). Some—maybe most—contracts embody the concept of a 'promise'; others do not.

Contract formation concepts are discussed in this section for two reasons. First, certain unilateral promises may be considered to constitute 'contracts', at least to the extent that they may give rise to a remedy. Second, the discussion in section 4 of this paper, relating to the pre-closing-to-closing process, is sensitive to determinations of whether an enforceable contract has been formed or, instead, whether promises, offers and agreements are unenforceable and part of pre-contractual negotiations.

A simple, if insufficient, definition that references a promise is that a contract is a promise enforceable at law, directly or indirectly. Another definition incorporating the concept of a

promise is provided by the Restatement of the Law Second, Contracts 2d, of The American Law Institute of May 17, 1979 (the “Restatement of Contracts”), which is a non-binding summary of American legal principles as presented in the case law (and has been criticized by some as being aspirational as well as descriptive). It provides: (§ 1): “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.” This definition (a) does not provide an indication as to what facts will be operative to create legal duties and rights and (b) focuses exclusively on the promisor.

A definition that avoids the concept of promise is that a contract is an agreement enforceable at law. That definition inclines the focus to the expressions of both parties—to the ‘agreement’—and also includes the concept of a ‘legal relation’. An ‘agreement’ is a manifestation of mutual assent on the part of two or more persons. Agreements are necessary, but not sufficient, for the formation of a contract. Importantly, for present purposes, the concept of ‘agreement’ seems to exclude the possibility of a ‘unilateral contract’ and enforceable promises or contracts that entail an act of only one party and require neither assent nor consideration. That is not the result under the common law, however. This agreement-based definition provides no indication of the types of expressions of agreement that are necessary to give rise to legal enforcement.

Neither the promise-based nor the agreement-based definitions of a contract attempts specification of any of the remedies or sanctions that will be applied in enforcement.

A recitation of these simplistic definitions provides a glimpse of the multiplicities of concepts embodied in the contract conception.

Each of the foregoing definitions embodies a legal enforceability concept. But not all contracts, agreements or promises are ultimately legally enforceable. Some may be voidable, and others may be unenforceable. A contract, agreement or promise induced by fraud or with a minor or other person lacking ‘capacity’ are each voidable. Lack of consideration may render a contract voidable. Public policy may render a contract voidable. Voidability may also arise because of sovereign immunity. A valid contract may be unenforceable as a consequence of a statute of limitations (a statute providing that direct judicial remedies are unavailable unless sought within a specified period of time) or a statute of frauds (a statute providing that direct judicial remedies are unavailable if a written memorandum has not been executed).

An important distinction exists between (1) a contract and (2) either ‘barter’ or ‘gift’. Barter is a situation in which there is voluntary action and assent, but no right is created in a party to compel subsequent performance by the other party and no duty arises as a result of a mutual, present

and fully effective exchange of property. The barter scenario illustrates some of the infirmities of contract definitions that are defined by, or overly dependent upon, the operative acts of 'offer' and 'acceptance'. There may be no promise made that is enforceable at law or that is capable of breach. The barter will certainly result in a change in property relations (which may include legal relations). But these are not properly considered contractual relations. A similar analysis pertains to gifts. Thus, (i) a contract involves, as an operative fact, a promise, while barter or gift may not, and (ii) a contract creates a special personal right in the promisee (a right in personam) against the promisor and a correlative duty in the promisor to the promisee of rendering the performance that has been promised, while barter and gift involve rights in rem (in property) but not a special personal right to enforce future performance.

The formulation adopted by the Restatement of Contract (§ 17) indicates that formation of a contract requires a 'bargain' in which there is a manifestation of 'mutual assent' to an 'exchange' and a 'consideration'.¹ That generalized conception is not without exceptions. And it is the exceptions that are of greatest relevance for this paper. In some circumstances (such as those discussed in section 2.4 of this paper) a unilateral promise may be enforced (and may even be characterized as a 'unilateral contract') under special rules, whether or not there is a bargain. The 'bargain' concept here might be characterized as an attempt to exchange an act, a forbearance, a change in legal relations, or a return promise for the promise that is sought to be enforced. In such a circumstance, the promise is 'gratuitous'.

Leaving aside unilateral contracts for the moment, the manifestation of mutual assent to an exchange requires that each party make a promise or to begin to render or render a performance (which may be a payment or another form of performance). The traditional mode of manifesting mutual assent takes the form of an offer or proposal by one party and acceptance by another party. But identification of offer and acceptance is not determinative as to contractual formation. It is essential to a bargain that each party manifest assent with reference to the manifestation of the other party. Some other essential elements of contract formation are considered later in this section.

Contracts may be classified as 'formal' and 'informal' (or 'simple'). Formal contracts are usually contracts under seal, recognizances (an acknowledgment in court or before a legal officer), negotiable instruments, negotiable documents, and letters of credit. The characterization derives from the formal requirements that attach to the arrangement. Because some contracts that are not 'formal' in the foregoing sense are also subject to formal requirements, this characterization is sometimes inadequate. In this paper, 'formal' is used in reference to the documents referred to in the first sentence of this paragraph.

Contracts may also (especially from an historical perspective) be characterized as 'implied in law' and 'implied in fact'. Implied in law contracts are also referred to as 'quasi contracts' and actions ex contractu or constructive contracts, which emphasizes that there is no actual contract, but rather an available legal action (say, in restitution).

The phrase 'implied in law' refers to arrangements that do not satisfy the requisites for contractual formation, and thus may be considered noncontractual obligations, but which are treated, for the purpose of affording a remedy, as if they were contracts. Frequently, implied in law contracts involve an element of unjust enrichment for one party. And often the courts imply a fictitious promise to pay where there was no such promise. One treatise on quasi contracts stated two essential elements of a contract implied in law: (x) receipt of a benefit by the defendant from the plaintiff; and (y) that retention of the benefit by the defendant without payment is inequitable. The remedies amount awarded by courts for breach of an implied in law contract vary by court. Some award in restitution and, where unjust enrichment has occurred, the amount of the breaching party's gain. Others award the reasonable market value of the injured party's services. Yet others award the costs incurred by the injured party.

1 A famous critique of the bargain theory of contract and the "false theory" of consideration is Gilmore (1974) in the bibliography where, at 101, Gilmore characterized the theory of consideration as a "static, abstract, manufactured, dogmatic, quaint, destructive, monstrous and unreal" construct.

References to implied in fact contracts are, most frequently, to a contract that satisfies the requisites for contractual formation but is not oral or written, but instead is inferred from the conduct of the parties. Remedies for breach of an implied in fact contract are in the amount that the parties intended as the contract price. If that amount is not expressed, the courts will infer the intention to be the reasonable market value of the services, product, materials or other assets provided.

Stepping back for a moment prior to considering some technical definitions and elements of contract formation, the term 'contract' can denote three different things, in various combinations:

the series of operative acts of the parties expressing their assent, or a portion of these acts, meaning the acts that create legal relations between parties;

a physical document that is executed by the parties as an operative act and evidence of performance of other necessary acts comprising a part of the intentions of the parties; and

the legal relations that result from operative acts of the parties and including, in all cases, a right in one party and a duty in the other party.

It is with this perspective that more technical concepts relating to contract formation are considered.

These include 'agreement', 'bargain', 'offer' and 'acceptance'.

The term 'agreement' is not used in this paper as an equivalent of the term 'contract'. The term 'agreement' here means mutual assent as to matters that ordinarily lead to a 'contract'. Some agreements relate to shared intentions as to personal arrangements (meeting for dinner) or shared points of view as to artistic, economic, financial, political, social or other personal events or opinions. Those are not within the ambit of 'agreement' as contemplated in this paper.

Agreement means the expressions of two (or more) persons (mutual expressions) with respect to a specific subject matter and of a kind that in the past has stimulated official action on the part of organized society. Which is not to say that an agreeing, or even a contracting, party will intend,

foresee or understand all juristic effects and consequences of that party's agreement or of a contract binding that party. As a caution, the term 'agree' may, in common usage, be intended as a substitute for 'promise'. That common usage is not adopted in this paper.

Similarly, the term 'bargain' is commonly used as a substitute for, or synonym of, the term 'agreement' or the term 'contract'. Not so in this paper. The term 'bargain' is here used as an exchange of equivalents (though not necessarily of equal value): of a quid pro quo. It is an arm's-length economic exchange. A bargain is thus one type of agreement, an agreement of exchange. Not all agreements involve a bargain. Not all contracts involve a bargain (although most do). Not all bargains create a contract. The bargain may be an exchange of a promise for a promise, as in a customary bilateral contract. The bargain may be a promise by one party in exchange for some performance. A bargain is not required for 'formal' contracts (as defined above) or certain other contracts, some of which are discussed in section 2.4 of this paper. Other enforceable unilateral contracts lacking a bargain element are discussed in the next section.

The bargain-theory of contract entails a focus on the process by which the parties arrived at an exchange or on the exchange that results from the process. In some instances, this is a movement away from earlier common law concepts of 'consideration' as a benefit to the promisor or detriment to the promisee. These are concepts that the Restatement of Contracts (§ 79) rejects as additional requirements if consideration otherwise exists. And it is to be noted that the courts interpret and apply the bargain theory to serve the ends of justice, where appropriate. The Restatement of Contracts and many courts adopt a construct in which promise and consideration are reciprocal, one in exchange for the other. The embodiment of this in the Restatement of Contracts (§ 71) is:

- (1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for.
- (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.

That formulation is not entirely coextensive with either the benefit or detriment concept or another common definition of 'consideration' as something done, forbore or suffered, or promised to be done, forbore or suffered, by the promisee in respect of the promise.

Amelioration of the strict objectivity of the bargain theory is apparent in various circumstances, and, in judicial practice, is usually addressed under the common law 'consideration' doctrine. The rule on donative transfers is an example. The old rule was that a donative promise was not enforceable even if relied upon. Under the Restatement of Contracts (§ 90), a promise is enforceable if that action (or a forbearance) is induced by the promise and is reasonable. The remedy for breach of that promise "may be limited as justice requires".

Much is made of the concepts of 'offer' and 'acceptance'. With good reason.

An 'offer' is an expression by one party of that party's assent to certain definite terms, provided that the other party to the transaction will also express assent to those identical terms. The offer anticipates an agreement and mutual expressions of assent. An offer creates a power of acceptance in the offeree, which is to say no more than a voluntary expression of assent by the offeree will create a contract (assuming capacity, customary enforcement and other requisites are satisfied) involving correlative rights and duties.

The Restatement of Contracts (§ 24) formulates a definition of an offer that is somewhat more restrictive than the definition just provided. It defines an offer as "the manifestation of willingness to enter into a bargain, so made as to justify another person in understanding that his assent to that bargain is invited and will conclude it."

In some circumstances, the unilateral offer has no legal operation. For example, the offeror may not have legal capacity. Or the offer may not be of a type customarily given effect by the law (for example, an offer to go to dinner). It is important determine whether the intention of the offer is to allow creation of a contract or whether the statement considered to be an offer is a 'preliminary negotiation' or an invitation to engage in further discussions, in each case that might result in the formation of a contract, but that does not necessarily lead to immediate formation of a contract upon an expression of assent or acceptance. One important line of inquiry, for example, relates to whether the offer contains all of the terms necessary for formation of a contract. These are factual determinations, often of some complexity and nuance. These determinations and distinctions are of critical importance in considering the documents referred to in section 4 of this paper.

'Acceptance' of an offer is generally considered to be a manifestation of assent by the promisee. It must relate to the same bargain as is proposed in the offer and it must comply with the terms of

the offer as to the identity of the offeree and the mode of manifesting acceptance. It must be in the manner that is invited or required by the offer, if any manner is indicated in the offer. If the manner of acceptance is suggested, rather than required, another method of acceptance is not precluded.

Acceptance may be a return promise if the accepting party performs every act essential to the making of the promise. Acceptance by return promise, if not contrary to the requirements of the offer, may be by word or by symbol, or it may be implied from conduct, in each case appropriately communicated to the offeror.

Acceptance may also be by performance, in which circumstance at least part of what is requested in the offer must be performed or tendered. If performance is partially completed or tendered, there is an implied promise to complete the performance. As a general rule, but subject to an exception, mere preparation to perform does not constitute acceptance. The exception relates to option contracts and situations in which the offeror should reasonably expect to induce action or forbearance of a substantial character on the part of the offeree prior to acceptance and which does in fact induce such action or forbearance. If it is appropriate to avoid injustice, such an option contract may be binding and enforceable even though only pre-performance preparation has been undertaken.

An acceptance must be unequivocal. A reply to an offer that purports to accept the offer but is conditional on the offeror's assent to terms that are different from or additional to those offered is not an acceptance. It is a counter-offer. If the reply suggests or requests a modification to the offer, the reply may form a contract unless the offeree's assent depends upon the offeror's further acquiescence in the modification.

Silence in response to an offer does not constitute acceptance of the offer, with only a very few exceptions. If the offeree takes the benefit of the offer (say, the offered services) with reasonable opportunity to reject those benefits and with reason to know that the benefits were offered with the expectation of compensation, the silence may constitute acceptance. Where the offeror states, or gives the offeree reason to understand, that assent may be manifested by silence or inaction, and the offeree by silence or inaction intends to accept the offer, the silence or inaction may

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



constitute acceptance. And where it is reasonable that the offeree should notify the offeror that the offeree does not intend to accept the offer, the lack of notification may constitute an acceptance. The next preceding sentence is of greatest relevance where there have been previous dealings between the offeror and the offeree that establish the reasonableness element.

Presaging the discussion in section 4 of this paper, and, having been introduced to both offer and acceptance, a few thoughts on the pre-closing-to-closing process are warranted. The common law recognizes that the process of reaching a definitive contract in a commercial or financial transaction consists of multiple stages, each comprised of different concepts. These stages include preliminary negotiations, both oral and written. Determinations as to whether a matter is a preliminary negotiation, or an invitation to further discussion, or another event or circumstance that does not constitute an enforceable contract or enforceable promise are addressed under various doctrines, but especially through the concept of 'offer'. These matters are addressed in section 4 of this paper.

As previously noted, one set of definitions of contract embodied the concept of a 'promise'. A 'promise' is here considered to be an expression of intention that the promisor will conduct himself, herself or itself in a specified manner or bring about a specified result in the future that is communicated to the promisee in such a manner that the promisee may justly expect performance and may reasonably rely upon that expression of intention. The conduct may be an act or a refraining to act. The Restatement of Contracts (§ 2) states: "A promise is a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made." Thus, not every promise will give rise to a legal effect. Each of these definitions addresses the frequent situation in which people attach different meanings to the same words or the same conduct with an objective standard.

A promise alone is not sufficient to constitute a contract; other acts are usually essential. Even a 'binding promise' may not give rise to either a 'duty' or an enforceable contract. For example, the duty associated with a binding promise will arise only if the promisor has full capacity, there is no illegality or fraud in the transaction, the duty has not been discharged, and no other similar facts exist which would defeat the prima facie duty which is stated. Not every expression of intention is a promise; the other elements of the next preceding sentence must also be present. Some expressions of intention, for example, are expressions of desire, hope, bluster or another

state of mind that do not entail reasonable and customary expectations of enforceability in light of all facts and circumstances. The expression of intention need not be by word or conduct, it may be express, implied, inferred, or tacit.

It is important to make mention of a fundamental requirement of the law of contracts pertaining to formation of a contract: the requirement that there be 'consideration' for a promise in order for a contract to be formed. Consideration furnishes a substantive basis for enforcement of a promise. Consideration for a promise may consist of a return promise or a performance (and performance includes an act, a forbearance, or the creation, modification or destruction of a legal relation) that has been bargained for, meaning that it is sought by the promisor in exchange for the promise of the promisor and given by the promisee in exchange for the promisor's promise. The return promise or performance is an element of the exchange for the promisor's promise, each of which must induce the other. With certain limited exceptions, any performance that is bargained for constitutes consideration. With certain limited exceptions, a promise that is bargained for is consideration if, but only if, the promised performance would constitute consideration.

2.2 Protected Interests

The conception of a contract discussed in section 2.1 is subject to some exceptions, some doctrines that compel enforcement of a promise even though a bargain is not present (a critical formative element (consideration or mutual assent) is absent), or preclude enforcement of a contract. The primary exceptions of relevance for this paper are unilateral promises, unilateral contracts, promissory estoppel doctrines, and, of more limited application, quantum meruit principles. Other concepts of reliance and unjust enrichment may also be applicable and preclude enforcement. Promissory estoppel and quantum meruit are discussed in sections 2.3 and 2.4 and the application of promissory estoppel in the Shari'ah context is discussed in section 3.

To provide some background for the discussions of promissory estoppel and quantum meruit, it is helpful to understand, at least at a general and rudimentary level, the interests or purposes that can be injured in a failed arrangement. A classic statement, and one adopted at least in part by the Restatement of Contracts, is that three interests that are protected through the application of legal and equitable remedies are, conceptually, (1) expectation interests, (2) reliance interests, and (3) restitution interests. Each is considered from the vantage of the objective of the remedy. That

formulation has been challenged as being both superseded and neglectful of other interests that may be protected, such as some other purposes and policies such as economic efficiency and its related incentives, retributivist and/or expressive goals, contractualist philosophy focusing on justice and morality concepts, or distributional goals.²

An expectation interest is remedied or protected by placing the injured party in the position that the injured party would have occupied had the breaching party performed the promise. The focus is on reasonable expectations of the post-performance position of the injured party. The measurement of that position is the net gain sought by the injured party by entering into the contract or arrangement. The appropriate remedies include forcing specific performance of the promise by the breaching party promisor or requiring the breaching party to pay the money value of that performance. Protection of the expectation interest is often said to be the normal rule for contract recovery.

A reliance interest is remedied or protected by placing the injured party in the same position that the injured party occupied prior to performance. This interest is of relevance where the injured party has made expenditures, experienced a detriment, or otherwise changed position as a result of a reasonable and justifiable reliance on the breaching party's promise to perform where the breaching party knew or should reasonably have known that the injured party would make the expenditure, experienced the detriment or changed position as a consequence of the promise. The remedy is often reimbursement to allow achievement of the pre-performance position of the injured party. The purpose is to undo the harm which was caused to the injured or protected party that has relied on the promise of the breaching party.

A restitution interest is also remedied or protected by seeking to restore an injured party to the position that the injured party would have occupied if the injured party had never entered into the contract or arrangement. The difference in defining and remedying a restitution interest is that the breaching party must have acquired and retained some tangible benefit or value from the arrangement. Which is to say that the injured or protected party conferred some benefit or value on the breaching party. That is, the breaching party was 'unjustly enriched'. The court may here force the breaching party to disgorge the benefit or value that was conferred or bestowed upon the breaching party. There is a prevention of gain by the breaching party at the expense of the



injured or protected party. In many cases, this is a subcategory of reliance that contains the additional element of unjust enrichment.

Considering these three interests, it might then be asserted (not without debate) that a restitution interest has a greater entitlement to protection than a reliance interest, and that a reliance interest is entitled to greater protection than an expectancy interest. A restitution interest involves both unjust loss and unjust gain, which arguably presents the strongest case for relief. Reliance on the promise and a change in position as a result of that reliance presents a more compelling case for relief than the expectancy loss, where the injured party is disappointed for not getting what was promised.

These assertions assume that each category of interest is considered alone, without regard to overlapping qualifications for inclusion in another category of interest and without regard to borderline scenarios. Such overlaps and borderline scenarios are common, of course. They infuse considerable

2 See L. L. Fuller and William R. Perdue, Jr., (1936-1937), 1 and 2, and Craswell (2000), each in the bibliography.

complexity into the analysis, particularly the analysis of assessing damages and appropriate remedies. The most complex situations involving overlap or mixed motives are those in which there are non-bargain, or unilateral, promises (one of the two primary topics of this paper). As discussed in section 2.4, these non-bargain promise scenarios include 'reliance' on the promise—detrimental reliance—as the sine qua non of judicial intervention and enforcement. A quite distinct, and separate, inquiry in these scenarios is whether reliance also provides the measure of recovery (as opposed to, say, expectancy).

2.3 Unilateral Promises and Contracts

A unilateral contract consists of a promise (or promises) made by one of the contracting parties only, who may be either an offeror or an offeree. It involves only a single promise made by one party. Usually, the other contracting party assents to that promise, although assent is not always required for formation of the unilateral contract. A unilateral contract is not made by the process of offer and acceptance as described in section 2.1.3



The legal result of formation of a unilateral contract is that the sole promisor is under an enforceable legal duty and the other contracting party (the promisee) is the only party having an enforceable legal right. The mutuality of duties and rights that exists in a bilateral contract is not present in a unilateral contract. Thus, there are distinctions between a unilateral contract and a bilateral contract in respect of both (a) the operative acts of the parties and (b) the legal relations created by those operative acts.

The formation of a unilateral contract stands in contrast to the general rules pertaining to enforcement of a promise. In most cases, a promise will not be enforceable absent sufficient consideration being given in return for that promise or an expression of assent to the delivery of a document containing that promise. There are certain classes of promises that are enforceable without any consideration being given for them and without any expression of assent by the promisee. For example, promises under seal in certain circumstances. These are special situations, however.

Various justifications and reasons have been asserted for providing legal enforcement for certain informal unilateral promises (as well as the 'formal' contracts that arise in connection with unilateral promises). These include (i) the giving of 'consideration' for the promise (something bargained for), (ii) the occurrence of events antecedent to the promise that have a causal relation to the making of the promise but were not offered in exchange for the promise and did not constitute 'consideration' for the promise, and (iii) certain matters subsequent to, and in reliance upon, the promise which were not given as 'consideration' or in exchange for the promise.

Historically, courts tended to wrap the malleable 'consideration' concept around the justifications and reasons set forth in the next preceding paragraph. Thus, for example, antecedent events have been incorporated into the concept of 'prior consideration'. The Restatement of Contracts takes a somewhat

3 Famously, Karl Llewellyn disparaged the concept of unilateral contract. See Llewellyn (1938) and (1939) in the



bibliography. His view has not prevailed, as the growth of in the application of promissory estoppel illustrates.

different approach. It defines a doctrine specifying a set of principles. The primary statement is set forth in

§ 90 (which is discussed in section 2.4 of this paper):

(1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.

(2) A charitable subscription or a marriage settlement is binding under Section (1) without proof that the promise induced action or forbearance.

Portions of § 86 of the Restatement of Contracts address unjust enrichment concepts that may be of relevance. In general, a person unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution. However, restitution is frequently denied in order to protect persons that have benefits thrust upon them without their assent or consent, or to protect other societally beneficial ends (such as policies relating to false claims and claims previously litigated or arbitrated). The making of a subsequent promise may remove the objections to restitution and, in such cases, it is thought appropriate to enforce the promise. Other bases for invocation of this set of principles relate to correction of a mistake in conferring a benefit, which in some cases gives rise to a right of restitution and in other cases not.

Option contracts of different types are a particularly important topic, both under secular law and in connection with Islamic financing transactions. The base definition of an option contract in the Restatement of Contracts (§ 25) is “a promise which meets the requirements for the formation of a contract and limits the promisor’s power to revoke the offer.” It is important to differentiate revocable continuing options that refer to any power to make a choice. The language of the Restatement of Contracts was chosen to be applicable to promises constituting an option contract, and not those other options. The Restatement of Contracts (§ 87) addresses offers in connection with option contracts as follows:

(1) An offer is binding as an option contract if it

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



- (a) Is in writing and signed by the offeree, recites a purported consideration for the making of the offer, and proposes an exchange on fair terms within a reasonable time; or
 - (b) Is made irrevocable by statute.
- (2) An offer which the offeror should reasonably expect to induce action or forbearance of a substantial character on the part of the offeree before acceptance and which does induce such action or forbearance is binding as an option contract to the extent necessary to avoid injustice.

Firm offers, as well as tentative and provisional offers, are common as a preliminary step in the making of the main bargain that is proposed. The historical requirement of a seal is greatly diminished in contemporary times, especially given the pervasiveness of multi-stage commercial and financial transactions involving different types of letters of intent, memoranda of understanding and heads of agreements. The Restatement of Contract, like the court decisions and legislative enactments from which it extrapolates, acknowledges these realities.

A few observations, some of which are contained in the Comment to § 87 of the Restatement of Contracts, are in order. Courts do not inquire into the adequacy of the consideration that is given in option contract scenarios. Thus, in the option context, the consideration may be a peppercorn, a dollar or another nominal amount. Commercial and financial practice in many option arrangements is that the consideration is nominal despite being grossly disproportionate to a transaction involving much larger amounts. The courts will enforce the offer despite these disparities, and despite the distaste for nominal consideration in other non-option contexts. In deference to that distaste, it is to be noted that actual payment of the nominal sum may be required for enforcement; mere recitation without payment may provide a defense against enforcement (at least in the non-option context and in the absence of other formalities). Looking to formality concepts, the Restatement of Contracts does provide for a writing executed by the offeree, which is also the contemporary practice in commercial and financial transactions. The writing performs the critical function of rendering formality, which may defeat the defense that the nominal consideration was not paid. It is also to be noted that there is a requirement for an exchange.

A related provision of the Restatement of Contracts (§ 45) raises the issue of option contracts that are created by partial performance or tenders of performance (and the broader issue of partial performance as rendering an informal unilateral promise enforceable). The provision reads:

- (1) Where an offer invites an offeree to accept by rendering performance and does not invite a promissory acceptance, an option contract is created when the offeree tenders or begins the invited performance or tenders the beginning of it.
- (2) The offeror's duty of performance under any option contract so created is conditional on completion or tender of the invited performance in accordance with the terms of the offer.

The purpose of § 45 (akin to other acceptance principles) is to protect the offeree in justifiable reliance on the offeror's promise. Although not stated, court decisions make clear that evidence of an intention that reliance is unjustified precludes enforceability, as to both option contracts and offers. Such evidence might include a reservation of a power to revoke after performance has commenced or reservation of a right to refuse delivery or the tender of performance.

Where the offer invites the offeree to choose between acceptance by a promise or acceptance by performance, or the performance itself takes time, the commencement of performance carries an express or implied promise to complete performance. The commencement of performance itself completes the manifestation of assent and renders the option contract enforceable (and the offer irrevocable). Partial performance and tender of performance also create an option contract in a situation where the offeree is invited to take up the option by making a promise, if the offer invites preliminary performance before the time for the offeree's final commitment.

Where part performance or tender of performance create an option contract, the offeree is not bound to complete performance; only the offeror is bound. However, the duty of the offeror does not arise until completion of performance. Thus, if the offeree abandons or fails to complete performance, the offeror has no duty (assuming that the offeror has not prevented, waived or repudiated performance).

Preparations to perform do not preclude revocation of the offer by the offeror. However, the preparations may constitute justifiable reliance sufficient to make the offeror's promise binding under the principles set forth in § 87(2) of the Restatement of Contracts with respect to option contracts (set forth above).

Other provisions of the Restatement of Contracts that address unilateral informal promises include the following, each being subject to specified conditions:

- (a) promises to pay antecedent indebtedness which is still enforceable or would be but for the statute of limitations or which has been discharged in bankruptcy (§ 82 and § 83, respectively);
- (b) promises to perform an antecedent contract duty despite the non-occurrence of a condition (§ 84);
- (c) promises to perform an antecedent contract of the promisor previously voidable but not avoided prior to the making of the promise (§ 85);
- (d) promises to be a surety for the performance of an obligation (guaranty) made to the obligee if in writing and reciting consideration or made binding by statute or where the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a substantial character by the promisee or a third person and does in such action or forbearance (§ 88); and
- (e) modification of an executory (not fully performed) contract if fair and equitable and not anticipated at inception of the contract or is required by statute or necessary to prevent injustice (§ 89).

One of the most frequently encountered types of informal promises that is legally enforced is formed as a result of justifiable "reliance" by the promisee (and act or forbearance as a result of that reliance). The context is a promise given without 'consideration' (something bargained for or given in exchange). The promisee's act or forbearance arose after the unilateral promise.



The history of court enforcement in reliance scenarios is long and encompasses a range of different doctrines and justifications (such as estoppel, promissory estoppel, and reliance concepts taken from tort law rules of negligence, deceit and restitution). Some of the reasons for enforcing a promise on the basis of reliance are that the offeree may undergo substantial expense or undertake substantial commitments, or forego alternatives, in order to place himself, herself or itself in a position to accept be either promise or performance. Justice may therefore require a remedy.

But that does not end the inquiry. What remedy is appropriate? That, of course, will depend greatly upon the facts, circumstances and context, including the relative competence and bargaining position of the parties, the degree of performance (if there has been partial performance), the degree of fault of the offeror, the provability of damages suffered, and an infinite array of other factors. And it will depend upon the determination of what interest is being protected. Restitution may be adequate. Partial or complete reimbursement of losses may be appropriate. Specific performance may be the proper remedy. The reliance concepts are pervasive throughout the court decisions addressing enforcement of unilateral promises and throughout the various provisions of the Restatement of Contracts addressing unilateral promises.

2.4 Promissory Estoppel

The doctrine of 'promissory estoppel' is directly relevant to enforcement of unilateral promises under Shari'ah principles that are discussed in section 3 and may also be of relevance in the context of pre-closing documentation that is discussed in section 4. As to Shari'ah principles pertaining to enforcement of unilateral promises, promissory estoppel may be the most analogous secular law doctrine. Thus, it is beneficial to ask whether the analyses of the elements of promissory estoppel benefit the analysis of the Shari'ah principles outlined in section 3?

Promissory estoppel is a doctrine of contractual enforcement. The doctrine emerged from judicial recognition that a cause of action may grow out of a gratuitous promise. A gratuitous promise is one that is not founded upon a bargained-for equivalent or a price requested and received by the promisor. It is not conditioned on a specified return. And it does not rest upon an antecedent transaction of the type that will induce a court to enforce the promise under the rubric of "past" or "moral" consideration. It is a doctrine that inclines to enforcement based upon 'reliance'



concepts and trends away from two requirements for the imposition of contractual liability, namely mutual assent and consideration. From a theoretical vantage that focuses on the 'reliance' element, there is argument as to whether promissory estoppel is best characterized, taxonomically, as a contract, or a tort (and if a tort, whether it is intentional, negligent or strict liability in nature), or a sui generis form of equitable remedy. The Restatement of Contracts characterizes the arrangement as a contract.

A gratuitous promise is to be distinguished from a 'benevolent promise', although the promissory estoppel doctrine for enforcing gratuitous promises did in fact derive from cases involving family and charitable gift (benevolent) promises and carry the relevant principles into the commercial realm. Promissory estoppel thus bears a shared lineage with concepts pertaining to enforcement of unilateral promises under the Shari'ah.

It should be observed that promissory estoppel is a doctrine in a state of flux as commercial promisors take legally effective measures to avoid liability that might be imposed by promissory estoppel concepts during the pre-closing stages in order to ensure that certain documents (such as term sheets and letters of intent) do not unintentionally become binding contracts. These legally effective measures focus most often on the 'reliance' element of the promissory estoppel doctrine, as noted below. The Case Study in section 4 illustrates how some of the measures are given effect.

Promissory estoppel is a legal doctrine that a unilateral promise is legally enforceable when the promisor makes a promise to a promisee who relies on that promise to the promisee's detriment, either by acting or forbearing from acting. There are various elements of promissory estoppel (and there is considerable debate as to the extent of application of any given element in any given circumstance). Some formulations list fewer elements that are set forth below, often by combining elements. Some courts inject elements in addition to those summarized in the literature or the Restatement of Contracts. The following presents a listing taken from both the cases and the literature.



- (a) Promise: There must be a promise, as opposed to, say, a statement of good will, desire, intention, some emotion, or mere prophecy.
- (b) Expectation of Inducement: The promisor must know or have a reasonable expectation that the promise will induce action or forbearance of a definite, material, significant or substantial character by the promisee, which seems to introduce an objective test of foreseeability, which, in turn, introduces a “reasonable man” concept into the analytical undertaking.
- (c) Actual Inducement: The promise must induce an action or forbearance by the promisee (or, in some situations, a third party).
- (d) Action or Forbearance: The action or forbearance must be material and significant (previous formulations required that it be of a definite and substantial character).
- (e) Reliance: The promisee must justifiably rely on the promise, which, for some courts, may introduce the issue of the reasonableness of the reliance.
- (f) Detriment: In most instances, the promisee must experience a substantial detriment—an economic or financial loss, or a change in economic activities, or a damage to reputation, personality or character—as a result of the promisee’s action or forbearance, but in some other circumstances a change in position that may not be considered ‘detrimental’.
- (g) Injustice: Injustice can be avoided only by enforcing the promise.

The present formulation of the Restatement of Contracts (§ 90) regarding what has come to be known as promissory estoppel is entitled “Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance”, and is as follows:

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



(1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.

Induced actions are probably more intuitively obvious than induced forbearances. That should not distract from the reality that induced forbearances are relatively commonplace in family, inheritance, commercial, and financial arrangements. For example, forbearance may be induced by a promise not to pay a debt, or to refrain from enforcing or foreclosing on a mortgage, or to obtain insurance coverage for an asset, or to purchase a property from the promisee if the promisee first buys and holds the property (among an infinity of examples). The promisee may not pursue, in a timely manner, remedies on the debt that is to be paid, with a resulting permanent loss of the legal right to pursue the remedies even though the promise to pay is not ultimately honored. Or the promisee may rely on the non-foreclosure promise in making substantial improvements to the mortgaged property. Or the promisee may defer purchasing insurance where another has promised to obtain the same and thereafter suffer a catastrophic fire loss on an uninsured property. In the case of the unperformed promise to purchase the property from the originally buying and holding promisee, that promisee may have made significant expenditures for a property that it does not desire to own.

It is instructive to compare the listing of the elements of promissory estoppel, on the one hand, and the Restatement of Contracts formulation, on the other hand. The list of elements suggests that the courts, in interpreting, implementing and advancing the promissory estoppel doctrine, have given more meat to the concepts than are set forth in the Restatement of Contracts formulation. That statement applies to virtually every element of the promissory estoppel concept.

The first determination is as to whether there has been a promise. If there has been no promise, but only a statement of good will, desire, intention, some emotion, or mere prophecy, or some other non-promise idea, the inquiry ends and there is no application of the promissory estoppel



concept. This paper does not explore the complexities of what constitutes a promise, despite its threshold criticality.

With respect to reliance, some courts make inquiry as to whether the reliance was reasonable, not solely to whether the promisor had a reasonable expectation of induced action or forbearance. Similarly, some courts make inquiry as to the reasonableness, based upon reasonable man concepts, of foreseeability of resultant actions and forbearances. The reasonableness determinations, of course, are dependent upon the specific facts and circumstances of the particular arrangement. Thus, for example, statements made in the context of developing a term sheet may be regarded as exploratory or as indicating a need for further development rather than as establishing any enforceable obligation, whereas similar statements made at a later stage in the pre-closing process may be interpreted as being enforceable promises. See section 4.

The courts have found it necessary to delve the depths of ‘inducement’ in applying the promissory estoppel principles. Is inducement equivalent to, or merely akin to, the formal concept of ‘causation’ in the law of torts? What is the nature and strength of the link between the promise and the resulting action or forbearance? The issues are many, and the determinative inquiries are factually and circumstantially dependent. Some of those issues relate, for example, to the nature of the action or forbearance that is induced.

The first Restatement of Contracts, which was superseded by the Restatement of Contracts, included a statement that the action or forbearance had to be “of a definite and substantial character”. That statement was removed in the (second) Restatement of Contracts. The removal of that language notwithstanding, the courts are likely to explore the nature and extent of the action or forbearance that has been induced by the promise and the precise attendant facts and circumstances. That has certainly been the practice of the courts to date as inquiries are made as to the type of action or forbearance.

It is safe to begin with the statement that if there is no action or forbearance, no liability will be imposed. In such a circumstance, there was no reliance. There was no change in the position of the promisee. This result should, and does, apply in circumstances where the promise has been withdrawn, as well as where the promise has not been withdrawn.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Another focus is on the extent and degree of the act or forbearance. Was it 'material', 'substantial', 'significant', 'moderate', 'minor', 'slight', 'trivial', or some other extent or degree? The inquiry is here is not on the cause of the action or the forbearance. A related, and influencing, determination relates to the amount of the economic harm that has been suffered. The attendant facts are circumstances are critical in making that assessment. Notably, however, the action or forbearance may not be, and need not be, detrimental in an economic or financial sense. It may be a change in position or status that is not economically or financially detrimental. Nor is the impossibility or difficulty of restoration of the status quo determinative. For another inquiry pertains to reliance. If the determination is made that the action or forbearance was in reliance on the promise, the inquiry turns to measurement of the quantum, extent and degree of the action or forbearance.

Examples from the case law indicate that the taking of mere possession of land, or the making of temporary improvements on land, as a result of a promise of land use are usually insufficient to justify remedial damages. So, also, relatively modest out-of-pocket or otherwise de minimus expenditures are generally insufficient to justify remedial damages. That result may vary if, say, the temporary improvements were expensive or are assessed based upon an analysis of the cost of the improvements as measured against the rental value. The courts, influenced in part by the original restatement formulation, have determined that 'insubstantial' actions and forbearances do not justify remedial damages. And here the matter becomes more complex, both as to amount and the type of action or forbearance. The term 'insubstantial' itself covers a wide range. And it is particularly difficult to apply where the injury suffered pertains to reputation, character or personality. For present purposes, suffice it to say that the harm suffered must be serious.

The original summary formulation included both 'definite' and 'substantial' as requirements. Some examples help clarify the judicial inquiry. Substantial improvements on real estate usually satisfy these dual requirements. Examples are found in cases where the gratuitous promise is to transfer land to the party making the improvements or to forbear from enforcing or foreclosing on a mortgage on the land held by the promisee. Here the cost of the improvements affects the determination of whether the action was 'substantial' and the analysis of definitiveness turns on specificity and ascertainability. Notably, an adverse financial effect on the promisee is usually adequate. Purchasing plant, equipment or land based upon a promise to procure a mortgage loan or a promise that a contribution to the purchase price will be forthcoming are also situations in

which promissory estoppel principles will support remedial damages (assuming material amounts, specificity and ascertainability).

The “avoidance of injustice” element of promissory estoppel may be interpreted as a final, separate, element, or it may be interpreted to be a statement that the “is it just?” inquiry should be applied to each of the other determinations in respect of each of the other elements of promissory estoppel. There is evidence that the former approach is the more appropriate approach. In either case, however, the nature of the inquiry includes resort to ethical principles and the making of ethical judgments and determinations. Those judgments and determinations are likely to be subjective, and may be based upon custom and community standards of conduct. The term “injustice” is not defined in the Restatement of Contracts.

A first inquiry may be: injustice to whom? The promisee? The promisor? The community? A stated or unstated policy of the law or the state? Based upon the record of the drafting and adoption proceedings, the Restatement of Contracts seems to have adopted, at least primarily, the orientation of injustice to the promisee. It is the promisee who is seeking redress through application of the promissory estoppel doctrine. It is the promisee who has suffered the harm. And it is the promisee that is deserving of a remedy. Denial of a remedy causes harm to the promisee, although it may also cause harm to others. Particularly where the referential is the promisee, but in any case, the determination of whether there will be compensable injustice depends upon the character of the reliance and the remedies that are available to the aggrieved promisee. The position to which the Restatement of Contracts inclines is not the only position, of course. Some scholars argue for a broader interpretation that takes cognizance of, for example, social considerations, economic considerations, and other public policy considerations. Arguments are made that the prevention of injustice conception should be expanded to include promotion of justice, including distributive justice and power imbalances as between parties.

If restoration of the status quo is possible, it is unnecessary to specifically enforce the gratuitous promise. Recovery of paid amounts or expenditures or a similar award are sufficient and adequate. Promissory estoppel concepts are applicable where restoration is impossible. The inquiry is then as to the remedies that are appropriate. The courts are not harmonious in their treatment of remedies. Thus, the remedies discussion should be taken as setting forth generalizations that are subject to variation from one jurisdiction to another and even one court

to another. And, here again, remedies determinations are closely tied to the relevant facts and circumstances. Further, it is instructive to consider which interests are being protected: expectation; reliance; and/or restitution. Should the promise itself be enforced? Or should some other remedy be afforded? If some other remedy is to be afforded, which remedy and how should it be quantified or otherwise determined?

It is beyond the scope of this paper to examine the myriad issues that arise in connection with promissory estoppel analytics. As just one of many possible examples, what rules should apply where the promise is revoked? The case law has addressed situations in which the promise is withdrawn before the promisee has undertaken any activities in action or forbearance, where the promise is withdrawn after the promisee has taken some action or forbearance, and where the promise is withdrawn after the action or forbearance is complete. Related considerations pertain to the cause of the withdrawal of the promise. For example, was it due to death or legal incapacity, to whim, to a desire to retain some or all of the benefits of performance, or for some other reason? In some cases, the tests applied are objective, and in others it has been determined necessary or appropriate to consider subjective intent. Suffice it to say that this section presents only an introduction to the promissory estoppel principles.

2.5 Quantum Meruit

The quantum meruit doctrine may be available to address various arrangements that involve both bilateral and unilateral arrangements. The doctrine is discussed in this section, but is not further addressed in this paper.

The unilateral arrangements that are addressed by the quantum meruit doctrines involve the performance of services by one party without a promise by the other party to make payment for such services (or with an incomplete promise in respect of the terms of payment for such services) and, in some circumstances, may thus be a variant of the unilateral promise issue being considered in this paper.

Quantum meruit is a doctrine of contract law by which the law infers a promise to pay a reasonable amount for work and labor (and sometimes associated materials) furnished even

where a legally enforceable agreement or binding contract between the parties is absent, thereby preventing unjust enrichment of the beneficiary of the services (or the recipient of the materials) or providing an alternative value for partial performance. The Latin translation of the phrase quantum meruit is "as much as is deserved", and relates to the actual value of the services performed. The action of quantum meruit may be brought in respect of partial performance of services and, with a few limitations, full performance of services.

The doctrine has greatest application in connection with the provisions of services, and its use has grown with the growth of service industries. The equitable doctrine of quantum meruit was probably developed in the seventeenth century by the Court of Chancery, an English court of equity. Early cases involved recoveries by persons in the "trades of common calling", such as innkeepers, tailors, tanners, and blacksmiths. Modern cases involve attorneys' fees, physicians' fees, construction work, government contracts and, more recently, 'palimony' actions. Frequently, there are modifications of the applicable principles (especially remedial awards principles) for the specific types of services that are provided.

Generally stated, the elements of an enforceable quantum meruit claim include: (a) the rendering of valuable services; (b) the rendering of those services to the defendant; (c) acceptance, use and enjoyment of those services by the defendant; and (d) awareness by the defendant that the plaintiff expected to receive payment for those services.

Quantum meruit was originally applied to express contracts (oral or written), including those that were or became illegal, void, broken or unenforceable, and implied in fact contracts (inferred from the conduct of the parties). In contemporary practice, quantum meruit is available in certain implied in law contracts as well. There is considerable confusion in court rulings regarding the basis for determinations as to whether a contract is implied in fact or implied in law, rendering analysis of decisions difficult.

Remedial compensation for implied in fact contracts and express contracts is usually (but not always) the reasonable value (that is, usually, the fair market value) for the services performed. This is an assumption as to the agreement of the parties, and may be modified by the facts and

circumstances of the individual transaction. In any case, this is a compensatory, rather than a restitutionary, recovery. As such, it protects the injured party's expectancy or reliance interests.

Implied in law contracts (quasi contracts) may be analyzed somewhat differently. These involve restitutionary (rather than expectancy or reliance) interests. The remedial award may be based upon the value of the benefit to the recipient, which is measured by economic or financial gain. If the contract or arrangement is determined to be an implied in law contract (a quasi-contract), the claim and the recovery are restitutionary. The benefit to the recipient (breaching) party may be the same as in the implied in fact case: the fair market value of the services performed. Or it may be some other amount measured by the economic or financial gain to the recipient party.

Quantum meruit is available in yet another circumstance: as an alternative to a contract remedy. Each of the non-breaching and the breaching party may have an action in quantum meruit that can be elected as an alternative to a contract damages remedy.

A non-breaching party may seek to recover restitution rather than actual damages. Here the non-breaching party would seek to recover restitution in the value of the services. That value is usually the reasonable value (the fair market value, in most circumstances) of the services performed. The quantum meruit recovery may be greater than the contract breach recovery where the receiving (breaching) party is forced to disgorge a benefit and the value of that benefit is greater than the fair market value of the services. The contract price in such a case serves as a guide to the value of the services, but would not impose a limit on the recovery. This availability of the quantum meruit election is subject to an important qualification under United States law (a qualification that does not exist under English law): that the services have not been "fully performed".

A breaching party may also have a quantum meruit remedy against the non-breaching party in cases of express or implied in fact contracts. Thus, if the non-breaching party has acquired a benefit from the performance by the breaching party (such as a partially completed home or project), the breaching party may be entitled to recover the value conferred upon non-breaching party minus any damages incurred by the non-breaching party as a result of the contractual breach. This amount is limited by principles that prohibit the breaching party to recover more than the ratable portion of the total contract price where that portion can be determined. In some

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



jurisdictions, there is a further limitation that the quantum meruit alternative is not available if the breach was willful.

3 Shari'ah

3.1 Introduction

There is significant debate, and notable disagreement, as to whether a unilateral and voluntary promise (wa'd or wa'ad; plural wu'ūd) is legally (as opposed to morally or ethically) enforceable under Shari'ah principles. As many papers have adequately stated, some scholars opine that the unilateral promise is morally, but not legally, enforceable, while others are of the opinion that the unilateral promise is legally as well as morally enforceable. An intermediate position is that the unilateral promise is legally enforceable if certain other elements are present, particularly conditions, reliance, and partial or complete performance by the promisee, among others. Ancient and contemporary statements, in fatawa, treatises and standards such as those of AAOIFI and the Islamic Fiqh Academy, can be found that explicitly support the enforceability of unilateral promises in certain circumstances or implicitly accept the enforceability of those promises. Contrary positions are also easily located. The majority position seems to be that unilateral promises are morally but not legally binding and enforceable, although a shift seems apparent in recent years.

The English language literature on unilateral promises under the Shari'ah focuses primarily on examining the Quranic and hadithic bases for the opinions as to why the unilateral promise is or is not enforceable. This author's linguistic infirmities require leaving it to others to determine, as a matter of fiqh, whether a promise is enforceable within the conception of the Shari'ah or hadith, whether it is religiously or ethically binding only or also legally enforceable, whether fulfilment of the promise is recommended (mustahabb) only or obligatory (wajīb). Similarly, it is for others to further elucidate the remedies that may be available if the promise is enforceable and not performed in different situations.

Thus, for purposes of discussion, this section proceeds on the assumption that some unilateral promises are enforceable if certain elements or factors exist. The English language literature on unilateral promises— even the literature that accepts enforceability—is devoid of penetrating



analysis of the relevant elements or factors that are to be taken into consideration in making a determination as to whether any specific promise is enforceable.

The purpose of this section is to examine a few contemporary Islamic finance structures that contain unilateral promises and analyze those structures to determine what elements or factors are present that are or might be of relevance for the Shari'ah analysis regarding whether the unilateral promise should be enforced. Thus, this section is intended to generate further research and further elucidation of the elements and factors that Islamic finance practitioners and jurists should consider in structuring products and transactions incorporating unilateral promises and making determinations regarding the enforceability of unilateral promises. This section is a plea for elucidation and guidance.

The elements and factors of relevance to the analysis presented in this section are taken from two sources. First, the few articles in the English language that make some reference to elements and factors pertaining to wa'd. And second, to the secular law literature that attempts to define and apply elements and factors relevant to the enforcement of unilateral promises. That literature focuses, in particular, on the doctrine of promissory estoppel (see section 2.4), but other doctrines and concepts as well.

A few qualifications and assumptions are made to narrow the inquiry and analysis. This paper does not address 'aqd (plural, 'uqūd), or a legally enforceable contract based upon some type of mutual agreement or bilateral exchange. Thus, there is no discussion of related concepts of offer (ijāb), acceptance (qabūl), agreement ('ahd, plural 'uhud, in the sense of an agreement that is binding upon both parties or binding covenant), and other elements of relevance to 'aqd formation under Shari'ah principles that have counterparts under secular law. It is here assumed that the unilateral promise is embodied in a writing. It is also assumed, unless otherwise expressly noted, that the unilateral promise may be one for either action or forbearance. It is further assumed that the promisor is not deceitful in making the promise and intends to perform the promise and that the promised action or forbearance is permissible under Shari'ah principles. Finally, to isolate the initial enforceability determination, it is assumed that there is no legitimate excuse or mitigating circumstance that excuses performance of the unilateral promise.



A few qualifications and assumptions are made to narrow the inquiry and analysis. This paper does not address 'aqd (plural, 'uqūd), or a legally enforceable contract based upon some type of mutual agreement or bilateral exchange. Thus, there is no discussion of related concepts of offer (ijāb), acceptance (qabūl), agreement ('ahd, plural 'uhud, in the sense of an agreement that is binding upon both parties or binding covenant), and other elements of relevance to 'aqd formation under Shari'ah principles that have counterparts under secular law. It is here assumed that the unilateral promise is embodied in a writing. It is also assumed, unless otherwise expressly noted, that the unilateral promise may be one for either action or forbearance. It is further assumed that the promisor is not deceitful in making the promise and intends to perform the promise and that the promised action or forbearance is permissible under Shari'ah principles. Finally, to isolate the initial enforceability determination, it is assumed that there is no legitimate excuse or mitigating circumstance that excuses performance of the unilateral promise.

Just as secular law promissory estoppel concepts found their first application in the realm of gifts and donations, it seems generally accepted that a unilateral promise (wa'd) is valid in the realm of charitable contracts (taburru'āt) such as loans, gifts and donations. Beyond that, and in relation to promises made in the context of commutative or exchange transactions, there is disagreement. This paper has narrowed the discussion to exclude source-level disagreements in order to focus on elements and factors of relevance if some enforceability is possible.

Some terse references are found to relevant elements and factors that have inclined scholars to determining that a unilateral promise is enforceable. Included among these references are the following:

- (i) whether the promisee has or has not acted upon the promise itself;
- (ii) whether the promisee has acted upon or satisfied the specified conditions attached to the promise;
- (iii) whether the promise is linked to a cause ('illah) or reason attached to the promise;
- (iv) whether the promisee has relied upon the promise; and
- (v) whether the promisee has experienced a detriment as a result of non-fulfilment of the promise.

Comparing these elements with those applicable to the promissory estoppel concept, it is apparent that there are substantial similarities, and possibly even identities. There must be a promise. The promisee must have relied upon the promise and acted upon the promise. The detrimental reliance element is shared. Given the lack of clarity in the literature, it is difficult to ascertain the degree of comparability of some of the other elements, but there is an intuitive feeling that there are significant similarities.

There seem to be few, if any, English language treatments that go beyond mere references to cause, reason, or reliance without any attempt to give full form to those concepts. What are the types of causes, reasons, and conditions are relevant? And what are the enabling, distinguishing or limiting characteristics of those causes, reasons, and conditions? The literature as to detrimental reliance is both sparse and confusing. There seems to be little consideration of Shari'ah principles that prohibit unjust enrichment (*akl al-māl bil-bātil*) as those principles might constitute elements or factors of relevance to the enforcement of unilateral promises.

A review of the English language literature indicates that remedies for breach of a binding unilateral promise are specific performance and actual damages. Actual damages are usually characterized as the difference between the acquisition cost of an item and the amount received in a sale of the item to a third party after a default in performance of the unilateral promise. (It should be noted that the actual damages formulation also includes reimbursement for fees, costs and expense incurred by the injured party as a result of the default by the breaching promisor, a relatively uncontroversial concept.)

This actual-damages formulation relates to a small subset of transactions that involve unilateral promises: those involving the purchase and sale or other exchange of an item. Given the state of development of contemporary Islamic finance and the nature of the transactions currently conducted in Islamic finance, this formulation has been sufficient, for the most part. As the industry develops and the array of product offerings expands, the damage formulation will need to be further explored. Further research and guidance is necessary as to the circumstances, nature and extent of the protection afforded to different interests, such as the expectation interest, the reliance interest, the restitution interest, and other social, economic, financial, legal, and institutional policy interests. There are some notable differences between secular law remedies and those afforded under the Shari'ah that will need to be clarified. The literature is sparse and

of limited usefulness to the practitioner that is evaluating risks or the jurist that is evaluating the rendering of justice. Here, again, is a plea for information and guidance.

3.2 Unilateral Promises in Shari'ah-Compliant Transactions

The purposes of this section are to explore the nature of elements, factors and principles that are relevant to making a determination as to whether to enforce a particular unilateral promise under Shari'ah principles and to generate thinking about whether equivalent elements, factors and principles under secular law (such as those appertaining to promissory estoppel) are of assistance to that first exploration. It is instructive to consider the primary uses of unilateral promises in contemporary Islamic finance transactions with these purposes in mind. The examples include the use of unilateral promises in (a) murabaha transactions, (b) ijara transactions, (c) diminishing musharaka transactions, and (d) foreign exchange forward transactions. It is important to clearly identify the relevant unilateral promises in each type of transaction in order to analyze each transaction. The analysis of each transaction set forth in this section quite intentionally concentrates on concepts rather than frameworks that refer explicitly to Shari'ah requisites or secular law requisites.

3.2.1 Murabaha Transactions

One of the most frequently encountered transactions in Islamic finance is the murabaha transaction for the sale and purchase of some asset. For discussion purposes, assume a murabaha transaction in which:

- (i) The customer identifies an asset that the customer desires to acquire and is satisfied with the specifications and condition of that asset;
- (ii) The customer requests that a bank purchase that asset meeting those certain specifications at a specified price;
- (iii) The customer makes a unilateral promise to purchase that asset from the bank if the bank in fact purchases the asset meeting those specifications at the specified price and specifies as part of that unilateral promise the deferred purchase price that the customer will pay to the bank for the purchase of that asset by the customer from the bank;

(iv) The bank does purchase that asset meeting those specifications at the specified price and offers to sell that asset to the customer at that specified deferred purchase price in accordance with the customer's unilateral promise requirements.

The following is a consideration of the different possible elements of Shari'ah principles and of the promissory estoppel doctrine to the foregoing factual statements and the relevant promise.

Promise: The customer has made a promise that is not a statement of good will, emotion, or prophecy, or of a similar nature.

Expectation of Inducement: The customer knows or should reasonably know that the promise will induce action by the bank, specifically the purchase of the asset and the subsequent offer to sell the asset to the customer.

Conditions: That promise contains two conditions: first, that the bank purchase the specified asset at the defined price; and, second, that the bank offers to sell the specified asset to the customer on a deferred payment basis at a second defined price (the cost-plus price) as set forth in the customer's promise.

Actual Inducement: The customer's promise has in fact induced action by the bank.

Reliance: The bank has relied upon the customer's promise and expended money to purchase the specified asset.

Detriment: The purchase of the asset by the bank and the related expenditures by the bank constitute a financial detriment, a change in economic circumstance (for example, due to the increased ownership risks associated with the purchase of the asset), and a change in the economic and financial position of the bank.

Significance: The action of the bank is material, significant, definite and substantial.

Condition: The bank has satisfied the conditions imposed by the customer with respect to both the specifications and the original asset price.

Condition: The bank as satisfied the second condition in offering to sell the defined asset to the customer at the second defined price on the specified deferred purchase basis.

Injustice: It would be unjust to fail to enforce the promise of the customer as the bank would be subjected to ownership of an asset that it does not desire to own or hold.

Enforcement of the unilateral promise by the customer seems to be justified under the promissory estoppel doctrine as all requisites of that doctrine are satisfied. Enforcement also seems justified under the principles and requisites established by those Shari'ah scholars that allow enforcement of unilateral promises.

3.2.2 Ijara Transactions

Ijara transactions are commonplace for both use of assets and financings of asset acquisitions. The ijara is the most commonly encountered structure for sophisticated Islamic finance transactions and, historically, in connection with international sukuk issuances. For discussion purposes, assume an ijara transaction in which:

- (a) A customer identifies a property in which it desires to make an investment and is satisfied with the specifications and condition of that property;
- (b) The customer requests a financial institution to purchase that property at a specified price and to lease the property to the customer at a specified rental amount;
- (c) The customer makes a unilateral promise to lease that property from the financial institution if the financial institution in fact purchases that property meeting those specifications at the specified price and, in that promise, specifies the rental amount that the customer will pay to the financial institution for the lease of that property by the customer from the bank and imposes a condition that the customer be entitled to acquire the ownership of the property as described below;

- (d) The financial institution does purchase that property meeting those specifications at the specified price and offers to lease that property to the customer at that specified rental amount.
- (e) The lease is consummated and the customer leases that property from the financial institution.
- (f) In connection with, and as a condition to, the lease of the property, the customer makes a unilateral promise to purchase the property from the financial institution if the customer commits an event of default under the lease and if the financial institution then offers to sell the property to the customer at a specified price.
- (g) In connection with, and as a condition to, the lease of the property, the financial institution makes a unilateral promise to sell the property to the customer during the term of the lease if the customer elects to purchase the property and offers to purchase the property at a specified price.
- (h) In connection with, and as a condition to, the lease of the property, the financial institution makes a unilateral promise to sell the property to the customer at the end of the lease term if the customer elects to purchase the property and offers to purchase the property at a specified nominal amount.

The promises described in clauses (g) and (h) are similar, except as to whether the offer relates to a specified time during the lease term or at the end of the lease term and except as to the price, the price in (g) being a significant agreed price and the price in (h) being a nominal amount.

Before analyzing each unilateral promise, it should be observed that a table could be created that specifies each date during the lease term and the amount of the specified purchase price as of that date. The specified purchase price may, and probably will, vary from one date to another depending upon the occurrence of other events, most notably the amount of all previous payments under the lease in respect of the portion of rent that does not constitute the "profit amount". The table would be massive, certainly. Alternatively, the same result can be achieved by using a formula, which is obviously significantly more efficient. In either case, however, specification of a definitive purchase price for each date during the lease term is possible. This observation is made to address the issue of the certainty of the purchase price and bring to the fore a focus on the elements of unilateral promise enforcement.

The first unilateral promise is that of the customer that is described in clause (f) relating to purchase of the property upon the occurrence of an event of default and a subsequent election and offer of the property by the financial institution.

Promise: Here, the customer has made a promise that is not a statement of good will, emotion, or prophecy, or of a similar nature.

Expectation of Inducement: The customer knows or should reasonably know that the promise will induce action by the financial institution, specifically the purchase of the property by the financial institution, the leasing of the property to the customer, the acceptance of risks of property ownership under Shari'ah principles, and the subsequent offer to sell the property to the customer.

Condition: The customer's promise contains three conditions: first, that the financial institution purchase a defined property at a defined price (which is a condition from the vantage of the overall transaction); second, that the financial institution lease the property to the customer; and, third, that the financial institution offers to sell the defined property to the customer at a specified price.

Actual Inducement: The promise has in fact induced action by the financial institution, as to the purchase of the property, the acceptance of property ownership risks, and as to the leasing of the property.

Reliance: The financial institution has relied upon the customer's promise, has expended money to purchase the property, has changed its risk position, and has leased the property to the customer.

Detriment: The purchase of the property by the financial institution and the related expenditures by the financial institution, the acceptance of property ownership risks by the financial institution,

the acceptance of leasing risks, and the leasing of the property to the customer, constitute a financial detriment, a change in economic circumstance, and a change in the economic and financial position of the financial institution.

The action of the financial institution is material, significant, definite and substantial.

The stipulated condition to the purchase obligation of the customer (an event of default) has occurred.

Significance: The financial institution has satisfied the second condition in offering to sell the defined property to the customer at the defined price.

Injustice: It would be unjust to fail to enforce the promise of the customer as the financial institution would be subjected to ownership of a property which it does not desire to own or hold absent a continuing rental relationship with the customer that ends with the customer purchasing the property.

Here also enforcement of the unilateral promise by the financial institution seems to be justified under the promissory estoppel doctrine because all requisites of that doctrine are satisfied. Enforcement also seems justified under the principles and requisites established by those Shari'ah scholars that allow enforcement of unilateral promises.

The two unilateral promises of the financial institution are those described in clause (g) and (h). They are essentially identical, except as to the date of exercise and the purchase price.

Promise: Here, the financial institution has made a promise that is not a statement of good will, emotion, or prophecy, or of a similar nature.

Expectation of Inducement: The financial institution knows or should reasonably know that the promise will induce action by the customer, specifically the leasing of the property by the customer and the subsequent purchase of the property by the customer if the customer so elects.

Condition: The financial institution's promise contains three conditions: first, the customer leases the property from the financial institution in accordance with the specified terms; second, the relevant date occurs; and third, the customer elects to purchase the property at the specified price.

Actual Inducement: The promise has in fact induced action by the customer, to lease the property.

Reliance: The customer has relied upon the financial institution's promise and has leased the property from the financial institution on the basis of the right of the customer to purchase the property.

Detriment: The leasing of the property from the financial institution constitutes a financial detriment, a change in economic circumstance (for example, the risks associated with leasing as opposed to ownership of the property, and a change in the economic and financial position of the customer.

Significance: The action of the customer is material, significant, definite and substantial.

Condition: The stipulated condition (date during or at the end of the term) has occurred.

Condition: The date set forth in the condition has occurred and the customer has satisfied the third condition in offering to purchase the property from the financial institution at the defined price.

Injustice: It would be unjust to fail to enforce the promise of the financial institution as the customer would be deprived of ownership of the property and the ability to use the property for its remaining useful life and realize any potential profits from sale or use of the property if the promise is not enforced.

Here also enforcement of the unilateral promise by the financial institution seems to be justified under the promissory estoppel doctrine because all requisites of that doctrine are satisfied.



Enforcement also seems justified under the principles and requisites established by those Shari'ah scholars that allow enforcement of unilateral promises.

3.2.3 Diminishing Musharaka Transactions

A third use of unilateral promises in Islamic banking and finance is in diminishing musharaka transactions. For discussion purposes, assume a diminishing musharaka transaction in which:

- (a) A customer identifies an asset in which it desires to make an investment, by way of purchase of the asset or construction of the asset, and is satisfied with the specifications and condition of that property;
- (b) The customer requests a financial institution to participate in the ownership and financing of the acquisition or construction of that asset in a partnership arrangement, with the price of the asset being specified and requests that the customer be entitled to use the asset for a specified period and obtain ultimate ownership of the asset by purchasing the interests of the financial institution in partnership at a specified price and on a specified schedule;
- (c) Each of the customer and the financial institution make specified and agreed contributions to the capital of the partnership;
- (d) The customer agrees to purchase the interests of the financial institution in the partnership at the specified price and on the specified schedule;
- (e) The financial institution agrees to sell its interests in the partnership to the customer at that specified price and on the specified schedule;
- (f) The partnership does acquire (or cause the construction of) the asset conforming to the specifications at the specified price; and
- (g) The financial institution and the customer enter into and consummate an ijara of the financial institution's interest in the asset that entitles the customer to use the asset, upon the specified terms and at the specified rental amounts.

This musharaka arrangement can be analyzed in a number of different ways, depending upon the exact structure of the various promises described and of the precise documentation that implements those promises. Some of the arrangements are consummated contracts. Some of the arrangements can be analyzed as mutual agreements with respect to an asset sale and purchase at a specified amount and on a specified date in the future. Some of the arrangements can be analyzed as unilateral promises. And the unilateral promises can be analyzed independently or as mutual promises (muwā'adah) or as two independent promises (wa'dān).

If the two promises described above (clauses (d) and (e)) are considered to be unilateral promises, and applying the elemental analytical framework that was used with respect to the murabaha and the ijara, it seems that enforceability will be allowed under each of the two approaches, that focusing on Shari'ah requisites and that focusing on promissory estoppel requisites. The primary foci of the analysis likely will be on the elements of inducement and detrimental reliance. These two promises do not contain conditions, which was the intention in drafting them as they are drafted. That formulation of those two promises is intended to force a focus on the "cause" and "reason" aspects of some of the descriptions of Shari'ah

requisites. Is there an adequate "cause" or an adequate "reason" associated with those two promises in this musharaka arrangement? That is difficult to answer without greater elucidation of those concepts in the context of unilateral promises. Again, the plea here is for information and guidance.

4 Pre-Closing Transactional Documents Considered

4.1 Introduction

In commercial and financial practice, concluding definitive contracts is a sequential and incremental process that involves a great deal of negotiation and an iterative process of progressively refined agreements and documents. The law recognizes the multitude of concepts that are attendant upon the progression of steps and stages that lead to definitive contracts in these transactions. Risking a generalization, the law affords the parties a freedom to negotiate without the risk of contractual liability, and often without the risk of pre-contractual liability. It does impose some constraints (such as the duty to bargain in good faith and the duty of fair

dealing) that may increase in stricture and liability risk as the process evolves. But the bias or inclination is toward limitation of liability and freedom of negotiation.

The risk exposure of a party during this pre-closing process is that party's own investment in the negotiation process in terms of time, effort, and expense, unless some other intent is discerned and rises to the level of a different commitment. The party bears the risk that the other party may cease involvement in the process.

That said, there is something of a trend toward judicial imposition of pre-closing (even pre-contractual) liability. The primary grounds for imposing liability in these circumstances are based upon unjust enrichment, misrepresentation, and specific promises. Some other grounds have been suggested, but are not widely adopted. The imposition of pre-closing and pre-contractual liability raises difficult remedies issues. However important and intriguing, these grounds and the related remedies concepts are not discussed in this paper.

The pre-closing-to-closing progression has been characterized as consisting of two categories of agreements: negotiations; and a definitive contract. Those are the polar ends of the spectrum, despite being referenced as distinct categories. Negotiations may be divided into three categories. First, "preliminary negotiations". Second, agreement on material terms. Third, a preliminary agreement that embodies some material terms (which may be principles or a combination of principles and certain more precise agreements) and leaves other terms to be developed and agreed. Those other terms may not be memorialized in a writing. For the moment, assume that substantive terms of the contract, and each of the three negotiations, are memorialized in a writing (except as noted above).

Documents executed in these stages may or may not be intended as embodying enforceable promises. The final result will be a contract which is legally enforceable (by definition) and the parties will be entitled to seek appropriate remedies for breach of the contract.

Preliminary negotiations do not constitute a contract, and will not be legally enforceable. Remedies will not be available if the transaction that was discussed does not proceed. Each stage

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



in the pre-closing process may include both unenforceable documents and enforceable contracts, in various combinations.

The foregoing description sets forth categories and other divisions of the pre-closing process. The documents are not structured in accordance with the aforementioned categories, and many are hybrids that are not so categorizable in any case. Nor is that how the process operates. It is a continuous process, a progression along a continuum. The niceties of offer and acceptance are not observed, and are often not apparent, even in retrospect.

Agreements often emerge through a lengthy and piecemeal exchange of correspondence (often in the form of terse electronic mails or even more terse and disjointed text messages). In other stages, agreements emerge from mark-ups of drafts—often many drafts—of documents.

Negotiations begin with business principals, but essentially all details are often agreed by lawyers in the drafting process. In some transactions the business principals carefully review the many drafts of the documents. In many transactions the business principals rely on summaries provided by the lawyers. And in many transactions, especially where the lawyers are well-known to the business principals, agreements are made known to the business principals only when expressly brought to the attention of the business principals by the lawyers. Modifications made by the lawyers in the drafting process may not constitute offers in any sense because the lawyers are not authorized to make offers or because of indefiniteness or because of lack of intent or for some other reason. Nonetheless, documents that emerge from this process are frequently signed with the intention that they are binding and legally enforceable. Assent is given by virtue of execution at closing. The classical model of offer and acceptance seem to have had little application in the process.

The Restatement of Contracts (§§ 26 and 27) gives voice to some of the concepts that are recognized in the pre-closing stages. Determinations as to whether a matter is a preliminary negotiation or another event or circumstance that does not constitute an enforceable contract or enforceable promise are addressed under various doctrines, but especially through the concept of 'offer'. As formulated by the Restatement of Contracts:

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



(1) A manifestation of willingness to enter into a bargain is not an offer if the person to whom it is addressed knows or has reason to know that the person making it does not intend to conclude a bargain until he has made a further manifestation of asset.

(2) Manifestations of assent that are in themselves sufficient to conclude a contract will not be prevented from so operating by the fact that the parties also manifest an intention to prepare and adopt a written memorial thereof; but the circumstances may show that the agreements are preliminary negotiations.

It is possible to form a contract (meaning that the promises contained therein are enforceable) that includes terms obligating the parties to execute subsequently a final writing containing certain provisions. However, if either party knows or has reason to know that the other party regards the agreement as incomplete and intends that no obligation is to exist until other terms are assented to or until the whole has been reduced to writing, then the negotiations and agreements do not constitute a contract. And a subsequent writing may render a previous contract modified.

The “reason to know” language is indicative of the inquiry that is made in determining whether the manifestations, be they oral or written, constitute preliminary negotiations or an enforceable contract. The inquiry is inclusive of all the facts and circumstances and the entirety of the context of the discussions or progression in which the manifestation is made. These may include, among many other factors:

- (a) the course of conduct of the parties;
- (b) the nature of the transactions;
- (c) custom and practice in the industry and/or negotiations of this type;
- (d) the level of experience of the parties;
- (e) the nature of previous communications as between the parties;
- (f) the peculiarities of the line of business, type of industry, or type of transaction;

- (g) the extent to which express agreement has been reached on all terms to be included in the document;
- (h) the degree of detail of the agreements;
- (i) the amounts involved in the transaction;
- (j) whether full expression of the agreements requires or inclines to a writing;
- (k) whether it is a common contract or an unusual contract;
- (l) whether the agreements are and/or the transaction is simple or complex;
- (m) whether standard forms are customarily used in rendering the agreements to contract for similar transactions or arrangements; and
- (n) whether one or both parties takes action or makes forbearance in preparation for performance during negotiations.

Other legal doctrines may also be applicable during the course of the pre-closing process as well. One such doctrine is that of 'fair dealing' in jurisdictions that have such a doctrine. Fair dealing principles may be applicable to unexecuted documents and both unenforceable executed documents and enforceable documents that constitute agreements to negotiate or agreements to agree as to other matters or the details of a specific matter.

It will be observed in the next section of this paper that many of the documents in the Case Study raise a raft of potential issues relating to unenforceable agreements, agreements to negotiate, agreements to agree, agreements to engage in a transaction, agreements with open terms, partially performed agreements, and related matters. Before moving to the case study, a few general comments are made regarding these documents is made, and further discussion is left to the future.

Benefits are received by one or both of the parties (assuming two parties) during the pre-closing period. Those benefits most frequently involve ideas disclosed (including intellectual property) and services rendered. Unjust enrichment, misappropriation, and restitution (including quantum meruit) concepts may come into play in respect of these benefits. Some courts have reached into

doctrines of breach of confidential relations to find remedies in these circumstances, but these efforts are often a bit strained given the absence of pre-existing confidential relations and difficulties in characterizing information as “confidential” during an arm’s-length negotiation process. Confidentiality undertakings may address some of the relevant matters. Breach of contract may address some of those matters, although many benefits will not be the subject of any contract during the pre-closing period, not even an implied in fact contract. But confidentiality undertakings and breach of contract are unlikely to address all relevant matters.

Misrepresentation is a possible, but difficult to apply, tort concept that may come into play during the pre-closing phase. Certainly a party may not with impunity fraudulently misrepresent its intention to reach an agreement. State of mind and intent are factual matters. There are a hand-full of cases that are based upon misrepresentation, or illustrate how the misrepresentation concepts may be appropriate. But they are rare and difficult of proof.

Specific promises and promissory estoppel concepts have been used to enforce promises and/or impose liability in the pre-closing period. In one of the more famous cases in this line, reliance liability was imposed on a pre-closing promise that did not constitute an offer in any classical sense. In another case in this lineage, liability was imposed and reliance damages were awarded based upon an implied promise. This case involved a fraudulent inducement for a bid and it has been argued that the holding might be generalized to assurances that a party will not act on the basis of ulterior motives in a negotiation. Subsequent cases in this particular lineage have required that arbitrary and capricious behavior, rather than fraudulent inducement, be proved.

Some United States authorities, principally scholars, have argued in favor of a principle of good faith and fair dealing in negotiations. In deference to the wide latitude to be afforded in the negotiation process, the courts have not been warmly receptive. The Restatement of Contracts (as well as the Uniform Commercial Code) support the courts, at least by negative implication, in failing to extent these principles into the negotiation process. European courts, on the other hand, have been more willing to impose pre-closing liability on the basis of a general obligation of fair dealing, sometimes based upon contract theories and sometimes based upon tort (délit) theories.

Where the document evidences an agreement to agree, an incomplete agreement or an agreement with open terms, and the general principles that frame the future agreement have been set forth in a document (particularly a document that might be considered enforceable with respect to related promises), the situation may be somewhat different and, in the case of incomplete agreements and agreements with open terms, will be different. There are here much firmer grounds for imposing a good faith bargaining or fair dealing requirement, and for imposing appropriate remedies for a failure to negotiate. The parties have moved further along the progression toward ultimate agreement and the reliance arguments take on significantly greater weight. The experienced detriments increase. An analysis will be undertaken as to whether the essential terms of the contract or agreement have been provided, and whether a remedy is appropriate with respect to those promises that are enforceable. In any case, here the courts may have a greater inclination to supply missing contractual terms through resort to concepts of implication, usage, course of dealing, and reasonableness. Resort may be had to the facts and circumstances of the particular transaction, or those of past transactions, or resort may be had to industry practices. This inclination is supported, in some areas, such as leasing, by the existence of statutory regimes that may supply points of reference if not precise terms.

In the case of agreements with open terms, there will be a general obligation of fair dealing, whether the agreement is preliminary or ultimate. A duty will be imposed to act in good faith and in a reasonable manner. A breach of this duty will subject the breaching party to a claim for reliance damages. And the breach of the fair dealing duty, if material, will justify the other party in refusing to perform under the agreement and claim for damages for total breach of the agreement itself.

A critical determination in determining whether the document is an agreement with open terms will be the intent of the parties. As a simplified generalization, if the parties intended the open terms to be a condition to the agreements set forth (that is, they intend not to be bound unless the open terms are subsequently fixed or agreed), the document will be unenforceable, and if they intend to be bound, it will be enforceable. The intention to be bound will be supplemented by the court supplying the requisite terms. Issues of definiteness arise in this analysis, among others. Resort will be had to the facts, circumstances and context.

4.2 Case Study: Power Project Transaction

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



This section of this paper considers a few of the different types of documents and agreements (including, but not limited to, contracts) that might be concluded during and through the negotiation process and into the contract formation process. To provide a referential, an example of a transaction is helpful. This is presented as a case study (the “Case Study”). It has been chosen from an infinite array of possible transactions. Other examples might include, among others, sales and purchases of companies or assets, transfers of land, licensing of intellectual property or technologies, or sales of products.

The description of the Case Study arrangements is intentionally quite detailed. That is to reflect the realities of international project and infrastructure financing transactions. It is a summary of an actual transaction.⁴ As noted in the description, the transaction included executed contracts, term sheets, letters of intent, memoranda of understanding, and other documents.

The Case Study involves the design, engineering, construction, financing, operation and maintenance of a power project (the “Project”) in an eastern European country (the “Host Country”). The Case Study

4 The Case Study descriptions, including of documents, structures and events, should not be considered as complete,

accurate or precise descriptions, including for any arbitration or dispute resolution proceeding that may relate to the transaction. It is presented for illustration only and is subject to more definitive descriptions.

is used to examine, particularly with respect to enforceability, the different types of pre-closing documents that are commonplace in complex commercial and financial transactions.

The Host Country government (the “Host Country Government”) desired to enhance foreign investment in its economy. After country-to-country negotiations, in 1996 the Host Country Government and the government (the “Foreign Government”) of a southeast Asian country (the “Foreign Country”) executed a bilateral investment treaty (the “BIT” or “Bilateral Investment

Treaty”). The BIT did not address any specific transaction, or even any industrial segment. It addressed some fundamental principles that would be applicable to investments in the Host Country by the Foreign Government and/or private sector entities formed in the Foreign Country (and vice versa).

Some years after signing the BIT the Host Country Government determined that it needed additional electrical capacity and power for industrial, commercial and residential development of the Host Country. It first discussed these needs with the energy company of the Host Country (the “Host Country Energy Company”), which was a wholly-owned subsidiary of the Host Country Government. Thereafter, a determination was made to build the Project in the Host Country.

Sometime thereafter, the Host Country Government and the Foreign Government commenced discussions about the specific Project. These discussions led to the 2008 execution of a document between the Host Country Government and the Foreign Government: the Investment Preferences Agreement (the “IPA” or “Investment Preferences Agreement”). The IPA addressed tax allocations, funds repatriations, uses of local labor, the application of modern technologies, certain informational reporting requirements pertaining to progress on implementation of the Project, the involvement in the Project of private sector entities from the Foreign Country, and other matters pertaining to the specific Project. It also included rather precise figures as to (only) the total costs of construction of the different phases of the Project.

Discussions between the two countries continued in order to further refine some of the concepts applicable to the individual Project. An effort was made to identify entities in each of the countries that could take responsibility for the development and implementation of the Project. The Host Country Energy Company was identified by the Host Country. Two Foreign Country entities were identified. One was the government-owned electricity company of the Foreign Country (the “Foreign Electricity Company”). The Foreign Electricity Company had experience in operating and maintaining power projects in different countries around the globe. Its involvement in foreign power projects had taken many different forms, ranging from one hundred percent ownership of those projects, to more limited equity participation in those projects, to contractual fee-based operation and maintenance without any equity participation in those projects. The second was a large private sector conglomerate of the Foreign Country (the “Foreign Sponsor”).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



The Foreign Sponsor had experience throughout the world in developing and implementing similar power projects. And the Foreign Sponsor owned a large engineering and construction company (the “Foreign Construction Company”) that had designed, engineered and constructed similar power projects.

It was determined that the Host Country Energy Company and the Foreign Sponsor would each be sponsors for and the initial capital investors in (the “Sponsors”) a special purpose project company (the “Project Company”) that would design, engineer, construct, finance, own and operate the Project. It was also determined that coordination and monitoring of the development and implementation of the Project would be overseen by identified ministries of each country. In addition, agreements were reached with respect to a small group of specific topics: the need for a single off-taker for electrical capacity and energy, a BOOT ownership and operation structure, limited recourse project financing, new taxes, environmental compliance, and certain types of permits and licenses. The two governments then executed the Intergovernmental Agreement (the “IGA” or “Intergovernmental Agreement”) in 2011 to embody these agreements. No governing law provision was included in the IGA, but it did provide for binding arbitral dispute resolution. The IGA also provided that “in the case of obstacles to any of the parties in respect of their obligations under this IGA, the parties shall be governed by the provisions of the BIT”. Like the BIT and the IPA, the IGA was not made subject to any definitive documentation.

At this juncture, another set of discussions ensued. These involved the Host Country Energy Company, the Foreign Sponsor and the Foreign Electricity Company. These three parties agreed on the outlines of investment in the Project, the roles and responsibilities of each of the entities involved in the Project, some possible structures for, and principles to guide, the structuring of the Project, the broad parameters for financing the Project, some rules pertaining to the responsibilities of the parties for expenses incurred in developing and implementing the Project, and certain other matters.

Some examples of the agreed concepts are the following. It was determined that the roles of the Host Country Energy Company and the Foreign Sponsor, as Sponsors, would be formalized and that each would make specified cash investments in the Project Company. Formation of Project Company was agreed. The respective voting rights of each of the Sponsors were agreed as to general categories of matters. It was agreed that there would be specific future transfers of Project

Company shares from the Foreign Sponsor to the Foreign Electric Company. The roles and responsibilities of each of the Sponsors were specified, in general terms. Thus, for example: (a) the Foreign Sponsor had a best efforts responsibility to arrange the financing for the Project; (b) the general structure of the transaction was stated to be a limited recourse project financing utilizing a BOOT structure; and (c) the Foreign Electric Company was identified as the party responsible for operations and maintenance (“O&M”) matters, with the O&M matters to be addressed in a future O&M agreement.

The matters discussed in the next preceding paragraph were addressed, sequentially, in a series of documents: a term sheet; a letter of intent; and a contract. The first document was a term sheet that was expressly stated to be subject to definitive documentation (the “Framework Term Sheet”). It was executed in 2012. The Framework Term Sheet was approximately six pages in length, in standard two-column form, and contained abbreviated summaries of a limited number of commercial agreements. It did not state that it was non-binding, nor did it state that it was binding. It did not contain a governing law provision or a dispute resolution provision.

Some months after the agreement on the Framework Term Sheet, a letter of intent (the “Framework Letter of Intent”) was signed by the parties, in 2013. The Framework Letter of Intent was in the form of a letter from the Foreign Sponsor to the Host Country Sponsor and was approximately 18 pages in length. It contained general principles regarding the responsibilities of the parties, with somewhat more detail regarding a limited number of matters that had been addressed in the Framework Term Sheet, such as capital contributions and corporate governance structures. The Framework Letter of Intent indicated that it was subject to definitive documentation. It did not contain a governing law provision or a dispute resolution provision. It did not state that it was non-binding, nor did it state that it was binding.

In early 2014, the parties executed a framework agreement (the “Framework Agreement”) that was stated to be governed by English law. The level of detail in each of the Framework Term Sheet, the Framework Letter of Intent and the Framework Agreement increased with each of those respective documents. The Framework Agreement was 24 pages in length and structured as a contract. The Framework Agreement outlined the participation of each of the parties, stated that the Project could be structured as a BOOT transaction and that it would be financed by way of a limited recourse project financing, outlined some of the primary documents to be executed

in connection with the transaction, especially the “power purchase agreement or capacity purchase agreement”, and allocated responsibilities (separately and jointly) for various aspects of the project, such as:

- (a) permitting and licensing;
 - (b) feasibility studies;
 - (c) acceptable technologies;
 - (d) the obtaining and nature of the financing for the Project;
 - (e) the obtaining of the power purchase agreement or capacity purchase agreement;
 - (f) the general nature of further support for off-take and fuel supply, if further support should be determined to be necessary;
 - (g) local content incorporation and local labor usage and preferences for content and labor;
 - (h) formation of the Project Company and the share ownership in and voting percentages with respect to the Project Company shares, and transfers of shares;
 - (i) acquisition of Site interests (“ownership and/or leasing”);
 - (j) certain “target” milestones “envisaged” by the parties for various document signings and financial closing;
-
- (k) the management structure for the Project Company and certain matters within the respective voting ambits of each of the shareholders, the board of directors and the management committee; and
 - (l) payment of expenses (each party to bear its own share).

The Framework Agreement also contained relatively specific termination rights for each of the parties,

governing law provisions, confidentiality provisions, and dispute resolution provisions.

Much of the Framework Agreement still consisted of statements of general principles. For example, “the Foreign Sponsor shall use its best efforts to secure limited recourse project financing for a BOOT structure for the Project” and the authorized technologies were “modern technologies” and “the latest commercially proven technologies”. Some other provisions of the Framework Agreement were more specific and detailed, especially as compared with the predecessor term sheet and letter of intent. For example, the designations of the appointment authority of each Sponsor with respect to members of the Board of Directors and the Management Committee of the Project Company, and some descriptions of the areas of substantive competency of the Management Committee, with certain types of matters being assigned to the Board of Directors and others to the Management Committee. Similarly, the allocations of areas of responsibility for each party were more specific than in the Framework Letter of Intent, although the nature of the responsibilities within each area were a combination of general principles and specific understandings. Certain matters were undetermined at the time of entering into the Framework Agreement. For example, it was not yet determined whether the critical off-take arrangements would be structured as a purchase of power, a purchase of capacity, or an arrangement to convert fuel to energy.

Shortly after the execution of the Framework Agreement, in 2014, the Sponsors executed a shareholders agreement for the Project Company (the “Shareholders Agreement”), formed the Project Company under the Host Country law, and issued the Project Company shares of stock. The Shareholders Agreement repeated some of the broad topical allocations that were set forth in the Framework Agreement, With respect to some matters, it set forth the governance principles and rights and responsibilities of the Sponsors, in each case in significantly greater detail that had been provided in the Framework Agreement. The Shareholders Agreement did not explicitly supersede the Framework Agreement with respect to any matter, despite addressing many matters that were also addressed in the Framework Agreement.

Concurrently with the execution of the Shareholders Agreement, the Project Company and the Foreign Shareholder also executed an option agreement (the “Option Agreement”). The Option Agreement gave the Foreign Sponsor the right to require the Host Country Sponsor to purchase all of the shares in the Project Company held by the Foreign Sponsor at the time of the exercise of the right. The right to exercise the option and require the share purchase was conditioned upon the occurrence or non-occurrence of certain specified events prior to a specific date (the “Put

Option”). The Option Agreement stated that it was governed by English law and included sophisticated dispute resolution provisions.

In 2014 the Project Company also:

- (i) negotiated and executed a capacity purchase agreement (the “Capacity Purchase Agreement”) with an electricity transmission and distribution company in the Host Country (the “Capacity Purchaser”), with the Capacity Purchase Agreement being governed by the law of the Host Country and containing dispute resolution provisions;
- (ii) negotiated and executed the engineering, procurement and construction contract with the Foreign Construction Company (the “EPC Contract”) with the Foreign Construction Company, with the EPC Contract being governed by English law and containing dispute resolution provisions;
- (iii) obtained various licenses and permits, and the tariff authorization, for the operation of the Project and the pricing of electrical capacity and energy of and from the Project;
- (iv) acquired a range of different land rights with respect to the site on which the Project was to be constructed (the “Site”), with all such rights being governed by the law of the Host Country;
- (v) conducted negotiations with the fuel supplier to the Project (the “Fuel Supplier”), which was an entity controlled by the Host Country Government;
- (vi) conducted negotiations with a fuel transporter for the transportation of fuel to the project (the “Fuel Transporter”), which was also an entity controlled by the Host Country Government; and
- (vii) conducted negotiations with various other parties that would be involved in different other aspects of the Project.

In late 2014 or early 2015, the Foreign Sponsor identified some lead banks and financial institutions (“Banks”) that had an interest in providing financing for the Project. After discussions, and in early 2015, the Banks issued, and the Project Company executed, an indicative term sheet (the “Debt Term Sheet”) that outlined the general financial terms and conditions upon which the banks and financial institutions would be willing to proceed with the financing. That

is, upon which the Banks would negotiate definitive financing documentation. The Debt Term Sheet contained relatively market-standard provisions that expressly stated that the Debt Term Sheet was not a binding obligation, that the Debt Term Sheet was subject to definitive documentation, and that the Debt Term Sheet and the definitive documentation were each subject to the approvals of the credit and underwriting committees and the Boards of Directors of the various Banks. The Debt Term Sheet also expressly stated, as a condition precedent to the consummation of financing, that two other documents, satisfactory to the Banks, would be required:

(A) an implementation agreement (the "Implementation Agreement") with the Host Country Government or the sovereign wealth fund of the Host Country (the "Sovereign Wealth Fund"), which was wholly owned by the Host Country Government; and

(B) an enforceable letter of support (the "Letter of Support") from the Host Country Government for the benefit of the Banks that was essentially equivalent to a guarantee of any indebtedness that might be provided by the Banks.

Because the funds to be provided by the Banks would be insufficient to provide the full amount of financing required for the Project, the Foreign Sponsor also began working with an investment bank to do a capital markets debt issuance. In 2015, the investment bank prepared, and the Project Company executed, an indicative term sheet (the "Capital Markets Term Sheet"). The Capital Markets Term Sheet contained the same disclaimers as to bindingness as the Debt Term Sheet, the similar caveats regarding subsequent approvals and definitive documentation as the Debt Term Sheet, and the same conditions precedent as the Debt Term Sheet regarding the Implementation Agreement and the Letter of Support.

The Capacity Purchase Agreement executed in 2014 did not contain provisions relating to the payments that would be made if the transaction terminated prior to its stated term. These are customarily referred to as "termination payments". The termination payment provisions are necessary to ensure that financing will be obtainable for the Project. Different amounts of termination payments are payable if there are certain events of default and the relevant agreement(s) is or are terminated. Different termination payments are required depending upon

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



the exact cause of the termination. That is, the termination payments vary depending upon who has defaulted and/or whether the event of default is caused by a force majeure event, the loss, damage or destruction of the Project, or some other event.

Customarily, events of default or termination events are carefully defined and specified for Project Company defaults, defaults by other parties, especially the Host Country Government and the entities controlled by it (the "Government-Controlled Entities"), such as the Capacity Purchaser, the Fuel Supplier and the Fuel Transporter. Similarly, carefully defined events of default or termination events are specified for loss, damage or destruction of the Project that cannot be economically repaired, and for each of the different categories of force majeure events. These different categories may include those arising from forces of nature and nature-related events, those arising as a result of some action of the Host Country Government, those arising as a result of some action of the Foreign Government, and those arising as a result of governments that are neither the Host Country Government nor the Foreign Government.

By way of example, a default by the Host Country Government or a Government-Controlled Entity and a force majeure event involving the Host Country Government (including a change in law) usually require that the Capacity Purchaser or the Host Country Government pay an amount equal to:

- (1) the total debt outstanding plus all interest or, in Shari'ah-compliant arrangement, profit, plus all enforcement costs and other fees, costs and expenses due to the financiers;
- (2) the equity contributions of the Sponsors to the Project Company; and
- (3) a negotiated return on the equity contributions (and subordinated loans that constitute, in essence, equity contributions) of the Sponsors for some negotiated period of time after the termination.

The debt amounts referred to in clause (1) are payable for any and all causes of termination. That is demanded by all lenders and financiers. A termination caused by a default by the Project Company may require a termination payment of only item (1), debt-related amounts. Some loss, damage or destruction scenarios result in termination payments for item (1) plus a portion of item (2), the equity contributions, and/or plus a portion of item (3), return on equity for a negotiated

period. Natural force majeure events and force majeure events caused by third-country actions may result in termination payments for item (1) plus, say, fifty percent of item (2) and, possibly, plus a portion of item (3) for a negotiated period. Many other arrangements are possible and each is negotiated in each individual transaction. Upon payment of the termination payment, the Project is transferred to the payor, which may be the Capacity Purchaser, the Host Country Government or the Sovereign Wealth Fund, or the designee of the foregoing.

While the Project Company and the Sponsors were aware of the necessity of specific definitions and agreements as to the termination payment provisions, those provisions were not referenced in the Capacity Purchase Agreement or in any other document. The parties orally agreed that (x) the credit of the Capacity Purchaser alone was insufficient to obtain and support financing for the Project and some other support from the Host Country Government would be necessary to make the Project financeable, (y) it would be necessary to obtain various other supports for the Project from the Host Country Government. The types of supports were not specified, but were subsequently agreed by the Project Company, the Foreign Sponsor and the Banks, in exchanges of letters over a year-long period, to be the Implementation Agreement and the Letter of Support.

The Implementation Agreement was drafted as a document between the Sovereign Wealth Fund and the Project Company. The many drafts of the Implementation Agreement included support arrangement provisions pertaining to payments to be made by the Capacity Purchaser under the Capacity Purchase Agreement, assurances of performance by the other Government-Controlled Entities that provided or would in the future provide rights to the Site, fuel supply and fuel transportation, and assurances as to various currency exchange, funds expatriation and other concepts.

The Implementation Agreement was not executed, and the transaction collapsed. At the time of the collapse of the negotiations, various drafts of the Letter of Support had been circulated as among the Host Country Government and the Banks. Numerous support issues had been resolved, but a small number of issues remained unresolved. Thus, the Letter of Support was not executed. No term sheet or heads of agreement or memoranda of understanding were circulated or executed in connection with either of the Implementation Agreement or the Letter of Support.

At the time the discussions collapsed, work had begun under the EPC Contract. Most of the work related to Site preparation, although some equipment, plant and machinery had been ordered pursuant to different notices to proceed, each such notice to proceed relating to a distinct 'phase' or set of activities under the EPC Contract. All invoices relating to the EPC Contract, save the one immediately prior to the breakdown in discussions, were paid in full by the Project Company to the Foreign Construction Company.

In August of 2016, the Foreign Sponsor (which by then had become a co-contract with the Foreign Construction Company under the EPC Contract) issued a termination notice under the EPC Contract alleging a payment default by the Project Company in connection with the one outstanding invoice. On the same date as the EPC Contract termination notice, the Foreign Sponsor issued a Put Option notice demanding that the Host Country Sponsor purchase all of the shares in the Project Company held by the Foreign Sponsor. The grounds alleged as justification for the Put Option election were that the Capacity Purchase Agreement did not contain all terms necessary for obtaining limited recourse project financing. In particular, the Capacity Purchase Agreement did not contain termination payments provisions.

The Option Agreement and the EPC Contract each contained detailed dispute resolution provisions, including "cooling off" periods which mandated further dispute resolution discussions. During the course of these discussions, the Foreign Sponsor proffered, but refused to negotiate, and the parties executed, three protocols with respect to resolution of the major issues in dispute (collectively, the "Continuation Protocol"). The Continuation Protocol set forth "conditions required to resume the Project", including the infusion of additional capital (immediately by the Host Country Sponsor and upon financial closing by the Foreign Sponsor), certain letter of credit, guarantee and other security arrangements, a loan agreement between the Banks and the Project Company that was guaranteed by the Sponsors, execution of certain key documents by specified dates, and some admissions as to the occurrence of the grounds for exercise of the Put Option events. The Continuation Protocol stated that "execution and continuation of the Protocol by the Parties is subject to their corporate actions and applicable government approvals and is provided without prejudice to their existing rights."

In summary, the following documents were executed or negotiated over the course of the transaction:

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



- (1) the BIT or Bilateral Investment Treaty (1996);
- (2) the IPA or Investment Preferences Agreement (2008);
- (3) the IGA or Intergovernmental Agreement (2011);
- (4) the Framework Term Sheet (2012);
- (5) the Framework Letter of Intent (2013);
- (6) the Framework Agreement (early 2014);
- (7) the Shareholders Agreement (early 2014);
- (8) the Option Agreement (early 2014);
- (9) the Capacity Purchase Agreement (middle 2014);
- (10) the EPC Contract (middle 2014);
- (11) various Site documents (middle 2014 to 2015);
- (12) the Debt Term Sheet with the Banks (2015-2016);
- (13) the Capital Markets Term Sheet (2015-2016);
- (14) the Fuel Supply Agreement (drafts in 2014-2016);
- (15) the Fuel Transportation Agreement (drafts in 2014-2016)
- (16) the Implementation Agreement (over a dozen drafts in 2015-2016);
- (17) the Letter of Support (drafts in 2015-2016); and
- (18) the Continuation Protocol (2017).

Many of these documents were amended during this pre-closing period. For example, the EPC Contract was amended eight times, the Option Agreement was amended five times, and each of the Shareholders Agreement, the Intergovernmental Agreement, and the Investment Preference Agreement was amended once. The Bilateral Investment Agreement, the Framework Agreement, and the Capacity Purchase Agreement were never amended. The Fuel Supply Agreement, the

Fuel Transportation Agreement, the Implementation Agreement, and the Letter of Support were never executed.

4.3 Pre-Closing Promises: Background

It is abundantly clear from the Case Study description that the pre-closing-to-closing process in a large and intricate transaction is long, arduous, incremental and sequential. It is a progressive series of stages (each a step or phase) in which promises of different types are given, and agreements of different types are reached, at each stage. Some of those promises and agreements are further developed in subsequent stages. Partial resolutions at one stage become fulsome resolutions at a later stage. Other promises and agreements lay the base for succeeding stage. Intermediate commitments of different types are made through the course of the progression through the different stages. Some issues are perceived to be firmly agreed and are incorporated in a contract. The result is a mixture of unenforceable and enforceable promises and documents during most stages.

This type of progression is both customary and prudent. It is economically efficient given the lack of clarity at the inception of the progression as to whether the undertaking will succeed or fail. It facilitates careful due diligence and minimizes expenditure as the parties acquire further information, further define risks, refine risk allocations, and progressively reduce the extent of uncertainty regarding success or failure of the undertaking. It allows a sorting mechanism to operate in a progressive manner and throughout the process, and correlates the extent of progression with the consequences of withdrawal. It allows the parties to proceed without fear that they will be forced into an undertaking that they do not desire. Recognition of this progressive process reduces transaction costs. And it is recognized by the courts in their analyses of whether, and which, promises and agreements are enforceable and which are not. Recognition of this progression is also a basis upon which remedies are provided for those promises and agreements which are enforceable.

Given the complexities of a contemplated project undertaking (in the Case Study, for a years-long development period and an operational period of 30 or 40 years), it would be imprudent to rely upon memory to recall all promises made and agreements reached in the discussions regarding the myriad complexities of the project. Documentary memorialization of the various promises and agreements throughout the process is prudent and enhances the efficiency of the sequential

progression. Some of those documents are intended to be firm and permanent, to be binding and enforceable.

Other documents are intended to be tentative and temporary, to be memorialized in non-binding, non-enforceable promises and agreements: to embody preliminary understandings. They are intended to sequentially increase the level of security that each of the parties has in the pre-closing process and in achievement of ultimate success. Should the process falter for some reason or with respect to some subset of issues, the use of unenforceable documents allows the entire process to be slowed, thereby reducing excessive risk exposure for both parties. Unenforceable memorialization is important, even necessary. It constitutes, and forms the basis of, plans for further investigation, assessment, reassessment, refinement, and development or, failing all, an unwinding.

There are many reasons for executing pre-closing unenforceable documents. Execution is symbolic, and symbolism is important to motivational, psychological and organizational support and continuance. It is important to generate and sustain goodwill among the transactional participants and the momentum of the initiative. Memorialization facilitates the negotiating process by allowing progress despite the realities of being able to reserve certain issues until further information is obtained or other issues are resolved.

In large projects, one of the more difficult elements of strain is the complex interrelatedness of issues and determinations. Harmonization of risk allocation over the many issues is critical, but difficult to obtain. Allowing and facilitating incremental evolution of determinations clearly enhances harmonization and the diminishes the probability of having the entire process stall or fail at a later stage.

But assuredly the act of execution is more than merely symbolic. Agreement upon a written document focuses the mind and forces attention to detail that may otherwise be left unconsidered, intentionally or unintentionally. The formality of execution forces careful consideration of the contents of the document. That is true whether or not the document is enforceable. The document itself stands as a plan for the future. Frequently, it allocates responsibilities and both allocates and constrains rights. It establishes the direction for future inquiries and discussions. Unenforceable

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



interim documents also assist in 'project management', allowing work to be structured and allocated in manageable batches and allowing coordination of effort on disparate tasks that only become interrelated late in the overall process.

Which is not to say that embodiment in a document is immutable. The lack of immutability is acknowledged by the parties as an act of prudence in the face of as-yet-unacceptable uncertainty. The parties intend to be able to further explore and reconsider. With respect to the matters that are subject to an (usually intentionally) unenforceable document, they have not yet reached the level of certainty that allows for binding commitment (an enforceable contract), although they may have reached the requisite level of certainty with respect to other areas, matters or stages.

As the Case Study demonstrates, both types of documents (enforceable and unenforceable) co-exist in a complex transaction. Professional artistry and prudent and efficient project risk management involve determining and effecting the most productive and efficient combination and interweaving of enforceable and unenforceable documents at each point in the pre-closing process and the substantive content of each of those types of documents at each such point. Those determinations must be responsive to the informational and economic circumstances of each of the parties and the risk sensitivities of each of the parties. The Case Study well illustrates another aspect of the flux and accommodation that occurs in the pre-closing period, even with respect to documents that were anticipated, at a point in the process, to be final and binding and became fully executed, enforceable contracts. These documents frequently get formally amended during the pre-closing period to adjust to new or newly-revealed circumstances.

4.4 Case Study Discussion: Pre-Closing Documents

This section considers the progressive documentation of the Case Study. The intention is to consider both

(x) customary practice and (y) the application of the principles, doctrines and concepts discussed in sections 2 and 3 in the context of the Case Study.

At the inception of the pre-closing progression, when the project is only generally conceived, it is not possible to resolve all issues, and it is certainly not possible to resolve them simultaneously.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Often critical elements of the relevant project are as yet undefined: even unconceived. Many, maybe most, issues are unknown. The risks of the project are not yet defined. As the parties advance through the progression, more information will be obtained, more risks will be identified, more risks will be resolve, the project will be increasingly well defined, and uncertainty will decrease.

The initial risk identification and allocation process takes months to complete. Risk allocation, which will be given effect in the transactional structure (ultimately a limited recourse project financing using a BOOT structure) and the contractual documentation cannot commence until that initial risk identification has been completed. At that point, assessments of the potential success of the project will be made and some initial documents will be agreed. Despite the customary rigor of the initial risk identification process, risk identification is still rather tentative. Each area and type of risk must be subjected to more penetrating analysis. The Case Study is illustrative of just such a progression.

The first stage of the Case Study involved a general discussion and, ultimately, an understanding of two countries to make investments in one another. It was a concept of generalized cooperation, quite likely politically as well as economically motivated. The initial discussions took no cognizance of any particular investment, nor even of any particular area of investment.

The result of the early discussions was execution of a BIT. The BIT was stated to be binding and enforceable. BITs are relatively standardized in their scope and in the general principles that are included. Those principles include (a) non-discrimination and fair treatment provisions, (b) a limited selection of force majeure provisions pertaining to armed conflicts, civil disturbances, discriminatory or inadequately compensated expropriations, nationalizations and governmental requisitions in the host country, and (c) repatriation of investment amounts and returns on investments. Commitments to the enforceability of these broad principles entail relatively insignificant or well defined risks and demonstrate early binding commitments to general concepts. Detail, and further commitments to more precisely defined risk allocations, is left to the future if and when specific investment opportunities are identified and considered.

After some years (eight), and after implementation of other projects, the Host Country Government identified the specific Project as appropriate for involvement of the specific Foreign Country. Discussions with the Foreign Government led to execution of a second agreement that focused on the specific Project. The Investment Preference Agreement addressed a limited set of topics by setting forth both general principles and some specific understandings that would be applicable to the development and implementation of the specifically identified Project. It was intended to be binding and enforceable. That was a relatively low risk government-to-government commitment for various reasons. For example, there was then no enforceable commitment to implement the Project. The tone of the Investment Preferences Agreement was to attempt to implement the Project and, if implementation were to proceed, to ensure that certain rights, duties, protections and understandings would be applicable through and beyond the implementation process.

The Project was somewhat further defined in the Intergovernmental Agreement, executed in 2011 between the two countries. This document identified the parties that would develop and implement the Project and did address a limited number of topics of relevance. The Intergovernmental Agreement did not provide for any governing law, but did provide for binding arbitration, and did provide for governance of “obstacles to the parties in respect of their obligations” being governed by the provisions of the BIT, which does contain governing law provisions. The provisions of the Intergovernmental Agreement were somewhat more specific and directed than the previous two documents, although the coverage of each topic was limited to only a few short sentences.

There were no term sheets or letters of intent relating to the foregoing three documents, each of which seems clearly to be intended to be enforceable. When the non-governmental commercial private sector entities began discussions regarding the Project, term sheets and letters of intent were introduced into the documentary mix alongside enforceable contracts. The Framework Term Sheet outlined various topics, was stated to be subject to definitive documentation, and contained no governing law or dispute resolution provisions. It did not state expressly that it was or was not binding. The Framework Letter of Intent introduced greater specificity and somewhat greater formality into the process of memorializing agreements. It also had no governing law or dispute resolution provisions and was stated to be subject to definitive documentation.

Finally, after another six months, a definitive Framework Agreement was agreed and executed with formality. It was stated to be a binding contract and included governing law provisions and sophisticated dispute resolution provisions. It was significantly more detailed with respect to many matters (such as capital infusions, shareholdings, voting rights, critical corporate governance matters, and responsibilities for expenses). In other areas, including some that were addressed by general principles and others that were not addressed, the Framework Agreement left further refinement and/or coverage to the future. It was very clearly an agreement to agree with respect to these matters.

The progression of agreements to greater refinement and a broader range of areas is clear from these documents. The language is more directly that of promises, and more definitive promises, rather than summaries of points and agreements. There is increasing formality. Yet, it seems that the parties did not yet desire to enter upon enforceable commitments in either the Framework Term Sheet or the Framework Letter of Intent. This is characteristic of international practice. Memoranda of terms, memoranda of agreement, term sheets and letters of this type executed in a pre-closing processes are usually not intended to be binding and enforceable, absent an express statement to the contrary. They are intended to infuse some rigidity and stability into the process by virtue of moral obligation concepts. The degree of rigidity and stability does seem to have some correlation, in practice, but not in law, to memoranda of terms, memoranda of agreement, term sheets, and letters of intent, increasing as that progression in listed and read. All other factors aside, (x) memoranda of term and memoranda of agreement are rarely considered to be enforceable in custom and practice, and (y) term sheets and letters of intent are not frequently considered to be enforceable, but it is recognized that they may be intended to be enforceable if that intention is stated.

There is a notable exception to the foregoing statement regarding term sheets and letters of intent. In some areas of commerce and finance (for example, project and infrastructure finance and some mergers and acquisition transactions) enforceable term sheets and letters of intent are used. These are generally long, detailed documents that outline risk allocations for critical provisions that give effect to agreed risk allocations. Some of these term sheets and letters of intent reach a hundred pages or more. While document length bears no direct correlation with any intention of enforceability, it is indicative of movement in that direction. And, as court determinations well illustrate, there are other term sheets and letters of intent that are intended to be enforceable agreements, as evidenced in word and/or deed.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



The Debt Term Sheet and the Capital Markets Term Sheet deserve some short discussion at this point. Those are term sheets that are expressly stated to be non-binding and subject to a range of other occurrences (definitive documentation, credit committee and underwriting approvals, board of directors' approvals, and other occurrences). These term sheets (and, much less frequently, similar letters of intent) are almost universally drafted by counsel to the Banks and underwriters. They are good illustrations of how the finance providers have defensively adapted to various legal doctrines, including promissory estoppel and other unilateral contracts enforcement doctrines. They often include language and provisions, expressly traceable to court decisions, that are designed to ensure that the document is not enforceable.

Returning to the progression of documents leading to the Framework Agreement, it is clear that the Framework Agreement moves to a distinct level, that of intended enforceability despite remaining an agreement to agree in many respects. Other enforceable documents of this type, from a customary practice vantage, are documents designated as "heads of agreement" and, less frequently, "agreements of principles" and, even less frequently, some term sheets and letters of intent that are indicated in some manner to be enforceable, such as by including a governing law clause or including dispute resolution provisions. These documents present variations on agreement to agree and/or partial agreement themes. Whether a court will enforce these arrangements depends upon intricate analyses of the facts and circumstances surrounding each of these agreements, including the intent of the parties (as that intent is discerned under applicable law).

The Case Study raises a raft of potential issues relating to agreements to negotiate, agreements to agree, partially performed agreements, and related matters. A few general comments are made, and further discussion is left to the future.

Benefits are received by one or both of the parties (assuming two parties) during the pre-closing period. Those benefits most frequently involve ideas disclosed (including intellectual property) and services rendered. Unjust enrichment, misappropriation, and restitution (including quantum meruit) concepts may come into play in respect of these benefits. Some courts have reached into doctrines of breach of confidential relations to find remedies in these circumstances, but these

efforts are often a bit strained given the absence of pre-existing confidential relations and difficulties in characterizing information as “confidential” during an arm’s-length negotiation process. Confidentiality undertakings may address some of the relevant matters. Breach of contract may address some of those matters, although many benefits will not be the subject of any contract during the pre-closing period, not even an implied in fact contract. But confidentiality undertakings and breach of contract are unlikely to address all relevant matters.

Misrepresentation is a possible, but difficult to apply, tort concept that may come into play during the pre-closing phase. Certainly a party may not with impunity fraudulently misrepresent its intention to reach an agreement. State of mind and intent are factual matters. There are a hand-full of cases that are based upon misrepresentation, or illustrate how the misrepresentation concepts may be appropriate. But they are rare and difficult of proof.

Specific promises and promissory estoppel concepts have been used to enforce promises and/or impose liability in the pre-closing period. In one of the more famous cases in this line, reliance liability was imposed on a pre-closing promise that did not constitute an offer in any classical sense. In another case in this lineage, liability was imposed and reliance damages were awarded based upon an implied promise. This case involved a fraudulent inducement for a bid and it has been argued that the holding might be generalized to assurances that a party will not act on the basis of ulterior motives in a negotiation. Subsequent cases in this particular lineage have required that arbitrary and capricious behavior, rather than fraudulent inducement, be proved.

Some United States authorities, principally scholars, have argued in favor of a principle of good faith and fair dealing in negotiations. In deference to the wide latitude to be afforded in the negotiation process, the courts have not been warmly receptive. The Restatement of Contracts (as well as the Uniform Commercial Code) support the courts, at least by negative implication, in failing to extent these principles into the negotiation process. European courts, on the other hand, have been more willing to impose pre-closing liability on the basis of a general obligation of fair dealing, sometimes based upon contract theories and sometimes based upon tort (délit) theories.

Where the document evidences an agreement to agree and the general principles that frame the future agreement have been set forth in a document (particularly a document that might be

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



considered enforceable with respect to related promises), the situation may be somewhat different. There are here much firmer grounds for imposing a good faith bargaining or fair dealing requirement, and for imposing appropriate remedies for a failure to negotiate. The parties have moved further along the progression toward ultimate agreement and the reliance arguments take on significantly greater weight. The experienced detriments increase. Here the courts may have a greater inclination to supply missing contractual terms through resort to concepts of implication, usage, course of dealing, and reasonableness. Resort may be had to the facts and circumstances of the particular transaction, or those of past transactions, or resort may be had to industry practices. This inclination is supported, in some areas, such as leasing, by the existence of statutory regimes that may supply points of reference if not precise terms.

As a final exercise in this section, an issue is presented that illustrates some of the difficulties of enforceability determinations and remedies in complex transactions that are given effect by a suite of documents where risk allocations are spread across different documents that are agreed sequentially and over an extended time frame. From one perspective, this relates to inconsistencies within a suite of documents, all of which are necessary to successful development and implementation of a project, in this instance the Project subject of the Case Study.

How is enforceability to be determined and what remedies are to be fashioned where a set of interdependent promises is provided across a diverse set of documents that are inconsistent, if only because of having been agreed at different points in time without subsequent amendment to effect perfect harmonization of the different promises (or of the precise statements of the different promises)? Is a unilateral promise (when considered in an individual document) to purchase shares upon the failure of an event to occur enforceable under secular legal principles or Shari'ah principles in such a multi-document context?

An example from the Case Study is illustrative. The decision was made during the negotiations of the Capacity Purchase Agreement not to include certain sets of provisions in the Capacity Purchase Agreement. The decision not to include the termination payment provisions is a primary example. The Capacity Purchase Agreement is enforceable as a direct sale and purchase of electrical capacity and energy without those provisions. However, the transaction is not financeable unless those provisions are included somewhere in the suite of Project-related documents. In the Case Study, those provisions, and related provisions, were included in the

drafts of the Implementation Agreement. And those provisions were in fact agreed to be acceptable to all transactional parties prior to the cessation of the transaction, and it was agreed that the Capacity Purchase Agreement, as supplemented by the Implementation Agreement, constituted a financeable totality (leaving aside other matters for the moment).

The Option Agreement, having been negotiated and agreed at a much earlier time, specified that a Put Option event would occur if the Capacity Purchase Agreement did not contain payment assurances adequate for the obtaining of limited recourse project financing. The Option Agreement did not state, as it should have stated to render harmony across the suite of documents, that a Put Option event would occur if the "Project Documents" did not contain payment assurances adequate for the obtaining of limited recourse project financing.

In considering this aspect of the Case Study, note that the Foreign Sponsor:

- (1) controlled the Project Company (as shareholder, appointer of a majority of the board of directors, and majority appointer to the management committee) that made the determination to omit the termination payment provisions from the Capacity Purchase Agreement;
- (2) knew that the omission of the termination provisions from the Capacity Purchase Agreement ensured that limited recourse project financing could not be obtained based only on the Capacity Purchase Agreement;
- (3) knew, and stated, that the termination payment provisions should and must be included in the Implementation Agreement;
- (4) in fact preferred inclusion of the termination payment provisions in the Implementation Agreement because the counterparty to the Implementation Agreement was the credit-worthy Sovereign Wealth Fund rather than the Off-taker, which was not credit-worthy; and

(5) was charged, pursuant to the Framework Agreement, with using its best efforts to ensure and obtain limited recourse financing.

The Foreign Sponsor then attempted to exercise the Put Option under the Option Agreement on the grounds that the Capacity Purchase Agreement was not adequate for obtaining limited recourse project financing because of the absence of the termination payment provisions.

This example is not provided for the purpose of focusing on the legitimacy of the exercise of the Put Option. It is intended to illustrate and to generate discussion. It is intended to illustrate the interdependency of promises in different contracts where a suite of documents is necessary for the functioning of each of the other documents in the suite. The overall transaction cannot be effectuated without giving effect to all of the documents comprising the suite. It is also provided to illustrate the difficulties in determining issues under a single document in such a suite, even though the specific right under consideration is lodged in a single document. The validity of an action is dependent upon facts and circumstances pertaining to, and behaviors under and with respect to, the other documents in the suite. The analysis of the entirety will also be critical in assessing whether a remedy is appropriate and, if so, the constitution of the appropriate remedy. These issues are particularly thorny in the context of the Shariah, which tends to focus more on individual contracts and promises than on the suite of documents, and interrelationships within the suite of documents.

5 Concluding Remarks

This paper constitutes an effort to introduce some concepts of relevance to two topics: (a) enforcement of unilateral promises and elements and factors that assist in enforcement determinations with respect to unilateral promises; and (b) the embodiment of promises of different types in different types of documents in the pre-closing process, some of those promises being enforceable, and others not being enforceable. The hope is that the observations made in this paper will generate further research and further discussion. The hope is that any such research and discussion will be of assistance to at least two bodies of people and two courses of conduct and practice: scholars and scholarly understanding of the relevant factors and practices; and practitioners and the practice of assessing and allocating risk toward the ends of greater certainty, predictability, efficiency, and justice.

A conclusion, if only preliminary, is that many of the elements, factors, and concepts of relevance to enforcement determinations with respect to unilateral promises under secular law are also of relevance to enforcement determinations with respect to unilateral promises under Shari'ah principles. These elements, factors and principles may be of different degrees of relevance, differently comprised, or differently applied in these two contexts. That is yet to be determined, and can only be determined with greater information, more dispersion of that information, and more extensive analysis of that information. As previously stated, this paper should be taken as a plea for information and analysis.

The second conclusion is really a set of related conclusions. These are made coupled with, and influence by, some broader observations based not upon this paper but upon transactional involvement with the application of Shari'ah principles.

There is a pressing need for better understanding of the pre-closing and contractual process among practitioners, particularly practitioners in the fields of Islamic finance. That need is particularly acute in the context of complex, multi-document transactions in which the promises are many, the promises are interrelated, and the promises are of necessity dispersed over a suite of documents. Too few of practitioners have a firm grasp of the pre-closing-to-closing progression and the ramifications for structuring and implementing Islamic finance transactions. Too little analysis has been conducted regarding the application of the relevant Shari'ah principles in the context of these multi-document transactions.

As a related matter, and one that calls out to the scholarly community, there is a need to examine the concepts of contract formation and remedy determinations in the context of, and with sensitivity to, contemporary pre-closing practices where classical concepts (such as offer and acceptance) and their role in the transactional process is absent or indiscernible. Some progress has been made in initiating inquiries in the context of the secular law. Much less progress has been made in initiating these inquiries in the context of the Shari'ah. This is a particularly sensitive need for Islamic scholars and practitioners because of the greater emphasis on, for example offer and acceptance concepts, under the Shari'ah.

Selected Bibliography

AAOIFI (Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions), SHARI'A STANDARDS OF THE

ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (2010)

AAOIFI Shari'ah Standards:

_____, Shari'a Standard No. (5), Guarantees, issued 29 Safar 1422H corresponding to May 23, 2001, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL

INSTITUTIONS (2010)

_____, Shari'a Standard No. (8), Murabaha to the Purchase Order, issued 4 Rabi al-Awwal 1423H corresponding to May 16, 2002, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR

ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (2010)

_____, Shari'a Standard No. (9), Ijarah and Ijarah Muntahiah Bitamleek, issued 4 Rabi al-Awwal 1423H corresponding to May 16, 2002, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING

ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (2010)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



_____, Shari'a Standard No. (11), Istisna'a and Parallel Istisna'a, issued 29 Safar 1422H corresponding to May 23, 2001, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC

FINANCIAL INSTITUTIONS (2010)

_____, Shari'a Standard No. (12), Sharika (Musharaka) and Modern Corporations, issued 4 Rabi I 1423H corresponding to May 16, 2002, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING

ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (2010)

_____, Shari'a Standard No. (13), Mudaraba, issued 4 Rabi I 1424H corresponding to May 16, 2002, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL

INSTITUTIONS (2010)

_____, Shari'a Standard No. (17), Investment Sukuk, issued 7 Rabi I 1424H corresponding to May 8, 2003, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL

INSTITUTIONS (2010)

_____, Shari'a Standard No. (25), Combinations of Contracts, issued 23 Rabi I 1426H corresponding to May 2, 2005, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC

FINANCIAL INSTITUTIONS (2010)

_____, Shari'a Standard No. (30), Monetization (Tawarruq), issued 1 Dhul Qada 1427H corresponding to May 16, 2002, in AAOIFI SHARI'A STANDARDS OF THE ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC

FINANCIAL INSTITUTIONS (2010)

Abdullah, Faruk, and Asmak Ab Rahman, Development of Wa'd-Based Products in the Islamic Banks of Bangladesh: A Case Study, 23 SHARI'AH JOURNAL 103 (2015)

_____ and _____, The Status of Muwaadah and Wadan in the Syariah, 12 JURNAL FIQH 113 (2015)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



_____ and _____, The Theory of 'Promise' (Wad) in Islamic Law, 29 ARAB LAW QUARTERLY 168 (2015)

Abdullah, Nurdianawati Irwani, The Status of Promise (Wa'd) and its Implication in Contemporary Islamic Banking, ISRA Islamic Finance Seminar (IIFS), 11 November 2008, and 26 HUMANOMICS 84 (2010)

Alden, Eric, Rethinking Promissory Estoppel, 16 NEVADA LAW JOURNAL 659 (2015-2016)

_____, Promissory Estoppel and the Origins of Contract Law (draft of February 1, 2016, posted August 28 1, 2016), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830734

The American Law Institute, RESTATEMENT OF THE LAW SECOND, CONTRACTS 2D, ADOPTED AND PROMULGATED

MAY 17, 1979 (1981)

Ames, James Burr, Two Theories of Consideration. I. Unilateral Contracts, 12 HARVARD LAW REVIEW 515 (1899)

_____, LECTURES ON LEGAL HISTORY AND MISCELLANEOUS LEGAL ESSAYS (1913)

Anderson, Arthur, Mutual Assent in Unilateral Contracts Since the Restatement, 1 DEPAUL LAW REVIEW 167 (1951-1952)

Ayres, Ian, and Robert Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rates, 99 THE YALE LAW JOURNAL 87 (1989)

Bagchi, Aditi, Separating Contract and Promise, 38 FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW 707 (2009)

Ballantine, Henry Winthrop, Mutuality and Consideration. I, 28 HARVARD LAW REVIEW 121 (1914)

_____, PROBLEMS IN THE LAW OF CONTRACTS: A COLLECTION OF CONCRETE PROBLEMS, ARRANGED FOR STUDY, REVIEW, AND CLASS-ROOM DISCUSSION, IN CONNECTION WITH CASE BOOKS, TEST-BOOKS, OR LECTURES, WITH REFERENCE NOTES (1915)

Barakat, Zaher, and Allen Youssef Merhej, Waad, 3 ISLAMIC FINANCE IN PRACTICE 14 (2009), available at <http://www.ism.edu/images/stories/publications/IFP-Q1-2009-The-Structure-and-use-of-Waad.pdf>

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Barnett, Randy E., A Consent Theory of Contract, 86 COLUMBIA LAW REVIEW 269 (1986)

_____, The Death of Reliance, 46 JOURNAL OF LEGAL EDUCATION 518 (1996)

_____, Foreward: Is Reliance Still Dead?, 38 SAN DIEGO LAW REVIEW 1 (2001)

_____, and Mary E. Becker, Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentation, 15 HOFSTRA LAW REVIEW 443 (1987)

Batrus, Frederick E., Unilateral Contract of Forbearance in Pennsylvania, 43 DICKENSON LAW REVIEW 203 (1938-1939)

Bebchuk, Lucian Arye, and Omri Ben-Shahar, Precontractual Reliance, 30 THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 423 (2001)

Becker, Mary E., Promissory Estoppel Damages, 16 HOFSTRA LAW REVIEW 131 (1987)

Ben-Shahar, Omri, A Bargaining Power Theory of Default Rules, 109 COLUMBIA LAW REVIEW 396 (2009)

_____, Pre-closing Liability, 77 THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 977 (2010)

Benson, Peter, The Idea of a Public Basis of Justification for Contracts, 33 OSGOOD HALL LAW JOURNAL 273 (1995)

_____, The Idea of Consideration, 61 THE UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 241 (2011) Birks, Peter, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF RESTITUTION (1989)

_____, The Law of Unjust Enrichment: A Millennial Resolution, 40th Anniversary Issue SINGAPORE JOURNAL OF

LEGAL STUDIES 318 (1999)

_____, UNJUST ENRICHMENT (2005)

_____, and Grant McLeod, The Implied Contract Theory of Quasi-Contract: Civilian Opinion Current in the Century before Blackstone, 6 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 46 (1986)

Boyer, Benjamin F., Promissory Estoppel: Requirements and Limitations of the Doctrine, 98 UNIVERSITY OF

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



PENNSYLVANIA LAW REVIEW 459 (1949-1950)

_____, Promissory Estoppel: Principle from Precedents: I, 50 MICHIGAN LAW REVIEW 639 (1951-1952)

_____, Promissory Estoppel: Principle from Precedents: II, 50 MICHIGAN LAW REVIEW 873 (1951-1952)

Braucher, Robert, Offer and Acceptance in the Second Restatement, 74 THE YALE LAW JOURNAL 302 (1964)

Bronaugh, Richard, A Secret Paradox of the Common Law, 2 LAW AND PHILOSOPHY 193 (1983)

Burrows, Andrew A., THE LAW OF RESTITUTION (2011)

_____, RESTATEMENT OF THE ENGLISH LAW OF UNJUST ENRICHMENT (2013)

C. M., Option Contracts—Specific Performance—Unilateral Contract—Dittenfass V. Horsley (1917) 56 N. Y. L. J. 2195, 26 THE YALE LAW JOURNAL 802 (1917)

Calamari, John D., Forging a Good Unilateral Contract or a Series of Good Contracts Out of a Bad Bilateral Contract, 1961 WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY 367

Calleros, Charles R., Cause, Consideration, Promissory Estoppel, and Promises Under Deed: What Our Students Should Know About Enforcement of Promises in Historical and International Context, 13 CHICAGO-KENT

JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 84 (2013)

Cheong, Torsten, A Promising Idea: Reconceptualising the Formation of Unilateral Contracts, 2014 OXFORD

UNIVERSITY UNDERGRADUATE LAW JOURNAL 1 (2014)

Comment: Anticipatory Breach of Unilateral Contracts, 36 THE YALE LAW JOURNAL 263 (1926)
Corbin, Arthur L., Option Contracts, 23 THE YALE LAW JOURNAL 641 (1914)

_____, Mr. Justice Cardozo and the Law of Contracts, 52 HARVARD LAW REVIEW 408 (1939)

_____, CORBIN ON CONTRACTS, ONE VOLUME EDITION (1952)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



_____, Non-Binding Promises as Consideration, 26 COLUMBIA LAW REVIEW 550 (1926)

_____, Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations, 26 THE YALE LAW JOURNAL 169 (1917)

Crane, Judson, Promissory Estoppel May Make An Offer Irrevocable, 1 BRITISH COLUMBIA INDUSTRIAL AND

COMMERCIAL LAW REVIEW 87 (1959-1960)

Craswell, Richard, Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach, 61 CALIFORNIA LAW

REVIEW 629 (1988)

_____, Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising, 88 MICHIGAN LAW REVIEW 489 (1989-1990)

_____, Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, 48 STANFORD LAW REVIEW 481 (1996)

_____, Precontractual Investigation as an Optimal Precaution Problem, 17 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 401 (1988)

_____, Against Fuller and Purdue, 67 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 99 (2000)

Cyberchron Corporation v. Calidata Systems Development, Inc., 831 F. Supp. 94 (1993)

Dalton, Clare, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine, 94 THE YALE LAW JOURNAL 997 (1985)

Dawson, John P., and Wm. Burnett Harvey, CONTRACTS AND CONTRACT REMEDIES: CASES AND MATERIALS

(1969)

DeLong, Sidney W., The New Requirement of Enforcement Reliance in Commercial Promissory Estoppel: Section 90 as Catch-22, 1997 WISCONSIN LAW REVIEW 943

Deutsche Bank, Pioneering Innovative Shari'a Compliant Solutions, Deutsche Bank Academic Paper (undated)

Dickson, Brice, Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview, 54 THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL 100 (1995)

Drake, Joseph H., Consideration v. Causa in Roman-American Law, 4 MICHIGAN LAW REVIEW 19 (1905)

Edelman, James, and Elise Bant, UNJUST ENRICHMENT, SECOND EDITION (2016)

Eidenmüller, Horst, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner and Reinhard Zimmermann, The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, 28 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 659 (2008)

Eisenberg, Melvin Aron, Donative Promises, 47 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1 (1979)

_____, The Principles of Consideration, 67 CORNELL LAW REVIEW 640 (1982)

_____, The Bargain Principle and Its Limits, 95 HARVARD LAW REVIEW 741 (1982)

_____, The Responsive Model of Contract Law, 36 STANFORD LAW REVIEW 1107 (1894)

_____, The Emergence of the Dynamic Contract Law, 88 CALIFORNIA LAW REVIEW 1743 (2000)

Emmert, Frank, The Draft Common Frame of Reference (DCFR) – the Most Interesting Development in Contract Law since the Civil Code and the BGB, Robert H. McKinney School of Law, Indiana University, Legal Studies Research Paper No. 2012-08 (2012)

Empro Manufacturing Co. v. Ball-Co. Manufacturing, Inc., 870 F.2d 423 (7th. Cir. 1989)

Encarnacion, Erik, Contract as Commodified Promise (Draft of March 3, 2017), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2926225

European Union Committee, House of Lords, European Contract Law: The Draft Common Frame of Reference, Report with Evidence, 12TH REPORT OF SESSION 2008-09, European Union Committee, House of Lords (10 June 2009), available at <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldcom/95/9502.htm>

Evans, Keith, The Law of Options, 25 DALHOUSIE LAW JOURNAL 47 (2002)

Farber, Daniel A., and John H. Matheson, Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the “Invisible Handshake”, 52 THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 903 (1985)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Farnsworth, E. Allan, The Restatement (Second) of Contracts, 47 RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES AND INTERNATIONES PRIVATRECHT / THE RABEL JOURNAL OF COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW

336 (1983)

_____, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 COLUMBIA LAW REVIEW 218 (1987)

_____, Developments in Contract Law during the 1980's: The Top Ten, 41 CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW

203 (1990-1991)

Feinman, Jay M., Promissory Estoppel and the Judicial Method, 97 HARVARD LAW REVIEW 678 (1984)

_____, The Last Promissory Estoppel Article, 61 FORDHAM LAW REVIEW 303 (1992)

Finn, John F. X., The Forging of Good Unilaterals Out of Bad Bilaterals, 3 BROOKLYN LAW REVIEW 6 (1933-1934) Fridman, G. H. L., Quantum Meruit, 37 ALBERTA LAW REVIEW 38 (1999)

Fried, Barbara, What's Morality Got to Do with It?, 120 HARVARD LAW REVIEW FORUM 53 (2007) Fried, Charles, CONTRACT AS PROMISE (1981)

_____, The Convergence of Contract and Promise, 120 HARVARD LAW REVIEW FORUM 1 (2007)

Friedman, Lawrence M., and Stewart Macaulay, Contract Law and Contract Teaching: Past, Present and Future, 1967 WISCONSIN LAW REVIEW 805

_____ and _____, CONTRACT LAW IN AMERICA: A SOCIAL AND ECONOMIC CASE STUDY (2011)

Gallo, Paolo, Unjust Enrichment: A Comparative Analysis, 40 THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

431 (1992)



Gan, Orit, Promissory Estoppel: A Call for a More Inclusive Contract Law, 16 JOURNAL OF GENDER, RACE AND JUSTICE 47 (2012)

_____, The Justice Element of Promissory Estoppel, 89 ST. JOHN'S LAW REVIEW 55 (2015)

Gibson, Michael, Promissory Estoppel, Article 2 of the U.C.C., and the Restatement (Third) of Contracts, 73 IOWA LAW REVIEW 659 (1988)

Gilmore, Grant, THE DEATH OF CONTRACT, SECOND EDITION (1995)

Ginena, Karim, and Jon M. Truby, Deutsche Bank and the Use of Promises in Islamic Finance Contracts, 7 VIRGINIA LAW AND BUSINESS REVIEW 620 (2013)

Goetz, Charles J., and Robert E. Scott, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, 89 THE YALE LAW JOURNAL 1261 (1980)

Gordley, James, Enforcing Promises, 83 CALIFORNIA LAW REVIEW 547 (1995)

_____, The Common Law in the Twentieth Century: Some Unfinished Business, 88 CALIFORNIA LAW REVIEW 1815 (2000)

_____, ed., THE ENFORCEABILITY OF PROMISES IN EUROPEAN CONTRACT LAW (2001)

Gosfield, Gregory G., The Structure and Use of Letters of Intent as Prenegotiation Contracts for Prospective Real Estate Transactions, 38 REAL PROPERTY, PROBATE AND TRUST JOURNAL 99 (2003)

_____, The Structure and Use of Letters of Intent, 21 GPSOLO 26 (2004)

_____, It's a Question of What's Binding: A Look at Letters of Intent, 13 BUSINESS LAW TODAY 54 (2004)

Grantham, R. B., and C. E. F. Rickett, Disgorgement for Unjust Enrichment?, 62 THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL

159 (2003)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Hadley v. Baxendale, 9 Ex. 341 (1854)

Halliwell, Margaret, Treatises as Precedents of English Law: Unjust Enrichment Marches On, 3 THE CAMBRIDGE

LAW JOURNAL 561 (2003)

Hand, Learned, Restitution or Unjust Enrichment, 11 HARVARD LAW REVIEW 249 (1897)

Harpum, Charles, and David Lloyd Jones, Contracts to Contract: Some Answers; Some Questions, 38 THE

CAMBRIDGE LAW JOURNAL 31 (1979)

Hedley, Steve, Unjust Enrichment, 54 THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL 578 (1995)

Hegazy, Walid, Islamic Liability (Damān) as Practices by Islamic Financial Institutions, 25 WISCONSIN

INTERNATIONAL LAW JOURNAL 797 (2007-2008)

Henderson, Stanley D., Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine, 78 THE YALE LAW JOURNAL 343 (1969)

Hill v. Gateway 2000, 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997)

Hillman, Robert A., Questioning the "New Consensus" on Promissory Estoppel: An Empirical and Theoretical Study, 98 COLUMBIA LAW REVIEW 580 (1998)

Hoffman v. Red Owl Stores, Inc., 26 Wisc. 2d 683 (1965)

Hogg, Martin A., Perspectives on Contract Theory from a Mixed Legal System, 29 OXFORD JOURNAL OF LEGAL

STUDIES 643 (2009)

_____, Promise: The Neglected Obligation in European Private Law, 59 THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE

LAW QUARTERLY 461 (2010)

Holmes, Wendell H., The Freedom Not To Contract, 60 TULANE LAW REVIEW 751 (1985-1986)
Holmes, Oliver Wendell, Jr., The Path of the Law, 10 HARVARD LAW REVIEW 457 (1897)

Homburger, Thomas C., and James R. Schueller, Letters of Intent—A Trap for the Unwary, 37 REAL PROPERTY, PROBATE AND TRUST JOURNAL 509 (2002)

Huang, Bert I., The Equipoise Effect, 116 COLUMBIA LAW REVIEW 1959 (2016)

Jimenez, Marco, The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis under the Restatement (Second) of Contracts, 57 UNIVERSITY OF CALIFORNIA LOS ANGELES LAW REVIEW 669 (2010)

Johnston, Jason Scott, Communication and Courtship: Cheap Talk Economics and the Law of Contract Formation, 85 VIRGINIA LAW REVIEW 385 (1999)

Jones, Roderic M., Measure of Damages for Breach of Alternative Unilateral Contracts, 10 UNIVERSITY OF

CINCINNATI LAW REVIEW 93 (1936)

Kahera, Akel I., and Omar Benmira, Damages in Islamic Law: Maghribi Muftis and the Built Environment (9th-15th Centuries C.E.), 5 ISLAMIC LAW AND SOCIETY 131 (1998)

Kaser, Max, ROMAN PRIVATE LAW , THIRD EDITION(1980)

Katz, Avery Wiener, Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts, 21 THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS 518 (1990)

_____, When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, 105 THE

YALE LAW JOURNAL 1249 (1996)

_____, The Option Element in Contracting, 90 VIRGINIA LAW REVIEW 2187 (2004)

Kessler, Friedrich, and Edith Fine, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study, 77 HARVARD LAW REVIEW 401 (1964)

Kimball, Bruce A., Langdell on Contracts and Legal Reasoning: Correcting the Holmesian Caricature, 25 LAW AND

HISTORY REVIEW 345 (2007)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Kimel, Dori, FROM PROMISE TO CONTRACT (2003)

_____, The Morality of Contract and Moral Culpability in Breach, 21 KING'S LAW JOURNAL 213 (2010)

Klass, Gregory, Intent to Contract, 95 VIRGINIA LAW REVIEW 1437 (2009)

Knapp, Charles L., Reliance in the Revised Restatement0: The Proliferation of Promissory Estoppel, 81 COLUMBIA

LAW REVIEW 52 (1981)

Kostritsky, Juliet P., A New Theory of Assent-Based Liability Emerging Under the Guise of Promissory Estoppel: An Explanation and Defense, 33 WAYNE LAW REVIEW 895 (1987)

_____, Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations, 44 HASTINGS LAW JOURNAL 621 (1992-1993)

_____, The Rise and Fall of Promissory Estoppel or is Promissory Estoppel Really as Effective as Scholars Say it is: A New Look at the Data, [__ WAKE FOREST LAW REVIEW __ (2002)

Kovacic (and Kovacic-Fleischer), Candace Saari, A Proposal to Simplify Quantum Meruit Litigation, 25 AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW 547 (1986)

_____, Quantum Meruit and the Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, 27 THE REVIEW OF

LITIGATION 127 (2007-2008)

Kraus, Jody S., The Correspondence of Contract and Promise, 109 COLUMBIA LAW REVIEW 1603 (2009)

Kreitner, Roy, The Gift Beyond the Grave: Revisiting the Question of Consideration, 101 COLUMBIA LAW REVIEW

1876 (2001)

Lake, Ralph B., Letters of Intent: A Comparative Examination Under English, U.S., French and West German Law, 18 GEORGE WASHINGTON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND ECONOMICS 331 (1984-1985)



Laldin, Mohamad Akram, The Concept of Promise and Bilateral Promise in Financial Contracts: A Fiqhi Perspective, ISRA Research Paper No. 4, The International Shari'ah Research Academy (2009)

Langbein, John H., Renee Lettow Lerner and Bruce P. Smith, HISTORY OF THE COMMON LAW: THE

DEVELOPMENT OF ANGLO-AMERICAN LEGAL INSTITUTIONS (2009)

Langdell, Christopher Columbus, A SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS (1871)

Lawson, John D., Contracts Unilateral and Bilateral, I, 50 CENTRAL LAW JOURNAL 305 (1900)

_____, Contracts Unilateral and Bilateral, II, 50 CENTRAL LAW JOURNAL 327 (1900)

Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store, Inc., 251 Minn. 188 (1957)

Lewis, Richard, Contracts Between Businessmen: Reform of the Law of Firm Offers and an Empirical Study of Tendering Practices in the Building Industry, 9 JOURNAL OF LAW AND SOCIETY 153 (1982)

Lewis, William Draper, Specific Performance of Contracts – Defence of Lack of Mutuality, Second Paper, English Cases Involving Contracts Containing an Option, 7 THE AMERICAN LAW REGISTER 383 (1901)

Lipshaw, Jeffrey M., Objectivity and Subjectivity in Contract Law: A Copernican Response to Professor Shiffrin, 21 CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE 399 (2008)

Llewelyn, Karl, On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, I, 48 THE YALE LAW JOURNAL 1 (1938)

_____, On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, II, 48 THE YALE LAW JOURNAL 779 (1939)

Lorenzen, Ernest G., Causa and Consideration in the Law of Contracts, 28 THE YALE LAW JOURNAL 621 (1919)

Mahoney, Paul G., Contract Remedies and Option Pricing, 24 THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 139 (1995)



Marilyn Miglin, Inc. v. Gottex Industries, Inc., 790 F. Supp. 1245 (1992)

Mattei v. Cooper, 51 Cal. 2d 119 (1958) (en banc)

Marotta-Wurgler, Florencia, Are "Pay Now, Terms Later" Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software Licensing Agreements, 38 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 309 (2009)

Al-Masri, Rafic Yunus, The Binding Unilateral Promise (wa'd) in Islamic Banking Operations: Is it Permissible for a Unilateral Promise (wa'd) to be Binding as an Alternative to a Proscribed Contract?, 15 J.KAU: ISLAMIC

ECONOMICS 29 (2002)

McMillen, Michael J.T., ISLAMIC FINANCE AND THE SHARI'AH: THE DOW JONES FATWA AND PERMISSIBLE

VARIANCE AS STUDIES OF LETHEANISM AND LEGAL CHANGE (2013)

McNeill, John H., International Agreements: Recent U.S.-UK Practice Concerning Memorandum of Understanding, 88 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 821 (1994)

Mohamad, Muhammad Hisyam, Promise (Wa'ad) and Contract ('Aqad) According to Islamic Law: A Comparative Study, ONLINE JOURNAL OF RESEARCH IN ISLAMIC STUDIES (undated), available at http://e-journal.um.edu.my/filebank/published_article/6294/Article%20%20-%20Muhammad%20Hisyam%20Mohamad.pdf

Moses v. MacFerlan, 97 Eng. Rep. 676 (K.B. 1760)

Muhammad, Marjan, Hakimah Yaacob and Shabana Hasan, The Bindingness and Enforceability of a Unilateral Promise (Wa'd): An Analysis from Islamic Law and Legal Perspectives, Research Paper No. 30/2011, International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance (2011)

Murphy, Liam, Contract and Promise, 120 HARVARD LAW REVIEW FORUM 10 (2007)

Mooney, Eugene F., Old Kontract Principles and Karl's New Kode: An Essay on the Jurisprudence of Out New Commercial Law, 11 VILLANOVA LAW REVIEW 213 (1966)

Murray, John Edward, CONTRACTS: CASES AND MATERIALS, SIXTH EDITION (2006)

Murray, John E., Jr., Contracts: A New Design for the Agreement Process, 53 CORNELL LAW REVIEW 785 (1967-1968)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Nadler, Jennifer M., What Right Does Unjust Enrichment Law Protect?, 28 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES

245 (2008)

Navin, Walter D., Jr., Some Comments on Unilateral Contracts and Restatement 90, 46 MARQUETTE LAW REVIEW

162 (1962-1963)

Note: Contracts—Acceptance of Entire Unilateral Contract by Part Performance, 21 VIRGINIA LAW REVIEW 234 (1934)

Note: Contracts—Offer and Acceptance—Revocation of an Offer to a Unilateral Contract, 42 HARVARD LAW

REVIEW 128 (1928)

Note: Contracts—Partial Performance—Quantum Meruit, 4 VIRGINIA LAW REVIEW 66 (1916)

Note: Mutuality as Affecting Specific Performance of Contracts Relating to Options, 17 COLUMBIA LAW REVIEW

549 (1917)

Note: Offer and Acceptance – Unilateral Contracts – Performance Constituting Acceptance, 26 HARVARD LAW

REVIEW 274 (1913)

Note: Unilateral Contract Law – An Analysis in Terms and Conditions, 33 COLUMBIA LAW REVIEW 463 (1933)

Nussbaum, Artur, Comparative Aspects of Anglo-American Offer-and-Acceptance Doctrine, 36 COLUMBIA LAW

REVIEW 920 (1936)

O’Connell, D. P., Unjust Enrichment, 5 THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 2 (1956)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Palmer, George E., THE LAW OF RESTITUTION (1978)

Parisi, Francesco, Barbara Luppi and Vinci Fon, Optimal Remedies for Bilateral Contracts, 40 THE JOURNAL OF

LEGAL STUDIES 245 (2011)

Pettit, Mark, Jr., Modern Unilateral Contracts, 63 BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW 551 (1983)

Pollock, Frederick, PRINCIPLES OF CONTRACT: BEING A TREATISE ON THE GENERAL PRINCIPLES CONCERNING THE

VALIDITY OF AGREEMENTS IN THE LAW OF ENGLAND, AND AMERICA, FOURTH EDITION (1888)

Posner, Richard A., Gratuitous Promises in Economics and Law, 6 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 411 (1977)

_____, ProCD v Zeidenberg and Cognitive Overload in Contractual Bargaining, 77 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW

REVIEW 1181 (2010)

Pratt, Michael G., Defeating Reasonable Reliance, 18 UNIVERSITY OF TASMANIAN LAW REVIEW 181 (1999)

_____, Identifying the Harm Done: A Critique of the Reliance Theory of Estoppel, 21 ADELAIDE LAW REVIEW 209 (1999)

_____, Scanlon on Promising, 15 CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE 143 (2001)

_____, Not Promise, 35 FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW 801 (2008)

Pretorius, Chris-James, The Basis of Contractual Liability in American Law, 37 THE COMPARATIVE JOURNAL OF

INTERNATIONAL LAW JOURNAL OF SOUTHERN AFRICA 226 (2004)

ProCD v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



Putnam, Francis J., Contracts, 25 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 075 (1950)

R. G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co., 751 F.2d 69 (1984)

R. L. H., Jr., Contracts: Revocability of Unilateral Offers, 10 CALIFORNIA LAW REVIEW 80 (1921)

Radin, Max, Fundamental Concepts of the Roman Law, 13 CALIFORNIA LAW REVIEW 119 (1925)

_____, The Roman Law of Quasi-Contract, 23 VIRGINIA LAW REVIEW 241 (1937)

Rahman, Z. A. Abd., The Problem of "Waad" or Promise, blog entry dated August 7, 2011, available at <http://islamiclawoffinance.blogspot.com/2011/08/problem-of-waad-or-promise.html>

Riccobono, Salvatore, and Edward Nathan, Outlines of the Evolution of Roman Law, 74 UNIVERSITY OF

PENNSYLVANIA LAW REVIEW AND AMERICAN LAW REGISTER 1 (1925)

Ricketts v. Scothorn, 77 N.W. 365 (Neb. 1898)

Robertson, Andrew, Three Models of Promissory Estoppel, 7 JOURNAL OF EQUITY 226 (2013)

Rosett, Arthur, CONTRACT LAW AND ITS APPLICATION, FOURTH EDITION (1988)

Saleh, Nabil, Remedies for Breach of Contract Under Islamic and Arab Laws, 4 ARAB LAW QUARTERLY 269 (1989)

Sandblom, Robert L., Restitution: Unjust Enrichment, 50 MICHIGAN LAW REVIEW 778 (1952)

Saripudin, Khairun Nami, Shamsiah Mohamad, Nor Fahimah Modd Razif, Sofhan Jamiela Rosli and Bahiyah Ahmad, Application of Promise in Sukuk Musharakah Structure, 12 MIDDLE-EAST JOURNAL OF SCIENTIFIC

RESEARCH 160 (2012)

Scanlon, Thomas M., Promises and Practices, 19 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 199 (1990)

Schmidt, Joanna, Preliminary Agreements in International Contract Negotiation, 6 HOUSTON JOURNAL OF

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



INTERNATIONAL LAW 37 (1983-1984)

Schwartz, Alan, and Robert E. Scott, Precontractual Liability and Preliminary Agreements, 120 HARVARD LAW

REVIEW 661 (2007)

Scottish Law Commission, Review of Contract Law: Discussion Paper on Formation of Contract, Discussion Paper No. 154, Scottish Law Commission (March 2012), available at <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/9513/3241/0632/dp154.pdf>

Sears, Alfred F., Jr., Mutuality of Contracts: Promise for a Promise; Unilateral Contracts; Consideration, 32 AMERICAN LAW REVIEW 409 (1898)

Seavey, Warren A., Reliance Upon Gratuitous Promises or Other Conduct, 64 HARVARD LAW REVIEW 913 (1951)

Shabaz, Cyrus D., Quantum Meruit Recovery on Unenforceable Contracts, 11 MARQUETTE LAW REVIEW 235 (1926-1927)

Shattuck, Warren L., Gratuitous Promises—A New Writ, 35 MICHIGAN LAW REVIEW 908 (1936-1937)

Shelley, Kevin M., and Jonathan J. Toronto, Preliminary Agreements: How to Avoid Unintended Contractual Obligations, 25 FRANCHISE LAW JOURNAL 47 (2005)

Shiffrin, Seana, The Divergence of Contract and Promise, 120 HARVARD LAW REVIEW 708 (2007)

Shelley, Kevin M., and Jonathan J. Toronto, Preliminary Agreements: How to Avoid Unintended Contractual Obligations, 25 FRANCHISE LAW JOURNAL 47 (2005)

Sinel, Zoe, Through Thick and Thin: The Place of Corrective Justice in Unjust Enrichment, 31 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 551 (2011)

Sloan, Judy Bechner, Quantum Meruit: A Residual Equity in Law, 42 DEPAUL LAW REVIEW 399 (1992-1993)

Smits, Jan M., The Draft – Common Frame of Reference (CFR) for a European Private Law: Fit for Purpose?, 15 MAASTRICHT JOURNAL OF EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW 145 (2008)



_____, The Draft Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward, 4 EUROPEAN

REVIEW OF CONTRACT LAW 270 (2009)

Snyder, Jason, Emerson H. Tiller and Margorie Anderson, The Political Evolution of Contract Law: A Theoretical and Empirical Analysis of Promissory Estoppel (draft of August 3, 2009), available at <http://ssrn.com/abstract=1443525>

Solow v. Northwest Airlines (in Re Midway Airlines), 180 B.R. 851 (1995)

Stein, Melvin P., The Restatement of Contracts Second and Offers to Enter into Unilateral Contracts, 29 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW 546 (1967-1968)

Stoljar, Samuel J., The False Distinction Between Bilateral and Unilateral Contracts, 64 YALE LAW JOURNAL 515 (1954-1955)

_____, Unjust Enrichment and Unjust Sacrifice, 50 THE MODERN LAW REVIEW 603 (1987)

Stone, Richard, and James Devenney, THE MODERN LAW OF CONTRACT, TWELFTH EDITION (2017)

Szladits, Charles, Discharge of Contract by Breach in Civil Law, 2 THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE

LAW 334 (1953)

Tamblyn, Nathan, THE LAW OF UNJUST ENRICHMENT (2015)

Teachers Insurance and Annuity Association of America v. Tribune Company, 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987)

Testani, Rocco E., and Kurt E. Lentz, Avoiding “Benefit of the Bargain” Damages in Letters of Intent, BUSINESS

LAW TODAY, 1 (October 2010)

Texaco, Inc. v. Pennzoil Co., 729 S.W.2d 768 (1987)

Throckmorton, Archibald H., HANDBOOK OF EQUITY JURISPRUDENCE, SECOND EDITION (1923)



Tiersma, Peter Meijes, REASSESSING UNILATERAL CONTRACTS: THE ROLE OF OFFER, ACCEPTANCE AND PROMISE

(1992)

Trivedi, Prajapati, Lack of Understanding of Memorandum of Understanding, 47 ECONOMIC AND POLITICAL

WEEKLY M175 (1990)

Venture Associates Corporation v. Zenith Data Systems Corporation, 96 F.3d 275 (1996)

de Villiers, Melius, Consideration in the Roman Law of Contract, 6 JOURNAL OF COMPARATIVE LEGISLATION AND

INTERNATIONAL LAW 120 (1924)

_____, The Roman Contract According to Labeo, 35 THE YALE LAW JOURNAL 292 (1926)

Virgo, Graham, PRINCIPLES OF THE LAW OF RESTITUTION (2016)

von Bar, Christian, A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities, ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (undated), available at www.ejcl.org/121/art121-27.pdf

_____, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, eds., PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR), OUTLINE EDITION, PREPARED BY THE STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2009)

von Mehren, Arthur T., Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis, 72 HARVARD LAW REVIEW 1009 (1959)

Wiesner, Donald A., and Janisse Klotchman, Anticipatory Breach and the Unilateral Contract: A Decade of the Status Quo, 8 UNIVERSITY OF DAYTON LAW REVIEW 61 (1982-1983)

Willis, Hugh E., What is Consideration in the Anglo-American Law of Contracts? A Historical Summary, 72 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW AND AMERICAN LAW REGISTER (1924)

Warbrook v. Griffin, 123 Eng. Rep. 927 (C.P. 1609)

Watson, Alan, THE LAW OF THE ANCIENT ROMANS (1975)

_____, The Evolution of Law: The Roman System of Contracts, 2 LAW AND HISTORY REVIEW 1 (1984)

Willis, Hugh E., What is Consideration in the Anglo-American Law of Contracts? A Historical Summary, 72 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW AND AMERICAN LAW REGISTER 376 (1924)

Webb, Charlie, What is Unjust Enrichment?, 29 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 215 (2009)

Williston, Samuel, LAW OF CONTRACTS (1920), in four volumes

Winfield, Percy, LAW OF QUASI-CONTRACTS (1952)

Woodward, Frederic C., THE LAW OF QUASI CONTRACTS (1913)

Wormser, I. Maurice, The True Conception of Unilateral Contracts, 26 YALE LAW JOURNAL 136 (1916-1917)

Yankowitz, Bennet Jay, Acceptance by Performance When the Offeror Demands a Promise, 52 SOUTHERN

CALIFORNIA LAW REVIEW 1917 (1978-1979)

Yetter, John, Unilateral Contracts: An Examination of Traditional Concepts and Proposed Solution of the ALI Restatement of Contracts, Second (Tentative Draft No 1), 5 DUQUESNE UNIVERSITY LAW REVIEW 175 (1966-1967)

Yorio, Edward, and Steve Thel, The Promissory Basis of Section 90, 101 THE YALE LAW JOURNAL 111 (1991)

Zaini, Syeliya Md, and Nosrah Mohd Isa, The Application of Wa'd in Islamic Banking Contract, 10 MALAYSIAN



ACCOUNTING REVIEW 27 (2011)

Zimmermann, Reinhard, THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION (1996)

١,١ التأصيل القانوني للتخلف عن الوفاء بالوعد الأحادي بالتعاقد

١,٢ دراسة قانونية مقارنة

إعداد الدكتور: زغوان هشام

تكشف تقنيات التعاقد المعتمدة في صيغ التمويل الإسلامية عن مدى غنى فقه المعاملات وقدرته على تقديم الحلول الشرعية المناسبة للأنشطة المالية المبتكرة بما من شأنه الموازنة بين فقه الأولين وعلوم المعاصرين وما يستتبع ذلك من تطور ونماء الصيرفة التشاركية على جميع الأصعدة.

هذا وبصرف النظر عن المقاربة الشرعية لموضوع البحث التي باتت متأثرة بالمقررات الصادرة عن الجامع الفقهي الدولية المجمعة على القوة الملزمة للوعد الأحادي ، فإن التطبيقات القانونية المعاصرة أظهرت تزايد الاهتمام من قبل أطراف العملية التعاقدية بتنظيم مفاوضاتهم الأولية في شكل مذكرة تفاهم أو خطاب للضمان أو مواعدة أو وعد أحادي بالتعاقد.

انطلاقاً مما سبق تبيانه ، نعالج الأبعاد القانونية للوعد بالتعاقد وكذا الجزاءات المنصوص عليها في القوانين المقارنة في حال الإخلال بالوفاء به من قبل الواعد ، وذلك تبعاً للمطلبين التاليين :

المطلب الأول - التنظيم القانوني للوعد بالتعاقد

المطلب الثاني - جزاء التخلف عن الوفاء بالوعد

المطلب الأول - التنظيم القانوني للوعد بالتعاقد :

ينشأ الوعد بالتعاقد بإرادتين و لا تلتزم فيه سوى إرادة واحدة ، والإرادة الثانية تبقى بالخيار بين طلب إتمام عملية التعاقد أو العدول عنها.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



ويظهر بجلاء من خلال الالتزامات المترتبة عن الوعد بالتعاقد ، على أن هذا الأخير يعد أداة فعالة في تيسير المعاملات وتبسيطها وكذا التشجيع عليها عن طريق إزالة صبغة الشدة والتوتر عن الالتزام ، مما فرض على القوانين المعاصرة تنظيم أحكامه وضبط الآثار المترتبة عليه بالنظر لمزاياه المتعددة لاسيما في مجال التجارة والأعمال .

تأسيسا على ذلك ، سيكون من المفيد جدا معالجة الجوانب القانونية للوعد بالتعاقد انطلاقا من تبيان أساسه القانوني (الفقرة الأولى) فضلا عن تناول تطبيقاته العملية وصوره المتعددة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - الأساس القانوني للوعد بالتعاقد :

تميز النظرية العامة للالتزام بين الاتفاقات المنشأة بناء على إرادتين أو أكثر كما هو الشأن بالنسبة لعقدي البيع والكرء ، ونظيرتها الناجمة عن إرادة منفردة والتي نذكر منها الوعد بالبيع أو بالشراء أو بالتفضيل .

والأصل في الالتزام الناتج عن إرادة منفردة أنه ملزم لمن صدر عنه بمجرد وصوله إلى علم الملتزم له كما يستشف من مقتضيات الفصل ١٨ من قانون الالتزامات و العقود المغربي ^(١) التي نصت على ما يلي : " الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له " . وقد أجمعت مختلف التوجهات القانونية المقارنة على أن الوعد الذي ينتقل من طور التجريد إلى طور التحقيق بالالتزام يصبح وعدا ملزما لا محالة ابتداء من تاريخ وصوله إلى علم الموعود له .

غير أنه ، وعلى خلاف ذلك ، انفرد القانون المغربي بربط القوة الملزمة للوعد الأحادي الصادر عن العميل ، بامتلاك البنك للعين محل الوعد وليس بمجرد تحقق العلم به من قبل الطرف المستفيد منه ، بمعنى أنه يحق للواعد التراجع عن وعده طالما أن البنك لم يقتني العقار أو المنقول موضوع عقدي الإجارة المنتهية بالتملك والمراجعة للآمر بالشراء وذلك تطبيقا للمقتضيات المنصوص عليها في المادتين ١١ و ٢٤ من منشور والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم

^١ - وإن نص المشرع في الفصل ١٤ من نفس هذا القانون على أن مجرد الوعد لا ينشئ التزاما فلا خلاف في ذلك لأن الوعد مجرد لا التزام فيه فهو محض الكلام .

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء^(١) ، بحيث نصت هذين المادتين على إمكانية أن يسبق عقدي المراجعة أو الإجارة وعد أحادي بالشراء أو بالكرء صادر عن العميل ملزم له بمجرد امتلاك البنك للعين .
 وحري بالتوضيح أن هذا الوعد الأحادي لا يرتب آثاره القانونية بمجرد صدوره عن العميل وامتلاك البنك للعين ، بل يلزم التقييد بالأحكام العامة لصحة التصرفات الناشئة عن الإرادة المنفردة^(٢) بالإضافة إلى الأحكام الخاصة الأخرى للوعد المنظمة بموجب منشور والي بنك المغرب الموماً إليه سلفا .
 ويمكن إجمال الضوابط القانونية الخاصة والعامة اللازمة لصحة الوعد الأحادي بالتعاقد الصادر عن العميل في إطار صيغ التمويل بالإجارة والمراجعة، في النقاط التالية :

- ١- أن يصدر الوعد الأحادي عن إرادة صحيحة وجدية ترمي إلى إنشاء الالتزام بالشراء أو الاستئجار .
- ٢- أن يكون الواعد متمتعاً بالأهلية القانونية التامة للالتزام .
- ٣- أن يقترن بالوعد المذكور سبب حقيقي، بحيث يتعين أن يكون الدافع إلى التصرف مشروعاً غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام والقانون، كما يجب أن يرد على شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام .
- ٤- أن يحدد الوعد مواصفات العين محل المراجعة أو الإجارة وكذا كيفيات وأجل وضعها من طرف البنك رهن تصرف العميل .

^١ - وهو المنشور الذي كان موضوع قرار لوزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم ١٧، ٣٣٩، صادر في ١٩ من جمادى الأولى ١٤٣٨ هجرية (١٧ فبراير ٢٠١٧) بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب السالف الذكر رقم ١/و/١٧ الصادر بتاريخ ٢٧ يناير ٢٠١٧ ، منشور بالجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد ٦٥٤٨ الصادرة بتاريخ ٣ من جمادى الآخرة ١٤٣٨ هجرية (٢ مارس ٢٠١٧) ، ص.٥٧٩ .

^٢ - وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي استبعد صراحة الوعد بالهبة المنصب على العقارات المحفظة وغير المحفظة، حيث نصت المادة ٢٧٧ من مدونة الحقوق العينية على أنه يقع باطلا الوعد بالهبة ولذلك فإن هذا الوعد لا يمكن تصوره بالمملكة المغربية إلا في إطار صيغة الإجارة المنتهية بالتسليم المنصبة على المنقولات ، علما أن الكثير من المؤسسات = = المالية الإسلامية على عقد الهبة من أجل نقل ملكية العين - سواء كانت منقولا أم عقارا- من البنك إلى عميله وذلك تنفيذاً للوعد بالهبة الصادر ابتداء عن البنك لفائدة الطرف المستأجر .

٥- أن ينشأ الوعد الأحادي بالشراء أو بالكرء بموجب وثيقة منفصلة عن عقدي المرابحة والإجارة وكذا عن عقد البيع المبرم بين البنك والمالك الأصلي للعين.

الفقرة الثانية - صور الوعد بالتعاقد وتطبيقاته العملية :

أولاً- الوعد بالبيع أو بالكرء:

ينصب الوعد هنا على الالتزام بالبيع أو الكراء دون الشراء أو الاستئجار ، يتقيد فيه الواعد بالبيع أو بالكرء ولا يكون ملزماً للموعد له^(١).

ولا يتصور قيام هذه النوعية من الوعود في صيغ التمويل بالمرابحة المبرمة بالمملكة المغربية بحكم أن المادة ١٤ من المنشور الموماً إليه أعلاه نصت على عدم جواز اقتران الوعد الأحادي بالشراء الصادر عن العميل بوعد ملزم بالبيع صادر عن البنك لفائدة زبونه وذلك تجنباً للمواعدة المحرمة شرعاً في هذه النوعية من العقود المالية الإسلامية.

ثانياً- الوعد بالشراء أو بالاستئجار:

في هذه الصيغة من الوعد ، يكون الطرف الملتزم بتنفيذه إما المشتري إن تعلق الأمر بالبيع أو المستأجر إن كان موضوع المعاملة يتعلق بالكرء.

والتعهد بالشراء أو الاستئجار الصادر عن الواعد يعتبر التزاماً قطعياً يتوجب الوفاء به من قبل الواعد بمجرد اقتناء البنك للمنقول أو العقار كما أوضحنا ذلك سلفاً.

ثالثاً- الوعد بالفضيل :

^١- والعلة من إنشاء هذه التصرفات القانونية هو أن الأشخاص في معاملاتهم يضطرون أحياناً إلى الحصول من الآخرين على وعود بالبيع والكرء وغيرها من الالتزامات المشابهة لهما دون أن يتقيدوا بالشراء أو بالاستئجار لسبب موضوعي يدفعهم لذلك ، والمثال على ذلك أن من يرغب في شراء سيارة أو عقار يجوز له الحصول على وعد بالتعاقد صادر عن البائع يستند عليه في إلزام هذا الأخير بتنفيذ وعده داخل أجل معين ، وذلك عقب تحققه من سلامة المبيع وتوفره على ثمن البيع وبالتالي فلا هو أضعاف فرصة الشراء ولا هو التزم بشيء.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



الوعد بالتفضيل التزام من الراغب في البيع بعدم تفضيل الغير على المشتري الموعود له فهو التزام ينشأ بإرادتين ولا تلتزم فيه سوى إرادة واحدة ، هي إرادة الراغب في البيع وأما المشتري الموعود له فإنه يظل مخيراً بين المطالبة بإتمام البيع أو العدول عن ذلك.

والوعد بالتفضيل شبيه بالوعد بالبيع والفارق بينهما يرجع إلى أنه في الوعد بالبيع ينشأ الالتزام بالوعد منذ صدوره عن الواعد والعلم به من طرف الموعود له ، أما في الوعد بالتفضيل فلا ينشأ إلا عند ثبوت الرغبة في البيع وأما قبلها فلا شيء على الواعد.

وتنتشر هذه النوعية من الوعود بشدة في المعاملات المنصبة على القيم المنقولة وذلك في إطار ما يعرف بخيارات شراء الأسهم (stock-option) بحيث يسوغ لمن صدر لفائدته الوعد بالتفضيل اقتناء الأسهم أو السندات بالأولوية عن باقي الأشخاص المعنيين بعملية الاكتتاب.

المطلب الثاني - جزاء التخلف عن الوفاء بالوعد :

لا مرأى في كون القوانين المعاصرة تعاملت بنوع من الحزم والجدية بشأن الحالات التي يتخلف فيها الواعد أو الموعود له عن تنفيذ الوعد الصادر عنه مسبقاً ، مقررّة في هذا الصدد العديد من الآثار الرامية إلى إقرار نوع من الحماية القانونية لصالح الطرف المتضرر دون أن تحرم الأطراف من التنصيص على الجزاءات التعاقدية أو الضمانات الاتفاقية التي من شأنها صيانة حقوقهم ومراكزهم القانونية. تبعاً لذلك ، وبغرض الإحاطة بهذه المسألة الشائكة ، ارتأيت تناولها من خلال معالجة أهم مقتضيات القانونية المنظمة للوعد بالتعاقد في التشريع المغربي (الفقرة الأولى) وكذا التشريعين المصري والفرنسي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - الوضع في القانون المغربي :

يعتبر المنشور الصادر عن والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكذا كفاءات تقديمها إلى العملاء، بمثابة الإطار المرجعي للوعد بالتعاقد في مادة المالية التشاركية المنظمة بموجب القسم الثالث من القانون البنكي المغربي الخاص بالبنوك التشاركية^(١). هذا وتدقيق النظر في المقتضيات المنصوص عليها بالمادتين ١١ و ٢٤ من منشور والي بنك المغرب السالف الذكر يتضح ما يلي :

- أن الأمر يتعلق بوعده أحادي بالشراء أو بالكراء صادر عن العميل لفائدة البنك.
 - أن هذا الوعد يكون ملزما للعميل بمجرد امتلاك البنك للعين محل التمويل بالمراجحة أو الإجارة ، وبعبارة أخرى فإنه يسوغ للواعد التحلل من وعده خلال المرحلة السابقة لامتلاك العين من طرف البنك.
 - لا يجوز أن يقتزن الوعد الأحادي بالشراء أو بالكراء الصادر عن العميل بوعده ملزم بالبيع أو بالكراء صادر عن البنك لفائدة العميل.

- ينقضي الوعد الأحادي الصادر عن العميل بمجرد ثبوت عدم تسليم البنك للعين لفائدة العميل داخل الأجل المحدد في الوعد أو في الحالة التي يقع فيها التسليم دون أن يتم ذلك وفقا للكفاءات المشتركة بشأن عملية التسليم أو عندما تختلف مواصفات العين عن تلك المنصوص عليها في الوعد أو أي وثيقة ملحقة به^(٢).

- يجوز للعميل التراجع عن الوفاء بوعده بالشراء أو بالكراء مقابل اقتطاع البنك من هامش الجدية إن وجد مبلغا لا يتجاوز في جميع الأحوال مقدار الضرر الفعلي المثبت الذي تحمله نتيجة امتناع الزبون عن الوفاء بوعده.

يتبين من هذه المقتضيات أن الوعد الأحادي بالشراء أو بالكراء الصادر عن العميل لا يكتسي في واقع الأمر الصبغة الإلزامية والشاهد على ذلك أن المنشور المذكور وإن اعتبره ملزما بحسب أحكام الفقرة

^١ - ويتعلق الأمر بالقانون رقم ١٠٣، ١٢ المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم ١٤، ١٤، ١٩٣ المؤرخ في فاتح ربيع الأول ١٤٣٦ هجرية الموافق ل ٢٤ ديسمبر ٢٠١٤، منشور بالجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد : ٦٣٢٨ ، الصادرة بتاريخ ٢٢ يناير ٢٠١٥ ، ص : ٤٦٢ .

^٢ - وتمثل لذلك بيان المقايسة المحرر من قبل المالك الأصلي للعين.

٢ من المادتين ١١ و ٢٤ غير أنه - بالمقابل - نظم بالمادتين ١٣ و ٢٦ الأحكام المطبقة على الحالات التي يتراجع فيها العميل عن الوفاء بالوعد مقتصرًا في هذا الصدد على تحويل البنك اقتطاع مبلغ نقدي مطابق لمقدار الضرر الفعلي الذي أصاب البنك جراء التخلف عن الوعد.

في السياق نفسه، تطرح هذه المقتضيات التنظيمية إشكالا محوريا يتعلق بالحالة التي لا يشترط فيها البنك مسبقا توصله بهامش الجدية لضمان تنفيذ العميل لوعده بالتعاقد، فهل يسوغ هنا للبنك المطالبة بالتعويض عن الإخلال بالوفاء بالوعد؟ أم يجوز له رفع دعوى قضائية في مواجهة العميل ترمي إلى إتمام البيع أو الكراء عن طريق القضاء؟ وما هي الوضعية القانونية السليمة بشأن الحالة التي يشترط فيها البنك غرامة تهديدية أو تعويض اتفاقي كبديل عن هامش الجدية؟ علما أن منشور والي بنك المغرب لم يلزم البنوك والنوافذ التشاركية بهامش الجدية، بحيث يسوغ للعميل إنشاء وعد بالتعاقد دون أن يلزم بدفع هامش الجدية شريطة موافقة البنك على ذلك.

نوجز القول هنا لنؤكد على أن التعويض عن الإخلال بالوفاء بالوعد يجد سنده بالمنشور الصادر عن والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكذا كفاءات تقديمها إلى العملاء ، بينما يستند في دعوى إتمام التعاقد على الأحكام العامة المنصوص عليها بالفصول ١٨ و ٢٥٩ من قانون الالتزامات والعقود وحثتنا في ذلك هو أن المادتين ١٣ و ٢٦ من هذا المنشور حصرتا التعويض في حدود الضرر الفعلي اللاحق بالبنك نتيجة لامتناع العميل عن إبرام عقد المراحة أو الإجارة دون أن تجيزا للبنك المطالبة بأي مبلغ الإضافي.

والحكم نفسه ينطبق على الحالة التي يشترط فيها البنك غرامة تهديدية أو تعويض اتفاقي في شكل شرط جزائي بحيث لا جدال في أن المبلغ الإجمالي للغرامة التهديدية أو التعويض الاتفاقي لا يمكنه أن يتجاوز حدود الضرر الفعلي الذي يظل مسألة واقع يدخل في إطار السلطة التقديرية للقضاء ، فلا معقب عليه في ذلك إلا من حيث التعليل طبقا للقواعد العامة للتقاضي.

بالمقابل ، نص الفصل ٢٥٩ من قانون الالتزامات والعقود على المقتضيات التالية : " إذا كان المدين في حالة مَطْل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين.

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكنا، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين.
وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة.
"لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة".

ينظم هذا الفصل الآثار القانونية لمطل الطرف الملتزم بتنفيذ التزام معين سواء كان محله مبلغا من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل^(١)، مانحا للطرف المستفيد من إحدى هذه الالتزامات التعاقدية إما مباشرة التنفيذ العيني أو المطالبة بالتنفيذ المقابل له والمتمثل في المطالبة بالتعويض كجزاء مدني عن الإخلال بالالتزامات وذلك في الحالة التي يتعذر فيها إعمال التنفيذ العيني الذي يرمي في الواقع إلى إجبار الطرف المماطل على إتمام تعهداته عن طريق القضاء.

وبإسقاط هذه المقتضيات على الوعد بالتعاقد يتضح أنه يجوز للموعد له، بعد إعدار الواعد كتابة من أجل إبرام العقد النهائي وثبوت مطله في تنفيذ ما تعهد به، إرغام هذا الأخير على الوفاء بالوعد وعند تعذر ذلك ساغ للموعد له طلب التعويض عن الفسخ^(٢).

من الناحية العملية، غالبا ما يتضمن المقال الافتتاحي للدعوى طلبا أصليا يلتمس من خلاله الموعد له إتمام التعاقد باعتباره التزاما للقيام بعمل يقع على عاتق الطرف الواعد، فضلا عن تضمن هذا المقال

^١ - وتجدر الإشارة إلى أن عبارتي الدائن والمدين تفسران بمعناهما الواسع بحيث يقصد بهما الطرف الملتزم ونظير الملتزم له والشاهد على ذلك أن هذا الفصل جاء بالباب الثالث من القسم الرابع من الكتاب الأول لقانون الإلتزامات والعقود المغربي، بحيث عنون الباب الثالث بعدم تنفيذ الإلتزامات وآثاره في حين عنون القسم الرابع بآثار الإلتزامات في حين = = عنون الكتاب الأول بالإلتزامات بوجه عام، مما يدل أن نية المشرع انصرفت إلى تنظيم الأحكام العامة للتنفيذ العيني والمقابل عند ثبوت مطل أحد أطراف الإلتزام.

^٢ - وقد استقر العمل القضائي لمحكمة النقض المغربية على أن " اتفاق طرفي الوعد بالبيع على الثمن الإجمالي للبيع ودفع جزء منه للبائع وعدم تحديد أي أجل لدفع الباقي، يخول للبائع الحق في إنذار المشتري بأداء المبلغ المتبقي من ثمن البيع، وأن عدم أداء ذلك في الأجل المضروب يجعله في حالة مطل في تنفيذ التزامه المبرر للمطالبة بالفسخ".

- قرار رقم ٢٥ صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ ٢١ يناير ٢٠١٤، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد ٧٧ لسنة ٢٠١٤، ص ١٧٠.

لطلب احتياطي يلتمس بموجبه الموعود له - في حال تعذر إتمام التعاقد - بالحكم لفائدته بتعويض مادي جابر للضرر الفعلي اللاحق به جراء تماطل الواعد عن الوفاء بالوعد.

وتجدر الإشارة إلى المادة ٤٠ من منشور والي بنك المغرب تطرقت أيضا للوعد الأحادي بتفويت أنصبة البنك لفائدة شريكه أو شركائه في المشاركة المتناقصة ، فما هي إذن خصوصيات هذا الوعد ؟ وما هو المقتضى القانوني الواجب التطبيق عندما يثبت إخلال الواعد بوعدته في إطار صيغ التمويل بالمشاركة المتناقصة ؟

عموما ، تتميز المشاركة المتناقصة عن النظم القانونية للاشتراك المجانسة لها ، بوجود وعد ملزم يقضي بتخارج أحد الأطراف من المشروع الممول عن طريق تفويت أنصبته في المشروع محل التمويل إما دفعة واحدة أو بالتدرج وذلك وفقا للشروط المتفق عليها بين الأطراف.

ولذلك فإن الوعد بالتخارج يشكل الآلية التنفيذية لتناقص أنصبة الطرف المتخارج^(١) تدريجيا إلى أن تنتهي العملية بتملك المتخارج له لمجموع أنصبة المشروع موضوع التمويل، وهو ما يظهر أن المشاركة المتناقصة ما انعقدت إلا بناء على رغبة البنك والشريك الممول في تنظيم أحكامها التعاقدية على أساس وعد صادر من أحد الأطراف بشراء نصيب الطرف الآخر ووعد من هذا الأخير بتفويت نصيبه للمتخارج له.

وعليه ، فإن الوعد هنا لا بد أن يكون ملزما لأطراف المشاركة بإتمام عملية التخارج دفعا لأي ضرر قد يلحق بأحدهما، بعلة أن البنك قد لا يحسن - مثلا - إدارة المشروع فيضطر إلى تفويته مستقبلا بخسارة لا تحتمل ، كما أن العميل لم يختصر صيغة المشاركة المتناقصة المعقدة مع البنك إلا رغبة منه بتملك المشروع الممول مستقبلا.

^١ - وقد ألزمت المادة ٤٠ من هذا المنشور أن يكون البنك هو الطرف المتخارج في المشاركة المتناقصة مع تحديد الأطراف لأجل التخارج وكيفياته شريطة أن تتم عملية التخارج وفقا للقيمة السوقية للأنصبة المفوتة بحيث لا يجوز أن يكون الوعد الأحادي بالتفويت بقيمة محددة مسبقا ولا يصبح ملزما إلا بعد إبرام عقد المشاركة.

كما نصت المادة ٤١ من نفس المنشور على أنه " يعتبر عقد المشاركة والوعد الأحادي بالتفويت وعقود بيع وشراء الأنصبة ثلاث وثائق منفصلة، بالنظر إلى الآثار التي تترتب عليها " .

الفقرة الثانية - الوضع في القانونين المصري والفرنسي :

نص القانون المدني المصري في مادته ١٠١ على أن " الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد "

يتضح من خلال هذه المقتضيات أن القانون المدني المصري - ويشاركه أيضا القانون المدني السوري والقانون المدني الليبي والقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني - اعتبر الوعد بالتعاقد بمثابة عقد تمهيدي دون أي يكتسي صبغة العقد النهائي، فهو بمثابة مرحلة تحضيرية تسبق التعاقد النهائي الذي يتم بمجرد إبداء الموعود له لرغبته في إبرام العقد النهائي بأي وسيلة قانونية معتبرة.

تأسيسا على هذا المعطى، فلا مراء أن الواعد يكون ملزما بإبرام العقد النهائي متى عبر الموعود له صراحة عن رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها، وإذا توفي الموعود له انتقل هذه الحق إلى ورثته باعتبارهم من الخلف العام.

وينعقد العقد الموعود به من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول للإيجاب المتمثل في الوعد ، وبعبارة أدق فالوعد بالتعاقد في القانون المصري وغيره من القوانين العربية السالفة الذكر له أثر كاشف للعلاقة التعاقدية وليس له أثر منشئ طالما أن تمام العقد وكماله يقترن بإبداء الرغبة من قبل الموعود له في تفعيل الوعد بالتعاقد وإظهاره للوجود في شكل عقد نهائي.

والملاحظ كذلك أن التشريع المصري يشترط - تحت طائلة البطلان - تضمن الوعد بالتعاقد لجميع العناصر الأساسية المتطلبية لصحة العقد المزمع إبرامه مستقبلا من قبل الأطراف مع مراعاة الشكليات المنصوص عليها بالقانون.

ولذلك فإذا كان محل الوعد بالتعاقد أحد التصرفات التي يستلزم القانون المصري تقييدها بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات الرامية إلى إنشاء حق عيني عقاري أصلي أو نقله أو تغييره أو زواله ، فإنه يتوجب والحالة هذه تسجيل ذلك الوعد وإشهاره بهذه المصلحة وإلا لحقه

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



جزاء البطلان المطلق ، مع التذكير بكون التصرف الباطل يعتبر فاسدا منذ صدوره فهو كالعدم في نظر القانون.

بناء على ما سبق ذكره ، يمكن القول على أن الوعد بالتعاقد في هذه القوانين يقع في مرحلة وسطى بين الإيجاب الملزم والعقد النهائي الذي قد يتم وقد لا يتم، ويستتبع هذا الأمر أنه في حال نكول الواعد عن تنفيذ وعده يحق للطرف الآخر مقاضاته لإجباره على الوفاء بما تعهد به شريطة تحقق شروطه الموضوعية والشكلية عند الاقتضاء ، ومتى حاز الحكم أو القرار الصادر عن القضاء قوة الأمر المقضي به قام مقام العقد ومن ثم لا حاجة لإبرام العقد النهائي طبقا لمقتضيات المادة ١٠٢ من القانون المدني المصري.

أما بخصوص القانون الفرنسي، فقد عمل المشرع الفرنسي على تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم ١٣١-٢٠١٦ الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦ القاضي بإصلاح قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، حيث تم تنظيم كل من الوعد بالترتيب وكذا الوعد الأحادي بالتعاقد وذلك على التوالي بموجب الفصلين ١١٢٣ و ١١٢٤ من القانون المدني الفرنسي.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي في الفصل ١١٢٤ السالف الذكر سار على نفس النهج الذي اتبعه المشرع المصري بشأن الوعد الملزم لجانب واحد ، مؤكدا بهذا الخصوص على ضرورة تضمين الوعد الأحادي جميع الشروط والأحكام الجوهرية التي تخص العقد النهائي المزمع إبرامه مستقبلا تنفيذا للوعد المذكور^(١)

^١ - وهو نفس التوجه المعمول به أيضا بالمملكة المغربية على مستوى القضاء المغربي حيث درجت محكمة النقض على القول بأنه " طبقا للفصول ١٩ و ٤٨٧ و ٤٨٩ من قانون الالتزامات والعقود ، فإن عقد البيع يشترط في انعقاده إذا ما أبدى الموعود له رغبته في إتمام البيع ، مطابقة إرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها العقد ، والذي يجب أن يتم فيه هذا التوافق كتابة في بيع العقارات وما يمكن رهنه رهنا رسميا ، ومحكمة الموضوع حين استخلصت أن إرادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن ، الذي لم يعين في العقد ، فإن قضاءها الذي انتهى إلى أن البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان العقد الذي هو الثمن ، وصرحت من تلقاء نفسها ببطلان الوعد بالبيع بطلانا مطلقا بقوة القانون لا الحكم بفسخه ، يكون قرارها مرتكزا على أساس قانوني سليم "

- قرار رقم ٤٠٤ صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ ٣١ يناير ٢٠١١ ، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد ٧٤ لسنة ٢٠١٢، ص.٤٥.

كشروط لصحته من الناحية القانونية ، كما أجاز للموعد له اللجوء إلى القضاء المختص بغاية المطالبة بالتنفيذ الجبري لمحل الوعد وذلك عندما يثبت أن الواعد عازم على التخلف عن الوفاء بوعدته الأحادي. وفيما يتعلق بالوعد بالترفضيل، فقد نص الفصل ١١٢٣ من القانون المدني الفرنسي على أنه يجوز للطرف المستفيد من الوعد بالترفضيل مطالبة الواعد بالتعويض الجابر للضرر اللاحق به بسبب خرقه للوعد المذكور وتفضيله لشخص آخر غير الموعد له.

كما منح هذا الفصل للموعد له إمكانية إقامة دعوى قضائية ضد الواعد والغير اللذين أبرما عقدا معينا دون مراعاة الوعد بالترفضيل، ترمي إلى بطلان هذا العقد أو يلتمس بموجبها من القضاء إحلاله محل الغير في العقد المبرم بين هذا الأخير والطرف الواعد شريطه إثباته لسوء نية ذلك الغير في الحالتين معا وذلك عبر تقديمه لدليل قاطع يؤكد علم الغير مسبقا بوجود وعد بالترفضيل.

المستخلص من المقاربة القانونية للوعد بالتعاقد هو وجود اختلاف بين الأحكام العامة المستمدة من النظرية العامة للالتزام كما هي منظمة بموجب القوانين المدنية المقارنة وبين الأحكام الخاصة المقننة للوعد الذي يكون موضوع إحدى صيغ التمويل الإسلامي ، ذلك أن التشريعات التي لا يوجد بها تقنين خاص بالمعاملات المالية الإسلامية ظلت وفيه للإطار القانوني للتصرفات الانفرادية التي تلزم الواعد فقط بالوفاء بالتزامه الاحادي ، بينما يظل الموعد له في حل من أمره إلا أن يعبر عن رغبته في تفعيل الوعد داخل الأجل المتفق عليه.

وعلى العكس من ذلك ، نظم القانون البنكي المغربي الوعد الأحادي الصادر عن العميل مقننا بدقة الآثار والالتزامات المترتبة عنه ، خالقا بذلك نوعا من التوازن بين الزبون والبنك التشاركي ، مما يبرز مدى الحاجة إلى إقرار قوانين بنكية تكون متلائمة مع خصوصيات المالية الإسلامية في أفق ترسيخ مبدأ مراعاة المصلحة المشتركة لأطراف العملية التمويلية المستمد من النظم القانونية المعاصرة.

١،٣ المنطلق المنهجي للبحث في موضوع الوعد الملزم

د. محمد لفريخي

مقدمة:

الوعد والمواعدة لهما أهمية كبيرة في المعاملات المصرفية لأن من شأنهما حفظ الحقوق، ودرء العبث والخسارة التي قد تلحق أحد الطرفين، وتحقيق الجدية لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"^١.

وإذا ما تبنت هذه الأهمية فإن التساؤل الذي ينبغي الجواب عنه في شق تصوري وتصويري هو: مفهوم المواعدة، وتمييزها عن غيرها تميزاً مفهوماً وفقهياً، قبل الحكم بمعرفة الآثار المترتبة على ذلك شرعاً؛ لأن الحكم عن الشيء فرع تصوره، وللجواب على الإشكال الدقيق اقترحت المحاور الآتية:

المحور الأول: الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة لطرفين وبين العقد ومدى تأثيرها شرعاً.

المحور الثاني: الفرق بين المواعدة الملزمة والبيع المعلق والبيع المضاف.

المحور الثالث: التخريج الفقهي للوعد الملزم لطرف واحد ولطرفين والفروق بينهما.

المحور الأول: الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة لطرفين وبين العقد ومدى تأثيرها شرعاً.

المواعدة في اللغة من الوعد، قال ابن فارس رحمه الله تعالى: "الواو والعين والداد كلمة صحيحة تدل على ترجية بقول"^٢ فالمواعدة في اللغة: ترجية متبادلة بين طرفين.

المواعدة الملزمة في الاصطلاح: التزام طرفين بأن يبيع أحدهما للآخر شيئاً مقابل أن يشتري هذا الأخير منه ذلك. وتكون ملزمة متى علقتم على شرط أو سبب أو دخل الموعود في كلفة أو صُرح بذلك.

أما العقد لغة، فقال فيه ابن فارس أيضاً: "العين والقاف والداد أصل واحد يدل على شد وشدة ووثوق..... والعقد في البيع إيجابه"^٣

١- رواه الإمام مالك وصححه الحاكم على شرط مسلم و رواه ابن ماجه والدارقطني.

١ معجم المقاييس في اللغة، باب الواو والعين وما يثنتهما.

٢ المرجع السابق، باب العين والقاف وما يثنتهما في الثلاثي

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



ومن خلال ذكر هذه الأصول اللغوية يظهر الفرق اللغوي واضحا بين المواعدة وبين العقد، فهل هذا الفرق نفسه يوجد في الاصطلاح الفقهي؟.

لاتكاد تجد من الفقهاء من يقول بأن الوعد(المجرد-البسيط) يرادف العقد، لما في الوعد من المرونة، ولما في في العقد من الشدة والثوق، لكن هل الأمر نفسه ينطبق على المواعدة عندما توصف بأنها ملزمة؟ أم أن الإلزام والشدة والثوق الموجودة في العقد يوجد في المواعدة عندما توصف بكونها ملزمة؟ إذا ما سلمنا هذه المساواة بناء على الجامع المشترك بينهما وهو الشدة والثوق، والتعليل الذي أورده بعض الباحثين واستدل له بقاعدة خاصة بتفسير العقد عند الاختلاف أو عدم الوضوح وهي: " أن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني"^١ فإنه يمكن أن نقول بأن المواعدة الملزمة عقد؛ لحصول التراضي (الإيجاب والقبول)، والإلزام الذي هو جوهر العقد. يقول ابن عرفة رحمه الله تعالى: العقد: الإيجاب والقبول من جانبين، والعقد فيه لزوم للعاقد على نفسه أمر من الأمور^٢ إذن فخاصية الإلزام التي يتميز بها العقد توجد في المواعدة الملزمة.

لكن هل المواعدة الملزمة عقد بيع؟ هذا هو بيت القصيدة في النقاش الفقهي، لأن الباحثين يشبهون المواعدة الملزمة بعقد البيع ويستدلون بأدلة العقد لا بأدلة عقد البيع، كما أنهم يعتبرون أنها ناقلة للملكية...^٣

ولتبيين الإشكال ينبغي أن نعرض لأهم الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة وبين عقد البيع، بعد ذكر أوجه الاتفاق.

فما هي أهم الفروق بين المواعدة الملزمة وبين العقد؟ وما تأثيرها الشرعي؟

المطلب الأول: الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة لطرفين وبين العقد.

^١ وهذه القاعدة التفسيرية تؤكد أن المواعدة ليس بيع الفروق التي سنبينها فيما بعد، فالمعاني هي ما يقصده الطرفان وهذه المعاني ليس هي عقد بيع وإنما الالتزام بانشاء عقد بيع

^٢ شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، تحقيق: أبو الأحضان - الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٩٩٣م، ص: ٢٣٦ بتصرف

^٣ انظر: مجلة المجمع، عدد: ٥، ج: ص: ٧٥٣ و٩٦٥. وانظر . نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية لنزيه حماد، نشر دار القلم دمشق، والدار الشامية بيروت، ودار البشير جدة، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



نعرض أولاً لأوجه الاتفاق وبعدها لأوجه الاختلاف، وذلك من خلال الآتي:

الفقرة الأولى: أوجه الاتفاق بين المواعدة الملزمة لطرفين وبين عقد البيع

المواعدة الملزمة لطرفين هي عقد من العقود؛ لما تقدم من وجود عنصر الإلزام الذي هو خاصية العقد، لكن هل هي عقد بيع؟

يقول ابن السبكي رحمه الله تعالى: "وصيغ العقود إنشاء خلافاً للحنفية"^١، فصيغة عقد البيع تنشئ البيع وتوجده، وصيغة الكراء تنشئ الكراء، وهكذا، لكن هل صيغة المواعدة الملزمة تنشئ البيع أو غيره؟ المواعدة الملزمة عقد وصيغ العقود إنشاء، لكنها لا تنشئ البيع وإنما تنشئ محل المواعدة الملزمة، وهو الالتزام بالبيع والشراء، وعليه فإن بين المواعدة الملزمة وعقد البيع أوجه اتفاق وأوجه اختلاف.

أولاً: أوجه الاتفاق بين المواعدة الملزمة لطرفين وبين عقد البيع

أوجه الاتفاق بينهما هي أوجه الاتفاق بين الالتزامات التبادلية ومحملها في الآتي:

١- الاتفاق في التراضي على المحل.

وإن كان محل التراضي في البيع هو الثمن والمبيع، ومحل التراضي في المواعدة الملزمة لجانين هو الالتزام بالبيع والشراء.

٢- الاتفاق في الأهلية المشترطة فيهما.^٢

٣- الاتفاق في شروط خلو التراضي من عيوب الإرادة وغيرها مما هو مناف لمقتضى العقد.^٣

ثانياً: أوجه الاختلاف بين المواعدة الملزمة لطرفين وبين عقد البيع.

أوجه الاختلاف هذه كثيرة جداً سأقتصر على أهمها باختصار وهي:

١- جمع الجوامع بشرح الحلي، دار الفكر بيروت لبنان، طبعة: ١٤٥٥هـ ١٩٩٥م. ١٦٣/٢-١٦٤.

٢- انظر بالنسبة للأهلية: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ١٧٢/٢ و ١٥٥ - حاشية المواق على هامش شرح الخطاب: ٥٩/٥ - شرح البهجة على تحفة ابن عاصم: ٢٩٣/٢.

٣- انظر: بداية المجتهد: ١٣٣/٢ - مواهب الجليل للخطاب: ٣٧٣/٤ وما بعدها وص: ٢٤٨ - حاشية الدسوقي على الدردير:

- ١- المواعدة الملزمة^١ ترتب: التزاما متبادلا بالبيع والشراء، وليس بيعا، بدليل اللجوء بعد ذلك إلى عقد البيع.
- ٢- المواعدة الملزمة ترتب التزاما بالبيع والشراء، أما عقد البيع فهو يرتب وجوب التسليم^٢ للمبيع الذي دخل في ملكية المشتري وخرج من ملكية البائع بمجرد عقد البيع لا بمجرد المواعدة الملزمة.
- ٣- المواعدة الملزمة لا ترتب التزاما في الحال (أي آثار البيع)، على عكس عقد البيع، فالالتزام الذي ترتبه المواعدة الملزمة هو: الالتزام بالبيع والشراء، ولا ترتب آثار البيع إلا مآلا عند تنفيذ محل المواعدة وهو البيع والشراء.
- ٤- الواعد الملتزم بالشراء لا يمكنه أن يفوت الشيء محل المواعدة، في حين أنه في عقد البيع يمكنه ذلك بمجرد حصول البيع.
- ٥- الواعد الملتزم بالبيع لا يمكنه أن يطالب قضاء بأن عقد البيع منعقد، وإنما يطالب بتنفيذ الالتزام الذي هو إنشاء العقد المتواعد بشأنه.
- ٦- الأثر المترتب على عدم تنفيذ عقد البيع هو إجبار المدين منهما على تنفيذ محل العقد (المبيع-الثمن) مادام ممكنا، أما الأثر المترتب على عدم تنفيذ عقد المواعدة الملزمة فهو التعويض عن الضرر والخسارة التي قد تكون لحقت أحد الأطراف ولو كان تنفيذ المواعدة الملزمة بالتعاقد ممكنا.^٣

١- في شكلها المعاصر لأن الذي يظهر من خلال الأمثلة عند السلف أنها لا يعقبها عقد بالبيع بل تكون هي البيع ولا يكون عقد آخر بالبيع بعدها، وهذا الذي يفهم من كلام الإمام الشافعي وغيره قال الإمام الشافعي: (وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال اشتر هذه وأرخصك فيها كذا فاشترها الرجل فالشراء جائز، والذي قال أرخصك فيها بالخيار إن شاء أخذت فيها بيعة وإن شاء تركه، وهكذا إن قال اشتر لي متاعا ووصفه له أو متاعا أي متاع شئت وأنا أرخصك فيه، فكل هذا سواء يجوز البيع الأول، ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار، وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال أبتاعه وأشتره منك بنقد أو دين، يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدداه جاز، وإن تباعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شئئين: أحدهما: أنه تباعا قبل أن يملكه البائع، والثاني: أنه على مخاطرة أنك إن اشترته على كذا أرخصك فيه كذا). انظر: - الأم ٣/٣٩.

٢ انظر: بقية آثار البيع بالنسبة للبائع والمشتري (تسليم المبيع، ضمان سلامة المبيع من حقوق الغير والعيوب الخفية، أداء الثمن استلام المبيع المصاريف الواجبة على المشتري..). لتمييز لك أكثر عن المواعدة الملزمة: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعر بن عبد السلام: ص: ١٣٢ - الفروق للقرافي ص: ١٢٢ - تبصرة الحكام لابن فرحون ص: ٢١٢ - الموطأ بشرح الزرقاني ٣/٩٨ وما بعدها.

٣- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي المناقشات، العدد: ٢، ١٣/٦٤٨.

٧- لو كانت المواعدة الملزمة عقد بيع لاكتفي بعقدها فقط كما هو الأمر في عقد البيع؛ مما يدل على أنها مرحلة تعاقدية، أو عقد أولي وابتدائي، من أجل إنشاء عقد نهائي هو البيع.

وخلاصة الأمر أن هناك فروقا متعددة بين المواعدة الملزمة في شكلها المعاصر وعقد البيع، سواء من حيث المفهوم اللغوي والاصطلاحي أو من حيث الآثار التي يترتبها كل من المواعدة الملزمة وعقد البيع، كما أن الآثار تختلف في حالة عدم التنفيذ، أما أوجه الاتفاق المشتركة بينهما فهي موجودة في كل العقود التبادلية، والفروق بينهما لا ينكرها إلا جاحد للتصور والتصوير ومتأول للتصديق بدون تصور والقاعدة: "أن الحكم على الشيء فرع تصورهِ" ^١ وإذا لم يسلم التصور فلا يسلم الحكم لأنه متفرع عنه، فهل مع هذه الفروق كلها يمكن أن نعتبر المواعدة الملزمة عقد بيع؟ اللهم إنه قياس مع وجود الفارق.

المطلب الثاني: التأثير الشرعي للفروق السابقة

اعتمادا على التحليل السابق المتعلق بالتصور، يظهر لنا أن هناك فروقا فقهية متعددة لا يمكن إنكارها، وأن هذه الفروق تترتب عليها أحكام شرعية متعددة متعلقة بآثار كل من المواعدة الملزمة وعقد البيع كما سبق بيانه في الفروق.

أما الأثر الشرعي الذي يجمع كل الآثار السابقة فإنه لا يمكن اعتبار المواعدة الملزمة في صورتها المعاصرة عقد بيع، ونبي عليه أحكاما شرعية أخرى، لأن المقدمة الأولى غير مسلمة (اعتبارها عقد البيع)، ولا يمكن أن نبي مقدمة ثانية على هذا، وهي أن في المواعدة الملزمة بيع الإنسان ما ليس عنده وما لا يملكه وغيرها من المقدمات، لنخلص إلى نتيجة غير مسلمة وهي: بيع الإنسان ما لا يملكه لا يجوز. فهذه النتيجة الشرعية غير مسلمة لافتقادها إلى مقدمات مسلمة ويمكن تصوير ذلك كالاتي:

| | |
|------------------|---|
| المقدمة الأولى: | المواعدة الملزمة عقد بيع |
| المقدمة الثانية: | وكل عقد بالبيع يجب أن يكون فيه البائع مالكا للمبيع |
| المقدمة الثالثة: | المواعدة الملزمة يجب أن يكون فيه البائع مالكا للمبيع |
| النتيجة: | المواعدة الملزمة لا تجوز لأنها بيع لشيء غير مملوك للبائع. |

^١ قال صاحب السلم: وقدم الأول عند الوضع *** لأنه مقدم بالطبع. أي أن التصور مقدم على التصديق. شرح أبي عبد الله محمد بن الحسن البناني على متن السلم في علم المنطق، دار المعرفة بدون تاريخ، ص: ٣٢.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

وعليه فاعتبار المواعدة الملزمة بيعا في غاية التكلف ومغالاة في الاحتياط وقياس مع وجود الفروق. واعتبارها بيعا يؤدي إلى القول بأنها ترتب كافة آثار البيع، وهذا غير مسلم كما سبق بيانه في الآثار. ولذلك غاية ما يذكره الفقهاء في هذا السياق أنهم يقولون: تشبه عقد البيع^١، وعليه فإنها تقاس على البيع وليست بيعا، لكن هذا قياس مع وجود فروق جوهرية بين المواعدة الملزمة وعقد البيع كما سبق بيانه، وعليه فلا يمكن تعدية حكم الأصل إلى الفرع لأن العلة في الفرع غير مسلمة، ومن شروط القياس وجود العلة في الأصل وكونها متعدية وموجودة في الفرع.

المحور الثاني: الفرق بين المواعدة الملزمة والبيع المعلق والبيع المضاف لمعرفة الفرق بين المواعدة الملزمة وبين البيع المعلق والبيع المضاف ينبغي تحديد مفهوم كل واحد من هذه العقود باختصار.

المطلب الأول: مفهوم المواعدة الملزمة والبيع المعلق والفرق بينهما

أولا: مفهوم المواعدة الملزمة والبيع المعلق

سبقت الإشارة إلى مفهوم المواعدة الملزمة والفرق بينها وبين عقد البيع، فالمواعدة الملزمة هي التزام طرفين بأن يبيع أحدهما للآخر شيئا مقابل أن يشتري هذا الأخير منه ذلك. أما البيع المعلق هو: "بيع علق لزومه على شرط أو شيء غير موجود لكنه ممكن الوقوع" وعليه فمتى وجد هذا الشيء لزم، العقد وإذا لم يوجد لم يلزم العقد. ومن البيوع المعلقة بيع خيار، وهو كما عرفه ابن عرفة: "بيع وفق بته أولا على إمضاء يتوقع"^٢ فهو بيع علق لزومه على إمضائه من لدن من جعل الخيار لمصلحته، يقول الشيخ خليل رحمه الله تعالى: "إنما الخيار بشرط"^٣.

^١ - انظر: المحلى لابن حزم، مسألة ١٥٠١ - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ١/١٤٠ - كشاف القناع: ٣/١٤٧ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٥/٢/٩٣٥..

^٢ - حدود ابن عرفة بشرح الرصاع ٢/٢٤٨.

^٣ - بالرح الكبير لأحمد الدردير: ٣/١٤١.

فالبيع المعلق هو بيع صحيح غير لازم وهو استثناء من القاعدة: "الأصل في العقد اللزوم" والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا بعث أو اشترت فقل لا خلافة ولك الخيار ثلاثة أيام"^١. وللقاعدة استثناءات أخرى يطول المجال بذكرها.

ثانياً: الفرق بين المواعدة الملزمة والبيع المعلق

لإدراك الفرق بين المواعدة الملزمة والبيع المعلق لا بد من الإشارة إلى أوجه الاتفاق قبل الحديث عن الفروق.

١- أوجه الاتفاق بين المواعدة الملزمة والبيع المعلق

تتجلى أوجه الاتفاق في الآتي:

- كل منهما عقد.

- كل منهما عقد ابتدائي ينتظره شيء آخر (عقد أو إمضاء)

- كل منهما يتوقف على التراضي من الجانبين.

- كل منهما يتطلب الأهلية للتعاقد والخلو من عيوب الإرادة.

٢- أوجه الاختلاف بين المواعدة الملزمة والبيع المعلق

- المواعدة ملزمة بتنفيذ محلها بمجرد الانعقاد، أما البيع المعلق فلا يكون ملزماً إلا عند حصول المعلق عليه.

- المواعدة الملزمة قد تكون في البيع وغيره من العقود، على عكس البيع المعلق فالتعليق من حيث الأصل خاص بالبيع.

- المواعدة الملزمة ترتب الحكم أي الأثر الخاص المترتب على التصرف الشرعي أما البيع المعلق فلا يرتب الحكم (الأثر الخاص) إلا عند حصول المعلق عليه.

- المواعدة الملزمة تتطلب عقداً آخر، وهو عقد البيع مثلاً بالنسبة للمواعدة الملزمة بالبيع، على عكس البيع المعلق فلا يتطلب إلا حصول المعلق عليه.

- البيع المعلق الثمن فيه محدد بصفة نهائية على عكس المواعدة الملزمة (ثمن الشراء بالإضافة إلى التكاليف)

٣- هل يمكن أن تعتبر المواعدة الملزمة لطرفين بيعاً معلقاً.

^١ - رواه البخاري في الأوسط وابن حبان والحاكم والبيهقي والدارقطني وغيره، بطرق وألفاظ مختلفة.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



على القول بأنها عقد بيع وهو مرجوح عندنا كما تقدم بيانه، يمكن اعتبارها بيعا معلقا على الشراء، أما على القول بأن المواعدة الملزمة ليست عقد بيع، فلا يمكن اعتبارها بيعا معلقا، وهذا الذي نراه حسب الفروق المتقدمة بين المواعدة الملزمة وعقد البيع من جهة والمواعدة الملزمة والبيع المعلق من جهة ثانية. المطلب الثاني: الفرق بين المواعدة الملزمة وبين البيع المضاف.

ليان الفرق بين المواعدة الملزمة والبيع المضاف لا بد من تعريفهما وإذا كان تعريف المواعدة الملزمة قد سبق، فإن الأمر سيقصر على تعريف البيع المضاف واستجلاء الفرق بينه وبين المواعدة الملزمة. أولا: تعريف البيع المضاف.

البيع المضاف هو: ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبلي معين. فهو بيع حصل فيه القبول، وأضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبلي معين، وذلك كأن يقول شخص لآخر: بعتك داري أو سيارتي الشهر المقبل أو الأسبوع المقبل أو يوم كذا لما يستقبل من الزمن المعين. وقد منعه أغلب الفقهاء لما فيه من الغرر بسبب ما يحدث من تغير في: ظروف أطراف العقد، أو السلعة محل العقد، أو الأسواق.

لكن هذه المخاوف كلها هي في البيع المؤجل الثمن، أكبر منها في البيع المضاف، كما أن الأمر يكون أخف متى تعلق الأمر بالعقار لما يتميز به من الثبات عكس بعض المنقولات والله أعلم.

ثانيا: الفرق بين المواعدة الملزمة والبيع المضاف

يتفق كل من المواعدة الملزمة والبيع المضاف في ارتباط آثارهما بزمن مستقبلي معين، لكن بينهما فروق جوهرية متعددة ومن أهمها يأتي:

* المواعدة الملزمة عقد منعقد في الحال، أما البيع المضاف فهو غير منعقد إلا في الزمن الذي أضيف إليه الإيجاب، وبالتالي لا تشترط الأهلية إلا في الزمن الذي أضيف إليه الإيجاب.

* المواعدة الملزمة ليس فيها تأجيل للإيجاب على عكس البيع المضاف.

* المواعدة الملزمة محلها التزام بالبيع والشراء، أما البيع المضاف فمحلها ثمن ومبيع.

المحور الثالث: التخريج الفقهي للوعد الملزم لطرف واحد والملزم لطرفين والفروق بينهما

قبل معرفة الفروق بينها من هذه الجهة ينبغي اقتراح التخريج الفقهي المناسب لكل منهما

المطلب الأول: التخريج الفقهي للوعد الملزم لطرف واحد والملزم لطرفين.

يختلف الوعد الملزم لطرفين عن الوعد الملزم لطرف واحد من حيث المفهوم والآثار؛ مما يترتب عليه الاختلاف في التخريج الفقهي لكل منها.

أولاً: التخريج الفقهي للوعد الملزم لطرف واحد

الوعد الملزم لطرف واحد هو: الذي يصدر من البائع أو المشتري ويتضمن وعداً ملزماً بالبيع أو بالشراء. ويكون ملزماً متى صرح بذلك في العقد أو دخل الطرف الموعد في كلفة نتيجة هذا الوعد كما تقدم في تعريف المواعدة الملزمة.

وإذا تعلق الوعد الملزم لطرف بالبيع فيمكن تخريجه على أنه يؤول إلى بيع خيار الشرط أو التروي، وعليه فيكون بيعاً معلقاً على شرط استعمال الموعد لخياره.

فهو بيع منعقد غير لازم بالنسبة لمن له حق الخيار، ولا يصبح لازماً له إلا عند استعمال حقه في إمضاء البيع متى تعلق الأمر بخيار التروي أو الشرط، أو بتحقق الشرط الذي وقف وعلق عليه اللزوم. ففي المذهب المالكي والحنفي، وقول في المذهب الشافعي، وفي رواية في المذهب الحنفي: أن التزامات العقد تكون متأخرة، ومؤجلة التنفيذ إلى أن تنتهي مدة الخيار.^١

فبالنسبة للواعد، فوعده ملزم إلى حين انقضاء أجل الخيار بالنسبة لبيع الخيار وهذا الأجل هو ثلاثة أيام بالنسبة للمنقول و شهر بالنسبة لل عقار كما ذكره الشيخ خليل رحمه الله^٢، أو إلى حين تحقق الشرط الذي وقف وعلق عليه الانعقاد.

وإذا حل الأجل أو تحقق الشرط ولم يقرر من جعل الخيار لمصلحته إمضاء العقد فإن الواعد يتحلل من وعده ويعود للحالة الأصلية قبل الوعد.

ثانياً: التخريج الفقهي للوعد الملزم لطرفين

^١ - انظر: لزوم عقد البيع وخياراته، مرجع سابق: ٢٥١٠

^٢ - انظر: الشرح الكبير لأحمد الدردير بحاشية الدسوقي: ١٤٢/٣.

سبق لنا الحديث عن الفرق بين المواعدة الملزمة أو الوعد الملزم لطرفين و بين عقد البيع، و خلصنا في ذلك إلى أن المواعدة الملزمة هي عقد لكنها ليست عقد بيع، لكن هناك من يرى أنها تشبه عقد البيع وعلى هذا فإن التخريج الفقهي للوعد الملزم لطرفين يختلف حسب الاعتبارين السابقين:

١ التخريج الفقهي للوعد الملزم لطرفين باعتباره عقدا وليس عقد بيع

إذا ما سلمنا بأن الوعد الملزم لطرفين عقدا وليس عقد بيع وأن محله بالأصالة ليس محل البيع، فإننا في هذه الحالة لا نحتاج إلى تخرجه على أي أصل ولا عقد من العقود، على أساس أنه سيكون عقدا مستقلا بذاته، ولا يؤدي إلى بيع الإنسان ما لا يملك، ويظهر من الآراء الفقهية والأدلة الشرعية أن الوعد الملزم، ملزم، وإنما الاختلاف في الوعد المجرد أو المطلق كما يظهر من خلال المناقشات الفقهية.

٢ التخريج الفقهي الملزم لطرفين على أنه عقد بيع.

أقصى ما قاله بعض الفقهاء المعاصرين بالنسبة للمواعدة الملزمة: أنها تشبه عقد البيع، وإن كان هذا الشبه تضعفه الفوارق بين الوعد الملزم وعقد البيع كما بيناه سابقا، وعلى التسليم جدلا أنه يشبه عقد البيع، فيمكن تخرجه على عدة عقود أهمها:

أ- الوعد الملزم لطرفين بمنزلة البيع المعلق

فالوعد الملزم بيع معلق على شرط تملك المصرف للسلعة، كما هو الأمر في بيع المراجعة مثلا، لكن هذا التخريج قد يتعارض مع قاعدة: "بيع الإنسان ما لا يملك لا يجوز" لكن نتساءل هنا، هل التعليق إنجاز وإنشاء لعقد البيع أو أنه تعليق لهذا الإنجاز إلى حصول المعلق عليه وبالتالي فالعقد منعقد غير لازم كما قدمنا في البيع المعلق.

ويجد هذا أصله في تطبيقات القياس المركب الأصل كما ذكره ابن السبكي:^١

وعليه فالبيع المعلق ليس فيه إنجاز للبيع، وإنما تعليق لزمه على شرط، فمتى تحقق الشرط، وهو ملكية البنك للسلعة، كما هو الأمر في عقد المراجعة مثلا، حصل لزوم البيع، وبالتالي لا يتعارض مع قاعدة: "بيع

١ - مرجع سابق: ٢/٢٢٢.

الإنسان ما لا يملك: والله تعالى أعلم. وقد سماه بعض الباحثين بيعا مؤجلا إلى ما بعد شراء المصرف السلعة وتملكه لها.^١

ب- تخريج الوعد الملزم لطرفين على عقد الاستصناع فالوعد الملزم لطرفين على القول بأنه بيع يقاس على عقد الاستصناع، بجامع أن كلا منهما عقد عوضي، فعقد الاستصناع استحسن جوازه مع أن فيه بيع الإنسان ما لا يملك، فكذلك الوعد الملزم لطرفين في عقد المراجعة مثلا.

والقاعدة في القياس أنه يشرط في الفرع وحكمه، مساواته للأصل وحكمه، فيما يقصد من عين أو جنس، يقول ابن السبكي رحمه الله في شروط الفروع " وليسوا الأصل وحكمه حكم الأصل فيما يقصد من عين أو جنس"^٢

فالمطلوب هو أن يساوي الفرع الأصل في عين العلة ونوعها أو في جنسها. وهذا متحقق.

ج- تخريج الوعد الملزم لطرفين على بيع السلم فبيع السلم عقد أجل فيه المبيع ومع ذلك أجازته الشرع لحاجة الناس إليه، والأمر نفسه يقال بالنسبة للوعد الملزم لطرفين في عقد المراجعة مثلا مؤجل بعض أقساط الثمن أيضا، فيكون مركبا من بيع السلم والبيع المؤجل الثمن.

ومعلوم أنه في أصول الفقه أن الحاجة قد تغني عن القياس وتعتبر دليلا، وعلى القول بعدم اعتبارها وهو رأي مرجوح أصولا فإننا نعلم إلى قياس الوعد الملزم لطرفين على عقد السلم بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة، وأن ما يدعيه البعض من الفروق بينهما غير مؤثر لأن العلة يشترط فيها أن تكون مطردة وهي المعاوضة كما أن المشتراط هو مساواة الفرع للأصل في نوع العلة أو جنسها كما تقدم والمساواة بهذا الاعتبار حاصلة بين العقدين.

د- تخريج الوعد الملزم لطرفين على حسب العقد الذي تعلق به الوعد.

^١ - انظر: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص: ٤٣٣ - التطبيقات المصرفية لعطية فياض ص: ٨٦ وما بعدها.

^٢ - مرجع سابق: ٢/٢٢٦

فالوعد الملزم لطرفين في عقد المراجعة الأمر بالشراء مثلا هو بيع مراجعة مع تأجيل الثمن، لكنه معلق على شرط واقف وهو حصول البنك و تملكه للسلعة فهو بيع منعقد غير لازم إلا بحصول الشرط المعلق عليه و بالتالي فهو تعليق للبيع وليس تنجيذا له وعليه فلا تنطبق عليه قاعدة المنع بهذا الاعتبار و الله اعلم. فهو عقد مركب من بيع المراجعة و البيع مؤجل الثمن لكن هذا التأجيل على أقساط.
المطلب الثاني: الفرق بين الوعد الملزم لطرف واحد والملزم لطرفين.
تتلخص هذه الفروق بناء على ما سبق في الآتي:

أولا: من حيث المفهوم

ثانيا: من حيث آثار كل منها

ثالثا: من حيث التخريج الفقهي لكل منها

وهذه الفروق واضحة مما تقدم.

نرجو الله التوفيق والسلامة والسداد.

٤, ١ النظرات الفقهية الأولية للمواعدة الملزمة:

- المواعدة الملزمة في السلم؛
 - المواعدة الملزمة في الاستصناع؛
 - المواعدة الملزمة في إجارة الموصوف في الذمة.
- الدكتور محمد والسو

بما أن الأحكام من قبيل التصديقات، فلا بد من التعرض للتصورات قبل الشروع في التصديقات ولو باختصار شديد فنقول:

لدينا هنا مصطلحات^١ متقاربة لا بد من التمييز بينها باختصار، وهما: الوعد؛ والالتزام؛ والعقد. وفي الأول نميز بين الوعد والمواعدة. وفي الوعد نميز بين الوعد المجرد والوعد الملزم. ثم نميز بين الوعد والالتزام، ثم بين هذه كلها وبين العقد، وكل ذلك باختصار قدر الإمكان.

المبحث الأول الوعد وحكم الوفاء به:

المطلب الأول: تعريف الوعد والفرق بينه وبين الالتزام:

المسألة الأولى: تعريف الوعد:

الوعد يكون من طرف واحد، والمواعدة: أن يعد كل من الطرفين الآخر. وقد عرّف ابن عرفة المالكي الوعد بقوله في مختصره الفقهي: "العدة: إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل، فيدخل الوعد بالحماله وغيرها، الوفاء بها مطلوب اتفاقاً".^٢ والوعد هنا كما يشير إليه التعريف وعد من طرف واحد لموعد بما وعد به الواعد، وهنا يؤخذ من التعريف ما يلي:

١ _ أن الوعد إخبار عن إنشاء وليس بإنشاء.

^١ هناك مصطلحات أخرى كالعهد والاتفاق واتفاقية الإطار، والاتفاق التمهيدي... لكن بما أن الاختصار مطلوب طلباً جازماً تركتها واكتفيت بما لا بد منه في نظري.

^٢ المختصر الفقهي لابن عرفة ٤٢، ٤٣ / ٩

٢ _ أن الوعد الذي قصده ابن عرفة هنا الوعد المتعلق بالمعروف كوعود التبرعات من الهبات وغيرها.

٣ _ أن قوله مطلوب الوفاء به أعم من قوله واجب أو مستحب، والأعم لا يستلزم أخص بعينه.

المسألة الثانية: الوعد والالتزام:

عرّف الحطاب الالتزام في سياق أركانه فقال: "وأما في عرف الفقهاء فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية.^١ ونظم الفقيه علي الأجهوري _ فيما نقله عنه عlish _ الفرق بين الوعد والالتزام فقال:

قرائن الأحوال أو سوق الكلام ≡ مورد فرق بين وعد والالتزام"^٢

المطلب الثاني: حكم الوفاء بالوعد:

المسألة الأولى: أنواع الوعد:

الوعد من حيث وجوب الوفاء به يمكن تقسيمه إلى قسمين:

١ _ وعد مجرد؛

٢ _ وعد ملزم.

فأما الوعد المجرد _ أو مجرد الوعد كما سماه القرافي على ما يأتي قريباً _ فلا خلاف في كونه مطلوب الوفاء به ديانة وأخلاقاً، وأن من صميم أخلاق المسلم الوفاء بالوعد عكس المنافق الذي إذا وعد أخلف،

^١ تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص: ١٦ ط: دار الكتب العلمية تح: السيد يوسف أحمد.

قلت: ولا حاجة إلى مناقشة تعريفه بما فيه من دور أو ترديد قد يجاب عنه بالتنويع...

^٢ منح الجليل شرح مختصر خليل لعlish ٢٩/٤



كما دلت على ذلك نصوص شرعية متضافرة.^١ قال الإمام القرآني: "أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به بل الوفاء به من مكارم الأخلاق"^٢

المسألة الثانية: حكم الوعد الملزم:

الوعد والعقد:

لدينا مقدمات ممهّدات قبل الحديث عن الفرق بينهما انطلاقاً مما يلي:

— الأصل في تعدد الألفاظ تعدد المعاني؛

— من القواعد الفقهية: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛^٣

— من القواعد الأصولية اللغوية: الكلام محمول على عرف المخاطب أبداً؛^٤

ومن الكليات الفقهية المقرية:

كل عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة.^٥

أن صيغ العقود إنشاء عند الجمهور خلافاً لأبي حنيفة، قال ابن السبكي في جمع الجوامع:

^١ منها قوله سبحانه: (يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون)

قال القرآني: والوعد إذا أخلف قول لم يفعل، وقال - صلى الله عليه وسلم - : "علامات المنافق إذا أوّمن خان وإذا حدث كذب وإذا وعد أخلف" فذكره في سياق الذم دليل التحريم ويروى قال - صلى الله عليه وسلم - "وأى المؤمن واجب" وهذه الأدلة تقتضي وجوب الوفاء مطلقاً. يراجع: (الذخيرة للإمام القرآني ٥/٤٢٠، ٤١٩ ط: دار الكتب العلمية.

^١ الفروق للقرآني (٤/٢٥)

منها: (يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون)

قال القرآني: والوعد إذا أخلف قول لم يفعل، وقال - صلى الله عليه وسلم - : "علامات المنافق إذا أوّمن خان وإذا حدث كذب وإذا وعد أخلف" فذكره في سياق الذم دليل التحريم ويروى قال - صلى الله عليه وسلم - "وأى المؤمن واجب" وهذه الأدلة تقتضي وجوب الوفاء مطلقاً. (الذخيرة للإمام القرآني ٥/٤٢٠، ٤١٩ ط: دار الكتب العلمية.

^٢ الفروق للقرآني (٤/٢٥)

^٣ ذكرها الرجراجي في مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل ١/٨٠ و ٢١٧ وذكرها التسولي في البهجة في شرح التحفة ٢/٤٦ و ٤٣٨ ط: دار الكتب العلمية تح: شاهين؛ وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال البهجة في شرح التحفة ص: ١٤٢؛ وذكرها والباجي في المنتقى ٤/٢٨٢ ط: السعادة وابن العربي في القيس ٢/٧٠٩ تح: ولد كريم - كلهم بألفاظ متقاربة.

^٤ يراجع جمع الجوامع في أصول الفقه للتاج السبكي بشرح المحلي وحاشية البناني ١/٣٢٨

^٥ الكليات الفقهية للإمام المقرئ ص: ١٢٥ ط: الدار العربية للكتاب تح: أبو الأحفان.

"وصيغ العقود كبعت إنشاء خلافا لأبي حنيفة."^١

وأما المواعدة بالسلم في المستقبل فليست إنشاء بل إخبار بالعزم على إنشاء.

فالحاصل أن لزوم الوفاء بالوعد قضاء فيه عند المالكية الأقوال الآتية:

قال الرزاق في المنهج:

هل يلزم الوفاء بالوعد، نعم \equiv ولا نعم بسبب أو أن لزم^٢

"أى هل يلزم الوفاء بالعدة أم لا؟ أربعة أقوال:^٣

الأول: يلزم مطلقا وهو معنى قوله نعم، أى نعم يلزم.

الثاني: لا يلزم مطلقا، وهو معنى قوله: لا، أى لا يلزم.

الثالث: يلزم أن وقعت على سبب وهو معنى قوله: نعم بسبب أى مع سبب.

الرابع: يلزم أن وقعت على سبب ودخل في ذلك السبب بخلاف غير الواردة عليه، وبخلاف إن لم

يدخل فيه وهو معنى قوله: "أو ان لزم" يعنى السبب وذلك بوقوعه، والدخول فيه، أى قيل نعم، وقيل لا،

وقيل نعم أبسبب ووقع ذلك السبب."^٤

قال ابن بطال: "واختلف الفقهاء فيما يلزم من العدة وما لا يلزم منها:

فقال الكوفيون، والأوزاعي، والشافعي: لا يلزم من العدة شىء؛ لأنها منافع لم تقبض، فلصاحبها

الرجوع فيها.

وقال مالك: أما العدة مثل أن يسأل الرجل أن يهب له هبة، فيقول له: نعم، ثم يبدو له ألا يفعل،

فلا أرى ذلك يلزمه، قال مالك: ولو كان ذلك في قضاء دين، فسأله أن يقضى عنه، فقال: نعم، وثم

رجال يشهدون عليه، فما أحراره أن يلزمه إذا شهد عليه اثنان.

^١ جمع الجوامع لابن السبكي بشرحه تشنيف المسامع للزركشي ١٠٢٧/٢

^٢ المنهج المنتخب للرزاق بشرح المنجور ١/ ٤٤٣ تحقيق محمد الشيخ محمد الأمين.

^٣ تراجع الأقوال أيضا في نوازل ابن هلال ص: ٤٥٣ ط: نجيبويه.

^٤ شرح المنهج المنتخب للمنجور ٢/ ٤٣٩ وما بعدها.

وقال ابن القاسم: إذا وعد الغرماء، فقال: أشهدكم أني قد وهبت لهذا من أين يؤدي إليكم؟ فإنه يلزمه، وأما أن يقول: نعم أنا أفعل ثم يبدو له، فلا أرى ذلك.

وقال سحنون: الذي يلزمه من العدة في السلف والعارية، أن يقول للرجل: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبنيها به، أو اخرج إلى الحج، وأنا أسلفك ما ييلغك، أو اشترى سلعة كذا أو تزوج وأنا أسلفك، ذلك كما يدخله فيه وينشئه به، فهذا كله يلزمه، قال: وأما أن يقول: أنا أسلفك وأنا أعطيك بغير شيء يلزمه المأمور نفسه، فإن هذا لا يلزمه منه شيء.

قال أصبغ: يلزمه في ذلك كل ما وعد به.^١

ومعلوم أن سياق كلام المالكية في هذا كله في التبرعات لا في المعاوضات، وهناك فروق بين البابين.

المطلب الثالث: من صور المواعدة في السلم:

(١) أن يتواعدة مواعدة ملزمة _ مثلا في ذي القعدة على عقد سلم في شهر محرم، _ فإن هذه مواعدة غير ملزمة، ولا يعد هذا تعاقدا شرعيا ولو جرى الوعد مجرى العقد عرفا؛ لما فيه من تأجيل العوضين.

^١ شرح صحيح البخاري لابن بطال ١١٤/٧

إذ من شروط بيع السلم تعجيل رأس المال كله، قال ابن أبي زيد في مختصره: " ... " ونهى عن الكالئ بالكالئ^١ فوجب تعجيل النقد في المضمون^٢ إلا إن تأخر كاليومين أو الثلاث بالشرط فلا بأس. أن المواعدة منهما على عقد سلم في المستقبل فوق ثلاثة أيام مواطأة على ممنوع تنزل منزلة شرط تأخير رأس المال وهو ينافي حكمة مجيء السلم على خلاف الأصل وهي دفع حاجة البائع إلى المال وهو ثمن المبيع قبل إحضاره.

وقد قال الباجي: "وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط إلى أجل السلم فلا يخلو أن يكون عينا أو غير عين، فإن كان عينا فاختلف فيه قول ابن القاسم، فقال: . مرة . يفسد السلم؛ ثم رجع عنه وقال: لا يفسد السلم ما لم يكن شرطا، وبه قال أشهب.

وجه القول بفساده ؛ لأنّ ذلك ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين؛ لأنّ عملها إليه آل. ووجه القول الثّاني أن عقدهما سلم من الدين بالدين، وهذا بما لا يفسده التفرق قبل القبض. وقال ابن وهب إن تعمد أحدهما تأخير رأس المال لم يفسد السلم، وإن لم يتعمده أحدهما فسّد السلم، ومعنى

١ هو حديث مالك في الموطأ برواية يحيى (جامع بيع الثمر) شرح الزرقاني للموطأ ٣/٣٢٣ ط: دار الفكر ١٤١٩ هـ ١٩٩٨ م؛ وأخرجه البيهقي في الصغرى ٥/٦٥ (باب ما لا ربا فيه ، وكل ما عدا الذهب والورق والمطعموم) رقم: ١٨٦٣ و في الكبرى ٥/٢٩٠ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين. رقم: ١٠٨٤٢

والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٢١ (باب بيع المصراة) رقم: ٥٥٥٤ ؛ قال في البدر المنير: "هذا الحديث مروى من طرق ، عن ابن عمر رضي الله عنه أحدها ؛ من طريق عبد الله بن دينار عنه قال : «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الكالئ بالكالئ ، وهو بيع الدين بالدين» رواه عبد الرزاق قال : ثنا الأسلمي ، ثنا عبد الله بن دينار عن ابن عمر فذكره ، والأسلمي هذا إن كان ابن أبي يحيى فالجمهور على تضعيفه ، وإن كان الواقدي فكذلك .

ثانيها : من طريق نافع عنه «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهي عن بيع الكالئ بالكالئ» رواه الحاكم في «مستدرکه» ، والدارقطني في «سننه» من حديث عبد العزيز بن محمد الدراوردي ، عن موسى بن عقبة ، عن نافع به ، قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم . قلت : وعبد العزيز من رجال الصحيحين لكنه معرّف بسوء الحفظ كما قاله أبو زرعة. " البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لسراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري المعروف بابن الملقن ٦/٥٦٧ تح: مصطفى أبو الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال الناشر : دار الهجرة للنشر والتوزيع؛ الرياض؛ السعودية ط ١: ٢٠٠٤-١٤٢٥

^٢ اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد القيرواني ٢/٤١٥ تح: عبد الكريم نجيب ط: مركز نجيبويه

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



ذلك أن يكون أحدهما فَرَّ ليفسد السلم، فإذا وقع العقد صحيحاً وتعلق به حق الآخر لم يكن للثاني أن ينفرد بإفساده، وهذا مبني على قولنا إنَّ الفارَّ من الأداء في الصِّرف لا يبطل الصِّرف، وإذا لم يفر أحدهما فقد رضياً بإفساده فيجب أن يفسد^١

نعم إن كان وعدا غير ملزم على أن الخيار لهما عند حلول الأجل المتفق عليه، فهذا لا بأس به ويندب الوفاء به ديانة.

(٢) أن يتواعدا على عقد سلم تحتل فيه بعض الشروط كأن يكون المسلم فيه معيناً، فهي مواعدة على ممنوع فحكمها حكمه، إذمن القواعد الفقهية عند المالكية: "الأصل منع المواعدة فيما لا يصح وقوعه في الحال حماية"^٢

(٣) أن يعلق السلم على شيء مترقب حدوثه في المستقبل، كأن يقول إن تسلمت تعويضات مادية عن أمر معين خلال شهر محرم فسأشتري منك كذا سلماً وتواعدا على ذلك، فهذا لا يصح ولو جرى العرف بتنزيل الوعد منزلة العقد، وذلك لما يلي:

١. أن فيه التعليق في البيع وهو لا يصح عند المالكية،^٣ ففي الزرقاني:

لا يقبل البيع تعليقاً إلا في مسألة وهي من اشترى عرضاً أو حيواناً أو عقاراً كما في صر ٤ وطلب البائع الإقالة، فقال له المشتري: أخاف أن تبيعه لغيري فقال: إن أو إذا بعته لغيرك فهو لك بالثمن الأول، أو بالذي أبيعه به فأقاله المشتري، فإذا باعه البائع لغيره فهو له إن باعه بالقرب كيوم ونحوه قياساً على القرب في بيع الثنيا كذا استظهره عج ٥ ... ومسائل التعليق ثلاث الأولى تعليق البيع وهذا لا ينعقد به إلا في المسألة السابقة وكذا لا ينعقد به النكاح قال عج:

لا يقبل التعليق بيع ونكاح ... فلا يصح بعت ذا إن جا فلاح

^١ المنتقى شرح موطأ مالك لأبي الوليد الباجي ٤ / ٣٠٠ مطبعة السعادة ١٣٣٢ تصوير دار الكتاب العربي بيروت.

^٢ ينظر البواقيت الثمينة لعلي الأنصاري بشرح السجلماسي ٥٠٩/٢ فقد نظمها بأمثلتها، لولا خوف التطويل لذكرتها. وإيضاح المسالك للنوشرسي ص: ١١٤ قاعدة: ٦٩ تح: الصادق الغرياني.

^٣ ينظر قواعد الفقه للمقري ص: ٤٠٧ قاعدة: ٨٤٨ تح: محمد الدردابي ط: دار الأمان ودار ابن حزم.

^٤ هو رمز للناصر اللقاني

^٥ هو رمز لعلي الأجهوري

أي إن ذلك ليس بعقد لا حالاً ولا مآلاً.^١

وهنا تجب الإشارة إلى أن العقد المعلق ليس كالوعد المعلق، فالوعد في غير ما يمنع وقوعه حالاً _ على ما سبق _ المعلق من الواعد على سبب يصدر عن الموعد باختياره إذا كان السبب تعلق حق الغير بذمة الموعد بسبب الوعد لازم الوفاء لما يلي:

١ _ أنه في حكم الالتزام، وذلك بسبب التعليق المؤدي إلى توريث الموعد.

٢ _ إعمالاً لعمومات النصوص الموجبة للوفاء بالوعد.

٣ _ مراعاة الخلاف قبل الوقوع أو بعده _ على الخلاف _ بمراعاة قول من أزم به مطلقاً.

والراجح عندي لزومه في الصور الآتية بالقيود السابق:

إن علق الموعد بذمته حقاً للغير بسبب الوعد، سواء تعلق الحق بالموعد به أو بغيره في ذمة الموعد بسبب الوعد، وهو ما يستفاد من تشهير الخطاب في التحرير إذ قال: "والرابع يقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعد بسبب العدة في شيء، وهذا هو المشهور من الأقوال."^٢

أن يجري عرف بإجراء الوعد مجرى الالتزام؛ لأنه إذ ذاك التزام لا وعد، وقد فرق العلامة الخطاب بين الوعد والالتزام فقال:

"وأما الفرق بين ما يدل على الالتزام وما يدل على العدة فالمرجع فيه إنما هو إلى ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال، فحيث دل الكلام على الالتزام أو على العدة عمل بذلك..."^٣

ج) أن يجري الوعد مجرى العقد عرفاً بمعنى إذا كان التواعد ملزماً عرفاً فإنه لازم لما يلي:

١ . قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

٢ . الكلية الفقهية القائلة: كل عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة.^٤

المبحث الثاني: -المواعدة الملزمة في الاستصناع.

^١ شرح الزرقاني لمختصر خليل بحاشية البناي ج: ٥ / ٤ _ ٥ بتصرف.

^٢ يراجع كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام للخطاب ص: ١٤٥ ط: دار الكتب العلمية.

^٣ تحرير الكلام ص: ١٥٣

^٤ الكليات الفقهية للإمام المقرئ ص: ١٢٥

الاستصناع طلب الصنعة، وهو من العقود الجائزة على خلاف الأصل، لأنه مندرج عند الجمهور ضمن عقد السلم، رخص فيه رفقا بالناس.

وعليه، فيما أن الاستصناع عقد لا وعد في راجح أقوال الفقهاء التي لم أستعرضها طلبا للاختصار فالوعد خلاف العقد، كما أن المواعدة خلاف الوعد، فالذي أراه _ والله أعلم _ بيانه بالإيجاز المطلوب فيما يلي:

١ _ لزوم الوعد ذي السبب دون المواعدة، وذلك كأن يعد المستصنع بالكسر الصانع بالشراء فيقوم الصانع بشراء المواد الأولية من أجله، فهذا توريط للصانع، فيجب على المستصنع الوفاء بالوعد، وهو جار على قول من ألزم بالوعد السببي من المالكية، ومن ألزم به مطلقا.

٢ _ المواعدة على الاستصناع إن عدت عقدا عرفا جرت عليها أحكامه لما يلي:

_ العبرة بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني.

_ العرف في ألفاظ العقود مقدم على اللغة.

ومن أحكامه تعجيل رأس المال (الأجرة) أو تأخيره لنحو ثلاثة أيام.

وإن لم تتضمن معنى العقد لم يلزم الوفاء بها، وإلا أدى إلى الكالئ بالكالئ جريا على أحكام السلم.

إذ من أهم شروطه: التعجيل المذكور في مجلس العقد أو حين المدة المذكورة، وتحديد أجل لتسليم

الشيء المصنوع، وأن لا يعين الصانع، ولا الشيء المصنوع، (وقول الإمام أشهب بجواز هذا أرفق بالناس)^١ كما تشترط بقية شروط السلم.

المبحث الثالث: المواعدة على إجارة^٢ الموصوف في الذمة:

المطلب الأول: عقد الإجارة عقد معاوضة:

معلوم أن الإجارة مندرجة تحت البيع بمدلوله العام، لأنها بيع منافع، وهو نوع من أنواع مطلق البيع،

وعليه فالإجارة تسري عليها جل أحكام البيع، جاء في الجامع لابن يونس: المتكاريان كالمبتاعين فيما يحل

^١ ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢١٦/٣

^٢ يطلق مصطلح "الإجارة" على بيع منافع الآدمي، ومصطلح "الكراء" على بيع منافع حيوان لا يعقل وغير حيوان.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



ويجزم؛ لأنها بيع منافع، فهي كبيع الأعيان.^١ فكراء ما في الذمة يعبر عنه عند المالكية بكراء المضمون، وهو يجري على أحكام السلم، ويعبر عنه بالسلم في المنافع، قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: ... وصورته إلى أجل مثل: أن يكتري منه في رجب أو شعبان للحج وعادة الناس في الخروج عندنا ببغداد في ذي القعدة فيقول: اكتريت منك كراء في ذمتك إلى الحج بعشرين ديناراً أو ما يتفقان عليه والأجل وقت خروج الناس، فإذا ثبت ذلك فيجب تعجيل النقد فيما يؤجل اعتباراً بالسلم؛ لأن في تأخيره كونه ديناً بدين...^٢ فأما إذا كان الكراء المضمون حالاً، وشرع في الركوب فلا يحتاج إلى نقد لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه في الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه...^٣

المطلب الثاني: من صور المواعدة في إجارة الموصوف في الذمة:

وعليه فالمواعدة عليه تأخذ الصور الآتية:

- ١ _ أن يتواعدا على على عقد كراء في الشهر القادم لشيء بهذه الشروط:
 - أ _ غير معين. ب _ غير واحد لابعينه من أشياء حاضرة.
 - ج _ غائب عن مجلس المواعدة. د _ موصوف بأوصاف لا تؤدي إلى تعيينه.
- فإن نزلت المواعدة منزلة العقد عرفاً أدى الأمر إلى عقد فيه تأجيل البدلين وهو الكالئ بالكالئ. قال ابن رشد: من شرط إجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين.^٤

^١ الجامع لمسائل المدونة لابن يونس الصقلي ٢٩/١٦

^٢ قال بعد هذا: فأما في الحج فعنه روايتان:

إحدهما: أنه لا يجوز تأخير النقد إلا في اليسير وهو الثلاث فدونه، والآخر أنه يجوز ويكتفي فيه بالعربان كالدنارين والثلاثة. فوجه الأولى أن في وجوب النقد ليخرج عن باب الدين بالدين، وإنما جاز التأخير في اليسير لأن الغالب في الأصول أن حكم الأكثر في حكم الجميع وأن الأقل لا حكم له.

ووجه الثانية أن تقدم العربان يخرج عن باب الدين بالدين، فقد تعجل الشيء من أحد الطرفين، ولم يكلف نقد الكل خيفة الغرر لأن المكري قد ينتفع في الثمن ثم يخلفه، وقد جرت العادة بذلك منهم، فكان الأصلح عقد العربان ليخرج عن الدين بالدين في جميع العقد ثم يكون الباقي كالوديعة عند المكتري أو كالرهن.

^٣ المعونة للقاضي عبد الوهاب البغدادي ١٠٩٥/١٠٩٦ بتصرف.

^٤ بداية المجتهد ١٤٧/٤ ط: دار الكتب العلمية.

وقال ابن أبي زيد في مختصره: بانبا على حديث النهي عن الكالئ بالكالئ " ... " ونهى عن الكالئ بالكالئ^١ فوجب تعجيل النقد في المضمون^٢

فحكم الكراء المضمون حكم السلم في جواز التأخير ثلاثة أيام، وإنما جاز التأجيل مع الشروع في استيفاء المنافع ولو حكماً لأن قبض أوائل المنفعة قبض لأواخرها، فلا يلزم ابتداء الدين بالدين المرتب على التأجيل وعدم الشروع، وهذا إذا كان العمل المشروع فيه يسيراً، فإن كان كثيراً وجب تعجيل الأجر، سواء شرع أم لا؛ إذ لا يكون قبض الأوائل كقبض الأواخر إلا في اليسير^٣.

وإن بقيت المواعدة على حقيقتها حيث لم تتضمن حكم الالتزام لم يجب الوفاء قضاء وإن وجب ديانة، وإلا فلا فرق بين المواعدة والعقد، نعم إن كان الوعد من طرف واعد وتعلق بذمة الموعود حق بسبب الوعد ألزم الواعد بالوفاء، لكونه متسبباً في ذلك.

٢ _ أن يتواعدا على عقد إجارة بالتعليق على شرط كإن جاءتني سيارة من كذا في الشهر القادم أكرهها لك بكذا، ويتواعدا على ذلك، ففي تعليق الكراء ما في تعليق البيع على المشهور من أقوال أهل العلم.

وأخيراً فقد اقتصر على المذهب المالكي مع الانتقاء منه خشية تجاوز القدر المطلوب من الصفحات.

وأعتذر عن التأخر في إرسال هذه السطور، كما أعتذر عن أي خلل أو نقص نظراً لالتزامات كثيرة سابقة صعب علي جداً التحلل منها، ولظرف صحي طارئ شغل بالي أياماً.

لذا وذاك أختتم بقول الشيخ خليل في مقدمة مختصره:

^١ تقدم تخرجه.

^٢ اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد القيرواني ١٥/٢ تح: عبد الكريم نجيب ط: مركز نجيبويه

^٣ ينظر البهجة في شرح التحفة ٢٩٣/٢ - ٢٩٤ بتصرف

((ثم أعتذر لذوي الألباب، من التقصير الواقع في هذا الكتاب، وأسأل بلسان التضرع والخشوع، وخطاب التذلل والخضوع، أن ينظر بعين الرضا والصواب، فما كان من نقص كملوه ومن خطأ أصلحوه، فقلما يخلص مصنف من الهفوات أو ينجو مؤلف من العثرات.))
والسلام عليكم ورحمة الله.

الحقائق القانونية والفنية وأثرها في الاجتهاد الفقهي المعاصر

وفيه من المطالب:

- حقيقة الوعد والالتزام والاتفاقية والعقد في القوانين المعاصرة، ومجالات استخدامها.
- ٢ حقيقة الوعد والالتزام والاتفاقية والعقد في القوانين المعاصرة ومجالات استخدامها

د/ عبد الحميد أخريف

مدخل :

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



الخيط الناظم بين هذه المفاهيم موضوع الدراسة هو الالتزام بمعناه القانوني. فهو الأثر والنتيجة التي تُفضي إليها المفاهيم الأخرى من وعد واتفاق وعقد. فالالتزام هو الرباط القانوني المكون من شقين: الدين (schuld) والمسؤولية عن عدم التنفيذ أو الإجبار على التنفيذ (hafting). و يترتب عنه حق شخصي (créance) لفائدة الدائن في ذمة المدين.

إن الالتزام في الاصطلاح القانوني العام هو ذلك الواجب القانوني التي يتعين القيام به ويمكن الإجبار عليه قضاء وتترتب مسؤولية قانونية عن عدم القيام به. وفي الاصطلاح القانوني الخاص يرتبط مفهوم الالتزام تحديداً بمجال المعاملات المدنية. وقد تأسس مفهوم الالتزام في بداية نشأته على علاقة الدائنية التي تربط بين المدين والدائن، والتي تمكن هذا الأخير من إلزام الأول بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. لذلك تم تعريف الالتزام بموجب هذه النظرية الشخصية بأنه رابطة قانونية بين المدين (وهو الذي يقع عليه تنفيذ محل الالتزام) والدائن (صاحب الحق في استيفاء محل الالتزام) يكون بموجبها المدين ملزماً بالوفاء بمحل الالتزام، الذي لا يخرج عن كونه قياماً بعمل أو امتناعاً عن عما أو تسليم شيء.

ومقتضى كون الالتزام رابطة قانونية يستوجب أن يكون له محل مشروع وسبب مشروع. فلا يسوغ إلزام شخص من قبل شخص آخر بالقيام بعمل خارج عن دائرة التعامل القانوني. كما لا يسوغ هذا الإلزام إذا كان السبب أو الباعث عليه غير مشروع.

وإذا كان اشتراط المشروعية في كل من محل الالتزام وسببه أمراً ضرورياً ولا غنى عنه، فإن اشتراط الرابطة الجامعة حتماً بين شخصين أصبح أمراً متجاوزاً في تحديد مفهوم الالتزام. فماهية الالتزام تكمن في موضوعه لا في أشخاصه. من هنا تطورت نظرية مادية في تعريف الالتزام تعتبره وضعياً قانونية يلتزم بموجبها شخص محدد بالقيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء معين للطرف المستفيد. بهذه النظرة تتحقق مرونة كبيرة في المعاملات تتمثل في ما يلي :

- إمكانية انتقال الالتزام إلى غير الأطراف المؤسسين له عن طريق حوالات الحق والدين والإنابات القانونية والحلول.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



- إمكانية إنشاء التزامات قانونية في غياب الدائن أثناء نشوء الالتزام، ويدخل في ذلك جل التصرفات القانونية الأحادية الجانب الناشئة عن الإرادة المنفردة كالوعد بجائزة والاشتراط لمصلحة الغير والوصايا والتأمين لمصلحة أطراف غير موجودين أثناء إبرام عقد التأمين. إلا أنها التزامات معلقة على شروط واقفة (التزامات موصوفة) أي أن آثارها القانونية لا تسري في جانب الطرف المستفيد إلا عند تحقق الشرط المعلق عليه الالتزام، كوقوع الولادة أو موت الموصي أو العثور على الشيء الموعود بجائزته.^١

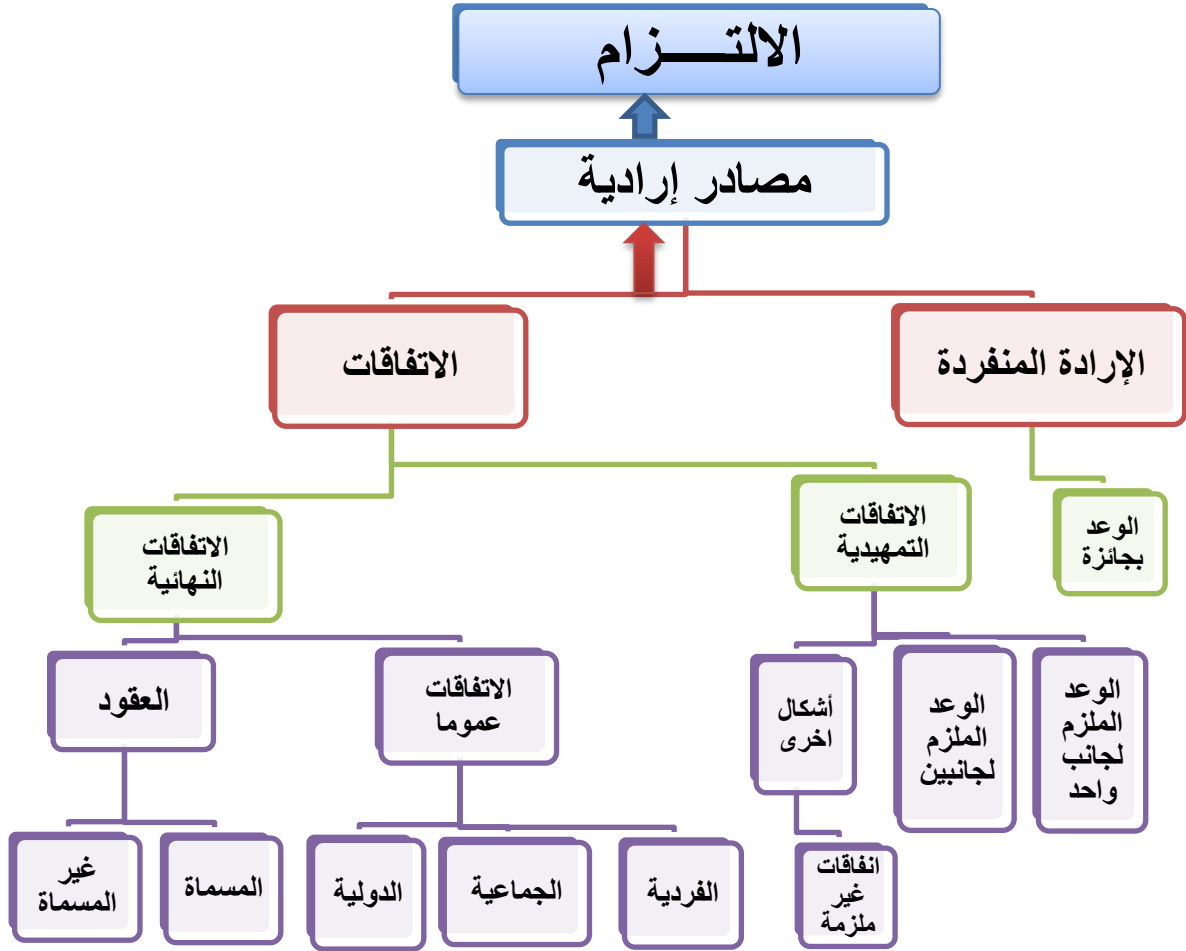
وللالتزام القانوني مصادر (أو أسباب) تنشئه. منها ما هو غير إرادي (كالعمل غير المشروع الذي يرتب المسؤولية المدنية) ومنها ما هو إرادي (كالاتفاقات والإرادة المنفردة) ومنها ما يكون مصدره القانون مباشرة.^٢

وواضح أن الذي يهمننا في هذا البحث هو **المصادر الإرادية للالتزام**، وهي المناسبة التي ستمكننا من بيان حقيقة كل من الوعد والعقد والاتفاقية (أو الاتفاق) من الناحية القانونية. والمصادر الإرادية للالتزام تقوم على فكرة أن إرادة الفرد لها سلطان وقدرة على ترتيب آثار يحميها القانون ويجعلها سببا للالتزام والإلزام. وإذا كان الغالب أن إرادة الفرد تحتاج إلى أن تلتقي مع إرادة شخص أو أشخاص آخرين لتتوافق على ترتيب التزامات قانونية (الاتفاقات عموما)، فإن الإرادة المنفردة يعترف بها القانون كمصدر مستقل لإنشاء التزامات قانونية (الوعد بجائزة الموجه للجمهور مثلا).

وسينحصر اهتمامنا في هذه الدراسة تحديدا، من داخل المصادر الإرادية للالتزام، على **الاتفاقات عموما**، وهو المصدر الذي ينقسم إلى اتفاقات تمهيدية واتفاقات نهائية.

^١ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (الكتاب الأول : نظرية العقد) دار الأمان، الرباط، ٢٠١٣، ص ١٦
^٢ - الالتزامات لا تقع تحت الحصر خاصة حينما يكون مصدرها الإرادة. فهذه الأخيرة لا يقيد حريتها في إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو إنائها إلا مشروعية المحل والسبب (إلى جانب الخلو من عيوب الإرادة بالطبع). لكن دأب فقهاء القانون على تصنيفها إلى تصنيفات نذكر منها ما يلي: الالتزامات الإيجابية والالتزامات السلبية، الالتزامات الأصلية والالتزامات الفرعية، الالتزامات ببذل عناية والالتزامات بتحقيق نتيجة أو غاية. المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها.

وسنعالج في إطار الاتفاقات التمهيدية مكانة الوعد من الناحية القانونية ومفهومه ودوره وأصنافه وأهم تطبيقاته، على أن نعالج في الاتفاقات النهائية مفهوم الاتفاق عموما ومختلف أصنافه وتطوراته إلى جانب مفهوم العقد تحديدا وأهم التطورات التي حصلت في هذا المفهوم. ولتوضيح مختلف العلاقات والروابط التي تجمع بين المفاهيم موضوع هذه الدراسة، آثرنا أن نبدأ بالخطاطة الآتية :



أولا : الاتفاقات التمهيدية (أو الأولية)

١- الوعد من منظور قانون الالتزام

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

يندرج الوعد من منظور قانون الالتزام ضمن المرحلة التمهيديّة لإبرام العقد أو ما يسمى بالمرحلة ما قبل التعاقدية (phase précontractuelle). فهذه المرحلة تكتسي أهمية كبرى في ما أصبح يعرف بالمسلسل التعاقدية، خاصة في العقود ذات الأهمية الاقتصادية والمالية الكبرى. حيث يكون من المتعذر إبرام العقد دفعة واحدة. لذلك تسبقه اتفاقات تمهيدية تتخذ صيغا ومسميات متعددة، وترتبت التزامات قانونية إما ناجزة أو معلقة على شروط أو محددة بآجال.

ونظرا لأهمية هذه المرحلة التمهيديّة، فقد عملت القوانين الحديثة على تنظيمها تنظيميا حديثا. حيث تُفرض فيها التزامات (كالاتزام بالإعلام والتبصير) وتُمنح حقوق (كالحق في التراجع أو الندم) حسب الحالات والأوضاع. وقد تميزت قوانين الاستهلاك الحديثة في تنظيم هذه المرحلة وذلك من أجل توفير أقصى ما يمكن من الحماية للمستهلك المقبل على إبرام مختلف عقود الاستهلاك مع المهني.

وفي هذا السياق يقوم الوعد "بمفهومه القانوني" بدور هام في تغطية التزامات هذه المرحلة. وهو في حقيقته تعهد منشئ للالتزام من الناحية القانونية (المادة ١٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي)^١ إذا لم يكن مجردا عن شروطه. لذلك ينبغي تعليقه على تحقق واقعة معينة. فمجرد الوعد لا ينشئ التزاما كما تنص على ذلك المادة ١٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وقد يكون الوعد ملزما لجانب واحد (ويكون الموعد له بالخيار)، كأن يتعهد المالك ببيع شيء لشخص إذا عبر عن عزمه الشراء دون أن يكون الموعد له متعهدا بالشراء. ويسمى في هذه الحالة اصطلاحا بالوعد بالتعاقد **Promesse de contrat**. والتزام الواعد هنا معلق على خيار الموعد له. لذلك فهو تعاقد غير نهائي لكنه يؤدي بشكل محقق إلى المرحلة النهائية إذا تحققت شروط تنفيذ الوعد (الالتزام). وقد يكون الوعد ملزما لجانبيين، كأن يتعهد شخص بالبيع لشخص يتعهد بالشراء إذا تحققت وقائع محددة في أجل معين. وفي هذا الحالة يسمى اصطلاحا بالعقد الابتدائي أو التمهيدي -avant- **contrat / compromis/ arrangement**.^٢ فدرجة قربه من الوصول إلى العقد النهائي تكون

^١ - الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له.

^٢ - هناك حالات يسبق العقد الابتدائي عقد التخصيص أو الحجز **contrat de réservation**. وهو قابل للتراجع عنه في أجل معين. كما هو في بيع العقار في طور الإنجاز. (المادة ٦١٨-٣ من قانون الالتزامات والعقود المغربي)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

أكبر لالتزام طرفي العقد واتفاقها على إبرام العقد بمجرد تحقق وقائع معينة. ومحل الالتزام هنا يكون معلقاً على تحقق الشرط أو الأجل.

وبذلك فالوعد يرتب من الناحية القانونية حقوقاً شخصية تمكن الدائن بها من إجبار المدين على تنفيذها ولا حق له في الرجوع عن التزامه وإلا تحمل المسؤولية التعاقدية عن عدم تنفيذ التزامه.

والوعد سواء كان ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبيين، فإنه يتخذ صورة اتفاق (convention). لأن الوعد الموجه لفائدة شخص محدد لابد أن يوافق عليه هذا الأخير. فالوعد ليس مجرد إيجاب أو دعوة للتعاقد، وإنما تعهد منشيء للالتزام (أو سبب من أسباب الالتزام) لذلك تلزم موافقة هذا الشخص. ومن هنا ضرورة تأطير هذه العملية باتفاق بين طرفي الوعد تحدد التزامات وحقوق كل طرف إضافة إلى سائر الشروط التي تصف هذه الالتزامات.^١ وأطراف هذا الاتفاق هما المتعهد والمتعهد له. هذا في حالة الوعد الملزم لجانب واحد. أما في حالة الوعد الملزم لجانبيين فيكون كل طرف متعهداً ومتعهد له في نفس الوقت. وقد اعتبرت بعض القوانين^٢ أن الاتفاق الذي يعُدُّ بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عُيِّنَت جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

إن القوانين الحالية وفي إطار بحثها عن ما يسمى "بالأمن التعاقدي"، مدعمة من طرف الفقه والقضاء القانونيين، تفرض أن تكون أية التزامات سابقة عن مرحلة إبرام العقد النهائي مؤطرة باتفاقات يترك للأطراف تحديد مضمونها أو يرجع فيها إلى النصوص القانونية التي تتدخل لتنظيمها في بعض الحالات.

١- الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي اتفاق كامل لا مجرد إيجاب. ولكنه ليس عقداً نهائياً وإنما خطوة أولية نحوه، لا يحول دون تحقيقها إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبيين. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢/١، ٢٠٢.

٢- المادة ١٠١ من القانون المدني المصري.

وقد وضع القانون المدني المصري أحكاما عامة للوعد بالتعاقد عموما حيث يأخذ حكم العقد الموعود بإبرامه. وتكون شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة مطلوبة في عقد الوعد ذاته.

كما حظي الوعد بالبيع بتنظيم حديث من طرف المشرع الفرنسي يجذر فيه على الواعد بالبيع من جانب واحد أن يطلب من الموعود له أي أداء وإلا كان وعده باطلا، بينما في الوعد الملزم لجانبين (المسمى أيضا بالبيع الابتدائي) يتعين على المشتري أن يودع مبلغا من ٥% إلى ١٠% من ثمن البيع.^١

أما في المغرب فقد حظي بيع العقار في طور الإنجاز بتنظيم مفصل تطرق إلى مرحلة الوعد وقبلها مرحلة الحجز أو التخصيص ثم مرحلة البية النهائي.^٢

وفي الأخير نشير أنه لا جدال في القانون في إلزامية الوعد بالتعاقد كيفما كان الشكل الذي يتخذه. وهو لا يندرج في خانة الإرادة المنفردة وإنما في خانة الاتفاقات عموما كمصدر من مصدر الالتزام. إلا أن طبيعة الالتزام فيه غالبا ما يكون موصوفا (أي معلقا على شرط أو أجل) كما انه لا يرتب للموعود له سوى حقوق شخصية (الالتزام بالقيام بعمل) وليس حقوقا عينية (انتقال الملكية مثلا).

ويطبق الوعد بالعقد على نطاق واسع في المجال العملي نظرا لتعذر إبرام العقد النهائي منذ الوهلة الأولى، إما بسبب الحاجة إلى توفير التمويل المناسب أو انتظار انتهاء الأشغال أو هما معا، وإما بسبب الحاجة إلى استصدار بعض الرخص أو الوثائق الإدارية، وغير ذلك من الحاجيات والمصالح.

ومن أكثر المجالات التي نجد فيها انتشارا واسعا للوعد بالتعاقد، مجال البيوع العقارية عامة وبيع العقار في طور الإنجاز خاصة. ففي البيوع العقارية خاصة منها الخاضعة لنظام الشهر العقاري العيني أصبح من المستقر عمليا أن يُبرم عقد البيع عبر مرحلتين : مرحلة الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانبين (compromis de vente) ومرحلة البيع النهائي. ونظرا للانتشار الواسع للوعد بالبيع في المجال العقاري فإن القانون الجبائي يعتبره خاضعا لرسوم التسجيل في أحوال معينة، كما أن قانون التحفيظ العقاري يسمح بتقييده تقييدا احتياطيا لفائدة الموعود له بالشراء بالمحافظة العقارية. وفي حالة تحقق شروط تنفيذ الوعد وتقايس المتعهد بالبيع وتحقق كل أركان وشروط البيع، يحق للمتعهد له بالشراء أن يرفع دعوى

^١ - المادة ١٥٨٩-١ من القانون المدني الفرنسي.

^٢ - القانون رقم ٤٤-٠٠ المعدل بالقانون ١٢-١٠٧ المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز (مؤرخ في ٣ فبراير ٢٠١٦).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



قضائية تسمى "دعوى إتمام إجراءات البيع". ويعتبر الحكم النهائي الصادر فيها بمثابة عقد بيع نهائي قابل للتقييد في المحافظة العقارية.

ومن المجالات الأكثر شيوعاً أيضاً لممارسة الوعد بالتعاقد هناك الإيجار الائتماني بأشكاله المختلفة (في المنقول والعقار)، ويتعلق الأمر بالإيجار المصحوب بوعد بالبيع مع منح خيار الشراء والإيجار المفضي للملك. وهذه عقود تمويلية محضة تستعمل تقنية الإيجار لإبقاء الملكية للممّول كضمان إلى حين استيفاء كامل الثمن عند نهاية الإيجار، فيكون الممّول ملزماً بنقل الملكية إن رغب المستأجر في ذلك إن كان له حق الخيار.

٢- صور أخرى من الاتفاقات التمهيدية : الاتفاقات "غير الملزمة"

تجدر الإشارة إلى أنه توجد اتفاقات لا تترتب عليها التزامات قانونية (*les conventions non-obligatoires*) وتندرج ضمنها أعمال المجالات كتوجيه الدعوات وقبولها مثلاً، حيث لا يترتب على الإخلال بهذا القبول مسؤولية تجاه موجه الدعوة.

كما تندرج ضمنها الأعمال المتعلقة بسير ومواصلة المفاوضات المؤدية إبرام العقود والصفقات، ماعدا إذا تم وقفها بشكل تعسفي أو بسوء نية من طرف واحد أو في مرحلة متقدمة من هذه المفاوضات. وتتعلق بها أيضاً الخدمات المجانية أو التطوعية أو أعمال المساعدة (*actes d'assistance*) على خلافٍ في ذلك بين الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث تُكَيَّف أحياناً بمثابة أشباه عقود (*quasi-contrat*) (فضالة بالتحديد / *gestion d'affaire*) أو عقود خدمة مجانية (*contrat de service gratuit*)^١.

ومثالها أيضاً التعهدات في المجال السياسي. وهو مجال خصب للتعهدات والاتفاقات غير الملزمة قانوناً. ومن الأشكال المتداولة في هذا المجال نجد **مذكرة التفاهم**. وهي وثيقة رسمية تُعدّ إيداناً ببدء العمل بين أطراف الاتفاق أكثر منها التزاماً قانونياً. ومن وظائفها أن تحدّد المجالات التي يمكن أن تكون محل

^١ - François TERRE et autres, Droit civil, les obligations, Dalloz Delta, 1996, p 46 et s.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



اتفاقات أو عمل مشترك وشروط هذا العمل المشترك ووضع جدولته لذلك. ولذلك تعتبر مذكرة التفاهم اتفاق شرف يفتقد للإلزام القانوني كما في الاتفاقيات والعقود مثلاً.

كما نجد ما يسمى أيضاً بالتوقيع بالأحرف الأولى، وهو مصطلح سياسي قانوني يتصف بصفة العمومية لا ينتج عنه أي نوع من الالتزام الفوري والقانوني، ولا ينتج أثراً قانونياً ولا ينشأ عنه حق أو التزام لأي طرف من الأطراف الموقعة. والغرض منه إعطاء فرصة لأطراف الاتفاق للتفكير والتروي والاستشارة والقيام بالتعديلات اللازمة قبل التوقيع النهائي أو التصديق على التوقيعات والأختام من قبل الجهات المختصة.

ثانياً : الاتفاقات النهائية

١- الاتفاق عموماً

الاتفاق في الاصطلاح القانوني عموماً (convention) (Agreement) أصلٌ ومصدرٌ رئيسي لترتيب الالتزامات القانونية. وجوهره هو تطابق إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. ويمكن أن تتمخض عنه سائر أصناف الالتزامات (مالية وغير مالية ، خاصة وعمامة). ولا يكون الاتفاق عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له، فإن كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد. لذلك يقال كل عقد هو اتفاق لكن ليس كل اتفاق عقد. فالاتفاق جنس genre والعقد نوع espèce من الجنس^١.

والاتفاقات لها مجالات واسعة في التطبيق بخلاف العقود، حيث لم تعد مقتصرة على المجال الفردي فقط وإنما ظهرت ما يسمى بالاتفاقات الجماعية. وحقيقتها أنها اتفاقات تشارك في إبرامها والتوقيع عليها أطراف محددة لكن آثارها تنصرف وتشمل أطراف أخرى ولو لم تكن موقعة. ومثالها اتفاقيات الشغل الجماعية التي تبرمها النقابات مع أرباب العمل وتمتد آثارها إلى سائر العمال سواء كانوا موقعين أو غير موقعين عليها منخرطين أو غير منخرطين في هذه النقابات.

ومثالها الأنظمة الداخلية والقوانين (اللوائح) الأساسية للجمعيات والاتحادات والشركات وما في حكمها. فأساسها اتفاقات تُعقد بين المؤسسين وتخضع أحياناً لإجراءات قانونية معينة لتصبح ملزمة.

¹ - François TERRE et autres, op.cit, p 40.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



وإذاك يخضع لمقتضياتها كل عضو منحرف أو مشترك أو منضم بشكل لاحق على التأسيس. وهذا الأثر الممتد لا يمكن للعقد بالمعنى الخاص أن يرتبه لأنه محكوم بمبدأ النسبية الذي يجعل آثاره مقتصرة على طرفيه فقط.

وفي مجال العلاقات بين الدول نجد مفهوم الاتفاقية، وهو اصطلاح يطلق على الاتفاق الدولي. ويقصد به وضع قواعد قانونية في إطار القانون الدولي ملزمة لأطرافها. وهي تستهدف إما ضبط وتوثيق الالتزامات بين الدول أو تقرير مبادئ وقواعد دولية عامة تتعهد الدول الموقعة باحترامها ورعايتها وإما تحقيق أهداف اقتصادية أو تجارية أو اجتماعية أو عسكرية أو تسوية نزاع بين الطرفين.

والاتفاقيات في القانون الدولي إما ثنائية أو متعددة الأطراف أو دولية تضم الدول الأعضاء في الأمم المتحدة مثل اتفاقيات حقوق الإنسان¹ وهي ملزمة متى صادقت عليها الأجهزة الوطنية المختصة في كل دولة. وتنص بعض الدساتير (ومنها الدستور المغربي) على سموها على القانون الوطني لكن في نطاق أحكام الدستور وقوانين الدولة وهويتها.

لكن القوة الإلزامية للاتفاقية الدولية ليست كالاتفاقات العادية بين الأفراد، إذ أن مبدأ سيادة الدولة يبقى راجحاً ويمكن للدولة الطرف أن تلجأ إليه للانسحاب من الاتفاقية أو بحميد عضويتها وما إلى ذلك من الآليات المتوفرة في مجال العلاقات الدولية.

٢ - العقد

العقد (Contrat/Contract) من الناحية الاقتصادية هو العجلة التي تحرك دواليب المعاملات التجارية والمالية وغيرها. أما من الناحية القانونية فهو أخص من الاتفاق كما اشرنا إلى ذلك أعلاه. وقد عرّفه القانون المدني الفرنسي سابقاً في المادة ١١٠١ الشهيرة بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو على نقله". و من ذلك يتضح أن الاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له.

وهذا اتجاه كلاسيكي قديم في القوانين اللاتينية يميز بين الاتفاق والعقد، نُقل عن الفقيهين عن بواتيه ودوما، لا ترى القوانين الحديثة أهمية في الإبقاء عليه. لذلك برز اتجاه في تعريف العقد دون تمييز بينه وبين

١- وقد تكون هناك بروتوكولات تابعة لاتفاقيات معينة تعمل على تعديل أو إضافة أو حذف بند من هذه الاتفاقية أو زيادة مدتها.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

الاتفاق. فقيل إن "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها". وقد قصد من إيراد هذا التعريف نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً^١. وقد هجر القانون المدني الفرنسي الحالي التفرقة بين الاتفاق والعقد مسائرا لتوجه الجديد في هذا المجال. وأصبحت صياغته لتعريف العقد في المادة ١١٠١ (تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦) كما يلي: "العقد اتفاق بين إرادات شخصين أو أكثر يرمي إلى إنشاء أو تعديل، أو نقل أو إنهاء التزامات"^٢. ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة الركيزة الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في القوانين اللاتينية. ويعني أن الإرادة الحرة للفرد هي أساس الدخول أو عدم الدخول في العلاقة التعاقدية. وهي التي يحرص على وجودها القانون للقول بأن العقد شريعة المتعاقدين، فهي أساس القوة الملزمة للعقد. وهذا المبدأ تقف وراءه فلسفة ليبرالية تؤمن بحرية المبادرة وبقدرة الإرادة على خلق التوازن بين المصالح والدفاع عن هذه المصالح. غير أن إرادة الطرف الواحد لا تكفي لقيام العقد في القانون. بل لا بد من توافقها وتطابقها مع إرادة طرف آخر أو أكثر على محل وسبب مشروعين، وإن كان الأثر القانوني المترتب قد لا يلزم سوى طرف واحد. ولهذا يعرف القانون عقودا ملزمة لجانبين وهذا هو الأصل وعقودا ملزمة لجانب واحد. كما يعرف عقودا عوضية كالبيع وعقودا تبرعية كالهبة مثلا. لكن كلاهما يعتبر عقدا يتطلب لإبرامه إيجابا وقبولا من طرفين. وهذا بخلاف الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام التي تعترف بها القوانين كمصدر مستقل للالتزام إلى جانب العقد^٣.

وبفضل مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، استطاعت الممارسة التعاقدية ترسيخ العديد من العقود الجديدة في مجالات عدة التي لم تكن معروفة من قبل كعقود التوزيع وعقود السفر وعقود الاشتراك في

^١ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج ١، ص ٧٩ وما بعدها.

^٢ - «*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*».

Article 1101 du code civil modifié par: Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

^٣ - MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) & CHABA (François), *Leçons de droit civil*, Les obligations, Montchrestien-Delta, 2000, p349 et s.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



الخدمات العامة وغيرها كثير. ولم تعقد دائرة العقود محصورة في ما تنظمه التشريعات كعقود مسماة (contrats nommés).

غير أن هذا التمجيد المفرط في الإرادة والحرية التعاقدية سرعان ما اصطدم بواقع التفاوت الاقتصادي والمؤسسي بين أطراف العلاقة التعاقدية، فأفرز واقع التعاقد عقودا إذعانية تغيب فيها كل فرص التفاوض وتتوارى فيها مظاهر التوازن العقدي، وانتشرت ظاهرة البنود التعسفية في العديد من العقود. ومن هنا بدأ الحديث عن أزمة العقد.

أمام هذا الوضع اضطرت القوانين الحديثة للتدخل من أجل تنظيم مجموعة من العقود بمقتضى قواعد وأحكام آمرة لا تترك لإرادة الأطراف هامشا لمخالفتها. فأصبحت التزامات الأطراف في بعض العقود محددة بنصوص قانونية الهدف منها حماية الطرف الطريف وتحقيق التوازن العقدي (كعقود العمل وعقود الاستهلاك). وذهبت بعض القوانين إلى حد منح القضاء سلطة مراجعة بنود العقد في حدود معينة إذا كانت مجحفة أو تعسفية (كالشروط الجزائية مثلا)^٢. وكذا إمكانية تخفيف بعض الالتزامات المرهقة بسبب ظروف موضوعية طارئة. وتكرست مجموعة من المبادئ في النظرية الحديثة للعقد كمبدأ التعاون العقدي والتضامن العقدي ومبدأ الاحتياط وواجب النصح والتبصير ومبدأ المسؤولية الاجتماعية بالنسبة للمقاولات، ونظرية الإمهال أو الميسرة وما إلى ذلك من المبادئ المشبعة بروح اجتماعية أو باعتبارات حمائية. وكل هذه المبادئ أصبحت تشكل قيودا على مبدأ الحرية التعاقدية أو تخفيفا من مبدأ سلطان الإرادة، إلى جانب القيود الكلاسيكية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والقيود الجديدة المتعلقة بالشكلية (formalisme) في بعض العقود التي يتطلب القانون إفراغها في إشكال معينة كالكتابة الرسمية (actes authentiques ou solennels) والشهر والتقييد في سجلات معينة (كالشهر العقاري أو السجل التجاري). وفي هذه الحالة نكون أمام عقود شكلية وليست رضائية.

١- العقد المسمى هو العقد المنظم من طرف المشرع بحيث يخصه باسم معين ويحدد شروطه وآثاره القانونية. أما العقد غير المسمى فهو العقد الذي لم يحظ بتنظيم خاص من طرف المشرع ويترك فيه المجال للإرادة لتحديد الالتزامات والشروط والآثار.

٢- "يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي". المادة ٢٦٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



في ظل هذه التطورات أصبحت الممارسة التعاقدية فعلا مجتمعا مسؤولا، لا يستحضر فقط المصالح الذاتية لأطرافه، وإنما يراعي المصالح الموضوعية للمجتمع، تحت طائلة ما يمكن أن نسميه بالمسؤولية عن الفعل التعاقدية.

أما في القوانين الانجلوسكسونية فحقيقة العقد لا تتمثل في الإرادة بشكل مجرد وإنما في المصلحة أو المقابل أو الاعتبار (*consideration*) والذي سيجنه (*benefit*) المتعاقد ويكون سببا في التزامه تجاه الطرف. فالعقد ينشأ بالأساس من خلال تبادل اقتصادي يوصف بالصفقة (*bargain*) أو *affaire* والالتزام المجاني لا يرتب أثرا قانونيا ولا يمكن الإكراه على تنفيذه لعدم وجود المقابل كيفما كانت طبيعته.¹

¹ - « A valuable consideration, in the sense of the law, may consist in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other ».

« Une considération ayant de la valeur consiste, en droit anglais, en un droit, intérêt, profit ou bénéfice revenant à une partie, ou une tolérance, préjudice, perte ou responsabilité donné, souffert ou souscrit par l'autre. »

Jack **Beatson**, Andrew **Burrows** and John **Cartwright**, *Anson's Law of contract*, Oxford University Press, Aug 2010

هذا في العقود الرضائية (*simple contract, promise, agreement*) أما في العقود الشكلية (*act under seal, deed, covenant*) (*speciality agreement*) فلا ضرورة " للاعتبار" فيه.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



تخصيص عموم النصوص بمقاصد الشارع المستنبطة منها

تأصيله الشرعي وتطبيقاته الفقهية

إعداد

أ.د. نزيه حماد

لمؤتمر أيوفي الدولي الخامس عشر للهيئات الشرعية

في البحرين ١٢، ١٣ ابريل ٢٠١٧م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

وبعد: فيتألف هذا البحث من فصلين:

الفصل الأول

التعريف بالموضوع وتأصيله الشرعي

(أ) التعريف بالموضوع:

موضوع هذا البحث قاعدة أصولية بالغة الأهمية، كثيرة الفروع والتطبيقات الفقهية، تتعلق بأصول التشريع ومباني استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية، نصَّ على اعتبارها والاعتداد بها جمعٌ من الأئمة الأعلام، وجرى على الأخذ بها، والبناء عليها، والعمل بمقتضاها، والتعليل بها جلُّ الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، وتنوع مدارسهم ومناهجهم، وتغيّر أزمانهم في ما لا يحصى من المسائل والقضايا والفتاوى والأقضية، ما بيّن موسّع ومضيق، و موافق في الفهم والنظر ومخالف، عندما يظهر للفقيه والمجتهد تعارضٌ وتنافٍ بين دلالة لفظ الشارع وبين ما يُفهم من مراده وغرضه وقصده الجزئي من تشريعه، بدلالة السياق أو قرائن الحال أو غير ذلك من الدلائل، وذلك بالجمع بين القطبين: دلالة لفظ النص القرآني أو الحديثي، ومقصد الشارع من تشريعه فيه، على وجه يحقق التوفيق و الوئام بينهما، مبناه "تخصيصُ عموم اللفظ بالمقصد الجزئي المستنبط من النص" بحيث لا يُقدَّر التخالف الظاهرُ بينهما تناقضاً، ولكن تنافياً يستدعي التأويلَ والبيان، إذ "التخصيصُ من باب البيان"¹ عند الأصوليين.

قال القرآني: "التخصيصُ إنما هو بيانُ المراد باللفظ العام"². وقال أيضاً: "القاعدةُ المتفقُ عليها: أنَّ المخصَّصَ من شرطه أن يكون منافياً لظاهر العموم، فما لا ينافيه لا يكون مخصَّصاً له"³

¹ ميزان الأصول للسمرقندي ص ٣٠٤

² العقد المنظوم في الخصوص والعموم للقرآني ٨٣/٢

³ العقد المنظوم ٩٣/٢

ولذلك يتعيّن المصيرُ الى التخصيص لاستحالة التناقض في كلام الشارع^١.

وقد أطلق الأصوليون على هذه القاعدة عناوين متعددة: (منها) تخصيصُ النص بالمعنى المستنبط منه^٢. (ومنها) تخصيص العموم بالنظر إلى المعنى^٣. (ومنها) تخصيص عموم النص بالمعنى^٤. (ومنها) تخصيص النص بالمعنى الباعث على تشريعه، المستنبط منه، وهو الحكمة أو العَرَضُ أو المرادُ بها كُلُّها: تخصيصُ عموم النص بالمعنى الباعث على تشريعه، المستنبط منه، وهو الحكمة أو العَرَضُ أو المرادُ أو القَصْدُ الذي استهدفه الشارع الحكيم من تشريعه^٥.

قال الغزالي: " إنَّ المعنى إذا كان سابقاً الى الفهم جاز أن يكون قرينةً مخصّصةً للعموم^٨ وقال الإسنوي: " مسألة: المشهورُ من قول الأصوليين، ومن قول الشافعي أيضاً؛ أنه يجوزُ أن يُستنبطَ من النصّ معنيٌّ يخصّصه". ثم ذكر عدداً من الفروع الفقهية لهذه القاعدة الأصولية^٩.

^١ إدرار الشروق على أنوار الفروق لابن الشاط ١٨٠/١

^٢ إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١١٥/٣، البحر المحيط للزركشي ٣٧٨/٣، طرح التثريب للحافظ العراقي ٧٤/٦، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقن ٤٩/٧.

^٣ إحكام الأحكام ١٩/٣، الاعلام لابن الملقن ٧٩/٦.

^٤ رياض الأفهام شرح عمدة الأحكام للفكهاني في ٢٢٠/٤.

^٥ طرح التثريب ٧٥/٦.

^٦ رياض الأحكام ٥٨٣/٣، ٢١٥/٤، ٢٢٠، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص ٣٧٥، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للغزالي ص ٨٠-٩٦، المستصفي للغزالي ٣٢٦/٢، البحر المحيط ٣٧٨/٣.

^٧ انظر الموافقات للشاطي ٣٩٣/٢، أحكام القرآن لابن العربي ٧٥٥/٢، شفاء الغليل ص ٨٢.

^٨ المستصفي ٣٢٦/٢.

^٩ التمهيد ص ٣٦٩.

(ب) التأصيل الشرعي للقاعدة:

يرتكز التأصيل الشرعي للقاعدة على ثلاثة أسس:

الأساس الأول [حتمية اعتبار دلالات ألفاظ النصوص]

وذلك لأنَّ الله تعالى خاطبَ العرب بكتابه بلسانها على ما تعرفُ من معاني ألفاظها و أساليب بيانها، ولا يمكنُ أن يُفهم خطابُ الله إلاَّ على سَنَنِ اللسان العربي^١. ولذلك قال الأصوليون: "إنَّ الشريعةَ عربيَّةٌ، وإذا كانت عربيَّةً فلا يفهمها حقَّ الفهم إلاَّ مَنْ فَهَمَ اللغةَ العربيَّةَ حقَّ الفهم"^٢. و "أنَّ الله خاطبَ العربَ بكتابه بلسانها على ما تعرف من معانيها"^٣.

ولأنَّ دعوى (أنَّ مقصد الشارع ليس في هذه الظواهر، ولا مايفهم منها، وإنما هو أمرٌ آخرٌ وراءه) مقولةُ الباطنية التي يراد بها هَدْمُ الشريعة وإبطالها^٤. وعلى ذلك:

- * قال ابن القيم: " فالواجبُ حَمْلُ كلامِ الله تعالٍ ورسولِهِ، وحَمْلُ كلامِ المكلفِ على ظاهره، وهو الذي يُقصدُ من اللفظ عند التخاطب، ولا يتمُّ التفهيمُ والفهمُ إلاَّ بذلك"^٥.
- * وقال ابن تيمية: "عِلْمُ الكتاب والحكمة التي علَّمها النبي صلى الله عليه وسلم أصحابَهُ وأُمَّتَهُ لا يكون إلا بمعرفة حدود ما أنزل الله على رسوله من الألفاظ والمعاني والأفعال والمقاصد"^٦.
- * وقال الخطيب البغدادي: "يجبُ أن يُحمَل حديثُ رسول الله صلى الله عليه وسلم على عمومهِ وظاهره، إلاَّ أن يقوِّمَ الدليلُ على أنَّ المراد به غيرُ ذلك، فَيُعَدَّلَ إلى مادِّ الدليلِ عليه"^٧.

والأساس الثاني [ضرورة مراعاة المعاني التي قصدها الشارعُ من ألفاظ النصوص وتقديمها عليها]

^١الموافقات ١١٧/٤، ٦٥/٢

^٢الموافقات ١١٥ /٤

^٣الموافقات ١١٧/٤

^٤الموافقات ٣٩٢/٢

^٥إعلام الموقعين ١٢٧/٣

^٦مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٩١/١٥

^٧الفتاوى والمنتقى ٥٣٧/ ١ رقم ٥٧٩

وموجب ذلك كما بيّن الإمام الشاطبي أربعة أمور:

أحدها: "أنّ الاعتناء بالمعاني المثبوتة في الخطاب هو المقصود الأعظم، بناءً على أنّ العرب إنما كانت عنايتها بالمعاني، وإنما اصطَلَحَتْ الألفاظ من أجلها. وهذا الأصل معلومٌ عند أهل العربية. فاللفظ إنما هو وسيلةٌ إلى تحصيل المعنى المراد، والمعنى هو المقصود"^١.

والثاني: "أنّ القرآن أنزل على لسان معهود العرب في ألفاظها الخاصّة وأساليب معانيها، وأنها فيما فُطِرَتْ عليه من لسانها تُخاطَبُ بالعامّ مراداً به ظاهره، وبالعامّ يراؤُ به العامُّ في وجهه والخاصُّ في وجهه، وبالعامّ يُراد به الخاصُّ، وبالظاهر يُراد به غير الظاهر، وكلُّ هذا معروفٌ عندها، لا ترتابُ في شيءٍ منه هي ولا من تَعَلَّقَ بعلم كلامها"^٢.

والثالث: "أنّ كلام العرب على الإطلاق لا بُدَّ فيه من اعتبار معاني المساق في دلالة الصيغ، وإلا صار ضحكةً وهزئةً. ألا ترى الى قولهم: فلانٌ أسدٌ أو حمار، أو عظيمُ الرماد، أو جبانُ الكلب. وفلانٌةٌ بعيدةٌ مهوى القُرط ... وما لا يخصُرُ من الأمثلة لو اعتُبر اللفظُ بمجردده، لم يكن له معنىٌ معقولٌ. فما ظنُّكَ بكلام الله وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم"^٣.

ثم قال: " فالعملُ بالظواهر على توسُّعٍ وتغالٍ بعيدٌ عن مقصود الشارع، كما أنّ إهمالها إسرافٌ أيضاً"^٤.

والرابع: "أنّ قَصْدَ الشارع من المكلف أن يكون قَصْدُهُ في العمل موافقاً لقصده سبحانه في التشريع"^٥.

^١الموافقات ٨٧/٢

^٢الموافقات ٦٥/٢

^٣الموافقات ١٥٣/٣

^٤الموافقات ١٥٤/٣

^٥الموافقات ٣٣١/٢، ثم قال الشاطبي: " والدليل على ذلك ظاهرٌ من وُضِعَ الشريعة، إذ إنها موضوعةٌ لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلافَ ما قَصَدَ الشارع، لأنَّ المكلفَ خلقَ لعبادة الله، وذلك راجعٌ إلى العمل على وَفْقِهِ القَصْدِ في وضع الشريعة، وهذا محمولُ العبادة، فينالُ بذلك الجزاءَ في الدنيا والآخرة". (الموافقات

"وَأَنَّ كُلَّ مَنْ ابْتغى فِي تكاليف الشريعة غيرَ ما شُرعتَ له فقد ناقضَ الشريعة، وكلُّ من ناقضها فعمله في المناقضة باطل"^١.

* وقال إمام الحرمين الجويني: "ومَنْ لم يتفطنَ لوقوع المقاصد في الأوامر والنواهي فليس على بصيرة في وضع الشريعة"^٢.

* وقال ابن القيم: "وما مَثَلُ مَنْ وَقَفَ مع الظواهر والألفاظ، ولم يُراعِ المقاصد والمعاني إلا كَمَثَلِ رجل قيل له: لا تُسَلِّمَ على صاحب بدعة، فَقَبَّلَ يَدَهُ وَرَجَلَهُ ولم يُسَلِّمَ عليه. أو قيل له: إذهب فاملاً هذه الجِرَّةَ، فذهب وملاًها، ثم تركها على الحوض، وقال: لم تُفَلِّئني بها"^٣.

* وقال أيضاً: "التعويلُ في الحكم على قَصْدِ المتكلم، والألفاظُ لم تُفَصِّدْ لنفسها، وإنما هي مقصودةٌ للمعاني والتوصلُ بها إلى معرفة مراد المتكلم، ومرادُهُ يظهر من عموم لفظهِ تارةً، ومن عموم المعنى الذي قَصَدَهُ تارةً، وقد يكونُ فهمُهُ من المعنى أقوى، وقد يكونُ من اللفظ أقوى، وقد يتقاربان"^٤.

* ثم قال: "فمتى عُرِفَ مرادُ المتكلم بدليلٍ من الأدلة وَجَبَ اتِّباعُ مراده، و الألفاظُ لم تُتَّصَدَ لذواتها، وإنما هي أدلةٌ يُسْتَدَلُّ بها على مراد المتكلم، فإذا ظَهَرَ مرادُهُ وَضَحَ بأي طريق كان عُمَلَ بمقتضاه... فاللفظُ الخاصُّ قد ينتقل الى معنى العموم بالإرادة، والعامُّ قد ينتقل الى الخصوص بالإرادة"^٥.

وإنَّ من أعظم ثمرات أعمال هذا الأساس إغلاق الأبواب وسدِّ الذرائع الى الحيل الفاسدة الخبيثة التي يُراد منها التوسُّلُ إلى فعلٍ ما حَرَّمَ اللهُ واستباحةِ محظوراتهِ، لأنَّ هدفها والغرضُ منها العَوْدُ على مقاصد الشارع من أحكامه بالنقض والإبطال.

^١ الموافقات ٢/٣٣٣

^٢ البرهان ١/٢٠٦ ف ٢٠٥

^٣ إعلام الموقعين ٣/١٢٧

^٤ إعلام الموقعين ١/٢١٧

^٥ إعلام الموقعين ١/٢١٨

وقد أشار إلى ذلك الشاطبي بقوله: "وتجري هنا مسائل الحيل أمثلةً لذلك المعنى، لأنَّ مَنْ فَهَمَ باطنَ ما خوطب به لم يَحْتَلْ على أحكام الله، حتى ينال منها بالتبديل والتغيير. ومَنْ وقف مع مجرد الظاهر غير ملتفتٍ الى المعنى المقصود اقتحَمَ هذه المتاهات البعيدة"^١

وبناء على ما عرضنا من الاعتبارات لم يخالف أحد من الفقهاء - في الجملة - في اعتبار هذه القاعدة والعمل بمقتضاها غير أتباع المذهب الظاهري، حيث إنهم نفوا القياس والاعتبار بالمعاني والعلل والحكم، ووقفوا عند ظواهر ألفاظ النصوص، و اكتفوا بمدلولاتها، وأعرضوا عن النظر إلى مقاصدها و أغراضها وغاياتها، حتى انتهوا إلى أقوال غريبة وآراء شاذة ومنحرفة عن جادة الحق والصواب، ووقعوا في ورطة التوقف عن إثبات الأحكام فيما لم يُرَوَّ فيه عن الشارع حكمٌ من الحوادث والنوازل والوقائع المستجدة، وهو موقفٌ خطير يُخشى على المتردد فيه أن يكون نافياً عن شريعة الإسلام صلاحها لجميع العصور والأقطار^٢.

وقد نبّه إلى خطورة منهجهم القاضي أبو بكر ابن العربي حيث قال - تعليقاً على زعم بعض الفقهاء أن المتوضى إذا غَسَلَ رأسه بدل المسح لم يُجزئه لقوله تعالى: {وامسحوا برؤوسكم} [المائدة: ٦] - : "هذا توجُّه في مذهب الداوودية الفاسد في اتباع الظاهر المبطل للشريعة، الذي ذمّه الله تعالى في قوله {يعلمون ظاهراً من الحياة الدنيا} [الروم: ٧]"^٣.

ثم قال: "إنَّ العملَ بظواهر الألفاظ مبطلٌ للشرع"^٤.

وقال الشيخ عبد الوهاب خلاف: "إغلاق باب التأويل كلّهُ، والأخذُ بالظاهر دائماً - كما هو مذهب الظاهرية - قد يؤدي الى البعد عن روح التشريع، والخروج عن أصوله العامة، وإظهار النصوص متخالفة، وفتح باب التأويل على مصراعيه بدون حدٍّ واحتياطٍ قد يؤدي الى الزلل والعبث بالنصوص ومتابعة الأهواء"^٥.

^١ الموافقات ٣/٣٩٠

^٢ انظر مقاصد الشريعة الاسلامية لمحمد الظاهر ابن عاشور ص ٢٤٢

^٣ أحكام القرآن ٢/٥٧٣

^٤ الأحكام الصغرى للقاضي ابن العربي ١/٣٤٣

^٥ علم اصول الفقه لخلاف ص ١٦٦

والأساس الثالث: [أن تقديم مقصد النص الجزئي على دلالة ظاهره بتخصيص عمومه تقتضيه ظنيّة الفاظ العموم وأولوية الجمع والتوفيق بينهما]

لا يخفى أن تخصيص العموم عند الأصوليين معناه " إخراج بعض ما يتناوله العام، بحيث لو خَرَجَ يبقى اللفظ العام معمولاً به في الباقي" ^١، وأنه من باب البيان للنص ^٢، وأنّ منزلته في الكشف عن معاني التخاطب عظيمة جداً، لأنّ العموم لا يكون مراداً في كثير من الأحيان، فلو لم يُعمَلِ التخصيص لحدّث في التخاطب فساداً عظيماً.

ومبنى الأخذ بتخصيص مقصد النصّ الجزئي لعموم ظاهر لفظه ببعض احتمالاته عند ظهور تعارض بينهما أمران:

(الأمر الأول) أنّ دلالة لفظ العموم عليه ظنيّة على الراجح من مذاهب الأصوليين ^٣، بمعنى أنّ العام الذي لم يدخله تخصيص ظنيّ الدلالة على كل فرد بخصوصه ^٤. وعلى ذلك قال الشاطبي: "لا يقتصر ذو الاجتهاد على التمسك بالعام حتى يبحث عن مخصّصه، وبالمطلق حتى ينظر: هل له مقيّد أم لا؟ إذ إنّ حقيقة البيان في الجمع بينهما، فالعام مع خاصّه هو الدليل" ^٥.

^١ ميزان الأصول للسمرقندي ص ٣١١

^٢ ميزان الأصول ص ٣٠٤، العقد المنظوم ٨٣/٢

^٣ ميزان الأصول ص ٦٩٢

^٤ قال الزنجاني: " ما من صيغة من صيغ العموم إلّا و يُحتمل أن يكون مراد المتكلم منها الخصوص، فتمكّن فيه شبهة عدم العموم مقارناً لوروده، وإذا تطرّق الاحتمال ذهب اليقين.

ودليل الاحتمال أمران (أحدهما) أنّ اللفظ العام قابل للتأكيد، كقوله: جاءني الرجال كلّهم أجمعون. فلولا أنّ فيه احتمالاً لكان التأكيد زيادةً عربيّةً عن الفائدة. (والثاني) أن قول القائل: جاءنا الرجال كلّهم، يقينٌ في الثلاثة، مشكوكٌ في الزيادة، فلا يُحمَلُ على المشكوك فيه قطعاً ويقيناً، وإنما يُحمَلُ عليه مع الاحتمال. ثم دليل الجواز من كتاب الله تعالى قوله: ﴿الذين قال لهم الناس إنّ الناس قد جمعوا لكم فاخشوهم﴾ [آل عمران ١٧٣] وأراد به البعض". (تخرّيج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٣٢٦)

^٥ الموافقات ٣١٢/٣

* وقال المازري: "لا يباح للفقهاء أن يفتي بأول خاطر يسنح له، ولو عَرَضَ له قياسٌ لم يجز له أن يفتي به حتى يفحص عن الشريعة، هل فيها خبر يخصه أم لا؟ أو قياسٌ يخالفه أو قادحٌ يقدح فيه، وكذلك العموم، لا يجوز لأحد أن يفتي به حتى يثق بأنه لا معارض له ولا مخصص"^١.

* وقال ابن سريج: "لا يجوز التمسك بالعام ما لم يستقضي في طلب المخصص، فإذا لم يوجد بعد ذلك مخصصٌ، جاز التمسك به في إثبات الحكم"^٢.

* وقال الشاطبي: "العموم إن لم يكن مكرراً ولا مؤكداً ولا منتشرراً في أبواب الفقه، فالتمسك بمجرد فيه نظر، فلا بُدَّ من البحث عما يعارضه أو يخصه... فإنه مُعَرَّضٌ لاحتمالات، فيجب التوقف في القطع. بمقتضاه حتى يُعَرَّضَ على غيره أو يُبحث عن وجود معارض له"^٣.

(والأمر الثاني) أن فيه جمعاً وتوفيقاً بين مقصد النصّ ودلالة لفظه وعملاً بهما معاً، وذلك أولى من إعمال أحدهما مع إهمال الآخر، إذ الشأن في المقصد أن يكون موافقاً لدلالة الصيغة ومقوياً لها، والتعارض أو التنافي غالباً ما يكون في بعض الأحوال والتطبيقات العارضة، فإذا كان بوسع المجتهد التوفيق بينهما بتقديم إعمال المقصد في تلك الحالات الاستثنائية، مع إبقاء دلالة اللفظ فيما عداها فهو أولى وأجدد بالإعتبار، وبناءً على ذلك يتعيّن المصير إلى التخصيص لاستحالة التناقض في كلام الشارع.

وهو قولٌ جُلَّ الراسخين في العلم من الفقهاء والأصوليين كما ذكر الإمام الشاطبي، في قوله: "الطريق الثالث: أن يقال باعتبار الأمرين جميعاً، على وجه لا يُجِلُّ فيه المعنى بالنصّ، ولا بالعكس، لتجري الشريعة على نظامٍ واحدٍ لا اختلاف فيه ولا تناقض، وهو الذي أمّته أكثر العلماء الراسخين، فعليه الاعتماد في الضابط الذي به يُعرّف مقصد الشارع"^٤.

وقال إلكيا الهراسي في "المدارك": "إنَّ المعنى الذي يُفهم من العموم في النظر الثاني ربما نراه أوفقَ لموضوع اللفظ ومنهاج الشرع، وذلك تنبيهٌ إمّا بنحو الخطاب ومُخْرِجِ الكلام، وإمّا بإمارةٍ أخرى تفصل بالكلام،

^١العقد المنظوم في الخصوص والعموم للقراي ١٤٩/٢

^٢العقد المنظوم ١٥٠/٢

^٣الموافقات ٣٠٧/٣

^٤الموافقات ٣٩٣/٢

وذلك راجحٌ على ما ظهر من اللفظ. وهذا المعنى لا يُقدَّرُ مخالفاً للفظ، لكن يُقدَّرُ بياناً له. فالذي فهمناه أولاً العموم، ثمَّ النظرُ الثاني يبيِّنُ أنَّ المرادَ به الخصوص، فَعُلِّبَ معهودُ الشرع على معنى ظاهر اللفظ"^١.
ملاحظة:

من الجدير بالذكر في هذا المقام: أن عملية تخصيص عموم النصوص بمقاصد الشارع الجزئية المستنبطة منها بدلالة السياق أو قرائن الحال أو غير ذلك، بحيث لا يُتجاوزُ بألفاظها معانيها، ولا بمعانيها ألفاظها، بل يُعطى اللفظُ حَقَّةً والمعنى حَقَّةً، يشترط فيمن يتصدى لها أن يكون "فقيه النفس"، وذلك قدرٌ زائدٌ على مجرد فهم اللفظ وعمومه وخصوصه - الذي هو قدرٌ مشتركٌ بين سائر من يعرفُ لغةَ العرب - و ليس طريقته الاستنباط، إذ موضوعات الألفاظ لا تُنالُ بالاستنباط، وإنما تُنالُ به العلل والحكْم والمعاني والأشباه والنظائر ومقاصد المتكلم، وفقيه النفس هو مَنْ يُقدر على فهم لوازم المعنى ونظائره ومراد المتكلم بكلامه، ومعرفة حدود كلامه، بحيث لا يَدْخُلُ فيها غيرُ المراد، ولا يخرجُ منها شيءٌ من المراد^٢.

ومصطلح "فقه النفس" مشهورٌ على ألسنة الأصوليين، وقد درجوا على استعماله في معرض كلامهم عن شروط المفتي الذي يجيب عن الحوادث والنوازل، فيُظهِرُ حكمها للمسائل، سواء بلغ مرتبة الاجتهاد أو لم يبلغها. ومرادهم به: أن يبلغ مرتبةً عاليةً في فهم النصوص، ودقة الاستنباط منها، وإدراك الواقع وملاساته، والقدرة على التمييز بين المتشابه من الفروع بإبداء الفروق والموانع، والجمع بينها بالعلل والحكْم والأشباه والنظائر، بحيث تصبح هذه الأمور ملكةً قائمةً في نفسه. وهذه المنزلة والمرحلة العلمية تكون في الغالب جبليّة، يُجْبَلُ عليها الإنسان كالذكاء والبلادة، وقد يبلُغها الذكي بالتعلّم والدربة على الأقيسة، واستنباط

^١ انظر البحر المحيط للزركشي ٣/٣٧٨

^٢ إعلام الموقعين ١/٢٢٥

العلل، و إبداء المناسبات فيها، مع التعمق في فهم النصوص ومدارك الأحكام، والمجموع والفروق والموانع والنظائر^١.

الفصل الثاني

تطبيقات الفقهية

لقد خرَّج الفقهاء على اختلاف مذاهبهم مجموعة كبيرة من المسائل والفروع والجزئيات الفقهية في أبواب الفقه المختلفة على هذه القاعدة تفوق العَدِّ والحصر، وقد رأيت اختيارَ جملةٍ متنوعةٍ منها كنماذج يكفي عرضها لايضاح الموضوع وبيانه.

المسألة الاولى

لزوم الوفاء بالوعد المجرد

روى البخاري ومسلم وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب، وإذا وعدَ أخلف، وإذا أوّمن خان"^٢.

وقد دلّ ظاهر لفظ الحديث على أنّ إنجاز الوعد مطلوبٌ شرعاً، سواءً كان وعداً بمعروف - كهبة وقرض وإعارة - أو بعقد معاوضة أو توثيق أو نكاح، أو بزيارة أو مرافقة في سفر أو غير ذلك، وعلى ذلك ذهب جمهور أهل العلم إلى لزوم الوفاء بالوعد ديانة، وإن كان بينهم ثمة اختلافٌ في كونه واجباً أو مستحباً.

غير أن جمعاً منهم نظروا (إلى مقصد الشارع من تأكيد طلب إنجاز الوعد، وإلزام المؤمن بالوفاء بما وعد به فخصصوا عمومها بما ليس بمنهي عنه عن الوعود، وبما إذا طرأ للواعد عذرٌ مانعٌ من الوفاء، حيث إنّ الله

^١ انظر البحر المحيط للزركشي ٢٠٤/٦، ٢٠٥، غياث الأمم للحويني ص ٤٠٤، ٤٠٦، جمع الجوامع مع حاشية العطار عليه
٤٢٠/٢، غاية المرام في شرح مقدمة الإمام لابن التلمساني ٧٦٩/٢، المجموع للنووي ٤٤، ٤١/١، شرح المحلي على جمع الجوامع
٤٢٢/٢، البرهان للحويني ٨٧٠/٢، ٨٧١.

^٢ صحيح البخاري مع الفتح ٢٨٩/٥، صحيح مسلم ٥٨/١، سند أحمد ٣٥٧/٢

تعالى أُوعد مَنْ يَقْتَرِفُ شيئاً من المحظورات الشرعية بالعقوبة والعذاب الأخرى، والمعنى المستنبط من ذلك أن مَنْ وَعَدَ غيره بشيء منهي عنه شرعاً، فلا يجوز له انجاز وعده، بل يجب عليه إخلافه، ولا يُعَدُّ بذلك مذموماً ولا ملوماً ولا عاصياً، بل يعتبر مطيعاً لله، مؤدياً لواجب شرعي عليه، وذلك كمن وعد غيره بمعصية كزني وشرب خمر أو سقايته أو بقرض ربوي أو رشوة أو مقامرة أو غير ذلك^١.

كما أن الذم واللوم في الحديث إنما يتوجه على مَنْ تَرَكَ الوفاء بالوعد من غير عذر، بخلاف مَنْ طرأ له عذرٌ مانع، وذلك لأنَّ التكليف الشرعي يسقط عن العاجز، وطلبه يكون بحسب الإمكان، كما هو ثابت في قواطع الأدلة^٢.

- * قال النووي: "أجمع العلماء على أن مَنْ وَعَدَ إنساناً شيئاً ليس بمنهي عنه، فينبغي أن يفى بوعده"^٣.
- * وقال الجصاص: "فأما المعصية؛ فإنَّ ايجابها في القول لا يُلْزِمُهُ الوفاء بها"^٤.
- * وقال الغزالي: " وهذا الحديث يُنَزَّلُ على مَنْ وَعَدَ، وهو على عَزْمِ الخُلف، أو تَرَكَ الوفاء من غير عذر... فأما مَنْ عزم على الوفاء، فَعَنَّ له عُذْرٌ مَنَعَهُ من الوفاء، لم يكن منافقاً، وإن جرى عليه ما هو صورة النفاق"^٥.

المسألة الثانية

بيع المضطر وشراؤه

^١ انظر الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٢١/٥ ، الأذكار للنووي مع الفتوحات الربانية ٢٥٨/٦ ، المحلى ٢٩/٨

^٢ انظر القبس لابن العربي ٥٤٣/٢

^٣ الأذكار مع الفتوحات الربانية ٢٥٦/٦

^٤ أحكام القرآن للجصاص ٤٤٢/٣

^٥ إحياء علوم الدين ١١٥/٣ ، وانظر الفتوحات الربانية لابن علان ٢٥٩/٦

روى أبو داود أحمد البهقي وغيرهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم "أنه نهي عن بيع المضطر"^١.

وروى سعيد بن منصور عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ألا إنَّ بيع المضطر حرام"^٢. والمراد ببيع المضطر في الاصطلاح الفقهي: الشراء بالوكس (أي برخص الثمن) ممن اضطرَّ الى بيع ما عنده لحاجته إلى ثمنه، وكذا بيع ما اضطرَّ الناس الى ما عنده بأكثر من قيمته المعروفة بكثير، لعدم وجوده عند غيره^٣. إذ المضطرُّ في اللغة هو الملجأ الى ما ليس منه بُدَّ. وقيل: هو الملجأ الى ما فيه ضررٌ بشدَّة و قسْر^٤. ولفظ الحديث عامٌّ في حظر بيع المضطر وشرائه بكل صورته وأفراده، نظراً لكون رضاه بالبيع والشراء معيب في حالة الاضطرار، لأنه غير راضٍ في الحقيقة بإنشاء عقد البيع بالوكس إن كان بائعاً، وبالشطط إن كان مشترياً، غير أن الضرورة إنما ألجأته الى ذلك. ولذلك نصَّ الحنفية على فساد بيع المضطر وشرائه، كالمكره^٥. غير أن هذا العموم مخصَّص بقصد الشارع الحكيم من النهي عنه، وهو ظلُّ المضطر واستغلال حاجته الماسة في حالتي البيع والشراء. وعلى ذلك: فلو جرت مبايعة المضطر بالثمن العادل فهي صحيحة مشروعاً باتفاق أهل العلم، لانتهاء المعنى الباعث على الحظر، وهو ظلُّ المضطر، ولأنَّ في مبايعته بالثمن العادل معونةً له على دفع حاجته أو ضرورته^٦.

^١ انظر مختصر سنن أبي داود للمنذري ٤٧/٥ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٧/٦ ، مسند أحمد ١١٦/١ ، تفسير ابن ابي حاتم ٤٦٦/٢ . قال النووي: "إسناده ضعيف". وقال البيهقي: "روي من أوجه عن علي وابن عمر، وكلها غير قوية" (المجموع شرح المهذب ١٦١/٩) وقال ابن تيمية: "وهذا الحديث وإن كان في رواية جهالة، فله شاهد من وجه آخر" وذكر حديث حذيفة (بيان الدليل على بطلانه التحليل ص ١١٨)

^٢ ذكره ابن تيمية في بيان الدليل ص ١١٨، وعزاه السيوطي في الدر المنثور (٧٠٧/٦) الى أبي يعلى وابن أبي حاتم وابن مردويه.

^٣ معالم السنن للخطابي ٤٧/٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٦١/٢٩، إعلام الموقعين ١٨٢/٣، مرقاة المفاتيح ٣٢٢/٣، حاشية الطحطاوي على الدر ٦٧/٣، النهاية لابن الأثير ٨٣/٣.

^٤ المصباح المنير ٤٢٥/٢، المفردات للراغب الأصبهاني ص ٤٣٦

^٥ رد المختار ١٠٦/٤، الدرر المختار مع حاشية الطحطاوي ٦٧/٣

^٦ كشف القناع ١٤٠/٣، مواهب الجليل ٢٤٨/٤، رد المختار ١٠٦/٤، النهاية لابن الأثير ٨٣/٣

- * قال ابن عبد البر: "ومن اضطره الحق [أي وجوب أداء الحق الذي عليه] إلى بيع متاعه، أو اضطرته الحاجة أو الفاقة، فلا بأس بالشراء منه بما يجوز التبايع به"^١.
- * وقال ابن تيمية: "المضطر الذي لا يجد حاجته إلا عند شخص، ينبغي أن يَربَح عليه مثل ما يربح على غيره، وله أن يأخذ منه بالقيمة المعروفة بغير اختياره"^٢.
- * وقال أيضاً: "إذا اضطرَّ الإنسان إلى طعام الغير أو شرابٍ عنده أو لباس، كان عليه أ، يبيعه إياه بقيمة المثل، فيربح الربح المعروف"^٣.

المسألة الثالثة

الاحتكار

روى مسلم و أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن معمر بن عبدالله العدوي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من احتكر فهو خاطئ"^٤.

وروى ابن ماجه والبيهقي والحاكم والدارمي وأبو يعلى عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"^٥.

الاحتكار في اللغة يعني الجمع والإمساك والاستبداد بالشيء^٦. أما في الاصطلاح الفقهي فالمراد به: حبس التاجر السلعة أو المنافع، والامتناع عن بيعها، حتى يكثر الطلب عليها، فيرتفع سعرها، ويغلو ثمنها في السوق، فيفوز بالربح الوفير.

^١ الكافي ص ٣٦١

^٢ الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي ص ١٢٢

^٣ جامع المسائل لابن تيمية ٢٢٦/١

^٤ المفهم للقرطبي ٥٢١/٤ ، عارضته الأحوزي ٢٧٠/٥ ، مختصر سنن أبي داود للمنذري ٩٠/٥ ، سنن ابن ماجه ٧٢٨/٢ ، مرقاة

المفاتيح ٣٣٣/٣ ، التخليص الحبير ١٣/٣

^٥ سنن ابن ماجه ٧٢٨/٢ ، السنن الكبرى للبيهقي ٣٠/٦ ، المستدرک للحاكم ١١/٢ ، والحديث ضعيف السند كما في المقاصد

الحسنة ص ١٧٠ ، ونيل الأوطار ٢٣٤/٥ ، ونصب الرأية ٢٦١/٤

^٦ انظر القاموس المحيط ص ٤٨٤ ، أساس البلاغة ص ٩١ ، الصحاح ٦٣٥/٢

وقد دلت ظواهر ألفاظ الأحاديث التي وردت في الاحتكار على عموم حظره بكافة صورته وسائر أفراده وحالاته. غير أن حذاق الفقهاء لما نظروا في ظروفه وملايساته في الواقع قَسَموه إلى قسمين: أحدهما: احتكار عادل؛ وهو إمساك الشخص بعض السلع أو المنافع، و الترتُّصُ بها طلباً لبيعها بربح عادل نتيجة تقلب الأسواق، من غير إضرار بالناس. وقد عدّوه عادلاً بالنظر إلى كونه تصرفاً من الشخص في شيء يملكه، دون أن يعود بالضرر أو التضيق على عامة الناس.

والثاني: احتكار ظالم؛ وهو حبسُ الشخص ما يحتاج إليه الناس من السلع أو المنافع أو المرافق، واستثنائه واستبداده بها - بحيث لا ينافسه فيها غيره - والامتناع عن بيعها لهم إلا بثمن جائز يفرضه عليهم. وقد عدّ هذا الصنف من الاحتكار ظالماً لما فيه من التغالي في السعر، وظلم عامة الناس المحتاجين إليها، والإضرار بهم.

ثم قالوا: إن عموم ألفاظ النصوص دلت على عدم مشروعية كل احتكار، غير أن هذا العموم مخصصٌ بالنظر إلى مقصد الشارع الحكيم من حظره، وهو ظلم التجار المحتكرين لعامة الناس المحتاجين. وبناءً على ذلك نصَّ جمهور الفقهاء على أن الاحتكار المحظور إنما هو الاحتكار الجائر الذي يؤدي إلى الإضرار بالناس والتضيق عليهم، بناء على تخصيص عموم النصوص الحاضرة بالمعنى الباعث على الخطر، وهو الإضرار بعامة الناس. وأما ما لا يؤدي إلى ذلك، وهو الاحتكار العادل، فهو جائز مشروع^١.

- * قال ابن حزم في "المحلى": "الحُكْرَةُ المَضِرَّةُ بالناس حرام، سواء في الابتاع أو في إمساك ما ابتاع"^٢.
- * وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي في "التلقين": "الحكْرَةُ ممنوعةٌ إذا أضرت بأهل البلد في كل ما بهم حاجةٌ إليه، من طعام أو غيره، ولا تُمنعُ إذا لم تُعُدْ بالضيق والضرر"^٣.
- * وقال العقباني التلمساني في "تحفة الناظر" - في معرض كلامه عن الاحتكار - : "يُمنعُ منه إذا أضرت، وَيُسَوَّغُ إذا لم يضر"^٤.

^١ تبين الحقائق ٢٧/٦، تكملة البحر الرائق ٢٠١/٨، بدائع الصنائع ١٢٩/٥، الفتاوى الهندية ٢١٣/٣، الطرق الحكمية ص ٢٠٥.

^٢ المحلى ٦٤/٩

^٣ التلقين ص ٣٠٠

^٤ تحفة الناظر ص ١٣١

* وقال القاضي عبد الوهاب في "المعونة": "الحكرة إذا أضرت بأهل البلد ممنوعة في كل ما بهم حاجة إليه وضرورة إلى شرائه وقنيتة، سواء كان طعاماً أو ثياباً أو أي شيء كان من أنواع الأموال. أما الأمصار الواسعة التي يكثر فيها الجلب، ويتسع الحمل والتجهيز فلا بأس به، لأن ذلك غير مُضِرِّ بهم غالباً، إلا أن يتفق في بعض الأوقات غلاءً أو شدةً، و يؤدي ذلك إلى الإضرار بالناس، فيُمنع حينئذ".^١

* وجاء في "مطالب أولي النهي": "مَنْ حبس ما اشتراه زمن الرُّخص، ولم يَضَيِّقْ على الناس فليس بمحتكر".^٢

* وقال ابن القيم: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الاحتكار، وقال "لا يحتكر إلا خاطئ" فإنه ذريعة إلى أن يُضَيِّقْ على الناس أقواتهم، ولهذا لا يُمنع من احتكار ما لا يضرُّ الناس".^٣

* وقال ابو العباس القرطبي: "ما لا يضرُّ بالناس شراؤه للاحتكار، لا يُحَطُّ مشتريه بالاتفاق... والذي ينبغي أن يُمنع: ما يكون احتكاره مَضَرَّةً بالمسلمين، وأشدُّ ذلك في الأقوات لعموم الحاجة ودعاء الضرورة إليها، إذ لا يُتَصَوَّرُ الاستغناء عنها، ولا يتنزَّلُ غيرها منزلتها".^٤

* وقال في "مختصر الطحاوي": "ويكره الاحتكار الذي يضرُّ ذلك بأهله، ولا نرى به بأساً في موضع لا يضرُّ بأهله".^٥

* وعلق الجصاص على كلام الطحاوي بقوله: "وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في النهي عن الحكرة. وهذا محمولٌ على حال يضرُّ فيها ذلك بأهله. وإذا لم يضرُّ بأهله فلا حق لأحد فيه، ولا

^١ المعونة على مذهب عالم المدينة ١٠٣٥/٢

^٢ مطالب أولي النهي ٦٣/٣

^٣ إعلام الموقعين ١٦٦/٣

^٤ المفهم ٥٢١/٤

^٥ قال ابن القيم: مراد الحنفية من الكراهة ها هنا التحريم. (إعلام الموقعين ٤٢/١)

^٦ مختصر الطحاوي مع شرحه للجصاص ٥٤٦/٨

يكره، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم {دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض} فأباح الربح في ذلك، والبيع بما يريد من الثمن إذا لم يضرَّ بأهل البلد^٢.

* وجاء في "تكملة البحر الرائق": "يكره الاحتكار في بلد يضرُّ بأهلها، لقوله عليه الصلاة والسلام (الجالبُ مرزوق والمحتكر ملعون)، ولأنه تعلق به حقُّ العامة، و في الامتناع عن البيع إبطالُ حقِّهم، وتضييقُ الأمر عليهم، فيكره. هذا إذا كانت البلدة صغيرةً يضرُّ ذلك بأهلها. أما إذا كانت كبيرةً فلا يكره، لأنه حابسٌ ملكه"^٣.

* وقال الشوكاني: "والحاصلُ أنَّ العلةَ إذا كانت هي الاضرار بالمسلمين، لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضرُّ بهم، ويستوي في ذلك القوتُ وغيره، لأنهم يتضررون بالجميع"^٤.

المسألة الرابعة

تلقي الركبان

روى البخاري ومسلم وابن ماجه ومالك في الموطأ والطحاوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي البيوع^٥. وفي رواية أخرى: نهى عن تلقي الركبان. وروى البخاري وأبو داود والنسائي وابن ماجه والطحاوي عن ابن عمر رضي الله عنه أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تَلَقُّوا السَّلْعَ حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا إِلَى السُّوقِ"^٦.

^١ رواه مسلم (انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١٦٥)

^٢ شرح مختصر الطحاوي للحصاص ٨/٥٤٦

^٣ تكملة البحر الرائق على كنز الدقائق للطورى ٨/٢٢٩

^٤ نيل الأوطار ٥/٢٣٥

^٥ انظر صحيح البخاري مع الفتح ٤/٣٧٣ ، عارضة الأحوذى ٥/٢٢٧ ، المفهم للقرطبي ٤/٣٦٥ ، سنن ابن ماجه ٢/٧٣٥ ،

الموطأ ٢/٦٨٣ ، نخب الأفكار على شرح معاني الآثار ١٨/٤٦٠

^٦ انظر صحيح البخاري مع الفتح ٤/٣٧٣ ، مختصر سنن أبي داود للمنذرى ٥/٨١ ، سنن النسائي ٧/٢٥٧ ، سنن ابن ماجه

٢/٧٣٥ ، شرح معاني الآثار مع نخب الأفكار ١٨/٤٦٠

قال ابن عبد البر: "تلقي السلع معناه أن يُخْرَجَ إلى السلعة التي يُهْبَطُ بها إلى السوق قبل أن تصل السلعة إلى سوقها، فيشتري هنالك من أطراف المصر"^١.

وقد دلَّت الفاظ الحديث على عموم حظر تلقي السلع قبل أن تصل إلى الأسواق، و استنبط جمهور الفقهاء منها أنَّ المعنى الباعث على الحكم بالخطر - الذي هو قَصْدُ الشارع الحكيم من تشريعه - إنما هو ما يلحق الغير من الضرر نتيجة استئثار المتلقي السلع بثمان رخيص قبل أن ترد إلى الأسواق، وانفرادِهِ بالربح دونهم.

* قال المازري: " فأما التلقي؛ فإنَّ النهي عنه معقول المعنى، وهو ما يَلْحَقُ الغير من الضرر"^٢.

* وقال الباجي: " و وجه ذلك: أنَّ هذا فيه مَضَرَّةٌ عامَّةٌ على الناس، لأنَّ مَنْ تَلَقَّاهَا و اشتراها غلَّاهَا على الناس، وانفرد ببيعها، فَمُنِعَ من ذلك ليصلَ بائعوها بها إلى البلد، فيبيعونها في أسواقها، فيصل كلُّ أحد إلى شرائها والنيل من رخصها"^٣.

وعلى ذلك ذهب أكثر أهل العلم إلى تخصيص عموم النهي بالحكمة المستنبطة من تشريعه وهي حقوق الضرر بأهل البلد نتيجة التلقي، بحيث إذا انتفى هذا الوصف المقصود من النهي انتفى الحكم بحظر تلقي الركبان^٤.

* جاء في "الموطأ" رواية محمد بن الحسن الشيباني: "وأما تلقي السلع؛ فكلُّ أرضٍ كان يضُرُّ ذلك بأهلها فليس ينبغي أن يُفعل ذلك. فإذا كثرت الأشياءُ بها، حتى صار ذلك لا يضُرُّ بأهلها فلا بأس بذلك"^٥.

^١ الكافي ص ٣٦٧، وانظر رياض الأفهام للفكهاني ٢٠٨/٤

^٢ المعلم بفوائد مسلم ١٦٢/٢، وانظر رياض الأفهام ٢٠٩/٤

^٣ المنتقى على الموطأ ١٠١/٥

^٤ فتح باب العناية للملا علي القاري ٢٧/٣، بداية المجتهد ١٦٦/٢، المنتقى ١٠١/٥، التفريع لابن الجلاب ١٦٧/٢، روضة

المستبين لابن بزيّة ٩٩٠/٢، التمهيد لابن عبد البر ٣٦٦/١٧، تبين الحقائق ٦٨/٤، مجمع الأنهر ٦٩/٢، الفتاوى الهندية

٢١٤/٣، نخب الأفكار للعيني ٤٦٧/١٨ وما بعدها.

^٥ التعليق المجدد على موطأ الإمام محمد للكنوي ٢١٠/٣

- * وجاء في "مختصر الطحاوي": "ويكره التلقي في الموضع الذي يَضُرُّ ذلك بأهله، ولا نرى به بأساً في موضع لا يضرُّ بأهله"^١.
 - * وقال الكاساني: "يكره تلقي الركبان إذا كان يضر بأهل المصر، لأنَّ النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن تلقي الركبان، ولأنَّ فيه إضراراً بالعامَّة، فيكره كما يكره الاحتكار"^٢.
 - * وقال الجصاص: روي عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي عن تلقي الركبان، وهذا محمولٌ على حالٍ يَضُرُّ فيها ذلك بأهل البلد. فإذا لم يَضُرَّ بأهله، فلا حق لأحد فيه، ولا يكره فيه"^٣.
 - * وقال الإمام مالك: " لايجوزُ تلقي الركبان للتجارة خاصة ... ولا بأس بالتلقي لابتیاع القوت من الطعام والأضحية"^٤.
 - * وقال العيني في "نخب الأفكار": " قال الأوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وزفر بن هذيل: كلُّ مدينة يضرُّ التلقي بأهلها، فالتلقي فيها مكروه، والشراء جائزٌ. وكلُّ مدينة لا يَضُرُّ التلقي بأهلها فلا بأس بالتلقي فيها"^٥.
 - * وقال المازري: "إنَّ الشرع في مثل هذه المسألة وأحواتها بنى على مصلحة الناس، والمصلحة تقتضي أن يُنظَرَ للجماعة على الواحد، ولا تقتضي أن يُنظَرَ للواحد على الواحد.
- ولما كان البادي إذا باع لنفسه انتفع سائر أهل السوق، فاشتروا ما يشترونه رخيصاً، وانتفع سكان سائر البلد نُظِرَ لأهل البلد عليه.

^١ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٥٤٦/٨

^٢ بدائع الصنائع ١٢٩/٥

^٣ شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ٥٤٦/٨

^٤ نخب الأفكار للعيني ٤٦٧/١٨

^٥ نخب الأفكار ٤٦٧/١٨

ولما كان إنما ينتفع بالرخص المتلقي خاصّةً، وهو واحدٌ في قبالة واحد، الذي هو البادي، لم يكن في إباحة التلقي مصلحةً، لا سيّما ويضافُ إلى ذلك علةٌ ثانيةً، وهي حقوق الضرر بأهل السوق. وفي انفراد المتلقي عنهم بالرخص، وقطع المواد عنهم، وهم أكثر من المتلقي، فنُظِرَ لهم عليه^١.

المسألة الخامسة

التسعير الجبري

قال تعالى { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم } [النساء ٢٩]

وروى أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارمي والبخاري وأحمد وأبو يعلى وغيرهم من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: غلا السَّعْرُ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالوا: يا رسول الله! غلا السَّعْرُ، فَسَعَّرَ لنا. فقال عليه الصلاة والسلام: " إِنَّ الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحدٌ يطلبني بمظلمة دمٍ ولا مال"^٢.

المراد بالتسعير في الاصطلاح الفقهي: أن يُجَدَّ الحاكم لأهل السوق سعراً لبيعوا عليه، فلا يتجاوزونه^٣. وقد دلَّ الحديثُ بعموم لفظه على عدم مشروعية التسعير بكلِّ صورة وأحواله، ودلَّ بمعناه على أن الوصف الباعث على حظره، الذي قَصَدَهُ الشارع الحكيم من النهي عنه هو كونه مظلمةً، والظلم حرام. ومن ثمَّ استنبط بعضُ محققي الفقهاء بعد التأمل في صورته وأحواله أن التسعير قسمان: أحدهما؛ ظلمٌ. وهو الذي يتضمن ظلمَ الناس وإكراههم بغير حقٍّ على بيع ما يمكنون بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم من البيع بالتراضي بغير موجب شرعي، بأن كان الناس يبيعون سلعتهم أو منافعتهم

^١ المعلم بفوائد مسلم ١٦٢/٢، وانظر رياض الأفهام ٢١٠/٤

^٢ صححه ابن حبان، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال الحافظ ابن حجر: اسناده على شرط مسلم. (انظر مختصر سنن أبي داود للمنذري ٩٢/٥، عارضة الأحوذى ٥٤/٦، مسند أحمد ٢٨٦، ١٥٦/٣، التلخيص الحبير ١٤/٣، نيل الأوطار ٢٤٨/٥، سنن ابن ماجه ٧٤١/٢).

^٣ المنتقى ١٨/٥

على الوجه المعروف من غير استغلال أو استبدال أو تحكّم جائز، وارتفع السعر لقلّة الشيء أو لكثرة الطلب عليه.

والثاني؛ عدلٌ. مثل أن يمتنع أرباب السلع أو المنافع من بيعها بالسعر العادل مع اضطرار الناس اليه، فيُزْمَهُمْ وليُّ الأمر ببيعها لهم بالثمن العادل، إلزاماً لهم بالعدل الذي أمر الله به، ومنعاً من الظلم والاستغلال، كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم والقاضي ابن العربي وغيرهم^١.

وعلى ذلك خصصوا عموم لفظ الحديث بالمعنى المستنبط منه، وقالوا: إنَّ التسعير إذا كان عادلاً لا ظلم فيه، لأنَّ مصلحة الناس لا تتمُّ إلاّ به، فهو جائز، مراعاةً وتقديماً لمراد الشارع وغرضه وحكمته المقصودة من تشريع حظر التسعير، وهو الجور والظلم.

* قال ابن القيم: "وجماع الأمر: أنّ مصلحة الناس إذا لم تتمّ إلاّ بالتسعير، سَعَرَ عليهم تسعيرَ عدلٍ، لا وكس فيه ولا شطط. وإذا اندفعت حاجتهم ومصلحتهم بدونه، لم يفعل"^٢.

* وقال ابن العربي - بعد إيراد حديث أنس تحت عنوان [التسعير على الناس إذا ضيف على أهل السوق أن يُفسدوا أموال المسلمين] - : "قال سائر العلماء بظاهر الحديث، لا يُسَعَّرُ على أحد. والحقُّ التسعيرُ، وضبطُ الأمر على قانون لا تكون فيه مظلمةٌ على أحد من الطائفتين، وذلك قانونٌ لا يُعْرَفُ إلاّ بالضبط للأوقات ومقادير الأحوال وحال الرجال"^٣.

المسألة السادسة

^١ الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٠٦ وما بعدها، ٢١٦ وما بعدها، الحسبة لابن تيمية ٢٣-٢٥، عارضة الأحوذى لابن العرب ٥٤/٦

^٢ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٢٢٢

^٣ عارضة الأحوذى ٥٤/٦

لعن حامل الخمر

روى أبو داود وابن ماجة وأحمد والحاكم عن ابن عمر رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لعنَ اللهُ الخمر، وشاربها، وساقبها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة اليه، وأكل ثمنها"^١.

وقد دلَّ ظاهر الحديث على لعن الخمر وكلِّ من شارب الخمر وساقبها وبائعها ومشتريها وعاصرها ومعتصرها وأكل ثمنها، وكذا حاملها على العموم والاستغراق.

غير أنَّ الفقهاء استنبطوا منه أنَّ المعنى الباعث على الحكم بحظر حملها وهو المراد والعرض الذي استهدفه الشارع وقصده من تحريمه قاصر على ما إذا كان حملها لعرضٍ شربها على التحديد، لما في ذلك من التعاون على المنكر والإثم.

قال النووي: "المعنى على الحرام يشارك فاعله في الإثم، كما أنَّ المعاون على الطاعة يشارك في ثوابها"^٢. وقال ابن أبي جمرة الأندلسي: "إنَّ عامل المحرم، والذي يُعينه على ذلك في الإثم سواء، يشهد لذلك قوله صلى الله عليه وسلم في شارب الخمر: لعنَ اللهُ شاربها وحاملها وبائعها وشاربها وعاصرها"^٣. ولذلك اتفقت كلمتهم على تخصيص عموم لعن حاملها، وحمله على بعض احتمالاته، وهو قصر الشرب. فأما حملها لإراققتها فهو جائز شرعاً أو مستحب.

قال ابن القيم: "فإنَّ الحكم إذا ثبت لعلَّةٍ تعدى بتعديها، وانتفى بانتفائها"^٤. وقال أيضاً: "إنَّ القصد توثُر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً تارةً وحراماً تارةً أخرى باختلاف القصد والنية، كما يصير صحيحاً تارةً وفاسداً تارةً باختلافها (...). وذلك كعصر العنب نبيّةً أن يكون خمراً معصيةً

^١ قال المنذري: رواه ثقات، وصححه الحاكم في الاستدلال من رواية ابن عمر وابن عباس وأنس بن مالك، ورمز السيوطي له في الجامع الصغير بالصحة. (انظر مختصر سنن أبي داود للمذري ٢٦٠/٥، سنن ابن ماجة ١١٢٢/٢، المستدرک ٣٢٠/٢، فيض القدير ٢٦٧/٥، ٢٦٨، مسند أحمد ٩٧/٢)

^٢ شرح صحيح مسلم ١٠٥/١٠

^٣ بهجة النفوس ١٤١/٤

^٤ إعلام الموقعين ١١٩/٣

ملعونٌ فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعصره بنية أن يكون خلاً أو دبساً جائزاً، وصورة الفعل واحدة^١.

وعلى ذلك جاء في "الفتاوى الهندية" و"حاشية الطحطاوي على الدر المختار": "إنَّ حمل الخمر إنما يكره (أي تحريماً) لأجل الشُّرب، فاما إذا لم يكن لأجل الشرب فلا بأس به"^٢

المسألة السابعة

السفر بالقرآن الى ديار اهل الكفر

روى مسلم في صحيحه وأحمد في مسنده وأبو داود وابن ماجه والبيهقي في السنن الكبرى ومالك في الموطأ وغيرهم عن ابن عمر رضي الله عنه أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم "نهى أن يُسافرَ بالقرآن إلى أرض العدو"^٣. وجاء في بعض رواياته: "فإني أخاف أن يناله العدو".

وقد دلَّت الفاظ الحديث على عموم حظر السفر بالقرآن الكريم إلى بلاد الكفر، غير أنَّ جماهير الفقهاء لحظوا قصد الشارع ومراده وحكمته من النهي عنه، وهو الخوفُ من نيل الكفار منه بالعبث فيه والاستخفاف به واستهداف إضاعته كلاً أو بعضاً. إذ لا يؤمنُ إذا وقعت المصاحف في أيديهم أن يفوت شيء من القرآن من أيدي المسلمين.

^١ إلام الموقعين ٣/١٢١، ١٢٢

^٢ الفتاوى الهندية ٥/٤١١، حاشية الطحطاوي على الدر ٤/٢٢٣، وانظر المغني لابن قدامة ١٢/٥١٨، شرح صحيح مسلم

للنووي ١٣/١٥٢

^٣ انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/١٣، الموطأ ٢/٤٤٦، مسند أحمد ٧/٢، ١٠، ٥٥ مختصر سنن أبي داود للمنذري ٣/٤١٤،

سنن ابن ماجه ٢/٩٦١، السنن الكبرى للبيهقي ٩/١٠٨، مصنف عبدالرزاق الحديث رقم ٩٤١٠.

وبناءً على ذلك خصصوا عموم النهي بالمعنى الباعث على ذلك، بحيث إذا وُجِدَ كان السفر به إلى ديارهم محظوراً، وإذا انتفى بأن كان مأموناً عليه من انتهاك حرمة أو تضييع شيء منه فلا بأس في السفر به إلى أوطانهم^١.

* قال النووي: "في الحديث النهي عن المسافرة بالمصحف إلى أرض الكفار، للعلّة المذكورة في الحديث، وهي خوف أن ينالوه، فينتهكوا حرمة. فإن أمنت هذه العلّة بأن يدخل في جيش المسلمين الظاهرين عليهم، فلا كراهة ولا منع منه حينئذ لعدم العلّة. وهذا هو الصحيح، وبه قال أبو حنيفة والبخاري وآخرون"^٢.

* وقال أيضاً: "اتفقوا على أنه لا يجوز المسافرة بالمصحف إلى أرض الكفار إذا خيف وقوعه في أيديهم"^٣.
* وجاء في "الأختيار" للموصلي: "ولا بأس بإدخال المصحف إلى أرض الحرب لقراءة القرآن مع جيش عظيم، أو تاجر دخل بأمان، لأنّ الغالب السلامة. ويكره ذلك مع سرية أو جريدة خيل يُخاف عليهم الانهزام، لأنه ربما وقع في أيدي أهل الحرب فيستحقّون به"^٤.

* وقال الطحاوي في "مختصره": "ولا بأس على المسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو. قال محمد بن الحسن في "السير الكبير": "إذا كان في عسكر عظيم مأمون عليه، فإن كان على ماسوى ذلك، لم ينبغ له أن يسافر به إلى دار الحرب"^٥.

* وقال الكاساني: "وماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهي أن يسافر بالقرآن العظيم إلى أرض العدو محمولاً على المسافرة به في هذه الحالة"^٦.

^١ انظر المبسوط للسرخسي ٢٩/١٠، شرح مشكل الآثار للطحاوي ١٦٢/٥-١٦٧، فتاوى قاضي خان ٥٧٠/٣، شرح مختصر

الطحاوي للخصاص ٩٠/٧، حاشية القليوبي ٣٦/١، مغني المحتاج ٣٨/١، إكمال المعلم لعياض ٨٢/٦، المسالك شرح موطأ مالك

لابن العربي ٢٧/٥، المفهم للقرطبي ٦٨٩/٣ وما بعدها، المنتقى للباقي ١٦٥/٣، المقدمات الممهّدات ٤٦٣/٣.

^٢ شرح النووي على صحيح مسلم ١٣/١٣

^٣ المجموع شرح المهندب ٧١/٢

^٤ الاختيار لتعليق المختار ١٢٢/٤

^٥ مختصر الطحاوي مع شرحه للخصاص ١٩٠/٧

^٦ بدائع الصنائع ١٠٢/٧

* وجاء في "السير الكبير": "ولا بأس بإدخال المصاحف الى أرض العدو لقراءة القرآن في مثل هذا العسكر العظيم. ولا يستحبُّ له ذلك إذا كان يخرج في سرية"^١.

* وقال السرخسي في "شرحه": "والظاهر أنه في العسكر العظيم يؤمنُّ هذا لقوتهم، وفي السرية ربما يُبتلى به لقلّة عددهم، فمن هذا الوجه يقع الفرق.

والذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهي أن يُسافرَ بالقرآن الى أرض العدو. تأويلٌ هذا: أن يكون سقرُهُ مع جريدة خيلٍ لا شوكة لهم. هذا ما ذكره محمد. وذكر الطحاوي أنّ هذا النهي كان في ذلك الوقت، لأنّ المصاحف لم تكثر في أيدي المسلمين، وكان لا يؤمنُّ إذا وقعت المصاحفُ في أيدي العدو أن يفوت شيءٌ من القرآن من أيدي المسلمين. ويؤمنُّ من مثله في زماننا لكثرة المصاحف وكثرة القراء... ولو وقع مصحفٌ في يدهم لم يستحقّوا به، لأنهم وإن كانوا لا يُقرّون بأنه كلام الله، فهم يُقرّون بأنه افصح كلام بأوجز العبارات وأبلغ المعاني، فلا يستحقّون به كما لا يستحقّون بسائر الكتب"^٢

المسألة الثامنة

سفر المرأة بدون محرم

روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والبيهقي ومالك وأحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يجزئ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا ومعها حُرْمَةٌ"^٣. وفي لفظ للبخاري: "لا تسافر مسيرة يوم وليلة إلاّ مع ذي محرم".

^١ السير الكبير مع شرحه السرخسي ٢٠٥/١

^٢ شرح السرخسي على السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني ٢٠٥/١

^٣ انظر صحيح البخاري مع الفتح ٥٦٦/٢، صحيح مسلم مع إكمال المعلم ٤٤٦/٤، مختصر سنن أبي داود للمنذري ٢٧٦/٢، سنن ابن ماجه ٩٦٨/٢، عارضة الأحوذى ١١٧/٥، السنن الكبرى للبيهقي ١٣٩/٣، الموطأ ٩٧٩/٢، رياض الأفهام ٥٧٧/٣

وقد دلَّ ظاهرُ لفظ الحديث على أنَّ حَظَرَ سفر المرأة بدون محرم عامٌّ بالنسبة الى سائر النساء^١. قال أبو العباس القرطبي في "المفهم": "لأنَّ كلمة (امرأة) نكرةٌ في سياق النفي، فتدخل فيه الشابة والمتجالة^٢. وهو قول الكافة"^٣.

واستنبط جمعٌ من حُذَّاق الفقهاء المعنى الباعث على الحظر، الذي هو حكمته ومناطُه ومقصدُ الشارع الحكيم منه، وهو: كونُ المرأة في حالةٍ لا يؤمنُ من الاعتداء عليها بحسب السِّياق وقرائن الحال. قال ابن القيم: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم المرأة أن تسافر بغير محرم، وما ذلك إلاَّ لأنَّ سفرها بغير محرم قد يكون ذريعةً إلى الطمع فيها والفجور بها"^٤.

ثم خصصوا عموم اللفظ بالنظر الى المعنى المستنبط منه، وقالوا: أولاً: إنَّ النهي عن سفر المرأة بدون محرم خاصٌ بالشابة، ولا يعمُّ المُسنَّة التي لا مطمع للرجال فيها. قال ابن دقيق العيد: "وهو تخصيص للعموم بالنظر الى المعنى"^٥.

* قال ابن جزى الغرناطي: "يجوز أن تسافر المتجالة التي انقطعت حاجة الناس فيها مع غير ذي محرم"^٦.
 * وقال ابن راشد القفصي: "إن كانت متجالةً، أو ممن لا يؤبه به، ام تُمنع من الخروج، بخلاف الشابة"^٧.
 * ونقل ابن دقيق العيد عن بعض فقهاء المالكية قوله: "هذا عندي في الشابة، وأمَّا الكبيرة غير المشتهاة فتسافر حيث شاءت كلَّ الأسفار بلا زوج ولا محرم"^٨.

^١ التوضيح على جامع الأمهات ٤٨٩/٢، إحكام الأحكام ١٩/٣، مواهب الجليل ٥٢٥/٤

^٢ قال المغراوي: "المراد بالمتجالة: التي أبرزت وجهها من الكبر. وهو من التجلي، أي الظهور". (غرر المقالة في شرح غريب الرسالة ص ٢٦٢) وقال زروق في (شرح الرسالة ٣٧٨/٢): هي التي لا أرب للرجال فيها لكبرها.

^٣ المفهم ٤٥٠/٣، وانظر رياض الأفهام ٥٨٣/٣

^٤ إعلام الموقعين ١٦٣/٣

^٥ إحكام الأحكام ١٩/٣، وانظر كفاية الطالب الرباني ٤٥٠/٢، رياض الأفهام ٨٥٣/٣

^٦ القوانين الفقهية ص ٤٤٥

^٧ مواهب الجليل ٥٢٥/٤

^٨ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ١٩/٣

* وقال الفاكهاني: "لفظ المرأة عامٌ في الشابة والمتجالة، وخصَّه بعض أصحابنا بالشابة، وقال في المتجالة التي لا تُشتهى: تسافر كيف شئت في الحج وغيره، كان معها محرم أم لا، وهو من باب تخصيص العموم بالمعنى"^١.

* وجاء في "كفاية الطالب الرباني": "لا يحلُّ أن تسافر المرأة الشابة مع غير ذي محرم منها سَفَرَ يوم وليلة فأكثر ... وقيدنا بالشابة احترازاً من المتجالة، فإنه يجوز لها ذلك"^٢.

* وعلَّق العدوي على ذلك في حاشيته على الكفاية فقال: [قوله: احترازاً من المتجالة] أي التي لا تشتهى، تسافر في كل الأسفار، بلا زوج ولا محرم"^٣.

* وقال الباجي: "وأما الكبيرة غير المشتهاة فتسافر حيث شاءت في كل الأسفار بلا زوج ولا محرم"^٤.

ثانياً: وحتى الشابة؛ فالحظرُ خاصٌ بسفرها من غير محرم إذا كان السفر مظنةً الطمع فيها والاعتداء عليها. أما إذا كان مأموناً، كما في القوافل الكبيرة الآمنة (كالطائرات والبواخر والقطارات والأتوبيسات ونحو ذلك في عصرنا) فيجوزُ لها السفر بدون محرم. قال ابن دقيق العيد: "وقد اختار الشافعي أنَّ المرأة تسافر في الآمن، ولا تحتاجُ إلى أحد، بل تسير وحدها في جملة القافلة، فتكون آمنة"^٥.

* وقال النووي: "اختلف أصحابنا في خروجها لحج التطوع وسفر الزيارة والتجارة ونحو ذلك من الأسفار التي ليست واجبةً. فقال بعضهم: يجوزُ لها الخروجُ فيها مع نسوة ثقات، كحجة الإسلام"^٦.

^١ رياض الأفهام شرح عدة الأحكام ٥٨٣/٣

^٢ كفاية الطالب الرباني ٤٥٠/٢

^٣ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٤٥٠/٢

^٤ انظر شرح النووي على صحيح مسلم ١٠٤/٩، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقى ٧٨/٦

^٥ إحكام الأحكام ١١٩/٣، وانظر الإعلام لابن الملقن ٧٩/٦

^٦ شرح صحيح مسلم ١٠٤/٩

* وقال سفيان: "والذي عليه الجمهور من أهل العلم: أن الرفقة المأمونة من المسلمين تنزل منزلة الزوج أو ذي المحرم. وذكر عند عائشة رضي الله عنها: أن المرأة لا تسافر إلا مع ذي محرم^١. فقالت: ليس كل النساء تجد محرماً^٢."

* وقال الباجي في "المنتقى": "مسألة: لعل هذا الذي ذكره بعض أصحابنا (أي منة حظر سفر المرأة بدون محرم) إنما هو في حال الانفراد والعدد اليسير. فأما القوافل العظيمة في الطرق المشتركة العامرة المأمونة، فإنها عندي مثل البلاد التي تكون فيها الأسواق والتجار، فإن الأمن يحصل لها دون ذي محرم ولا امرأة. وقد روي هذا عن الأوزاعي^٣."

* ونقل القاضي عياض في "إكمال المعلم" كلام الباجي في "المنتقى" وقبلة، ولم يذكر خلافه^٤. وذكره الزناقي في "شرح الرسالة" على أنه المذهب. ونص كلام الزناقي: "إذا كانت في رفقة مأمونة ذات عدد وعُدَدٍ أو جيش مأمون من الغلبة أو المحلة العظيمة، فلا خلاف في جواز سفرها من غير ذي محرم في جميع الأسفار، الواجب منها والمندوب والمباح من قول مالك وغيره، إذ لا فرق بين ماتقدم ذكره، وبين البلد هكذا. ذكره القايي^٥."

المسألة التاسعة

النظر الى المخطوبة

قال تعالى {قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم} [النور ٣٠] قال ابن العربي: "يعني يكفوا عن الاسترسال بالنظر المحرم، فإن من نظر العين مالا يحرم، وهو النظرة الأولى، فما زاد عليها فمحرم^٦".

^١ رواه ابن أبي شيبة في المصنف (رقم ١٥١٧٦)، وانظر المحلى لابن حزم ٤٧/٧

^٢ رياض الأفهام ٣٨١/٣

^٣ المنتقى على الموطأ ٨٢/٣

^٤ إكمال المعلم ٤٤٦/٤

^٥ مواهب الجليل للحطاب ٥٢٤/٢

^٦ أحكام القرآن ١٣٦٥/٣

وروى مسلم في صحيحه عن جرير بن عبد الله رضي الله عنه قال: سألتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة، فأمرني أن أصرف بصري^١.

قال النووي: "ومعنى نظر الفجأة ان يقع بصره على الأجنبية من غير قصد، فلا إثم عليه في أول ذلك، ويجب عليه أن يصرف بصره في الحال، فإن صرفه في الحال فلا إثم عليه، وإن استدأَمَ النظرَ إثمٌ لهذا الحديث^٢.

وقد استثنى الشرع من ذلك النظر لعرضٍ صحيح، مثل النظر الى المرأة التي يريد الزواج منها^٣، لما روى الترمذي والنسائي وابن ماجه والدارمي وأحمد والحاكم من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه خطبَ امرأةً، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "انظر اليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"^٤.

قال الكاساني: "لأنَّ النكاح بعد تقديم النظر أدلُّ على الألفة والموافقة الداعية الى تحصيل المقاصد على ما قال عليه الصلاة والسلام، حيث علَّل ذلك بكونه وسيلةً الى الألفة والموافقة"^٥.

وقال السرخسي: "ولأنَّ مقصوده إقامة السنَّة، لا قضاء الشهوة، وإنما يعتبر ماهو المقصود لا ما يكونُ تبعاً"^٦.

وقد دلَّ ظاهر لفظ الحديث على جواز نظر الرجل الى أي امرأة إذا أراد أن يتزوجها، وأنه غير مقيد بمرّة واحدة، بل له أن يكرر النظر ويتأمل المحاسن، ولو بغير إذنها.

^١ صحيح مسلم بشرح النووي ١٣٩/١٠

^٢ شرح النووي على صحيح مسلم ١٣٩/١٠

^٣ انظر عقد الجواهر الثمينة ٥٤٨/٣، الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ص ٢٦٢، معونة أولي المنهي ٢١/٧، المغني لابن قدامة ٥٠٠/٩، المبسوط ١٥٥/٥، تحفة الفقهاء ص ٥٦٩، فتح باب العناية ١٤/٣، بدائع الصنائع ١٢٢/٥.

^٤ عارضة الأحوذى ٣٠٦/٤، سنن النسائي ٥٧/٦، سنن ابن ماجه ٦٠٠، ٥٩٩/١، مسند احمد ٢٤٥، ٢٤٤/٤، المستدرك ١٦٥/٢، سنن الدارمي ١٣٤/٢ وكذلك روى ابو داود واحمد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها فليفعل". (مختصر سنن ابن داود ٢٦/٣، مسند أحمد ٣٣٤/٣)

^٥ بدائع الصنائع ١٢٢/٥

^٦ المبسوط ١٥٥/٥

غير أن حذاق الفقهاء فهموا من المعنى الباعث على إباحة النظر إليها - وهو أنه وسيلة إلى الألفة والتوافق لبلوغ المقصود من الزواج - لزوم قصره على حالة واحدة، وهي ما إذا غَلَبَ على ظنّه إجابته إذا خطبها، فخصصوا إباحة عموم النظر بمقصد الشارع منها، وهو غلبة ظنّه إيجابتها، وقالوا: فإن غلب على ظنّه عدم ذلك، فلا يحلُّ له النظر إليها استصحاباً لأصل الحظر. قال ابن قدامة: "وفي إباحة النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها دليلٌ على التحريم عند عدم ذلك، إذ لو كان مباحاً على الإطلاق، فما وجه التخصيص لذلك؟"^١.

* جاء في كتاب "القواعد" لأبي الحسن البعلي: "ذكر شيخنا ابن رجب في "تعليقه على المحرر" أنه يتعيّن تقييدُ إباحة النظر إلى مَنْ أراد خطبتها بمن إذا خطبها غَلَبَ على ظنّه إجابته. ومتى غَلَبَ على ظنّه عدم الإجابة لم يجز"^٢.

* وجاء في "الشرح الكبير على المقنع": "ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير حلوة. وعنه: (أي الامام أحمد): له النظر إلى ما يظهر غالباً فالرقبة واليدين والقدمين"^٣. وهو المذهب كما قال المداوي في الإنصاف^٤.

* وعلّق صاحب "الإنصاف" على ما جاء في "الشرح الكبير" بقوله: "قلت: ويتعيّن تقييد ذلك بمن إذا خطبها غَلَبَ على ظنّه إجابته إلى نكاحها. وقاله ابن رجب في "تعليقه على المحرر". وهو كما قال، وهو مرادُ الإمام والأصحاب قطعاً"^٥.

* وعلى ذلك قال البهوتي: "ويُسَنُّ لمن أراد خطبة امرأة، وغلب على ظنّه إجابته النظر إن أمن الشهوة إلى ما يظهر منها غالباً لوجه ورقبة ويد وقدم (...). ويكرره ويتأمل المحاسن، ولو بلا إذن"^٦.

^١ المغني ٥٠٠/٩

^٢ القواعد ٢٩/١

^٣ الشرح الكبير ٢٨/٢٠

^٤ الإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف ٣١/٢٠

^٥ الإنصاف ٣٠/٢٠

^٦ كشف القناع ٨/٥

* وجاء في مطالب أولي النهى "وشرح منتهى الإرادات": "ويباح لمن أراد خطبةً امرأه، وغَلَبَ على ظنّه إجابته نظراً ما يظهر منها غالباً (...) ويكرره ويتأمل المحاسن بلا إذنٍ من المرأة"^١

المسألة العاشرة

النظر الى العجائز

قال تعالى {قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم} [النور ٣٠].

لقد أفاد عموم النص حَظَرَ نظر الرجل الى كافة النساء الأجنبية لغير عذر، كالشهادة والقضاء والتطبيب وإرادة الزواج. قال الكاساني: "واما الأجنبية الحرائر؛ فلا يجلُّ النظر لأجنبي من الأجنبية الحرّة، الى سائر بدنّها إلا الوجه والكفين لقوله تعالى {قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم}"^٢.

غير أنّ هذا العموم مخصّصٌ بالمعنى الذي قصده الشارع من ذلك النهي - وهو كون النظر ذريعةً الى الافتتان بالمرأة والتلذذ والاستمتاع وتعلّق القلب بها - في قول جماهير أهل العلم، حيث إنهم قصرُوا الحظر على النظر الى الشابة من النساء والى التي لا أرب للرجال فيها، ونصوا على جواز النظر الى المرأة المسنّة التي لا تشتهي، لانتفاء الوصف الشرعي الباعث على الحظر، وهو خوفُ الفتنة^٣.

* قال السرخسي: "لأنّ الحرمة لخوف الفتنة، فإذا كانت ممن لا يُشتهى، فخوفُ الفتنة معدوم"^٤.

* وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي: "فصل: يجوز النظرُ الى المتجالّة^٥، ويكره الى الشابة إلاّ لعذرٍ من شهادة أو علاج أو غير ذلك، لأنّ الشابة لا تؤمّن الفتنة بها والتلذذ بالنظر اليها، والمتجالّة قد زال فيها هذا المعنى"^٦.

^١ مطالب أولي النهى ١٢، ١١/٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤/٣، معونة أولي النهى لابن النجار الفتوحى ٢١/٧

^٢ بدائع الصنائع ١٢١/٥

^٣ انظر كشف القناع ١١/٥، عقد الجواهر الثمينة ٥٤٨/٣، تحفة الفقهاء ص ٥٦٩، المبسوط ١٥٤/١٠

^٤ المبسوط ١٥٣/١٠

^٥ المتجالّة: هي التي لا رغبة للرجال فيها. وقيل: هي العجوز الفانية. (الفواكة الدواني ٣١٣/٢)

^٦ المعونة على مذهب عالم المدينة ١٧٢٦/٣

- * وجاء في "الفواكة الدواني": "وأما المتجالة؛ فلأجنبي أن يرى وجهها وكفيها على كل حال، ولو لغير عذر، للأمن مما يحصل برؤية الشابة"^١.
- * وجاء في "الشرح الكبير على المقنع": "فصل: فأما العجوزة التي لا تشتهى، فلا بأس بالنظر الى ما يظهر منها غالباً"^٢.
- * وجاء في "شرح منهي الإرادات": "ويباح أن ينظر ممن لا تشتهى كعجوز وبزرة لا تشتهى وقبيحة ونحوهن كمريضة لا تشتهى الى غير عورة صلاة"^٣.

- * وقال ابن رشد (الجد): "يجوز للرجل أن ينظر الى المرأة المتجالة (...) ولا يجوز له أن ينظر الى الشابة إلا لعذر من شهادة أو علاج أو عند إرادة نكاحها لإباحة النبي صلى الله عليه وسلم ذلك"^٤.
- * وجاء في "مطالب أولي النهي": "ويُنظرُ ممن لا تشتهى كعجوز وبزرة وقبيحة ومريضة لا يُرجى بُرؤها للوجه خاصة"^٥.
- * وجاء في "الإنصاف" للمرداوي: "فوائد: (منها) يجوز النَّظَرُ ممن لا تُشْتَهَى كالعجوزة والبزرة والقبيحة ونحوهم الى غير عورة الصلاة على الصحيح من المذهب"^٦.

^١ الفواكة الدواني شرح رسالة ابن ابي زيد القيرواني للنفاوي ٣١٣/٢

^٢ الشرح الكبير ٦٥/٢٠

^٣ شرح منهي الإرادات للبهوتي ٥/٣

^٤ المقدمات الممهدة ٤٦٠/٣

^٥ مطالب أولي النهي ١٤/٥

^٦ الإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف ٥٤/٢٠

- * وقال في "الرعاية الكبرى": "وَيُبَاحُ نَظَرُ وَجْهِهِ كُلِّ عَجُوزٍ بَرَزَهُ ^٢هِمَّةٌ، ومن لا يُشْتَهَى مثلها غالباً، وماليس بعورة منها، وَلَمَسُّهُ ومصافحتها والسلامُ عليها إنْ أَمِنَ على نفسه" ^٣.
- * وقال الكاساني: "وأما حُكْمُ مَسِّ الْوَجْهِ والكفين للأجنبية، فلا يحلُّ، لأنَّ حِلَّ النظر للضرورة، ولا ضرورةً الى الميسِّ: مع مافي الميسِّ من بعث الشهوة وتحريكها فوقَ النظر، وإباحةُ أدنى الفعلين لا يدلُّ على إباحةِ أعلاهما. وهذا إذا كانا شابَّين. فإنْ كانا شيخين كبيرين فلا بأس بالمصافحة، لخروج المصافحة منهما من أن تكونَ مورثةً للشهوة، لانعدام الشهوة" ^٤.
- * وقال السرخسي: "ولا يحلُّ أن يَمَسَّ وَجْهَهَا أو لَقَّهَا، وإن كان يأمنُ الشهوة ... وهذا إذا كانت شابَّةً تُشْتَهَى. فإنْ كانت عَجُوزاً لا تُشْتَهَى، فلا بأس بمصافحتها ومَسِّ يدها" ^٥.
- * وجاء في "الفتاوى الهندية": "لا يحلُّ له أن يَمَسَّ وجهها ولا كفها، وإن كان يأمنُ الشهوة. وهذا إذا كانت شابَّةً تُشْتَهَى. فإنْ كانت لا تُشْتَهَى، فلا بأس بمصافحتها ومَسِّ يدها. كذا في الذخيرة. وكذلك إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها، فلا بأس بأن يصافحها. وإن كان لا يأمن على نفسه أو عليها فليجتنب" ^٦.

المسألة الحادية عشرة

لعن الواصلة والنامصة والواشمة

^١ البرزة: هي الكهلة الجلييلة، تبرز للقوم، يجلسون إليها ويتحدثون، وهي عفيفة. (القاموس المحيط ص ٦٤٦). وقال البعلي: هي ضدُّ

الْحَفْرَةِ، أي شديدة الحيء. (مطلع من ٣٠٧).

^٢ الهِمَّة: هي المرأة الكبيرة الفانية. (القاموس المحيط ص ١٥١٢)

^٣ الإنصاف للمرداوي ٥٤/٢٠، مطالب أدلي النهي ١٤/٥

^٤ بدائع الصنائع ١٢٣/٥

^٥ المبسوط ١٥٤/١٠

^٦ الفتاوى الهندية ٣٢٩/٥

روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والنامصة والمتنمصة والواشرة والمستوشرة والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله".^١

الواصله: هي التي تضيف الى شعر رأسها شعراً آخر يكثر به.^٢

والنامصة: هي التي تقلع الشعر من وجهها بالنامص، وهو الذي يقلع الشعر. كما قال القرطبي.^٣ وقال النووي: هي التي تُزيل الشعر من الوجه.^٤ وقال النفراوي: التميمص هو نتف شعر الحاجب حتى يصير دقيقاً حسناً.^٥

والواشرة: هي التي تحدد أسنانها.^٦

والمتفلجة للحسن: هي التي تبرد ما بين أسنانها بالمبرد لتصير لطيفة حسنة المظهر.^٧

والواشمة: هي التي تجرح البدن نقطاً أو خطوطاً، فإذا جرى الدم حشته كحلاً، فيأتي خيلاناً وصوراً، فتتزين به النساء للرجل. كما قال ابن العربي.^٨ وقال القرطبي: الوشم يكون في اليدين، وهو أن يفرز ظهر كف المرأة ومعصمها بأبرة، ثم يُحشى بالكحل أو بالنورة فيخضّر.^٩

^١ انظر صحيح البخاري مع الفتح ٣٧٧/١٠-٢٨٠، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٣/١٤-١٠٦، مختصر سنن أبي داود للمنذري

٨٧/٦، عارضة الأحوذى ٢٦٢/٧، سنن النسائي ١٤٥/٨

^٢ المفهم للقرطبي ٤٤٣/٥، الجامع لأحكام القرآن ٣٩٢/٥

^٣ الجامع لأحكام القرآن ٣٩٢/٥

^٤ شرح صحيح مسلم ١٠٦/١٤

^٥ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٣١٤/٢

^٦ أحكام القرآن لابن العربي ٥٠١/١

^٧ الجامع لأحكام القرآن ٣٩٢/٥، أحكام القرآن لابن العربي ٥٠١/١

^٨ أحكام القرآن ٥٠١/١

^٩ الجامع لأحكام القرآن ٣٩٢/٥

وقد دلَّ ظاهر لفظ الحديث على عموم حَظَرِ الوشمِ ونتفِ المرأةَ شيئاً من شعر وجهها ووصل شعر رأسها بشيء من الشعر أو غيره، وأخذ بعمومه جمع من أهل العلم، وقالوا بتحريم الوصل والنمص والوشم والتفليح في كل صورته وأحواله^١.

وذهب أكثر أهل العلم الى أنَّ حظر هذه الأعمال ليس على عمومه، إذ هو مخصَّصٌ بالمعنى الباعث عليه، المستنبط منه، وإن كان بينهم اختلافٌ في ماهو المعنى المقصود والمستهدف من الشارع بالتحريم. وقد استتبع ذلك اختلاف أنظارهم واجتهاداتهم في الأحكام المترتبة عليه. وجماع ذلك:

(أولاً)

أنَّ بعض الفقهاء ذهبوا الى أن المعنى المقصود بالمنع من تلك الأعمال هو التغيرير والتدليس. ومنهم ابن رشد الجد وابن شاس^٢.

وردَّه ابن أبي جمرة الأندلسي، وقال: إنه ضعيفٌ، لأنه يخصَّصُ عموم اللفظ بغير دليل^٣. وذهب قوم الى أنَّ المعنى الذي وقع النهي لأجله هو تغييرُ خَلْقِ الله. وفهم القرطبي والقاضي ابن العربي وابن أبي جمرة^٤، حيث إنَّ الله نَسَبَ ذلك المعنى الى الشيطان في قوله (ولأمرنهم فليغيرنَّ خَلْقَ الله) [النساء ١١٩].

وردَّ هذا الاستدلال: بأنَّ ليس كلُّ تغييرٍ لخلق الله مذموماً أو محظوراً، بدليل أنَّ جميع خصال الفطرة التي وردت بها الأحاديث النبوية - كتقليم الأظافر وقصَّ الشارب ونتف الإبط وحلق العانة والاختتان - فيها تغيير لخلق الله.

^١ إكمال المعلم لعياض ٦/٦٥٢، المحرر الوجيز ٢/١١٤، بهجة النفوس ٤/١٤٠، المفهم ٥/٤٤٣، المقدمات الممهدة ٣/٤٠٨، عقد الجواهر الثمينة ٣/٥٤٧، أحكام القرآن لابن الفرس الغرناطي ٢/٢٨٠، الجامع لأحكام القرآن ٥/٣٩٢، أحكام القرآن لابن العربي ١/٥٠١، شرح صحيح مسلم للنووي ١٤/١٠٢-١٠٧

^٢ المقدمات الممهدة ٣/٤٥٨، عقد الجواهر الثمينة ٣/٥٤٧، شرح صحيح مسلم للنووي ١٤/١٠٧

^٣ بهجة النفوس ٤/١٤٠

^٤ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/٣٨٢، أحكام القرآن لابن العربي ١/٥٠١، بهجة النفوس ٤/١٤٠

قال الإمام ابن عاشور: "وملاك الأمر أنّ تغيير خلق الله إنما يكون إثماً إذا كان فيه حظٌّ من طاعة الشيطان، بأن يجعل علامةً لنحلةٍ شيطانية، كما هو سياق الآية واتصال الحديث بها"^١.
وقال ابن عطية الأندلسي وابن الفرس الغرناطي: "وملاك تفسير هذه الآية: أنّ كلّ تغيير يؤدي إلى ضرر فهو داخلٌ في الآية، وكلُّ ما لم يكن كذلك فهو مباح"^٢.

(ثانياً)

وقال الإمام النووي: "فِعْلُ النامِصَةِ حَرَامٌ إِلَّا إِذَا نَبَتَتْ لِلْمَرْأَةِ لِحْيَةً أَوْ شَوَارِبَ، فَلَا يَحْرَمُ إِزَالَتَهَا، بَلْ يَسْتَحَبُّ عِنْدَنَا ... وَمَذَهَبُنَا مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ اسْتِحْبَابِ إِزَالَةِ اللَّحْيَةِ وَالشَّارِبِ وَالْعَنْفَقَةِ، وَأَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا هُوَ فِي الْحَوَاجِبِ وَمَا فِي أَطْرَافِ الْوَجْهِ (...). وَأَمَّا قَوْلُهُ [الْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ] فَمَعْنَاهُ يَفْعَلُنَ ذَلِكَ طَلَباً لِلْحُسْنِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْحَرَامَ هُوَ الْمَفْعُولُ لَطَلَبِ الْحُسْنِ، أَمَا لَوْ احتاجت إليه لعلاج أو عيب في السنِّ ونحوه فلا بأس"^٣.
وقال النفراوي: "وَيُفْهَمُ مِنَ النَّهْيِ عَنِ وَصْلِ الشَّعْرِ: عَدَمُ حَرَمَةِ إِزَالَةِ شَعْرِ بَعْضِ الْحَاجِبِ أَوْ الْحَاجِبِ، وَهُوَ الْمَسْمُومُ بِالْتَرَجِيحِ وَالتَّدْقِيقِ وَالتَّخْفِيفِ. وَهُوَ كَذَلِكَ (...). وَرَوَى عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا جَوَازَ إِزَالَةِ الشَّعْرِ مِنَ الْحَاجِبِ وَالْوَجْهِ. وَهُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْمُعْتَمَدَ جَوَازُ حَلْقِ جَمِيعِ شَعْرِ الْمَرْأَةِ مَا عدا شعر رأسها"^٤.

وقال القاضي عياض: "فَأَمَّا رَبْطُ خِيوطِ الْحَرِيرِ الْمَلُونَةِ وَنَحْوِهَا مِمَّا لَا يُشْبِهُ الشَّعْرَ فَلَيْسَ يَمْنَهُسُ عَنْهُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصْلِ وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى مَقْصُودِ الْوَصْلِ، وَإِنَّمَا هُوَ لِلتَّجَمُّلِ وَالتَّحْسِينِ"^٥.

(ثالثاً)

وذكر الامام محمد الطاهر ابن عاشور أنّ المعنى المقصود من نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الوصل والتنميص والوشم والتلج للحسن هو التشبُّه بِسِمَةِ ظَاهِرَةٍ وَعَلَامَةٍ مَعْرُوفَةٍ لِلْعَوَاهِرِ وَنَحْوِهِمْ فِي الْعَرَفِ الْجَارِي

^١ التحرير والتنوير لابن عاشور ٢٠٦/٥

^٢ المحرر الوجيز ١١٤/٢، أحكام القرآن لابن الفرس ٢٨١/٢

^٣ شرح النووي على صحيح مسلم ١٠٧/١٤

^٤ الفواكه الدواني ٢١٤/٢

^٥ إكمال المعلم ٦٥٢/٦، وانظر شرح صحيح مسلم النووي ١٠٥/١٤

في ذلك العصر، وبه يُخصَّصُ عموم النهي، وعليه يُحمَلُ الحظر، بحيث إذا انتفى كونها كذلك في زمن من الأزمان أو مكان من الأماكن، فإنَّ فِعْلَهَا لا يكون محلَّ النهي الشرعي. فقال في "التحرير والتنوير": وأما ماوردَ في السنَّةِ من لعن الواصلات والتنمصات والمتفلجات للحسن، فما أشكل تأويله، وأحسب تأويله أنَّ العَرَضَ منه النهي عن سماتٍ كانت تُعدُّ من سمات العواهر في ذلك العهد، أو من سمات المشركات. وإلا فلو فرضنا هذا منهيًّا عنه لَمَا بَلَغَ النهيُّ الى حَدِّ لَعْنِ فاعلات ذلك^١.

وقال في "مقاصد الشريعة الإسلامية": "فنحنُ نوقنُ أنَّ عادات قوم ليست يحقُّ لها -بما هي عادات- أن يُحمَلَ عليها قومٌ آخرون في التشريع، ولا أن يُحمَلَ عليها أصحابها كذلك. نعم، يراعي التشريعُ حمَلَ أصحابها عليها ماداموا لم يغيروها"

ومن معنى حمَلِ القبيلة على عوائدها في التشريع إذا روعي في تلك العوائد شيءٌ يقتضي الإيجاب أو التحريم، يتضح لنا دَفْعُ حيرة وإشكالٍ عظيم يعرضان للعلماء في فهم كثير من نهي الشريعة عن أشياء لا تجدُ فيها وَجْهٌ مفسدةٍ بحال، مثل تحريم وصل الشعر للمرأة، وتفليج الأسنان، والوشم في حديث ابن مسعود أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الواصلات والمستوصلات والواشطات والمستوشطات والمتنمصات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله". فإنَّ الفهم يكاد يضلُّ في هذا، إذ يرى ذلك صنفاً من أصناف التزين المأذون غي جنسه للمرأة، كالتحمير والخلوق والسواك، فيتعجب من النهي الغليظ منه.

ووجهه عندي الذي لم أر من أفصح عنه، أنَّ تلك الأحوال كانت في العرب أمارات على ضعف حصانة المرأة. فالنهي عنها نهي عن الباعث عليها، أو عن التعرُّض لهتك العرَض بسببها^٢.

وقال أيضاً: "قد أخطأ بعض المتقدمين في حكم وصل الشعر للمرأة ذات الزوج، وتفليج أسنانها وتنميص حاجبيها، فجعل لذلك من التعليل في الإثم ما ينفي سماحة الإسلام تمسكاً بظواهر أثر يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن فيه الواصلة والواشمة والمتفلجة والمتنمصة. وأنا أجزم بأنَّ ماورد عن رسول الله

^١ التحرير والتنوير ٢٠٥/٥

^٢ مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٣٢٣

صلى الله عليه وسلم في ذلك - إن كان كذلك ورد عنه - إنما أراد به ما كان من ذلك شعاراً لركة عفاف نساءٍ معلومات^١.

وقد علّق تلميذ الإمام ابن عاشور الشيخ محمود شمام على فتوى أستاذه فقال: "فالشيخ ابن عاشور رحمه الله كان يفتي بحليّة لبس الباروكة وماشابهها، وترجيح الحواجب، وتكحيل العيون تَفَهُماً لمعنى الأثر والمورد الذي وَرَدَ فيه، ولأنّ هذه الأمور يُقَصَّدُ بها الآن الزينة لا تغييرَ خَلْقِ الله ولا تبديله. وما ورد من نهي على فَرَضِ صحته وصحة سنده فالمقصودُ به نساءٌ في ذلك العصر اتَّصَفْنَ بركةٍ في العفافِ وضعفٍ في الدينِ وسوءٍ في السيرة، ولا يشمل كافة النساء ولا كافة العصور^٢.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قواعد الذرائع في المعاملات المالية

^١ فتاوى الإمام محمد الطاهر ابن عاشور ص ٣٥٤

^٢ فتاوى ابن عاشور ص ٣٥٤



سامي بن إبراهيم السويلم
جمادى الأولى ١٤٣٨هـ، فبراير ٢٠١٧م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد.
فقد سبق أن أعددتُ هذا البحث أولاً لمؤتمر شورى الفقهي الخامس بالكويت، صفر ١٤٣٥هـ، ديسمبر ٢٠١٣م، ولكن لظروف خارجة عن الإرادة لم يتيسر لي الحضور وتقديم البحث. وحين رغب إلي فضيلة الدكتور حامد ميرة، الأمين العام لهيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) أن أشارك في مؤتمر الهيئات الشرعية للهيئة الذي سيعقد بإذن الله في البحرين في رجب ١٤٣٨هـ، أبريل ٢٠١٧م، رأيت الفرصة سانحة لمراجعة البحث وتنقيحه وتصحيحه ليظهر على الوجه المأمول بإذن الله.

وقد كُتِبَ في موضوع الذرائع الكثير من الدراسات والأبحاث والرسائل العلمية، ونوقش ضمن دورة مجمع الفقه الإسلامي التاسعة في ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م. وفي مجال المعاملات خصوصاً كتب فضيلة الشيخ العلامة عبدالله بن بيه "سد الذرائع وتطبيقاته في مجال المعاملات المالية" وهي محاضرة ألقاها في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة في رمضان ١٤١٧هـ، ثم نُشِرَ فضلاً موسعاً عن الذرائع ضمن كتابه "أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات"، نُشِرَ في ١٤٢٧هـ. كما نُشِرَت د. أختري زيتي بنت عبدالعزيز في ٢٠٠٨م دراسة بعنوان "المعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقاتها".

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

أضف إلى ذلك أن هناك فجوة بين التأصيل وبين التطبيق. فمبدأ سد الذرائع له الكثير من الشواهد والأدلة، لكن تطبيقه يخضع لحملة من القواعد لكي يؤدي وظيفته التشريعية، ولكي تتضح الصلة بينه وبين

أصول التشريع وقواعده الأخرى. كما أن تنزيل هذه القواعد الكلية على أحكام المعاملات التفصيلية يحتاج إلى معالجة دقيقة تحدد متى يكون الحكم مبنياً على سد الذرائع ومتى لا يكون. ولم تلق هذه الجوانب فيما وقفت عليه العناية الكافية.

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

الأول: سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، يبين حكمة مبدأ سد الذرائع وعلاقته بمنهج التشريع في مجال المعاملات.

الثاني: قواعد الذرائع في المعاملات المالية.

الثالث: تطبيقات على فقه المعاملات.

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

(١)

سد الذرائع في الشريعة الإسلامية

"الذريعة" في اللغة هي الوسيلة والسبب الموصل إلى النتيجة.^١ وغلب في اصطلاح الفقهاء استخدام هذا المصطلح فيما ظاهره الجواز لكنه يفضي إلى مفسدة أو عمل محرم لذاته.^٢ وتحريم الذرائع التي تفضي وتؤدي إلى المحرمات من كمال التشريع وتمام حكمته. قال ابن القيم رحمه الله: "لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها. فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها. فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل. فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يجرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً أن يُقرب حماه. ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبي ذلك كل الإباء".^٣

ومبدأ سد الذرائع يحتل حيزاً مهماً في التشريع الإسلامي. وذلك أن التكليف أمر ونهي، وكل منهما إما مقصود لنفسه أو وسيلة إلى المقصود. وقد ثبت بالاستقراء أن الشرع يأمر بالشئ وبما يوصل إليه، وينهى عن الشئ وعما يفضي إليه.^٤ "فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين".^٥ والمنع من الذرائع منهج قرآني نبوي يربي المسلم على المسؤولية عن نتائج أفعاله، ومن ثم التبصر في العمل ونتائجه قبل الإقدام عليه. قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ

^١ انظر سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، محمد هشام البرهاني، ص ٥٢-٥٦، عن معجم مقاييس اللغة، وتاج العروس، وغيرها من مصادر اللغة.

^٢ انظر: أحكام القرآن، ابن العربي، ج ٢ ص ٧٩٨، بيان الدليل، ابن تيمية، ص ٢٥٤.

^٣ إعلام الموقعين، ج ٤ ص ٥٥٣.

^٤ الذرائع، وهبة الزحيلي، ص ١٢.

^٥ إعلام الموقعين، ج ٥ ص ٦٦.

عَلِمَ ﴿ (الأنعام ١٠٨). وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ مِنْ أَكْبَرِ الْكَبَائِرِ أَنْ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ".
 قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ يَلْعَنُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قَالَ: "يَلْعَنُ أَبَا الرَّجُلِ فَيَلْعَنُ أَبَاهُ، وَيَلْعَنُ أُمَّهُ فَيَلْعَنُ أُمَّهُ".^١
 كما حذر النبي صلى الله عليه وسلم من التساهل في الاقتراب من المحرمات في قوله: "إِنَّ الْحَلَالَ بَيْنَ وَإِنَّ
 الْحَرَامَ بَيْنَ وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرِضِهِ، وَمَنْ
 وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَزْتَعَ فِيهِ. أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى،
 أَلَا وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحْرَمُهُ. أَلَا وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ
 كُلُّهُ، أَلَا وَهِيَ الْقَلْبُ".^٢

ولهذا نهانا الله تعالى عن اتباع خطوات الشيطان: ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾
 (البقرة، ١٦٨، ٢٠٨). ولم يقل: ولا تتبعوا الشيطان أو عمل الشيطان، لأن الخطوات تقود إلى عمل
 الشيطان، والشيطان يستدرج العبد نحو الهاوية، فهذا حرم تعالى اتباع الخطوات لأنها هي المقدمة إلى
 الموبقات، كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ وَمَنْ يَتَّبِعْ خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ
 فَإِنَّهُ يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾ (النور، ٢١).

ولذا يؤكد القرآن على عدم الاقتراب من حدود الله من المحرمات، كما قال سبحانه: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا
 تَقْرُبُوهَا﴾ (البقرة، ١٨٨). وقال: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ (الأنعام، ١٥٠)، وقال:
 ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الرِّزَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾، وقال: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾
 (الإسراء، ٣٢، ٣٤).

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

حجية الأخذ بالذرائع

ولأهمية هذا الأصل وجدنا العلماء مجمعين على أصل القول بسد الذرائع، كما قال القرابي رحمه الله: "فليس
 سد الذرائع خاصاً بمالك رحمه الله، بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصل سدّها مجمعٌ عليه".^٣ ويؤكد ذلك

^١ رواه البخاري وأحمد وأبو داود والترمذي.

^٢ متفق عليه.

^٣ الفروق ج ٢ ص ٣٣.

الشواهد التي سردها شيخ الإسلام ابن تيمية لسد الذرائع، وتبلغ الثلاثين، ثم قال: "ولم نذكر من شواهد هذا الأصل إلا ما هو متفق عليه أو منصوص عليه أو مأثور عن الصدر الأول شائع عنهم، إذ الفروع المختلف فيها يُحتج لها بهذه الأصول، لا يُحتج بها."^١ وقال الإمام الشاطبي رحمه الله: "قاعدة الذرائع متفقٌ على اعتبارها في الجملة."^٢

وهو ما انتهى إليه العلامة أبوزهرة رحمه الله، فقال: "ونحن نميل إلى أن العلماء جميعاً يأخذون بأصل الذرائع وإن لم يسموه بهذا الاسم."^٣ وحتى الظاهرية الذين ينكرون الذرائع، إنما ينكرون ما كان منها ظنياً. أما ما أفضى منها قطعاً إلى المحرم فهم يمنعون منه، كما صرح به ابن حزم رحمه الله، وإن كان قد عدّ ذلك من التعاون على الإثم والعدوان. فالحقيقة واحدة وإن اختلفت الألفاظ.^٤ ومن خلال المقارنة يبدو أن أكثر المذاهب أخذاً بسد الذرائع هم المالكية، يليهم الحنابلة، يليهم الحنفية، يليهم الشافعية، ثم الظاهرية.^٥

وذكر العلامة عبد الله دراز رحمه الله أن النزاع في سد الذرائع إنما هو في تحقيق المناط، لا في أصل القاعدة.^٦ أي في درجة العلم بإفضائها إلى المفسدة. ولهذا قسّم العلماء الذرائع إلى ثلاثة أقسام:^٧ قسم أجمعت الأمة على سده، كحفر الآبار في طرق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها. وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا.

^١ بيان الدليل، ص ٢٦٧.

^٢ الموافقات، ج ٥ ص ١٨٥.

^٣ مالك، ص ٤٤٥.

^٤ المحلى، ج ٩ ص ٢٩، قواعد الوسائل، مصطفى مخدوم، ص ٣٧٢-٣٧٣.

^٥ انظر: ابن حنبل، محمد أبو زهرة، ص ٣٧٥؛ سد الذرائع عند ابن تيمية، إبراهيم المهنا، ص ١٢٧.

^٦ الموافقات، ج ٥ ص ١٨٥ هامش (٤).

^٧ الفروق ج ٢ ص ٣٢.

وقسم اختلف فيه العلماء هل يُسد أم لا؟ كبيع الآجال، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر دون اشتراط، فالإمام مالك يقول: إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلاً بإظهار صورة البيع. والإمام الشافعي ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره في غياب الاشتراط فيجوز ذلك.

سد الذرائع وفتحها

ذكر العلماء أن الذرائع يجب سدها إذا أفضت إلى مفسدة راجحة، وكذلك ينبغي فتحها إذا أفضت إلى مصلحة راجحة.^١

والحقيقة أننا إذا قلنا إن الأصل في العادات والمعاملات الحِلّ، فلا نحتاج إلى القول بفتح الذرائع، لأن الأصل مشروعيتها. إنما يقال: فتح الذرائع بعد سدها، لأن ما حرم سداً للذريعة يباح للمصلحة الراجحة، كما سيأتي. إلا إذا كان المراد: حماية أصل المشروعية عن المنع بسبب الاحتمال النادر أو القليل للإفضاء إلى المحرم. فالاحتمالات النادرة والقليلة وما في حكمها لا تكفي للانتقال عن الأصل المتيقن وهو المشروعية. وقد يفضي المنع دون مراعاة ضوابط الذرائع إلى زيادة المفسدة وليس تقليلها. فالمنع من المجاورة مثلاً خشية الزنا تُسدّ أبواب النكاح الذي هو أفضل علاج للزنا. فالنكاح يتطلب المجاورة والتعارف والتقارب وبدون ذلك يتعذر حصول النكاح، فيكون المنع سبباً في انتشار الزنا وليس انحساره. كما أن المنع من زراعة العنب خشية استخدامه في الخمر منعٌ للشراب المشروع النافع الذي يُعني عن المحرم. ومن هذا الباب منع وسائل الاتصال أو التواصل الاجتماعي خشية الفساد. فهذه الوسائل والتقنيات يمكن أن تكون سبباً للخير وليس للشر فحسب. ومنعها جملة قد يفضي إلى مفاسد إضافية تناقض الهدف من منعها ابتداءً.

وصمّام الأمان في كل ما سبق هو القيم الأخلاقية: فالقيم هي التي تحول المجاورة إلى وسيلة للنكاح بدلاً من الزنا، والتواصل إلى التعارف والتواصي بالخير بدلاً من نشر الرذيلة. وبدون القيم الأخلاقية لا يمكن أن يؤتي المنع ثمرته، بل على العكس. والشريعة ليست جملة من الأوامر والنواهي التشريعية فحسب، بل هي قبل ذلك مبادئ وقيم أخلاقية. ولهذا يجتمع في الشريعة أحكام الديانة وأحكام القضاء، فأحكام الديانة تُعنى بالجوانب الأخلاقية، بينما تُعنى أحكام القضاء بجوانب المنازعات التي تفصل فيها الجهات القضائية.

^١ سد الذرائع للبهاني، ص ٦٩-٧١.

والاقتصار على الجوانب القضائية أو القانونية فحسب خلل في فهم الشريعة وفي تطبيقها، ويعود على كثير من مقاصدها بالإبطال. وغلب للأسف في المصادر الفقهية، خصوصاً في العصور المتأخرة، العناية بأحكام القضاء مع إهمال لأحكام الديانة.^١

علاقة الذريعة بمقاصد المكلفين

تتميز الذرائع بأنه لا علاقة لها بنية المكلف أو قصده. فسبب آلهة المشركين لا يمكن أن يقصد به المؤمن ما يؤدي إليه وهو سبب الله تعالى. وكذلك لا يمكن للعاقل أن يقصد سبب والديه، ومع ذلك فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم سبب الرجل لوالدي غيره سبباً في سبب والديه هو، وجعله مسؤولاً عن ذلك إلى حد استحقاقه للعن بسببه.

فدل ذلك على أن إفضاء الذريعة إلى المفسدة مستقل عن نية المكلف وقصده، فقد يقصد النتيجة وقد لا يقصدها. وعليه يمكن تقسيم العلاقة بين الذريعة ومقاصد المكلف إلى ثلاثة أقسام:^٢

ذريعة لا يقصد المكلف مآلها، مثل سبب آلهة المشركين وسبب الوالدين. فالمؤمن لا يمكن أن يقصد مآل هذين الأمرين، كما يقول شيخ الإسلام.

ومن هذا الباب قول الله تعالى لأمهات المؤمنين رضي الله عنهن: ﴿فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (النور، ٣٢). وقد طهر الله تعالى أمهات المؤمنين من سوء القصد، فدل على أن الخضوع بالقول ذريعة بنفسه ولو لم يوجد القصد لما يؤول إليه.

ومن ذلك إقامة الحد في الغزو، فإن الشرع نهي عن ذلك خشية أن يلحق الجاني بالعدو، أو يفت ذلك في عضد الجيش المسلم.^٣ وهذه نتيجة غير مقصودة لولي الأمر المؤمن.

ومن ذلك بيع الرجل على بيع أخيه، وخطبته على خطبة أخيه، والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها،^٤ فإن هذه الأعمال مظنة لقطيعة الرحم والعداوة والبغضاء وإن لم يُقصد بها ذلك.

^١ كما أكد على ذلك العلامة الكشميري رحمه الله: فيض الباري، ج ١ ص ١٨٧-١٨٩، ج ٣ ص ٢٥٨، ٣١١-٣١٢.

^٢ بيان الدليل، ص ٢٥٥؛ الذرائع، ص ١٧-١٨.

^٣ بيان الدليل، ص ٢٦٣، اعتبار المآلات، ص ١٥٢.

^٤ إعلام الموقعين، ج ٥ ص ١٤، ٣٣.

ومعظم صور سد الذرائع تدخل في هذا القسم، كما يشير شيخ الإسلام^١.
عمل يقصد المكلف مآله دون أن يكون العمل ذريعة بنفسه، مثل بيع النصاب أثناء الحول فراراً من الزكاة،
وإغلاء الثمن إسقاطاً للشفعة، وتطبيق المرأة في مرض الموت لمنعها الميراث.
ما يجتمع فيه القصد مع الذريعة، مثل الخضوع بالقول من المرأة غير العفيفة مع سوء القصد. ومثل قول
الله تعالى: ﴿وَلَا يَضُرُّنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾ (النور، ٣١). وكذلك تعطر المرأة عند
الرجال الأجانب. ومثل بيع الرجل على بيع أخيه، ونحوها. فهذه الأعمال قد تقع بقصد وبدون قصد،
لكنها ذريعة على كل حال.

^١ بيان الدليل، ص ٢٦٧.

الفرق بين الحيل والذرائع

ويترتب على ما سبق الفرق بين الحيل والذرائع، فالحيل تتضمن القصد من المكلف للتوصل للنتيجة أو المآل المحرم. أما الذريعة فلا يلزم أن تتضمن القصد ابتداءً.^١ فالحيله تقع بما هو ذريعة وما ليس كذلك، وهما القسمان الثاني والثالث أعلاه.

لكن وجود القصد المسبق يجعل الوصول للمآل أو النتيجة شبه مقطوع به، لأنه مراد للمكلف مطلوب له. فإذا كانت الذرائع إلى الحرام محرمة مع غياب القصد، ففي وجود القصد ستكون أولى بالتحريم وأكد، لأن القصد يستدعي إيجاد الأسباب لإفضاء العمل إلى المقصود.

وهذا يبين أن العلماء متفقون على أصل منع الحيل، وهو إجماع الصحابة والسلف رضي الله عنهم.^٢ فإذا كانوا مجمعين على أصل سد الذرائع، وهي لا تستلزم القصد المسبق، فالحيل التي تستلزم القصد المسبق أولى بالمنع وأجدر. فاتفقهم على منع الذرائع يستلزم اتفقهم على منع الحيل من باب أولى.

يلاحظ أن الذريعة وإن غاب عنها القصد ابتداءً، فهي تستدعي القصد لاحقاً. فيكون العمل في البداية بدون قصد، ثم مع التجربة والتكرار يصبح المآل مقصوداً. والسبب أن الناس عقلاء، فإذا رأوا أن العمل من شأنه أن يفضي إلى نتيجة معينة، فسينتهي بهم الأمر إلى قصد هذه النتيجة. فالعاقل لا يمكن أن يعمل العمل دون أن يقصد نتيجته. لكن هذه النتيجة قد تكون غائبة عن التصور في البداية، لكن إذا علم حصولها وترتبها على هذا العمل، فلا يمكن أن تكون النتيجة إلا مقصودة. ومن يطالب الناس بالامتناع عن قصد النتيجة مع علمهم بترتبها على العمل، فهو يطالب بما تأباه الفطرة.

والشرع يفترض أن الناس عقلاء، وأنهم بدورهم يعتقدون كمال الشريعة، ولذا فما تجيزه الشريعة يستلزم جواز ما يؤول إليه، ويصبح هذا المآل مشروعاً لكونه مترتباً على ما يجيزه الشرع. فلهذا يمنع الشرع المعاملات التي تؤول إلى محذور ولو لم تُقصد، لئلا يُفهم خطأً أن هذا المآل مشروع. قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله:

^١ ونص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩٢.

^٢ بيان الدليل، ص ٣١، ١٤٤، ١٦٢.

"والغرض هنا أن الذرائع حرمها الشارع وإن لم يُقصد بها المحرم، خشيةً إفضائها إلى المحرم. فإذا قُصد بالشيء نفسُ المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع. وبهذا التحرير تظهر علّة التحريم في مسائل العينة وأمثالها وإن لم يقصد البائع الربا:

لأن هذه المعاملة يغلب فيها قصدُ الربا فيصير ذريعة، فيُسدّ هذا الباب لئلا يتخذها الناس ذريعة إلى الربا ويقول القائل: لم أقصد به ذلك؛

ولئلا يدعو الإنسان فعله مرة إلى أن يقصده مرة أخرى؛

ولئلا يعتقد أن جنس هذه المعاملة حلال ولا يميز بين القصد وعدمه؛

ولئلا يفعلها الإنسان مع قصد خفيٍّ يخفى من نفسه على نفسه؛

وللشريعة أسرار في سد الفساد وحسم مادة الشر لعلم الشارع بما جُبلت عليه النفوس وبما يخفى على الناس من خفيٍّ هواها الذي لا يزال يسري فيها حتى يقودها إلى الهلكة".^١

علاقة الذرائع بالمآل

نظراً لأن مبدأ سد الذرائع مبني على إفضاء الذريعة إلى المفسدة، دل ذلك على اعتبار الشرع لمآل الأعمال والتصرفات بغض النظر عن قصد أصحابها. فهاهنا نظران:

نَظَرٌ إلى قصد المكلف وباعثه ومراده، أخذاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات" والقاعدة المتفق عليها: "الأمر بمقاصدها" و"الوسائل لها أحكام المقاصد".^٢

نظر إلى مآل التصرف أو العمل، بغض النظر عن القصد والباعث، أخذاً بسد الذرائع.

وهذا يبين أن مبدأ اعتبار المقاصد ومبدأ سد الذرائع يكمل كل منهما الآخر: الأول بالنظر إلى وقت إنشاء التصرف، والثاني بالنظر إلى ما بعد وقوعه.

واعتبار المآل من أصول التشريع، وهو "مجالٌ للمجتهد صعبُ المورد، إلا أنه عذبُ المذاق، محمودُ الغبّ، جارٍ على مقاصد الشريعة"، كما يقول الشاطبي رحمه الله.^٣ وهو صعب لأن النظر في المآل يتطلب العلم

^١ بيان الدليل، ص ٢٥٥-٢٥٦.

^٢ قواعد الوسائل، ص ٢٢٣-٢٢٦، ٣٨٢.

^٣ الموافقات، ج ٥ ص ١٧٧-١٧٨.

بالسنن الكونية والاجتماعية، وكيفية ترتب النتائج على مقدماتها، والمسببات على أسبابها. وهذا هو حقيقة الفقه بالواقع الذي عبر عنه الإمام ابن القيم رحمه الله بقوله:

"ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً. والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع. ثم يطبق أحدهما على الآخر... فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله".^١

وعبر الإمام القرافي عن هذا بالفرق بين دليل مشروعة الحكم وبين دليل وقوع الحكم. فدليل المشروعية يُرجع فيه إلى المصادر الشرعية وأهل العلم بها. ودليل الوقوع يُرجع فيه إلى التجربة والمشاهدة وأهل الخبرة. فالدليل على أن الزوال مثلاً سببٌ لوجوب صلاة الظهر هو قوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ (الإسراء، ٧٨). ودليل وقوع الزوال وحصوله فعلاً هو "الآلات الدالة عليه وغير الآلات، كالاسطرلاب والميزان وربع الدائرة... وغير ذلك من الموضوعات والمخترعات التي لا نهاية لها".^٢

وأشار الإمام ابن القيم رحمه الله إلى تطبيق القاعدة في مجال الغرر. فالغرر (الفاحش) محرم شرعاً، لكن الحكم بأن بيع سلعة أو منفعة بعينها يدخل في الغرر أو لا، فهذا يُرجع فيه إلى أهل الخبرة. وهذا مثل بيع المغيّبات في الأرض، مثل الجزر والقلقاس ونحوه. فالحكم بأن بيع هذه المغيّبات غرر أو ليس بغرر يرجع إلى الواقع لأنه من الأمور العادية المعلومة بالحس أو التجربة. "فكون الشيء متردداً بين السلامة والعطب وكونه مما يُجهل عاقبته وتطوى مغبته أو ليس كذلك، يُعلم بالحس أو العادة لا يتوقف على الشرع. ومن استدل على ذلك بالشرع فهو كمن استدل على أن هذا الشراب مسكرٌ بالشرع، وهذا ممتنع. بل دليل إسكاره الحس ودليل تحريمه الشرع. فتأمل هذه الفائدة ونفعها".^٣

^١ إعلام الموقعين، ج ٢ ص ١٦٥، وانظر ج ٦ ص ١٣٩.

^٢ الفروق، ج ١ ص ١٢٨.

^٣ بدائع الفوائد، ج ٤ ص ١٣٢٢-١٣٢٣.

وهذا الجانب هو الذي يتفاوت فيه الباحثون في مجال المعاملات المالية. أما مجرد تصور المعاملة المالية، فليس بالعسير. لكن تصور ما يؤول إليه تطبيقها وما ينتج عنه، وكيفية تأثيره في الأسواق وفي المتعاملين، فهذا أمر يحتاج إلى خبرة وعلم في هذا الفن.

الحقيقة الموضوعية للمحرمات

إذا كانت الذرائع إلى المحرمات تُمنع ولو لم يقصدها المكلف، فهذا دليل على أن التحريم يتعلق بوصف موضوعي للفعل المحرم وليس متوقفاً على نية المكلف. فقاعدة سد الذرائع قائمة على أساس تشريعي أصيل في الشريعة الإسلامية: وهو ثبوت الفرق الموضوعي بين الحلال والحرام، وأن المفاصد التي لأجلها يحرم العمل ثابتة وإن لم يعلمها الفاعل، كما يقول شيخ الإسلام^١. ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق: "لا يعلمهن كثير من الناس"، فعدم العلم لا ينفي كونها محرمة. ويشهد لذلك أيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم لبلال لما زني رضي الله عنه: "أوه، عين الربا"^٢، مع أن بلالاً رضي الله عنه لم يكن يعلم أن ما فعله من الربا. ويؤيد ذلك القاعدة الفقهية: "العبرة في العقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف"^٣. وهذا يدل على أن التحريم يتعلق بوصف موضوعي مستقل عن علم المكلف وقصده. فالخمر محرمة بسبب الإسكار، سواء علم الشخص ذلك أو لم يعلمه. وهذا الوصف الموضوعي لحقيقة الخمر هو الأساس لقاعدة سد الذرائع. ولهذا جمع النبي صلى الله عليه وسلم، الذي أوتي جوامع الكلم، بين حقيقة الخمر وبين الذريعة إليها، حين قال: "كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، وَمَا أَسْكَرَ مِنْهُ الْفَرْقُ فَمِلْهُ الْكُفُّ مِنْهُ حَرَامٌ"^٤. فبيّن عليه السلام أولاً حقيقة الخمر، ثم بيّن بناء على ذلك الذريعة إليها. فلولا أن الخمر حقيقة موضوعية تتعلق بالإسكار، لما أمكن منع القليل منها سداً للذريعة الكثير.

كما بيّن عليه الصلاة والسلام حقيقة الربا بقوله: "إِنَّمَا الرِّبَا فِي التَّسْيِئَةِ"^٥. فالربا لغة وشرعاً هو الزيادة التي تكون من جنس الأصل، ولذلك يقال: ربا الجرح: إذا ورم، والورم زيادة من جنس البدن. ومعنى ذلك أن الربا يقتضي تماثل البدلين جنساً ونوعاً مع وجود زيادة في الكمية في أحدهما، لأن هذا التماثل هو الذي يجعل الزيادة من جنس الأصل. ولكن الزيادة لا يمكن أن تقع في المبادلة إلا بالتأجيل، ولولا الأجل لما

^١ بيان الدليل، ص ٢٤٦، ٢٩٩-٣٠١.

^٢ متفق عليه.

^٣ معلمة زايد للقواعد الفقهية، ج ١٦ ص ١٢٣.

^٤ رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

^٥ رواه مسلم.

رضي الشخص أن يبادل ١٠٠ درهم مقابل ١٢٠ كلاهما حاضراً. فدل الحديث على أن حقيقة الربا إنما تتجلى في وجود النسيئة أو الأجل، كما في مبادلة النقد الحاضر مقابل أكثر منه في الذمة.^١ فهذا يدل على أن الربا حقيقة موضوعية لا تتعلق بقصد المكلف وعلمه. فمن يبادل مائة دينار حاضرة مقابل مائة وعشرة مؤجلة فهذا قد وقع في الربا سواء علم أو لم يعلم. ومن باع دراهم فضية حاضرة بدنانير ذهبية مؤجلة فقد وقع في الربا علم أو لم يعلم. وبهذا يتبين خطأ من يظن أن "القرض" معاملة تتوقف على نية المكلف وتصوره، ويرتّب على ذلك جواز العائد المشروط على الحساب الجاري مثلاً إذ لم يكن ببال المكلف أن فتح الحساب عملية إقراض. وهذا خطأ فادح، فإن القرض معاملة ذات خصائص موضوعية، فحيثما وُجدت هذه الخصائص ثبت لها حكم القرض، سواء نوى ذلك المكلف أو لم ينو، استحضره أو لم يستحضره.

ولهذا منع الفقهاء ضمان المضارب لأنه يحيل المضاربة إلى قرض بزيادة مشروطة. كما منعوا العوض على الكفالة لهذا السبب أيضاً. ومنعوا تأجير العقود (وكل المثليات المستهلكة) لأنه ينتهي أيضاً إلى قرض بزيادة مشروطة.^٢ كل ذلك بالرغم من أن لفظة "قرض" لم ترد مطلقاً في هذه العقود، وربما لم تخطر على بال أي من الطرفين. وهذا يؤكد أن الربا حقيقة موضوعية لا علاقة لها بنية المكلف وتصوره. وكذلك القول في المحرمات الأخرى: كالميسر وأكل المال بالباطل والاحتكار والإسراف، ونحوها. فهذه المحرمات ترتبط بحقائق موضوعية مستقلة عن نية المكلف وعلمه. فكون المرء يقصد الميسر أو لا يقصده، أو ينوي الاحتكار أو لا ينويه، أو يعلم ما هو الإسراف أو لا يعلم، لا يغير من الحكم بتحريم هذه الأعمال، وإن كان العلم والقصد يؤثران من جهة الإثم الذي يلحق المكلف، لكنه لا يؤثر في تحريم العمل نفسه.

وإجماع العلماء على الأخذ بقاعدة الذرائع يؤكد أن المنهيات الشرعية، خاصة في جانب المعاملات، قائمة على حقائق موضوعية لهذه التصرفات. وهذا الأمر يستحق الكثير من العناية والاهتمام، لكنه للأسف لم يأخذ حظه الكافي من الدراسة والبحث والاستقراء.

^١ انظر: مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي، ص ٩٠-٩٢.

^٢ انظر: المغني، ج ٧ ص ١٧٦، ج ٨ ص ١٢٦.

كيفية العلم بالإفشاء

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

كما يمكن تقسيم الذرائع بحسب كيفية العلم بالإفشاء، وهي بهذا تنقسم إلى نوعين:

(١) نوع يستند العلم فيه بالإفشاء إلى التجربة والمشاهدة، كما في منع النبي صلى الله عليه وسلم لبيع الثمر قبل بدو الصلاح، بعد ما رأى ما يفضي إليه من النزاع والشقاق. قال زيد بن ثابت رضي الله عنه: "كَانَ النَّاسُ يَتَّبِعُونَ الثَّمَارَ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، فَإِذَا جَدَّ النَّاسُ وَحَضَرَ تَقَاضِيهِمْ قَالَ الْمُبْتَاعُ: قَدْ أَصَابَ الثَّمَرَ الدُّمَانُ وَأَصَابَهُ قُشَامٌ وَأَصَابَهُ مُرَاضٌ، عَاهَاتٌ يَجْتَنُونَ بِهَا. فَلَمَّا كَثُرَتْ حُصُومَتُهُمْ عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَالْمَشُورَةِ يُشِيرُ بِهَا "فِيمَا لَا فَلَا تَتَّبِعُوا الثَّمَرَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا"، لِكَثْرَةِ حُصُومَتِهِمْ وَاخْتِلَافِهِمْ".^١

فهنا نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم منع بيع الثمر قبل بدو الصلاح لما ظهر بالتجربة والمشاهدة كثرة النزاع الناتج عن أكل المال بالباطل الذي هو مفسدة الغرر الكثير المحرم. فلما ظهر ذلك نهي عنه.

(٢) ونوع يستند إلى ما يُعلم من الحوافز الفطرية والسنن الاجتماعية والكونية، وإن لم يتحقق ذلك في الواقع، وهو ما عبر عنه شيخ الإسلام بأن "الطبع متقاضٍ لإفضائها"^٢. ومن هذا الباب النهي عن سب آلهة المشركين، لأن هذا يحفزهم على مبادلة السب بمثله وفق مبدأ المعاملة بالمثل، وهذا هو مقتضى الجبلة البشرية. ولا يلزم أن نتظر حتى يتحقق غلبة مبادلتهم السب لئلا نمتنع عن سب آلهتهم. والامتناع عن سب آلهة المشركين ليس احتراماً لآلهتهم ولكنه احترام لمبدأ المعاملة بالمثل لأنه مبدأ شرعي أصيل، ولا يضره سوء تطبيقه من قبل البعض، كما قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا﴾ (المائدة، ٨). وهذا من كمال هذه الشريعة السماوية.

^١ رواه البخاري تعليقاً وأبو داود.

^٢ بيان الدليل ص ٢٥٤.

ومن هذا الباب نهي عليه السلام عن الخلوة، لعلمه أن هذا يفضي إلى المخذور بمقتضى الميول والطباع البشرية، ولم ينتظر عليه السلام إلى حين تحقق ذلك في الواقع والعلم به بالمشاهدة. ومن ذلك أيضاً منعه عليه السلام للقليل من المسكر خشية الكثير، فلما سُئل أن يرخص لهم في القليل من المسكر، أجاب صلى الله عليه وسلم: "إذن تجعلها مثل هذه"^١. ولم ينتظر عليه السلام حتى يرى في الواقع إن كان القليل يفضي للكثير، لعلمه أن هذا من مقتضى الحوافز والميول البشرية. ومن ذلك أيضاً تحريم النبي صلى الله عليه وسلم لمبادلة الدينار بالدينارين والدرهم بالدرهمين خشية الوقوع في الربا، كما قال عليه السلام: "لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الدينار بالدينارين فإني أخاف عليكم الرِّبَا" أي الربا.^٢ ولم ينتظر النبي صلى الله عليه وسلم إلى حين تحقق إفضاء ذلك إلى الربا كي ينهى عنه، لعلمه أن الطباع تقتضيه. ولو انتظر عليه السلام في هذه الأمثلة إلى حين تحقق غلبة الإفضاء في الواقع لكان من الصعوبة بمكان استدراك الوضع وسد الباب، ولكان ذلك نقصاً في الشريعة الكاملة. وبالتتبع يظهر أن أكثر الذرائع المحرمة شرعاً، خاصة في مجال المعاملات، هي من هذا النوع القائم على الحوافز. وهذا يتطلب من المختصين دراسة كيفية تأثير هذه الحوافز في السلوك، وأثر ذلك على الفرد وعلى المجموع، وكيف من ثم تفضي إلى المآلات المخدورة، لأن هذا مما يبين حكمة التشريع ومنهجه في سد الذرائع.

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

فما نهجت فيه الشريعة المطهرة نهج سد الذرائع بناء على الحوافز والميول والسُنن، فينبغي أن نهج نحن فيه منهج الشرع في ذلك، كما هو واضح في قضايا الربا. وما نهجت فيه الشريعة منهج الاستناد إلى

^١ أخرجه النسائي وابن حبان. وانظر حاشية إعلام الموقعين ج ٥ ص ٨-٩، ح ٨.

^٢ رواه الإمام مالك وأحمد. انظر: إعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٩٩، ح ٢.

التجربة والمشاهدة، فيجب أن ننهج نحن فيه المنهج نفسه، كما في مسائل الغرر الذي يتردد بين اليسير والكثير، كما أوضحها حديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح. أما مسائل القمار، وهو الغرر المحض، فهذا لا يحتاج فيه إلى المشاهدة، كما في نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وبيع الملامسة والمنازلة ونحوها.

وسأتي في قواعد الذرائع مزيد من التفصيل لبعض هذه الجوانب إن شاء الله.

تقويم الذريعة بحسب المآل

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

كما يمكن تقسيمها أيضاً بحسب المصلحة الفاتئة لو منعت الذريعة. فسب آلهة المشركين لا يمثل مصلحة كبيرة، لأن السب أصلاً ليس من خلق المسلم، بخلاف بيان عجز الآلهة وأنها مخلوقة مربوبة فهذا مصلحة راجحة واجبة. بينما نجد أن معاقبة من جهر بالكفر (مثل عبدالله بن أبي) مصلحة راجحة، لكن المفسدة المترتبة على الصد عن سبيل الله بظن الناس أن النبي صلى الله عليه وسلم يقتل أصحابه أرجح من هذه المفسدة.

فحتاج إذن عند تقييم الذرائع أن ننظر إلى ثلاثة أمور:

نوع المفسدة التي تفضي إليها الذريعة لو وقع الإفشاء.

درجة إفشاء هذه الذريعة إلى هذه المفسدة.

نوع المصلحة أو المصالح الفاتئة لو منعت الذريعة.

ويمكن ترتيب النظر في هذه الجوانب كما يلي:

ننظر إلى المفسدة، فإن كانت يسيرة لا تقاوم أصل المشروعية، لم تكن هناك حاجة للنظر في سد الذريعة ابتداءً.

وإن كانت المفسدة معتبرة شرعاً، نظرنا إلى درجة إفشاء الذريعة إلى هذه المفسدة:

فإن كان الإفشاء نادراً أو قليلاً، تبقى الذريعة مفتوحة تمسكاً بالأصل. ونقاوم المفسدة بالاعتماد على الوازع الذاتي والمسئولية الأخلاقية. وهذا يبين أهمية الجانب الأخلاقي في الالتزام بالشرعية المطهرة. وبدون هذا الجانب تفقد الشريعة أهم مزاياها وخصائصها الربانية.

وإن كان الإفشاء إلى المفسدة المعتبرة غالباً، نظرنا إلى المصلحة الفاتنة فيما لو مُنعت الذريعة: فإن كانت المصلحة أكبر، أبقينا الذريعة مفتوحة بشرط تقليل درجة إفضائها بوضع ضوابط تجعل إفضائها إلى المصلحة أكبر من إفضائها إلى المفسدة، كما سيأتي في قاعدة: "ما حرم سداً للذريعة جاز للمصلحة الراجحة".

وإن كانت المصلحة أقل، أخذنا بسد الذريعة. وكلما كانت المفسدة المحذورة أعظم وأشد، كانت درجة الإفشاء المطلوبة للأخذ بالذريعة أقل. فلا يلزم أن تكون الذريعة مفضية غالباً إذا كانت المفسدة كبيرة، بل لو كان الإفشاء كثيراً كان كافياً. وهذا عملاً بالقاعدة: "بحسب عظم المفسدة يكون الاتساع والتشدد في سد ذريعتها".^١

^١ معلمة زايد للقواعد الفقهية، ج ٥ ص ٤١٥.

(٢)

قواعد الذرائع في المعاملات المالية

يتطلب تطبيق مبدأ سد الذرائع مجموعة من القواعد التي تيسر على الباحث تقويم القضية محل البحث ومدى انطباق المبدأ عليها. ولم تول الدراسات المعاصرة فيما وقفت عليه هذا الجانب ما يستحقه، ولعل فيما يلي خطوة في هذا المسار.

١. الاستكثار من المكروه ذريعة إلى المحرم

مستند هذه القاعدة حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي سبق ذكره: "إِنَّ الْحَلَالَ بَيِّنٌ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ. أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، أَلَا وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ" الحديث.^١

والمراد بالمكروه في القاعدة المكروه الاصطلاحي، وهو ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله. وهذا المكروه مرتبة بين المباح وبين المحرم. قال الإمام القرافي: "أوامر الشرع تتبع المصالح الخالصة أو الراجحة، ونواهيها تتبع المفسد الخالصة أو الراجحة، حتى يكون أدنى المصالح يترتب عليه الثواب، ثم تترقى المصلحة والندب وتعظم رتبته حتى يكون أعلى رتب المندوبات، تليه أدنى رتب الواجبات. وأدنى رتب المفسد يترتب عليها أدنى رتب المكروهات، ثم تترقى المفسد والكراهة في العظم حتى يكون أعلى رتب المكروهات، يليه أدنى رتب المحرمات".^٢

فالمكروه بهذا المعنى يرجع إلى مفسدة مرجوحة لكنها ليست يسيرة. ويأتي المكروه أيضاً بمعنى الذريعة، كما في كراهة الثبلة للصائم، لما يُخاف منها من إفساد الصوم، كما يقول الإمام أبو العباس القرطبي.^٣ ويأتي أيضاً بمعنى ما تنازعت أدلة الجواز وأدلة المنع، سواء أدلة مشروعية الحكم أو أدلة وقوع الحكم، كما سيأتي.

^١ متفق عليه.

^٢ الفروق، ج ٢ ص ١٢٦، ج ٣ ص ٩٤-٩٥، وانظر: القواعد الكبرى، العز بن عبد السلام، ج ١ ص ٧٥-٧٩.

^٣ المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، ج ٤ ص ٤٨٩.

وعلى كل التقديرات، فإن المكروه "عقبة بين العبد والحرام، فمن استكثر من المكروه تطرق إلى الحرام" كما نقله الحافظ ابن حجر رحمه الله، وعلّق على ذلك بقوله: "وهو منزعٌ حسن... ولا يخفى أن المستكثر من المكروه تصير فيه جرأة على ارتكاب المنهيّ في الجملة، أو يحمله اعتياده ارتكاب المنهي غير المحرم على ارتكاب المنهيّ المحرم إذا كان من جنسه، أو يكون ذلك لسرّ فيه وهو أن من تعاطى ما تُهي عنه يصير مظلم القلب لفقدان نور الورع، فيقع في الحرام ولو لم يَختر الوقوع فيه".^١

ويشهد لهذا المعنى القاعدة الفقهية: "ما قارب الشيء يُعطى حُكمه".^٢ فكلما كان المكروه أقرب إلى المحرم كان أجدر أن يأخذ حكمه، وهذا مدلول الحديث حيث جعل ما حول الحمى له حكم الحمى نفسه، لقوله عليه السلام: "ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام".

ويرى الإمام الشاطبي أن المندوب خادم للواجب، لأنه إما مقدمة له، أو تكميل له، أو تذكّار به. وأن حال المكروه مع المحرم كالمندوب مع الواجب، فالمكروه مقدمة للمحرم وخادم له وتذكّار به.^٣ ولذا فإن جنس المندوب واجب لأنه سند للواجب أصالة. وكذلك جنس المكروه محرم لأنه تمهيد للمحرم وتوطئة له. ويعبر الشاطبي عن ذلك بقوله: الفعل إذا كان مندوباً بالجزء فهو واجب بالكلّ، وإذا كان مكروهاً بالجزء كان ممنوعاً بالكلّ. "وذلك كاللعب بالشطرنج والنرد بغير مقامرة، وسماع الغناء المكروه، فإن مثل هذه الأشياء إذا وقعت على غير مداومة لم تقدح في العدالة، فإن داوم عليها قدحت في عدالته".^٤

وجاء في معلمة زايد للقواعد الفقهية: "وإنما اختلف حكم المكروه من الجزئية إلى الكلية نظراً إلى أن المكروه الحصن الواقى من انتهاك حرمة النواهي الشرعية، والحريم الحامي من تعدي حدود الله. ولما كان التجرؤ على المكروه بريد وقوع المحذور، منَع الشارع من معالجة المكروهات على سبيل الجملة، بحيث يأتي الشخص المكروه ويداوم عليه، أو تشتغل الجماعة كلها بمكروه ما؛ لما في ذلك من الجرأة على ما هو آكد منه،

^١ فتح الباري، ج ١ ص ١٢٧. ووقع في الأصل: "لشبهة فيه" بدلاً من "لسرّ فيه" والتصحيح من نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٤٨.

^٢ معلمة زايد للقواعد الفقهية، ج ٨ ص ٤٢٧.

^٣ الموافقات، ج ١ ص ٢٣٩-٢٤٠؛ الاحتياط، إلباس بلكا، ص ٣٨-٣٩.

^٤ الموافقات، ج ١ ص ٢١١-٢١٢. ومعنى بالجزء: أي الفعل المعين في وقت ما لشخص ما، ومعنى بالكل: دوام الشخص عليه، أو انتشاره بين الناس.

والتوسل إلى الإخلال به؛ فصار الأخفُّ كأنه جَمِّي للآكد، والراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه، فكان الميخِلُ بما هو مكَمَّلٌ كالميخِلِ بالمكَمَّل من هذا الوجه".^١

ويؤيد ذلك القاعدة التي ذكرها ابن حجر الهيتمي: "يُغتفر في التوابع والأمور الخاصة ما لا يغتفر في الأصول والأمور العامة".^٢ فمن الأعمال ما يكون مغتفراً لفرد أو في حالات استثنائية، كاللهو والضرب بالدف في حالات خاصة كالأعياد ونحوها، لكن لا يجوز أن يتحول هذا إلى نمط اجتماعي أو عمل مستمر على مدار العام.

وقد صح عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه أنه قال: "لا كبيرة مع الاستغفار ولا صغيرة مع الإصرار".^٣ وإذا كان الاستكثار من المباح قد يقدر في العدالة ويتحول إلى صغيرة، كما يقول الغزالي والقراي،^٤ فالمداممة على المكروه من باب أولى.^٥

ولهذا عدَّ الإمام الشوكاني المكروهَ كله من المشتبهات التي جاء الحديث بالتحذير منها. قال: "وأما المكروه فجميعه شُبْهة، لأنه لم يأت عن الشارع أنه الحلال البين ولا أنه الحرام البين، بل هو واسطة بينهما، وهو أحق شئ بإجراء اسم الشُبْهات عليه".^٦ ويمثل ذلك قال الشيخ عبد الله بن بسام، فجعل المكروهات جميعها من المشتبهات، "فهي رُقية، أي سُلِّم، يوصل إلى فعل المحرمات والإقدام عليها، فإن النفس إذا عُصمت عن المكروه، هابت الإقدام عليه ورأته معصية، فيكون حاجزاً منيعاً عن المحرمات".^٧

^١ معلمة زايد للقواعد الفقهية، ج ٢٧ ص ٥٣٢.

^٢ الفتاوى الفقهية الكبرى، ٨٩/٢.

^٣ الموافقات، ج ١ ص ٢١٠، الهامش ح ١.

^٤ إحياء علوم الدين، ج ٤ ص ٢٢، الفروق، ج ١ ص ١٢٢. ولفظ المباح قد يرد عند الفقهاء بمعنى الجائز، ولذا فهو يصدق على

المكروه اصطلاحاً. الاحتياط، ص ٤٣.

^٥ الاحتياط، ص ٣٩.

^٦ الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، ج ٤ ص ٢٠٧٦.

^٧ تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، ص ٧٠٨.

إذا انتقلنا إلى مجال المعاملات المالية، ماذا نجد؟ نجد الفقهاء من المذاهب الأربعة يصرحون بكراهة الخيل الربوية.^١ وجعلها ابن رجب الحنبلي من المشتبهات التي تدخل فيما حذر منه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: "وأما المشتبه: فمثلُ أكل بعض ما اختلفَ في حله أو تحريمه، إمَّا من الأعيان كالخيل والبغال والحمير، والضبِّ، وشرب ما اختلف من الأنبذة التي يُسكَّر كثيرُها، ولبس ما اختلف في إباحة لبسه من جلود السباع ونحوها. وإما من المكاسب المختلف فيها كمسائل العينة والتورق ونحو ذلك، وبنحو هذا المعنى فسَّر المشتبهات أحمد وإسحاق وغيرهما من الأئمة".^٢

وبناء على ذلك وجدنا العلماء يطبقون قاعدة سد ذريعة المتشابهات في هذا الباب بأكثر من طريقة. فالمالكية منعوا كثيراً من صور العينة وبيع الآجال (غير الصريحة) إذا كانت مع أهل العينة، وربما سمحوا بها مع غيرهم. قال الفقيه المالكي ابن شاس: "وبالجملة فهؤلاء قوم علموا فساد سلف جر منفعة، وما ينخرط في سلكه من الغرر والربا، فتحيلوا على جوازها بأن جعلوا سلماً حتى يظهر فيها صورة الحل، ومقاصدهم التوصل إلى الحرام. وقد قدمنا أن أصلنا حماية الذرائع وسحب أذيال التهم على سائر المتعاملين متى بدت مخايلها، أو خفيت وأمكن القصد إليها من المتعاملين".^٣ وذلك أن أهل العينة متفرغون لهذا العمل، فهم قد استكثروا المكروه واستداموه، فاستحق ذلك المنع.

والإمام أحمد طبق القاعدة على نحو أكثر صرامة، فقد فسر "العينة" بالمداومة على البيع بأجل، فقال: "العينة عندنا أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا نسيئة. فإن باع بنقد ونسيئة فلا بأس". وفي رواية أنه سئل عن العينة ما هي؟ فقال: "البيع بنسيئة"، قال: "إذا كان يبيع بنقد ونسيئة فلا بأس، وأما رجل لا يبيع إلا بنسيئة فهذا ما أكرهه". وسئل عن الرجل يعدّ الشيء لبيعه بنسيئة إلى أجل؟ فقال: "إذا أعدّه

^١ طلبة الطلبة ص ٢٤٢، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٦٣، شرح الخرشبي ج ٥ ص ١٠٦، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٨٩، الإنصاف ج ٤ ص ٣٣٧، الفروع ج ٤ ص ١٧١، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣٢٢-٣٢٣، فتاوى السبكي ج ١ ص ٣٢٨-٣٢٩. وانظر عرض الأقوال في: قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، للكاتب، ص ٣٢٥-٣٤٠.

^٢ جامع العلوم والحكم، ج ١ ص ١٩٤.

^٣ عقد الجواهر الثمينة، ج ٢ ص ٤٥٣.

أن يبيعه بنسيئة ولا يبيعه بنقد فلا يعجبني لأنه عينة حينئذ".^١ فالبيع بأجل مشروع في أصله، لكنه يكتسب حكم الكراهة إذا كان مظنة للوقوع في العينة، وينتقل إلى التحريم بالاستدامة والاستمرار واتخاذ نظاماً مستقراً، لأنه في هذه الحالة ذريعة للوقوع في المحرم.

ومن جهة أخرى نجد العلماء ينصون على أنه لا يجوز للمفتي تتبع الحيل المكروهة، فضلاً عن المحرمة. قال الإمام ابن الصلاح:

"لا يجوز للمفتي أن يتساهل في الفتوى ... وقد يكون تساهله وانحلاله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحظورة أو المكروهة، والتمسك بالشبه للترخيص على من يروم نفعه أو التغليظ على من يريد ضرره. ومن فعل ذلك هان عليه دينه ونسأل الله العافية والعتق. وأما إذا صح قصده فاحتسب في تطلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر إلى مفسدة ليخلص بها المستفتي من ورطة يمين أو نحوها، فذلك حسن جميل، يشهد له قول الله تبارك وتعالى لأيوب صلى الله عليه وسلم وعلى نبينا، لما حلف ليضربن امرأته مائة: ﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث﴾. وورد عن سفيان الثوري رضي الله عنه أنه قال: إنما العلم عندنا الرخصة من ثقة فأما التشديد فيحسنه كل أحد. وهذا خارج على الشرط الذي ذكرناه فلا يفرحن به من يفتي بالحيل الجارة إلى المفساد أو بما فيه شبهة، بأن يكون في النفس من القول به شيء أو نحو ذلك، وذلك كمن يفتي بالحيلة السريجية في سد باب الطلاق ويعلمها وأمثال ذلك والله أعلم".^٢

وتناقل هذا المعنى العلماء في كتبهم،^٣ ومن ذلك ما نص عليه العلامة منصور البهوتي في كشف القناع شرح الإقناع: "وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَيُّ لِمُفْتِي وَلَا لِعَيْرِهِ تَتَّبِعُ الْحِيلَ الْمُحَرَّمَاتِ وَالْمَكْرُوهَةَ، فَإِنْ تَتَّبَعَ ذَلِكَ أَيُّ الْحِيلِ الْمَكْرُوهَةَ وَالْمَحَرَّمَاتِ وَالرُّحَصَ فَسَقَ وَحَرَّمَ اسْتِفْتَاؤُهُ".^٤

^١ مسائل الإمام أحمد لإسحاق بن منصور رقم (٢٨)، مسائل ابنه صالح رقم (٦٦٤)، بدائع الفوائد ج ٤ ص ١١، تهذيب السنن ج ٥ ص ١٠٩.

^٢ أدب المفتي والمستفتي، ص ١١١-١١٢. وانظر حول الحيلة السريجية: إعلام الموقعين ج ٥ ص ٢٠١ وما بعدها.

^٣ انظر إعلام الموقعين ج ٦ ص ١٤٢، والمصادر المذكورة في الهامش.

^٤ كشف القناع، ج ١٥ ص ٦٠.

فالعلماء متفقون على أن الحيل الربوية على أقل أحوالها مكروهة. وما كان كذلك فلا يجوز الاستشكار منها واستدامتها وتحويلها إلى نمط اجتماعي ونظام اقتصادي، لأن هذا باتفاقهم ذريعة إلى الربا المحرم يجب سدها.

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

٢. اللغو في المعاوضات ذريعة إلى المحذور

قال الله تعالى: ﴿والذين هم عن اللغو معرضون﴾ (المؤمنون، ٣). قال المفسرون: اللغو هو الباطل، ويشمل الشرك، والمعاصي، وما لا فائدة فيه من الأقوال والأفعال.^١

والتعبير بالجملة الاسمية في قوله تعالى: ﴿والذين هم عن اللغو معرضون﴾ يفيد دوام الإعراض واستمراره، فشأن المؤمن هو اجتناب اللغو والانصراف عنه. وهذا الوصف، وهو المداومة على ترك اللغو، سيق ضمن صفات المؤمنين التي تستوجب الفلاح، وهي الإيمان، والصلاة مع الخشوع، والزكاة، وحفظ الفرج، والوفاء بالعهد والأمانة. وهذا يقتضي أنه واجب في أصله. فدل ذلك على أن خُلِقَ الإعراض عن اللغو واجب كذلك. وهذا يستلزم أن استدامة اللغو محرم. وقد قرر الشاطبي أن العبث مطلوب الترك بالكل، بمعنى أن المداومة عليه منهية عنها.^٢ وهذا يؤكد ما سبق من أن المداومة على المكروه والاستكثار منه يفضي إلى التحريم.

وإذا كان هذا شأن المؤمنين، فمن الممتنع أن يأمر النبي صلى الله عليه وسلم باللغو أو يرشد إليه أو يحث عليه. فإذا أمر صلى الله عليه وسلم بشيء، علمنا أنه إما واجب أو مندوب أو مباح على أقل تقدير. ولا يأمر النبي عليه السلام بالمكروه، فضلاً عن المحرم. ولهذا قال العلماء: الأمر المطلق لا يتناول المكروه.^٣ أما في مجال المعاوضات المالية، فاللغو يأخذ بُعداً آخر. فالمعاوضة قائمة على المشاحّة، فلا يتصرف العاقل

^١ انظر: تفسير الطبري، تفسير ابن كثير، أضواء البيان، وغيرها من مصادر التفسير.

^٢ الموافقات، ج ١ ص ٢٢٦.

^٣ معلمة زايد للقواعد الفقهية، ج ٣١ ص ١٩٥.

إلا لغرض. فإذا وُجدت تصرفات لا فائدة منها في نفسها، فهذا مظنة أن ينطوي التعامل على مكروهٍ شرعاً. ولهذا كره العلماء أن يقول الشخص: بعْتُك السلعة إلا نصفها، أو بعْتُك السلعة ولي نصفها، بل ينبغي أن يقول: بعْتُك نصفها. لأنه في الحالة الأولى تتضمن الصيغة نقل ملكية السلعة كاملة من البائع إلى المشتري، ثم عودة نصفها إلى البائع، فيكون انتقال ملكية النصف الثاني لغواً. فإذا قال: بعْتُك نصفها، وقع العقد على النصف المبيع فقط، فينتفي منها اللغو. ولهذا قال السلف: "كُره أن يقول: أبيعك هذه السلعة ولي نصفها، ولكن يقول: أبيعك نصفه". وقال معمر: "يكره أن تقول باعت شمالك من يمينك"، وقال الحسن: "وَلَيْتَ شَيْئاً ودخلتَ فيه".^١ ونص على هذا الإمام أحمد. فقد سُئل عمّن باع شيئاً واستثنى نصفه أو ثلثه؟ فقال: "يبيع النصف ولا يستثنى".^٢

وبنى العلماء على هذا الأصل ضابط تمييز الحيل، وهي أن ما خرج من اليد وعاد إليها فهو لغو. قال الفقيه المالكي ابن شاس: "أصل هذا الباب، وهو المعروف عند أهل المذهب ببيع الآجال، اعتبار ما خرج من اليد وما خرج إليها، فإن جاز التعامل عليه مضى، وإلا بطل".^٣ وقال القرابي: "والأصل أن يُنظر ما خرج من اليد وما خرج إليها، فإن جاز التعامل به صح، وإلا فلا... فهذا هو تلخيص الفرق بين الذرائع التي يجب سدها والذرائع التي لا يجب سدها".^٤

وقد ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن جماع الحيل نوعان: أن يضم إلى أحد العوضين ما ليس بمقصود، كما في مسألة مُد عجوة. الثاني أن يضم إلى العقد ما ليس بمقصود، مثل صور العينة المختلفة.^٥ والمبيع إذا كان غير مقصود فهو يستلزم اللغو بالضرورة، لأنه لا بد للمشتري أن يتخلص منه بشكل أو بآخر، لأنه لا فائدة له فيه، وما لا فائدة فيه يدخل في معنى اللغو باتفاق المفسرين. وما كان كذلك فأقل درجاته الكراهة، فيكون المداومة عليه ذريعة إلى المحرم، كما سبق.

^١ مصنف عبد الرزاق ج ٨ ص ٢٦٠-٢٦١.

^٢ مسائل إسحاق بن منصور، رقم ٩١.

^٣ عقد الجواهر الثمينة ج ٢ ص ٤٤٢.

^٤ الفروق ج ٣ ص ٢٦٩.

^٥ القواعد النورانية، ص ١٧٣-١٧٤.

وحقيقة الحيلة، أياً كان شكلها أو نوعها، أنها قائمة على ما هو لغوٌ من التصرفات أو العقود. فاللغو يتضمن إنشاءً تصرف ثم إنشاءً تصرف آخر يلغي أثر الأول وينفي مقتضاه. فيكون مجموع الأمرين انتفاءً التصرف من أصله. فهذا جمع بين متنافيين، فيكون عبثاً ولغواً، "والشارع لا يشرع العبث"، كما يقول ابن تيمية؛ و"لا عبثٌ في التشريع" كما يقول الشاطبي.^١

والجمع بين عقدين متنافيين هو حقيقة "بيعتين في بيعة" الذي نهي عنه النبي صلى الله عليه وسلم. فإن الأصل في المعاملات الحل، فلا مانع من الجمع بين العقود المتعددة إلا في حالة واحدة فقط: وهو حصول التناقض والتنافر بين هذه العقود، وما كان كذلك فهو ممنوعاً شرعاً باتفاق الفقهاء.^٢ وهذا التنافر هو الذي يُدخل على هذه العقود اللغو والعبث.

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

واللغو، لما كان غير مقصود أصلاً للمتبايعين، كان ذريعة إلى إهمال شروط البيع ومتطلباته. فلا يوجد حافز للقبض المشروع لأن السلعة غير مقصودة أصلاً. وهكذا في بقية شروط البيع وأحكامه. قال شيخ الإسلام: "ولهذا تجد الصحيح الفطرة لا يحافظ على تلك الشروط، لرؤيته أن مقصود الشروط تحقيق حكم ما شرطت له والمنع من شيء آخر، وهو إنما قصد ذاك الآخر لا ما شرطت له. ولهذا يكون إتيانهم بالحرم الظاهر أنفع لهم وأقل ضرراً عليهم من الإتيان بالحيلة لو كان مقصودهم مباحاً. فُعلم أن مقصودهم محرم. مثال ذلك أن من كان مقصوده أخذ ألف بألف ومائتين، فأخذها على وجه الربا الظاهر أنفع له من المعاملات الربوية. فإنه يأخذها ألفاً ويبقى في ذمته ألف ومائتان. وإذا اشترى منه سلعة ثم باعها لثالث، يعيدها للأول أو لا يعيدها، فإنه في الغالب يزداد تبعه وعمله وتنقص نفقته. فإنه يذهب بعض المال أجرة الدلال

^١ بيان الدليل ص ١٦٥، أيضاً: ص ١٦٧، ١٧٠؛ الموافقات ج ١ ص ٢٤٩، ٣٩٥.

^٢ القواعد النورانية، ص ٢٨٠؛ قضايا فقهية معاصرة، نزيه حماد، ص ٢٦٨-٢٦٩؛ العقود المالية المركبة، عبدالله العمراني، ص ١٨١-

وبعضه من إعطاء الثالث المعين أو من خازنها إذا بيعت، فلا تسلم له الألف المقصودة من المعاملة الربوية كما تسلم له مع الربا الظاهر، فيكون الربا أنفع لهم من هذه الحيل. والشارع حكيم رحيم، لا يحرم ما ينفع ويبيح ما هو أقل نفعاً، ولا يحرم ما فيه ضرر ويبيح ما هو أكثر ضرراً منه. فإذا كان قد حرم الربا فتحريمه لهذه المعاملات أشد. ولو قدر أنه أباحها، لكانت إباحته للربا الظاهر أولى^١.

واللغو له مفسدة أخرى، وهي تغييب الإفصاح والوضوح في التعامل. والوضوح، كما يقرر الطاهر بن عاشور رحمه الله، من مقاصد الشريعة^٢. ودل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما مُحقت بركةُ بيعهما"^٣. واللغو والعبث يحجب من حقيقة المعاملة والهدف منها، لأنه يُدخل تصرفات وعقوداً إضافية ليس لها وظيفة في واقع الأمر، فتكون تعقيداً للمعاملة بما يقلل من وضوحها وبيان المراد منها. وكلما تعقدت المعاملة أكثر كانت أبعد عن الوضوح، فتكون أكثر كراهةً بناءً على ذلك. وهذا يشير إلى جانب من حكمة النهي النبوي عن بيعتين في بيعة. فالحديث إشارة إلى كراهة التعقيد في المعاملات المالية^٤.

أضف إلى ذلك أن اللغو في المعاوضة يستلزم الإنفاق على ما لا فائدة فيه، وهذا يدخل في الإسراف المحرم بالنص والإجماع. والإسراف يرجع إلى الإنفاق بما زاد عن الحاجة، وهو بمعنى التبذير المحرم أيضاً. فمن اشترى ما لا يحتاج إليه أصلاً فهو أولى بوصف الإسراف والتبذير ممن أسرف في شراء ما يحتاج إلى أصله. فاللغو والعبث في المعاوضات المالية يؤول إلى المحذور من عدة جوانب: الإسراف والتبذير، وغياب الوضوح والشفافية، وتضارب المصالح، وإهمال الشروط الشرعية في المعاملات، والوقوع في المنهي عنه من الربا والميسر. فدل على أن اللغو في المعاوضات المالية ذريعة إلى المحذور.

^١ القواعد النورانية، ص ٢٨٠؛ قضايا فقهية معاصرة، نزيه حماد، ص ٢٦٨-٢٦٩؛ العقود المالية المركبة، عبدالله العمراني، ص ١٨١-

١٨٥.

^٢ بيان الدليل، ص ٢٦٨.

^٣ متفق عليه.

^٤ انظر بحث الكاتب: "صناعة الهندسة المالية"، ص ٢٤.

٣. ما حُرِّمَ كثيرُه فقليله حرام

أصل هذه القاعدة حديث النبي صلى الله عليه وسلم: " ما أسكر كثيره فقليله حرام"، رواه عدد من الصحابة رضي الله عنهم.^١ ومجال القاعدة هو العقود المحرمة تحريم مقاصد. فالعقد المحرم تحريم مقاصد يأخذ قليله حكمَ الكثير منه. وذلك أنه لا يوجد معيار موضوعي للتفريق بين الأمرين. وسبق أن المحرمات تحريم مقاصد لها حقائق موضوعية مستقلة عن نية الأشخاص أو علمهم أو إرادتهم. وبالنظر إلى الجانب الموضوعي لهذه المحرمات لا يوجد فرق بين القليل والكثير، لأن الحقيقة واحدة. فالشريعة حرمت الكل وهذا من كمالها وتمام حكمتها.

فمن يروم السماح بالكأس الأولى من الخمر، لا يمكنه أن يمنع الكأس الثانية، لأنه لا يوجد معيار موضوعي يجعل الكأس الثانية تختلف عن الأولى، لأن حقيقة الخمر متحققة في الأمرين. وإذا سمحت بالكأس الأولى، فقد سمحت بإنتاج الخمر وتسويقها وبيعها وشرائها. ومع قيام صناعة الخمر، إنتاجاً وتجارةً وتسويقاً، فمن السداحة محاولة تقييد مقدار شربها. فالسماح بالكأس الأولى يعني السماح بصناعة كاملة، وحينها لا يوجد أي معنى لتقييد مقدار شربها. ولهذا وجدنا الشرع يشدد في الخمر من كل النواحي، فقد لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْخَمْرِ عَشْرَةَ: عَاصِرَهَا، وَمُعْتَصِرَهَا، وَشَارِبَهَا، وَحَامِلَهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ، وَسَاقِيَهَا، وَبَائِعَهَا، وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَالْمِشْتَرِيَهَا، وَالْمِشْتَرَاهُ لَهَا.^٢

والمنهج نفسه ينطبق على المعاملات المالية. فإذا حرم الله الربا، فلا فرق بين اشتراط درهم واحد على أصل القرض، وبين اشتراط مائة درهم، إذ لا يوجد فرق موضوعي بين الدرهم الأول والدرهم الثاني والدرهم المائة. فالزيادة المشروطة على القرض محرمة ولو كانت حبة واحدة، كما قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.^٣ ومحاولة التفريق بين الفائدة اليسيرة والفاحشة ليست أحسن حالاً من التفريق بين الكأس الأولى من الخمر وبين الكأس الثانية. فالكل محرم، وإن كانت تتفاوت من حيث مقدار الإثم ومن حيث حجم المفساد المترتبة عليه. لكن أصل الحكم واحد.

^١ إرواء الغليل، ج ٨ ص ٤٢.

^٢ رواه الترمذي وابن ماجه. وفي رواية أحمد ابتداء بـ "لعن الخمر بعينها" وأسقط "المشترأة له".

^٣ التمهيد، لابن عبد البر، ج ٤ ص ٦٨.

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

والربا منظومة فكرية قبل أن تكون منظومة اقتصادية. فالسماح للنقود أن تكون مصدراً بنفسها للمزيد من النقود، مهما كانت الفائدة يسيرة وبسيطة، سيغيّر من طريقة تفكير الوحدات الاقتصادية وسلوكها، وسيؤدي إلى بناء نظام مالي على أساس الإقراض والاقتراض ومبادلة النقد بالنقد مع التفاضل والتأخير. فإذا أُقيم هذا البناء وبدأت عجلة المديونية بالدوران، أصبح من المتعذر محاولة إيقافها. فالمؤسسات والأنظمة والقوانين والعقود والمنتجات في هذا النظام، كلّها، تقوم على الاسترباح من القروض وعلى عائد الزمن دون أي ارتباط تعاقدية مباشر مع الإنتاج والتجارة والنشاط الحقيقي.

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

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

والميسر، شأنه شأن الربا، نمط في التفكير وفي السلوك. فالسماح به، ولو بمقادير يسيرة، يغير من سلوك الأفراد وطريقة تفكيرهم، ويسمح بنشوء صناعة قائمة عليه، ما يجعل من الممتنع إيقاف العجلة بعد دوراتها. فالعقد المحرم تحريم مقاصد لا يبيحه تقييده بالقليل أو اليسير، ولا يغيّر ذلك من حكمه، لأنه لا فرق بين مقدار ومقدار، بل هي مقادير بشرية تخضع للرغبات والنفوذ ولا تستند إلى ضوابط موضوعية.

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

المحرم، قليله وكثيره، تحريم وسائل، مثل ربا الفضل. فهذا قد يباح القليل منه للمصلحة الراجحة، كما في بيع العرايا، كما سيأتي.

ما يقع تبعاً لعقد مشروع، ولم يكن عقداً قائماً بذاته، وهذا مثل وقوع الغرر اليسير تبعاً للبيع المشروع، لقاعدة يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً، كما سيأتي أيضاً.

٤. ما حرم سداً للذريعة جاز للمصلحة الراجحة

قال شيخ الإسلام: "ما كان منهياً عنه لسدّ الذريعة، لا لأنه مفسدة في نفسه، يُشرع إذا كان فيه مصلحة راجحة، ولا تُفوّت المصلحة لغير مفسدة راجحة... فإذا تعذرت المصلحة إلا بالذريعة شرعت واكتُفي منها إذا لم يكن هناك مصلحة... وهذا أصل لأحمد وغيره: في أن ما كان من باب سدّ الذريعة إنما ينهى عنه إذا لم يحتج إليه، وأما مع الحاجة للمصلحة التي لا تحصل إلا به فلا يُنهي عنه".^١

وتطبيق القاعدة يخضع لأمرين:

الموازنة بين المفسدة التي قد تفضي إليها الذريعة وبين المصلحة التي تفوت بتحريمها. تعيّن هذه الذريعة سبيلاً لتحصيل تلك المصلحة.

فإذا كانت المصلحة أرجح وتعيّنت هذه الذريعة لتحصيلها، فتُفتح الذريعة بشرط: ضبط الذريعة بما يقلل إفضاءها إلى المفسدة المرجوحة. ولهذا قال شيخ الإسلام: "الذريعة إلى الفساد يجب سدّها إذا لم يعارضها مصلحة راجحة؛ ولهذا كان النظر الذي يفضي إلى الفتنة محرماً إلا إذا كان لمصلحة راجحة، مثل نظر

^١ مجموع الفتاوى، ج ٢٣ ص ٢١٤. وانظر: قواعد الوسائل، ص ٣١١-٣١٦؛ القواعد والضوابط الفقهية، عبدالسلام الحصين، ج ١ ص ٢٨١-٢٩٧؛ قاعدة ما حرم سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة، قطب الريسوني.

الخاطب والطبيب وغيرهما، فإنه يُباح النظر للحاجة لكن مع عدم الشهوة".^١ فقيد النظر بألا يكون لشهوة، مع وجود الحاجة للنظر. فمجرد قيام الحاجة لا يكفي، بل لا بد مع ذلك من ضبط الذريعة. ويشهد لذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إِيَّاكُمْ وَالْجُلُوسَ فِي الطَّرِيقَاتِ". قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا لَنَا بُدٌّ مِنْ مَجَالِسِنَا نَتَحَدَّثُ فِيهَا. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِذَا أَبَيْتُمْ إِلَّا الْمَجْلِسَ فَأَعْطُوا الطَّرِيقَ حَقَّهُ". قَالُوا وَمَا حَقُّهُ؟ قَالَ: "عَضُّ الْبَصْرِ وَكَفُّ الْأَذَى وَرَدُّ السَّلَامِ وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ".^٢

فالنبي عليه السلام نهي أولاً عن الجلوس في الطرقات لما يفضي إليه من مفسد، لا لأن الجلوس نفسه مفسدة. فلما أجاب الصحابة رضي الله عنهم بتعيين حاجتهم لذلك، أوضح عليه السلام الضوابط التي تجب عليهم مراعاتها في هذه الحالة.^٣

ومن ذلك أيضاً استعادته عليه السلام من المغرم، وهو الدين، ف قيل له: ما أكثر ما تستعيد من المغرم يا رسول الله؟ فقال: "إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا غَرِمَ حَدَّثَ فَكَذَّبَ وَوَعَدَ فَأَخْلَفَ".^٤ فبين عليه السلام أن الدين ذريعة للكذب وإخلاف الوعد، فلما احتاج عليه الصلاة والسلام أن يستدين رهن درعه. فهذا يبين أن الاستدانة مكروهة إلا للحاجة، فإذا تعينت الاستدانة للحاجة فيجب ضبطها بما لا يفضي إلى المكروه.^٥ ولما رخص النبي صلى الله عليه وسلم في بيع العرايا، قيده بأن يكون بخرصه، وبما لا يزيد عن خمسة أوسق، وأن يكون مع التقابض.^٦

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

^١ مجموع الفتاوى، ج ٢١ ص ٢٥١.

^٢ متفق عليه.

^٣ انظر أمالي الدلالات، عبد الله بن بيه، ص ٦٢٣.

^٤ متفق عليه.

^٥ انظر في ضوابط الاستدانة: قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، الفصل الأول.

^٦ انظر شرح النووي على صحيح مسلم، ج ١٠ ص ١٨٨-١٨٩.

وهذه القاعدة مبنية على قاعدة أخرى: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد." ^١ وسبق أن المحرمات نوعان: نوع محرم لذاته لما فيه من المفسدة الراجحة، ونوع محرم لكونه يفضي غالباً إلى المفسدة، وإن لم يكن هو في نفسه مفسدة. الأول محرم تحريم مقاصد، والثاني محرم تحريم وسائل. فما كان من الوسائل يغتفر فيه ما لا يغتفر في المقاصد. فقاعدة "ما حرم سداً للذريعة يباح للمصلحة الراجحة" خاص بما كان محرماً تحريم وسائل، كما في ربا الفضل، وكما في النظر إلى المرأة الأجنبية، ونحوها. أما المحرم تحريم مقاصد فلا يباح إلا عند الضرورة الملجئة، وليس مجرد الحاجة أو المصلحة.

٥. يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً

قاعدة التبعية قاعدة أصيلة وعميقة الجذور في الفقه الإسلامي، ولا يتسع المقام لعرضها ومناقشتها. ^٢ لكن نكتفي هنا بما يتصل بمبدأ سد الذرائع. والقاعدة السابقة "ما حرم سداً للذريعة يباح للمصلحة الراجحة"، تختص بالمحرم تحريم وسائل. أما قاعدة التبعية فهي أشمل: إذ تتناول ما هو محرم تحريم مقاصد وتحريم وسائل، لكنها أخص من جهة أن المحرم لا يقع بعقد قائم بذاته، سواء استقل أو انضم إلى غيره، بل يقع تبعاً لعقد مشروع. ولتتضح الصورة نتناول في الفصل التالي مثالين لبيان أوجه تطبيق هذه القاعدة وبقية القواعد المذكورة.

^١ قواعد الوسائل، ص ٢٨٧-٢٩٠؛ معلمة زايد للقواعد الفقهية، ج ٤ ص ٢٩٣.

^٢ انظر بحث: "قواعد التبعية"، علي الندوي، وبحث: "قواعد الغلبة والتبعية في المعاملات المالية"، للكاتب.

(٣)

تطبيقات لقواعد الذرائع في المعاملات المالية

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

الجمع بين بيع وسلف

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين بيع وسلف، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة.^١ والمقصود هنا بالسلف القرض المجاني، أما القرض الذي شرط فيه الزيادة فهو محرم مطلقاً، انضم إلى البيع أو لا. والمراد بالاجتماع هنا ما كان على وجه الاشتراط، صراحة أو ضمناً. أما ما انتفى فيه الاشتراط بنوعيه، فلا حرج فيه.

ويمكن تقسيم اجتماع القرض المجاني مع البيع إلى حالتين:

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

أن يكون المقصود من الاشتراط هو الحصول على فائدة ضمنية على القرض من خلال البيع. فإذا كان هذا هو المقصود، فالمعاملة محرمة "بلا تردد" كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية.^٢

ويُعرف ما إذا كان هذا هو المقصود بتخيير كل من الطرفين بين القرض المجاني على حدة، وبين البيع على حدة. فإن كان المقترض يفضل القرض على البيع، والمقرض يفضل البيع على القرض (المجاني)، علمنا أن مقصود الجمع بين العقدين هو القرض بزيادة. لأن المقترض لا يريد البيع بل يريد الاقتراض المجاني. والمقرض لا يريد أن يقرض مجاناً بل يريد الربح. فمجموع القرض والبيع إذن هو القرض بربح وهذا هو الربا.

ومستند هذا المعيار هو قول النبي صلى الله عليه وسلم لعامل الصدقة الذي جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "هذا لكم وهذا أهدي إليّ"، فقال عليه السلام: "أفلا قعدت في بيت أبيك وأملك فتتظّر

^١ المغني، ج ٦ ص ٣٣٤، وانظر: المنفعة في القرض، عبدالله العمراني، ص ٢٠٧.

^٢ القواعد النورانية، ص ٢٠٣.



أُيْهِدِي إِلَيْكَ أَمْ لَا؟" ^١ قال شيخ الإسلام: "فكان هذا الحديث أصلاً في اعتبار المقاصد ودلالات الحال في العقود ... يقال فيها ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم: أفلا أفردت أحد العقدين عن الآخر ثم نظرت هل كنت مبتاعها أو بايعه بهذا الثمن؟" وقال: "وهذا الكلام الحكيم الذي ذكره النبي صلى الله عليه وسلم أصل في كل من أخذ شيئاً أو أعطاه تبرعاً لشخص أو معاوضة بشئ في الظاهر، وهو في القصد والحقيقة لغيره، فإنه يقال: هلا ترك ذلك الشئ الذي هو المقصود، ثم ينظر هل يكون ذلك الأمر إن كان صادقاً؟" ^٢ فإذا كان مراد الطرفين من اشتراط البيع والقرض هو القرض بربح، فهذا هو الربا، سواء علم الطرفان أن هذا ربا أو لا، لأن الربا حقيقة موضوعية كما سبق، لا تتوقف على علم الطرفين أو نيتهم. فما دام المقصود هو القرض بزيادة، فهو ربا. وفي هذه الحالة تحرم المعاملة بغض النظر عن مقدار البيع والقرض، لأنه تبين أن مقصود المعاملة هو الربا، فتكون المعاملة محرمة تحريم مقاصد وليس تحريم وسائل، فتحرم مطلقاً. ومثال هذه الصورة خصم البنك رسوماً مقابل الإقراض بحجة أن الرسوم مقابل الخدمات المصرفية (التوصيل أو الخدمات الإلكترونية). فالبنك ليس مقصوده القرض المجاني بل الربح، والعميل مقصوده القرض المجاني وليس البيع، ولذا فليس لديه مانع من التنازل عن خدمة التوصيل ليحصل على القرض. لكن البنك لا يعطيه هذا الخيار أصلاً، بل يشترط البيع مع القرض، فعلم أن البنك مراده الربح من خلال القرض، وهو الربا.

ويدخل في ذلك اشتراط إقراض شركة التأمين لصندوق المشتركين حال العجز. فالمستأمن مقصوده الضمان الناتج عن القرض، والشركة مقصودها البيع المحقق للربح، من خلال إدارة صندوق المشتركين بأجر أو عوض. ومجموع الأمرين هو الربح من خلال القرض. لكن القرض هنا ليس للتمويل بل للضمان. فتكون المحصلة هي الضمان بعوض، وهو ممنوع بالإجماع. وهذا هو الوجه الآخر للربا، فإن اشتراط الزيادة في القرض للمقرض ربا، واشتراط النقص عوض على الضمان، وجمع بينهما قوله تعالى: ﴿لَا تَظْلَمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (البقرة، ٢٧٩). ^٣

^١ متفق عليه.

^٢ بيان الدليل، ص ٢٣٣، ٢٣٨، ٢٣٤.

^٣ انظر مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي، ص ٢٠٠-٢٠١.

أن يكون مقصود الطرفين هو البيع، بحيث لو خُيِّر كلٌّ منهما لاختار البيع على القرض، وهذا كما لو اشترى شخص سلعة ودفع أكثر من الثمن، وأخر البائع تسليم الباقي من الثمن. فهذا مقصد مشروع، لكن يجب ألا يفضي إلى المحذور بانضمام القرض إليه. ولذلك يُنظر إلى رأسمال القرض ورأسمال البيع (أي قيمة المبيع الحاضر). فإن كان رأسمال القرض أكبر من رأسمال البيع أو يساويه، فإن الحكم للأغلب، وتمنع المعاملة في هذه الحالة سداً للذريعة. وهذا كما لو كان ثمن السلعة ٣٠ ريالاً مثلاً، فدفع المشتري ١٠٠ ريالاً، وأخر البائع الباقي وهو ٧٠ ريالاً. فمقدار القرض (٧٠) أكبر من ثمن السلعة (٣٠)، فتمنع هذه الصورة سداً للذريعة. وتمنع حالة التساوي (لو كان الثمن ٥٠ والباقي ٥٠)، بناء على قاعدة "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"، حيث تطبق هذه القاعدة عند تساوي المصلحة والمفسدة وتقاربهما.^١ فالطرفان مقصودهما البيع وهذا مقصد مشروع، لكن إذا كان مقدار القرض كبيراً بما يعادل قيمة البيع أو تزيد عليه، فهذا يعطي الحافز مع التكرار إلى استخدام هذه الصيغة للتمويل بهدف الربح، فتؤول إلى الصورة الأولى، فتمنع المعاملة سداً للذريعة.

أما إذا كان رأسمال القرض أقل من رأسمال البيع (ثمن السلعة ٧٠ والباقي ٣٠)، فلا حرج في اجتماع القرض والبيع، لأن المقصود هو البيع، والأغلب أيضاً هو البيع، وفي هذه الحالة فإن جانب الذريعة ضعيف ولا يقوى على مقاومة أصل المشروعية.

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

^١ انظر الأشباه والنظائر للسبكي، ج ١ ص ١٠٥.

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

فمن اشترى سلعة واشترط الخيار لمدة معينة ودفع الثمن، فإنه إذا رد المبيع يسترد الثمن، فيكون مآل المعاملة في هذه الحالة هو القرض. وإن أمضى البيع صار المآل هو البيع. وكذلك لو باع سلعة نقداً وشرط لنفسه الخيار، فإنه إذا رد الثمن آلت المعاملة إلى قرض. فتردد المعاملة بين القرض والبيع يثير شبهة بيع وسلف. ولهذا منع الإمام مالك رحمه الله اشتراط انتقاد الثمن في هذه الحالة،^١ خلافاً للجمهور.^٢ والجمع بين القولين والله أعلم هو تحديد المراد من العقد. ولهذا نحتاج أن ننظر إلى احتمالات العقد:

فإن كان مراد الطرفين هو إلغاء البيع، كما هو الحال في بيع الوفاء،^٣ تُمنع المعاملة أصالة، لأن المقصود في الحقيقة هو الربا. ويُعرف المراد بتخيير كلٍّ من الطرفين بين الإتمام وبين الإلغاء: فلو كان الطرفان يفضلان الإلغاء على إتمام البيع، علمنا أن البيع هنا ما هو إلا ستار للاقتراض بزيادة، فيحرم العقد أصالة، كما هو الحال في بيع الوفاء.

وكذلك لو كان أحدهما يفضل الإلغاء، وهو الغالب بالنسبة للمقترض (البائع)، لأنه لا مصلحة له في إتمام البيع ولا يريد أن يخسر المبيع. أما المقرض (المشتري) فيمكنه بيع السلعة في السوق، فهو لا يمانع من الإتمام. وربما كان الإتمام أفضل له لأنه يشتري السلعة بأقل من ثمن المثل بسبب شرط الخيار للمقترض (البائع)، إذ للشرط قسط من الثمن كما قال الفقهاء.^٤ وهذا يقتضي أن يكون ثمن البيع أقل من ثمن المثل إذا كان الخيار للبائع. فإذا كان مقصود البائع هو الإلغاء أي حصول القرض، ومقصود الطرف الآخر هو الربح، سواء في حال الإلغاء أو الإتمام، علمنا أن مقصود المعاملة هو القرض بربح وهو الربا، فتحرم المعاملة أصالة وليس من باب سد الذرائع.

^١ الذخيرة، ج ٥ ص ٢٧، حاشية الدسوقي، ج ٣ ص ٩٦. وانظر: أمالي الدلالات، ص ٦١٦-٦١٧.

^٢ المغني، ج ٦ ص ٢٩. والقول بالجواز مقيّد بما لم يكن حيلة على الربا: المغني ج ٦ ص ٤٧، وانظر أدناه.

^٣ بيع الوفاء هو أن يبيع المحتاج للنقد (المقترض) سلعة نقداً على أن له الخيار في إلغاء البيع ورد الثمن واسترداد المبيع، ومراده هو رد الثمن وإلغاء البيع. ويتنفع المشتري (المقرض) خلال مدة الخيار بالمبيع، فتكون هذه المنفعة فائدة مشروطة على القرض. وقد منعه جمهور الفقهاء وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٦.

^٤ المغني، ج ٦ ص ٤٤.

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

وإذا كان وقوع القرض هنا نتيجة عرضية لعقد البيع، وليس عقداً مستقلاً، لم يكن ذلك موجباً لتحريم العقد لو ترتب عليه الانتفاع أثناء مدة الخيار إذا كان سبب الانتفاع هو البيع وليس القرض.¹ واجتماع الانتفاع مع القرض في هذه الحالة وقع تبعاً وعرضاً لعقد بيع مشروع أصالة. ولو كانت هذه النتيجة وقعت بعقد قرض مستقل اشترط فيه الزيادة لم يكن هذا مغتبراً بحال من الأحوال مهما كان مقدار الزيادة قليلاً، سواء اجتمع هذا العقد مع عقد بيع أو لا. لكن حصول نتيجة القرض عرضاً ضمن عقد البيع مع خيار الشرط يجعلها تابعة لعقد مشروع أصلاً. فإذا كانت هذه النتيجة التابعة غير مقصودة لأيٍ منهما، وليست هي الغالب على العقد، لم يكن وقوعها موجباً لتحريم العقد ابتداءً.

والحاصل أن خيار الشرط مشروع إجماعاً،² وذلك لتكميل مصالح البيع وإتمامها. فإذا استُخدم خيار الشرط لنقيض مقصود البيع، وهو الربا—أي النقد الحاضر بأكثر منه في الذمة، بطل وحُرِّم تحريم مقاصد، كما في بيع الوفاء. أما إذا استُخدم الخيار لاستكمال مصلحة البيع، فما قد يترتب على ذلك من حصول القرض غير مقصود أولاً، وليس هو الغالب ثانياً، فيكون مغتبراً ولا يستوجب تحريم العقد ابتداءً.

التمييز بين الغرر اليسير والكثير

تحريم الغرر هو ثاني الأصول الكبرى للمعاوضات المالية بعد تحريم الربا. والتمييز بين الغرر اليسير والكثير لا ينافي قاعدة "ما حرم كثيره فقليله حرام" التي سبق عرضها، لأن الغرر اليسير لا يقع إلا تبعاً لعقد مشروع، وما كان كذلك فهو مغتفر عملاً بقاعدة "يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً". بخلاف ما لو تمحض الغرر

¹ وهذا كما لو اشترى سلعة بالخيار نقداً، وانتقل ضمان السلعة إلى المشتري بحيث لو هلكت تملك عليه ويسقط خياره. ففي هذه الحالة يحق للمشتري الانتفاع بالمبيع لأن الخراج بالضمان. فإذا سلمت السلعة وردها المشتري خلال مدة الخيار، نتج عن ذلك قرض ومنفعة للمقرض. لكن هذه المنفعة ليس سببها القرض بل ضمان المشتري للسلعة بمقتضى عقد البيع. فإذا كان الغالب والمقصود من المعاملة هو إتمام البيع وليس إلغاءه، فلا يكون هذا الانتفاع موجباً لتحريم شرط الخيار، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة، انظر: ربح ما لم يضمن، ص ٢٢٠-٢٢٤، والله أعلم.

² المغني، ج ٦، ص ٣٠.

بعقد قائم بذاته، كالتأمين التجاري، فهذا العقد محرم سواء كان قليلاً أو كثيراً، وسواء انضم العقد إلى عقد آخر أو لا. ولكي يتضح وجه التبعية في الغرر اليسير نحتاج أن نميز صور الغرر وأنواعه.

وأوضح صور الغرر هي القمار أو الميسر المتفق على تحريمه شرعاً. والفقهاء لا يختلفون على حقيقة القمار: وهي أن تؤول المعاملة إلى ربح أحد الطرفين وخسارة الآخر ولا بد، كما في اليانصيب ونحوه. فهذه المعاملات تنتهي إلى ربح أحد الطرفين وخسارة الآخر. فيقول الخاسر للرابح: قمرني.^١

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

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

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

وإذا كان هذا هو الأصل في البيع، فإن البيع قد يعرض له ما يمنع من تحقيق مصلحة الطرفين. فالمشتري مثلاً قد لا يجد المبيع مفيداً له، بالرغم من اطلاعه على المبيع عند العقد. فتكون المعاوضة نافعة للبائع وليست نافعة للمشتري. وهذا ناشئ من جهل أحد الطرفين أو كلاهما ببعض جوانب المبيع أو ظروف السوق ونحو ذلك. فإن اكتمال العلم لكل منهما متعذر، بل هناك أشياء كثيرة لا يمكن أن نحيط بها علماً، ولهذا نلجأ إلى العمل بالظن الغالب، وهذا هو الأصل الشرعي المعتبر في عامة التصرفات.^٢

^١ راجع: مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي، ص ١٤٦-١٨٦.

^٢ كما قرره العز بن عبد السلام في القواعد الكبرى، ج ١ ص ٦ وما بعدها.

وإذا كان التعاقد مبنياً على الظن الغالب، فلا يمكن أن تنفك المعاوضة عن احتمال تضرر أحد الطرفين مقابل انتفاع الآخر. لكن الغالب المقصود هو انتفاع الطرفين، وليس انتفاع أحدهما على حساب الآخر. وإذا كان كذلك فإن الحكم بأن المعاوضة تدخل في حيز الغرر الكثير أو اليسير، مبني على النظر في أمرين: الغالب على المعاملة. فإن كان احتمال انتفاع أحد الطرفين على حساب الآخر كثيراً أو غالباً، فالمعاملة من الغرر الفاحش، لأنها حينئذ أقرب إلى حقيقة القمار الذي هو أوضح صور الغرر، فتحرم حينئذ أصالة. أما إن كان الاحتمال الغالب هو انتفاع الطرفين، انتقلنا إلى الخطوة التالية.

مقدار الانتفاع في الحالين. فإن كان كل من الطرفين لو خيّر، اختار الانتفاع المشترك، علمنا أن مصلحة كلٍ منهما في البيع المبرور النافع. أما إذا كان أحدهما يفضل الانتفاع المنفرد على الانتفاع المشترك، فهذا ينافي أن يكون المقصود من المعاملة هو البيع النافع، فتحرم المعاملة حينئذ سداً للذريعة، لأن تعارض مصالح الطرفين يعطي الحافز لأحدهما لكي يسعى إلى تغيير نتيجة العقد ليحصل على الربح الأعلى، فيكون الغالب حينئذ هو خسارة الطرف الآخر.

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

بيع العربون

مثال ذلك بيع العربون الذي منعه جمهور الفقهاء لأنهم يرونه من الغرر الفاحش وأكل المال بالباطل، وأجازه الإمام أحمد وعدد من فقهاء السلف.^١ وإذا تأملنا في العقد وجدنا أن البيع له احتمالان:

احتمال الإتمام، وفي هذه الحالة تتحقق مصلحة الطرفين.

احتمال الإلغاء، وفي هذه الحالة ينتفع البائع ويخسر المشتري قيمة العربون.

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

^١ الغرر وأثره في العقود، الصديق الضير، ص ١٠٠ وما بعدها.

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

واشترط أن يكون مقدار العيوب أقل من هامش الربح يضمن أن يكون مقدار خسارة المشتري لو تم الإلغاء قليلاً، بينما اشترط أن يكون الغالب على الظن هو الإتمام يضمن غلبة حصول الإتمام. وبهذين الشرطين يصبح الغرر يسيراً، لا من حيث الاحتمال، ولا من حيث المقدار. وبهذا تجتمع أقوال العلماء: فبيع العيوب يدخل في الغرر الفاحش إذا لم يكن الغالب على الظن الإتمام، أو كانت مصلحة البائع في الإلغاء أكبر من مصلحته حال الإتمام. أما إذا كان الغالب على الظن هو الإتمام، وكانت مصلحة كل من الطرفين حال الإتمام أكبر من مصلحة أي منهما حال الإلغاء (أو لا تقل عنها على أسوأ تقدير)، فلا تدخل في الغرر الفاحش بل تُصنف ضمن الغرر اليسير.

ويتضح من خلال هذه المناقشة أن الغرر اليسير تابع لعقد البيع المشروع: فهو ليس عقداً مستقلاً ينضم لعقد آخر، بل هو أحد الاحتمالات التي يؤول إليها عقد البيع. فهو من هذا الوجه تابع لعقد البيع، كما كان القرض تابعاً لعقد البيع مع خيار الشرط. أما لو كان مستقلاً فلا يجدي انضمامه إلى عقد آخر، كما لو أبرم عقد تأمين تجاري مع عقد بيع. فعقد التأمين التجاري محرّم أصالة، ولا يجعله انضمامه لعقد البيع تابعاً ولا مرجوحاً أياً كان مقدار البيع. أما ما نحن بصدده، فهو عقد بيع قد يؤول إلى غرر وأكل المال بالباطل، وقد يؤول إلى بيع مبرور. فإذا كان الغالب على الظن ومقصود الطرفين هو البيع المبرور، فلا حرج

من وجود احتمال أكل المال بالباطل، لأن المعاملات لا تنفك عن جهالة ومخاطرة قد تضر بأحد الطرفين، ولأنه أمر يسير لا من حيث الاحتمال ولا من حيث المقدار.

ويشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (النساء، ٢٩). فإن الآية تنهى عن أكل المال بالباطل، وهذا محرم تحريم مقاصد وليس تحريم وسائل. ثم تستثني الآية ما كان من باب التجارة، وهذا إنما يقع إذا كان أكل المال بالباطل يقع تبعاً ونادراً، وليس قصداً ولا أصالة. فما كان كذلك فهو مغتفر لصعوبة التحرز منه، ولكونه يسيراً، ولحاجة الناس إلى الغالب المقصود من التجارة وهو البيع النافع المبرور.^١

خلاصة

خلاصة المثالين السابقين ما يلي.

العقد المحرم أصالة لا يجوز إلا في حالة الضرورة وما في حكمها، ولا تكفي الحاجة لاستباحته، ولا يفيد تقييده بنسبة أو مقدار معين، ولا اجتماعه مع عقد مشروع.

العقد المشروع أصالة قد يؤول إلى نتيجة تُعدّ محرمة لو استقلت بالمعاوضة، كما في اجتماع القرض مع البيع، وكما في الغرر اليسير. فالأول قد يؤول إلى قرض مع منفعة، الثاني إلى أكل المال بالباطل. لكن هذا المآل عارض لعقد مشروع أصالة، وليس بعقد مستقل.

هذه النتيجة المحرمة إذا وقعت عرضاً لعقد مشروع، تُغتفر إذا استوفت شرطين:

أن يكون الاحتمال الغالب هو حصول النتيجة المشروعة للعقد المشروع وليس النتيجة المحرمة. أن يكون مقصود الطرفين ومصالحتهما في حصول النتيجة المشروعة وليس المحرمة. فإذا كان الغالب المقصود هو المآل المشروع، اغتُفر المآل المحرم لأنه في هذه الحالة تابع، ويجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً. والله أعلم.

خاتمة

كلما تعمّن الباحث في أصول الشريعة المطهرة وأبجر في أعماقها، تجلّت له عظمتها وحكمتها وكمالها. ومن أصول الشريعة الكبرى: سد الذرائع، وهو مما اتفق عليه العلماء، وإن اختلفوا في الفروع والتفاصيل. وهو

^١ قارن تفسير المنار، رشيد رضا، ج ٥ ص ٤٢، الغرر وأثره في العقود، ص ٥٥-٥٦.

أصل يجسد حكمة التشريع في ربط الأسباب بنتائجها، ويُريّ المسلم على بُعد النظر وتقدير العواقب وحسن التخطيط.

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

وتبين من الفصول الماضية أن سد الذرائع مستقلٌ عن تية المكلف وظنه وإرادته، وهذا يستلزم أن المحرمات الشرعية لها حقائق موضوعية تُعرف بمعايير محددة، فحيثما وُجدت وُجدَ الحكم، سواء نوى ذلك المكلف أو لم ينوه. فالنية تؤثر من حيث الإثم والمؤاخذه لا من حيث أصل التحريم. وللأسف فإن المعايير الموضوعية للعقود لم تلق العناية الكافية من الباحثين.

وتطبيق سد الذرائع يتطلب جملة من القواعد التي تضبط تنزيله على الأحكام التفصيلية. منها:

الاستكثار من المكروه ذريعة إلى المحرم.

اللغو في المعاوضات ذريعة إلى المحذور.

ما حرم كثيره فقليله حرام.

ما حرم سداً للذريعة جاز للمصلحة الراجعة.

يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً.

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

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

والحمد لله رب العالمين



المصادر

الأبحاث

- السويلم، سامي "صناعة الهندسة المالية: نظرات في المنهج الإسلامي"، بحث قدم إلى مؤتمر الصناعة المالية الإسلامية، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
- السويلم، سامي، "قواعد الغلبة والتبعية في المعاملات المالية"، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العشرون، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢م.
- النفيسة، صالح "قاعدة سد الذرائع بين الإعمال والإهمال"، مجلة العدل، ع ١٦، شوال، ١٤٢٣هـ، ص ١-٢٩.
- الندوي، علي، "قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية"، دراسات اقتصادية إسلامية، م ١٤، ذو الحجة ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص ١-٦١.

الكتب

- ابن حنبل: حياته وعصره، آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د.ت.
- الاحتياط: حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه، إلياس بلكا، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
- أحكام القرآن، محمد بن عبد الله بن العربي، ت علي محمد البجاوي، دار المعرفة، ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م.
- أدب المفتي والمستفتي، عثمان بن الصلاح، تحقيق موفق بن عبد الله بن عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م.
- الأشباه والنظائر، عبد الوهاب بن علي السبكي، ت عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
- اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن بن معمر السنوسي، دار ابن الجوزي، ١٤٢٤هـ.

إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن القيم، ت مشهور بن حسن سلمان، دار ابن الجوزي، ١٤٢٣هـ.

أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات، عبد الله بن المحفوظ بن بيّه، دار المنهاج، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٧م. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، ت، محمد الفقي، دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٦هـ، ١٩٥٦م.

بدائع الفوائد، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، ت علي العمران، دار عالم الفوائد، ١٤٢٤هـ. بيان الدليل في بطلان التحليل، تقي الدين أحمد بن تيمية، ت حمدي السلفي، المكتب الإسلامي، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي عن طبعة بولاق، ١٣١٤هـ.

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

التطبيقات المعاصرة لسد الذرائع، يوسف عبد الرحمن الفرت، دار الفكر العربي، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م. تفسير المنار، محمد رشيد رضا، دار المعرفة، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م.

تفسير آيات أشكلت، تقي الدين أحمد بن تيمية، ت عبد العزيز الخليفة، مكتبة الرشد، ١٤١٥هـ.

تهذيب سنن أبي داود، بحاشية مختصر المنذري ومعالم السنن للخطابي، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، ت أحمد شاكر ومحمد الفقي، دار الباز، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.

تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، عبد الله بن عبدالرحمن البسام، ت محمد صبحي حلاق، مكتبة الصحابة، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٦م.

جامع العلوم والحكم، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، ت شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، الرسالة، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.

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

- الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م.
- الذرائع في السياسة الشرعية والفقہ الإسلامي، وهبة الزحيلي، دارالمكتبي، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
- ريح ما لم يُضمن: دراسة تأصيلية تطبيقية، مساعد بن عبد الله الحقييل، بنك البلاد، نشر دار الميمان، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
- سد الذرائع عند ابن تيمية، إبراهيم المهنا، دار الفضيلة، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.
- سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، محمد هشام البرهاني، مطبعة الريحاني، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٥م.
- شرح الخرشي على مختصر الخليل، محمد عبد الله الخرشي، دار صادر، د. ت.
- شرح صحيح مسلم، يحيى بن شرف النووي، المطبعة المصرية ومكبتها، د. ت.
- طلبة الطلبة، نجم الدين حفص بن عمر النسفي، ت خالد العك، دار النفائس، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، عبد الله بن نجم بن شاس، ت محمد أبو الأجنان وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.
- العقود المالية المركبة: دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، عبدالله العمراني، دار كنوز إشبيليا، ١٤٣١هـ.
- الغرر وأثره في العقود في الفقہ الإسلامي، الصديق محمد الأمين الضرير، دلة البركة، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.
- فتاوى السبكي، علي بن عبد الكافي السبكي، دار المعرفة، د. ت.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المكتبة السلفية، ط ١، د. ت.
- الفتح الرباني، محمد بن علي الشوكاني، ت محمد صبحي حلاق، مكتبة الجيل الجديد، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
- الفروع، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، ت عبد اللطيف السبكي، عالم الكتب، ١٣٧٩هـ، ١٩٦٠م.

- الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دار المعرفة، د. ت.
فيض الباري على صحيح البخاري، محمد أنور الكشميري، دار المعرفة، د. ت.
قاعدة ما حرم سدا للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة، قطب الريسوني، دار الكلمة للتوزيع والنشر،
٢٠١٣ م.
- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد، دار القلم، ١٤٢١ هـ، ٢٠٠١ م.
قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، سامي بن إبراهيم السويلم، دار كنوز إشبيليا، ١٤٣٠ هـ،
٢٠٠٩ م.
- القواعد الكبرى، عبد العزيز بن عبد السلام، ت نزيه حماد وعثمان ضميرية، دار القلم،
١٤٢١ هـ، ٢٠٠١ م.
- القواعد النورانية الفقهية، أحمد بن تيمية، ت أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، ١٤٢٢ هـ.
قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، مصطفى بن كرامة الله مخدوم، دار إشبيليا، ١٤٢٠ هـ،
١٩٩٩ م.
- القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية، عبد السلام الحصين، دار التأصيل،
١٤٢٢ هـ، ٢٠٠٢ م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق وزارة العدل، المملكة العربية السعودية،
١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م.
- مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ١٩٥٢ م.
مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، ١٤١٥ هـ، ١٩٩٥ م.
مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السعودية.
المحلى، علي بن أحمد بن حزم، ت لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، د. ت.
مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي، سامي بن إبراهيم السويلم، مركز نماء للبحوث والدراسات،
١٤٣٤ هـ، ٢٠١٣ م.

مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، رواية إسحاق بن منصور، ت صالح المزيد، مطبعة المدني، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه صالح، ت طارق عوض الله، دار الوطن، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.

مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه عبد الله، ت علي سليمان المهنا، مكتبة الدار، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
المصنف، عبد الرزاق بن همام الصنعائي، ت حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

المعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقاتها، أختار زيتي بنت عبد العزيز، دار الفكر، ٢٠٠٨م.

معلمة زايد للقواعد الفقهية، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان الخيرية ومجمع الفقه الإسلامي، النسخة الإلكترونية، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.

المغني، موفق الدين عبد الله بن قدامة، ت. عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم، أحمد بن عمر القرطبي، ت محيي الدين مستو وزملاؤه، دار ابن كثير، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

المنفعة في القرض، عبد الله العمراني، دار ابن الجوزي، ١٤٢٤هـ.

الموافقات في أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى الشاطبي، ت مشهور بن حسن سلمان، دار ابن عفان، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني، ت عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله وصحبه ومن والاه.

وبعد،

فهذه جملة من مقالات موجزة -وهي خمسة- ضمنت طائفة من مسائل اقترحت لبناء قول فقهي في شأنها.

المقالة الأولى فيما ترجم عليه بقاعدة "هل العبرة في العقود بمعانيها ومقاصدها أم بألفاظها ومبانيها". والقول الجملي في هذا الشأن أنه لا نزاع أيها السادة في أن الأحكام الشرعية متعلقها المعاني التي علقها بها الشارع، والألفاظ إن دلت على هذه المعاني اعتبرت بالتبعية لهذه المعاني، وإن تخلفت عن ذلك ألغيت اعتبارها.^(١)

وهذه القاعدة لا تخرج عن هذا المبدأ إذ قصارى مصب النظر فيها محصور في تعيين مناط انعقاد العقد هل هو اللفظ باعتباره متضمنا لهذه المعاني، أو القصد باعتباره دالا عليها، أم هما معا؟ وما المقدم منهما عند التعارض.

كلا المناطين. كما ترى. قائم بالمكلف، وكلاهما مناسب في هذا الشأن وذلك بالاعتبار الشرعي لهما في بناء الأحكام المختلفة عليها.

المتقرر في هذا الموضوع:

ذهب المالكية والحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أن العبرة في هذا الموضوع بالمقاصد والمعاني المضمنة في العقد، وليس في اللفظ المطلق عليه.

وقوة هذا الرأي تنتهي في كل الأحوال إلى هذا المبدأ المتقدم تصدير القول به، وإلى جعل النيات أس العمل إلخ.

^١ سواء كانت ألفاظا لغوية أو غيرها.

^٢ انظر -مثلا-: الحنفكي، "الدر المختار على تنوير الأبصار للغزي التمرتاشي بحاشية الطحطاوي (٢/٢٤).

^٣ انظر: ابن قدامة المقدسي، "المغني" (٤/٢٥١).

وذهب الشافعية إلى إسناد العبرة إلى الألفاظ ما لم يصرف عن ذلك صارف من دليل معتبر لديهم^١. هذا. بإيجاز. ما قرره أئمة هذا العلم في هذا المقام ثم انصرفوا إلى بناء آراءهم الفقهية عليه، والعمل بموجبه. أمثلة من هذا البناء والعمل:

وفاء بشرط الإيجاز فيني لن أورد. هنا. إلا أمثلة منتقاة من المذهب المالكي، وهي فيه على صنفين من حيث صنف القصد.

أحدهما: ما كان فيه قصد العقد محققا لصحة العقد^٢، ومن أمثلة ذلك:

١- ما ينعقد به البيع، وهو عند المالكية. كل ما يدل على الرضى، وإن كان معاطاة. ومثل البيع في ذلك على الجملة الإجارة، والطلاق... إلخ.

٢- الأيمان، فإنها تحمل على القصد^٣ وعلى وفقها تنعقد، ومن جزئيات ذلك من حلف لزوجته بأن كل امرأة يتزوجها عليها طالق طلاقا بائنا دون الثلاث، ثم إنه طلق هذه الزوجة، فتزوجت أجنبية، وبعد ذلك أعاد زوجته المطلقة تلك إلى عصمته، فإنه تطلق عليه تلك الأجنبية بمجرد هذه الإعادة؛ لأنه صدق عليه أنه تزوج عليها، ولا حاجة له في دعواه أنه لم يتزوج عليها، وإنما تزوجها على الأجنبية، وإن ادعى نية، فلا يلتفت إليها؛ لأن قصده أن لا يجمع بينهما، وقد جمع، أي يحمل على ذلك.^٤

١ انظر -مثلا-: ابن حجر الهيتمي، "تحفة المحتاج في شرح المنهاج" بحواشي الشرواني والعبادي (٤/٤٠٢-٤٢٦)، (٥/٨ و ٤١٩)، (١٢٤/٦).

٢ وقد يكون عدم القصد -أيضا- مصححا للعقد، كما في عدم القصد إلى الغرر إذ العقود لا يراعى فيها من الغرر ما ليس بمقصود. ومما خرج على هذا مسألة اشتراط المسلم في العقد أن الموكل إذا لم يقر بالوكالة، فالوكيل ضامن المسلم فيه ومطلوب به... (انظر المازري، "شرح التلقين" (٤/٩٥).

٣ والعادة إنما روعيت في هذا المقام لدلالاتها على هذه القصد.

٤ انظر: الدردير (٢/٣٣٥)، وانظر نظائر هذه المسائل اليمينية في شرح المنجور على "المنهج المنتخب" للزقاق (٢/١١٦) وما بعدها.

٣- من دفع قرضاً - وكان عيناً - ليأخذه ببلد آخر، فإن مدار منع ذلك وجوازه على القصد؛ فإن قصد دافع القرض الإحسان بذلك إلى قابضه والرفق به، جاز ذلك، وإن قصد أن يضمه له قابضه لما يتخوف من غرر الطريق فإن في ذلك قولين: الجواز، والمنع.^١ وغير ذلك من صنف هذه المسائل.

ثانيهما: ما كان فيه قصد العاقد قاضياً بالفساد، وهذا الضرب عمل المالكية به واسع لأنه معتضد بقاعدة سد الذريعة، والمعاملة بنقيض القصد المتفرعة عنها، حتى إنهم لم يشترطوا ثبوت هذا القصد فالتهمة به كافية في الحكم بما يوجبه، ووافقهم على هذا في الجملة الحنفية. ومن جزئياته:

- ١- القصد إلى المنفعة^٢ بالقرض، وهذا فروعه كثيرة مشهورة^٣.
- ٢- القصد بالعقد الشرعي أو غيره إلى تحصيل أمر ليس من مقاصد الشريعة الأولية ولا الثانوية. ومن فروع هذا الضرب من القصد:
 - أ - الأمة التي اشترت زوجها العبد من سيده وكان غرضها هي وسيدها فسخ النكاح، فإنه لا يفسخ معاملة لهما بنقيض قصدها^٤.
 - ب- قول الراهن للمرتهن: أرهنك ما في كمي أو صندوقي وهو غير معلوم للمرتهن؛ فإنه عقد فاسد، لأن فيه الإحالة إلى عين محصورة لا يدري جنسها ولا مبلغها فقد يكون في كمي ما يعظم ثمنه، أو يكون في كمي ما لا قيمه له فصيران - أي الراهن والمرتهن - هاهنا قاصدين إلى المخاطرة لما يحضر الرهن^٥.

^١ انظر: المازري (٤ / ٣٩٧).

^٢ يعني منفعة الدائن.

^٣ انظرها في باب القرض في كتب الفقه.

^٤ انظر شرح الدردير بحاشية الدسوقي (٢ / ٢٦٠).

^٥ انظر: المازري، "شرح التلقين" (٨ / ٣٥٠).

ج- تنزيل التهمة بالقصد السيئ منزلة تيقن وقوعه. كما الضمان فيما يغاب في الرهن^١، وكما في انفساخ الطلاق والزواج في المرض المخوف^٢، وما أشبه هذا الضرب من الفروع^٣.
وغير ذلك من صنف هذه الفروع التي علل فسادها بالمقصد السيئ.

التخصيص:

تصرف هذه القاعدة كغيرها من القواعد غير العقلية عن العمل به في المواضع التي يكون غيرها من القواعد التي تخالفها مرجحا فيها عليها، أو حيث تكون منافية للبناء الشرعي للموضوع -العقد- المطلوب تنزيلها فيه، وبذلك لم يعمل المالكية بهذه القاعدة في مواضع منها:

أ- ما ينعقد به النكاح، فقد شرطوا في ذلك الصيغة ولم يكتفوا بما يدل على الرضى كما في البيع، وعللوا ذلك بأن النكاح عقد لا بد فيه من الشهادة ولا تمكن إلا مع التصريح من الولي والزوج ليقع الإشهاد عليه^٤.

ب- مسائل في النذر واليمين^٥.

ج- القول الذي له حقيقة شرعية في نفسه فإنه المعتبر، ولا يعتد بما أضمر فيه من معنى لفظ غيره. ومن ذلك لفظ الظهار المقصود به أو معه الطلاق، فالمشهور في المذهب أن صريحه لا ينصرف للطلاق. لأن كل كلام له حكم في نفسه لا يصح أن يضم به غيره كالطلاق، فإنه لو أضمر به غيره لم يصح، ولو أضمر هو بغيره لم يصح، وكذلك لو حلف بالله، وقال أردت بذلك طلاقا، أو ظهارا، لم يكن له ذلك، ولم يلزمه إلا ما حلف به وهو اليمين بالله^٦.
وغير ذلك مما هو من صنف ما ذكر.

^١ انظر: المازري، "شرح التلقين" (٤٠٩/٨).

^٢ انظر: الخطاب، "مواهب الجليل" (٥٥٣/٣)، (٣٣/٤)/الدردير، "شرح الدردير على مختصر خليل بحاشية الدسوقي" (٣١٤/٢).

^٣ انظر: بعضها في "شرح التلقين" المازري (٥ / ٦٠٠، ٥٩٨، ٥٨٩، ٥٨٦، ٥٨٣، ٥٨٠) وفي "الدخيرة" للقرافي (١١، ٢٩٦، ٣٧٣/٥).

^٤ انظر: الخطاب، "مواهب الجليل" (٤٨٤/٣).

^٥ انظر: الخطاب، "مواهب الجليل" (٤٥٢/٢)، (٢٩٧/٣-٢٩٨)، (١١٦/٤)، "المنجور على المنهج المنتخب" (١١٧-١١٦/٢).

^٦ انظر: "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للدردير (٣٩٣/٢) / "التاج والإكليل" للمواق (١٣٨-١٣٩).

المقالة الثانية: في إمكان معارضة دليل مضمّن حلية عقد أو حرمة:

الأصل هو العمل بالدليل الشرعي إذا ثبت صحته، لكن ذلك متوقف على شرطين: أحدهما: أن يستقل بالدلالة على الحكم الوارد فيه، بحيث يكون غير معارض بدليل آخر يُسقط حجته، أو يوجب الوقف فيها.

لأن الدليل الشرعي قد يدل على حكم معين -سواء كان حرمة عقد أو حله أو غير ذلك- ثم إنه قد يسقط ذلك الحكم بموجب دليل آخر أقوى وأرجح قاض بخلاف ذلك، أو قد يوجب التوقف فيه إن حصل التساوي والتكافؤ بين الدليلين في ذهن المجتهد، فتعذر عليه الجمع بينهما. وهذا بيانه وما بُني عليه مُستودعه ما تقرر وسُطر في الأبواب والفصول المعقودة في كتب الأصول والمقاصد للترجيح بين ما تعارض من الأدلة النصية والأقيسة والمناطات، والدلالات والمصالح والمفاسد. ووضع هذه الأبواب والفصول موجه جريان هذا النظام المعرفي في بناء الفقه الإسلامي. وقد مضى الفقهاء جميعاً على العمل بهذا المبدأ -إسقاط المرجوح والعمل بالراجح- في كل ما يأتون ويذرون من الأحكام الفقهية المأخوذة من الأدلة الفقهية المتعارضة ظواهرها. والفروع الفقهية المبنية بهذا المنهج كثيرة منها:

١- جميع الفروع المبنية عند الحنفية -مثلاً- على إسقاط العمل بأخبار الآحاد بقاعدة تقديم القطعي الثبوت على الظني الثبوت، وباعتبارهم -أي الحنفية- الزيادة على النص نسخاً، ومن تلك الفروع:

أ- إسقاط التغريب في حد الزنا مطلقاً^١.

ب- إسقاط فرضية قراءة الفاتحة في الصلاة^٢.

ج- إسقاط رد الثمر في رد المصراة^٣.

٢- الحكم بنقض الوضوء من مسّ الذكر عند غير الحنفية^٤.

٣- ما تقرر في الجمع بين البيع والشرط، وهو ما نظمه ابن غازي بقوله:

بيع الشروط الحنفي حرّمه
وفصلت لابن أبي ليلى الأمه
وحابر سوّغ لابن شبرمه
ومالك إلا الثلاث قسّمه^٥

٤- ما تقرر فيما هو الأرجح والأفضل من أنواع الإحرام، وهل هو الأفراد أو التمتع أو القران^٦.
وغير ذلك مما هو صنف هذه المسائل وهو كثير.

الثاني: ألا يتغير مناطه، فإن تغير فإنه لا يجري حكمه في موقع هذا التغير، والعقود وغيرها في هذا الحكم سواء.

وهذا التغير قد يحصل بأمرين:

أحدهما: قصد المكلف الذي يفضي إليه، بأن ينوي بالعقد -مثلاً- ما يناقض ما شرع له من مقاصد
وثمرات، وهو ما يكُرُّ على ذلك العقد بالبطلان.

وعلى هذا يخرج ما حكم الفقهاء بفساده من عقود البيع والنكاح وغيرها من العقود التي غيرت مناطاتها
بالقصد إلى ما يناقضها، ومن ذلك:

^١ انظر: المرغيناني، "الهداية شرح بداية المبتدي" (٣٤٣/٢).

^٢ انظر: الحصفكي، "الدر المختار على تنوير الأبصار للغزي التمرتاشي، بحاشية الطحطاوي" (٣٠٢/١).

^٣ انظر: ابن حجر "فتح الباري" (٤٨٤/٤).

^٤ انظر: الشوكاني "نيل الأوطار" (٢٥٢/١).

^٥ انظر تفصيل المسألة في "حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم" لأبي عبد الله محمد التاودي، وهو بهامش "البهجة في شرح التحفة"
للتسولي (٩/٢).

^٦ انظر الشوكاني "نيل الأوطار" (٣٢٨-٣٢٩/٤).

- ١- شراء الدين بقصد الإضرار بالمدين^١.
 - ٢- نكاح المحلل^٢.
 - ٤- الهبة لقصد الانتزاع^٣.
 - ٥- التوليج^٤.
- ثانيهما: ما تغير في حقيقة الأمر، وقد يكون ذلك بالعادة والعرف، وقد يكون بسقوطه في الواقع، وما كان هكذا، فإنه لا يصار إلى العمل به، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.
- وما بني على هذا الأصل من الفروع الفقهية منه:
- ١- إسقاط الأحكام بسقوط الأهلية المعتبرة شرعا لها، ومن ذلك:
 - أ- سقوط الأهلية للولاية بفقد النظر أو الاتصاف بالسفاهة^٥.
 - ب- سقوط الشهادة بالفسق^٦.
 - ج- سقوط العبادة بسقوط محلها الشرعي كعضو من الجسد^٧.
 - ٢- حل بيع الخمر المتحلل أو المحلل^٨.
 - ٣- بيع ما لم يبد صلاحه من الثمار إذا أسقط فيها شرط التبقية وحصل بذلك الحصرم النفع ولم يقع التماثل على ذلك^٩.
- وغير ذلك من صنف هذه المسائل وهو كثير.

^١ انظر: الدردير "شرح الدردير على الشرح الكبير على مختصر خليل" (٥١٧/٣).

^٢ انظر: ابن عبد البر "الكافي" (ص ٣٢٦)/ الخطاب، "مواهب الجليل" (١٢١/٥).

^٣ انظر: حاشية الدسوقي على شرح الدردير على مختصر خليل (٢٣٢/٢).

^٤ انظر: التسولي، "البهجة" (٣٢٦/٢)، والتوليج: العطية في صورة البيع.

^٥ انظر: الخطاب، "مواهب الجليل" (٢٥٧/٤)/ الخرشبي، "شرح مختصر خليل" (٢١١/٤).

^٦ انظر: التسولي، "البهجة" (١٩٤/١) وما بعدها.

^٧ انظر: الدسوقي، م سا (٦٦/١).

^٨ ن م (٣٨/١).

^٩ انظر: التسولي، "البهجة" (٣١/٢).

ضابط التغيير:

لا يصار إلى القضاء بهذا التغيير والحكم به إلا إذا وقع على وجه صحيح حقيقي، إذ الأصل في الأدلة الشرعية هو العمل، ولا يتحقق ذلك الوقوع إلا بجريانه في المناط الحقيقي للحكم على وجه مغل بعليته، وليس المناط المتوهم، فإنه قد يتبادر إلى الذهن ارتفاع مناط حكم ما وهو في واقع الأمر ليس كذلك، حتى إن هذا يعتبره -أحيانا- السعي إلى الانحلال من ربة الشريعة، والانسلال من تكاليفها.

ألا ترى إلى ما يبوح به بعض الناس من أن " الربا حلال اليوم لأن اليهود والنصارى كان الربا محرما في دينهم، فتركوا هذا الحكم، ثم إن الربا المحرم في الإسلام هو ما كان أضعافا مضاعفة، أي أنه معاملة بين شخصين تؤدي إلى إغناء أحدهما على حساب إفقار الآخر، والاقتراض من البنك ليس كذلك...^١ " ومثل هذا القول ما يطرح في المجالس وهو شرعية العدة المطلقة والمتوفي مرتفعة للقدرة على العلم بكونها حاملا، أو حائلا.

وما جرى مجرى ذلك مما أوردت فيه مثل هذه الشطحات الدالة على أن أصحابها على جهل كبير وعميق بحقائق هذا الدين، وأدلتها، وكيف تبني الأحكام بها.

وهذا موضوع يحتاج إلى مزيد بسط للقول الفقهي، ليس هذا موضعه.

الثالث: أن تترتب على العمل به مفسدة عظيمة، فالبيع حليته ثابتة بالنص، لكنه يمنع إذا كام يفضي إلى مفسدة أعظم من المصلحة المشروع هو لها، فلا يجوز بيع ما علم أنه يتوسل به إلى محرم، كبيع العنب لمن علم أنه يتخذ منه خمرا، ومثل بيع السيف لمن يعلم أنه يتوسل به إلى فعل محرم كقط الطريق، وإيذاء بريء، وعلى السنن كل العقود فإنها وإن ثبت حليتها شرعا فإنها إن علم أنها وسائل إلى فعل محرم، تحظر، لأن ذلك يسلب حليتها، ويلغي حجية أدلتها.

^١ بل هو كذلك، وشر منه، فإن أرباب هذه البنوك هم من يمتصون دماء الشعوب، والأفراد، ألا لعنة الله على الكاذبين.

^٢ انظر: عبد المجيد الشريفي، "الإسلام بين الرسالة والتاريخ" (ص ٧١-٧٢) / نصر أبو زيد، "نقد الخطاب الديني" (ص ٢١٣) / زكي نجيب محمود، "فضايا إسلامية" (ص ٣٨).

المقالة الثالثة في المقاصد المعتمدة في العقود هل المقاصد الشرعية أم مقاصد العقود.

هكذا وردت هذه الترجمة، ويحتمل أن يكون المراد بمقاصد العقود -هنا- ما قصده الشارع بها، ويمكن أن يكون هو ما قصده العاقدان.

فإن كان المراد بذلك المعنى الأول، فإنه من المقرر المعلوم أن المقاصد الشرعية لا تتعارض على وجه التكافئ والتساوي والتوارد على موضع واحد، سواء كانت مقاصد جزئية -كمقاصد العقود- أو كلية كالمقاصد الشرعية الكبرى.

وموجب هذا المبدأ هو أن هذه المقاصد يكمل بعضها بعضاً، ويخدمه، فالأصل بينها هو التكامل، فالحاجيات تكمل الضروريات وتخدمها، والتحسينات تخدم الحاجيات وبذلك تنتهي الخدمة على الدوام إلى الضروريات.

وقد تقرر أن المكمل -بالكسر- إذا عاد على المكمل بالنقص، سقط اعتباره، وكل تكملة فلها -من حيث هي تكملة- شرط، وهو أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال، وذلك أن كل تكملة يفضي اعتبارها إلى رفض أصلها، فلا يصح اشتراطها عند ذلك، لوجهين:

أحدهما: أن في إبطال الأصل إبطال التكملة، لأن التكملة مع ما كملته كالصفة مع الموصوف، فإذا كان اعتبار الصفة يؤدي إلى ارتفاع الموصوف لزم من ذلك ارتفاع الصفة أيضاً، فاعتبار هذه التكملة على هذا الوجه مؤدّ إلى عدم اعتبارها، وهذا محال لا يتصور، وإذا لم يتصور لم تعتبر التكملة واعتبر الأصل من غير مزيد.

والثاني: أنا لو قدرنا تقديرا أن المصلحة التكميلية تحصل مع فوات المصلحة الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت^١

إذا علم هذا أدركت به أن مقاصد العقود -انتقال الأملاك والمنافع وحليتها بعوض أو بغير عوض- إذا صادمت ما يعد مكملا -بالفتح- بها من المقاصد الشرعية ألغى الاعتداد بها. فالعقود من قسم المقاصد الحاجية التي أصلها الضروريات، فلو فرض إسقاط مقصد ضروري بها، لكان إسقاطها أولى.

" والأمر الحاجية في الجملة إنما هي حائمة حول الحمى إذ هي تتردد على الضروريات تكملها ترتفع بها في القيام بها واكتسابها المشتقات، وتميل بهم فيها إلى التوسط والاعتدال في الأمور، حتى تكون جارية على وجه لا يميل إلى إفراط ولا تفريط"^١. فإذا تجردت عن هذه الغاية، وكرت على أصلها بالإفساد أسقطت، وهذا أصل مضى عليه أهل الفقه.

ومتجلاه في العقود بيّن، فحيث ما يكون العقد يثمر ما يخل بالدين أو النفس أو العقل -مثلا- فإنه يلغى مقصده وثمرته -حل الانتفاع أو الاستمتاع- حفظا لتلك المقاصد العامة الكبرى. والفروع المبنية أحكامها على هذا الأصل منها:

- ١- منع زواج المسلمة مما ليس مسلما.
- ٢- منع بيع العبد المسلم لمن على غير ملته.
- ٣- منع بيع ما يضر بالأبدان أو العقول.
- ٤- النكاح لقصد الإضرار والإيذاء.
- ٥- البيوع التي تتصف مظنة الوقوع في الحرام لكثرة قصد الناس إليه -كبيوع الأجال في المذهب المالكي- وغير ذلك من صنف هذه الفروع وهي كثيرة.

خلاصة القول في هذه المسألة هو وجوب السعي إلى إعمال المقصدين: العقدي، وما يخدمه على وجه الجمع، فإن تعذر ذلك صير إلى الإسقاط المذكور.

^١ انظر: الشاطبي، "الموافقات" (١١/٢).

^١ انظر: الشاطبي، "الموافقات" (١٤/٢).

وقصر الاعتبار على أحدهما دون غيره تصرف فاسد ما أمكن اعتبارهما معاً، وهذا كما يجري في العقود مع أصولها يجري في شروطها معها التي تعد مكملة لها، فهي وإن كانت لها مقاصد شرعية معتبرة^١ فإنها قد تلغى إذا كان إثباتها يرجع إلى تلك العقود بالعدم المطلق، فـ " منع الغرر والجهالة مكمل. فلو اشترط نفي الغرر جملة لا نحسم باب البيع. وكذلك الإجارة ضرورية أو حاجية، واشترط حضور العوضين في المعاوضات من باب التكميلات.

ولما كان ذلك ممكناً في بيع الأعيان من غير عسر، منع من بيع المعدوم إلا في السلم، وذلك في الإجازات، فاشترط وجود المنافع فيها وحضورها يسد باب المعاملة بها، والإجارة محتاج إليها، فجازت وإن لم يحضر العوض أو لم يوجد، ومثله جار في الاطلاع على العورات للمباضعة والمداواة وغيرهما^٢. وهذا أصل عام في هذا الباب، هذا إن كان المراد بمقاصد العقود ما تقدم، وأما إن كان المراد به - بمقاصد العقود - ما قصده المتعاقدان فإنه قد تقدم في المسألة الأولى بيان اعتبار المقاصد والمعاني في بناء العقود عند فقهاء المذاهب الأربعة على الوجه المتقدم بيانه هناك، ويزاد على هذا أن مقصد المتعاقدين إذا ناقض المقصد الشرعي في ذلك، هو المعتبر، وبذلك يوجب فساد العقد على الصورة المتقدم بيانها في المسألة الأولى، ولا حاجة إلى اجترار ذلك.

^١ أبين هذه المقاصد الشحنة والبغضاء والتنازع بين الناس، وسد ذرائع ذلك.

^٢ انظر: الشاطبي، "الموافقات" (١١/٢-١٢).

المقالة الرابعة: في صحة كون المقاصد دليلا تبنى عليه الأحكام.

الظاهر أن المراد بهذا القول هو بناء الأحكام الفقهية على المقاصد الكلية الشرعية وحدها باستقلال من غير بحث عما قد يرد في أحكام الفروع المطلوبة تحت تلك الكليات من الأدلة الجزئية نصوصا كانت أو أقيسة أو التفات إليها فإن ذلك تصرف غير سديد، بل هو فاسد باطل، إذ الاسترسال في العمل بتلك الكليات على الوجه المذكور قد يفضي إلى أمور، منها:

أولا: إعمال الملغى من الأدلة وإلغاء ما هو محكم. "تقديم المرجوح على الراجح".

ثانيا: الغفلة عما تنبه إليه تلك الجزئيات من أن بعض الفروع قد دخلت تحت كليات أخرى غير التي يتبادر إلى الذهن دخولها تحتها.

ثالثا: فقد الجمع بين الجزئيات والكليات في بناء الحكم، وهو ما يفضي إلى التجرد من الوسطية الإسلامية التي فيها الجمع بين الحقوق والواجبات بمقدار.

رابعا: الحرمان من حقيقة الحفظ لهذه المقاصد الذي قد يخفى على العقول، ولا يدرك حقيقة الأدلة الشرعية.

خامسا: إحالة النظر في الأمور الشرعية إلى النظر العقلي في موقع لا يستطيع فيه الاستقلال بإطلاق عن النص الشرعي " فإنه إن علم أن الحفظ على الضروريات معتبر، فلم يحصل العلم بجهة الحفظ المعينة، فإن للحفظ وجوها قد يدركها العقل وقد لا يدركها، وإذا أدركها فقد يدركها بالنسبة إلى حال دون حال، أو زمان دون زمان، أو عادة دون عادة، فيكون اعتبارها على الإطلاق خرما للقاعدة نفسها كما قالوا في القتل بالمثل إنه لو لم يكن فيه قصاص لم يسند باب القتل بالقصاص، إذا اقتصر به على حالة واحدة

وهو القتل بالمحدد. وكذلك الحكم في اشتراك الجماعة في قتل الواحد، ومثله القيام في الصلاة مثلا مع المرض، وسائر الرخص الهادمة لعزائم الأوامر والنواهي، إعمال لقاعدة الحاجيات في الضروريات، ومثل ذلك المستثنيات من القواعد المانعة كالعرايا، والقراض، والمساقاة، والسلم، والقرض، وأشباه ذلك، فلو اعتبرنا الضروريات كلها لأخل ذلك بالحاجيات أو الضروريات أيضا، فأما إذا اعتبرنا في كل رتبة جزئياتها، كان ذلك محافظة على تلك الرتبة وعلى غيرها من الكليات فإن تلك المراتب الثلاث يخدم بعضها بعضا، ويخصص بعضها بعضا، فإذا كان كذلك فلا بد من اعتبار الكل في مواردنا وبموجب أحوالها.

وأيا: فقد يعتبر الشارع من ذلك ما لا تدركه العقول إلا بالنص عليه، وهو أكثر 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 والمنصفة بينهم، بل كان مع ذلك الهرج واقعا، والمصلحة تفوت مصلحة أخرى، وتهدم قاعدة أخرى أو قواعد، فجاء الشارع باعتبار المصلحة والنصفة المطلقة في كل حين ويبيّن من المصالح ما يطرد وما يعارضه وجه آخر من المصلحة، كما في استثناء العرايا ونحوه فلو أعرض عن الجزئيات بإطلاق لدخلت مفاسد، ولفاتت مصالح، وهو مناقض لمقصود الشارع، ولأنه من جملة المحافظة على الكليات لأنها يخدم بعضها بعضا، وقلما تخلو جزئية من اعتبار القواعد الثلاث فيها، وقد علم أن بعضها قد يعارض بعضها فيقدم الأهم، حسبما هو مبين في كتاب الترجيح، والنصوص والأقيسة المعتمدة تتضمن هذا على الكمال¹.

سادسا: تقديم المصلحة المرجوحة على الراجحة.

سابعا: الخروج عما تقرر في علم الأصول، وهو أن الخاص يقضي على العام. والمقيد يقضي على المطلق.

ثامنا: المصير إلى خرق بعض قواعد الترجيح.

وغير ذلك من صنف هذه الآفات.

إذا تقرر هذا فإنه يتقرر به وجوب البحث عن الأدلة الجزئية التي قد ترد في الفرع عن النظر فيه وطلب بناء الحكم فيه معتبرا مع المقصد الكلي المنطوي ذلك الفرع تحته.

¹ انظر: الشاطبي، "الموافقات" (٣/ ٧-٨-٩).

ومثل هذا يجري في الأدلة النصية العامة والخاصة والمطلقة والمقيدة، وإنما ثبت هذا المسلك هنا لأنه لا قطعية في هذه الأدلة العامة كلها وإنما تتصف بالظنية، فما تقرر أنه داخل تحتها بالقطع فإنه لا يجري أي تخصيص أو تقييد فيه، لأن الظني لا يقضي على القطعي، كما هو معلوم.

قيام البناء الفقهي على هذا الأصل:

مضى الفقهاء على الالتفات إلى الأدلة الجزئية الواردة مخصصة لبعض الكليات، فعملوا بها، ومن ذلك العمل بالأحاديث الواردة في المساقاة، والقراض، والسلم، والعرايا، والمزارعة والمصرأة والقرض، وما جرى مجرى ذلك.

كما استحضروا حفظ الكليات مخصصين ومقيدين بذلك ما كان عاما أو مطلقا بدلالاته من تلك الأدلة الجزئية إذا قضت قواعد الترجيح فيه بهذا، ومن فروعه:

١- ما بني من الفروع الفقهية على حفظ المال مستثنى من أحكام أدلة جزئية، ومن ذلك:

أ- تيمم من خاف تلف مال بطلب الماء.^١

ب- إيماء الراعف للركوع والسجود إذا خاف تلوخ ثوبه، ولو بدون درهم حيث يفسده الغسل، وإنما

وجب الإيماء في هذه الحالة صيانة للمال.^٢

ج- إسقاط غسل الرأس في الغسل على العروس التي تزين شعرها بما كمسك أو عنبر، ويكفيها المسح،

لما في غسله من إتلاف المال.^٣

٢- ما بني من ذلك على حفظ النفس، ومنه:

أ- التيمم لخوف عطش محترم.^٤

^١ انظر: الخطاب، "مواهب الجليل" (١/ ٣٣٥).

^٢ انظر "شرح الدرر على مختصر خليل" - بحاشية الدسوقي (١/ ١٥٨).

^٣ انظر: ن م (١/ ١٠٤).

^٤ انظر: ن م (١/ ١١٦).

ب- اشتراط اعتدال الهواء في حال إقامة حد الجلد على الزاني . مثلا . فلا جلد في حر أو برد مفرطين
خوف الهلاك.^١

ج- إباحة التزود من الميتة للمضطر درءا للهلاك.^٢

وهكذا سائر الفروع التي أقيمت على حفظ الكليات الكبرى في هذا الدين.

وكل ذلك في حقيقة الأمر حفظ للدين، لأن هذه الأحكام كلها منه.

المقالة الخامسة: في رفع الحيل المذمومة بالمقصد الشرعي من العقد.

وهذا الموضوع لا يتأتى فيه قول واحد عام ينظم كل جزئيات الحيل، وما قد تقارنه من العقود.

فالواجب إقامة التقابل بين المقصد الشرعي من كل عقد والحيل المحتمل قرنها، ثم إن العقود من حيث المقاصد لها جهتان:

الأولى: الجهة الخاصة، والتي تقصد بالعقد باعتبارها من ثمراته الخاصة، ومن ذلك ما يقصد بالنكاح -

مثلا- من تكثير النسل، وحلية الاستمتاع، وما يقصد بالبيع من رفع الحاجة وحلية الانتفاع.

فهذا الضرب له اعتباران في واقع الأمر:

١- الاعتبار الواقعي، فهذا تقضي بحقيقته المذمومة ولا ترفعها بطبيعتها العادية، فليس ممنوعا في مجريات

العوائد أن يجمع العاقد في نفسه بين المقصد الشرعي من العقد ومقصد آخر محظور، محتالا على إدراكه

بلك العقد. فيكون بذلك متوسلا بالعقد إلى كلا الأمرين.

فقد يجمع العاقد للنكاح في نفسه بين قصد حلية الاستمتاع بمن عقد عليها، وإيذائها أو تحليلها لغيره،

وهكذا البيع وسائر العقود، ولا يستثنى من ذلك إلا القصد إلى الشيء ونقيضه أو ضده الوجودي.

وعلى هذا تقرر الهدم للعقد بهذا الضرب من المقاصد الفاسدة على النحو المبين أمره في كتب الفقه.

٢- الاعتبار الشرعي الذي يقضي بحظر هذا الجمع، وأن الحيل المذمومة مدفوعة بالمقصد الشرعي، وموجب

ذلك أمور منها:

أ- أن القصد إلى موافقة المقصد الشرعي مأمور به، إذ بذلك يحصل تمام العمل ويتحقق.

^١ انظر ن م (٤ / ٢٧٦).

^٢ شرح الدرير على مختصر خليل بحاشية الدسوقي " (١١٥/٢).

والأمر بالشيء نهي عند ضده، فلا يتم الامتثال لأمر الشرع إلا برفع أضراده، والقصد إلى الطاعة والمعصية جمع بين الضدين وهو أمر محال جريانه في الأحكام الشرعية، وبذلك فإن هذا الجمع يرجع على تلك الطاعة بالفساد، والإبطال.

فمصير الاحتيال إلى درك محذور بالعقد الشرعي عاص، ولا يرفع عنه هذا الحكم قرنه ذلك بالقصد إلى موافقة القصد الشرعي في ذلك العقد، بل القصد الشرعي هذا هو الذي يختل بذلك القصد المضاد له ما لم يسقط.

ب- أن من توسل بالعقد الشرعي إلى غير ما شرع له وكان هادما لأمر شرعي، تصرفه فاسد، لأن ذلك رافع في مجرى هذا الفعل للمصلحة الشرعية، فإن فرض وجود مصلحة ما في ذلك فإنها لن تكون إلا عن هوى.

ج- أن المقصد الشرعي الأعظم من التكليف هو إخراج المكلف من داعية الهوى، والمحتمل بالوسائل الشرعية إلى أضردها، ما هو إلا أسير هواه، وقد أجرم من وجهين: فعله للمحذور، وتوسله بالسبب الشرعي إلى ذلك.

د- أن الاحتيال بالعقود الشرعية المذموم يترتب عنه قلب المقاصد الشرعية من تلك العقود إلى أضردها، فهي مشروعة لتحصيل المصالح، وصاحب هذا الاحتيال يتخذها ذرائع إلى المفاسد.

ه- أن صاحب هذا الاحتيال قاصد إلى مراوغة الأحكام الشرعية، وصرف أسبابها إلى ما يوافق هواه. وغير هذا من صنف هذه الأمور الموجبة للحكم بالفساد على هذا التصرف.

الجهة الثانية: الجهة العامة، وهي ما شرعت لها الأحكام الشرعية كلها وقام على تحصيلها التكليف، وهي المقاصد الشرعية الكبرى.

فهذه من حيث منع القصد إليها الحيل المذمومة لها وجهان -أيضا-:

الصرف الذاتي، بحيث يكون هذا القصد صارفا لهذه الحيل ومانعا لها من الوجود.

في واقع الأمر أن هذا لا يحققه إلا القصد إلى حفظ الدين حقيقة وحفظ العرض بوجه ما.

فالذي يسعى إلى حفظ الدين وخدمته بكل أعماله لا يتأتى منه بموجب ذلك أن يهدم مسعاه هذا بالاحتيال المذموم، فإن أتى ذلك فإنه لا يتحقق بهذا المسعى، بل ينفصل عنه ويتجرد، فالمزج بين العاملين

—حفظ الدين والاحتيايل— محال، لأن ذلك من باب الجمع بين تحكيم شرع الله—تعالى— والهوى معا في شأن واحد، وهو ما لا سبيل إليه، إذ كل واحد منهما وجوده يرتفع به الآخر. وأما حفظ العرض فإنه قد يهدم بهذا الاحتيايل إن وقع اطلاع الناس عليه، وقد يبقى محفوظا مع ذلك إن ستر على الخلق.

وهذا بين لا حاجة إلى إطالة الكلام فيه.

الصرف الشرعي، وهو أن يحكم الشارع بسقوط كل حيلة مذمومة، وفسادها بالنظر إلى موجب خدمة هذه المقاصد والسعي إلى حفظها.

فهذا الصرف ثابت بموجب أي مقصد من هذه المقاصد، لأن الشارع حدد المسالك والوسائل الشرعية التي تحفظ بها هذه المقاصد، وكل ما سوى ذلك باطل، وفساد.

فالمال والنفس—مثلا— حفظهما لا يكون إلا بما شرع لذلك وبين في الدين، وما حرم وما منع شرعا لا يلتفت إليه، بل يجب توقيه، فهي مما لا يعتد به في هذا الشأن.

مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأحكام إعداد: د/ نورالدين قراط (*)

موضوع التساؤل والاستفسار: هل يصح أن تكون المقاصد دليلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية؟
أو بعبارة أخرى: (مقاصد الشريعة وعلاقتها بأدلة الأحكام)

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحابه أجمعين ومن تبعهم بإحسان
إلى يوم الدين.

وبعد: فإن من أهم المباحث الأصولية التي تحتاج إلى عناية الباحثين والدارسين لمجال الأحكام الشرعية
وقواعد استخراجها وتوجيه النظر فيها، ومعالجتها معالجة رصينة متشابكة مع جميع روافدها، هو مبحث
المقاصد الشرعية وعلاقتها بأدلة الأحكام التفصيلية، سواء تعلق ذلك بحيثية الحجية أو توجيه الدلالة أو
الثمرة أو ما تعلق منها بمواصفات المستثمر ومستلزماته الداعية إلى الحضور الفقهي النظري والواقعي مع ما
نعلمه من كون القدماء والمحدثين قد أدرجوا هذه الأبحاث ضمن كتاباتهم في الأصول عموماً، أو مع أفرادها
أحياناً بالاستقلال عند نظرهم للحاجة الداعية إلى ذلك.

فالمقاصد ترجع إلى أصول الفقه عموماً، وما يستدعيه هذا العلم من المشاركات الشرعية اللازمة
لحصول الملكة، فإذا كان المجتهد لا يمكنه الاستنباط واستخراج الأحكام من الأدلة الشرعية إلا إذا مهر في

(*) أستاذ الفقه والأصول بجامعة محمد الأول كلية الآداب . وحدة . شعبة الدراسات الإسلامية . المغرب .

أصول الفقه، فكذلك يكون الحال بالنسبة للمقاصد، إذ لا يتم الاستنباط الناحج إلا إذا قام على دراية تامة بمقاصد الشريعة العامة منها والخاصة.(١).

هذا ومن اللافت للنظر أن القاصد التي نعنيها هنا هي: المقاصد العامة الكبرى التي ترجع إليها الشريعة، وهي المقصد الضروري والحاجي والتحسيني حصراً، بناء على تقسيم استقرائي ينبثق عن عنوان كبير هو: أن الشريعة لمصالح العباد" وعند ملاحظة الشارع لهذه المصالح وجدوا أن هذا الميزان يشير إلى ثلاثة مقاييس: المقياس الأرحح يتعلق بالضرورات، ويليه في الرجحان الحاجيات ثم التحسينيات أو التتمات، وهو ترتيب من استقراء أحكام الشرع، ملحوظة ببصيرة العقل.(٢).

ومن هنا وجدنا علماء الأصول لم يتناولوا المقاصد كدليل من الأدلة التي تبنى عليها الأحكام الشرعية، وإن وجدت نصوص يفهم منها غير هذا، وذلك مثل ما نقله إمام الحرمين ونسبه للإمام الشافعي حيث قال: « ذكر الشافعي في الرسالة ترتيباً حسناً فقال: إذا وقعت واقعة فأحوج المجتهد إلى طلب الحكم فيها فينظر أولاً: في نصوص الكتاب، فإن وجد مسلماً دالاً على الحكم فهو المراد، وإن أعوزه انحدر إلى نصوص الأخبار المتواترة فإن وجدته، وإلا انحط إلى نصوص أخبار الآحاد فإن عثر على مغزاه، وإلا انعطف على ظواهر الكتاب فإن وجد ظاهراً لم يعمل بموجبه حتى يبحث عن المخصصات فإن لاح له مخصص ترك العمل بفحوى الظاهر وإن لم يتبين مخصص طرد العمل بمقتضاه ثم إن لم يجد في الكتاب ظاهراً نزل عنه إلى ظواهر الأخبار المتواترة مع انتفاء المختص ثم إلى أخبار الآحاد فإن عدم المطلوب في هذه الدرجات لم يخض في القياس بعد ولكنه ينظر في كليات الشرع ومصالحها العامة.(٣).

ويزيد هذا الأمر وضوحاً أكثر عند حديثه عن تقاسيم العلل والأصول، فيقول: " فأما الضرب الأول: فهو ما يستند إلى الضرورة فنظر القائل فيه ينقسم إلى اعتبار أجزاء الأصل بعضها ببعض وإلى اعتبار غير

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية تأصيلاً وتفعيلاً. د/ محمد بكر اسماعيل حبيب. ص: ٨٨. ط-١ - ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م. دار طيبة الخضراء مكة.

(٢) علاقة مقاصد الشريعة بأصول الفقه الشيخ عبد الله بن بيته. مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، مركز دراسات مقاصد الشريعة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص: ٩٠.

(٣) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ج-١ - ص: ١٣٣٧/١٣٣٨. تحقيق د/ عبدالعظيم الديب كلية الشريعة قطر الطبعة الأولى: ١٣٩٩هـ.

ذلك الأصل بذلك الأصل إذا اتسق له الجامع فأما اعتبار الجزء بالجزء مع استجماع القياس لشرائط الصحة فهو يقع في الطبقة العليا من أقيسة المعاني. ومن خصائص هذا الضرب أن القياس الجزئي فيه وإن كان جليا إذا صادم القاعدة الكلية ترك القياس الجلي للقاعدة الكلية.(١).

ومن تنبيهاته - أيضا - على أهمية مراعاة المقاصد، أنه - في سياق الرد على الكعبي المعتزلي الذي اشتهر بإنكار المباح في الشريعة.(٢). قال «...ومن لم يتفطن لوقوع المقاصد في الأوامر والنواهي فليس على بصيرة في وضع الشريعة.(٣)».

وفي هذا تنبيه على أهمية المقاصد ، إذ بدونها لا يكون لسالك سبيل المجتهدين قدم في الوقوف على مواقع الأحكام الشرعية والاستبصار لمراميها كما هو الشأن عند المجتهدين ، وقد وجدنا تقي الدين السبكي - رحمه الله - وهو يبسط الحديث بما يعتبر شرطا للمجتهد يختم بقوله: "الثالث: أن يكون له من الممارسة والتبع لمقاصد الشريعة ما يكسبه قوة يفهم منها مراد الشرع من ذلك وما يناسب أن يكون حكما له في ذلك المحل وإن لم يصرح به كما أن من عاشر ملكا ومارس أحواله وخبر أموره إذا سئل عن رأيه في القضية الفلانية يغلب على ظنه ما يقوله فيها وإن لم يصرح له به، لكن بمعرفته بأخلاقه وما يناسبها من تلك القضية فإذا وصل الشخص إلى هذه الرتبة وحصل على الأشياء الثلاثة.(٤). فقد حاز رتبة الكاملين في الاجتهاد".(٥).

(١) المصدر نفسه. ٨٠/٢..

(٢) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي أحمد الريسوني ٣٤/١. الناشر: الدار العالمية للكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية - ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.

(٣) البرهان في أصول الفقه الجويني، ١٠١/١.

(٤) واعلم أن كمال رتبة الاجتهاد تتوقف على ثلاثة أشياء: أحدها: التأليف في العلوم التي يتهذب بها الذهن كالعربية وأصول الفقه، وغيرهما... الثاني: الإحاطة بمعظم قواعد الشريعة. الثالث: أن يكون له من الممارسة والتبع لمقاصد الشريعة ما يكسبه قوة يفهم منها مراد الشرع.

(٥) الإبهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفى سنة ٧٨٥هـ)) المؤلف: تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب ج١ ص: ٩/٨. الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت عام النشر: ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م

ومن خلال هذا النص -أيضا- نستفيد أن الدربة وحصول الملكة بطريق التبع لمقاصد الشريعة ومعرفة أصناف أحكامها والفروق فيها يكسب المجتهد قوة ترسخ عنده الاستبصار الذي يحقق له الاطمئنان إلى صحة اجتهاده ، إذ بدون ذلك لا ينفك عن التردد وعدم القدرة على استصدار الفتوى ومعرفة الأحكام. كما أننا وجدنا الشاطبي وهو يختصر شروط الاجتهاد فجعلها في شرطين ، فقال: «إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين:

أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها.

والثاني: التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها ... وأما الثاني فهو كالخادم للأول... وإنما كان الأول هو السبب في بلوغ هذه المرتبة؛ لأنه المقصود والثاني وسيلة. (١).

فهو بهذا الفهم العميق لشروط المجتهد يشير إلى معنى عام قد يعبر عنه البعض: "بملاحظة القواعد الكلية وتقديمها على الجزئية كما أشار إليه إمام الحرمين ، وتكررت في كلام تاج الدين وأبيه تقي الدين السبكي في شرح المنهاج. (٢). الشيء الذي جعل الشيخ ابن عاشور يقول: إنَّ تصرف المجتهدين بفقههم في الشريعة يقع على خمسة أنحاء:

النحو الأول: فهم أقوالها، واستفادتها مدلولات تلك الأقوال، بحسب الاستعمال اللغوي، وبحسب النقل الشرعي بالقواعد اللفظية التي بها عمل الاستدلال الفقهي. وقد تكفل بمعظمه علم أصول الفقه.

النحو الثاني: البحث عما يعارض الأدلة التي لاحت للمجتهد، والتي استكمل أعمال نظره في استفادة مدلولاتها، ليستيقن أن تلك الأدلة سالمة مما يُبطل دلالتها ويقضي عليها بالإلغاء والتنقيح فإذا استيقن أن الدليل سالمٌ عن المعارض أعمله، وإذا ألقى له معارضاً نظر في كيفية العمل بالدليلين معاً، أو رجحان أحدهما على الآخر.

(١) الموافقات إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٦٠هـ/٢٠٧٦). المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان الناشر: دار ابن عفان الطبعة: الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٧م

(٢) مشاهد من المقاصد الشيخ العلامة عبدالله بن الشيخ المحفوظ بن بيه ص: ١٤٠. مؤسسة الاسلام اليوم السعودية ط-١-٢٠١٠م ١٤٣١هـ.

النحو الثالث: قياس ما لم يرد حكمه في أقوال الشارع على حكم ما ورد حكمه فيه بعد أن يعرف علل التشريعات الثابتة بطريق من طرق مسالك العلة الميَّنة في أصول الفقه.

النحو الرابع: إعطاء حكم لفعل أو حادث حدث للناس لا يعرف حكمه فيما لاح للمجتهدين من أدلة الشريعة، ولا له نظيرٌ يقاس عليه.

النحو الخامس: تلقي بعض أحكام الشريعة الثابتة عنده تَلَقِّي من لم يعرف عِلَلِ أحكامها ولا حكمة الشريعة في تشريعها. فهو يتهم نفسه بالقصور عن إدراك حكمة الشارع منها، ويستضعف علمه في جَنب سَعَةِ الشريعة، فيسمي هذا النوع بالتعبدي. فالفقيه بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة في هذه الأنحاء كلها. (١).

هذه بعض نصوص الأصوليين من المتقدمين نستبين من خلالها قيمة استيعاب مقاصد الشريعة في منوال أدوات الاجتهاد، نرى ذلك بينا في كلام إمام الحرمين.

ولبيان ما دندن حوله أبو المقاصد أبو إسحاق الشاطبي والعلامة الشيخ الطاهر بن عاشور. رحمهما الله تعالى. يوضح الشيخ بن بيه المقصود والمراد بقوليها فيقول: " المراد بالاستنجاد هو ادراك طبيعة التعامل مع المقاصد وبالمقاصد وانها ليست ترفا ذهنيا ولا ثقافة عامة يتعاطها الصحفي والاجتماعي ولا موضوعا فلسفيا مجردا أو نظرا. إنها أداة لاستنباط الأحكام الشرعية الخمسة وبالتالي لتكون كذلك لا بد أن تنزل من سماء التنظير إلى أرض العلميات ومن التصور الذهني إلى ميدان التطبيقات. إنه يستنجد بالمقاصد في أكثر من ثلاثين منحى من مسائل الأصول. (٢). يمكن أن نستعير لها كلمة المحائر والأكنسة، لأنها مكانن لأولؤ الحكم ومكانس ظباء المقاصد وجذور أرومتها وأقناس أجناسها.

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية المؤلف: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ) ج ٣ ص: ٥٠/٤٠. المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر عام النشر: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

(٢) وهي كلها تقريبا عبارة عن قواعد أصولية، لغوية واستدلالية، تمّ تطعيمها وتسديد العمل بها، باستحضار الفكرة المقاصدية والنظر المقاصدي في أعمالها. ويمكن اعتبارها عملا نموذجيا لصياغة مقاصدية لعلم أصول الفقه. عبد الله بن بيه بين الأصول والمقاصد د/ احمد الريسوني مقال في موقع الشيخ عبد الله بن بيه.

وبعد أن استعرض الشيخ هذه المناحي للاستنتاج بالمقاصد، قال: «وهذه المناحي التي تسجّل لأول مرة، لو أردنا نشرها. كما تنشر بعد الطية الكتب. لكانت جزءا كبيرا، لكن مقصودنا من هذا هو الإشارة إلى أن المقاصد هي أصول الفقه بعينها، وهذه المناحي والمدارك أمثلة للوشائج الحميمة والتداخل والتواصل. ولو أمعنا النظر وأعملنا الفكر لأضفنا إليها غيرها. فأقول لطالب العلم: انح هذا النحو... وبما قدمنا نكون قد رمينا نظرية استقلال المقاصد عن أصول الفقه بالفند، وأبنا الاندماج بينهما اندماج الروح في الجسد والمعدود في العدد. (١).

وعلى مثل ذلك وغير بعيد عنه صار من نقلنا عنهم من الأصوليين المذكورين، حيث كادوا يجعلون فهم مقاصد الشريعة أولى شروط الاجتهاد، بطبيعة الحال في غير معزل عن الشروط الأخرى اللازمة والمعروفة.

أما المعاصرون: فقد تبايت أراؤهم حول المقاصد من مبالغ في اعتبارها متجاوز لحدود عمومها حيث جعلوه قطعيا وجعل شمولها مطردا، غافلا أو متجاهلا ما يعترى العموم من التخصيص، وما ينبري للشمول من معوقات التنصيص. فألغوا احكام الجزئيات التي لها معان تخصصها، بدعوى انضوائها تحت مقصد شامل... ولا يخفى في ذلك من المخاطرة والمجازفة في مجال الأحكام الشرعية برمتها. ومن بجانب للمقاصد متعلقا بالنصوص الجزئية إلى غاية تلغي المقاصد والمعاني والحكم التي تعترض النص الجزئي وتحد من مدى تطبيقه وتشير إلى ظرفيته، فهي كالمقيد له والمخصص لمدى اعتباره إلى حد المناداة بإبطال المصالح.

والمنهج الصحيح وسط بين هذا وذاك، يعطي الكلي نصيبه، ويضع الجزئي في نصابه. (٢). ومن هذا المنطلق تتبع د. جمال الدين عطية؛ موضوع الاجتهاد المقاصدي في كتابات المعاصرين، ولم يجد فيها ما يرقى إلى مستوى إثبات دليل جديد يخرج عما ذكره الأصوليون، حيث قال: «والخلاصة: أن هذا البحث الجاد يفتقد الآليات الواضحة لاستخدام المقاصد في العملية الاجتهادية، ولكنه خطوة على الطريق على أي حال. ونخلص إلى أن الاجتهاد المقاصدي بالصورة التي عرضناها لا تستحق أن يطلق

(١) مشاهد من المقاصد بن بيه ص: ١٦٥/١٣٩.

(٢) المرجع نفسه ص: ١٦٦.

عليها هذا المصطلح، فما هي في الحقيقة إلا المصلحة المرسلّة أو الاستصلاح، كدليل شرعي تكلم فيه الأصوليون منذ القديم، وما عملنا فيه إلا التطوير لما كتبوا والبناء عليه. (١).

وبناء عليه يمكن تحرير حكم الاستدلال بالمقاصد بأن يُقال: إن المقصد الشرعي كالحكم الشرعي؛ فكما أنه لا يجوز وصف الحكم بأنه شرعي أو إضافته للشارع إلا بدليل، فكذلك المقصد الشرعي؛ لأنه بدون الدليل في كل منهما يكون ذلك من التثؤل على الله بغير علم، كما قال تعالى: **فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ افْتَرَىٰ عَلَى اللَّهِ كَذِبًا لِّيُضِلَّ النَّاسَ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ** (من سورة الأنعام ١٤٤) وإذا كانت المقاصد الشرعية لا بد لها من دليل فهذا الدليل في الغالب هو مسلك الاستقراء، الذي يكسب المقاصد قوة ويجعلها تهيمن على عملية الاجتهاد برمتها، ولكن دون أن تستقل في إثبات الحكم الشرعي! ومما يدل على ذلك:

1. أن المقصد الشرعي لم يُستق لبيان الحكم الشرعي أصالة، وإنما لبيان الغاية من هذا الحكم والنتيجة التي يهدف التكليف إلى تحقيقها؛ وفي ذلك تنبيه للمكلف. (٢). **بِأَنَّ يَكُونَ قَصْدُهُ فِي الْعَمَلِ مُوَافِقًا لِقَصْدِهِ فِي التَّشْرِيعِ**. (٣). ومن المسلم أن النتيجة قد تتحقق وقد لا تتحقق، فلا يلزم من عدم تحققها سقوط التكليف. فمثلاً: قوله: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**. (سورة البقرة ١٨٣) فهذه الآية تثبت الحكم وهو وجوب الصيام، وتثبت المقصد الكلي منه وهو تحقيق التقوى، ولكن إذا لم تتحقق التقوى، أو تحققت التقوى بدون الصيام فلا يعني هذا سقوط التكليف بالصيام.

(١) نحو تفعيل مقاصد الشريعة د/ جمال الدين عطية ص ١٩٧. المعهد العالمي للفكر الاسلامي لسلسلة المنهجية الاسلامية ١٧- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع دمشق سورية. ط- ١- ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م.

(٢) كتاب تعارض دلالة اللفظ والقصد في أصول الفقه والقواعد الفقهية دراسة تأصيلية تطبيقية تشمل -: التعارض بين اللفظ الشرعي وما يفهم أنه المقصد الشرعي- التعارض بين اللفظ المكلف وقصده إعداد الدكتور خالد بن عبدالعزيز بن سليمان آل سليمان. ج ١ ص ٢٧٣/٢٨٠. مطبوعات الجمعية الفقهية السعودية الدراسات الأصولية -٨- دار اركنوز اشبيليا للنشر والتوزيع. ط- ١- ١٤٣٤ هـ. ١٣/٢٠١٣ م.

(٣) ولذا " يُمْنَعُ بَيْعُ كُلِّ شَيْءٍ عَلِمَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ قَصَدَ بِهِ أَمْرًا لَا يَجُوزُ كَبَيْعِ جَارِيَةٍ لِأَهْلِ الْفَسَادِ أَوْ مَمْلُوكٍ " انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠ هـ) ٧/٣. الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

2. لو جاز أن تستقل المقاصد الكلية في إثبات الحكم الشرعي لنتج عن ذلك ثلاثة لوازم باطلة. **أحدها:** تحييد الأدلة التفصيلية أو تهميشها عن أن تنهض بما وضعت له، وهو بيان الحكم الشرعي؛ لأن كثيراً من المقاصد الشرعية الكلية فيها من العموم، ما يجعلها تتناول جميع الأحكام الشرعية، أو أكثرها! وهذا يغري الناظر بأن يستغني بها عن الأدلة التفصيلية.

الثاني: فتح السبل إلى تحصيل المصلحة بغير الطريق المشروع فيها، وهذا مناقض لمقصد الشارع؛ لأن المقصد الشرعي كما يرجع في تحديده إلى الشارع، فإن هذا المقصد لا يتم ويتحقق إلا بالسبل الموافقة للشرع المبسوطة في الأدلة التفصيلية. (١).

الثالث: المعاني إذا حصرتها الأصول وضبطتها المنصوصات كانت منحصرة في ضبط الشارع وإذا لم يكن يشترط استنادها إلى الأصول لم تنضبط واتسع الأمر ورجع الشرع إلى اتباع وجوه الرأي واقتفاء حكمة الحكماء فيصير ذوو الأحلام بمثابة الأنبياء ولا ينسب ما يروونه إلى ربة الشريعة وهذا ذريعة في الحقيقة إلى إبطال أوجه الشريعة ومصير إلى أن كلا يفعل ما يراه ثم يختلف ذلك باختلاف الزمان والمكان وأصناف الخلق وهو في الحقيقة خروج عما درج عليه الأولون. (٢).

٣- لو استقلّت المقاصد الكلية في إثبات الحكم الشرعي، وتم الإعراض عن الجزئيات بإطلاق؛ لَدَخَلَتْ مَفَاسِدُ وَلَفَاتَتْ مَصَالِحُ، وَهُوَ مُنَاقِضٌ لِمَقْصُودِ الشَّارِعِ، وَلِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الْمُحَافَظَةِ عَلَى الْكُلِّيَّاتِ؛ لِأَنَّهَا يَجْدُمُ بَعْضُهَا بَعْضًا، وَقَلَمَّا تَخْلُو جُزْئِيَّةٌ مِنْ اعْتِبَارِ الْقَوَاعِدِ الثَّلَاثِ فِيهَا، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ بَعْضَهَا قَدْ يُعَارِضُ بَعْضًا فَيُقَدِّمُ الْأَهَمُّ حَسَبًا هُوَ مُبَيَّنٌّ فِي كِتَابِ التَّرْجِيحِ، وَالنُّصُوصُ وَالْأَقْيَسَةُ الْمُعْتَبَرَةُ تَنْضَمُّ هَذَا عَلَى الْكَمَالِ.

فَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ خُصُوصِ الْجُزْئِيَّاتِ مَعَ اعْتِبَارِ كُلِّيَّاتِهَا، وَبِالْعَكْسِ، وَهُوَ مُنْتَهَى نَظَرِ الْمُجْتَهِدِينَ بِإِطْلَاقٍ، وَإِلَيْهِ يَنْتَهِي طَلْقُهُمْ فِي مَرَامِي الاجْتِهَادِ. (٣).

(١) تعارض دلالة اللفظ والقصد في أصول الفقه والقواعد الفقهية. خالد بن عبدالعزيز بن سليمان آل سليمان. ج ١ ص ٢٧٣.

(٢) البرهان للجويني ١٦٢/٢.

(٣) الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ١٨٠...

4. أن المقاصد الكلية فيها من العموم والاتساع في الدلالة ما يجعلها لا تستغني عن الأدلة التفصيلية. فمثلاً: رفع الحرج، وتحقيق العدل، وحفظ الضروريات الخمس، ومنع ما يؤدي إلى النزاع والخصومة في المعاملات،... إلخ، هذه كلها مقاصد عامة يصعب بناء الحكم عليها دون تحديد وتقييد وتفصيل، إذ بدون ذلك تعم الفوضى في الاجتهاد، وتباین التقديرات، وقد تتداخل المصالح، وتتنازع الأهواء. (١). يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: « وَأَمَّا الْعَادِيَّاتُ وَكَثِيرٌ مِنَ الْعِبَادَاتِ أَيْضًا، فَلَهَا مَعْنَى مَفْهُومٌ، وَهُوَ ضَبْطُ وَجُوهِ الْمَصَالِحِ؛ إِذْ لَوْ تَرَكَ النَّاسُ وَالنَّظَرَ لَا تَنْتَشَرَ وَلَمْ يَنْضَبْطُ، وَتَعَدَّرَ الرَّجُوعُ إِلَى أَصْلِ شَرْعِيٍّ، وَالضَّبْطُ أَقْرَبُ إِلَى الْإِنْقِيَادِ مَا وَجَدَ إِلَيْهِ سَبِيلٌ، فَحَجَلَ الشَّارِعُ لِلْحُدُودِ مَقَادِيرَ مَعْلُومَةً، وَأَسْبَابَ مَعْلُومَةً لَا تَتَعَدَّى، كَالثَّمَانِينَ فِي الْقَذْفِ، وَالْمَنَّةِ وَتَغْرِيبِ الْعَامِ فِي الزَّانَا عَلَى غَيْرِ إِحْصَانٍ، وَخَصَّ قَطْعَ الْيَدِ بِالْكَوَعِ وَفِي النَّصَابِ الْمُعَيَّنِ، وَجَعَلَ مَغِيبَ الْحَشْفَةِ حَدًّا فِي أَحْكَامٍ كَثِيرَةٍ، وَكَذَلِكَ الْأَشْهُرُ وَالْقُرُوءُ فِي الْعَدَدِ، وَالنَّصَابِ وَالْحَوْلِ فِي الزَّكَاةِ، وَمَا لَا يَنْضَبْطُ رُدًّا إِلَى أَمَانَاتِ الْمُكَلَّفِينَ، وَهُوَ الْمُعَبَّرُ عَنْهُ بِالسَّرَائِرِ، كَالطَّهَارَةِ لِلصَّلَاةِ، وَالصَّوْمِ، وَالْحَيْضِ وَالطُّهْرِ، وَسَائِرِ مَا لَا يُمَكِّنُ رُجُوعَهُ إِلَى أَصْلِ مُعَيَّنٍ ظَاهِرٍ، فَهَذَا مِمَّا قَدْ يُظَنُّ التَّفَاوُتَ الشَّارِعِ إِلَى الْقَصْدِ إِلَيْهِ. (٢).

٥- أن المقاصد الجزئية على الرغم من أنها أكثر تحديداً من المقاصد الكلية، إلا أنها أيضا لا يمكن أن تستقل عن الأدلة التفصيلية؛ لسببين:

الأول: أننا قد نعرف المقصد الجزئي بوجه مجمل، ولكن تبقى كثير من تفاصيله غائبة عنا؛ فمثلاً: ندرك أن المقصد والمصلحة من رجم الزاني المحصن هي الزجر. (٣). ولكن لا نعقل لماذا تعين هذا طريقاً للزجر، مع أنه كان يمكن الزجر بضرب العنق أو الجلد حتى يموت مثلاً، وهكذا؛ فهذا المقدار من العلم الإجمالي بالمصلحة لا يصح أن يبنى عليه شيء قد يكون فيه إهدار الأمر والنهي. (٤).

(١) تعارض دلالة اللفظ والقصد في أصول الفقه والقواعد الفقهية خالد بن عبدالعزيز بن سليمان آل سليمان. ج ١ ص ٢٨٢.

(٢) الموافقات الشاطبي ٥/٢٦/٥٢٧.

(٣) تعارض دلالة اللفظ والقصد في أصول الفقه آل سليمان. ج ١ ص ٢٨٤.

(٤) تعليق الشيخ عبد الله دراز على الموافقات، ٣/٤٠٩، هامش ١.

والثاني: أنه في بادئ النظر للأمر أو النهي كثيراً ما نفهم منه معنى مصلحياً، ثم يتبين لنا خطأ هذا الفهم؛ بسبب وقوفنا على نص آخر، أو بسبب اكتشاف علمي حديث نفهم به مصلحة للحكم الشرعي غير ما كنا نفهمها، أو لسبب آخر...

ومن هذا المنطلق ندرك أن المقاصد الشرعية من الصعب ان تستقل في إثبات الأحكام الشرعية؛ لأنه لا بد من تحديدها بالأدلة التفصيلية، وهذا التحديد نفسه مقصد شرعي عام في دين الإسلام، (١). وقد ارتضى ابن عاشور التعبير عن هذا المقصد بأنه: "نوط التشريع بالضبط والتحديد (٢)". وكما أن الحكم الشرعي يحتاج في تحديده إلى الأدلة التفصيلية، فإن الأدلة التفصيلية ذاتها لا تستغني عن المقاصد الشرعية؛ إذ تسهم المقاصد في اختيار الدليل التفصيلي المناسب، وفهمه، والاستفادة الصحيحة منه، وربما تعضده وتقوي الاستدلال به. وإذا لم يكن هناك دليل تفصيلي يتناول الواقعة فإن المقاصد تسهم في إنشائه، مع بقائها بعمومها متناولة لهذا الدليل التفصيلي، والحكم المستفاد منه. وهذا الدليل التفصيلي الذي تسهم في إنشائه قد يكون الاستصلاح إن كان المقصد كلياً، وقد يكون القياس إن كان المقصد جزئياً، بحيث يمثل كل منهما الدليل المباشر للحكم، وفق ضوابط وآلية الاستدلال به، وبمثل المقصد حلقة الوصل بينهما وبين الأدلة النقلية التي استند المقصد عليها. فيكون الحكم مستفاداً من القياس أو الاستصلاح، وهما مستفادان من المقصد، والمقصد مستفاد من الكتاب أو السنة أو الإجماع.

بيان ذلك: أن المقصد قد يكون جزئياً، وقد يكون كلياً: فإن كان جزئياً؛ فهذا يعني أن له دليلاً جزئياً، ومن ثم فالحكم مستفاد من ذلك الدليل، أما المقصد فيفيد في فهم ذلك الدليل وتوجيهه، ولكن إذا كانت الواقعة جديدة يتناولها المقصد والحكمة من الحكم دون لفظ الدليل، فهنا نأتي إلى تعدية الحكم إلى هذه الواقعة الجديدة بالحكمة، مع ما يجري في ذلك الخلاف المشهور في حكم التعليل بالحكمة (٣).

(١) تعارض دلالة اللفظ آل سليمان. ج ١ ص ٢٨٥ .

(٢) مقاصد ابن عاشور ، ١٦٤/٣ .

(٣) تعارض دلالة اللفظ والقصد آل سليمان. ج ١ ص ٢٨٦ ..

وعلى القول بجوازه فالحجة أيضا إنما تكون في القياس الذي أنشأته الحكمة والمقصد الجزئي، وليس في ذات الحكمة والمقصد - ومثال الواقعة التي يتناولها لفظ الدليل: قوله صلى الله عليه وسلم: "لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُ الْعَصْرِ إِلَّا فِي بَنِي قُرَيْظَةَ" (١).

والواقعة هي فوات وقت صلاة العصر قبل الوصول إلى بني قريظة. فعندما صلى بعض الصحابة العصر في الطريق، فهموا من القرائن الحالية أنه ليس المقصود من الحديث هو ظاهر اللفظ، وإنما التعجيل، فحرصوا على الإسراع، ولكن لما لم يتمكنوا من الوصول قبل خروج الوقت؛ أدوا الصلاة في وقتها، ومستندهم في ذلك هو ذات الحديث الذي أثر المقصد في فهمه.

ومثال الواقعة التي لا يتناولها لفظ الدليل: قوله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَقْضِيَنَّ حَكْمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ" (٢). هذا الحديث له حكم مستفاد منه، وعلة، وحكمة: فالحكم: هو تحريم القضاء أثناء الغضب. وعلة التحريم: هي الغضب والحكمة والمقصد الجزئي من التحريم: دفع المفسدة المترتبة على تشوش الذهن، وهي عدم استيفاء الحجج فلو حصل للقاضي حادث مروري مروع وهو في طريق عمله، وامتد أثره أثناء العمل، مما جعله مشوش الذهن؛ فهل له أن يفصل بين الخصوم؟ هذه واقعة جديدة يتناولها المقصد والحكمة، دون لفظ الحديث، فيُمنع من القضاء فيها قياساً على الغضبان؛ بجامع تشويش الذهن في كل منهما وما ينتج عنه من مفسدة عدم استيفاء الحجج.

أما إن كان المقصد كلياً، فهذا يُعدُّ من قبيل العموم المعنوي المستند أيضا إلى أدلة متضافرة، ولكنه لا يغني عن الأدلة التفصيلية؛ لأنه من القواعد المقررة: وذلك أن تعريف القرآن الكريم بالأحكام الشرعية أكثره كلياً لا جزئياً، وما كان كلياً لا يسوغ الاكتفاء به في إدراك الأحكام التفصيلية. ، وإذا كان هذا شأن القرآن الكريم فمن باب أولى ما استُفيد منه أو من السنة النبوية من مقاصد كلية. ثم إن العموم

(١) صحيح البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي. ١٥/٢. بَابُ صَلَاةِ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ رَاكِبًا وَإِيمَاءَ رَقْمِ الْحَدِيثِ: ٩٤٦ المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ..

(٢) صحيح البخاري ٦٥/٩. بَابُ: هَلْ يَقْضِي الْقَاضِي أَوْ يُقْتِي وَهُوَ غَضْبَانٌ رَقْمِ الْحَدِيثِ: ٧١٥٨.

والشمول المتحقق في المقاصد الكلية ليست أفراده منحصرة في الأحكام التفصيلية، بل يتجاوزها إلى عملية الاجتهاد برمتها.

ومن الأمثلة التي توضح افتقار المقاصد الكلية إلى الأدلة التفصيلية: أن من مقاصد العبادات: التذلل والخضوع والانقياد لأوامر الله، ولكن لا يمكن أن يتحقق هذا المقصد بدون أدلة تفصيلية تبين أنواع العبادات وأوقاتها وصفاتها... ولو تُرك ذلك للاجتهاد في ضوء المقصد فقط لفات المقصد نفسه. ومن مقاصد العقوبات: الردع والزجر، ولكن لو ساء الاكتفاء به لجاز لقاضٍ أن يحكم بقتل السارق، وبالمثلة بالقاتل بدعوى أن ذلك أبلغ في الردع والزجر! وربما ادّعى آخر أن ردع السارق والقاتل يحصل بما دون القطع والقصاص...! وفي حال تعذر الدليل الشرعي التفصيلي المباشر يلجأ المجتهد إلى توظيف المقاصد الكلية في إنشاء دليل الاستصلاح، بحيث تكون المقاصد الكلية حلقة الوصل بينه وبين عموم الأدلة النقلية، إذ يدرك المجتهد أن شيئاً ما فيه مصلحة، ولا شاهد لها بعينها في الكتاب أو السنة أو الإجماع، ولكنها منسجمة مع المقاصد الكلية التي هي بدورها مستفادة من استقراء عموم الأدلة، فيبني الحكم حينئذٍ على هذه المصلحة التي تشكل المقاصد الكلية الجامع والرابطة بينها وبين الأدلة النقلية. أو بعبارة أخرى: بناءً على ما سبق يكون للحكم دليل تفصيلي، يخضع الاستدلال به إلى ضوابط تحدّد الحكم وتشخصه، وهو الاستصلاح. وله قواعد كلية وأدلة عامة، لا يخرج الحكم عن نطاقها، وهي المقاصد الكلية، وما استندت عليه من النصوص العامة.

وهنا قد يرد إشكال، يتمثل في أن هذه النصوص العامة كثيراً ما يحصل بينها تعارض، فإذا كان أحدهما يبين أن هذه المصلحة مقصودة شرعاً، والآخر ينفىها، فبأيهما نعمل؟ .

والجواب: أن الذي يُعمل به هو ما كان أقرب إلى نطاق المصلحة، فإذا كانت المصلحة تتعلق بالمعاملات مثلاً، وهناك نص عام في المعاملات (كالنصوص التي تمنع مما يؤدي للنزاع)، وآخر في عموم الشريعة (كنصوص التيسير مثلاً)، وبينهما تعارض فيقدم ما في المعاملات. (١).

وقد نبّه الشيخ ابن عاشور إلى هذا فقال: يقصّر بعض العلماء ويتوكل في خضخاض من الأغلاط حين يقتصر في استنباط أحكام الشريعة على اعتصار الألفاظ، ويوجّه رأيه إلى اللفظ مقتنعاً به، فلا يزال

(١) تعارض دلالة اللفظ والقصد آل سليمان. ج ١ ص ٢٩٠.

يقلبه ويُجمله ويأمل أن يستخرج لَبَّهُ، ويُهمَل الاستعانة بما يحفّ بالكلام من حافات القرائن والاصطلاحات والسياق، فلا يتضح له ما يستنبط من العلل والحِكم والمقاصد، وإن أدق مقام في الدلالة وأحوجه إلى الاستعانة عليه مقام التشريع". (١).

ومن هنا أكد العلماء أن فقه مقاصد البيان والتشريع يحقق للمستنبط اقتداراً على ضبط حركة المعنى في النص، فضلاً عن أنه يحقق سبل الاقتناع الفكري والوجداني بما انتهى إليه الاستنباط من النص، وهذا الاقتناع لا يقل أهمية عن فريضة تحرير المعاني التي تنطوي عليها النصوص. (٢). ذلكم أن "تجديد علم الأصول يقتضي منا ألا ننظرَ إلى المقاصد تلك النظرة التي تفصلها عن هذا العلم، وإن اتخذ وسيلة إليها، فكل الأدلة النصية والعقلية تنوَّحَى المقاصد وتهدف إليها، وما تغير الأحكام بتغير الأعراف والزمان والمكان إلا مظهر من مظاهر دوران هذه الأدلة في نطاق المقاصد الشرعية. (٣).

ولعل هذا ما عناه الشيخ ابن بيّه حينما قال " مقصودنا من هذا هو الإشارة إلى أن المقاصد هي أصول الفقه بعينها. ولذلك دعا إلى تفعيل أصول الفقه على ضوء المقاصد في بنيتها، لتوسيع دائرة الاستحسان والاستصلاح واستنباط الأقيسة ومراعاة المآلات والذرائع....

وبما قدمنا نكون قد رمينا نظرية استقلال المقاصد عن أصول الفقه بالفند ، وأبنا الاندماج بينهما اندماج الروح في الجسد والمعدود في العدد فإن لا يَكُنْهَا أَوْ تَكُنْهُ فَإِنَّهُ ...أَخُوهَا عَدْتُهُ أُمُّهُ بِلِبَانِهَا

والقول الفصل: إن للمقاصد أصولاً كبرى فوق علم الأصول، وأصولاً عامة مشتبكة بمباحث الأصول، وأخرى أخص من ذلك إلا أنها في خدمتها مفصلة لها مبينة تارة ومكملة تارة أخرى. فمنظومة الشريعة لا يعزب عنا حكم، ولا تغيب عنها حكمة". (٤).

(١) انظر مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور تحقيق محمد الطاهر الميساوي (د.م: البصائر، ط: ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، ص ١٣٥-١٣٦.

(٢) سبل الاستنباط من الكتاب والسنة دراسة بيانية ناقدة الدكتور محمود توفيق سعد ص: ٢٥، ط الأمانة ١٤١٣هـ /١٩٩٢م.

(٣) نحو منهج جديد لدراسة علم أصول الفقه؛ د/ محمد الدسوقي، ، ص: ١٤٥.

(٤) علاقة مقاصد الشريعة بأصول الفقه الشيخ عبد الله بن بيّه، ص: ١٣١/١٣٤/١٣٣. ١٣٧. مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، مركز دراسات مقاصد الشريعة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.

وهذا يعني أنه بمراعاة مقاصد الشارع يمكن تفادي الغلو الذي يقع بعض الباحثين في شراكه إذ لا يكادون يحملون النص إلا على المعنى الذي يناسب طائفة واحدة ولا يمكن عمومه للأزمان والبقاع والمكلفين. ومن هذا القبيل ما ذهب إليه ابن حزم ومن وافقه من أن عروض التجارة لا زكاة فيها وإن بلغت قيمتها الألوفا وألوف الألوفا. فأفت هذا الرأي أتت من إهماله مقاصد الشرع من أحكام الزكاة، واقتصره على حروف النصوص، دون التفات إلى النصوص العامة ومقصد الشارع من أحكام الزكوات. (١).

والحاصل: أن مباحث مقاصد الشريعة تعتبر من النهايات التي تفضي إليها جهود المتشرعين ونظار الفقهاء حيث يكمن الصهر على صيانة الشريعة وحفظها من الانزواء والانكماش والجمود ودفع الإبطال والتحريف لها وفض أنواع التلاعب بها ممن هيوؤوا لذلك بما جعل الله لهم فيها من أسباب الحفظ لها بما يرثه نظارها والعالمون بها خلفا عن سلف كما صرح بذلك الإمام الشاطبي وهو يتحدث عن النظر الخاص الناتج عن التقوى فقال: "قَالَ مَالِكُ: "من شأن ابن آدم أن لا يَعْلَمَ ثُمَّ يَعْلَمَ، أَمَا سَمِعْتَ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى: {إِنْ تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَلْ لَكُمْ فُرْقَانًا} [الأنفال: ٢٩] وَقَالَ أَيْضًا: "إِنَّ الْحِكْمَةَ مَسْحَهُ مَلَكٌ عَلَى قَلْبِ الْعَبْدِ". وقال أَيْضًا: "الْحِكْمَةُ نُورٌ يَقْذِفُهُ اللَّهُ فِي قَلْبِ الْعَبْدِ". وَقَالَ: "أَيْضًا يَقْعُ بِقَلْبِي أَنَّ الْحِكْمَةَ الْفِقْهُ فِي دِينِ اللَّهِ، وَأَمْرٌ يُدْخِلُهُ اللَّهُ الْقُلُوبَ مِنْ رَحْمَتِهِ وَفَضْلِهِ". (٢).

وآخر دعونا ان الحمد لله رب العالمين

(١) الاجتهاد في الشريعة الاسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر د/يوسف القرضاوي ص:٤٦-٤٧. دار القلم الكويت ط ٢- ١٤١٠ خ/١٩٨٩م.
(٢) الموافقات للشاطبي. ٢٤/٥.

إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه

إعداد

د. خالد السيارى

لمؤتمر أيوفي الدولي الخامس عشر للهيئات الشرعية

في البحرين ١٢، ١٣ إبريل ٢٠١٧م

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث

موضوع هذا البحث في إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه. وهدفه جمع واستقراء وتحليل تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية؛ لاستخلاص ضوابط لإعادة التمويل؛ تحدد ما يجتريز به من المحظور الشرعي، وتساعد في تقديم بدائل مباحة.

انتهى البحث إلى مفهوم لإعادة التمويل؛ بأنه إحلال دين محل دين آخر مع الدائن نفسه أو مع غيره أو مع غير المدين. كما انتهى إلى أن التخريج الفقهي لإعادة التمويل جاء على آراء منها: أنه من قبيل التعامل بالديون التي يجب (عند التصرف فيها) الالتزام بالضوابط الشرعية للديون، وبعض الآراء على أن بعض تطبيقات إعادة التمويل من المعاملات المباحة، والمخارج المشروعة.

حاول البحث تحرير الخلاف في بعض صور إعادة التمويل، وعلاقتها بقلب الدين، وانتهى إلى أن الإجماع في قلب الدين هو تحريم قلب الدين على المعسر المكروه، وأما المعسر المختار أو المدين الموسر، فالخلاف فيه محفوظ، والجواز جار على أصول مذهب الحنفية والشافعية وقواعدهم في العقود والشروط، والمنع جار على أصول مذهب المالكية والحنابلة وقواعدهم سد الذرائع ومنع الحيل. والموجب لهذا التحرير كون المقام مقام بحث ونقاش، لا مقام فتوى وقرار.

ويرى البحث أن تعليق الحكم بضوابطه أولى من تعليقه بصوره التي لا تتناهى، وتطبيقا لذلك فقد انتهى البحث إلى أن الأصل في حكم إعادة التمويل هو الصحة والجواز مع مراعاة ضوابط إعادة التمويل، ومن أبرزها: ألا يكون ذريعة لبيع الدين للمدين بأكثر من جنسه مؤجلا، وألا تشتمل المعاملة على شرط يؤول إلى ربا أو غرر، وألا يكون من بيع الدين لغير المدين إلا بشروطه، وأن تكون إعادة التمويل بعقد شرعي بضوابطه، وأن يوافق الدائن على اختلاف المدين في إعادة التمويل، وأن إعادة التمويل إذا كانت بترتيب من الدائن، فيجب أن يكون الممول الجديد مستقلا، وألا يلتزم الدائن بسداد دين الممول الجديد، وألا يتبادل الدائن مع الممول عملية إعادة التمويل.

وقد استخلص البحث هذه الضوابط بعد التأمل في حقيقة إعادة التمويل وأحكامها، والاجتهادات الجماعية الصادرة بهذا الشأن، واجتهادات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية لعدد من تطبيقات إعادة التمويل المعاصرة، التي استعرض البحث منها نحو ثلاثين تطبيقاً.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

يعد منتج إعادة التمويل من المنتجات التمويلية الشائعة في الصناعة المالية التقليدية، التي أمكن إيجاد بدائل شرعية لها، وانتشرت تالياً في المؤسسات المالية الإسلامية. ونظراً إلى شيوع تلك التطبيقات، وتوسع الممارسات، واختلاف الاجتهادات فيها، مع غياب اجتهاد جماعي مفصل يضبط حدوده، ويبيّن أحكامه، ويجمع تطبيقاته، ويستخلص ضوابطه، ويحدد محترزاته؛ ظهرت الحاجة إلى ذلك، والتمهيد له بتقديم مزيد من الدراسات فيه.

ورغم صدور عدد من قرارات الجامع الفقهي بشأن بيع الدين كان آخرها عام (١٤٢٧-٢٠٠٦)، وتناولها لبعض تطبيقات إعادة التمويل؛ إلا أن الحاجة لا تزال قائمة لاجتهاد جماعي يفصل أحكام تلك التطبيقات بضبط المحترزات من المحذور الشرعي، وتقديم بدائل مباحة، تحقق المقصود وتسد الحاجة.

واستشعاراً بأهمية ذلك، عقدت بعد صدور هذه القرارات، بعض المؤتمرات والندوات لمعالجة الموضوع؛ منها المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية في الكويت، بشأن: قلب الدين صورته وأحكامه وبدائله الشرعية، عام (١٤٣٣-٢٠١١)، والندوة الفقهيّة العاشرة لملتقى علماء الشريعة الدولي في ماليزيا، بشأن قلب الدين، عام (١٤٣٦-٢٠١٥). ويأتي هذا المؤتمر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية رافداً ومكملاً لذلك، وقد كتبت هذا البحث بناءً على طلب كريم من الأمانة العامة.

سيقتصر البحث على تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية في إعادة التمويل مع الدائن أو غيره أو غير المدين، دون المقترحات النظرية التي جاءت في بعض القرارات والدراسات والأبحاث بوصفها بدائل قد يتعدّر تطبيقها في أغلب الأحوال. كما سينطلق البحث من كون الصيغة المستخدمة في إعادة التمويل، صيغة مداينة مباحة شرعاً، ومتوافقة مع قرارات الجامع الفقهي، والمعايير الشرعية.

وسيكتفي الباحث بما صدر فيه اجتهاد جماعي سابق، ولاسيما من المجلس الشرعي في مسائل البحث؛ اقتصاداً في الكتابة، واختصاراً للبحث، وتركيزاً على الموضوع محل المناقشة؛ لئلا يذهب النقاش إلى نقاط محسومة أو غير مقصودة. مع عدم الحرص على إبداء الرأي والترجيح في كل موطن، إذ ليس ذلك من

غرض البحث، فليس المقام مما يحمد فيه إقدام الجسور، وإنما سلوك سبيل المؤمن الحذور. ويمكن إيجاز مشكلة البحث بالتوضيح بأن (إعادة التمويل) من الألفاظ المشتركة التي لها أكثر من معنى، سواء في المفهوم الفني والمراجع المتخصصة، أو في التطبيقات المالية والممارسة العملية. كما يتجاوزها أكثر من حكم فقهي، كبيع الديون، والشروط في البيع؛ ما يجعلها تندرج تحت قواعد ربا البيوع و ربا الديون والغرر، فضلا عن رعاية المقاصد وسد الذرائع وباب الحيل الفقهية. ويقترح الباحث تبني إحدى الجهات العلمية عقد حلق نقاش، أو ورش عمل، تجمع المختصين والممارسين والمهتمين؛ لإنضاج موضوع إعادة التمويل، وجمع صوره وممارساته في المؤسسات المالية الإسلامية؛ تمهيدا لعرضه على جهات الاجتهاد الجماعي، وإصدار قرار من مجمع الفقه الإسلامي، أو معيار شرعي من المجلس الشرعي.

وقد انتظم البحث في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: حقيقة إعادة التمويل.

المبحث الثاني: أحكام إعادة التمويل.

المبحث الثالث: تطبيقات إعادة التمويل.

خاتمة في ضوابط إعادة التمويل.

ومع قناعة الباحث بأن ما بذله من جهد لا يستحق النشر، إلا أن حسبه إعداد الورقة في حدود القدرة والطاقة، مستعينا في سبيل ذلك بعد الله سبحانه وتعالى، بالتخصص الفقهي، والممارسة العملية في بعض المؤسسات المالية الإسلامية. وقد دفعته الرغبة في اطلاع العلماء والأشياخ والخبراء والمختصين، لنقد الورقة وتقويمها؛ إنضاجا للموضوع¹.

والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل.

¹ الورقة مقدمة للمؤتمر، ويتوقف الباحث في تعميم نشرها بحسب ما يصله من مراجعات الخبراء على البريد Khalid@sayari.sa، مع

ذكر أسيم من يتفضل بتقويم الورقة، عند إعادة النشر؛ فمن الأمانة وبركة العلم نسبته لأهله.



المبحث الأول: حقيقة إعادة التمويل.

المطلب الأول: التعريف بإعادة التمويل:

بعد اطلاع الباحث على عدد من التعريفات لمصطلح (إعادة التمويل) في المراجع الفنية والمعاجم المتخصصة، وبعد النظر والتأمل فيها، ومقارنتها بما وقف عليه من الممارسات العملية وتطبيقات المؤسسات المالية، ومعاينة الموافقات الائتمانية، واتفاقيات التسهيلات، وعقود التمويل التي استخدمت مصطلح إعادة التمويل (Refinance)؛ ظهر للباحث أن مدلولها يجتمع في أنها تعديل في الدين، وهي تعود في الجملة إلى ثلاث صور:

اختلاف الدين.

اختلاف الدائن.

اختلاف المدين.

الصورة الأولى: اختلاف الدين أجلا أو قدرا أو كليهما مع بقاء الدائن والمدين أنفسهما.

وعلى هذا جرى استعمال مؤسسة النقد العربي السعودي لمفهوم (إعادة التمويل) في ضوابط التمويل الاستهلاكي.

ومن التعريفات التي وقف عليها الباحث تحت هذه الصورة:

سداد تمويل قائم من مبلغ تمويل جديد ممنوح لمستفيد^١.

إعادة دفع بعض القرض أو كله، بالحصول على قرض جديد أقل فائدة غالبا^٢.

إحلال دين محل دين آخر^٣.

تسوية دين تمويل قائم وإبداله بتمويل جديد بشروط جديدة^٤.

^١ ضوابط التمويل الاستهلاكي، مؤسسة النقد العربي السعودي، ص ٥.

^٢ معجم أكسفورد ص ٥١٠ مصطلح (Refinance).

^٣ قاموس أركايبنا للعلوم المصرفية والمالية ص ٦٩٠ مصطلح (إعادة التمويل).

^٤ موقع موسوعة الاستثمار، مصطلح (Refinance).

إبدال دين قائم بدين جديد بشروط مختلفة^١.

إعادة النظر في جدول دفع أقساط دين؛ لتخفيض مبالغ الأقساط الشهرية عادة، ولتعديل مصاريف الفائدة المحتملة غالباً^٢.

التوسع في التمويل القائم أو الحصول على أموال جديدة^٣.

أن يتقدم مدين إلى مصرف ليسدد عنه أو يموله ليتمكن من سداد دينه القائم لدى المصرف^٤.
ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها توجهت لاختلاف الدين، وقد لا يمنع بعضها من شموله فيما يبدو لإعادة تمويله سواء مع الدائن نفسه أو مع دائن آخر.

الصورة الثانية: اختلاف الدائن؛ كالتوريق (بيع المحافظ وتصكيكها)^٥، وتداول الصكوك، ومناقلة ديون التمويل، وإصدار صكوك جديدة لإطفاء صكوك قائمة.
وعلى هذا جرى استعمال مؤسسة النقد العربي السعودي لمفهوم (إعادة التمويل) في نظام التمويل العقاري ولائحته التنفيذية^٦.

ومن التعريفات التي وقف عليها الباحث تحت هذه الصورة:

مصدر تمويل يلجأ إليه البنك بعد رأس ماله وودائع عملائه، لإعادة تشكيل سيولته المتأثرة بالتمويلات التي منحها^٧.

استرداد الصكوك من السوق بإصدار صكوك جديدة، واستخدام عوائدها في سداد الصكوك السابقة،

^١ موقع الموسوعة الحرة، مصطلح (Refinance).

^٢ معجم أبو غزالة للمحاسبة والأعمال، ص ٣٥١ مصطلح (إعادة التمويل).

^٣ معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، ص ٢٤٧ مصطلح (إعادة التمويل).

^٤ إعادة التمويل وشروطه في المصارف الإسلامية ص ٢٤.

^٥ ينطوي إصدار الصكوك على إعادة التمويل إذا كان الغرض منها إطفاء صكوك قائمة، أو كان الإصدار تصكيكا لحفظه تمويل قائمة.

^٦ نظام التمويل العقاري المدة (١١)، اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري المواد (٨، ١٧-٢٨)، اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة

شركات التمويل، المادة (٦٧).

^٧ تقنيات البنوك ص ٢١٩، إعادة التمويل الرهني ص ٣.

وذلك لتخفيض العائد أو تمديد أجل الاستحقاق أو كليهما^١.

وقد أعلن أخيرا التنسيق بين مؤسسة النقد العربي السعودي ووزارة الإسكان لإنشاء الشركة السعودية لإعادة التمويل العقاري. ويطلق على هذا النشاط في بعض دول المغرب العربي، نشاط إعادة التمويل الرهنى.

ولا يظهر دخول بعض تطبيقات التعامل بالديون في إعادة التمويل المقصودة هنا، حتى لو اختلف فيها الدائن؛ كحسم الأوراق التجارية، وشراء الفواتير (الفاكتورنج)، وذلك لأن الدين الأول غالبا ما ينشأ عن معاملة تجارية وليس عن تمويل وائتمان. ولذلك لم يتناولها الباحث في هذه الورقة.

الصورة الثالثة: اختلاف المدين، كتنازل العميل عن عقد التمويل.

وقد يشمل اختلاف الدائن أو المدين اختلافا في الدين أيضا في حق أحدهما.

^١ قاموس أركايبنا للعلوم المصرفية والمالية ص ٦٩٠، معجم المحاسبة والأعمال، طلال أبو غزالة ص ٣٥١، مصطلح (إعادة التمويل).

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بمصطلح إعادة التمويل:

لإعادة التمويل جملة من المصطلحات ذات الصلة بها، بعضها يدخل في صور إعادة التمويل، وبعضها يشبه فكرته، وهذا تعريف موجز بأبرزها:

إعادة هيكله الديون: تنظيم ديون المنشأة بحكم القانون بإعادة النظر في قدرها ونوعها وأجلها بالاتفاق مع الدائنين، وعادة ما يكون ذلك للشركات التي تتعرض لظروف مالية قاهرة^١.

إعادة جدولة الدين: تعديل مواعيد تاريخ استحقاق دين قائم^٢، أو هي تعديل في اتفاق الدين وشروطه سواء أكان التعديل لزمحل الدين أم أقساطه أم عمولته أم مقداره أم كيفية سداده^٣.

إعادة الشراء: شراء أصول مالية قابلة للتسييل مع الالتزام ببيعها لمن اشترت منه بثمن أعلى في أجل لاحق، وهو ما يسمى (الريبو والريبو العكسي)^٤، ولهذا اللفظ اصطلاح شرعي بأنه: "بيع عين أو منفعة ثم شراء البائع لها ممن اشترها أو من غيره، ممن انتقل إليه ملكها بأي طريق من طرق التملك"^٥.

إعادة التأمين: إسناد شركات التأمين جزء من محافظها التأمينية لشركة إعادة التأمين للحد من تعرضها للخسائر؛ حتى تتمكن من زيادة قدرتها التأمينية^٦.

إعادة الخصم: أو إعادة الحسم، أو إعادة القسط؛ هي حسم البنك (عند حاجته إلى السيولة) الورقة التجارية التي سبق حسمها من العميل، وذلك بتقديمها إلى البنك المركزي أو بنك تجاري^٧.

إعادة الاستثمار: عدم توزيع أرباح أصل معين باستثمارها مرة أخرى (رسملة الأرباح). كما قد تستخدم بما يشابه كلفة الأموال، فقد استخدمتها مؤسسة النقد العربي السعودي في بعض أنظمتها بالألا يستحق

^١ قاموس أركايبنا للعلوم المصرفية والمالية ص ٢٥٥، ٧٠٠، إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام ص ١١.

^٢ قاموس أركايبنا للعلوم المصرفية والمالية ص ٦٩٧.

^٣ المماثلة في الديون ص ٥٢٠.

^٤ قاموس أركايبنا للعلوم المصرفية والمالية ص ٦٩٥ و ٦٩٦ و ٧٠٥، أدوات إدارة مخاطر السيولة ص ٤ و ١١.

^٥ المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨) بشأن إعادة الشراء.

^٦ قاموس أركايبنا للعلوم المصرفية والمالية ص ٦٩٢، ويقارن مع المعايير الشرعية، معيار إعادة التأمين الإسلامي.

^٧ تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص ٢٨٢، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢١١، السياسة النقدية بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي ص ١٩٥.

الممول (عند السداد المبكر) من الأرباح المتبقية للتمويل إلا قدرا محددًا^١.

حوالة الحق وحوالة الدين: هذا استعمال قانوني يفرق فيه بين تحويل ديون الدائن، وتحويل ديون المدين،. فيطلق القانون على معاملة تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر "حوالة حق"، بينما يطلق على تحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر "حوالة دين"، والأخير هو المقصود بالحوالة في الفقه، بينما الأول (حوالة الحق) يدخل في تصرف الدائن بالدين ببيعه أو هبته أو رهنه^٢.

^١ اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل مادة ١/٨٤/أ، واللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي مادة ١/١١.

^٢ الوسيط في شرح القانون المدني ٣/٤١٣-٤٣٧، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص ٧٨-٨١، المعايير الشرعية، معيار الحوالة بند ١ و٢.

المطلب الثالث: المصطلحات ذات الصلة بموضوع البحث:

ترد في صور إعادة التمويل وأنواعه ومسائله جملة من المصطلحات التي لها فروق فنية وشرعية؛ تترتب عليها آثار مختلفة؛ ما يحسن معها التمييز بينها، وفيما يأتي تعريف موجز بأبرز تلك المصطلحات:

المعسر: غير القادر على أداء ما عليه من دين حال؛ لانعدام ماله أو ضيق حاله^١.

الموسر: القادر على أداء ما عليه من دين^٢.

المفلس: الذي يكون دينه الحال أكثر من أمواله^٣.

المتأخر: الذي لم يؤد الدين المستحق بعذر أو من دون عذر^٤.

المماطل: الذي لم يؤد الدين المستحق بلا عذر^٥.

المتعثر: غير القادر على أداء ما عليه من دين؛ لشح في السيولة. وهو مفهوم قانوني خاص بالمنشآت، ويقترّب من معنى المعسر والمفلس^٦. وفي بعض التنظيمات تطلقه على الفرد المتأخر عن سداد ثلاثة أقساط^٧.

^١ معجم لغة الفقهاء ص ٥٧، قرار مجمع الفقه الدولي بشأن البيع بالتقسيط في جدة الدورة ٧ في ١٩٩٢، وقرار مجمع الفقه الدولي بشأن الإفلاس والإعسار والجزائر الدورة ٢٠ في ٢٠١٢، دراسات المعايير الشرعية ٢٢٦/١، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٣٢٧، إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام ص ٤، المماطلة في الديون ص ٢٢٣.

^٢ إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام ص ٥، المماطلة في الديون ص ٨٣-٨٨.

^٣ معجم لغة الفقهاء ص ٦٢، قرار مجمع الفقه الدولي بشأن أحكام الإفلاس والإعسار والجزائر الدورة ٢٠ في ٢٠١٢، دراسات المعايير الشرعية ٢٢٦/١، إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام ص ٢، المماطلة في الديون ص ٢٢٤.

^٤ معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، ص ٩٩، المماطلة في الديون ص ٥٩.

^٥ معجم لغة الفقهاء ص ٤٠٦، دراسات المعايير الشرعية ٢٢٥/١، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٣٣٣، المماطلة في الديون ص ٥٩.

^٦ إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام ص ٧-١١.

^٧ ضوابط التمويل الاستهلاكي، مؤسسة النقد العربي السعودي، ص ٤.

المطلب الرابع: أسباب إعادة التمويل.

يحتاج المتمول أو الممول لإعادة التمويل؛ لأسباب عديدة مختلفة، يمكن إجمالها بحسب الممارسة والتطبيق فيما يأتي:

عدم قدرة المتمول على الالتزام بتواريخ استحقاق دين التمويل، بسبب تأثر مصادر سداده بالانخفاض أو الانعدام، واضطراره لتمديد أجل الاستحقاق، وتخفيض قدر الأقساط؛ لأسباب نظامية، مثل منع الجهة الإشرافية تجاوز نسبة استقطاع معينة من دخل العميل.

رغبة المتمول في الحصول على عائد تمويلي منخفض، بسبب انخفاض مؤشرات التمويل في السوق.

رغبة المتمول في خدمات ومزايا أفضل بسبب التنافس بين الممولين.

رغبة المتمول في تمويل إضافي بسبب توسع قدرته الائتمانية إما بزيادة دخله، أو بزيادة قيمة أصله المرهون؛ إذا كان الرهن مؤثرا في منح الائتمان.

رغبة المتمول في دمج الديون؛ لأسباب ائتمانية وقانونية.

رغبة الممول في التخلص من الديون لتعزيز قدرته الائتمانية.

المبحث الثاني: أحكام إعادة التمويل:

المطلب الأول: إعادة التمويل مع الدائن:

توطئة:

لإعادة تمويل العميل المدين مع الدائن نفسه صور عديدة جدا كما سيأتي في المبحث الثالث، وهي صور لا تنتهي لكون ذلك مما يتبع حاجات الناس ومصالحهم من مؤسسات وعملاء، وما يحدثونه من معاملات. ولذا كان تعليق الحكم بضوابطه أوفق من تعليقه بصورة، وهذا ما حاول البحث الوصول إليه في نتائجه.

ولما كانت أكثر الممارسات قديما وحديثا تعود إلى صور محددة، ناسب في هذا المبحث اقتصار بيان الحكم عليها، وتأجيل الإشارة إلى أحكام بقية الصور في مبحث التطبيقات.

إن أكثر صور إعادة التمويل مع الدائن تعود في الجملة إلى صورتين:

أن يبيع الدائن للمدين أصلا بالأجل، ثم يبيعه المدين في السوق بثمن حال، ثم يسدد بالثمن دينه القائم. أن يسلم الدائن للمدين نقدا في أصل موصوف في الذمة إلى أجل، ثم يسدد المدين بالنقد دينه القائم. وقد يتعذر الوقوف على حكم هذه الصور من كلام نص عليه متقدمو الفقهاء صراحة؛ مما يجعل نسبة الأقوال محل اجتهاد، وقد ظهر ذلك في عدد من الكتابات التي تناولت الموضوع. فالدين القائم ليس محلا للعقد الجديد لا ثمنا ولا مثمنا؛ فلا ينطبق عليه حينئذ كلام الفقهاء من كل وجه في:

بيع الدين للمدين بأكثر من جنسه مؤجلا، وهو ربا الجاهلية.

وجعل الدين رأس مال سلم، وهو ممنوع باتفاق المذاهب الأربعة^١.

ما يصعب معه نسبة الأحكام في هذه الصور إليهم؛ إلا تخريجا على أصول كل مذهب وقواعده. فهو حينئذ من تخريج الفروع على الفروع، ومن إلحاق الشيء بنظيره.

قال الشيخ المحقق د. علي الندوي: "بعد إجمالة النظر في مظان البحث من مراجع الفقه لم أظفر بنص فقهي يتطرق إلى ذكر هذه الصورة بعينها، وإنما توجد صورة في كلام المالكية تقترب من الصورة المذكورة"^٢.

^١ المغني ٦/٤١٠.

^٢ قلب الدين على المدين ص ٥.

ويجري على هذه التعامل قواعد الفقهاء في ربا البيوع والغرر، وقد يصنفها بعض الفقهاء في باب الذرائع والحيل، فيجري عليها قواعد ربا الديون، والفقهاء متفاوتون في ذلك بين مضيق وموسع. والذي وقفت عليه من عامة كلام الفقهاء تناول هذه المسائل في أبواب الغرر و ربا البيوع، بينما تناولها المالكية ومتأخرو الحنابلة في باب ربا الديون، ولعل هذا بناء على أصلهم في سد الذرائع، ومنع الحيل. وإن مما يعين على تحرير نسبة الأقوال إلى أصحابها أو التخريج عليها، ولاسيما عند احتمال النصوص؛ النظر لما يليق بأصلهم في العقود، وقاعدة الشروط، وأثر الألفاظ والمعاني وقصود العاقدين، مع الاستئناس بالنظائر الفقهية في ذلك.

ولغرض الإيجاز، سأكتفي بتحرير الصورة الأولى وبيانها وهي: (بيع الدائن للمدين أصلاً بالأجل، ثم يبيعه المدين في السوق بثمن حال يسدد به دينه القائم) لكونها ألصق الصور بتطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية.

إن أبرز ما يخرج هذه الصورة عن الإباحة كما هو الأصل في المعاملات؛ هو تخريجها على (الذريعة) إلى بيع الدين للمدين بأكثر من جنسه مؤجلاً. بينما يرى آخرون أنها معاملة مباحة ومخرج مشروع؛ ولذا ناسب تناول هذه المسألة بشيء من التفصيل في ضوء النقاط الآتية:

التعريف بالمعاملة.

تأخير الدين مع الزيادة فيه.

في الذرائع والحيل.

سداد الدين القائم بمعاملة مباحة.

الفرع الأول: التعريف بالمعاملة:

المسألة الأولى: تعريف المعاملة:

هي "إحلال دين جديد مؤخر محل دين سابق التقرر في الذمة بعد حلول أجله، سواء أكان من غير جنسه أم من جنسه مع زيادة في القدر أو الصفة"^١، أو "تصيير الدين على المدين ديناً آخر من جنسه أكثر منه أو من غير جنسه"^٢، أو "تحويل الدين الثابت في الذمة إلى دين أكثر منه مقابل الزيادة في الأجل"^٣.

المسألة الثانية: لقب المعاملة:

تدخل هذه المعاملة في عموم بيع الدين، ولكن لما كان لبيع الدين للمدين معنى خاص؛ لاحتمال ما يترتب عليه من ربا الديون، لقبها الفقهاء باسم خاص؛ فيسميها فقهاء الحنفية والشافعية (الاستبدال)^٤، ويسميها فقهاء المالكية (فسخ الدين)^٥ أو (تبديل الدين)^٦، ويسميها فقهاء الحنابلة (قلب الدين)^٧، ويسميها بعض المتأخرين (التصحيح)^٨.

قال الشيخ د.علي الندوي في بحث كتبه عام ١٩٩٩م: "قلب الدين تعبير جديد جرى على لسان الإمام ابن تيمية، إذ لم يسبق إيراده في كتب الفقه، إلا أن المالكية وضعوا اصطلاح فسخ الدين بالدين، وتدرج تحته صورة قلب الدين"^٩.

^١ قرارات مؤتمر شورى الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية ص ١٣.

^٢ بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة ١/١١٠.

^٣ قلب الدين دراسة تأصيلية تطبيقية ص ٢.

^٤ بدائع الصنائع ٥/٢١٤، المجموع ٩/٢٧٥: "الاستبدال وهو بيع الدين ممن هو عليه"، نهاية المحتاج ٤/٩٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣٠: "أما بيعه لمن هو عليه، فهو الاستبدال"، دراسات في أصول المدائيات ص ١٣٩، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي ١/١٠٨، مقابلة الدين بالدين ص ٢٥٢.

^٥ الشرح الصغير مع بلغة السالك ٣/٩٦.

^٦ الذخيرة ٩/٢٥٠.

^٧ الفتاوى لابن تيمية ٢٨/٧٤ و ٢٩/٤١٩ و ٤٣٨، الطرق الحكمية ٢/٦٣٣، كشاف القناع ٧/٣٨٢.

^٨ الفواكه العديدة في الوسائل المفيدة لابن منقور ١/١٩٠، مجموعة الرسائل والمسائل النجدية ١/١٣، الدرر السنية في الأجوبة النجدية ١١٥/٦ و ١١٧ و ١١٩ و ١٩٣؛ ١٤/٢٣٤، مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين (ت ١٢٨٢هـ) ص ١٣٧ و ٢٤٦، فتاوى ورسائل ابن إبراهيم ٧/٥٩ و ١٩٨، فتاوى ابن باز ٣٠/٣١٤.

^٩ قلب الدين على المدين ص ٢، عام ١٩٩٩م-١٤٢٠هـ.

ويبدو أن ابن تيمية هو من أشهر هذا المصطلح وأبرزه، وتابعه عليه من جاء بعده من متأخري الحنابلة، وإلا فقد استعمله ابن المنذر (ت ٣١٨هـ) قبله بقوله: "أجمع أهل العلم أن الدين بالدين لا يجوز، فمن ذلك: أن يسلف الرجل للرجل في طعام، فيحل عليه، ليجعله عليه سلفا في طعام آخر أكثر منه، أو يبيعه ذلك الطعام الذي في ذمته بدنانير إلى وقت ثان، فهذا دين انقلب إلى دين مثله"^١. وقال الشيخ الصديق الضرير: "فسخ الدين... هذه العبارة وردت في كتب المالكية كثيرا، ولم أقف عليها عند غيرهم"^٢، وسمي بذلك "لأن ما في ذمة المدين من الدين الأول قد فسخ بالتزام المدين الدين الثاني بدله"^٣.

^١ الإشراف على مذاهب العلماء ٤٤/٦.

^٢ فسخ الدين بالدين ص ٢.

^٣ العزلا وأثره في العقود ص ٣١٢، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ١٩٥.

الفرع الثاني: تأخير الدين مع الزيادة فيه:

وهذا ربا الجاهلية المجمع على تحريمه بنص القرآن، ويدخل فيه كما تقدم بيع الدين للمدين بأكثر من جنسه مؤجلا، ولا يقول فقيهه بجوازه، حتى قال فيه ابن القيم: "متى استحل المرابي قلب الدين، وقال للمدين: إما أن تقضي، وإما أن تزيد في الدين والمدة: فهو كافر، يجب أن يستتاب، فإن تاب وإلا قتل"^١. ويدخل في هذا جدولة الديون، وغرامات التأخير في المؤسسات المالية التقليدية، ولا تقول هيئة شرعية لمؤسسة مالية إسلامية بجواز زيادة للدائن مقابل محض التأخير^٢.

جاء في قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي: "من صور بيع الدين غير الجائزة: بيع الدين للمدين بثمان مؤجل أكثر من مقدار الدين؛ لأنه صورة من صور الربا، وهو ممنوع شرعا، وهو ما يطلق عليه (جدولة الدين)"^٣.

وجاء في المعيار الشرعي للمراجعة بند ٧/٥ و ٨/٥: "لا يجوز تأجيل موعد أداء الدين مقابل زيادة في مقداره (جدولة الدين) سواء كان المدين موسرا أم معسرا. إذا وقعت المماطلة من العميل المدين بالأقساط فإن المستحق هو مبلغ الدين فقط، ولا يجوز للمؤسسة أن تلزم العميل بأداء أي زيادة لصالحها". ورغم وضوح هذا الحكم وجلائه لكل مسلم لكونه من المعلوم بالدين بالضرورة، إلا أن إفراده بالذكر لغرض تمييزه عن حكم سداد الدين القائم بمعاملة مباحة، وهي محل البحث.

الفرع الثالث: في الذرائع والحيل.

ليس الغرض من عقد هذا الفرع التعريف بالذرائع والحيل والتفصيل في أحوالها وأقسامها وأحكامها، وإنما الغرض الإشارة إلى موقف المذاهب الفقهية في الجملة، وذلك بقدر ما يسمح به المقام، ويقتضيه الحال، ويحتاج إليه البحث.

إن أكثر من يمنع بعض المعاملات سدا لذريعة الربا ومنعا للحيلة فيها المالكية والحنابلة؛ فهم أشد المذاهب

^١ الطرق الحكمية ٦٣٣/٢.

^٢ اختلاف اجتهادات فقهية بجواز اشتراط التزام المتأخر بالتصدق، أو إلزامه بتعويض الدائن عن الضرر بضوابط ليس هذا محل بسطه. ينظر: المعايير الشرعية، معيار المدين المماطل، دراسات المعايير الشرعية ٢٠٩/١-٣٤٤، المماطلة في الديون ص ٣٥٧-٤٣٠ و ٥١٢-

٥١٩ و ٥٢٧ و ٥٤١.

^٣ قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي الدورة ١٦ عام ٢٠٠٢ بشأن موضوع بيع الدين.

في هذا الباب من الحنفية والشافعية؛ جاء في المغني: "الحيل كلها محرمة، غير جائزة في شيء من الدين، وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق، ونحو ذلك... وبهذا قال مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: ذلك كله وأشباهه جائز، إذا لم يكن مشروطا في العقد"^١.

وقال السرخسي: "ما يتخلص به الرجل من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن، وإنما يكره ذلك أن يحتال في حق لرجل حتى يبطله، أو في باطل حتى يمويه، أو في حق حتى يدخل فيه شبهة، فما كان على هذا السبيل فهو مكروه، وما كان على السبيل الذي قلنا أولا فلا بأس به"^٢.

وقال الشافعي: "أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما؛ لأنه قد لا يقتل به ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا ولا أفسد البيع إذا باعه إياه؛ لأنه باعه حلالا، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا"^٣.

وقال الشاطبي: "الذرائع حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه؛ لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"^٤، وقال: "قاعدة الحيل، فإن حقيقتها المشهورة تقدم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع"^٥.

وجاء في الفواكه العديدة: "وأما عند الحنابلة، فالذي مشى عليه الإمام أحمد سد باب الحيل"^٦. ويمكن الإفادة من هذه النقول أن المالكية والحنابلة من أشد المذاهب في باب الربا، خلافا للحنفية والشافعية فهم أشد المذاهب في باب الغرر.

^١ المغني ١١٦/٦.

^٢ المسبوط ٢١٠/٣٠.

^٣ الأم ٧٥/٣.

^٤ الموافقات ١٨٢/٥.

^٥ الموافقات ١٨٧/٥.

^٦ الفواكه العديدة ٢٢٤/١.

قال ابن تيمية: "أصول مالك في البيوع أجود من أصول غيره، فإنه أخذ ذلك عن سعيد بن المسيب الذي كان يقال هو أفقه الناس في البيوع... ولهذا كان أحمد موافقا له في الأغلب؛ فإنهما يجرمان الربا ويشددان فيه حق التشديد... ففي الجملة: أهل المدينة وفقهاء الحديث مانعون من أنواع الربا منعا محكما، مراعين لمقصود الشريعة وأصولها، وقولهم في ذلك هو الذي يؤثر مثله عن الصحابة، وتدل عليه معاني الكتاب والسنة. وأما الغرر: فأشد الناس فيه قولاً: أبو حنيفة والشافعي. أما الشافعي: فإنه يدخل في هذا الاسم من الأنواع ما لا يدخله غيره من الفقهاء"^١.

^١ القواعد النورانية ص ١٧٢ و ١٧٦.

الفرع الرابع: سداد الدين القائم بمعاملة مباحة:

توطئة في تحرير محل النزاع:

رغم كثرة ما كتب في هذه المسألة، ولاسيما في الأبحاث المعاصرة^١، إلا أن تحرير محل النزاع ونسبة الأقوال فيها يظل محل إشكال. وقد عني علماء نجد المتأخرون بهذه المسألة بسبب انتشارها في بلاد نجد قديماً، كما جاء في مجموع الشيخ ابن منقور (ت ١٢٥٠هـ) المسمى الفواكه العديدة، وما نقله عن الشيخ عبدالله بن ذهلان (ت ١٠٩٩هـ)، ثم ما جاء عن الشيخ محمد بن عبدالوهاب (ت ١٢٠٦هـ) ومن بعده.

فمع أن المنع قول مشهور عن بعض المشايخ، وهو الشيخ عبدالله أبا بطين مفتي الديار النجدية في وقته، إلا أنه يصرح في بعض المواضع بعدما يقرر المنع بأن "في المسألة إشكال"^٢.

والذي يظهر لي أن الخلاف في هذه المسألة محفوظ، غير أن شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله أول من نبه فيما أعلم على الإجماع في إحدى صور المسألة، وقد تكون هي الأكثر في تعامل الناس، وهي حال المعسر المكروه.

الإجماع على منع قلب الدين على (المعسر المكروه):

قال ابن تيمية: "ويحرم على صاحب الدين أن يمتنع من إنظار المعسر، حتى يقلب عليه الدين، ومتى قال رب الدين: إما أن تقلب الدين، وإما أن تقوم معي إلى عند الحاكم، وخاف أن يجسه الحاكم لعدم ثبوت إعساره عنده، وهو معسر، فقلب على هذا الوجه؛ كانت هذه المعاملة حراماً غير لازمة باتفاق المسلمين، فإن الغريم مكروه عليها بغير حق... وإنما تنازع الناس في المعاملات الاختيارية مثل التورق والعينة"^٣.

^١ جل من وقفت عليه ممن كتب في قلب الدين يكتفي بالنقل عن المالكية ومتأخري الحنابلة. وقد حاولت الورقة قدر الإمكان تجاوز



^٢ مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين ص ٣٨٥، ويلاحظ صورة في ص ١٦٨ أجازها الشيخ بقوله: "هذا صحيح جائز إن شاء الله لا نشك فيه" وفيها إشكال.

^٣ نقله عنه في كشف القناع ٣٨٢/٧. وينظر: مجموع الفتاوى ٧٤/٢٨ و ٤١٩/٢٩ و ٤٣٨.

وهذا إجماع صحيح؛ فإن الاختيار من شروط صحة المعاملات، وإنما خص المعسر بالذكر؛ لتصور الإكراه في حقه بحسب العادة. فيتعين إذن تحرير هذه الحال وإخراجها من محل الخلاف؛ فضلا عن المخالفة الصريحة للنص الشرعي بوجوب الإنظار، وعدم جواز مطالبته مع ثبوت إعساره بالاتفاق^١.

إذا تقرر هذا، فينحصر الخلاف حينئذ في حال **المعسر المختار والموسر**؛ قال الشيخ عبدالله البسام رحمه الله محررا محل النزاع: "إذا كان قلب الدين على معسر، وكان أيضا مكرها عليه من الدائن، فهو الذي **أجمع العلماء على تحريمه**. وأما إذا كان قلب الدين على موسر، أو كان على معسر ولكن برضاه الصريح، فهذا الذي قال العلماء فيه ما يأتي" ثم ساق الخلاف في المسألة^٢.

ومثله قال الشيخ عبدالله أبا بطين رحمه الله قبله: "إن كان المسلم إليه معسرا، وأكرهه غريمه على ذلك، فهو حرام باتفاق الأئمة، قاله الشيخ تقي الدين، قال: لأنه مكره بغير حق"^٣.

إذا تقرر هذا، فسأنقل بعض النقول والنظائر الفقهية مما أمكن الوقوف عليه، ويساعد في تحرير الخلاف ومعرفة الأقوال في قلب الدين على الموسر، والمعسر المختار. وبعض هذه النقول لا تفرق (في المنع أو الجواز) بين المعسر والموسر، إلا أن استثناء المعسر المكره متعين لما تقدم، وبيان ذلك في النقاط الآتية: رأي المالكية.

رأي المذاهب الثلاثة.

رأي ابن تيمية.

رأي علماء نجد ومتأخري الحنابلة.

قرارات المجامع الفقهية.

أثر حلول الدين.

الخلاصة والنتيجة.

^١ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٣٢٤-٣٢٧.

^٢ الاختيارات الجلية من المسائل الخلافية ٣/٨٦-٨٧.

^٣ مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين ص ٣٧٧.

المسألة الأولى: رأي المالكية:

قال الإمام مالك في الموطأ: "في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل، فإذا حلت، قال له الذي عليه الدين: بعني سلعة يكون ثمنها مئة دينار نقداً، بمئة وخمسين إلى أجل، هذا بيع لا يصلح، ولم يزل أهل العلم ينهون عنه. قال مالك: وإنما كره ذلك لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه، ويؤخر عنه المئة الأولى إلى الأجل الذي ذكر له آخر مرة، ويزداد عليه خمسين دينارا في تأخيره عنه، فهذا مكروه، ولا يصلح، وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم في بيع أهل الجاهلية، إنهم كانوا إذا حلت ديونهم، قالوا للذي عليه الدين: إما أن تقضي، وإما أن تربى، فإن قضى أخذوا، وإلا زادهم في حقوقهم وزادهم في الأجل"^١.

والصورة التي منعها الإمام مالك هي أن المعاملة الجديدة زيد في ثمنها الآجل مقابل تأجيل سداد الدين القائم، فهذا الإنظار ليس مجانا، وإنما مقابل مبلغ وقع في ثمن معاملة جديدة أنشئت لهذا الغرض. ولذا قال إنه (يشبهه) ربا الجاهلية.

وفي الموطأ منع الصورة محل النظر وهي سداد الدين القائم من ثمن المعاملة الجديدة:

قال الإمام مالك: "من اشترى طعاما بسعر معلوم إلى أجل مسمى، فلما حل الأجل، قال الذي عنده الطعام لغريمه: ليس عندي طعام، فبعني الطعام الذي لك علي، فيقول صاحب الطعام: هذا لا يصلح؛ قد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى. فيقول الذي عليه الطعام لغريمه: فبعني طعاما إلى أجل حتى أقضيكه، فهذا لا يصلح، لأنه إنما يعطيه طعاما ثم يرده إليه، فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الطعام الذي كان له عليه، ويصير الطعام الذي أعطاه؛ محلا فيما بينهما، ويكون ذلك إذا فعلاه بيع الطعام قبل أن يستوفى"^٢.

وجاء عند المالكية: "الكالء بالكالء... تفسيره أن يكون لرجل على آخر دين من بيع أو غيره، فإذا جاء لاقضائه لم يجده عنده، فيقول له: بع مني به شيئا إلى أجل أدفعه إليك... ويزيده في المبيع لذلك

^١ الموطأ برواية الزهري ٣٨٢/٢.

^٢ الموطأ برواية الزهري ٣٥٤/٢.

التأخير، فيدخله السلف بالنفع"^١.

والذي يظهر من هذا أن المالكية على منع قلب الدين حتى على المعسر المختار، وكذا المدين الموسر، وهذا اللائق بأصول مذهب المالكية في قطع الذرائع وسد بابها. قال الشاطبي: "مالك يتهم بسبب ظهور فعل اللغو، وهو دال على القصد إلى الممنوع"^٢.

وقال الصاوي من متأخري المالكية (ت ١٢٤١هـ): "فسخ ما في الذمة أي ولو اتهاما، فدخل فيه ما إذا أخذ منه في الدين شيئاً ثم رده إليه بشيء مؤخر من غير جنس الدين أو من جنسه وهو أكثر؛ لأن ما خرج من اليد وعاد إليها يعد لغوا، ودخل أيضا ما لو قضاك دينك ثم رددته إليه سلما، وهاتان الصورتان تقعان بمصر للتحويل على التأخير بزيادة"^٣.

فيلاحظ تشديد المالكية أكثر من غيرهم في منع العديد من الصور التي قد يبيحها غيرهم، ولا يراها من فسخ الدين (قلب الدين)^٤، يقول ابن عرفة: "التهمة على فسخ الدين معتبرة"^٥. "فحاصل القول هنا أن المالكية يمنعون كل معاملة يؤول فيها تأخير قبض ما فسخ فيه الدين السابق التقرر في ذمة المدين إلى الزيادة في مقدار الدين المفسوخ أو فيما يقابله من المفسوخ فيه"^٦.

ومما يدل على ذلك: منعهم لجملة من النظائر الفقهية حذرا واحترازا من ربا الديون؛ فهم يمنعون فسخ الدين بمعين يتأخر قبضه لشبهه بالدين^٧، ويمنعون (سلف وبيع) ولو بلا شرط للتهمة، ويمنعون (ضع وتعجل) ولو بلا شرط للتهمة، ويمنعون منفعة القرض المدفوعة للمقرض حتى من غير المقرض، ويمنعون المنفعة المأخوذة من المقرض ولو لغير المقرض، ويمنعون هدية المقرض قبل الوفاء ولو بلا شرط، ويمنعون حسن القضاء في القرض ولو بلا شرط أو جرت به العادة، رغم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان معروفا

^١ مشارق الأنوار على صحاح الآثار ١/٣٤٠، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ١٩٦.

^٢ الموافقات ١٨٥/٥.

^٣ بلغة السالك ٩٦/٣.

^٤ مقابلة الدين بالدين ص ٢١٤.

^٥ منح الجليل ٤٣/٥.

^٦ مقابلة الدين بالدين ص ٢١٥.

^٧ هذا في بيع الدين للمدين، أما يبيعه لغيره بمعين يتأخر قبضه فلا يمنع، لأنه أوسع. الشرح الصغير مع بلغة السالك ٩٨/٣.

بجسن القضاء.

فإن قيل إن المالكية مع منعهم فسخ الدين بمنفعة عين، كأن يقول: "انسخ لي هذا الكتاب بما لي عليك من الدين" أجازوا بعدها ما قد يكون ذريعة إليها بقولهم: "وأما لو نسخ لك الكتاب أو خدمك بأجر معلوم بغير شرط، وبعد الفراغ قاصصته بما عليه، فجائز"^١. والجواب عن ذلك أن الذي يظهر هنا أن التسامح جاء لضعف التهمة وقلة القصد إلى الممنوع في هذه الصورة؛ وذلك طردا لأصلهم.

^١ الشرح الصغير ٩٧/٣، والمنع عندهم خاص ببيعه للمدين، فيجوز بيعه بمنفعة معين لغير المدين كما تقدم.

المسألة الثانية: رأي المذاهب الثلاثة:

أولاً: نسبة القول بالجواز للمذاهب الثلاثة:

لم يقف الباحث على قول صريح في المسألة، وقد نسب لهم الجواز؛ قال الشيخ عبدالله بن محمد بن عبد الوهاب في كلام له عن قلب الدين: "فمنعه مالك... وأما الأئمة الثلاثة فيفرون بين المليء الباذل والمعسر المماطل^١، فالمعسر لا يجوز قلب الدين عليه والواجب إنظاره... وأما المليء الباذل فظاهر كلامهم جواز السلم إليه، ولو أوفاه من الدراهم التي أسلمها إليه إذا كان على غير وجه الحيلة"^٢.

وقال الشيخ حمد بن معمر (ت ١٢٥٥هـ): "وأما إذا كان المدين ملياً، وكل من أراد أن يسلم عليه في ذمته فعل، سواء كان رب الدين أو غيره وكل يود أن يسلم إليه، لأجل ملاءته، فلا أعلم في ذلك بأساً عند أكثر العلماء. واشترط بعض المالكية: أن يدفع إليه رأس مال السلم، ويذهب به عن مجلس العقد إلى بيته، أو إلى السوق، ثم إن بدا له بعد ذلك أن يوفيه إياه فعل"^٣.

وقال الشيخ عبدالله أبا بطين: "وأما غيرها من صور القلب التي لا إكراه فيها، وربما يجوزها من لا يمنع بعض الحيل من الحنفية والشافعية"^٤.

وقال د. محمد القري: "الذي يفهم من كتب الحنابلة أن دخول الدائن في معاملة جديدة مع المدين لا يكون ممنوعاً إلا إذا كان المدين معسراً، لأن علة المنع لا تتحقق إلا في هذه الحالة"^٥.

وقال الشيخ نظام يعقوبي: "إن كان المدين معسراً حرم قلب الدين عليه عند المالكية والحنابلة، ولم يحرم عند الشافعية، وظاهر قول الحنفية"^٦. وينبغي أن يكون المقصود هنا المعسر المختار.

وقد يشكل عليه قول ابن تيمية: "من نسب جواز القلب على المعسر بحيلة من الحيل إلى مذهب بعض

^١ كلمة (المماطل) موجودة في مجموعة الرسائل والدرر، وفي وصف المعسر بالمطل شيء، وقد حذفها الشيخ عبدالله البسام في نيل المآرب

إلا إن قيل إنه مماطل بحق كما في قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٤٢٤.

^٢ مجموعة الرسائل والمسائل النجدية ١/١٣٣، الدرر السننية في الأجوبة النجدية ٦/١٩٩.

^٣ مجموعة الرسائل والمسائل النجدية ٥/٣٢٤، الدرر السننية في الأجوبة النجدية ٦/١٢١.

^٤ مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين ص ١٣٦، الدرر السننية في الأجوبة النجدية ٦/١٢٥.

^٥ مجلة مجمع الفقه الدولي ١٥/٣/١١٠، دراسات المعايير الشرعية ٣/٢٠٧٦.

^٦ أعمال الندوة الفقهية العاشرة لملتقى علماء الشريعة الدولي في ماليزيا عام ٢٠١٥.

الأئمة فقد أخطأ^١، إلا إن قيل إن مقصود شيخ الإسلام المعسر المكروه، فلا إشكال حينئذ.

ثانيا: تحرير نسبة القول بالجواز للحنفية والشافعية:

لم يتيسر الوقوف على نص صريح للتأكد من سلامة هذه النسبة، إلا أن فحصها والتأكد منها ممكن بالنظر والتأمل في نظائر فقهية أخرى للحنفية والشافعية، ومقارنتها بأصول المذاهب وقواعدهما في النظر والاستدلال في باب العقود والشروط، والوصول حينئذ إلى نتيجة ظنية.

جاء في مجمع الأنهر: "قال في الخانية: رجل له على رجل عشرة دراهم، فأراد أن يجعلها ثلاثة عشر إلى أجل، قالوا يشتري من المديون شيئا بتلك العشرة فيقبض، ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر إلى سنة فيقع التحرز عن الحرام... وهذه الحيل هي العينة التي ذكرها محمد... لكن التحرز أولى^٢. وفي هذا النص إباحة بعض الصور التي يلحقها الجمهور بالعينة.

وجاء في تنقيح الفتاوى الحامدية: "(سئل) في رجل أدان رجلين مبلغا معلوما مؤجلا إلى سنة وضمنهما عنده رجل آخر ثم استحق الأجل فأدى أحدهما ما عليه بالتمام وأدى الآخر بعضه وبقي عليه مئة قرش، فاعمل الدائن بها وزاده عشرين قرشا وأجل ذلك إلى أجل معلوم من غير حضور الضامن المزبور، والآن يريد أن يدعي على الضامن في العقد الأول بالمئة والعشرين المذكورة فكيف الحكم؟ (الجواب): عقد الضمان انفسخ بمضي العقد الأول ولا يكون الرجل المذكور ضامنا للمبلغ الحاصل بالعقد الجديد، والله سبحانه أعلم^٣.

فيمكن أن يؤخذ من هذا النص أن المعاملة التي توسل بها إلى الزيادة مقبولة عندهم. كما أجاز الحنفية أو المتأخرون منهم بعض المعاملات التي تحتل الذريعة إلى ربا الديون كبيع الوفاء.

كما أجاز الشافعية بناء على أصلهم في مراعاة ظاهر العقد بعض النظائر الفقهية، مثل إباحتهم العينة، وهي من باب ربا الديون، ومنعهم لها بالشرط لمخالفتها قاعدتهم في الشروط الجعلية العقدية.

ومن النظائر الفقهية التي أجازها الشافعية ما جاء في المجموع: "إذا باع طعاما بثمن مؤجل فحل الأجل فأخذ بالثمن طعاما جاز عندنا، قاله الشافعي، وقال مالك: لا يجوز؛ لأنه يصير في معنى بيع طعام بطعام

^١ نقله عنه في كشاف القناع ٣٨٢/٧.

^٢ مجمع الأنهر ١٣٩/٢.

^٣ تنقيح الفتاوى الحامدية ٢٨٨/١.

موجله. دليلنا: أنه إنما يأخذ منه الطعام بالثمن الذي له عليه لا بالطعام، وهذا تفريع على الصحيح، وهو الاستبدال عن الثمن^١.

فإن قيل: إن الشافعية يمنعون بعض المعاملات التي تشبه هذه المعاملة كمنعهم بيع العهدة (بيع الوفاء)، وكما في تحفة المحتاج: "ولا يجوز جعل دينه على معسر من زكاته، إلا إن قبضه منه ثم نواها قبل أو مع الأداء إليه، أو يعطيه من زكاته ثم يردها إليه عن دينه من غير شرط"^٢. فيقال: إن مناط منعهم هنا إنما هو لمخالفته لقاعدتهم في الشروط الجعلية العقدية، لا لكونها ذريعة إلى ربا الديون.

ومهما يكن من أمر؛ فإن هذه النتيجة ظنية، لا يعتمد عليها، ولا يستند إليها، في الجزم بنسبة القول لهم، حتى يثبت عن الحنفية والشافعية ذلك بنص صريح يجلي رأيهم في ذلك، وأسأل الله الفتح من عنده.

ثالثاً: تحرير نسبة القول بالجواز للحنابلة:

لم أقف لهم على قول صريح في المسألة، وإن كانت نسبة القول لهم بالجواز محل تردد، فقد نسب لهم المنع أيضاً؛ قال الشيخ عبدالله أبا بطين: "وهو قول الإمام مالك، والإمام أحمد وأصحابهما، وقول أئمة الحديث"^٣، وهذا اللائق بأصول مذهب الحنابلة.

والذي يظهر أنهم على المنع من ذلك، لمنعهم بعض النظائر الفقهية سدا لذريعة الربا، ومن ذلك ما جاء في الفروع: "ومن باع غريمه بزيادة؛ ليصبر عليه لم يجز"^٤. فالإنظار في الدين القائم هو مناط المنع؛ لأنه إنظار بمقابل، وهو علة منع ربا الجاهلية.

ومن ذلك ما جاء في كشاف القناع: وإن باع إنسان ما يجري فيه الربا نسيئة ثم اشترى من المشتري بثمانه الذي في ذمته قبل قبضه من جنس ما كان باعه، أو ما لا يجوز بيعه به نسيئة لم يجز؛ لأن بيع ذلك ذريعة إلى بيع الربوي بالربوي نسيئة، ويكون الثمن المعوض عنه بينهما كالمعدوم؛ لأنه لا أثر له^٥.

^١ المجموع ٢٧٥/٩

^٢ تحفة المحتاج ٣/٣٣٦.

^٣ مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين ص ١٣٦.

^٤ الفروع ٦/٣١٦. وهي عند ابن تيمية ٢٩/٤٣٨.


^٥ كشاف القناع ٧/٣٨٣، ومنعه المالكية مع الحنابلة، وأجازته الحنفية الشافعية، واختار الجواز بعض محققي الحنابلة كابن قدامة، وابن تيمية، وابن القيم، وابن سعدي، وابن عثيمين. واستثنى ابن قدامة ما لم يكن حيلة قال: "والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه

ومن ذلك أيضا منع الحنابلة بيع الأمانة (بيع الوفاء) وتعليقهم بسد ذريعة الربا؛ جاء في كشف القناع: بيع الأمانة هو الذي مضمونه اتفاقهما على أن البائع جاءه بالثمن، أعاد إليه المشتري ملك ذلك، ينتفع به المشتري، وهو عقد باطل بكل حال، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل، ومنفعة الدار، فهو في المعنى قرض بعوض^١.

ومن ذلك قول ابن قدامة: "لو قال الغريم: رهنتك عبدي هذا، على أن تزيدني في الأجل. كان باطلا؛ لأن الأجل لا يثبت في الدين، إلا أن يكون مشروطا في عقد وجب به، فإذا لم يثبت الأجل، لم يصح الرهن، لأنه جعله في مقابلته، ولأن ذلك يضاهي ربا الجاهلية، كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الأجل"^٢.
فإن قيل إن ما جاء في المغني: "ولو أفلس غريمه، فأقرضه ألفا، ليوفيه كل شهر شيئا معلوما، جاز؛ لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له"^٣، يخالف هذا، فيجاب بالنفي لأن هذا بلا زيادة؛ جاء في كشف القناع: "ولو أقرض غريمه المعسر ألفا ليوفيه منه) أي: الألف (ومن دينه الأول كل وقت شيئا) جاز، والكل حال (أو قال) المقرض: (أعطني بديني رهنا، وأنا أعطيك ما تعمل فيه وتقضي ديني كله)، أي: الأول والثاني. (ويكون الرهن عن الدينين، أو عن أحدهما) بعينه (جاز)؛ لأنه ليس فيه اشتراط زيادة عما يستحقه عليه"^٤.

فإن قيل إن الحنابلة يجيزون بعض الذرائع الربوية، فعندما منعوا مسألة من باع طعاما بثمان مؤجل فحل الأجل فأخذ بالثمن طعاما، أجازوا مخرجا لها كما في كشف القناع: "فإن اشتراه، أي اشترى الربوي بثمان آخر وسلمه، أي الثمن إليه، أي إلى البائع، ثم أخذه منه وفاء عن ثمن الربوي الأول؛ جاز. أو لم يسلمه أي الثمن إليه اشترى في ذمته، وقاصه؛ جاز، صرح به في المغني والشرح ومعنى قاصه: أنه لما ثبت لأحدهما في ذمة الآخر مثل ما له عليه سقط عنه ولا يحتاج بذلك لرضاها ولا لقولهما، كما يأتي في محله"^٥.

حيلة، ولا قصد ذلك في ابتداء العقد". المغني ٢٦٤/٦، مجموع الفتاوى ٣٠١/٢٩، تهذيب السنن ١١٨/٥، الفروع ٣١٦/٦:

 شيخنا حاجة".

^١ كشف القناع ٣٠٤/٧.

^٢ المغني ٥٠٨/٦.

^٣ المغني ٤٤٠/٦.

^٤ كشف القناع ١٤٧/٨.

^٥ كشف القناع ٣٨٣/٧-٣٨٤.

قال الشيخ عبدالله أبا بطين: "والحنابلة يتوصلون إلى إجازة ذلك بأن يشتري الذي له الدين من غريمه الطعام بثمان في الذمة، فإذا ثبت الثمن في ذمة المشتري الثاني قال لغريمه: في ذمتك لي مثلاً ريال وفي ذمتي لك ريال؛ فهذا بهذا، ولا ينقد شيئاً ويسمون هذا مقاصة، وهو جائز عندهم"^١.
فالجواب عن ذلك: أن الذي يظهر أنهم هنا تسامحوا في هذا المخرج؛ لكونه من باب ربا البيوع لا ربا الديون.

وقد يقال بأن منع الحنابلة هذه المعاملة لمخالفتها قواعدهم في باب الغرر أو ربا البيوع، لا من باب ربا الديون. ويؤيد ذلك قول ابن قدامة: "إذا قال رجل لغريمه: بعني هذا على أن أقضيك دينك منه، ففعل، فالشرط باطل؛ لأنه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء"^٢.
قال د.علي الندوي: "استيفاء الدين عن المدين حق مشروع للدائن، لكن ربط عقد البيع به فيه منافاة لمقتضى عقد البيع وهو التصرف فيه، ولذلك اعتبر الشرط باطلاً"^٣.

^١ مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين ص ١٨٦.

^٢ المغني ١٩٨/٣

^٣ بحث قلب الدين على المدين ص ٧.

المسألة الثالثة: رأي ابن تيمية:

قال ابن تيمية: "وإن كان موسرا كان عليه الوفاء، فلا حاجة إلى القلب، لا مع يساره ولا مع إعساره"^١. وفي ظاهر هذا التقرير احتمال تجاذبت فيه آراء المجيزين والمانعين.

قال الشيخ عبدالله أبا بطين: "وبعض أهل زماننا أخذ من قول الشيخ في المسألة أنه إذا كان برضا الغريم فلا بأس به"^٢.

وقال الشيخ عبدالله بن منيع: "وغالب الظن أن شيخ الإسلام رحمه الله يرى جواز قلب الدين على المدين المليء؛ لانتفاء إكراهه على القلب، ولقدرته على الوفاء بالسداد دون قلب الدين عليه، ولاختيار القلب على السداد لظهور مصلحته في ذلك"^٣.

وقال د. نزيه حماد: "فمفاد كلام ابن تيمية هذا أن الدخول في هذه المعاملة (إذا كان المدين موسرا) محظور أيضا باتفاق الصحابة، وإن كان هناك خلاف في حضره بين الفقهاء المتأخرين، وكذا في نظره واجتهاده، حيث إنه أوجب على المدين الموسر المباداة إلى الوفاء، وذلك يعني حرمة ترك الوفاء، واللجوء إلى هذه المعاملة في رأيه"^٤.

والذي يظهر لي أن المنع جار على أصول ابن تيمية في حسم مادة الحيل ومن ذلك قوله: "فإن تواطأ على أن يعطيه دراهم بدراهم إلى أجل، وتحبب على جواز ذلك ببعض الطرق كالعينة وغيرها من الطرق المكروهة لم يبارك الله لهذا ولا لهذا"^٥. ومن هذا الباب منع ابن تيمية بيع التورق، فقلب الدين حينئذ أولى.

^١ مجموع الفتاوى ٤١٩/٢٩.

^٢ مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين ص ١٣٦، الدرر السننية في الأجوبة النجدية ١٢٦/٦.

^٣ بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي ٢١٩/٣.

^٤ في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة ص ١٢٣.

^٥ الفواكه العديدة ٢٠٢/١، مجموع الفتاوى ٥٢٩/٢٩.

المسألة الرابعة: رأي علماء نجد ومتأخري الحنابلة:

قال الشيخ عبدالله بن زهلان: "قوله^١: قال الشيخ^٢: في قلب الدين على المعسر إلى آخره. هذا إن خاف الحبس، وأما الكلام ونحوه فليس عذرا، فيصح القلب والحالة هذه، وطلبه مع علمه بعسرته محرم^٣".
وقال أبناء الشيخ محمد بن عبدالوهاب بالجواز بشرط قبض المدين المبلغ الذي استخدم في صيغة المعاملة وتمكينه منه بآلا يشترط عليه السداد في الحال، ونص الفتوى: "إن كان الغريم مليا، وأراد أن يسلم إليه ويعامله، فليدفع إليه الدراهم، ويقبضها البايع، ويروح بها إلى بيته، ولا يوفيه بها في الحال؛ فإذا تملكها، وأخذت عنده يوما أو يومين، بحيث يتصرف فيها بما شاء، ثم أوفاه منها، فهذا لا بأس به إن شاء الله تعالى، وأما الاستيفاء بها في مجلس العقد فلا ينبغي لأنه ذريعة إلى الخيل... فلا بد من قبضه بالقبض الشرعي"^٤.

وقال الشيخ عبدالله بن محمد بن عبدالوهاب: "ينبغي لمن أسلم إلى غريمه أن يدفعها إليه، ولا يستوفي منها بشيء في مجلس العقد، بل يدفعها إليه، ويمضي بها إلى بيته، فإذا حازها وتملكها، وصارت الدراهم مالا له، يتصرف فيها كسائر ماله، فلا بأس إذا أوفاه منها بعد ذلك"^٥.

وقال الشيخ عبدالله بن أبي بطين: "وإن كان المسلم إليه غير معسر، فالذي يظهر لنا عدم الجواز؛ لأن ذلك يتخذ حيلة على جعل الدين رأس مال سلم"^٦.

وقال الشيخ عبدالله بن أبي بطين: "وأما من أقرض رجلا دراهم، ثم أسلم المقترض إلى غريمه دراهم في طعام، ثم يوفيه بها عن القرض؛ فهذا يمنع منه، لأن هذا يتخذ وسيلة إلى أن يسلم إليه الذي في ذمته، فلما علموا أن هذا لا يجوز، وهو إسلام ما في الذمة، اتخذوا هذا حيلة، ولو لم يكن ذلك مقصودا لهما، فإن هذا

^١ الحجاوي في الإقناع .

^٢ ابن تيمية .

^٣ الفواكه العديدة ١/٤٠٣ .

^٤ مجموعة الرسائل والمسائل النجدية ١/١٣-١٥، الدرر السنية في الأجوبة النجدية ١٤/١٤ و١١٨/٦ .

^٥ مجموعة الرسائل والمسائل النجدية ١/١٣٤ .

^٦ مجموع فتاوى ورسائل أبي بطين ص ٣٧٧ .

من باب سد الذرائع عن التحيل إلى إسلام ما في الذمة"^١.

وقال الشيخ عبدالله أبا بطين: "وهو لم يعطه إياه، ويملكه إياه تمليكا تاما، بل إنما أعطاه إياه بشرط أن يرده إليه في الحال، فيكون العقد وقع على ما في الذمة من الدراهم"^٢.

وقال بعض متأخري الحنابلة: "ففي حكمه ولو قوبل في غير قوالبه، فإن الغريم مثلا يقول: أوفني ديني، وإلا فبعني ما أنتفع به، إلى أن تجيئي به وأصبر عليك"^٣.

ولذا من يرى جواز قلب الدين على الموسر من متأخري الحنابلة، قد شرط قبض المدين المبلغ الذي استخدم في صيغة المعاملة وتمكينه منه بالألا يشترط عليه السداد في الحال، حتى لا يؤول إلى هذا المخذور. قال الشيخ حسن بن حسين آل الشيخ (ت ١٣٣٩هـ): "قلب الدين على المعسر لا يجوز، لأنه إنما قلبه عليه لعجزه عن الوفاء، فكأنه حيلة. فإن كان مليا، ولم يكن المسلم شرط عليه الوفاء بها، فإذا قبضها البائع، وذهب بها إلى بيته قدر اليومين أو الثلاث، وتملكها تملكا تاما، بحيث يتصرف فيها بما شاء، فلا بأس أن يوفيه بها عما في ذمته له من الدراهم"^٤.

وقال الشيخ محمد بن إبراهيم: "وأكثر ما يكون قلب الدين على المعسر، أما لو كان معلوم ملاءته فيشترط أن يمكنه منها"^٥.

وقال أيضا: "أما إذا كان الفلاح مليئا يرغب كل أحد معاملته فأسلم التاجر إليه دراهم في زاد، وبعدما قبضها الفلاح منه ودفعها إليه وفاء عن الدراهم الحالة التي له عليه من غير شرط ولا مواطأة، فهذا لا بأس به، لكن الأولى أن لا يقبضها منه إلا بعد ما يذهب بها وتكون عنده نحو يوم أو يومين احتياطا وبعدا عن الشبهة"^٦.

وقال الشيخ عبدالرحمن بن سعدي: "أعظم أنواع الربا قلب الدين على المدينين، سواء فعل ذلك صريحا أو

^١ مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين ص ٣٢٥.

^٢ مجموع فتاوى ورسائل أبا بطين ص ٢٤٦.

^٣ الفواكة العديدة ١/٢١٨ و ٢٢١.

^٤ الدرر السننية في الأجوبة النجدية ٦/١٢٥.

^٥ فتاوى ورسائل ٧/١٩٩.

^٦ فتاوى ورسائل ٧/٦٠، الدرر السننية في الأجوبة النجدية ١٤/٤٣٠.

تحيلًا... فلو قال له لا أرضى أن يبقى مالي في ذمتك بلا مصلحة، فإما أن تستدين مني وتوفيني الدين القديم، أو تقترض لي لأجدد ذلك الدين بعد الوفاء^١، فقد تجرأ على إثم عظيم، فإن المقصود بذلك مضاعفة في ذمة المدين بذلك التحيل الذميمة، فإنه لولا قصد الوفاء ما استدان منه دينًا جديدًا، ولو علم المقرض أن قرضه لا يحصل له عاجلاً لما أقرضه قليلاً ولا كثيراً^٢.

وقال الشيخ عبدالله بن سليمان الحميد في فتوى عام ١٣٦٧هـ: " قلب الدين على المعسر، إذا لم يجد وفاء؛ باع عليه بضاعة ما يساوي مئة بمئة وخمسين، ثم يأمر التاجر الفقير المعسر ببيع هذه البضاعة، ويأخذ التاجر ثمنها، وهذه حيلة على الربا"^٣. وهذه صورة المعاملة في بعض المؤسسات المالية الإسلامية اليوم.

^١ مؤدى هذه العبارة منع أخذ قرض حسن من طرف ثالث لإقفال مديونية البنك، ثم أخذ تمويل جديد، حتى ولو بلا تواطؤ مع الدائن. هذا ظاهر العبارة وهو مشكل، ويمكن توجيه ذلك بأن العبارة غير محررة لكونها منقولة من خطبة للشيخ، والخطبة يغلب عليها الوعظ والترغيب في إمهال المدين، أو أن المقصود بالمنع عند تواطؤ الدائن مع المقرض كما هو مشهور في وقت الشيخ.

^٢ الفتاوى السعدية ص ٣٥٣.

^٣ الدرر السننية في الأجوبة النجدية ٤٦٦/١٤.

المسألة الخامسة: قرارات المجامع الفقهية:

أولاً: قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي:

ونص المقصود منه: "يعد من فسخ الدين في الدين الممنوع شرعاً كل ما يفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل، أو يكون ذريعة إليه ويدخل في ذلك... فسخ الدين في الدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين، تنشأ بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها، ومن أمثلتها: شراء المدين سلعة من الدائن بثمان مؤجل ثم بيعها بثمان حال من أجل سداد الدين الأول كله أو بعضه. فلا يجوز ذلك ما دامت المديونية الجديدة من أجل وفاء المديونية الأولى بشرط أو عرف أو مواطأة أو إجراء منظم؛ وسواء في ذلك أكان المدين موسراً أم معسراً، وسواء أكان الدين الأول حالاً أم مؤجلاً يراد تعجيل سداده من المديونية الجديدة، وسواء اتفق الدائن والمدين على ذلك في عقد المديونية الأولى أم كان اتفاقاً بعد ذلك، وسواء أكان ذلك بطلب من الدائن أم بطلب من المدين. ويدخل في المنع ما لو كان إجراء تلك المعاملة بين المدين وطرف آخر غير الدائن إذا كان بترتيب من الدائن نفسه أو ضمان منه للمدين من أجل وفاء مديونته"^١.

ثانياً: قرار مجمع الفقه الدولي:

ونص المقصود منه: "يعد من فسخ الدين بالدين الممنوع شرعاً كل ما يفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل أو يكون ذريعة إليه، ومن ذلك فسخ الدين بالدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين تنشأ بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها، سواء أكان المدين موسراً أم معسراً، وذلك كسواء المدين سلعة من الدائن بثمان مؤجل ثم بيعها بثمان حال من أجل سداد الدين الأول كله أو بعضه"^٢.

^١ قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بشأن فسخ الدين في الدين، الدورة ١٨ في شهر إبريل ٢٠٠٦م.

^٢ قرار المجمع الفقهي الدولي، بشأن بيع الدين في الأردن الدورة ١٧ في شهر يونيو ٢٠٠٦م.

المسألة السادسة: أثر حلول الدين:

لا أثر لحلول الدين من عدمه عند المالكية، ففسخ الدين ممنوع عندهم مطلقاً، قال الدردير: "(فسخ ما في الذمة) أي ذمة المدين (في مؤخر) قبضه عن وقت الفسخ؛ حل الدين أم لا"^١.
ولذا فمن يأخذ بقول المالكية في هذا الباب؛ يلزمه المنع ولو قبل حلول الدين فيما يظهر، وهذا خلاف بعض اجتهادات الهيئات الشرعية لبعض المؤسسات المالية الإسلامية كما سيأتي في مبحث تطبيقات إعادة التمويل، وقد يكون هذا اجتهاد وسط بين المانعين والمجيزين.
كما يظهر أن حلول الدين يأخذ حكم قلب الدين على المدين المعسر، فإن حل الدين على المدين وكان مكرهاً منع قلب الدين بالإجماع. إما إذا عقدت المعاملة باختيار المدين لغرض سداد الدين ولو بعد حلول أجله؛ فيأخذ حكم قلب الدين على المدين الموسر والمعسر المختار.

^١ الشرح الكبير ٦١/٣.



المسألة السابعة: الخلاصة والنتيجة:

يعود الخلاف في تخريج إعادة التمويل إلى تحقيق المناط، فإعادة التمويل مع الدائن نفسه بصورتها المعاصرة، ليست عين بيع الدين للمدين كما تقدم؛ لأن الدائن لا يبيع دينه للمدين، وإنما يدخل مع المدين في معاملة مباحة جديدة، لغرض سداد دينه القائم من ثمنها، ومنع هذا إنما هو من باب سد الذرائع. قال الشيخ عبد الرحمن بن حسن بن محمد بن عبد الوهاب (ت ١٢٨٥ هـ): منع بعض العلماء قلب الدين على المدين المليء حسماً للمادة، وسدا للذريعة^١.

وهذا ظاهر قرار مجمع الفقه الدولي: "على المؤسسات المالية الإسلامية التي تقدم بدائل للبطاقة غير المغطاة أن تلتزم في إصدارها وشروطها بالضوابط الشرعية، وأن تتجنب شبهات الربا أو الذرائع التي تؤدي إليه، كفسخ الدين بالدين"^٢.

والذي يظهر أن جعل المعاملة من ذرائع باب ربا الديون لا من باب الغرر أو ربا البيوع، جار على أصول المالكية والحنابلة، خلافا للحنفية والشافعية.

كما يظهر مساواة الموسر مع المعسر المختار في الحكم، فالموسر لا يجوز إكراهه على الدخول في المعاملة الجديدة. أما إذا كانت المعاملة الجديدة برضا المدين فيستوي ذلك في حال يساره أو إعساره، لأن الإنظار حق له وقد أسقطه.

وخلاصة جميع ما تقدم أن قلب الدين على المدين المعسر المكروه ممنوع بالاتفاق، وأما المدين الموسر والمعسر المختار ففيهما اتجاهان:

الاتجاه الأول: الجواز.

وهذا منسوب للحنفية والشافعية، على أن يكون بلا شرط، طردا لقاعدتهم في العقود والشروط، واختاره جماعة من متأخري الحنابلة، مثل ابن زهلان وأبناء الشيخ محمد بن عبد الوهاب، ومحمد بن إبراهيم. وبعضهم اشترط قبض المدين المبلغ الذي استخدم في صيغة المعاملة وتمكينه منه.

ومستند هذا الاتجاه: إباحة هذه المعاملة عملاً بالأصل في المعاملات، وجواز المخارج المشروعة.

^١ الدرر السنية في الأجوبة النجدية ١٢٢/٦.

^٢ قلد مجمع الفقه الدولي بشأن بطاقات الائتمان، في سلطنة عمان الدورة ١٥ عام ٢٠٠٤ م.

الاتجاه الثاني: المنع.

وهذا قول المالكية والحنابلة ولاسيما المتأخرين منهم؛ مثل ابن تيمية، وأبا بطين، وابن سعدي، وبه صدر قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، وقرار مجمع الفقه الدولي. ومستند هذا الاتجاه: سد ذريعة الربا ببيع الدين للمدين بأكثر من جنسه مؤجلاً.

المطلب الثاني: إعادة التمويل مع غير الدائن:

الفرع الأول: أن يكون الدين محلاً للعقد الجديد في إعادة التمويل:

إن إعادة التمويل (مع غير الدائن) إن كانت بأسلوب تقليدي بأن يكون الدين محلاً للعقد الجديد، فهذا له أحوال:

الحال الأولى: أن يكون دين التمويل ناشئاً عن عقد مرابحة أو تورق أو استصناع^١:

وهذا يأخذ حكم بيع الدين لغير المدين بثمن حال، ومن ذلك بيع محافظ الديون، وعقود المراجحات، وتداول الأوعية الاستثمارية من أسهم شركات وصكوك ووحدات صناديق ومحافظ مما تكون خلطة من أعيان ومنافع وديون غالبية مقصودة.

وجمهور الفقهاء على المنع^٢، فقد منعه الحنفية، والشافعية، والحنابلة؛ للغرر بعدم القدرة على التسليم^٣، خلافاً للمالكية وابن تيمية الذين أجازوه بشروط تباعد بينه وبين الغرر وربا البيوع^٤، ولتعذر تطبيق هذا الشروط في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، فمآل القولين حينئذ إلى المنع.

وصدر في الموضوع قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، ونص المقصود منه: "من صور بيع الدين غير الجائزة... بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل من جنسه، أو من غير جنسه؛ لأنها من صور بيع الكالئ بالكالئ"^٥.

كما صدر قرار مجمع الفقه الدولي، ونص المقصود منه: "لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكالئ بالكالئ. ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع آجل"^٦.

^١ بوصف البنك في التمويل بالاستصناع دائن (صانع)، والدين هو الثمن الآجل للمصنوع.

^٢ الغرر وأثره في العقود ص ٣١٠-٣١٨، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ١٦/٢-٢٢، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٠٢-٢٠٨.

^٣ بدائع الصنائع ١٤٨/٥، كنز الراغبين ٣٣٤/٢، قليوبي ٢٦٦/٢، المغني ٢٥١/٨، كشف القناع ٣٩/٨ و ١١٩ و ١٢١.

^٤ الشرح الصغير ٩٩/٣، الأخبار العلمية ص ١٨٧ و ١٩٣، الغرر وأثره في العقود ص ٣١٥، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٠٤.

^٥ قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، بشأن موضوع بيع الدين، الدورة ١٦ عام ٢٠٠٢.

^٦ قرار مجمع الفقه الدولي بشأن بيع الدين وسندات القرض، في البحرين الدورة ١١ عام ١٩٩٨.

وفي قرار آخر، هذا نص المقصود منه: "من صور بيع الدين الجائزة: (١) بيع الدائن دينه لغير المدين في إحدى الصور التالية: (أ) بيع الدين الذي في الذمة بعملة أخرى حالة، تختلف عن عملة الدين، بسعر يومها. (ب) بيع الدين بسلعة معينة. (ج) بيع الدين بمنفعة عين معينة"^١.

وقال الصديق الضرير: "أرى جواز بيع الدين مطلقا، أعني سواء بيع للمدين أو لغيره بنقد أو بدين ما دام خاليا عن الربا"^٢.

و"تجدر الإشارة إلى أن المسائل المبنية على سد الذرائع في بيع الدين لغير من هو عليه أقل منها في بيعه ممن هو عليه؛ لضعف التهمة بقصد التذرع به إلى الربا"^٣.

الحال الثانية: أن يكون دين التمويل ناشئا عن عقد سلم^٤:

وهو ما يسمى بالدين السلعي^٥، وجمهور الفقهاء على المنع كما سبق، فلا فرق بين دين السلم وغيره، للغرر بعدم القدرة على التسليم في كل منهما.

وخالف المالكية وابن تيمية في ذلك^٦، فأوا الجواز بشروط ممكنة التطبيق في العمل المالي، إذ لا مانع أن يكون العوض نقدا حالا، لكون الدين سلعة، فهي مبادلة بين مختلفي الجنس، سواء أكان بالقيمة الاسمية أم أقل أم أكثر^٧، ويدخل في ذلك تداول صكوك السلم^٨. غير أن الاجتهاد الجماعي على منع تداول

^١ قرار مجمع الفقه الدولي بشأن بيع الدين في الأردن الدورة ١٧ في شهر يونيو ٢٠٠٦م.

^٢ العرر وأثره في العقود ص ٣١٦.

^٣ بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة ١/٣٥٥.

^٤ بوصف البنك في التمويل بالسلم دائن (مسلم)، والدين هو السلعة المؤجلة التسليم.

^٥ دراسات المعايير الشرعية ٢/٩٦٢، حولية البركة العاشرة ص ٢١٧، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٢١.

^٦ الشرح الصغير ٣/٩٩، الأخبار العلمية ص ١٨٧ و ١٩٣، مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٤٥، المسائل الماردينية ص ١٠٠، الفتاوى ٥١٨/٢٩.

^٧ هذا في بيع دين السلم لغير المدين. أما في بيعه للمدين فيشترط المالكية ألا يكون بأكثر من ثمنه (القيمة الاسمية)، بينما رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية وابن القيم بالجواز بسعر السوق (القيمة السوقية). حولية البركة العاشرة ص ٢١٧-٢١٩، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ١٩٩ و ٢٠٤ و ٢٠٧.

^٨ حولية البركة العاشرة ص ٢١٧، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٢١. وقد يقال بأن قولهم في جواز البيع الأول لا البيوعات الأخرى.

صكوك السلم، ومنع مبادلة دين السلم بالنقد^١.

الحال الثالثة: أن يكون دين التمويل ناشئا عن عقد إيجار تمويلي:

فهذا بيع للعين المؤجرة محملة بعقد الإيجار، وهذا جائز عند جمهور الفقهاء؛ لاختلاف مورد العقدين. خلافا للحنفية الذين جعلوه موقوفا على إجازة المستأجر. فيما منعه ابن حزم ورأى أن بيع العين المؤجرة يبطل عقد إجارتها فيما بقي من المدة^٢.

الحال الرابعة: أن يكون دين التمويل خلطة ديون:

جاء في قرار مجمع الفقه الدولي: "من صور بيع الدين الجائزة بيع الدين ضمن خلطة أغلبها أعيان ومنافع هي المقصودة من البيع"^٣.

وللغلبة والتبعية تفصيل طويل يتعذر بسطه في هذه الورقة^٤.

الفرع الثاني: ألا يكون الدين محلا للعقد الجديد في إعادة التمويل:

إن تمت إعادة التمويل (مع غير الدائن) بأسلوب وبديل شرعي لا يكون الدين فيه محلا للعقد، كما سيأتي في مبحث التطبيقات، فلا إشكال حينئذ إذا خلا من الربا والغرر، جريا على الأصل في العقود والشروط وهو الإباحة.

ولا يضر الوصول حينئذ إلى نتيجة بيع الدين بإطفائه أو التخلص منه؛ قال الشيخ تقي عثمانى في موضع مختلف: "بمجرد كون النتيجة النهائية مثل ما ينتج من عقد الربا؛ لا يحرم العملية، ما دامت النتيجة حصلت

^١ معيار السلم ٢/٤ و٧، معيار الصكوك ١٤/٢/٥، وقرار مجمع الفقه الدولي بشأن السلم عام ١٩٩٥.

^٢ بلائع الصنائع ١٩٨/٤، بلغة السالك ٥٥/٤، نهاية المحتاج ٣٢٨/٥، المغني ٤٨/٨ و٢٠٧، المحلى ١٨٤/٨، المعايير الشرعية، معيار الإجازة بند ٢/١/٧.

^٣ قرار مجمع الفقه الدولي بشأن بيع الدين في الأردن الدورة ١٧ في شهر يونيو ٢٠٠٦م.

^٤ قرارات مجمع الفقه الدولي في دوراته في جدة ١٩٨٨ و الشارقة ٢٠٠٩ و الجزائر ٢٠١٢ و الرياض ٢٠١٤ و الكويت ٢٠١٥، ومن المتوقع أن يجسم المجمع هذا الموضوع في دورته القادمة استنادا إلى نتائج ندوة "الغلبة والتبعية في المعاملات المالية" التي عقدها المجمع في ٢٠١٥، والتي انتهت إلى اعتبار مبدأ الغلبة بأن تكون نسبة الديون ٤٩% فأقل؛ للسماح بالتداول، فإن كانت أعلى من هذه النسبة فلا يجوز تداولها إلا إذا أمكن إعمال مبدأ التبعية، وذلك بوجود الأصل الذي يصح أن يكون متبوعا، وهو الأعيان والمنافع والعمل والكيان المدير.

بعقود حقيقية مشروعة^١.

^١ بحوث في قضايا فقهية معاصرة ٥٩/٢.

المطلب الثالث: إعادة التمويل مع غير المدين:

يعد تنازل العميل عن عقد التمويل، تصرفاً قانونياً شائعاً، فالتنازل عن العقد مصطلح قانوني يسمى تحويل العقد، أو إحلال العقد، أو بيع العقد^١؛ يقصد منه نقل حقوق والتزامات العقد من أحد طرفي العقد إلى طرف ثالث، بموجب اتفاق أو نظام.

فإن كان المتنازل هو الدائن أو الممول، فهذا داخل في القسم الثاني وسبق بحثه. وأما إن كان المتنازل هو المدين، وكان محل التنازل دين مرابحة أو سلم، فالذي يظهر أن هذا من باب الحوالة إذا كان المتنازل إليه دائناً للمتنازل، أو من باب الكفالة إذا لم يكن كذلك، بناء على قول جمهور الفقهاء، أو هي حوالة مطلقة أو مقيدة بناء على رأي الحنفية، وبه أخذ المعيار الشرعي^٢.

وأما إن كان محل التنازل في عقد الاستصناع أو الإجارة (وهو الأكثر في التطبيق)، بأن يتنازل المستصنع أو المستأجر عن العقد لطرف ثالث يحل محله، وتبرأ ذمته من العقد ويخرج من عهده؛ فالذي يظهر أن التنازل عن عقد الاستصناع أو الإجارة إن كان بموافقة الصانع أو المؤجر، فهو إقالة وفسخ للعقد القائم، ثم إنشاء عقد جديد مع الطرف الجديد^٣، وينظم ذلك في العادة (اتفاقية تحويل للحقوق والالتزامات) تتيح خروج العاقد الأول ودخول الطرف الجديد. فيعد الخروج إقالة وفسخاً للعقد القائم، ويعد الدخول إنشاء عقد جديد بحقوق العقد الأول والتزاماته.

وهو تصرف جائز إذا كان ذلك بموافقة الصانع أو المؤجر، أما إن لم يكن بموافقته (بالشرط أو العرف أو النظام)؛ فلا يصح عندئذ التنازل عن العقود اللازمة للطرفين، ومنها عقد الاستصناع^٤ وعقد الإجارة، ويعد ذلك حينئذ باطلاً أو موقوفاً على إجازته؛ حسب الخلاف في وقف العقود وتصرفات الفضولي^٥.

^١ فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ٦٩/١، فتاوى أعيان ١٨٠/٢، خصائص حق الانتفاع وآثار نقله (بيع المنافع وبيع العقود)

ص ١٨-٣٨

^٢ الوسيط في شرح القانون المدني ٤٢١/٣ و ٤٣٣، المعايير الشرعية، معيار الحوالة بند ٥ (أقسام الحوالة)، فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ٦٩/١.

^٣ فتاوى مصطفى الزرقا ص ٦٤٨، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ١٨/٤/١٨، قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ٣٥٤/١ و ٣٦٢-٣٦٤.

^٤ هو عقد لازم وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية وقرار مجمع الفقه الدولي بشأن الاستصناع، والمعايير الشرعية، معيار الاستصناع.

^٥ المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي.

قال الشيخ مصطفى الزرقا عن صورة تحويل عقد استصناع: لكي يحل البنك في مواجهة الصانع محل الشركة المستصنعة، ويصبح الصانع مسؤولاً تجاه البنك عن المصنوع بدلا من المستصنع الأصلي؛ يجب موافقة الصانع، وعندئذ يكون تخريج ذلك فقها: أنه فسخ وإقالة للاستصناع الأول بين طرفيه (الصانع والشركة)، واستصناع جديد بين الصانع والبنك^١.

وقال د. عبدالستار أبو غدة: "يجوز في الإجارة أن يتنازل المستأجر عن منفعة العين التي استأجرها إلى مستأجر آخر، بموافقة مالك العين، وذلك بحصول فسخ العقد الذي بين المستأجر الأول والمالك، ونشوء عقد إيجار جديد بين المالك والمستأجر الجديد، سواء تم ذلك صراحة، أو عن طريق (الاقتضاء) وهو التعاقد بين المستأجر القديم والجديد مع إشعار المالك بذلك، واعتبار عدم معارضته موافقة على الحلول، فيقدر حصول الفسخ ثم إبرام العقد الجديد"^٢.

^١ فتاوى مصطفى الزرقا ص ٦٤٨.

^٢ مجلة مجمع الفقه ١٨/٤/١٨.



المبحث الثالث: تطبيقات إعادة التمويل:

لإعادة التمويل تطبيقات شائعة عديدة، وقد يتعذر الإحاطة بها في مثل هذه الورقة، ويمكن الاختصار على أبرزها بما يعطي صورة مجملتها، فليس من غرض الورقة تفصيل ذيولها وبيان الحكم فيها، بقدر ما كان الغرض جمع الصور وإبراز الأقوال فيها من الهيئات الشرعية للمؤسسات التي تطبقها، وقد اخترت نحو ٣٠ تطبيقاً في المؤسسات المالية الإسلامية؛ رتبها تحت العناوين الآتية:

جدولة الديون.

إعادة التمويل بالبيع الآجل.

إعادة التمويل بالإيجار التمويلي.

إعادة التمويل بالسلم.

إعادة التمويل بالمضاربة.

المراجحات المتتالية.

المراجحة الطويلة والمراجحات القصيرة.

إعادة التمويل مع غير الدائن.

مناقلة المديونيات.

صكوك المحافظ.

التنازل عن عقود التمويل.

المطلب الأول: جدولة الديون:

وهي من أبسط صور إعادة التمويل وأشهرها في المؤسسات التقليدية، وهي ربا الجاهلية المحرم، إذا كانت بزيادة، وسبق بيان ذلك. وتجوز جدولة الديون في المؤسسات المالية الإسلامية على ألا تشتمل على زيادة بأي وجه، وألا يراعى التأخير في ثمن معاملة تالية، سواء باشتراط على المدين، أم بطوعية منه، وإن كانت الجدولة برسوم فيجب أن تكون بالكلفة الفعلية^١.

المطلب الثاني: إعادة التمويل بالبيع الآجل:

توطئة:

تعد هذه المعاملة من أكثر صور إعادة التمويل ذيوعا في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، وقد وصف بعض الباحثين بعض صورها بالتورق المركب^٢.

وهي ترد في صور عدة من أبرزها:

إعادة التمويل بالبيع الآجل في التمويل الشخصي.

إعادة التمويل بالبيع الآجل في البطاقة الائتمانية المتجددة.

التمويل الإضافي.

إعادة التمويل بالبيع الآجل مع دائن آخر بينه وبين الدائن الأول علاقة ملكية غالبية.

أولا: إعادة التمويل بالبيع الآجل في التمويل الشخصي:

صورة المعاملة:

أن يكون على العميل دين تمويل شخصي قد سدد جزءا منه، لا يقل عن ٢٠% حسب تعليمات الجهة الإشرافية^٣، ويرغب في إعادة التمويل لأسباب مختلفة من أبرزها الارتفاق بنقد إضافي نتيجة ارتفاع دخله، أو ارتفاع حده الائتماني بسبب سداده قدرا من الدين. فيتفق مع الدائن على السداد المبكر للدين القائم، ثم الدخول في تمويل جديد؛ ليسدد من حصيلته الدين السابق وفق معادلة السداد المبكر، ويتاح المتبقي بعدئذ للعميل.

^١ فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١ / ٣٥٥ و ٣٥٦، قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ١ / ١٧١ و ٢٣٣.

^٢ أعمال مؤتمر شورى الفقهي الرابع بشأن قلب الدين، ص ٢٥٤.

^٣ ضوابط التمويل الاستهلاكي، مؤسسة النقد العربي السعودي، مادة رقم (٥/١٥).

ومن أبرز المسائل في هذه المعاملة أن الدائن يشترط رهن الأصل المستخدم في التمويل الجديد أو رهن ثمنه في الدين القائم (الذي أصبح مستحقاً بطلب السداد المبكر) وذلك ليتمكن الدائن من التنفيذ على الرهن ليستوفي دينه من ثمنه، فيما لو لم يسدد العميل الدين القائم باختياره سواء من مصادره الخاصة أو من حصيلة التمويل الجديد^١.

وفي حكم هذه المعاملة قولان مشهوران:

القول الأول: المنع^٢.

ومستند هذا القول: أن هذه المعاملة من قلب الدين الممنوع.

القول الثاني: الجواز^٣.

ومستند هذا القول: الإباحة كما هو الأصل في المعاملات، ويشترط لثلا يؤول إلى محذور: (أ) أن يكون التعاقد مع العميل واضحاً، و(ب) ألا يلزم العميل ببيع الأصل المستخدم في التمويل الجديد، و(ج) ألا يطبق هذا المنتج في الدين الحال^٤؛ لثلا يؤول إلى قلب الدين.

ثانياً: إعادة التمويل بالبيع الآجل في البطاقة الائتمانية المتجددة:

صورة المعاملة:

بعد أن يكون العميل حامل البطاقة (Credit Card) مديناً للدائن بدين قد حل أجله مقابل شراء سلع أو تملك خدمات أو سحب نقدي، ولرغبة العميل في التمتع بمزايا هذه البطاقة التي تتيح مد أجل السداد (تجديد الائتمان)؛ فإن العميل يطلب تنفيذ تمويل جديد من الدائن لسداد دين البطاقة، ويكون أجل سداد التمويل الجديد كأجل سداد البطاقة التالي^٥.

^١ قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي (٥/٦٧) عام ٢٠٠٣، والقرار (١/٦٨) عام ٢٠٠٣، قرارات الأهلي ١٧٤/١ و١٧٦، وقرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (١٢٤) عام ٢٠١١، قرارات الراجحي ٩٦٥/٢.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٦٣٨) عام ٢٠٠٤، قرارات الراجحي ٩٦٤/٢.

^٣ قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي (٥/٦٧) عام ٢٠٠٣، والقرار (١/٦٨) عام ٢٠٠٣، قرارات الأهلي ١٧٤/١ و١٧٦، قرار هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة أعيان للإجارة والاستثمار رقم (٣/٢) عام ٢٠٠٣، فتاوى أعيان ٧٢/٢، قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (١٢٤) عام ٢٠١١.

^٤ سبق في المبحث الثاني بيان رأي الباحث في أثر الدين الحال في قلب الدين.

^٥ قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ١٨٤/١ و٥٩٥-٥٩٦ و٢٠٩، حولية البركة الثامنة ص ١٧٤.

وبعض الممارسات تجعل العميل ينفذ التمويل الجديد بنفسه، وبعضها تسمح له بتوكيل مكتب محاماة لتنفيذ التمويل نيابة عنه، وبعضها ينفذها الدائن تصرفاً فضولياً عن العميل معلقاً على إجازته التي تعلم بعدم اعتراضه على هذه العملية في مدة معينة، وبعضها تكرر تنفيذ التمويل الجديد في كل نهاية كشف حساب للبطاقة، وبعضها تنفذ تمويلاً واحداً لمدة سنة مع التزام بالحسم، وبعضها تنفذ تمويلاً واحداً لمدة عمر البطاقة^١.

وفي حكم هذه المعاملة قولان مشهوران في الجملة:

القول الأول: الجواز^٢.

ومستند هذا القول: أن قلب الدين الممنوع هو ما كان على سبيل الإكراه والاضطرار والتضييق على المدين المعسر، فإن كان العميل كذلك فلا تجوز هذه المعاملة، وعلى البنك إنظاره إذا ثبت إعساره. وأما إن كان العميل غير معسر ورغب في الدخول بهذه المعاملة لغرض صحيح، فلا مانع حينئذ؛ لانتفاء الإكراه والاضطرار في حق المدين، وهذا حال غالب حاملي هذه البطاقات^٣.

القول الثاني: المنع^٤.

ومستند هذا القول: أن هذه المعاملة من قلب الدين الممنوع. فضلاً عن محذورات أخرى قد ترد على بعض الممارسات كسلف وبيع، أو تصرف الفضولي، أو صورية التعامل، أو تولى طرفي العقد.

ثالثاً: التمويل الإضافي:

لا يعد هذا الاسم وصفاً مقيداً للمعاملة وإنما وصف كاشف لها، وإنما اخترته لاشتهاره لقباً على هذه المعاملة، وإلا فكثير من صور إعادة التمويل بالبيع الآجل، غالباً ما ينتج عنها تمويل إضافي يرتفق به العميل كما سبق.

^١ اتفاقية الشروط والأحكام لبطاقات الائتمان الإسلامية في نوافذ البنوك التجارية السعودية؛ سامبا، وساب، والعربي الوطني، والسعودي

للإستثمار، مع اختلافات فنية في إجراءات كل منها.

^٢ على هذا الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية التي تطبق هذا المنتج.

^٣ قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ١/١٨٤ و ٥٩٥-٥٩٦ و ٢٠٩.

^٤ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ١٣/٢/٨٦، حولية البركة الثامنة ص ٣٠٨، وقارن نص فتوى البركة (٤/٢٦) في الحولية الثامنة، مع

كتاب قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي مطبوع عام ٢٠١٠، فقد حذف من الفتوى آخرها.

والمقصود بهذه المعاملة أن العميل المدين الذي سدد جزءاً من مديونيته، يمنحه الدائن تمويلاً جديداً يبدأ سداده بعد انتهاء سداد الدين القائم، وسيراعي الممول حينئذ في ربح التمويل مدة السماح فيما بين منح التمويل وبدء السداد^١.

وليس في هذه الصورة قلب للدين، ولم يظهر فيها محذور شرعي^٢، إلا أن بعض الفقهاء يرى أن هذه المعاملة مفضولة؛ لأن فيها زيادة على المدين وإثقالاً عليه، ويمكن استخدام الصورة الأولى (إعادة التمويل بالبيع الآجل في التمويل الشخصي) السابقة، فهي أرفق بالمدين، وأليق بأصول الشارع بتشوفه إلى براءة الذمم، والتقليل من تحملها الحقوق^٣.

رابعاً: إعادة التمويل بالبيع الآجل مع دائن آخر بينه وبين الدائن الأول علاقة ملكية غالبية.

من الممارسات التي تحصل في بعض التطبيقات، تبادل إعادة التمويل، ولاسيما إذا كان الممول كالبنك يملك شركة تمويل ملكية غالبية أو مسيطرة. وقد استقر الاجتهاد الجماعي على تحديد نسبة الغلبة بما يزيد على ٥٠٪^٤، فإن وصلت الملكية إلى هذه النسبة فيعامل الدائن كالدين الواحد، فيأخذ حينئذ أحكام الصور السابقة.

^١ قرارات الراجحي ٩٦٥/٢.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٦٣٨) عام ٢٠٠٤. قرارات الراجحي ٩٦٧/٢.

^٣ تحفظ الشيخ ابن منيع على قرار هيئة الراجحي رقم (٦٣٨) عام ٢٠٠٤. قرارات الراجحي ٩٦٧/٢.

^٤ المعايير الشرعية، معيار الشركة، ومعيار الزكاة، ومعيار الاستصناع، ومعيار حماية رأس المال، ومعيار إعادة الشراء.

المطلب الثالث: إعادة التمويل بالإيجار التمويلي.

توطئة:

يعتمد بعض الممولين عند عدم قدرة العميل المدين على السداد على استخدام عقد الإيجار التمويلي لإعادة تمويله.

ويدخل في ذلك صور من أبرزها:

شراء الممول أصلاً مملوكاً للمدين ثم إجارته عليه مع التمليك.

مشاركة الممول للمدين في أصل مملوك للمدين ثم إجارته حصته عليه مع التمليك.

شراء الممول أصلاً مملوكاً للمدين لصالح طرف ثالث بثمان حال للمدين يسدد به دينه القائم، ثم إجارته الأصل على المدين مع التمليك.

إعادة التمويل في عقد الإيجار التمويلي.

أولاً: شراء الممول أصلاً مملوكاً للمدين ثم إجارته عليه مع التمليك:

ويكون ذلك بشراء الدائن أصلاً يملكه المدين مقابل الدين الذي عليه، ثم يؤجر الممول الأصل على العميل مع التمليك، ويراعى في مدة عقد الإجارة مد أجل السداد، كما يراعى في مبلغ الأجرة عوض التأخير. وهذه الصور ملفقة من مسألتين:

بيع الدين بأصل معين، وقد أجازته أكثر الفقهاء^١، وبه صدر قرار مجمع الفقه الدولي كما سبق^٢؛ فقد أخرج البخاري (٢٣٩٦) عن جابر: (أن أباه توفي وترك عليه ثلاثين وسقاً لرجل من اليهود، فاستنظره جابر، فأبى أن ينظره، فكلم جابر رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشفع له إليه، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلم اليهودي ليأخذ ثمر نخله بالذي له). وهذا دليل على جواز المعاوضة عن الدين بعين.

إجارة العين لمن باعها بضوابطها، ومن أبرزها مضي مدة تتغير فيها صفة العين أو قيمتها، وألا يشترط عقد الإجارة في عقد البيع^٣.

إذا تقرر هذا، فيرد على هذه المعاملة المركبة احتمالان:

^١ الغرر وأثره في العقود ص ٣١٢، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٠٨.

^٢ قرار مجمع الفقه الدولي بشأن بيع الدين في الأردن الدورة ١٧ في شهر يونيو ٢٠٠٦.

^٣ المعايير الشرعية، معيار الإجارة.

الاحتمال الأول: الجواز^١.

ومستند هذا القول: أن هذه المعاملة جمعت بين معاملتين كل منهما جائز على انفراد، فتكون حينئذ جائزة.

الاحتمال الثاني: المنع^٢.

ومستند هذا القول: أن هذا حيلة على قلب الدين الممنوع. وأما كون كل معاملة جائز على انفراد؛ فإن شرط جواز اجتماعهما ألا يؤول إلى ممنوع، كما قال الشاطبي: "الاستقراء من الشرع عرف أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا تكون حالة الانفراد. ويستوي في ذلك الاجتماع بين مأمور ومنهي، مع الاجتماع بين مأمورين، أو منهيين؛ فقد نهي عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف، وكل منهما لو انفرد لجاز"^٣.

ثانياً: مشاركة الممول للمدين في أصل مملوك للمدين ثم إجارة حصته عليه مع التملك:

وهي كالصورة السابقة، إلا أن الدائن استخدم أسلوب المشاركة ثم الإيجار التمويلي، ويرد عليها ما يرد على المسألة السابقة، وقد يضاف إليها شبهة ضمان رأس المال إن قيل بأن هذه المشاركة شركة عقد وليست شركة ملك؛ لأن ثمن التملك عادة ما يحدد ابتداءً في عقد الإيجار التمويلي^٤.

ثالثاً: شراء الممول أصلاً مملوكاً للمدين لصالح طرف ثالث بثمن حال يسدد به المدين دينه القائم،

ثم يؤجر الطرف الثالث الأصل للمدين مع التملك:

وصورة هذه المعاملة أن الدائن يرتب للمدين طرفاً ثالثاً، وعادة ما يكون عميلاً من عملاء الدائن (البنك) ممن يرغب في ربط وديعته بصيغة الاستثمار المشروعة، فيشتري الطرف الثالث أصلاً مملوكاً للعميل المدين بثمن حال يسدد به دينه، ثم يؤجره الطرف الثالث له مع التملك، وعادة ما يكون إجراء هذه المعاملة بواسطة البنك وكالة عن الطرف الثالث، وبضمانه للمدين.

وقد تأخذ هذه الصورة حكم بيع مال المدين جبراً لقضاء دينه، ورغم أن عامة الفقهاء على جواز ذلك^٥،

^١ على هذا الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية التي تطبق هذا المنتج.

^٢ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ١٣/٢/٦٥١ عبد اللطيف آل محمود، وص ٦٥٧ وهبة الزحيلي وص ٦٦٧ الأطرم وص ٦٦٩ القرني.

^٣ الموافقات ٣/٦٧٤.

^٤ المعايير الشرعية، معيار الإجارة، ومعيار الشركة، بند المشاركة المتناقضة.

^٥ إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام ص ٤٤، الماطلة في الديون ص ٢١٤-٢٢٠.

غير أن هذا ليس محلاً للبحث في التطبيقات المعاصرة؛ لأن ذلك عادة ما يكون برضا العميل المدين وموافقته؛ لظهور مصلحته. ولذلك فأقرب ما ينطبق عليه حكم هذه الصورة، هو مسألة (إعادة التمويل مع غير الدائن) كما ستأتي.

رابعاً: إعادة التمويل في عقد الإيجار التمويلي:

والمقصود هنا أن العميل مستأجر لأصل ممول بإيجار تمويلي، ويرغب في إعادة التمويل، ولذلك حالان: أن يكون ذلك أثناء عقد الإيجار التمويلي.

أن يكون ذلك بعد انتهاء عقد الإيجار التمويلي.

أما في أثناء عقد الإيجار التمويلي فإن الأسلوب الشائع هو اتفاق المؤجر (الدائن) مع المستأجر (المدين) على فسخ عقد الإجارة القائم، وإعادة توقيعه بأجل جديد وأجرة جديدة، يراعي فيها إعادة التمويل. وأما إذا كان بعد انتهاء عقد الإيجار التمويلي، فإن ذلك يسمى (تمديد عقد الإجارة).

أما في أثناء عقد الإجارة فلا يجوز زيادة أجرة مدة سابقة استحققت أجرتها باستيفاء منفعتها، لثبوتها دينا مستقرا في ذمة المستأجر، أما أجرة المدد القادمة التي لم يحصل فيها انتفاع بالعين المؤجرة؛ فلا مانع من تعديل أجرتها باتفاق الطرفين^١.

وبعض الاجتهادات الشرعية تشترط ألا تراعى المبالغ المتأخرة (إن وجدت) في المدة السابقة عند تعديل الأجرة^٢.

ويلاحظ هنا من أبرز إشكالات عقد الإيجار التمويلي ما يتعلق بالأجرة المعجلة (الدفعة المقدمة) والأجرة المؤجلة (الدفعة الأخيرة)، ولاسيما إذا كانت عالية جدا أو ما يسمى بدفعة البالون (Balloon Payment)، وضرورة العناية عند صياغة العقود بتحديد وقت استحقاق كل منهما، ولحظة استقرارها دينا في ذمة المستأجر. فلهذا أثر شرعي فيما لو احتاج المستأجر إلى إعادة جدولة الأجرة لاحقا، فإن المعتد به شرعا هو وقت الاستحقاق وليس وقت السداد، فقد يمهّل المؤجر المستأجر في آجال سداد الأجرة مع استيفاء المنفعة واستحقاق الأجرة وثبوتها دينا مستقرا في ذمته^٣.

^١ المعايير الشرعية، معيار الإجارة، بند ٥/٢/٥.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٣٨٢) عام ٢٠١٢.

^٣ ينظر مثلا في مشكلات الدفعة المقدمة (الأجرة المعجلة): معيار الإجارة بند ٦/٢، فتوى ندوة البركة (١٥/٧/ج)، حولية البركة العاشرة

وأما بعد انتهاء مدة الإجارة، فلا مانع من إنشاء عقد جديد مقابل منفعة جديدة، على ألا تكون الدفعة الأخيرة التي لم يتمكن العميل من سداها (أجرة مؤجلة) قد ثبتت دينا في ذمة العميل، وإنما تكون الدفعة الأخيرة (ثمن تملك) لم يثبت بعد دينا في الذمة، فلا مانع من تمديد عقد الإجارة حينئذ^١.

وبعض الاجتهادات الشرعية تشترط ألا تراعى المبالغ المتأخرة في ذمة العميل في حساب الأجرة للمدة الجديدة، بل تبقى دينا في ذمة العميل، ويكون حساب الأجرة للمدة الجديدة مماثلاً للمدة السابقة؛ لئلا يكون ذلك حيلة للزيادة على ما ثبت في ذمة العميل مقابل التأخر^٢.

وبعض الاجتهاد الشرعية تأخذ بشيء من التفصيل؛ فإن كانت الدفعة الأخيرة (أجرة مؤجلة) يرغب العميل تأجيلها، فيجوز تمديد عقد الإجارة على أن تحسب أجرة المدة الجديدة، بما لا يزيد على قدر حساب أجرة المدة السابقة؛ منعا لشبهة احتساب مقابل على تأجيل الدفعة الأخيرة^٣. ما لم يتفق الطرفان على تخفيض الدفعة الأخيرة (الأجرة المؤجلة) بقدر ما يتمكن العميل من دفعه، ثم يمدد عقد الإجارة عندئذ، وفي هذه الحال لا مانع من احتساب الأجرة الجديدة بقدر أعلى؛ لأن هذا ليس مقابل تأجيل الأجرة السابقة^٤.

المطلب الرابع: إعادة التمويل بالسلم:

صورة المسألة:

عندما يكون على العميل دين قائم ويرغب في إعادة التمويل، فيستخدم الدائن أسلوب التمويل بالسلم لهذا الغرض، فيعقد مع العميل عقد سلم مستقل، وينشأ في ذمة العميل دين جديد (المسلم فيه)، ويمكن المشتري (الدائن) العميل من رأس مال السلم، ثم يسدد العميل بهذا المبلغ دينه القائم. وقد يوكل الدائن العميل ببيع المسلم فيه عند حلول أجله.

ويتوجه فيها احتمالان:

ص ٢١٣، فتاوى أعيان للإجارة ١/٢٣٢ و ٢٣٤ و ٢٦٥ و ١٧٣/٢ و ٢٠٣.

^١ المعايير الشرعية، معيار الإجارة، بند ٦/٢/٧، فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١/١٣١ و ١٧٢، قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٧١) عام ٢٠١٣، مجلة الجمعية الفقهية السعودية العدد الحادي عشر ص ١٩٣.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٥٩٧) عام ٢٠١٤.

^٣ قرار الهيئة الشرعية لمصرف أبو ظبي الإسلامي رقم (١١/٣/٢٠٠٦-١) عام ٢٠٠٦.

^٤ قرار الهيئة الشرعية لمصرف أبو ظبي الإسلامي رقم (١١/٤/٢٠٠٩-٢) عام ٢٠٠٩.

الاحتمال الأول: المنع.

ومستند هذا القول: أن هذه المعاملة من قلب الدين الممنوع. جاء في معيار السلم ٤/١/٣: "لا يجوز أن يكون الدين رأس مال السلم، مثل جعل القروض النقدية أو ديون المعاملات المستحقة التي للمؤسسة على العميل رأس مال سلم". ويجاب بأن الدين لم يكن محلاً للعقد الأول، وإنما أنشئ عقد سلم جديد، ثم جرت مقاصة بين المالين بلا شرط أو إجبار.

الاحتمال الثاني: الجواز.

وهذا الذي عليه بعض علماء نجد المتأخرين، كما سبق نقله في المبحث الثاني، بشرط قبض المدين المبلغ الذي استخدم في صيغة المعاملة وتمكينه منه. وهذا ما جاء في اجتهاد بعض الهيئات الشرعية، ونص المقصود منه: "لم يظهر للهيئة مانع من إبرام عقد سلم، وتحديد رأس مال السلم، ولكن بدلا من دفعه إلى المسلم إليه (البائع) تتم المقاصة بينه وبين مستحقات البنك (المشتري بالسلم) على العميل، على أن يتم تسليم رأس المال أولا أو تمكينه من تسلمه. أما توكيل البنك للعميل (البائع بالسلم) فإنه أيضا لا مانع من أن يبيع العميل (الوكيل عن البنك) السلع المسلم فيها بثمن يراعي فيه مقدار الربح الفائت من المديونية إذا أمكنه ذلك، ولكن لا يلزم العميل بتحمل الفرق بين سعر السوق والسعر الذي طلبه البنك"^١.

^١ فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١/٩٦.

المطلب الخامس: إعادة التمويل بالمضاربة.

صورة المسألة:

قد يعتمد بعض الممولين إلى جعل الدين الذي تأخر العميل في سداده، حصة له في أحد مشاريع العميل وأنشطته التجارية، فتكون منسوبة لجميع قيمة المشروع، وتطبق عليها حينئذ أحكام المضاربة^١.

حكم المسألة:

يجري على هذه المسألة الحكم في شرط كون رأس مال المضاربة عيناً لا ديناً، وهي مسألة مبسطة ليس هذا محلها، والمذاهب الأربعة على منع كون الدين رأس مال في المضاربة^٢.

ولو قيل بجواز جعل رأس مال المضاربة ديناً، كما هو عمل كثير من المؤسسات المالية الإسلامية بالسماح بتحويل الحساب الجاري (وهو قرض على المشهور) إلى حساب استثماري (وهو مضاربة في الغالب)^٣؛ فهل يقال بالجواز هنا؟ احتمالان:

الاحتمال الأول: المنع.

ومستند هذا الاحتمال: أن مناط فقهاء المالكية في المنع من جعل رأس مال المضاربة ديناً، أنه ذريعة لربا الديون، فيكون عقد المضاربة حينئذ حيلة على الربا، وذلك بمحابة المدين للدائن في تحديد نصيبه من الربح. فبعد أن ذكر فقهاء المالكية شرط أن يكون رأس مال المضاربة نقداً، دون العرض والدين والرهن والوديعة، عللوا منع الدين بقولهم: "أما الدين فلأنه يتهم على أنه أخره ليزيده فيه"^٤.

الاحتمال الثاني: الجواز^٥.

ومستند هذا الاحتمال: أن يقال بالجواز إذا كان بربح المثل؛ لانتفاء المحابة وزوال مناط المنع حينئذ، كما في بعض الاجتهادات المعاصرة التي ترى جواز اجتماع سلف وبيع إذا انتفت المحابة في ثمن البيع^٦.

^١ قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ٦٣٠/٢.

^٢ الموسوعة الفقهية ٤٨/٣٨، معيار المضاربة ٣/٧.

^٣ حولىة البركة الثالثة ص ٧٠، فتوى البركة (٣/١٩).

^٤ الشرح الصغير ٦٨٤/٣.

^٥ قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي رقم (٥/١٥) عام ١٩٩٨ م. قرارات هيئة الأهلي ٦٣٠/٢.

^٦ الضوابط المستخلصة (٥٩٥).

المطلب السادس: المراجحات المتتالية.

وقد تسمى المراجحات المتتابة، أو المراجحات المتجددة، أو تجديد المراجعة، أو المراجعة الدوارة^١، أو المراجعة المدورة^٢، أو التورق المدار^٣، أو التمويل المتعدد^٤، أو التورق المتكرر^٥.
ويستخدم هذا المصطلح على صورتين في الممارسات والتطبيقات العملية، إحداهما ليست مقصودة بالبحث هنا، وأشير إليها دفعا للالتباس:

الفرع الأول: المراجحات المتتالية التي لا يسدد فيها دين المراجعة السابقة من حصيللة المراجعة التالية:

والمقصود بها هنا صفقات مراجعة (تورق) متتالية باعتبارها بديلا شرعيا عن القرض الدوار التقليدي (Revolving Credit). وهو وصف لطريقة استخدام القرض الذي يتاح سحبه للعميل بالشروط نفسها كلما سده من مصادره الخاصة، فلا يتاح للعميل استخدام السقف مرة أخرى إلا بعد سداده من مصادره الخاصة.

والغرض من هذا المنتج توفير المرونة لبعض الأعمال التجارية دون الحاجة إلى تكرار أخذ الموافقات الائتمانية، ولذا عادة ما يستخدم في تمويل المنشآت التجارية^٦.

وهذه الصورة غير مقصودة بالبحث، ولا تستخدم لإعادة التمويل؛ لأن من شروطها أن يسدد العميل دين الصفقة السابقة من عوائد نشاطه التجاري.
والأصل في هذا البديل الشرعي الجواز بشرط الالتزام بضوابط المراجعة المعروفة، ومن ذلك ألا يتولى الممول طرفي العقد^٧.

^١ الندوة الفقهية العاشرة لملتقى علماء الشريعة الدولي في ماليزيا عام ٢٠١٥.

^٢ ملتقى المراجعة بريح متغير ص ٢٧٣.

^٣ ملتقى المراجعة بريح متغير ص ٦٢.

^٤ قرارات الأهلي ١/١٩١.

^٥ فتاوى أعيان ٢/١٥١.

^٦ قاموس أركايبنا للعلوم المصرفية والمالية ص ٧٠٦.

^٧ المعايير الشرعية، معيار المراجعة، فتوى البركة رقم ٧/٩، قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ٢١٧/١ و ٤١٦ و ٥٦٦، الضوابط المستخلصة رقم (٨٢).

وقدر رأيت بعض الاجتهادات الشرعية الاحتياط بالاحتراز من المحذور؛ فاشتطت "ألا يتخذ التسهيل الدوار وسيلة لسداد مديونية للمصرف على العميل، وهي إحدى صور قلب الدين الممنوع"^١.

الفرع الثاني: المراجحة المتتالية التي يسدد فيها دين المراجحة السابقة من حصيللة المراجحة التالية:
أولاً: صورة المسألة:

أن العميل إذا رغب في تمويل بالمراجحة طويل الأجل بعائد متغير لمدة ١٠ سنوات مثلاً، والسداد على ٢٠ قسطاً كل ٦ أشهر. فإنه يعمد إلى توقيع عقد مراجحة مع البنك بجميع مبلغ التمويل بهامش ربح التمويل وقت تنفيذ العملية، على أن يحل جميع الثمن في نهاية القسط الأول، فإذا حل الأجل سدد العميل من مصادره الخاصة ما يماثل القسط الأول فقط، وأما باقي الدين فيسدده من حصيللة مارجحة تالية جديدة تنفذ بهامش ربح التمويل وقت تنفيذها^٢.

ولا تستخدم هذه المعاملة في الممارسة والتطبيق في عمل المؤسسات المالية الإسلامية فيما وقفت لإعادة التمويل حسب المفهوم الفني، وإنما تستخدم بديلاً شرعياً للربح المتغير الممنوع وفق قرارات المجامع الفقهية والمعايير الشرعية وعامة الفقهاء المعاصرين، فلا يصح ربط ثمن المراجحة المؤجل بمؤشر كلفة التمويل^٣. وهذه الصورة المقصودة بالبحث، ودفعاً لالتباسها بالصورة السابقة، جاء في بعض الممارسات والتطبيقات في الموافقات الائتمانية ترجمتها إلى مصطلح مغاير ضبطاً للمعاملة ودفعاً للإيهام، وذلك بوصف معاملة المراجحة بأنها: (Subsequent) وتعني التالية أو اللاحقة، بدلاً من: (Revolving) وتعني المتجددة^٤.

ثانياً: حكم المسألة:

مع أن هذه المعاملة لا تستخدم لإعادة التمويل، وإنما الغرض منها الوصول للربح المتغير، إلا أن الأسلوب المستخدم فيها جعلها تدخل في صورة قلب الدين عند بعض الفقهاء المعاصرين؛ لذا اختلف فيها على قولين:

^١ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٤) عام ٢٠٠٩.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد في الاجتماع رقم (٤٥٠) عام ٢٠١٤ م.

^٣ المعايير الشرعية، معيار المراجحة، قرار مجمع الفقه الدولي، وقرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي.

^٤ الهيئة الشرعية لبنك البلاد عام ٢٠١٦.

القول الأول: المنع^١.

ومستند هذا القول: اشتغالها على صورة قلب الدين الممنوع، بغض النظر عن يسار العميل وملاءته أو غرضه من هذه العملية. كما أنها حيلة على الربح المتغير وهو ممنوع.

القول الثاني: الجواز^٢.

ومستند هذا القول: أن الغرض من هذه المعاملة هو الحصول على تمويل بالمراجحة بعائد متغير، فليس العميل معسرا ولا عاجزا عن السداد، ولا أدل على ذلك من اختياره حلول جميع المديونية في القسط الأول. يقول د. حسين حامد حسان: "في هذه الحال لا توجد تهممة أو ذريعة الربا، لأن المدين موسر، وليس قصده التأجيل، في مقابل زيادة مستترة، بل له غرض آخر، هو أن يكون عائد التمويل متغيرا، باعتبار هذا الآلية طريقة للتحوط، وهو من باب تقديم المئنة على المظنة"، ثم قال: "لا أرى جواز قلب الدين على المدين الموسر، إلا إذا انتفى بشكل قاطع أن الغرض من المعاملة الجديدة هو مجرد سداد المعاملة القائمة... وإنما الغرض هو التمشي مع تكلفة التمويل في السوق، خاصة في التمويل متوسط وطويل المدة"^٣.

وبعض من يرى الجواز وضع ضوابط لئلا تؤول هذه المعاملة إلى محذور، ومن تلك الضوابط^٤:
ألا يشترط تنفيذ المراجحة الجديدة في المراجحة السابقة، وألا يلزم العميل بسداد دين المراجحة السابقة من حصيلة المراجحة التالية بشرط أو إجراء في حكم الشرط.

أن يكون تنفيذ المراجحة التالية قبل تاريخ استحقاق دين المراجحة السابقة.

ألا يزداد في نسبة ربح المراجحة التالية عن التغير في المؤشر دفعا للغبن.

ألا يكون العميل معسرا.

^١ قرار هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة أعيان للإجارة والاستثمار رقم (٢١/٣) عام ٢٠٠٤، فتاوى أعيان ١٥١/٢، ملتقى المراجحة
الربح المتغير ص ٦٣.

^٢ رأي هيئة البنك الأهلي ١٩١/١ و٢٢٣، وهيئة بنك البلاد كما سبق، ود. حسين حامد حسان في بحث قلب الدين (فسخ الدين بالدين) ص ١١ و ١٧ من أعمال الندوة الفقهية العاشرة لملتقى علماء الشريعة الدولي في ماليزيا عام ٢٠١٥.

^٣ بحث قلب الدين (فسخ الدين بالدين) ص ١١ و ١٧.

^٤ قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد في الاجتماع رقم (٤٥٠) عام ٢٠١٤م، توصية الندوة الفقهية العاشرة لملتقى علماء الشريعة الدولي في ماليزيا عام ٢٠١٥.

المطلب السابع: المراجعة الطويلة والمراجحات القصيرة:

أولاً: صورة المسألة:

أن العميل إذا رغب في تمويل بالمراجعة طويل الأجل بعائد متغير لمدة ١٠ سنوات مثلاً، والسداد على ٢٠ قسطاً كل ٦ أشهر. فإنه يعتمد إلى توقيع عقد مراجعة طويل مع البنك بأصل مبلغ التمويل مع ربح فترة القسط الأول فقط، ثم في نهاية كل قسط تنفذ مراجعة قصيرة بهامش ربح التمويل وقت تنفيذها وتكون مدتها مدة القسط القادم لتغطية ربح تلك الفترة، وهكذا تنفذ المراجحات القصيرة تباعاً حتى نهاية الأقساط. وهذه المعاملة كالمعاملة السابقة لا تستخدم لإعادة التمويل حسب المفهوم الفني، وإنما تعد بديلاً شرعياً للربح المتغير في التمويل بالمراجعة، وذلك بتقسيم المعاملة إلى عقد مراجعة واحد طويل لتغطية أصل الدين، وعقود مراجعات قصيرة لتغطية العوائد المتغيرة كل مدة.

ثانياً: حكم المسألة:

اختلف في حكم هذه المعاملة على قولين:

القول الأول: الجواز^١.

ومستند هذا القول: الأصل بالإباحة، وعدم اشتغالها على محذور شرعي، وليس في هذه المعاملة صورة قلب الدين، وإن كانت تحتمله؛ لذا فبعض من أجازها ضبطها بالألا تؤول إلى ذلك، ومن ذلك عدم الإلزام بالدخول في عمليات المراجحات القصيرة، و"ألا تستخدم أي معاملة مراجعة لاحقة ستارا لأمر ممنوع شرعاً؛ كأن تكون لسداد دين سابق على المدين نفسه"^٢.

القول الثاني: المنع^٣.

ومستند هذا القول: أنها حيلة على الربح المتغير وهو ممنوع.

^١ قرار الهيئة الشرعية لبنك كريدت أكري كول، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء (٢٧٣) عام ٢٠١١ م.

^٢ قرار هيئة الإنماء (٢٧٣) عام ٢٠١١ م.

^٣ رأي الهيئة الشرعية لبنك البلاد بالأغلبية عام ٢٠١٣ م.

المطلب الثامن: إعادة التمويل مع غير الدائن:

الفرع الأول: إذا كانت إعادة التمويل مع غير الدائن وبلا ترتيب منه:

فالذي يظهر هنا الجواز؛ لانتفاء التهمة والحيلة والمواطأة، ولم أقف على من منع هذه الصورة، أو يفهم منه ذلك لعلة قلب الدين؛ سوى ما سبق النقل فيه عن الشيخ عبدالرحمن بن سعدي، وسبق توجيه قوله، ونص المقصود من قوله: "أعظم أنواع الربا قلب الدين على المدينين... فلو قال... تقتض لي لأجدد ذلك الدين بعد الوفاء، فقد تجرأ على إثم عظيم، فإن المقصود بذلك مضاعفة في ذمة المدين بذلك التحيل الذميمة، فإنه لولا قصد الوفاء ما استدان منه ديناً جديداً، ولو علم المقرض أن قرضه لا يحصل له عاجلاً لما أقرضه قليلاً ولا كثيراً".

ويدخل في هذا الفرع (مناقلة المديونيات) و(صكوك المحافظ) كما سيأتي في المطلبين القادمين، وغني عن البيان أن الجواز مقيد بانتفاء محذورات المعاملات الأخرى.

الفرع الثاني: إذا كانت إعادة التمويل مع غير الدائن بترتيب منه:

أولاً: صور المسألة:

لهذه المسألة وهي ترتيب الدائن الأول ديناً لعميله المدين من دائن غيره؛ عدة صور منها:

مطلق الترتيب والمواطأة بين الدائن الأول والثاني.

وجود علاقة ملكية غير غالبية بين الدائن الأول والدائن الثاني.

وجود علاقة توكيل من الدائن الثاني للدائن الأول بتنفيذ التمويل مع العميل (نيابة عن الدائن الثاني) مع

ضمان الدائن الأول العميل تجاه الدائن الثاني.

وجود إعادة تمويل متبادل، فتعتمد بعض المؤسسات المالية الإسلامية إلى التفاهم فيما بينها لتجاوز صورة

قلب الدين مع عملائها، وذلك بترتيب التعامل على أن تعيد المؤسسة تمويل عملاء نظيرتها، في مقابل أن

تعيد تلك المؤسسة تمويل عملاء المؤسسة الأولى.

منح الدائن الأول الدائن الثاني عوضاً مقابل منحه المدين تمويلاً لسداد الدين القائم، وقدر هذا العوض

هو القدر المعفى من دين تمويل العميل بسبب السداد المبكر أو ما يسمى (جائزة السداد المبكر لطرف

ثالث^١، ثم بعد السداد يمنح الدائن الأول العميل تمويلا جديدا يسدد منه للدائن الثاني. وجود علاقة توكيل من الدائن الثاني للدائن الأول بتنفيذ التمويل مع العميل (نيابة عن الدائن الثاني)، وإحالة الدائن الأول على حصيلة التمويل الجديد، فيكون العميل حينئذ مدينا للدائن الثاني، ثم يمنح الدائن الأول العميل تمويلا ثانيا جديدا لسداد دين الدائن الثاني، وإحالة الدائن الثاني على حصيلة التمويل الثاني الجديد، فيعود العميل حينئذ كما كان مدينا للدائن الأول بدين جديد^٢.

ثانيا: حكم هذه الصور:

قد يتعذر بيان حكم مجمل لهذه الصور، ولذا قد يكون يناسب بيان الآراء في ذلك وفق الاتجاهات الآتية التي نصت على جميع الصور أو بعضها:

الاتجاه الأول: منع الترتيب المطلق من الدائن الأول.

فجميع الصور المذكورة ممنوعة ما دامت بترتيب من الدائن الأول؛ كما هو ظاهر قرار الجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، ونص المقصود منه: "يعد من فسخ الدين في الدين الممنوع شرعا كل ما يفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل أو يكون ذريعة إليه... ويدخل في المنع ما لو كان إجراء تلك المعاملة بين المدين وطرف آخر غير الدائن إذا كان بترتيب من الدائن نفسه، أو ضمان منه للمدين من أجل وفاء مديونيته"^٣.

والذي يظهر أن المنع جار على أصول الملكية أيضا، فهم يمنعون المنفعة المأخوذة من المقترض ولو لغير المقرض؛ ففي بلغة السالك في الصور الممنوعة في منفعة القرض: "ومن ذلك فرع مالك، وهو أن يقول شخص لرب الدين: أخرج الدين وأنا أعطيك ما تحتاجه؛ لأن التأخير سلف. نعم إن قال له: أخره وأنا أقضيه عنه جاز"^٤. وعادة ما يشتمل التمويل الجديد (الذي جاء بترتيب من الدائن الأول) على زيادة سيتحملها المدين، لصالح الدائن الجديد.

الاتجاه الثاني: جواز مطلق الترتيب من الدائن الأول.

^١ قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ١/١٧٠.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (١٠٧٠) عام ٢٠١٥.

^٣ قرار الجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بشأن فسخ الدين في الدين، الدورة ١٨ في شهر إبريل ٢٠٠٦م.

^٤ بلغة السالك ٢٩٥/٣.

قال د. نزيه حماد: "الذي أراه سائغا في النظر الفقهي أن تعمد المؤسسة المالية الإسلامية إلى الاتفاق مع العميل على ترتيب أمر حصوله على سيولة مالية تعدل مقدار دينه الذي حل أجله ليوفيه، ولو كلفه ذلك زيادة على المبلغ الذي سيحصل عليه من أجل وفاء دينه، وذلك بغض النظر عن كون المدين موسرا أو معسرا، بشرط أن لا تعود هذه الزيادة بوجه من الوجوه للدائن".^١

وقال د. عبدالله طاهر: "إعادة التورق من غير البائع الأول جائز مطلقا، ولو كان بترتيب من البائع الأول... لأن الدين الثاني سيكون في ذمة المدين لدائن أجنبي عن الأول، وليس في ذلك قلب للدائن ولا عينة ولا ربا ولا معنى آخر يقتضي المنع".^٢

وأصحاب هذا الاتجاه على جواز مطلق الترتيب من الدائن الأول، ولا يشمل بالضرورة جواز الترتيب المطلق من الدائن الأول كأن يكون بضمانه، أو مع مبادلة الإعادة، ويحتمل قولهما المنع؛ لأنه التبادل ذريعة إلى عود الزيادة على الدائن الأول، كما يحتمل قولهما الجواز؛ لأن هذه الزيادة ليست من المدين نفسه.

الاتجاه الثالث: منع إعادة التمويل المتبادل.

قال ابن سعدي: "ومن أنواع الحيل المحرمة في قلب الدين أن يتواطأ اثنان على معاملة ثالث وتدينه، فكلما حل عليه دين أحدهما استدان من الآخر وكفله، وليست هذه من الكفالة الصحيحة التي يصحها الفقهاء؛ لأنه لم يكفل إلا بهذا الشرط المعروف بينهما، فهذا ربا صريح يتداوله الفريقان".^٣

وقال ابن عثيمين في رسالة المدائنة: "من المدائنة أن يكون لشخص على آخر دين، فإذا حل قال له: إما أن توفي دينك أو تذهب لفلان يدينك وتوفيني، ويكون بين الدائن الأول والثاني اتفاق مسبق في أن كل واحد منهما يدين غريم صاحبه ليوفيه ثم يعيد الدين عليه مرة أخرى ليوفي الدائن الجديد. أو يقول: اذهب إلى فلان لتستقرض منه وتوفيني، ويكون بين الدائن الأول والمقرض اتفاق أو شبه اتفاق على أن يقرض المدين. فإذا أوفى الدائن الأول قلب عليه الدين، ثم أوفى المقرض ما اقترض منه. وهذه حيلة

^١ في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة ص ١٣٧ و ١٣٨.

^٢ العقود المضافة إلى مثلها ص ١٦٧.

^٣ الفتاوى السعودية ص ٣٥٢.

لقلب الدين بطريق ثلاثية^١.

ولم أقف على رأي أصحاب هذا الاتجاه في حكم ما إذا كان بلا ضمان ولا مبادلة، أو ضمان بلا مبادلة، أو كان بينهما علاقة ملكية ليست غالبية.

الاتجاه الرابع: منع ضمان الدائن الأول العميل المدين تجاه الدائن الثاني:

جاء في اجتهاد بعض الهيئات الشرعية: "لا يجوز للمؤسسة ضمان عميل حل عليه دين للمؤسسة، لدى جهة يفترض العميل منها مبلغا يزيد على الدين الذي للمؤسسة على العميل، وذلك لسداد الدين المستحق للمؤسسة، لما في ذلك من التحايل على الربا المحرم؛ لأن هذه الصورة في نتائجها السلبية تماثل عملية إما أن تقضي وإما أن تربى، والفرق بين الصورتين هو تغيير الدائن فقط"^٢.

الاتجاه الخامس: منع دفع الدائن الأول عوضا للدائن الثاني مقابل تمويله المدين:

وصدر بالمنع قرار بعض الهيئات الشرعية^٣.

الاتجاه السادس: جواز توكيل الدائن الثاني للدائن الأول بتنفيذ التمويل الجديد، وإحالة الدائن الأول

على حصيلته، ثم منح الدائن الأول العميل تمويلا ثانيا جديدا، وإحالة الدائن الثاني على حصيلته: وصدر بالجواز قرار بعض الهيئات الشرعية^٤، مع مراعاة عدد من الضوابط التي تضبطها لثلا تؤول إلى محذور، ومن ذلك: (١) أن يكون الدائن الأول مستقلا عن الدائن الثاني، و(٢) ألا يكون فيه تبادل لإعادة التمويل، فلا يعيد الدائن الأول تمويل عملاء الدائن الثاني، و(٣) أن تكون الوكالة بأجرة المثل، و(٤) ألا يزداد في ثمن التمويل الجديد (الذي ينفذه الدائن الأول وكالة عن الدائن الثاني) على ثمن المثل الذي ينفذه الدائن الثاني بنفسه لعملائه، و(٥) أن يسمى العميل أمام الدائن الثاني والعكس كذلك، و(٦) ألا يتولى الدائن الأول طرفي عقد من عقود المعاملة.

^١ مجموع فتاوى ورسائل ٥٨٨/٢٩.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٣٠٣) عام ١٩٩٨، قرارات هيئة الراجحي ٤٦١/١.

^٣ قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي رقم (١/٦٥) عام ٢٠٠٣، قرارات هيئة الأهلي ١٧١/١.

^٤ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (١٠٧٠) عام ٢٠١٥.

المطلب التاسع: مناقلة المديونيات.

الفرع الأول: صورة المعاملة:

أولاً: الصورة التقليدية لمناقلة المديونيات:

تجري هذه المعاملة وفقاً للأسلوب التقليدي بأن يكون الدين محلاً للعقد الجديد، إذ يشتري البنك الدين النقدي للعميل على بنك آخر بنقد حال، عن طريق ما يسمى بتحويل الرصيد^١. وقد ألزمت مؤسسة النقد العربي السعودي البنوك التجارية العاملة في المملكة بأن تكون مناقلة المديونيات عن طريق نظام التحويل (سريع) بدلاً من الشيكات المصرفية كما كان العمل به في السابق، فتحول المبالغ لحساب موحد لهذه المعاملات بتميز خاص لكل عملية.

ويدخل من ضمن المعاملة التقليدية أيضاً تداول صكوك المراجعة، وبيع محافظ الديون المحضنة أو الغالبة المقصودة.

وحكم مناقلة المديونيات بالأسلوب التقليدي بأن يكون الدين محلاً للعقد (ومن ذلك تداول صكوك المراجعة وبيع محافظ الديون الغالبة المقصودة) أنه من بيع الدين لغير من هو عليه، فإن كان الدين مؤجلاً وبيع بثمن مؤجل فهو ممنوع بالإجماع، وهو من بيع الكالئ بالكالئ. وأما إن كان بثمن حال فيجب الالتزام بشروط الجواز ومنها تجنب الغرر وربا البيوع بآلا يباع الدين النقدي بجنسه إلا متماثلاً^٢. ولما كان هذا الشرط متعذراً في عمل المؤسسات المالية الإسلامية؛ فإن مناقلة المديونيات بالأسلوب التقليدي حينئذ ممنوعة.

ثانياً: البدائل الشرعية لمناقلة المديونيات:

أما في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية فإن مناقلة المديونيات يكون ببدائل وصور وأساليب؛ منها: مناقلة مديونية المراجعة.

مناقلة مديونية الإجارة التمويلية.

إصدار صكوك لإطفاء صكوك قائمة.

^١ ضوابط التمويل الاستهلاكي، مؤسسة النقد العربي السعودي، المادة (١٢).

^٢ قضائياً فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٠٢ و ٢٠٧ و ٢٠٩ و ٢١٧.



برنامج ضامن لدى صندوق التنمية العقارية.

إعادة التمويل بالحوالة.

وجميع هذه الصور فيما أعلم يتعذر معها تواطؤ الممولين فيما بينهم، لبعد التهمة في ذلك، بسبب المنافسة بين جهات التمويل في استقطاب العملاء، فتدخل حينئذ في صور (إعادة التمويل مع غير الدائن وبلا ترتيب منه) كما سبق.

الفرع الثاني: أحكام البدائل الشرعية لمناقلة المديونيات:

أولاً: مناقلة مديونية المرابحة.

وذلك بأن يكون لدى العميل دين من تمويل بالمرابحة لدى جهة تمويل، ويرغب في نقل دينه إلى ممول آخر، فيوقع عقد مرابحة مع الممول الجديد بقدر المتبقي من دين الممول الحالي، ثم يسد دين الممول الحالي من حصيلة المرابحة الجديدة المنفذة مع الممول الجديد، ويكون السداد بواسطة شيك مصرفي أو حوالة مصرفية لحساب الممول الحالي، ولا يظهر في هذه الصورة محذور شرعي^١.

ثانياً: مناقلة مديونية الإجارة التمويلية:

وذلك بأن يكون على العميل تمويل بالإجارة التمويلية، ويرغب في نقل دينه إلى ممول جديد، ويكون ذلك بشراء الممول الجديد (بناء على طلب العميل) الأصل الممول بالإجارة التمويلية، وذلك بثمن يعادل مبلغ التملك المبكر، ثم يبيع الممول الجديد الأصل للعميل بالمرابحة أو يموله بالإجارة التمويلية إما باستمرار عقد الإجارة القائم، أو بفسخ العقد باتفاقهما وإنشاء عقد إجارة جديد^٢.

ولا يظهر في هذه الصورة محذور شرعي، إذ إن محل العقد هو الأصل المحمل بعقد الإجارة، وسبق بيان جوازه.

وإنما الذي قد يكون محل مناقشة هو أن يكون ثمن الشراء معادلاً لمبلغ التملك المبكر، وهذا قد يرد عليه صورية العقد وتداول الدين؛ فالبيع وقع بثمن يختلف عن سعر العقار في السوق على نحو كبير، والموقف من هذا التعامل فيه اتجاهات:

^١ قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (١١١) عام ٢٠٠٨، ورقم (١١١/أ) عام ٢٠١١، وقرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي رقم

(٢/١٤٩) عام ٢٠١١، قرارات هيئة الأهلي ١/١٩٠.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لشركة دويتشه الخليج للمساكن رقم (١٢) عام ٢٠١١، وقرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٦٦/و) عام ٢٠١٢.

الاتجاه الأول: المنع.

ومستند هذا الاتجاه: أن إنقاص ثمن الشراء فيه شبهة أخذ عوض مقابل حوالة الديون، فلا بد أن يكون شراء الأصل المؤجر بسعر السوق^١.

الاتجاه الثاني: الجواز.

ومستند هذا الاتجاه: أن الشراء يعد حقيقياً تترتب عليه آثار الملك كالهلاك وتحمل تبعته، فليس من قبيل مناقلة المديونيات بالأسلوب التقليدي، ولا مانع حينئذ من شراء الأصل بثمن يعادل مبلغ التملك المبكر، فإن المتبقي من أقساط الأجرة هو سعر السوق للأصل المؤجر إجارة تمويلية، بسبب وجود وعد المستأجر بالتملك^٢.

الاتجاه الثالث: التفصيل.

فيدفع الممول الجديد للممول السابق قدر مبلغ التملك المبكر، وأما الفرق بين مبلغ التملك المبكر وبين سعر الأصل في السوق فيدفعه الممول الجديد للعميل، وذلك مقابل تنازل العميل عن حقه في تملك الأصل^٣.

ثالثاً: إصدار صكوك لإطفاء صكوك قائمة:

يحصل في بعض إصدارات الصكوك أن يكون غرضها إطفاء صكوك قائمة، لأسباب مختلفة منها رغبة المصدر في الاستفادة من انخفاض مؤشر التمويل بسبب ارتفاع السيولة في السوق، أو لاستمرار حاجته إلى السيولة.

ولا يظهر في هذه الصورة محذور شرعي؛ لانتفاء التهمة بين الدائن الأول (حملة الصكوك القائمة)، والدائن الثاني (حملة الصكوك الجديدة) بسبب طبيعة الأسواق المنظمة.

رابعاً: برنامج ضامن لدى صندوق التنمية العقارية:

من صور مناقلة المديونيات ما يسمى (برنامج ضامن) لدى صندوق التنمية العقارية في السعودية، وصورته أن الصندوق يضمن لجهة التمويل دفع القرض المستحق للمواطن، الذي سبق أن حصل على تمويل عقاري

^١ فتاوى أعيان ١٥/٢ و ٧٥.

^٢ بيان المجلس لشرعي بشأن الصكوك، والمعايير الشرعية، معيار السيولة بند ٥/٢/٤، وقرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٦٦/و).

^٣ قرار الهيئة الشرعية لشركة دويتشه الخليج للمساكن رقم (١٢) عام ٢٠١١.

من جهة التمويل، على أن يسجل العقار باسم العميل ويهرن للصندوق، ويتحمل العميل الفرق بين الدين الذي عليه وبين مبلغ القرض العقاري إن وجد.

ولا يظهر في (برنامج ضامن)^١ محذور شرعي، فإن الدائن سيتغير من الممول للصندوق ولو كان ذلك بترتيب واشتراط، مع مد في أجل الدين، وعدم تمكين العميل من القرض؛ لانتهاء علة المنع، وهي عدم حصول زيادة في الدين الثابت في ذمة العميل، باعتبار دين الصندوق قرضا حسنا من القروض الحكومية.

خامسا: إعادة التمويل بالحوالة:

وذلك بدخول الدائن الأول في معاملة مستقلة ينشأ عنها دين آجل، ثم يحيل الدائن الأول دائنه الجديد على مدين الدائن الأول، وعادة ما يكون ذلك في محافظ التمويل، ولاسيما في شركات التمويل التي تكثر لديها محافظ المراجعات، وتحتاج إلى إعادة التمويل (التوريق)، ولكون محفظة المراجعة ديونا محضة أو غالبية؛ فيتعذر أن تكون محلا للمعاوضة، فتتقدم شركة التمويل إلى أحد البنوك لأخذ تمويل بالبيع الآجل، مع إحالة البنك على محفظة التمويل أو بضمائها.

ومن صور إعادة التمويل بالحوالة: أن يكون لدى الممول محفظة تمويل بالمراجعة، فينشأ صندوق استثماري يشترك فيه مستثمرون، ويبيع مدير الصندوق على الممول أصلا بالأجل، ويحيل الممول الصندوق على محفظة التمويل^٢.

ولا يظهر في ذلك محذور شرعي، لا سيما إذا كانت المحفظة ديونا مستقرة في الذمة مثل المراجعات، مع الالتزام بشروط الحوالة^٣.

^١ هذا الاسم مأخوذ من معنى الالتزام العام في المعاوضات، وليس من الضمان الفقهي الذي يقصد به ضم ذمة إلى ذمة. روضة الطالبين ٤٣٠/٧، القواعد

النورانية ص ٢١٧.

^٢ قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ١/١٦٢.

^٣ المعايير الشرعية، معيار الحوالة بند ٦.

المطلب العاشر: صكوك المحافظ:

الفرع الأول: صورة المسألة:

يعد شراء المحافظ وتصكيكها من أبرز أساليب إعادة التمويل التي يختلف فيها الدائن، وتعد بديلا شرعيا لتوريق الديون، فيعمد الممول إلى التخلص من محفظته التمويلية لأسباب مختلفة كأن يوسع قدرته الائتمانية، وذلك ببيع المحفظة لأحد الممولين الأقدر منه ائتمانيا، كما في بيع شركة التمويل محفظتها لأحد البنوك^١، وكما يصكك البنك محفظته لبيعها في السوق لحملة الصكوك. وأبرز التطبيقات التي تختار هذا الأسلوب نوعان: محافظ أصول مؤجرة إيجارة تمويلية، ومحافظ خلطة من ديون وأصول مؤجرة إيجارة تمويلية.

الفرع الثاني: أحكام المسألة:

المسألة الأولى: التخريج الفقهي لصكوك المحافظ:

للتخريج الفقهي لصكوك المحافظ أثر في عدد من المسائل المرتبطة بذلك، وقد اختلف فيها على قولين: القول الأول: أنها صكوك وكالة استثمار^٢.

القول الثاني: أنها صكوك وكالة خدمات (أعمال وتصرفات)^٣، فالعمل مقتصر على إدارة المحفظة، دون استثمار أموال حملة الصكوك^٤.

المسألة الثانية: إدخال الديون ضمن خلطة الوعاء:

سبق نقل نص قرار مجمع الفقه الدولي: "من صور بيع الدين الجائزة بيع الدين ضمن خلطة أغلبها أعيان ومنافع هي المقصودة من البيع".

ومحل البحث أن الديون وإن كانت مغلوبة، إذ لا تزيد على ٤٩% في هذا النموذج؛ إلا أنها أجمعت ابتداء

^١ فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ٢٨/١، قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٧٢) عام ٢٠٠٦، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف

الإيمان رقم (١١٥) عام ٢٠٠٩، ورقم (١٨٦) عام ٢٠١٠، ورقم (٢٣٠) عام ٢٠١٠، ورقم (٢٦٠) عام ٢٠١١.

^٢ على هذا عدد من الهيئات الشرعية، فتمنع من نموذج صكوك المحافظ؛ لعدم توافقه مع الضوابط الشرعية لوكالة الاستثمار.

^٣ أصدر المجلس الشرعي معيارا للوكالة، ثم معيارا للوكالة بالاستثمار، وأكد في (نطاق معيار) الوكالة بالاستثمار أنها لا تشمل الوكالة في التصرفات.

^٤ فتاوى اللجان الشرعية لعدد من الصكوك التي صدرت وفق هذا النموذج، منها صكوك البنك الإسلامي للتنمية، وصكوك شركة آجل للتمويل، وصكوك بنك قطر الإسلامي، وصكوك بنك نور الإسلامي، وصكوك بنك دبي الإسلامي، وصكوك بنك أبو ظبي الإسلامي، وصكوك بنك الإمارات الإسلامي.

على هذا النحو، مما قد يرد عليها شبهة بيع الدين؛ قال الشيخ تقي عثمانى: "إدخال عمليات المرابحة في هذه الخلطة لا يخلو من شبهة بيع الدين"^١؛ ولذا منعت بعض الاجتهادات الشرعية هذا النموذج^٢. بينما ذهبت اجتهادات أخرى إلى الجواز إما إعمالا لمعيار التبعية إن كان للمحفظة شخصية حكومية مستقلة، أو إعمالا لمعيار الغلبة إن لم تكن كذلك. وفي جميع الأحوال فالديون في هذا النموذج مغلوقة^٣.

المسألة الثالثة: مكونات الديون:

من المسائل التي قد تشكل على هذا النموذج، تحديد مكونات الديون، فيلاحظ في بعض النماذج أنها تضع الأسهم والصكوك في مكون الأعيان (٥١%) رغم أنها أوراق مالية قد تحتوي بعض موجوداتها على ديون.

ومن ذلك أيضا منتجات تمويل المنافع وإجارة الخدمات، فهل تصنف على أنها ديون دوما باعتبار "أن إجارة الأعمال لا تكون إلا موصوفة"^٤؛ كما هو رأي بعض المذاهب الفقهية^٥، حتى ولو عينت الجهة أو الشخص الذي يقدم الخدمة، أم تصنف على أنها إجارة أعمال معينة عند تعيين الشخص^٦.

المسألة الرابعة: تضمين مدير المحفظة:

غالبا ما يشتمل هذا النموذج على توكيل البائع بإدارة المحفظة، مع ضمانه للمحفظة، أو التزامه بشرائها بالقيمة الاسمية، أو كفالاته لمديوني المحفظة. وقد يكون المدير شريكا^٧ في المحفظة، إذا كان قد باع جزءا منها، وقد لا يكون كذلك إذا باع جميعها.

أولا: تضمين المدير الشريك:

القول الأول: المنع؛ لأن ذلك من قبيل ضمان رأس مال الشركة، فهذه شركة عقد^٨.

^١ بحوث في قضايا فقهية معاصرة ٢/٢٦٤.

^٢ فتاوى أعيان ١/١٢٦، وقرار هيئة الإنماء رقم (٣٥٧) عام ٢٠١٢.

^٣ بيان المجلس الشرعي في الصكوك، معيار سوق دبي المالي للصكوك، دراسات المعايير الشرعية ٢/٩٩٥.

^٤ أحكام إصدار وتداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة ص ٢.

^٥ الشرح الصغير ٣/٩٧، الفروع ٧/١٦٣.

^٦ قرار الهيئة الشرعية لمصرف أبو ظبي الإسلامي رقم (١-٢٠٠٦/٣/٨)، أبحاث ندوة البركة الثلاثون ص ٨٢-٨٥.

^٧ يكون ذلك أحيانا متطلبا نظاميا من الجهة الإشرافية لأغراض ائتمانية.

^٨ بحوث في قضايا فقهية معاصرة ٢/٢٧٣-٢٧٦.

القول الثاني: الجواز؛ لكون هذه الشركة شركة ملك، وليست شركة عقد، وفي شركة الملك يجوز ذلك؛ لأن الشريك أجنبي عن شريكه، فهو حينئذ من قبيل ضمان الطرف الثالث^١. ويجاب بأن هذا الحكم محل وفاق، فالشريك في شركة الملك يجوز تضمينه^٢، إلا أن الخلاف هنا يعود إلى تحقيق المناط في صكوك المحافظ؛ هل هي من قبيل شركة الملك أم العقد.

ثانيا: تضمين المدير الوكيل:

القول الأول: المنع؛ لأنه من ضمان لا يصح ضمانه، فالوكيل أمين^٣، كما أنها من ضمان وكييل الاستثمار الممنوع في الاجتهادات الجماعية، ويجاب بأن هذا الحكم محل وفاق، فوكيل الاستثمار لا يجوز تضمينه^٤، إلا أن الخلاف هنا يعود إلى تحقيق المناط في صكوك المحافظ؛ هل هي من قبيل وكالة الاستثمار أم وكالة الخدمات.

القول الثاني: الجواز إذا لم تشترط الكفالة في الوكالة، وكانت الكفالة لمديوني المحفظة إن تخلفوا عن السداد، وليس ضمانا مطلقا، ولم يكن المدير هو الممول^٥. وهو هنا كذلك فيمنع حينئذ.

المسألة الخامسة: استبدال الأصول:

يتكرر في هذه المعاملة اشتراط استبدال الأصول، والغرض من ذلك ضبط تدفق التوزيعات الدورية للمحافظة على التصنيف الائتماني للصكوك، كوجود تلف أو تعثر في أحد عقود المحفظة، ثم لاحقا قد ينطوي الاستبدال على مصلحة للمصدر إذا كانت قيمة الأصول الجديدة أكثر من القديمة^٦. فإن خُرجت هذه الصكوك على أنها صكوك وكالة بالاستثمار، فشرط الاستبدال حينئذ مقبول؛ إذ إن هذا هو مقتضى الوكالة بالاستثمار. أما إن خُرجت على أنها صكوك وكالة خدمات؛ فإن كان المدير ملزما بالاستبدال بالشرط، فيشكل عليه أنه أمين. وأما إن كان الاستبدال باتفاق بين المدير والمشتري (أو وكيله)

^١ معيار سوق دبي المالي للصكوك، أعمال مؤتمر شورى الفقهي السادس بشأن تطوير المشاركة المتناقصة، ٢٠١٥.

^٢ المعايير الشرعية، معيار إعادة الشراء.

^٣ بحوث في قضايا فقهية معاصرة ٢/٢٧٦، قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (٧٢)، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٣٥٧).

^٤ المعايير الشرعية، معيار الضمانات، معيار الوكالة بالاستثمار.

^٥ المعايير الشرعية، معيار الضمانات، معيار ضمان مدير الاستثمار، بند وكييل الخدمات، فتوى البركة (٣/٩) و(د/٢/٢٨)، بحوث في

قضايا فقهية معاصرة ٢/٢٧٧.

^٦ فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١/١٣٨.

فلا يظهر ما يمنع من ذلك، على ألا يتحمل المدير أي كلفة تترتب على الاستبدال؛ لأنه أمين، ويجوز أن يكون ذلك على سبيل التبرع في حينه. مع الالتزام في جميع الأحوال بضوابط بيع الدين إذا كان الأصل المبدل ديناً.

وأما إن كان استبدال الأصول تلقائياً، فيشكل عليه أن المدير يتصرف فيما لا يملك؛ إلا إن أُخرج على تصرف الفضولي، ونُظم ذلك في العقود بأن يمنح المشتري أو وكيله مهلة، فإن لم يعترض عدّ ذلك قبولا منه، وإجازة لتصرفات المدير. كما أن المدير أمين، ومن الممنوع تضمينه فرق النقص (إن وجد) بين قيمة الأصول الجديدة والقديمة. كما أن من خيانة الأمانة استئثاره بفرق الزيادة (إن وجد).

المسألة السادسة: شراء الأصول المؤجرة بأقل من سعرها في السوق:

وسبق قريباً الإشارة إلى هذه المسألة في مسألة (مناقلة مديونية الإجارة التمويلية)، ووجه الإشكال فيها أن البيع بهذا الثمن قد يكون علامة على الصورية، وذكرت بعض الآراء فيها، ومن أقوى مناطات الجواز: أن المتبقي من أقساط الأجرة هو سعر السوق للأصول المؤجرة إجارة تمويلية.

المطلب الحادي عشر: التنازل عن عقود التمويل.

يحصل لكثير من الممولين ممن ارتبطوا بعقد تمويل، ولاسيما عقد الإجارة التمويلي أن يطرأ عليه ما يمنعه من الاستمرار في عقد التمويل، فيرغب من المؤجر (الممول) في إقالته من ذلك، فيعلق الممول موافقته على ذلك بتوافر عميل ملائم ائمانيا يتقبل عقد التمويل، بفسخ عقد الإجارة القائم، وإنشاء عقد جديد مع العميل الجديد، وقد يطلب البنك رسوما مقابل ذلك، كما قد يأخذ العميل الأول من العميل الجديد عوضا عن تنازله، ولاسيما إذا كان قد دفع في العقد دفعة مقدمة^١.

ولا يظهر في هذا التعامل محذور شرعي، وهو من قبيل فسخ العقود برضا الأطراف، فلا يجوز التنازل بلا موافقة المؤجر؛ لأن عقد الإجارة من العقود اللازمة. وأما العوض الذي يطلبه البنك، فإن كان أكثر من الخدمات الفعلية فيخرج على عوض الإقالة.

وأما العوض الذي يأخذه العميل الأول من الثاني، فيمكن تخريجه على أنه عوض عن حق العميل الأول في الاستمرار بالعقد، أو عوض امتناع عن مزاحمة، أو عوض وساطة بين الممول والعميل والثاني^٢.

^١ قرارات الأهلبي ٣٥٤/١ و٣٦٢-٣٦٤.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لمصرف أبو ظبي الإسلامي عام ٢٠٠٨.

خاتمة في نتائج البحث

بعد التأمل في حقيقة إعادة التمويل وأحكامها، والاجتهادات الجماعية الصادرة بهذا الشأن، واجتهادات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية لعدد من تطبيقات وصور إعادة التمويل، يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أولاً: حقيقة إعادة التمويل:

أنها إحلال دين محل دين آخر مع الدائن نفسه أو مع غيره أو مع غير المدين.

ثانياً: حكم إعادة التمويل:

الأصل في إعادة التمويل الصحة والجواز مع مراعاة ضوابط إعادة التمويل.

ثالثاً: ضوابط إعادة التمويل:

ألا يكون ذريعة لبيع الدين للمدين بأكثر من جنسه مؤجلاً، ومن أبرزها ألا يكون مكرهاً، ويمكن ضبط ذلك: بألا يكون الباعث لإعادة التمويل عدم قدرة المدين كأن يكون متعثراً، وإنما عدم رغبته في ذلك لغرض صحيح ولو كان الدين حالاً. ومن التطبيقات الممنوعة في ذلك: استعمال إعادة التمويل في جدولة الدين الواحد، فلا يرتفق المدين بنقد إضافي، ولا يدمج ديوناً، ولا يستفيد من انخفاض مؤشر التمويل.

ألا تشتمل معاملة إعادة التمويل على شرط جعلي يؤول لمخذور من ربا أو غرر؛ فلا يصح اشتراط الدخول في المعاملة الجديدة، أو اشتراط سداد الدين القائم من حصيلة المعاملة الجديدة، أو يجبر العميل على شيء من ذلك مما يكون في حكم الشرط. ومن التطبيقات الممنوعة في ذلك: تقييد العميل في تشغيل حساب حصيلة التمويل الجديد بحجزه، أو كشفه بقدر الدين السابق، أو وضع تعليمات عليه بحسم قدر الدين السابق، أو توقيع العميل حوالة مسبقة بقدر الدين السابق.

ألا يشتمل الثمن الآجل الجديد في إعادة التمويل على تعويض عن تأخير في الدين السابق، وإن اشتملت عملية الإعادة على رسوم فيجب حينئذ أن تكون بالكلفة الفعلية.

ألا يكون من بيع الدين لغير المدين، فلا يصح أن يكون الدين محلاً للعقد الجديد إلا بشروطه، ومن أبرزها خلو المبادلة بين الدينين من ربا البيوع والغرر، فيكون العوض حالاً من غير جنسه.

أن تكون إعادة التمويل بعقد شرعي بضوابطه، وأما الدين المعاد تمويله فلا مانع أن يكون ناشئاً عن صيغة

مداينة مباحة أو قرض ربوي.

إذا كانت إعادة التمويل مع غير الدائن ولكن بترتيب منه، فيجب (أ) أن يكون الدائن الأول مستقلاً عن الدائن الثاني فلا تربطهما علاقة ملكية غالبية أو مسيطرة، و(ب) لا يلتزم الدائن الأول بسداد دين الدائن الثاني، و(ج) لا يتبادل الدائن الأول مع الدائن الثاني عملية إعادة التمويل. موافقة الدائن عند اختلاف المدين في إعادة التمويل.

ثبت المصادر والمراجع

أحكام إصدار وتداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة، وصكوك الإجارة مع الوعد بالتملك على من اشترت منه، د. يوسف الشبيلي، الدورة العشرون لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، عام ٢٠١٢.

الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، علي البعلي، تحقيق أحمد الخليل، دار العاصمة، الطبعة الأولى عام ١٤١٨-١٩٩٨.

الاختيارات الجلية من المسائل الخلافية، مطبوع مع نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، الشيخ عبدالله البسام، مطبعة النهضة الحديثة.

أدوات إدارة مخاطر السيولة وبدائل اتفاقية إعادة الشراء في المؤسسات المالية الإسلامية، د. يوسف الشبيلي.

الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، عام ١٤١١-١٩٩٠.

الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر ابن المنذر، تحقيق صغير الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٥-٢٠٠٤.

إعادة التمويل الرهني، وأثره على المنظومة المالية والمصرفية في الجزائر، دراسة حالة شركة إعادة التمويل الرهني، عمر طالب، د. عبد الحميد غوفي.

إعادة التمويل وشروطه في المصارف الإسلامية، بدر السعوي، بحث تكميلي للماجستير في المعهد العالي للقضاء، عام ١٤٣٥هـ.

أعمال الندوة الفقهية العاشرة لملتقى علماء الشريعة الدولي في ماليزيا عام ٢٠١٥.

أعمال مؤتمر شورى الفقهي الرابع بشأن قلب الدين، شركة شورى للاستشارات الشرعية، عام ٢٠١١، وأعمال مؤتمر شورى الفقهي السادس بشأن تطوير المشاركة المتناقصة، عام ٢٠١٥.

إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام، د. يوسف الشبيلي، المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية في الكويت، عام ٢٠٠٩.

الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، مطبوع عام ١٤١٠-١٩٩٠.

بحوث في قضايا فقهية معاصرة، الشيخ تقي عثمان، دار القلم، الطبعة الثانية، عام ١٤٣٢-٢٠١١.

بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي، الشيخ عبدالله بن منيع، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٧-٢٠١٦.

- بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٦-١٩٨٦م.
بلغة السالك مطبوع مع الشرح الصغير، أحمد الصاوي، دار المعارف.
بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. أسامة اللاحم، دار الميمان وبنك البلاد، الطبعة الأولى،
عام ١٤٣٣-٢٠١٢.
تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، عام ١٩٨٣.
تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حمود، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٢-١٩٨٢.
تقنيات البنوك، د. الطاهر لطرش، مطبوع في الجزائر، عام ٢٠٠٥.
تنقيح الفتاوى الحامدية (العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية)، محمد بن عابدين، دار المعرفة.
حولية البركة الثامنة (بحث بدائل البطاقة ذات الائتمان المتجدد في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية)،
د. أسيد كيلاني، مجموعة دلة البركة، عام ١٤٢٧-٢٠٠٦.
حولية البركة العاشرة (بحث مراعاة مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال في العمل المصرفي الإسلامي)، د. حسين
حامد حسان، مجموعة دلة البركة، عام ١٤٢٩-٢٠٠٨.
خصائص حق الانتفاع وآثار نقله (بيع المنافع وبيع العقود)، د. محمد القري، المؤتمر السادس للهيئات
الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية أيوفي.
دراسات المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان وبنك البلاد،
الطبعة الأولى، عام ١٤٣٧.
دراسات في أصول المدائيات، د. نزيه حماد، دار الفاروق، عام ١٤١١-١٩٩٠.
الدرر السننية في الأجوبة النجدية، علماء نجد، جمع عبدالرحمن بن قاسم، الطبعة السادسة، عام ١٤١٧-
١٩٩٦.
الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، عام ١٩٩٤.
روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا النووي، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة،
عام ١٤١٢-١٩٩١.
السياسة النقدية بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي، د. وليد شاويش، المعهد العالمي للفكر الإسلامي،
الطبعة الأولى، عام ١٤٣٢-٢٠١١.

- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، أحمد الدردير، دار المعارف.
الشرح الكبير على مختصر خليل، أحمد الدردير، دار الفكر.
ضوابط التمويل الاستهلاكي، مؤسسة النقد العربي السعودي، ١٤٣٥-٢٠١٤.
الضوابط المستخلصة، الهيئة الشرعية لبنك البلاد، دار الميمان، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٤-٢٠١٣.
الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، تحقيق نايف الحمد، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٨.
العقود المضافة إلى مثلها، د. عمر طاهر، دار أشبيليا، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٤-٢٠١٣.
الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، د. الصيق الضرير، دار الجليل والدار السودانية للكتب، الطبعة الثانية، عام ١٤١٠-١٩٩٠.
الفتاوى السعدية، عبدالرحمن بن سعدي، مكتبة ابن تيمية.
فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة، إعداد د. عبدالستار أبو غدة، مجموعة دلة البركة، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٣-٢٠١٢.
فتاوى مصطفى الزرقا، اعتنى بها: مجد مكي، دار القلم، الطبعة الثانية، عام ١٤٢٢-٢٠٠١.
فتاوى ورسائل، الشيخ محمد بن إبراهيم، مطابع الحكومة، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٩.
الفروع، محمد بن مفلح، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٤-٢٠٠٣.
الفواكه العديدة في الوسائل المفيدة، الشيخ أحمد بن منقور، تصوير عن طبعة المكتب الإسلامي عام ١٣٨٠.
في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حماد، دار القلم، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٨-٢٠٠٧.
قاموس أركايتا للعلوم المصرفية والمالية، د. نبيل شيان، ودينا كنج شيان، مطبعة كركي بيروت، الطبعة الثانية، عام ٢٠٠٨.
قرارات الجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي.
قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، موقع بنك البلاد.
قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي، أمانة الهيئة الشرعية، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٧-٢٠١٥.
قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، المجموعة الشرعية، دار كنوز أشبيليا، الطبعة الأولى، عام ١٤٣١.
إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه

قرارات مؤتمر شورى الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية، موقع شركة شورى للاستشارات الشرعية. قرارات هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة أعيان للإجارة والاستثمار (فتاوى أعيان)، دار الضياء الكويت، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٩-٢٠٠٨.

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، طبع الأمانة العامة للأوقاف بالشارقة، عام ١٤٣٢ هـ. قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، إعداد د. عبدالستار أبو غدة، مجموعة البركة المصرفية، الطبعة الأولى، عام ١٤٣١-٢٠١٠.

قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد، دار القلم، الطبعة الأولى، عام ١٤٢١-٢٠٠١. قلب الدين دراسة تأصيلية تطبيقية، د. عبدالله العايضي، ١٤٣٣-٢٠١١، بحث غير منشور. قلب الدين على المدين، د. علي الندوي، ١٤٢٠-١٩٩٩م، بحث غير منشور. قليوبي (حاشية على شرح المحلي على المنهاج) مع حاشية عميرة، أحمد سلامة القليوبي، دار الفكر، عام ١٤١٥-١٩٩٥.

القواعد النورانية الفقهية، شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٢ هـ.

كشاف القناع عن الإقناع، منصور البهوتي، وزارة العدل السعودية، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٧-٢٠٠٦. كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، جلال الدين المحلي، تحقيق محمود الحديدي، دار المنهاج، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، عام ١٤٣٧-٢٠١٦.

اللوائح التنفيذية لأنظمة التمويل العقاري السعودية، موقع مؤسسة النقد العربي السعودي. المبسوط، محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة، عام ١٤١٤-١٩٩٣. مجلة الجمعية الفقهية السعودية العدد الحادي عشر (بحث التأجير التمويلي راسة فقهية مقارنة بمشروع نظام الإيجار التمويلي)، د. يوسف الشبيلي، الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ١٤٣٣-٢٠١١.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، دار القلم. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، شيخي زاده، دار إحياء التراث العربي.

مجموع الفتاوى لابن تيمية، جمع عبدالرحمن ومحمد بن قاسم، طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، عام ١٤٢٥-٢٠٠٤.

المجموع شرح المهذب، أبو زكريا النووي، دار الفكر.

مجموع فتاوى ورسائل الشيخ العلامة عبدالله أبا بطين، تحقيق خالد السكران، مكتبة دار المنهاج، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٨.

مجموع فتاوى ورسائل، الشيخ محمد بن عثيمين، تحقيق فهد السليمان، دار الوطن ودار الثريا، طبعة عام ١٤١٣.

مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، عبد العزيز بن باز، دار الإفتاء ودار القاسم، عام ١٤٢٠.

مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، علماء نجد، مكتبة ابن تيمية، من مطبوعات الملك عبدالعزيز.

مختصر الفتاوى المصرية، محمد البعلبي، تحقيق حامد الفقي، دار ابن القيم، الطبعة الأولى، عام ١٣٦٨-١٩٤٩.

المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، دار القلم، عام ١٤٢٠.

المسائل الماردينية، شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، عام ١٣٩٩-١٩٧٩.

مشارك الأنوار على صحاح الآثار، القاضي عياض، المكتبة العتيقة ودار التراث.

المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، عام ١٤٣٧.

معجم أبو غزالة للمحاسبة والأعمال، طلال أبو غزالة، مطبوع عام ٢٠٠١.

معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، د. أحمد بدوي، صديقة محمود، مراجعة أ.د. إسماعيل محمد هاشم، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى، عام ١٤١٤-١٩٩٤.

معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلعه جي، دار النفائس، الطبعة الثانية، عام ١٤٢٧-٢٠٠٦.

المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، دار هجر.

مقابلة الدين بالدين في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، د. رحال إسماعيل بالعدل، دار كنوز أشبيلية، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٥-٢٠١٤.

ملتقى المراجعة بربح متغير، الهيئة الشرعية لبنك البلاد، دار الميمان وبنك البلاد، الطبعة الأولى، عام ٢٠١٤.

إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه

- المماطلة في الديون، د. سلمان الدخيل، دار كنوز أشبيليا، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٣-٢٠١٢.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن عليش، دار الفكر، طبع عام ١٤٠٩-١٩٨٩.
- الموافقات، إبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق مشهور سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٧.
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت.
- موطأ الإمام مالك، تحقيق بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة. عام ١٤١٢.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أحمد الرملي، دار الفكر، طبعة عام ١٤٠٤-١٩٨٤.
- الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري.

إعادة التمويل

ورقة عمل مقدمة لمؤتمر أيوفي الخامس عشر للهيئات الشرعية

إعداد

ناصر بن عبدالرحمن الداود

١- ملخص البحث

موضوع هذه الورقة هو إعادة التمويل وأحكامه وتطبيقاته المعاصرة، ويهدف إلى تحرير المفاهيم الفنية لهذا الموضوع، وتوضيح علاقته بقلب الدين، ببيان صور قلب الدين، وحكمه عند الفقهاء، ومحاولة تلمس مآخذ الفقهاء المتقدمين والمعاصرين في حكم قلب الدين، وذكر أبرز ما تم الوقوف عليه من تطبيقات معاصرة لإعادة التمويل في المؤسسات المالية الإسلامية، مع ذكر اتجاهات الاجتهادات الجماعية المعاصرة بشأن هذه التطبيقات.

وانتهت الورقة إلى ما يأتي:

- في المفهوم الفني لإعادة التمويل:

أن الغرض من إعادة التمويل بحسب المفهوم الفني هو سداد دين قائم، وقد يكون ذلك بمنح تمويل جديد فعلي، وقد تكون بالتعديل على التمويل القائم فيستبدل الدين القديم بشروطه بدين جديد بشروط جديدة دون أن يكون هناك تمويل جديد فعلي، كما أن التمويل الجديد لسداد التمويل السابق قد يكون من الممول نفسه وقد يكون من ممول آخر، وهذا كله يصدق عليه حسب المفهوم الفني أنه إعادة تمويل؛ وذلك بالنظر إلى المتمول نفسه حيث تعد الصورتان إعادة تمويل بالنسبة له، أما شراء المديونية والذي يقصد به شراء دين من الدائن بثمن أقل ثم مطالبة المشتري للمدين بالدين كاملاً، فلا يعد بهذا المفهوم - بحسب ما وقفت عليه - من صور إعادة التمويل إلا إذا قام المشتري بجدولة الدين على المدين، ويدخل في المفهوم الفني لإعادة التمويل ما لو كان هناك اتفاق أو ترتيب مسبق عند منح التمويل الأول أن يتم الحصول على تمويل جديد يسدد به التمويل السابق، كما في مصطلح تمويل الجسر وتجديد المديونية، إلا أنه بحسب ما وقفت عليه في العرف المصرفي وبحسب الممارسة لا يسمى ذلك إعادة تمويل. وتم تقسيم البحث في أحكام إعادة التمويل وتطبيقاتها في المؤسسات المالية الإسلامية إلى قسمين الأول: إعادة التمويل من الدائن نفسه. الثاني: إعادة التمويل من دائن آخر.

- في أحكام إعادة التمويل:

أن قلب الدين يقصد به إحلال دين جديد مؤخر محل دين سابق التقرر في الذمة بعد حلول أجله، من غير جنسه أو من جنسه مع زيادة في القدر أو الصفة محل، وقد اتفق الفقهاء على منع الصور الصريحة

منه والتي منها ربا الجاهلية ما عدا الصورة التي أجازها ابن القيم، وهي بيع الدين بدين مؤخر من غير جنسه.

كما تم ذكر الصور التي قد تعد حيلة على قلب الدين الممنوع، وذلك عند دخول المدين مع الدائن في تعامل يترتب عليه سداد دينه الأول وثبوت دين جديد في ذمته بأكثر من الدين الأول، وتم تحرير الخلاف في المسألة وذكر أن من الفقهاء من يقول بالمنع مطلقاً، ومنهم من يقول بالجواز إذا لم يكن بشرط، ومنهم من يفرق بين المعسر المكروه وغيره.

كما تم توضيح حكم قلب الدين عند المعاصرين، وذكر أن الاجتهادات الجماعية تتفق في منع الصور الصريحة من قلب الدين ما عدا الصورة التي أجازها ابن القيم، أما الصور التي قد تعد حيلة على قلب الدين، فقد اختلف المعاصرون فيها بين المنع مطلقاً، وبين الجواز إذا لم يكن معسراً مكرهاً، وبين الجواز إذا نشأ الدين الجديد قبل الدين السابق، ولم يكن هناك شرط يلزم العميل بالسداد

ثم تم توضيح علاقة إعادة التمويل من الدائن نفسه بقلب الدين وذلك من جهة أنهما يتفقان في أن القصد فيهما هو إحلال دين جديد محل دين قائم سواء بتعديل التمويل القائم دون منح تمويل فعلي جديد، أو بمنح تمويل جديد يسد الدين القائم، كما يفترقان من جهة أن قلب الدين يترتب عليه زيادة في الدين الجديد عن الدين السابق بخلاف إعادة التمويل فقد يترتب عليه زيادة وقد يترتب عليه أن يكون التمويل الجديد أقل من التمويل القائم.

كما تم توضيح علاقة قلب الدين بإعادة التمويل من دائن آخر، وأنه لا يدخل في مفهوم إعادة التمويل شراء المديونيات إلا إذا أعاد المشتري جدولته هذا الدين بشروط جديدة تتضمن آجال جديدة وسعر جديد، وتم التوضيح أن هذا النوع يتصل بقلب الدين إذا كانت الزيادة في التمويل الجديد ستعود بأي وجه من الوجه إلى الدائن الأول، واختلف المعاصرون فيما عدا ذلك في اعتباره من قلب الدين الممنوع .

- في التطبيقات المعاصرة:

تم ذكر عدة منتجات تتعلق بإعادة التمويل وهي إعادة التمويل عن طريق تمويل العميل بالتورق، وإعادة التمويل باستخدام صيغة السلم، وإعادة التمويل عن طريق شراء الدائن أصلاً من العميل بنقد ثم يبيعه عليه بالأجل. وإعادة التمويل عن طريق شراء الدائن أصلاً من العميل بنقد ثم إجارتة عليه إجارة

إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه

تمويلية، وإعادة التمويل في المراجعة المتجددة، وإعادة التمويل في البطاقات الائتمانية المتجدد، وشراء المديونيات للأفراد، وإعادة التمويل عن طريق شراء الدائن الجديد الأصل من الدائن السابق ثم بيعه على المدين مرابح، وإعادة التمويل عن طريق حلول الدائن الجديد محل الدائن السابق في عقد الإجارة التمويلي. وتم توضيح صورها وتطبيقاتها الفنية المتعددة وحكمها في الاجتهادات الجماعية. وتوصي الورقة مؤسسات الاجتهاد الجماعي ببذل المزيد من البحث والعناية في تحرير صور إعادة التمويل وتطبيقاتها في المؤسسات المالية الإسلامية ودراسة أحكامها دراسة تأصيلية، وتحرير أحكام المسائل ذات الصلة والتي من أبرزها مسألة قلب الدين لا سيما ما يتعلق بتحرير مناط المنع في قلب الدين، وعلاقتها بمسألة ترتيب معاملة يترتب عليه سداد الدين السابق ومستند تفريق الفقهاء في ذلك بين اليسار والإعسار وبين الحلول وعدمه.

٢- بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على رسوله وآله وصحبه، وبعد:
فهذه ورقة عمل مختصرة في إعادة التمويل أعددتها بناء على طلب الأمانة العامة لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وقد قسمت هذه الورقة إلى ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: التعريف الفني لإعادة التمويل والمصطلحات المشابهة له.
المبحث الثاني: أحكام إعادة التمويل.
المبحث الثالث: تطبيقات إعادة التمويل في المؤسسات المالية الإسلامية.
ونظراً لطبيعة الأوراق العلمية فلم ألتزم بالمنهج الأكاديمي في طريقة إعداد البحوث والالتزام بالترجيح بين الآراء؛ لأن الغرض من هذه الورقة ليس الترجيح في مسائل إعادة التمويل فإن هذا شأن الاجتهادات الجماعية لا سيما في مثل هذه القضايا الفقهية الكبيرة، وإنما القصد محاولة تحرير المسائل والصور وتوضيح المفاهيم الفنية لإعادة التمويل وتطبيقاتها وربطها بالمسائل الفقهية ذات الصلة وإثارة بعض النقاط حول المسألة

وبالله التوفيق،،،

٣- المبحث الأول: التعريف الفني لإعادة التمويل والمصطلحات المشابهة له:

١. إعادة التمويل Refinancing:

يعرف إعادة التمويل Refinancing بأنه "سداد دين قائم بحصيلة دين جديد تم إنشاؤه"^(١) وعرفه قاموس Black's القانوني بأنه: "استبدال دين قديم بدين جديد عن طريق التفاوض على سعر فائدة مختلف أو شروط مختلفة أو عن طريق سداد القرض القائم من حصيلة القرض الجديد"^(٢)، وعرفته مؤسسة النقد السعودي بأنه: "سداد تمويل قائم من مبلغ تمويل جديد ممنوح لمستفيد"^(٣). ومثل هذا المصطلح مصطلح Refunding، وهو يستخدم عادة في مع السندات^(٤).

وهناك مصطلحات مشابهة لهذا المصطلح تستخدم عادة لدى الممارسين، وهي على النحو الآتي:

٢. إعادة هيكلة الدين Debt Restructuring:

وهو مفهوم مطابق من حيث المعنى لإعادة التمويل، بل يستخدمان بالتبادل، إلا أن بينهما اختلافاً في الإجراءات والحالات التي تتم معالجتها، ففي إعادة التمويل يكون هناك عقد جديد يتضمن في كثير من الأحوال شروطاً أفضل من العقد السابق في سداد مبلغ التمويل من حيث السعر وتاريخ الاستحقاق ونحو ذلك، أما إعادة هيكلة الدين فهو خيار يتم اتخاذه حين تكون حالة المدين المالية غير مستقرة أو يكون معرضاً لخطر التعثر أو الإفلاس، وغير قادر على سداد التزاماته، فيكون موقف الممول فيها حينئذٍ أقوى من حيث الشروط وسعر التمويل، ويتم ذلك عادة في تعديلات على العقد نفسه دون الحاجة إلى عقد جديد^(٥).

٣. إعادة جدولة المديونية Debt Rescheduling:

ويقصد بها: ممارسة تتضمن إعادة هيكلة الدين القائم بتمديد مدة سداده، وقد تكون إعادة جدولة

¹The Book of JARGON US Corporate & Bank Finance by: Latham & Watkins LLP P: 101

² Black's Law Dictionary, P: 1471.

^(٣) صوابك التمويل الاستهلاكي ص(٥).

⁴ www.investopedia.com/terms/r/refunding.asp

⁵Difference Between Restructuring and Refinancing by: Jack Du. www.investopedia.com

المديونية بتأخير تاريخ الاستحقاق وقد تكون بتخفيض المبالغ مع تمديد مدة السداد وزيادة عدد الدفعات^(١).

وهي بهذا لا تتضمن منح تمويل جديد ولا تغيير في سعر التمويل، وإنما تعديل يتم على تمويل قائم وفق التعريف السابق.

٤. شراء المديونية **Financing Buyout**:

ويقصد به بحسب العرف المصرفي^(٢) أن يشتري بنك مديونية عميل لدى بنك آخر، وهذا التعريف بحسب العرف المصرفي، وإلا فهو داخل في مفهوم إعادة التمويل السابق حيث إن هذا الإجراء يعد في نظر العميل إعادة تمويل.

٥. قرض الجسر **Bridge Loan**، أو تمويل الجسر **Bridge Financing**:

ويقصد به تمويل قصير الأجل يستخدم لتغطية التكاليف حتى يتم ترتيب تمويل طويل الأجل أو لتغطية التكاليف التي يتوقع أن تغطي من مبيعات قريبة^(٣).

ويكون سداد التمويل قصير الأجل من التمويل طويل الأجل أو من المبيعات المتوقعة.

٦. تجديد المديونية **Rollover**:

ولها معانٍ متعددة تختلف بحسب السياق: ففي مجال التمويل يقصد بها تمديد أو تجديد قرض قصير الأجل، وذلك بتمديد تاريخ استحقاق القرض أو بإعادة تعيين سعر الفائدة للقرض، وفي مجال الاستثمار في الأوراق المالية يقصد بها إعادة استثمار الأموال المدفوعة عند تاريخ استحقاق الورقة المالية في إصدار جديد لنفس الورقة المالية أو رقة مالية مشابهة^(٤).

وقريب منه مصطلح القرض الدوار **Revolving Loan**^(٥).

1) www.investopedia.com/terms/d/debt-rescheduling.asp

(٢) تمت الإشارة إلى أنه عرف مصرفي وليس مصطلحاً علمياً؛ لأن مصطلح (Buyout) بحسب ما وقفت عليه له مدلول مالي مختلف خارج عن



3) (Black's Law Dictionary, P: 1078.

4) (Black's Law Dictionary, P: 1078. A Dictionary of Finance and Banking by: Oxford P:388.

www.investopedia.com/terms/r/rollover.asp

5) (Black's Law Dictionary, P: 1079.

وهذان المصطلحان يختلفان عن مصطلح التسهيل الدوار Revolving Facility ويقصد به هيكلية تسهيل ائتماني مضمون في خط ائتماني يتمكن المقترض فيه من سداد القرض ثم إعادة الاقتراض بمقدار المبلغ المسدد في أي وقت قبل الاستحقاق^(١) (أي استحقاق أصل القرض كاملاً وتصفيته).

٧. التمويل الإضافي Tup-up Loan:

ويقصد به إتاحة تمويل إضافي للعميل في حدود السقف المتاح له، بالنظر إلى ما تمّ سداده من المديونية أو بالنظر إلى النسبة المتبقية من حده الائتماني أو بالنظر إليهما معاً^(٢).

ولا تعد هذه الصورة من إعادة التمويل فيما يظهر لأنه لا يترتب عليه سداد الدين السابق، وإنما هو تمويل إضافي له جدول سداد خاص.

وبالنظر في المصطلحات السابقة وتعريفاتها يمكن استنتاج ما يأتي:

١- أن الغرض من إعادة التمويل هو سداد دين قائم، وقد يكون ذلك بمنح تمويل جديد فعلي، وقد تكون بالتعديل على التمويل القائم فيستبدل الدين القديم بشروطه بدين جديد بشروط جديدة دون أن يكون هناك تمويل جديد فعلي، ويعد ذلك إعادة تمويل.

٢- أن التمويل الجديد لسداد التمويل السابق قد يكون من الممول نفسه وقد يكون من ممول آخر، وهذا كله يصدق عليه حسب المفهوم الفني أنه إعادة تمويل؛ وذلك بالنظر إلى الممول نفسه حيث تعد صورتان إعادة تمويل بالنسبة له، أما شراء المديونية والذي يقصد به شراء دين من الدائن بثمن أقل ثم مطالبة المشتري للمدين بالدين كاملاً، فلا يعد بهذا المفهوم - بحسب ما وقفت عليه - من صور إعادة التمويل إلا إذا قام المشتري بجدولة الدين على المدين، وسيأتي مزيد بحث في ذلك عند الحديث عن مسألة إعادة التمويل من دائن آخر.

٣- يدخل في المفهوم الفني لإعادة التمويل ما لو كان هناك اتفاق أو ترتيب مسبق عند منح التمويل الأول أن يتم الحصول على تمويل جديد يسدد به التمويل السابق، كما في مصطلح تمويل الجسر وتجديد المديونية، إلا أنه في العرف المصرفي وبحسب الممارسة لا يسمى ذلك إعادة تمويل.

1) (The Book of JARGON US Corporate & Bank Finance by: Latham & Watkins LLP P: 108

(٢) القرآن (٤٩٣) للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء.

ويمكن تقسيم البحث في أحكام إعادة التمويل وتطبيقاتها في المؤسسات المالية الإسلامية إلى قسمين:

الأول: إعادة التمويل من الدائن نفسه.

الثاني: إعادة التمويل من دائن آخر.

وفيما يأتي تفصيل أحكام هذه المسائل.

٤ - المبحث الثاني: أحكام إعادة التمويل:

١. مفهوم قلب الدين عند الفقهاء^(١):

(١) تم بحث هذا الموضوع في عدة مؤتمرات وندوات وصدر بشأنه عدة قرارات، وقد وقفت على خمس مؤتمرات علمية أشارت للموضوع في قراراتها، وهي:

١- الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، في شهر يناير ٢٠٠٢ بمكة المكرمة، بشأن موضوع

بيع الدين، وقدمت فيه البحوث الآتية:

- ١- حديث ابن عمر في بيع الدراهم بالدنانير وبالعكس، للشيخ عبدالله البسام رحمه الله.
 - ٢- بيع الدين، د. الصديق محمد الأمين الضير رحمه الله.
 - ٣- التصرفات في الديون بالبيع وغيره، مع تطبيقاته المعاصرة، أ.د. وهبة الزحيلي رحمه الله.
 - ٤- بيع الدين أحكامه وتصرفاته، أ.د. نزيه حماد.
 - ٥- أحكام التصرف في الدين، أ.د. علي القره داغي.
 - ٦- بيع الدين وحالاته المعاصرة بالمنظور الفقهي. د. سامي حسن حمود رحمه الله.
 - ٧- حصر شامل لعناصر موضوعات بيع الدين، د. الصديق محمد الأمين الضير رحمه الله.
- ٢- الدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في شهر أبريل ٢٠٠٦ بمكة المكرمة، وقدمت فيه البحوث الآتية:

- ١- فسخ الدين بالدين، د. الصديق محمد الأمين الضير - رحمه الله -
 - ٢- فسخ الدين بالدين وتطبيقاته المعاصرة، أ.د. علي السالوس.
 - ٣- فسخ الدين بالدين أو في الدين، أ.د. علي القره داغي.
- ٣- مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي في شهر يونيو ٢٠٠٦ م بالأردن، وقدمت فيه البحوث الآتية:

- ١- بيع الدين، والتطبيق المعاصر. أ.د. علي السالوس.
 - ٢- أحكام التصرف في الديون. أ.د. علي القره داغي.
 - ٣- بيع الدين، صور وتطبيقات الدين بالدين، والتصرف في دين السلم. د. العياشي الصادق فداد.
 - ٤- في تصرف الدائن في دينه، والمسلم في سلمه. أ.د. قطب سانو.
- ٤- المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية في عام ٢٠١١ م بالكويت، الذي تنظمه شركة شوري للاستشارات الشرعية، وقدمت فيه البحوث الآتية:

- ١- حكم قلب الدين على المدين، للشيخ عبدالله بن منيع.
- ٢- قلب الدين، صور وأحكامه وبدائله في معاملات المصارف الإسلامية المعاصرة، أ.د. نزيه حماد.
- ٣- قلب الدين صور وأحكامه وبدائله، د. عبدالرحمن الأطرم.

مصطلح "قلب الدين" من المصطلحات التي لم تُعرف عند غير متأخري الحنابلة، وأول من أطلقه هو ابن تيمية - رحمه الله - وتتابع بعده بعض فقهاء المذهب باستعماله^(١)، ومع انتشار هذا المصطلح إلا أن فقهاء المذهب لم يُعرفوا هذا المصطلح ولم يذكروا له صوراً محددة سوى ما جاء عن ابن القيم بتفسيره بمعنى ربا الجاهلية^(٢)، ثم استخدم هذا المصطلح كثيراً عند بعض علماء نجد وذكروا له صوراً عدة، وستأتي الإشارة إليها عند الحديث عن صور المسألة، وقد عني الفقهاء المعاصرون بتعريف هذا المصطلح، وقد وقفت على عدة تعريفات، هي على النحو الآتي:

١- عرفه د. نزيه حماد بأنه: "إحلال دين جديد مؤخر محل دين سابق التقرر في الذمة بعد حلول أجله، من غير جنسه أو من جنسه مع زيادة في القدر أو الصفة"^(٣)، وهو ما اعتمده المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية بالكويت في قراره بشأن قلب الدين^(٤).

٢- عرفه د. أسامة اللاحم بأنه: "تصيير الدين على المدين ديناً آخر من جنسه أكثر منه أو ن غير جنسه"^(٥).

وقلب الدين بهذا المعنى مقارب لمعنى فسخ الدين بالدين عند فقهاء المالكية حيث عرف بأنه: "أن تبيع الدين ممن هو عليه بشيء مؤخر من غير جنسه أو جنسه"^(٦).

٤- قلب الدين في المؤسسات المالية الإسلامية، د. سامي السويلم.

٥- قلب الدين (تجديد عقود المراجحات والوكالات الاستثمارية)، د. عصام العنزي.

٥- ملتقى علماء الشريعة الدولي العاشر في أكتوبر ٢٠١٥ م بماليزيا، وقدمت فيه البحوث الآتية:

١- قلب الدين (فسخ الدين بالدين) د. حسين حامد حسان.

٢- قلب الدين، صورته وأحكامه وبدائله في معاملات المصارف الإسلامية المعاصرة، أ.د. نزيه حماد.

٣- قلب الدين، د. نظام يعقوبي.

(١) ينظر: قلب الدين على المدين، د. علي الندوي.

(٢) الطرق الحكمية (٦٣٣/٢).

(٣) قلب الدين ص (٢)،

(٤) ينظر: قرارات المؤتمر ص (١٤).

(٥) بيع الدين لأسامة اللاحم (١١٠/١).

(٦) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، لخليل (٣٤٠/٥).

٢. صور قلب الدين:

وعليه فيمكن القول بأن قلب الدين حسب التعريفات السابقة يشمل ثلاث صور، هي:

الصورة الأولى: زيادة في دين مستقر في الذمة مقابل تأجيله. وهذا هو ربا الجاهلية، كما جاء في أثر زيد بن أسلم أنه قال: "كان الربا في الجاهلية يكون للرجل على الرجل الحق إلى أجل فإذا حل الحق، قال: أتقضي أو تربي؟ فإن قضاؤه أخذ منه، وإلا زاده في حقه، وأخر عنه الأجل"^(١).

وقد نص على كون هذه الصورة قلب دين ابن القيم -رحمه الله-^(٢) كما نص المالكية على أن هذه الصورة أحد صور فسخ الدين بالدين^(٣).

الصورة الثانية: بيع الدين الحال لمن هو عليه بدين مؤخر من جنسه مع زيادة في الوصف أو القدر. مثل: أن يكون لرجل على آخر دين ١٠٠ صاع بر فإذا حل الأجل باع هذا الدين على المدين ب ١٥٠ صاع بر مؤجلة.

الصورة الثالثة: بيع الدين لمن هو عليه بدين مؤخر من غير جنسه. مثل: أن يكون لرجل على آخر دين ١٠٠ صاع بر فإذا حل الأجل باع هذا الدين على المدين ب ١٥٠ دينار مؤجلة.

وقد نص ابن المنذر على أن الدين في هذه الصور انقلب إلى دين آخر، حيث قال: "أجمع أهل العلم أن الدين بالدين لا يجوز. فمن ذلك: أن يسلف الرجل للرجل في طعام، فيحل عليه، ليحمله عليه سلفاً في طعام آخر أكثر منه، أو يبيعه ذلك الطعام الذي في ذمته بدنائير إلى وقت ثان، فهذا دين انقلب إلى دين مثله"^(٤).

(١) موطأ مالك برواية الزهري (٣٨١/٢).

(٢) الطريفي الحكيمة (٦٣٣/٢).

(٣) الشرح الكبير للدردير (١٥٨/٣)، والتبصرة للحمي (٢٧٦٥/٦)،

(٤) الأوسط لابن المنذر (١١٨/١٠).

وقد ذكر المالكية أن هذه الصور تعد من فسخ الدين بالدين^(١)، كما أنها تعد أحد صور بيع الدين لمن هو عليه عند الحنفية والشافعية، والحنابلة^(٢).

جاء في المبدع: "ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ... وهو بيع الدين بالدين حكاه ابن المنذر إجماعاً... وهو بيع ما في الذمة بثمن مؤجل لمن هو عليه"^(٣).

وقد خالف ابن القيم -رحمه الله- في الصورة الثالثة حيث حوز بيع الدين لمن هو عليه بدين من غير جنسه ونسب ذلك إلى ابن تيمية^(٤)، حيث قال: "والساقط بالواجب كما لو باعه ديناً له في ذمته بدين آخر من غير جنسه، فسقط الدين المبيع ووجب عوضه، وهو بيع الدين ممن هو في ذمته، وأما بيع الواجب بالساقط فكما لو أسلم إليه في كُر حنطة بعشرة دراهم في ذمته فقد وجب له عليه دين وسقط له عنه دين غيره، وقد حُكي الإجماع على امتناع هذا، ولا إجماع فيه، قاله شيخنا، واختار جوازه، وهو الصواب، إذ لا محذور فيه، وليس بيع كالئ بكالئ فيتناوله النهي بلفظه ولا في معناه فيتناوله بعموم المعنى، فإن المنهَى عنه قد اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذه فينتفع بتعجيله وينتفع صاحب المؤخر بربحه، بل كلاهما اشتغلت ذمته بغير فائدة، وأما ما عداه من الصور الثلاث فلكل منهما غرضٌ صحيح ومنفعة مطلوبة، وذلك ظاهر في مسألة التقاص، فإن ذمتها تبرأ من أسرها، وبراءة الذمة مطلوبٌ لهما وللشارع، فأما في صورتين الأخرتين فأحدهما يُعجّل براءة ذمته والآخر ينتفع بما يربحه، وإذا جاز أن يشغل أحدهما ذمته والآخر يحصل على الربح -وذلك في بيع العين بالدين- جاز أن يفرغها من دينٍ ويشغلها بغيره، وكأنه شغلها به ابتداءً إما بقرض أو بمعاوضة، فكانت ذمته مشغولة بشيء، فانتقلت من شاغل إلى شاغل، وليس هناك بيع كالئ بكالئ، وإن كان بيع دين بدين فلم ينفذ الشرع عن ذلك لا بلفظه ولا بمعنى لفظه، بل قواعد الشرع تقتضي جوازه؛ فإن الحوالة اقتضت نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فقد عاوض المحيل المحتال بدينه بدين آخر في ذمة ثالث، فإذا عاوضه من دينه على دين آخر

(١) ينظر: التوضيح لخليل (٣٤٠/٥).

(٢) ينظر: منحة الخالق (٢٨١/٥)، وتكملة المجموع (١٠٧/١٠)، والمبدع لابن مفلح (١٤٧/٤).

(٣) المبدع (١٤٧/٤).

(٤) ولم أقف على نص صريح لابن تيمية بالجواز، بل هناك نصوص كثيرة عن ابن تيمية يفهم منها عدم الجواز، ينظر: بيع الدين

للاحم (١٤٠/١، ١٦٧).

في ذمته كان أولى بالجواز وباللَّه التوفيق"^(١)، وقال أيضاً: "وأما إذا كان الدين في ذمة المسلم إليه فاشترى به شيئاً في ذمته فقد سقط الدين من ذمته وخلفه دين آخر واجب فهذا من باب بيع الساقط بالواجب، فيجوز كما يجوز بيع الساقط بالساقط في باب المَقَاصَّة"^(٢).

هذا مجمل ما يمكن الكلام فيه فيما يتعلق بمسألة قلب الدين وصورها، وقد بحث الفقهاء بعض الصور التي قد تعد حيلة على الصور السابقة، وذلك عند دخول المدين مع الدائن في تعامل يترتب عليه سداد دينه الأول وثبوت دين جديد في ذمته بأكثر من الدين الأول، وبعد البحث وقفت على صورتين ذكرها بعض الفقهاء، وهي:

الصورة الأولى: بيع الدائن على المدين سلعة تساوي الدين الذي حل أجله بثمن أكثر منه مؤجل، ثم يبيع المدين السلعة ويسدد بثمنها الدين الأول.

الصورة الثانية: أن يدفع الدائن للمدين الذي حل أجل دينه مبلغاً يساوي الدين، ويكون رأس مال سلم في سلعة، ثم يسدد المدين الدين السابق من مبلغ السلم وتثبت في ذمته السلعة. وفيما يأتي تفصيل القول في كل صورة:

الصورة الأولى: بيع الدائن على المدين سلعة تساوي الدين الذي حل أجله بثمن أكثر منه مؤجل، ثم يبيع المدين السلعة ويسدد بثمنها الدين الأول.

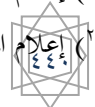
ذكرت هذه الصورة عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، ولم أفق على هذه الصورة عند الحنابلة، وبالتأمل فيما ذكره الفقهاء في هذه المسألة يمكن القول بأنه لا خلاف بين من تناول هذه المسألة من الفقهاء في أن الدائن إذا اشترط في عقد البيع بين الدائن والمدين سداد الدين الأول فإن هذا لا يجوز، وقد نص على ذلك من يقولون بالجواز كما سيأتي.

أما إذا لم يكن هناك شرط وسدد المدين دينه الأول من حصيلة الدين الجديد فاختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: المنع، وهو قول المالكية.

(١) إعلام الموقعين (٣/١٧٣).

(٢) إعلام الموقعين (٥/٣٠٩).



قال مالك: " في الرجل يكون له على الرجل مئة دينار إلى أجل. فإذا حلت، قال له الذي عليه الدين: بعني سلعة يكون ثمنها مئة دينار نقداً بمئة وخمسين إلى أجل، قال مالك: هذا يبيع لا يصلح. ولم يزل أهل العلم ينهون عنه.

قال مالك: وإنما كره ذلك. لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه. ويؤخر عنه المئة الأولى إلى الأجل الذي ذكر له آخر مرة ويزداد عليه خمسين دينارا في تأخيره عنه. فهذا مكروه. لا يصلح"^(١).

القول الثاني: الجواز، وهو قول الحنفية، والشافعية.

قال محمد بن الحسن: "قال أبو حنيفة رضي الله عنه في الرجل يكون له على الرجل مئة دينار إلى أجل فإذا حلت قال له الذي عليه الدين (بعني سلعة يكون ثمنها مئة دينار نقداً بمئة وخمسين إلى أجل): إن هذا جائز؛ لأنهما لم يشترطا شيئاً ولم يذكرهما أمراً يفسد به الشراء"^(٢).

كما يمكن أن يخرج على ما جاء في البحر الرائق: "رجل له على آخر عشرة دراهم فأراد أن يؤجلها إلى سنة، ويأخذ منه ثلاثة عشر فالحيلة أن يشتري منه بتلك العشرة متاعاً، ويقبض المتاع منه، وقيمة المتاع عشرة ثم يبيع المتاع منه بثلاثة عشر إلى سنة"^(٣). حيث باع الدائن دينه على المدين بسبعة حالة قبضها ثم باعها عليه مؤجلة.

وجاء في الحاوي الكبير^(٤): "وإذا أسلم إلى رجلٍ في طعام فحلّ الطعام. فقال من عليه الطعام لمن له الطعام: بعني طعاماً مثل طعامك لأقضيك حقك بثمان حال أو مؤجل، فإن عقد البيع على هذا الشرط كان باطلاً، وإن لم يكن عن شرط في العقد صح البيع وكان مشتري الطعام بالخيار إن شاء قضاه ذلك الطعام وإن شاء قضاه من غيره".

(١) موطأ مالك برواية أبي مصعب الزهري (٣٨٢/٢)، وقوله: إنما يعطيه ثمن ما باعه، يعني: أن مشتري السلعة يبيعها على غيره،

ويعطيه ثمنها مئة. ينظر: مجموعة الرسائل والمسائل النجدية (٢٣١/٣/٢).

(٢) الحجّة على أهل المدينة (٦٩٤/٢).

(٣) (١٣٧/٦).

(٤) (٢٣٥/٥).

ولم أقف على من تكلم عن هذه المسألة بنصها من فقهاء الحنابلة، إلا أنها داخلة في عموم تقريرهم للمنع من قلب الدين، جاء في مطالب أولي النهى: "وحرّم قلب دين مؤجل على معسر لأجل آخر اتفاقاً"^(١).

الصورة الثانية: أن يدفع الدائن للمدين الذي حل أجل دينه مبلغاً يساوي الدين، ويكون رأس مال سلم في سلعة، ثم يسدد المدين الدين السابق بمبلغ السلم وتثبت في ذمته السلعة:

وقد أفاض في ذكر هذه الصورة وتقرير حكمها وكونها أحد صور قلب الدين علماء نجد في القرن الثاني عشر وما بعده^(٢)؛ وذلك لانتشار العمل بهذه الصورة في ذلك الوقت وتسمى "التصحيح"؛ حيلة على جعل الدين الذي حل أجله رأس مال سلم مباشرة، ويمكن تحرير محل الخلاف في المسألة على النحو الآتي:

١- لا خلاف بين الفقهاء الذين تناولوا حكم هذه الصورة في عدم جوازها إذا كان المدين معسراً مكرهاً على إجراء هذه المعاملة.

٢- كما لا خلاف بينهم فيما يظهر على منعها إذا كان هناك شرط بأن يسدد بمبلغ السلم الدين القائم^(٣).

٣- أما إذا كان المدين معسراً راضياً بهذه المعاملة، فلم أقف من على من نص على حكمها وغاية من تكلم فيها من علماء نجد من حرر الخلاف في هذه المسألة حكى ذكر أنها من محل الخلاف، قال الشيخ عبدالله أبا بطين: "أما قلب الدين، فشيخ الإسلام - رحمه الله - ذكر حكم القلب على المعسر في الصورة التي لا خلاف فيها، أي في عدم جوازها، وعلله بالإكراه، وأما غيرها من صور القلب التي لا إكراه فيها، وربما يجوزها من لا يمنع بعض الحيل، من الحنفية والشافعية، فلم يصرح بها في هذا الموضوع، وكلامه معروف في إبطال الحيل، وصنف في ذلك كتابه المعروف وهو قول الإمام مالك، والإمام أحمد وأصحابهما، وقول أئمة الحديث، وبعض أهل زماننا: أخذ من قول الشيخ في المسألة، أنه إذا كان ذلك برضا الغريم فلا بأس به"^(٤)، وقال الشيخ عبدالله البسام: "إذا كان قلب الدين على معسر، وكان أيضاً مكرهاً عليه من الدائن فهو الذي أجمع

(١) (١٨٦/٣).

(٢) ينظر: الدرر السنية في الأجوبة النجدية (١١٥/٦ - ١٣٠)، و(١٤/١٤)، ٥٩، ٢٣٤، ٣٥٤، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٦٦.

(٣) ينظر: الدرر السنية (١٢٥/٦).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

العلماء على تحريمه، أما إذا كان قلب الدين على موسر أو كان على معسر ولكن برضاه الصريح، فهذا الذي قال العلماء فيه ما يأتي: ... " (١) هـ، وجاء في الإقناع (٢): "قال الشيخ (أي: ابن تيمية): ويجرم على صاحب الدين أن يمتنع من إنظار المعسر حتى يقلب عليه الدين، ومتى قال: إما أن تقلب، وإما أن تقوم معي إلى عند الحاكم. وخاف أن يجبسه الحاكم؛ لعدم ثبوت إعساره عنده، وهو معسر، فقلب على هذا الوجه، كانت هذه المعاملة حراماً غير لازمة باتفاق المسلمين، فإن الغريم مكره عليها بغير حق. ومن نسب جواز القلب على المعسر بحيلة من الحيل إلى مذهب بعض الأئمة، فقد أخطأ في ذلك وغلط، وإنما تنازع الناس في المعاملات الاختيارية، مثل التورق والعينة".

واختلفوا فيما إذا كان مليئاً ورغب بإجراء هذه المعاملة برضا منه على قولين:

القول الأول: المنع مطلقاً.

جاء في الدرر السننية: "لا يجوز قلب الدين، ولا يفرق بين الغني وغيره" (٣)، وجاء أيضاً: "وإن كان المسلم إليه غير معسر، فالذي يظهر لنا عدم الجواز، لأن ذلك يتخذ حيلة على جعل الدين رأس مال سلم" (٤). وقال الشيخ عبدالله أبابطين: "الذي نرى ونفتي به المنع مطلقاً، سواء كان المدين معسراً أو موسراً" (٥).

القول الثالث: الجواز بشرط تمكينه من التصرف بالمبلغ الجديد.

قال الشيخ حسن بن حسين آل الشيخ -رحمه الله-: "قلب الدين على المعسر لا يجوز لأنه إنما قلبه عليه لعجزه عن الوفاء فكأنه حيلة، فإن كان مليئاً ولم يكن المسلم شرط عليه الوفاء بها فإذا قبضها البائع، وذهب بها إلى بيته قدر اليومين أو الثلاث وتملكها تملكاً تاماً بحيث يتصرف فيها بما شاء فلا بأس أن يوفيه منها عما في ذمته له من الدراهم" (٦).

(١) الاختيارات الجلية (١٠٧/٣).

(٢) للجحاوي (١٨٥/٣).

(٣) الدرر السننية (١٣٠/٦).

(٤) الدرر السننية (١٢٩/٦).

(٥) الاختيارات الجلية (١٠٨/٣).

(٦) الدرر السننية (١٢٥/٦).

وقال الشيخ حمد بن ناصر بن معمر -رحمه الله-: "من كان له دين على مليء أو مفلس، وأراد صاحب الدين أن يسلم على المدين ويقضيه، هل يجوز أم لا؟ فإذا كان المدين مفلساً فلا يجوز ذلك، لأن ذلك يكون حيلة على الربا، والحيل لا تجوز في الدين، وأما إذا كان المدين مليئاً، وكل من أراد أن يسلم عليه في ذمته فعل، سواء كان رب الدين أو غيره، وكلّ يود أن يسلم إليه، لأجل ملاءته، فلا أعلم في ذلك بأساً عند أكثر العلماء، واشتراط بعض المالكية: أن يدفع إليه رأس مال السلم، ويذهب به عن مجلس العقد إلى بيته، أو إلى السوق، ثم إن بدا له بعد ذلك أن يوفيه فعل" (١).

قال الشيخ محمد بن إبراهيم: "وأكثر ما يكون قلب الدين على المعسر. أما لو كان معلوم ملاءته فيشترط أن يمكنه منها" (٢).

وقال كذلك: "من الناس من لا يصرح بقلب الدين مخالفة الإنكار عليه، فيتوصل إلى غرضه الفاسد بالحيلة المحرمة بإظهار عقد سلم، فيدفع إلى الفلاح دراهم هي رأس المال السلم في الظاهر، وبعد ما يقبضها الفلاح يردها إلى التاجر عما في ذمته من الدراهم، ويسمون هذا "تصحيحاً" وهو باطل غير صحيح، إذ العبرة في الأشياء بحقائقها. فإن حقيقة هذا العقد هو قلب الدين المحرم. ويوضح هذا أنه لا يدع الفلاح يقوم بالدراهم من المجلس، وأنه لو يعلم أنه لا يوفيه منها أو أنه يوفيه حقه من دون الكتب عليه ما كتب عليه لعسرتة وعدم ملاءته. أما إذا كان الفلاح مليئاً يرغب كل أحد معاملته فأسلم التاجر إليه دراهم في زاد، وبعدما قبضها الفلاح منه دفعها إليه وفاء عن الدراهم الحالة التي له عليه من غير شرط ولا مواظفة. فهذا لا بأس به، لكن الأولى ألا يقبضها منه إلا بعد ما يذهب بها وتكون عنده نحو يوم أو يومين احتياطاً وبعداً عن الشبهة" (٣).

ويلاحظ في النصوص السابقة الحكاية عن مذهب الحنفية، والشافعية والحنابلة القول بالتمييز بين الموسر والمعسر، ولم يتمكن من الوقوف على هذا التفرقة عند الفقهاء.

وبعد عرض الخلاف في هاتين الصورتين يحسن التنبيه بذكر المناطات والأوصاف المؤثرة في المسألة التي تبينت من خلال البحث في المسألة، وهي ثلاثة أوصاف:

(١) الدرر السننية (١٢١/٦).

(٢) فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم (١٩٩/٧).

(٣) المرجع السابق (٥٩/٧).

الوصف الأول: وجود الشرط وعدمه.

الوصف الثاني: سد الذريعة للربا.

الوصف الرابع: اليسار والإعسار.

أما الوصف الأول: فإذا اشترط الدائن على المدين بأن يسدد من حصيلة المعاملة الجديد دينه السابق فالذي يظهر أن الفقهاء متفقون على المنع من ذلك، حتى عند من يقول بالجواز بناء على قاعدتهم في الشروط في العقود وهو عدم صحتها إذا كان الشرط يقتضي منفعة إضافية في العقد استدلالاً بحديث "ولا بيع وشرط"^(١).

الوصف الثاني: سد الذرائع وفتح الذرائع:

ويأخذ المالكية والحنابلة بمبدأ سد الذريعة حيث إن هذه المعاملة تفضي إلى زيادة في الدين على المدين مقابل الأجل فتمنع سداً للذريعة الربا، أما الحنفية والشافعية فالأصل عندهم العمل بظاهر العقود. قال ابن عبد البر معلقاً على قول مالك في الصورة الأولى: "كل من قال بقطع الذرائع يذهب إلى هذا. ومن لم يقل ولم يُلزم المتبايعين إلا ما ظهر من قولهما في تبايعهما ولم يستعمل سوء الظن فيهما لم ير بذلك بأساً"^(٢).

وهو ظاهر كذلك من مناقشة محمد بن الحسن لقول مالك حيث قال: "وقال أهل المدينة لا يصلح هذا. قال محمد: ولم لا يصلح هذا؟ رأيتم من كان له على رجل دين فقد حرم الله عليه ان يبيعه منه شيئاً يريح عليه فيه! قالوا: لأننا نخاف أن يكون هذا ذريعةً إلى الربا. قيل لهم: وأنتم تبطلون بيوع الناس بالتخوف ما تظنون من غير شرط اشترطه ولا بيع فاسد معروف فسادته إلا بما تظنون وترون. رجل كان يبيع رجلاً بيوعاً كثيرة وكان خليطاً له معروفاً بذلك وجب له عليه دين ثم باعه بعد ذلك سلعةً تساوي بالنقد مئة دينار بمئة دينار وخمسين ديناراً إلى أجل. وهل هكذا يتبايع الناس؟ لأنهم إذا أخرجوا ازدادوا، ما بأس بهذا. لكن حرم هذا على الناس إنه لينبغي أن يكون عامة البيوع حراماً، قالوا: نرى أنه إنما باعه لمكان دينه. قيل لهم: إنهما لم يتذاكرا الدين بقليل ولا كثير. قالوا: قد علمنا أنهما لم يتذاكرا الدين بقليل ولا كثير، ولكننا نخاف

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٨٦/٥)، وحاشية الدسوقي (٦٦/٣)، نهاية المحتاج للرملي (٤٥٢/٣)، وكشاف القناع للبهوتي

(٢) (٣٨٩/٧).

(٢) الاستذكار (٤٩١/٦).

أن يكون البيع كان بينهما من أجل ذلك. قيل لهم: أرأيتم لو أجزتم البيع كما نجيزه أما كان لصاحب الدين أن يأخذ دينه من صاحبه وقد حل؟ قالوا: بلى له أن يأخذ دينه. قيل لهم فإذا كان له أن يأخذ دينه كان البيع جائزاً فبأي وجه أبطلتم بيعه؟ ينبغي لكم أن تقولوا من كان له على رجل دين فليس ينبغي له أن يبايعه بشيء يريح عليه فيه. فأي أمر أقبح من هذا؟ أن رجلاً يعامل الناس، له عليهم ديون أنه لا يجوز أن يبيع منه متاعاً ولا جارية ولا شيئاً يريح عليه فيه ما ينبغي أن يسقط هذا على مثلكم ولا ينبغي أن تبطل البيوع بالظنون، والظن يخطئ ويصيب^(١).

الوصف الثالث: اليسار والإعسار:

وهذا الوصف ورد ذكره كذلك في تقارير علماء نجد لهذه المسألة، وحكوا عن الفقهاء التفريق بين المعسر والمليء، جاء في الدرر السننية ما نصه: "العلماء اختلفوا هل للتاجر أن يسلم إلى غريمه دراهم يستوفي بها عن دينه فمنعه مالك، وقال: ما خرج من اليد وعاد إليها فهو لغو، وجوده كعدمه، ومذهبه - رحمه الله - : أن هذا التصحيح الذي يفعله الناس اليوم لا يجوز.

وأما الأئمة الثلاثة، فيفرون بين المليء البازل، وبين المعسر المماطل، فالمعسر لا يجوز قلب الدين عليه، والواجب إنظاره،.... وأما الملي البازل فظاهر كلامهم جواز السلم إليه، ولو أوفاه من الدراهم التي أسلمها إليه، إذا كان على غير وجه الحيلة ومن أعظم ما يكون..."^(٢).

ولم أتمكن من الوقوف على كلام للفقهاء حول هذا التفريق.

وقد ذكر بعض علماء نجد تحريراً لمعنى الإعسار حيث ذكر أنه يشمل المفلس الذي ضاق ماله عن الدين، ومن يكون ماله أكثر من دينه لكنه لا يقدر على الوفاء إلا بالاستدانة في ذمته، فهو غير مليء^(٣).

٣. قلب الدين عند الفقهاء المعاصرين:

بحث المعاصرون هذه المسألة في عدة مؤتمرات علمية سبقت الإشارة إليها، وبالنظر إلى الصور السابقة التي سبق بحثها يمكن القول بأن الفقهاء المعاصرين يتفقون على منع الصور الآتية:

١- ربا الجاهلية.

(١) الحجة على أهل المدينة (٢/٦٩٥).

(٢) ينظر: الدرر السننية (٦/١١٩).

(٣) ينظر: الدرر السننية (٦/١٢٢).

٢- بيع الدين لمن هو عليه بمؤجل من جنسه مع زيادة في الوصف أو القدر^(١).

ويختلفون في الصور الآتية:

١- بيع الدين لمن هو عليه بمؤجل من غير جنسه.

واختلف فيها على قولين:

الأول: المنع، وذهب إليه المجمع الفقهي بمكة، ومجمع الفقه الإسلامي بجددة^(٢).

الثاني: الجواز، وذهب إليه المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية بالكويت^(٣).

٢- ترتيب معاملة بين الدائن والمدين يترتب عليها سداد دينه الأول وثبوت دين جديد

في ذمته بأكثر من الدين الأول.

واختلف فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المنع مطلقاً، سواء أكان المدين موسراً أم معسراً، وسواء أكان الدين الأول حالاً أم

لم يجل أجله؛ لأنه ذريعة إلى قلب الدين الممنوع شرعاً، وبه أخذت المجمع الفقهية المعاصرة، فقال

به المجمع الفقهي الإسلامي بمكة، ومجمع الفقه الإسلامي بجددة، والمؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات

المالية الإسلامية بالكويت، وبه أخذت بعض الهيئات الشرعية^(٤).

○ جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة ما نصه: "يعد من فسخ الدين في الدين الممنوع

شرعاً كل ما يفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل، أو يكون ذريعة إليه،

ويدخل في ذلك الصور الآتية: فسخ الدين في الدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين تنشأ

بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها، ومن

أمثلتها: شراء المدين سلعة من الدائن بثمن مؤجل ثم بيعها بثمن حال من أجل سداد الدين

الأول كله أو بعضه؛ فلا يجوز ذلك ما دامت المديونية الجديدة من أجل وفاء المديونية

(١) ينظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة بشأن بيع الدين، وقراره بشأن فسخ الدين بالدين، والمؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات

المالية الإسلامية بالكويت ص(١٣).

(٢) ينظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة بشأن فسخ الدين بالدين، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجددة (٦٨٣/٣).

(٣) ينظر: البيان الختامي وقرارات وتوصيات المؤتمر ص(١٣).

(٤) ينظر: القرار (٦٣٨) من قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي (٩٦٦/٢).

الأولى بشرط أو عرف أو مواطأة أو إجراء منظم، وسواء في ذلك أكان المدين موسراً أم معسراً، وسواء أكان الدين الأول حالاً أم مؤجلاً يراد تعجيل سداده من المديونية الجديدة، وسواء اتفق الدائن والمدين على ذلك في عقد المديونية الأول أم كان اتفاقاً بعد ذلك، وسواء أكان ذلك بطلب من الدائن أم بطلب من المدين".

○ جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ذي الرقم ١٥٨ (١٧/٧) في دورته السابعة عشرة، وموضوعه: "بيع الدين"، ما نصه: "يعدّ من فسخ الدين بالدين الممنوع شرعاً كل ما يُفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل أو يكون ذريعة إليه، ومن ذلك فسخ الدين بالدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين تنشأ بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها، سواء أكان المدين موسراً أم معسراً، وذلك كشراء المدين سلعة من الدائن بثمن مؤجل ثم بيعها بثمن حال من أجل سداد الدين الأول كله أو بعضه" اهـ.

○ جاء في قرار المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامي بالكويت أن من صور قلب الدين الممنوع: "تأخير الدين الذي حل أجله عن المدين مقابل زيادة في مقداره، يتوسل إليها عن طريق حيلة ظاهرة، تتمثل في إبرام عقد أو عقود غير مقصودة لذاتها، ولا معنى لها إلا التحايل لبلوغ ذلك الغرض محرم فاسد شرعاً، سواء كان المدين موسراً أو معسراً - ويعتبر ذلك في حكم بيع العينة المحظور شرعاً - غير أن إلقاء الدائن مدينه المعسر إلى ذلك أعظم قبحاً وأشدّ إثماً وأكثر ظلماً، لأنه مأمور بإنظاره فلا يجوز له إلجاؤه إلى ذلك".

القول الثاني: التفريق بين الموسر والمعسر فلا يجوز إذا كان المدين معسراً مكرهاً، ويجوز إذا كان موسراً سواء أكان الدين الأول حل أجله أو لم يحل، وهو قول بعض المعاصرين^(١)، وبه أخذت بعض الهيئات الشرعية^(٢).

(١) منهم: الشيخ عبدالله بن منيع، ود. محمد القري. ينظر: حكم قلب الدين على المدين للشيخ ابن منيع ضمن أبحاث المؤتمر الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية ص(٢٢٣)، ومدى إمكانية تعديل عوائد التموليات، د. محمد القري ص(٢٧).

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي (١/٥٩٤)، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي (١/٥٤٤) عام ١٩٩٩، وأضافت قيماً بالألا يكون هناك شرط أو إجراء يلزم العميل ببيع السلعة عاجلاً ليسدد من ثمنها الدين الأول.

القول الثالث: التفريق بين الدين الذي حل أجله وبين الدين الذي لم يجل أجله فيجوز إذا كان الدين لم يجل أجله من غير شرط أو إلزام بسداد الدين الأول من حصيلة الدين الجديد، ولا يجوز إذا كان الدين قد حل أجله^(١).

ويشكل على الباحث تحرير مناط المنع في هذه الأقوال فالذي يظهر أن هذه الأقوال لا تأخذ برأي الحنفية والشافعية في التوسع بالعمل بظاهر العقود دون النظر إلى مقاصد العقود ومآلاتها وعدم الأخذ بمبدأ سد الذرائع في مثل هذه المسائل، وبالتأمل يظهر أن سبب الاختلاف يرجع إلى مدى دخول هذه الصورة في حقيقة قلب الدين، حيث يظهر أن القول الأول يرى أن كل ما أفضى إلى زيادة في ذمة المدين مقابل الأجل، فسواء قلب الدين على موسر يستطيع السداد أو معسر عاجز السداد، فالموسر أو المعسر ثبت في ذمته زيادة في مقابل الأجل، وهذا هو الربا، وهذا ظهر واضحاً في نصوص القرارات السابقة.

أما القول الثاني فيرى أن الزيادة الممنوعة كما في ربا الجاهلية التي تعد الصورة الصريحة من قلب الدين تكون عند حلول أجل الدين ثم مطالبة الدائن بدينه (إما أن تقضي وإما أن تربّي) وفي ذلك معنى أن المدين عاجز عن السداد؛ لأنه لم يؤجل أو يؤخر السداد إلا لعجزه، وهذا متحقق فيما إذا كان المدين معسراً فالواجب في حقه شرعاً الإمهال والإنظار، فإذا رتبت عليه معاملة جديدة يسد بها الدين السابق لأنه عاجز عن سدادها سيكون ذلك في معنى أن الربح في الدين الجديد يقابل ما فاتته من الربح في الدين القديم مقابل تأخره، أما إذا كان المدين مليئاً قادراً على السداد ثم رتب مع الدائن معاملة بدين جديد يسد بها الدين القائم فالعلة المذكورة لا تتصور هنا فلا يتصور أن يزداد عليه في الدين الجديد مقابل الإمهال والإنظار في الدين السابق؛ لأنه ليس بحاجة إلى ذلك إذ يستطيع السداد دون الحاجة إلى تمويل جديد^(٢).

أما على القول الثالث فلم أقف له على تعليل واضح في التفريق بين الدين الحال والدين المؤجل؛ إلا أنه يمكن القول بأن مناط المنع لديه مقارب لما ذكر في القول الثاني باعتبار أن ربا الجاهلية الذي يعد الصورة الصريحة من قلب الدين هو الدين الذي حل أجله على المدين ثم يؤجل مقابل الإمهال والتأخير، فإذا حل الأجل وتأخر المدين عن السداد ثم رتب الدائن معاملة يسد بها المدين دينه السابق فهنا تحقق قلب الدين كما في ربا الجاهلية حيث قلب ديناً حالاً إلى دين مؤجل، وقد يكون الربح في الدين الجديد مراعى فيه

(١) ينظر: القرار (١١٣) للهيئة الشرعية لبنك البلاد عام ٢٠٠٩، والقرار (٦٧٧) للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء عام ٢٠١٥.

(٢) ينظر: مدى إمكانية تعديل عوائد التمويلات، د. محمد القرني ص(٢٧).

التأخر في الدين السابق، وسواء أكان ذلك متحققاً أم لا فيمنع سداً للذريعة، وهذا متصور كذلك إذا لم يجل أجل الدين السابق لكن كان هناك شرط أو إلزام عليه بسداد الدين السابق من حصيلته التمويل الجديد، أما إذا لم يجل أجل الدين السابق ورغب المدين الحصول على تمويل جديد ثم سدد بالتمويل الجديد دينه القائم باختياره من غير شرط ولا إلزام عليه فلا يتصور في ذلك المعنى المذكور في ربا الجاهلية. هذا مجمل خلاف المعاصرين في هذه المسألة، وهناك تفاصيل لهذه الأقوال ستوضح من خلال التطبيقات.

٤. علاقة قلب الدين بإعادة التمويل من الدائن نفسه:

تتضح علاقة إعادة التمويل من الدائن نفسه بقلب الدين من جهة أن القصد فيهما هو إحلال دين دين جديد محل دين قائم سواء بتعديل التمويل القائم دون منح تمويل فعلي جديد، أو بمنح تمويل جديد يسدد الدين القائم، كما يفترقان من جهة أن قلب الدين يترتب عليه زيادة في الدين الجديد عن الدين السابق بخلاف إعادة التمويل فقد يترتب عليه زيادة وقد يترتب عليه أن يكون التمويل الجديد أقل من التمويل القائم.

٥. علاقة قلب الدين بإعادة التمويل من دائن آخر:

سبقت الإشارة إلى أن إعادة التمويل من دائن آخر يسمى إعادة تمويل حسب المفهوم الفني، وقد جاء ضمن عناصر الموضوع في ورقة الاستكتاب الواردة من أمانة الأيوبي ما يتعلق بشراء المديونيات، وهذا المصطلح له مفاهيم متعددة تتعلق بشراء الديون من الدائن بخصم جزء منها، ويحل المشتري محل الدائن في مطالبة الدين كاملاً من المدين، وهذا الموضوع متشعب وله تفاصيل وأحكام ليس هذا محل بحثها وسأكتفي هنا بذكر الصورة التقليدية التي لها تعلق فيما يظهر لي بإعادة التمويل وهي أن البنك قد يشتري دين العميل لدى بنك آخر بمبلغ يساوي عادة مبلغ السداد المبكر لذلك الدين^(١)، ثم يكون البنك مشتري الدين بالخيار في مطالبة العميل بمبلغ الدين كاملاً بأجله السابقة، أو يعيد جدولة هذا الدين بشروط جديدة تتضمن آجال جديدة وسعر جديد، وهذا الجزء هو المتعلق بإعادة التمويل، وقد نظمت هذا التعامل مؤسسة النقد السعودي وسمته بشراء المديونية، وهو ترجمة حسب رأي المؤسسة لمصطلح (Financing

(١) ينظر: ضوابط التمويل الاستهلاكي ص(١٣)، وتعميم مؤسسة النقد وموضوعه: تعليمات بشأن شراء مديونيات العملاء الأفراد



Buyout^(١)، وإعادة الجدولة بهذه الطريقة ممنوعة كما هو ظاهر، لكن هناك بعض البدائل الشرعية التي تتعلق بترتيب معاملة من دائن جديد يتوصل بها إلى سداد الدين لدى الدائن السابق، حيث يتم تمويل العميل من دائن جديد ليسدد ديناً سابقاً لدى دائن آخر.

ويتصل حكم هذه الصورة بقلب الدين، وتفصيل موقف الفقهاء المعاصرين من جهة اعتبار هذه الصورة من قلب الدين الممنوع على النحو الآتي:

أولاً: لا خلاف فيما يظهر بين المعاصرين بأنه إذا كانت الزيادة في التمويل الجديد ستعود بأي وجه من الوجه إلى الدائن الأول فإنه يعد من صور قلب الدين التي سبق ذكرها، ويجري فيها الخلاف السابق.

ثانياً: اختلف المعاصرون فيما عدا ذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: اعتباره من قلب الدين الممنوع؛ ويفهم ذلك من قرار الجمع الفقهي الإسلامي بمكة، حيث جاء فيه ما نصه: "ويدخل في المنع ما لو كان إجراء تلك المعاملة بين المدين وطرف آخر غير الدائن إذا كان بترتيب من الدائن نفسه أو ضمان منه للمدين من أجل وفاء مديونيته"^(٢).

ومستند هذا الاتجاه بناء على أن كل ما أفضى إلى زيادة على المدين مقابل الأجل فهو يعد من قلب الدين الممنوع ولو كان ذلك من دائن مختلف.

الاتجاه الثاني: لا يعد ذلك من قلب الدين الممنوع، وإليه ذهب المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية، جاء في قرار المؤتمر الفقهي الرابع من صور قلب الدين الجائزة ما نصه: "حصول المدين على تمويل نقدي من طرف ثالث بإحدى الصيغ المشروعة، من أجل وفاء دينه غير المتوفر لديه عند حلول أجله، ولو كلفه ذلك زيادة على المبلغ الذي حصل عليه لأداء دينه بشرط ألا تعود تلك الزيادة بوجه من الوجوه إلى الدائن (المؤسسة المالية الإسلامية)، وأن تنتفي في الأسلوب المتبع ببلوغ هذا الغرض تهمة الذريعة الربوية أو الحيلة إلى ربا النسيئة (أنظري أزدك)"^(٣).

وقال بهذا الاتجاه كثير من الهيئات الشرعية.

(١) وهو معروف بهذا الاسم في القطاع المصرفي.

(٢) القرار الثالث بشأن فسخ الدين، الدورة ١٨، ص(١).

(٣) القرار ص(١٤).

وعليه فلا يشترط هنا ما يشترط عند القائلين بجواز قلب الدين وفق العرض السابق، فلا يشترط التمكين من التصرف ولا عدم الإلزام بالسداد.

جاء في قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد ما نصه: "إذا كان الدين القديم لجهة أخرى غير البنك فيجوز التمويل الثاني سواءً كان أكثر من الأول أو أقل وسواءً اشترط الدائن الثاني سداد المديونية الأولى بذلك التمويل أم لم يكن هناك شرط"^(١).

(١) القرار (١١٣)، وينظر القرار (٦٧٧) للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء.

٥- المبحث الثالث: تطبيقات إعادة التمويل:

وهي إجمالاً:

المنتج الأول: إعادة التمويل عن طريق تمويل العميل بالتورق.

المنتج الثاني: إعادة التمويل باستخدام صيغة السلم.

وهذه المنتجات تصلح أن تكون من الدائن نفسه أو من دائن آخر.

المنتج الثالث: إعادة التمويل عن طريق شراء الدائن أصلاً من العميل بنقد ثم يبعه عليه بالأجل.

المنتج الرابع: إعادة التمويل عن طريق شراء الدائن أصلاً من العميل بنقد ثم إجارته عليه إجارة تمويلية.

المنتج الخامس: إعادة التمويل في المرابحة المتجددة.

المنتج السادس: إعادة التمويل في البطاقات الائتمانية المتجدد.

وهذه المنتجات مختصة بإعادة التمويل من الدائن نفسه.

المنتج السابع: شراء المديونيات للأفراد:

المنتج الثامن: إعادة التمويل عن طريق شراء الدائن الجديد الأصل من الدائن السابق ثم يبعه على المدين مرابحة.

المنتج التاسع: إعادة التمويل عن طريق حلول الدائن الجديد محل الدائن السابق في عقد الإجارة التمويلي.

وهذه المنتجات مختصة بإعادة التمويل من دائن آخر.

وأقدم فيما يأتي بمقدمة مختصرة حول أغراض إعادة التمويل في المؤسسات المالية الإسلامية وصوره، وهي على النحو الآتي:

١- إعادة التمويل لتوقع التعثر أو عدم القدرة على السداد:

حيث يتوقع البنك بالنظر إلى أداء العميل المالي وتدفقاته النقدية عدم قدرة العميل على

استمراره بسداد التزاماته وفق جدول الأقساط الحالي، فيعيد البنك تمويله بشروط جديدة

(جدول سداد، ربح.. إلخ) تناسب وضعه الائتماني الجديد ويسدد التمويل السابق من حصيلة

التمويل الجديد.

٢- إعادة التمويل بعد تعثر العميل أو تأخره:

وهناك مفهوم خاص بالتعثر في القطاع المالي حيث إن العميل يعد متعثراً إذا مضى على عدم سداد الدين مدة معينة من تاريخ الاستحقاق وليس مجرد التأخر عن السداد^(١)، فإذا تعثر العميل أو تأخر فيعيد البنك تمويله بشروط جديدة تناسب وضعه الائتماني الجديد، وتحرص البنوك على إعادة تمويله قبل تجاوزه تلك المدة؛ لأن وصوله لتلك المرحلة يترتب عليه إجراءات على البنك من اعتباره ديناً مشكوكاً في تحصيله واستقطاع مخصص للمبلغ المتعثر ونحو ذلك.

٣- إعادة التمويل لتحسن التصنيف الائتماني للعميل:

ويكون ذلك حين يتحسن وضع العميل الائتماني بزيادة دخله إذا كان فرداً أو تدفقاته النقدية إذا كان شركة أو كان التمويل لمشروع تحت الإنشاء وكان البنك قد مول العميل بربح مرتفع يتناسب مع المخاطر الائتمانية للمشروع ثم لما استقر المشروع وزادت تدفقاته النقدية رغب العميل إعادة تمويله بربح منخفض يتناسب مع وضعه الائتماني الجديد.

٤- إعادة التمويل للاستفادة من السيولة الإضافية:

ويستخدم ذلك عادة إذا كان العميل سداداً جزءاً من التمويل القائم وأصبح بإمكانه الحصول على سيولة إضافية من تمويل جديد مع رغبته في سداد المتبقي من التمويل السابق للحصول على شروط أفضل من التمويل السابق، فيعطى تمويلاً جديداً يسد به التمويل السابق ويستفيد من السيولة الإضافية، ويتم ذلك عادة إذا كانت شروط التمويل الجديد أفضل من التمويل السابق أما إذا كان العكس وهو بحاجة إلى سيولة فيأخذ تمويلاً جديداً بما يتناسب مع المتبقي من حده الائتماني مع بقاء التمويل السابق.

٥- إعادة التمويل للرغبة في دمج عقود التمويل في عقد واحد:

حيث يكون لدى العميل عدة تمويلات أخذت في أوقات متفرقة، ويرغب إعادة التمويل بحصوله على تمويل جديد يترتب عنه سداد الديون السابقة لتكون في عقد واحد وجدول سداد واحد.

(١) ينظر: نشرة ضوابط إصدار وتشغيل البطاقات الائتمانية الصادرة عن مؤسسة النقد ص(٦، ٢٩).

٦- إعادة التمويل لاعتبارات ائتمانية لدى المدين مثل أن السيولة المتوفرة لدى المدين تم ترتيبها من مصدر أموال طويل الأجل (رأس مال، تمويل طويل الأجل) ولا يناسب ائتمانياً أن يسدد بها ديونه قصيرة الأجل فيعيد التمويل عن طريق حصوله على تمويل قصير الأجل يسدد به التمويل قصير الأجل، وكذا العكس.

٧- إعادة التمويل للتخلص من قرض ربوي:

وهذا تختص به المؤسسات المالية الإسلامية حيث يرغب العميل الحصول على تمويل إسلامي لسداد قرض ربوي.

٨- تمويل الجسر:

وهذه الصيغة مستخدمة كثيراً في تمويل المشاريع حيث تقوم الشركة صاحبة المشروع بترتيب تمويل قصير أجل من البنك بصيغة التورق لحين الانتهاء من إجراءات ترتيب تمويل طويل الأجل الذي قد يكون بالتورق أو بالإجارة التمويلية أو غيرها، ويكون سداد التمويل قصير الأجل من حصيلة التمويل طويل الأجل. وهو لا يسمى إعادة تمويل حسب المفهوم الفني كما سبق ذكره. وفيما يأتي تفصيل المنتجات والتطبيقات المتعلقة بإعادة التمويل، ومن أبرز ما تم الوقوف عليه من تلك التطبيقات ما يأتي:

المنتج الأول: إعادة التمويل بالتورق ويسدد من حصيلة التمويل الجديد الدين السابق:

حيث يتم تمويل المدين بالتورق، ويسدد المدين من حصيلة التمويل الجديد دينه السابق. ويمكن تقسيم استعمالات هذا المنتج إلى أربعة أقسام:

الأول: التمويل بهدف الحصول على سيولة تسدد الدين السابق، وهذا يشمل ما لو يُتوقع تعثر المدين أو عدم قدرته على السداد، ويشمل كذلك ما لو تأخر المدين عن السداد فعلاً، أو أن العميل لاعتبارات ائتمانية لديه (سبق الإشارة إلى بعضها) لا يريد السداد من مصادره الذاتية وإنما عن طريق التمويل.

الثاني: التمويل بهدف الحصول على سيولة إضافية.

الثالث: التمويل بهدف الحصول على سعر تمويل أفضل.

الرابع: التمويل بهدف ربط الدين بمؤشر تكلفة الإقراض بين البنوك (وسياًتي الحديث عنه في المنتج السادس).

ويمكن تقسيم حالات حكم هذه الأقسام إلى ما يأتي:

أولاً: إذا كانت إعادة التمويل يترتب عليها أن يثبت في ذمة العميل مبلغاً أقل من التمويل القائم: كما في بعض الحالات التي يكون غرض المدين من إعادة التمويل الحصول على سعر تمويل أفضل، فلا يظهر ما يمنع من ذلك شرعاً؛ لأن الذي ثبت في ذمة المدين من التمويل الجديد أقل من مبلغ التمويل القائم، وقد أجازت هذه الصورة بعض الهيئات الشرعية^(١).

ثانياً: إذا كان الغرض من إعادة التمويل حصول المدين على سيولة يسددها دينه السابق:

فقد اختلفت الهيئات الشرعية للبنوك الإسلامية في شروط وضوابط هذا المنتج على النحو الآتي: **الاتجاه الأول:** يجوز التمويل بشرط ألا يكون معسراً، سواء أكان سداد الدين الأول مشروطاً أم غير مشروط وسواء حل الأجل أم لم يحل، وهو ما ذهب إليه بعض الهيئات الشرعية، ويكون على المدين عبء إثبات الإعسار.

ويلاحظ على هذا الرأي أمران:

الأول: أن الواقع في تطبيقات الشركات التجارية أنه ليس من مصلحتها إثبات إعسارها، بل هي لا تريد ذلك؛ لأنه سيجعل عليه حلول جميع مديونياتها وتصفياتها، وهذا لا يكون إلا عند الرغبة في إنهاء الشركة وتصفياتها، أما إذا كانت الشركة عاجزة عن السداد لكنها تريد الاستمرار في نشاطها التجاري فليس لها إلا إعادة التمويل. فقد تكون في حكم المعسر.

والذي يظهر أن القائلين بهذا الرأي يقولون يرون أن قلب الدين إنما يمنع فقط على المعسر المكره فقط أما إذا كان معسراً لكن قلب الدين برضاه فيقولون بالجواز^(٢).

الثاني: يلاحظ أيضاً أن هذا القول يختلف مع ما ذهب إليه بعض علماء نجد من التمكين من التصرف حيث إن الواقع أنه لا يمكن من التصرف.

الاتجاه الثاني: يجوز التمويل بالشروط الآتية:

١- أن ينشأ الدين الجديد قبل حلول أجل الدين السابق، فلا يجوز إنشاؤه في يوم حلوله.

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لبنك الأهلي (/)، والقرار (١١٣) للهيئة الشرعية لبنك البلاد، والقرار (٦٧٧) للهيئة الشرعية

لمصرف الإنماء.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي (٥٩٥/١).

٢- أن يمكن المدين من التصرف في حصيلة التمويل الجديد^(١).

ووجه اشتراط إنشاء الدين قبل حلول أجل الدين السابق اعتباراً بما سبق ذكره من التفريق في قلب الدين الممنوع بين الدين الحال والدين الذي لم يحل. إضافةً إلى أن هذا ينفي الصورية في المعاملة حيث يدل على أن البنك دفع مبلغاً حقيقياً من حسابه وليست مجرد أرقام تثبت في العقود لا حقيقة لها في الواقع. ويلاحظ على هذا الاتجاه أن اشتراط التمكين من التصرف قد يصعب من الناحية العملية العمل به لا سيما في مبالغ التمويل الكبيرة لأن البنك إذا منح العميل حداً ائتمانياً ثم استخدمه كاملاً، ورغب العميل الحصول على تمويل جديد لسداد ذلك الحد فيصعب جداً من الناحية العملية أن يمنحه حداً آخر مماثلاً لا سيما في الحدود الائتمانية الكبيرة، وإذا تم منحه الحد فيصعب أن يمكن عميله من التصرف بالمبلغ.

كما يلاحظ على هذا الاتجاه أيضاً أن التفريق بين حلول الدين وعدم حلوله قد لا يكون له أثر من الناحية العملية من جهة أن الواقع في عمليات التورق أنها لا تثبت محاسبياً إلا في تاريخ الاستحقاق (Value date)، وهذا لا يكون في نفس يوم إنشاء المديونية، فالواقع محاسبياً أنه لا يثبت في سجلات البنك ولا العميل أن للبنك أو على العميل مبلغان مبلغ التمويل السابق ومبلغ التمويل الجديد، وإنما مبلغ واحد فقط. وعلى هذا فلم يظهر لي الفرق من الناحية العملية بين إنشاء الدين قبل حلول أجل الدين السابق أو في نفس يوم حلول أجل الدين السابق.

الاتجاه الثالث: إعادة التمويل من خلال طرف ثالث حيث يقوم المصرف نيابة عن الطرف الثالث بتمويل العميل وذلك ببيع سلعة له بالأجل ثم يقوم العميل باختياره ببيع السلعة واستخدام حصيلتها في سداد دين المصرف ثم يقوم المصرف بتمويل المدين إذا رغب بذلك ويسدد بحصيلة التمويل الجديد تمويل الطرف

(١) ينظر: القرار (٦٧٧) للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء، والقرار (١١٣) للهيئة الشرعية لبنك البلاد مع اشتراطها التمكين من

التصرف في هذا القرار، وذهبت في قرار آخر إلى جواز رهن السلعة ليسدد البنك منها التمويل السابق. ينظر: القرار (١٢٤).



الثالث، واشترطت هنا عدة شروط من أبرزها التمكين من التصرف بالسلعة المشتراة سواء في تمويل الطرف الثالث أو تمويل المصرف، وألا يكون هناك إجراء يلزم العميل بالسداد المبكر^(١). وهذا الاتجاه مقارب للاتجاه السابق من حيث الضوابط والإجراءات لكن تم توسط طرف ثالث احترازاً من قلب الدين.

ثالثاً: إذا كان غرض المدين من إعادة التمويل هو الحصول على سيولة إضافية وليس غرضه سداد الدين السابق بمعنى أنه لو لم يكن متاحاً له الحصول على سيولة إضافية من البنك الممول وليس لديه رغبة في ذلك فهو مستمر في السداد ولن يعيد التمويل، فهل تعد هذه الصورة من قلب الدين الممنوع؟ الذي يظهر أن الخلاف المذكور سابقاً يسري على هذه الحالة أيضاً، وهناك بعض الهيئات الشرعية^(٢) تحففت من بعض الشروط المتعلقة بإعادة التمويل مثل التمكين من التصرف، حيث سمحت برهن السلعة وإلزام المدين بالسداد، وقد يقال بأن سبب ذلك هو أن إعادة التمويل الذي يقصد فيه المدين الحصول على سيولة إضافية للانتفاع بها، وليس لسداد الدين السابق، وإنما سيتم سداد الدين السابق بجزء من السيولة الإضافية وينتفع بالمتبقي أنها لا تعد من قلب الدين الممنوع شرعاً، وهذا محل تأمل ونظر؛ لا سيما إذا كانت السيولة المتاحة بعد سداد التمويل أكثر من المبلغ المسدد.

٦- المنتج الثاني: إعادة التمويل باستخدام صيغة السلم:

وذلك بأن يجعل البنك دينه رأس مال سلم في أنشطة العميل. ويرد على هذه المسألة ما يرد على مسألة بيع الدين بغير جنسه التي سبق الحديث عنها في صور قلب الدين.

٧- المنتج الثالث: إعادة التمويل عن طريق شراء أصل من العميل بنقد ثم بيعه عليه بالأجل:

وهو منتج مطبق عند بعض البنوك الإسلامية، حيث يسدد الدين الأول من ثمن الأصل ثم يبيع البنك الأصل على المدين بالأجل.

وهذا المنتج له صورتان:

الأولى: أن يشتري البنك الأصل ليسدد دينه.

(١) ينظر: القرار (١٠٧٠) للهيئة الشرعية لمصرف الراجحي.

(٢) ينظر: القرار (١٢٤) للهيئة الشرعية لبنك البلاد.

الثانية: أن يشتري البنك الأصل من المدين ليسدد دين غيره.
ويترتب على ذلك عادة فك الرهن عن الأصل من الدائن الأول وتحريره.
وتسمى هذه المسألة عند الفقهاء بعكس العينة.

وفي هذا المنتج اتجاهان لدى البنوك الإسلامية:

الأول: عدم الجواز، وذهبت إليه بعض الهيئات الشرعية^(١)؛ باعتبارها من صور العينة المحرمة.

الثاني: الجواز، وذهبت إليه بعض الهيئات الشرعية، بناء على رأي الشافعي.

والذي يظهر أن الشافعي لا يجيز مثل هذه الصورة؛ لوجود التواطؤ والنية المسبقة.

٨- المنتج الرابع: إعادة التمويل عن طريق شراء أصل من العميل بنقد ثم إجارته عليه إجارة تمويلية:

وهو منتج مطبق عند كثير من البنوك الإسلامية، حيث يقوم البنك بشراء أصل للمدين بنقد يساوي مبلغ السداد المبكر لمديونية العميل أو أكثر إذا كان العميل يريد سيولة إضافية ثم يسدد بهذا النقد دين المدين، ثم يؤجر البنك الأصل على المدين إجارة منتهية بالتملك.
وهذا المنتج له صورتان:

الأولى: أن يشتري البنك الأصل ليسدد دينه.

الثانية: أن يشتري البنك الأصل من المدين ليسدد دين غيره.

ويترتب على ذلك عادة فك الرهن عن الأصل من الدائن الأول وتحريره.

وقد يتم ذلك من غير البنك فقد يكون عن طريق مستثمرين في صندوق استثماري أو صكوك فتشترى الأصول ثم تؤجر على المدين إجارة تمويلية.

وقد أجاز إجارة العين لمن باعها المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، ونصه: "يجوز تملك العين من شخص أو جهة ثم إجارتها نفسها إلى من تملكها المؤسسة منه"^(٢)، كما عده المجلس الشرعي أحد الأساليب المشروعة في إعادة تمويل القروض

(١) ينظر: القرار (١٠٨) من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد.

(٢) المعايير الشرعية ص (٢٤٣).

الربوية عند تحول البنك الربوي إلى بنك إسلامية، حيث جاء في معيار التحول من وسائل إنهاء الالتزامات غير المشروعة على البنك ما نصه: "إجراء عمليات بيع لبعض موجودات البنك ثم استئجارها مع مراعاة ما جاء في المعيار الشرعي (٩) الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك بحيث يتم الفصل بين عقد البيع وعقد الإجارة وعدم الربط بينهما"^(١).

واشترط المجلس الشرعي للأيوبي لإجارة العين لمن باعها:

الأول: ألا تشترط الإجارة في البيع الذي حصل به تملك المؤسسة للعين^(٢).

الثاني: مضي مدة تتغير فيها العين المؤجرة أو قيمتها ما بين عقد الإجارة وموعد بيعها إلى المستأجر^(٣).
وأضافت بعض الهيئات الشرعية شروطاً للجواز هي:

١- ألا تقل مدة الإجارة قبل التملك عن سنة سواء أكان التملك مبكراً أم بانتهاء المدة؛ لأن العقار لا يتغير عادة في مثل هذه المدة.

٢- ألا يكون العقار أرضاً بيضاء. وذلك كأن يبيع العميل للبنك أرضاً لا بناء عليها ثم يستأجرها العميل من البنك إجارة تمويلية، والأرض على صفتها دون إحداث بناء أو عمل، فلا يجوز ولو طالت المدة.

٣- أن يكون ثمن شراء البنك للعقار من العميل محددًا بالقيمة العادلة، والقيمة العادلة في العقار اليوم قد تزيد أو تنقص بمقدار يصل إلى ١٥% فلا مانع من ذلك، وأما إذا زاد الفرق على ١٥% فلا يتصور أن يكون ثمنًا حقيقياً للعقار^(٤).

٩- المنتج الخامس: إعادة جدولة الدفعات الإيجارية في عقد الإجارة التمويلي:

و يكون ذلك إما بتعديل عقد الإجارة بتمديد مدة الإجارة وإعادة توزيع الأقساط، فهو بهذا أقرب لإعادة الجدولة في المفهوم الفني، وقد يكون التعديل بتغيير سعر التمويل لعقد الإجارة فهو بهذا أقرب لإعادة التمويل.

(١) المعايير الشرعية ص(١٥٩).

(٢) المعايير الشرعية ص(٢٤٣).

(٣) المعايير الشرعية ص(٢٥٤).

(٤) ينظر: الدليل الشرعي للتمويل العقاري ص(٧٠).

ولحكم التعديل ثلاثة أحوال:

١- أن يتضمن التعديل تعديل أجرة استحققت وتم استيفاء منفعتها، وذلك بتمديد فترتها الإيجارية (فترة الاستحقاق) ونحو ذلك.

ولا يجوز التعديل في هذه الحال؛ لأنها من قلب الدين الممنوع شرعاً. وإلى هذا ذهب المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(١)، وبعض الهيئات الشرعية^(٢).

٢- أن يتضمن التعديل تمديد مدة الإجارة أو تعديل الأجرة لفترة لاحقة لم يحل موعد سدادها ولم يستوف شيء منفعتها.

ويجوز هذا التعديل؛ لأنه تعديل لفترة إيجارية لم تستوف منفعتها، فهو من باب تجديد عقد الإجارة، وإلى هذا ذهب المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وبعض الهيئات الشرعية^(٣).

جاء في معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك ما نصه: "يجوز باتفاق الطرفين تعديل أجل الفترات المستقبلية التي لم يحصل الانتفاع فيها بالعين المؤجرة أما أجرة الفترات السابقة التي لم تدفع فتصبح ديناً على المستأجر ولا يجوز اشتراط زيادتها"^(٤).

٣- أن يتضمن التعديل تعديل الأجرة لفترة حالية لم يحل موعد سدادها لكن استوفى المستأجر جزءاً من منفعتها، فهل تلحق بالحكم الأول أو الثاني؟ هناك صورتان:

الأولى: أن يكون التعديل بزيادة سعر التمويل أو زيادة هامش الربح، وفي هذه الحال الذي يظهر أنها تلحق بالحالة الأولى.

الثانية: أن يكون التعديل بتأجيل الدفعة الإيجارية لفترة لاحقة، وهذا سياتر عليه أن يكون الربح في الفترة اللاحقة منسوباً إلى المبلغ القائم بما فيه الدفعة المؤجلة مع أنه لو لم يتم التأجيل سيكون

(١) ينظر: المعايير الشرعية ص (٢٤٩) فقرة (٥/٢/٥).

(٢) ينظر: الضوابط المستخلصة لقرارات بنك البلاد ص (٦٠)، والقرار (٣٥٢) للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء.

(٣) ينظر: الضوابط المستخلصة لقرارات بنك البلاد ص (٦٠)، والقرار (٣٥٢) للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء.

(٤) المعايير الشرعية ص (٢٤٩) فقرة (٥/٢/٥).

منسوباً للمبلغ القائم مخصوماً منه الدفعة المؤجلة.

مثال ذلك: شركة استأجرت أصلاً من بنك إجارة منتهية بالتمليك بمبلغ ١٠ مليون ريال بربح ٥% لمدة ١٠ سنوات، وقسم المبلغ الأساس (أصل الدين) إلى ١٠ دفعات سنوية كل سنة مليون ريال، ومعلوم أنه في حساب الدفعات الإيجارية يحسب الربح بطريقة الرصيد المتناقص حيث يحسب ربح البنك منسوباً للمبلغ الأساس (الرصيد القائم) ففي السنة الأولى سيحسب الربح (٥%) بالنسبة إلى ١٠ مليون فيسدد الربح + مليون من المبلغ الأساس، وفي السنة الثانية سيحسب الربح بالنسبة إلى ٩ مليون (الرصيد القائم) فيسدد الربح + مليون من المبلغ الأساس وهكذا، فالمستأجر في السنة الثالثة سيحسب ربحه بالنسبة إلى ٨ مليون، وسيسدد مليون + الربح منسوباً إلى ٨ مليون، فلو أراد المستأجر في السنة الثالثة أن يسدد الربح منسوباً إلى ٨ مليون لكن مع تأجيل الجزء الذي سيستحق من المبلغ الأساس (مليون) إلى السنة القادمة، فسيكون المبلغ الأساس (الرصيد القائم) في السنة الرابعة ٨ مليون بدلاً من ٧ مليون، وسيسحب الربح في تلك السنة منسوباً إلى ٨ مليون بدلاً من ٧ مليون، فهل الربح الزائد المترتب على تأجيل الدفعة الإيجارية تعد من إعادة الجدولة الممنوعة أو لا؟ هناك احتمالان:

الأول: الجواز؛ لأن الزيادة هي مقابل الفترة اللاحقة فهي بمثابة الاتفاق على تعديل عقد الأجرة بزيادة في فترات لاحقة لم تستحق.

الثاني: المنع؛ لأن إضافة الدفعة المؤجلة من المبلغ القائم (أصل الدين) إلى الفترة اللاحقة ثم حساب الربح عليها يترتب عليه أنه روعي حساب الربح في الفترة اللاحقة تأجيل الدفعة السابقة وعدم قدرته على سدادها^(١).

١٠- المنتج السادس: إعادة التمويل في المرابحة المتجددة:

هذه الصورة لا تسمى إعادة تمويل بحسب العرف المصرفي كما سبق الإشارة إليه في مبحث المفاهيم وإنما جاءت بديلاً عن منتجات تقليدية، لكنها تتفق من حيث الصورة مع إعادة التمويل بحسب التخريج الشرعي.

(١) القرار (٨٠٩) للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء.

وهي بديلة عن منتجين في البنوك هما منتج منتج القرض طويل الأجل (Term Loan) بسعر فائدة متغير (Floating interest rate)^(١) ومنتج تجديد المديونية Rollover ولهذا المنتج في البنوك عدة استخدامات في مجال التمويل أو الاستثمار، ففي مجال التمويل في البنوك التقليدية يتم منح عميل قرضاً قصيراً الأجل بسعر مرتبط بمؤشر تكلفة الإقراض (SIBOR, LIBOR..) لفترة محددة، ويتم تجديد القرض عند انتهاء الفترة بسعر المؤشر عند التجديد إلى أن يتم سداد رأس المال من العميل، وفي مجال الاستثمار عن طريق خزينة البنك حيث تشتري الخزينة أوراقاً مالية قصيرة أجل من مستثمرين بسعر مرتبط بالمؤشر فإذا حل أجل الورقة يتم تجديد هذه الورقة بإصدار جديد أو في إصدار مماثل بسعر جديد وهكذا^(٢).

وبديلاً لذلك تقوم بعض البنوك الإسلامية باستخدام صيغة المراجعة المتجددة، ولها عدة أساليب، وأبرز ما يتعلق منها بإعادة التمويل ما يأتي:

الأسلوب الأول: في التمويل: يتم منح حد ائتماني للعميل ويستخدم العميل الحد كاملاً في عملية تورق قصير أجل بسعر مؤشر تكلفة الإقراض (SIBOR, LIBOR..) لمدة محددة، فإذا حل أجل يتم تنفيذ عملية تورق جديدة بسعر المؤشر حينذاك وتسدد عملية التورق السابقة وهكذا.

الأسلوب الثاني: في مجال الاستثمار كما في الخزينة حيث يتم توظيف أموال المستثمرين عن طريق تمويل المستثمر للبنك (مقلوب التورق) بمبلغ الاستثمار بسعر المؤشر وقت تنفيذ العملية لمدة محددة فإذا حل أجل ورجب المستثمر مواصلة الاستثمار يتم تنفيذ عملية تورق أخرى بالسعر الجديد تسدد المديونية السابقة وهكذا.

والخلاف في هذه الصورة كإخلاف في صورة التمويل بالتورق لسداد مديونية أخرى، والملاحظات التي ترد تلك الأقوال ترد هنا حيث يصعب من الناحية العملية منح عميل حد ائتماني مماثل لحده السابق يسدد به الدين السابق، إلا إذا اشترط على البنك إبقاء جزء من الحد الائتماني للعميل لا يستخدم إلا لسداد المديونيات، إلا أنه يمكن القول هنا بأن هذا المنتج جاء بديلاً عن تجديد المديونية في القروض قصيرة الأجل،

(١) www.investopedia.com/terms/t/termloan.asp

Black's Law Dictionary, P: 1078. A Dictionary of Finance and Banking by: Oxford P:388. (٢)

www.investopedia.com/terms/r/rollover.asp



والقرض بسعر متغير في القروض طويلة الأجل، وذلك لغرض ربط التمويل بسعر المؤشر، وهي بديلة كذلك عن المراجعة بربح متغير التي تمنعها البنوك الإسلامية.

كما أجاز هذه الصورة ملتقى علماء الشريعة الدولي العاشر في أكتوبر ٢٠١٥م بماليزيا، بحسب الضوابط الواردة في الاتجاه الثاني في مسألة إعادة التمويل التورق وذلك بأن يتم إنشاء الدين قبل حلول أجل الدين السابق، وأن يمكن العميل من التصرف بالمبلغ الجديد.

وقد يقال هنا يمثل ما قيل في التمويل لغرض الحصول على سيولة إضافية وليس لغرض الحصول على سيولة تسدد الدين السابق، فهنا قصد المدين هو ربط دينه بالمؤشر وليس الحصول على سيولة تسدد الدين السابق، فهل يقال بالتفريق في حكم قلب الدين بين من مقصوده الحصول على سيولة فعلية تسدد الدين السابق وبين من مقصوده ربط التمويل بالمؤشر؟

قال د. حسين حامد حسان: "ويرى بعض فقهاء العصر التفرقة بين المدين المعسر فلا يجوز قلب الدين عليه، بل يجب إنظاره وبين المدين الموسر فيجوز قلب الدين عليه، كما في حال رغبة الدائن والمدين في أن يكون عائد التمويل متغيراً، وذلك بالدخول في معاملة مراجعة قصيرة بها من ربح ثابت ثم عند حلول أجل سداد ثمن هذه المراجعة يدخل في مراجعة جديدة ولمدة قصيرة بربح ثابت أيضاً ثم يسدد بثمن بيعها ثمن المراجعة السابقة الذي حل، ففي هذه الحالة لا توجد تهممة أو ذريعة الربا؛ لأن المدين موسر وليس قصده التأجيل في مقابل زيادة مستترة، بل له غرض آخر، هو أن يكون عائدة التمويل متغيراً باعتبار هذه الآلية طريقة للتحوط وهو من باب تقديم المئنة على المظنة فتنتفي تهممة القصد إلى ربا النسيئة"^(١).

المنتج السابع: إعادة التمويل في البطاقة الائتمانية المتجددة Credit Card Rollover:

وهذه النوع من البطاقة تصدره البنوك التقليدية، ويتم فيه إتاحة سداد المبلغ المستحق كاملاً بعد انتهاء فترة السماح أو إتاحة سداد نسبة من المبلغ المستحق وتقسيط المبلغ المتبقي مقابل فائدة ربوية. وبديلاً عن ذلك ابتكرت بعض البنوك الإسلامية منتجاً يتم فيه إتاحة تقسيط جزء من المبلغ المستحق عن طريق ترتيب عملية تورق يتم فيها سداد الجزء المتبقي من المبلغ المستحق.

مثال ذلك: لو أن عميل استخدم بطاقته بمبلغ ١٠ آلاف ريال فإذا حل الأجل بعد انتهاء فترة السماح

(١) قلب الدين (فسخ الدين في الدين) ص(١١).

يخير العميل بين سداد المبلغ كاملاً أو سداد هامش نقدي نسبة من المبلغ المستحق، مع توكيل العميل لأحد الوسطاء (مكاتب محاماة عادة) بتنفيذ عملية تورق عن طريق البنك لسداد المبلغ المتبقي فيتم سداد هامش نقدي مثلاً ٥٠٠ ريال ويتم تنفيذ عملية تورق بمبلغ ٩٥٠٠ ريال بهامش ربح يساوي الفائدة التي تؤخذ عادة في البطاقات التقليدية، ويسدد بحصيلة التمويل المبلغ المستحق المتبقي (٩٥٠٠ ريال).

وهذا الرأي مبني على ما سبق بيانه عند من يقول بجواز قلب الدين على الموسر، وقد جاء في قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي ما نصه: "وأما الطريقة الثانية فهي المعروفة لدى بعض أهل العلم بـ"قلب الدين على المدين" وبناءً عليه فإن المدين إذا كان معسراً وكان أخذه بهذه الطريقة على سبيل الإكراه والاضطرار والتضييق عليه فهذا لا يجوز، لمخالفته لقوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"، فلا يدخل البنك معه في معاملة التيسير، وعابه أن يثبت إعساره وعلى البنك إنظاره.

وأما إذا كان غير معسر ويرغب في الدخول مع البنك في معاملة من معاملات برنامج التيسير للإبقاء على أصوله دون أن يتصرف فيها تصرفاً قد يضره، أو أن يكون له غرض استثماري للتوسع في متاجرته أو نحو ذلك، فهذا لا بأس في الدخول معه، وأن يطالب بتسديد ما ترتب عليه من مديونية من هذه المعاملة، لانتفاء الإكراه والاضطرار في حق المدين، وقد استثنى بعض المحققين من أهل العلم هذه الطريقة من منع قلب الدين فأجازوها لانتفاء الاضطرار والإكراه في حق المدين"^(١).

١١ - المنتج الثامن: شراء المديونيات للأفراد:

والطريقة التقليدية المتبعة في ذلك كما سبق ذكره، وهو أن البنك يشتري دين العميل لدى بنك آخر بمبلغ يساوي عادة مبلغ السداد المبكر لذلك الدين، ثم يكون البنك مشتري الدين بالخيار في مطالبة العميل بمبلغ الدين كاملاً بأجله السابقة، أو يعيد جدولة هذا الدين بشروط جديدة تتضمن آجال جديدة وسعر جديد، وهذا الجزء هو المتعلق بإعادة التمويل.

وهناك صورتان يتم تطبيقهما مع العملاء الأفراد في البنوك السعودية، وهي:
الأولى: أن يتم تمويل العميل عن طريق التورق ثم يقوم البنك بحجز حصيلة التمويل ويصدر شيكاً مسطراً باسم البنك الدائن بمبلغ السداد المبكر، ويسلمه للعميل ويقوم بإيداع الشيك للبنك الدائن، ويتم سداد

(١) قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي (٥٩٥/١، ٥٩٦).

مديونية العميل لدى البنك الأول.

الثانية: وهي تختلف من حيث الإجراءات حيث لا يكون هناك شيكاً مسطراً، وإنما يتم تحويل مبلغ السداد المبكر مباشرة إلى البنك الدائن عن طريق حوالة مالية ويكون لها ترميز خاص ويتم بها سداد مديونية البنك. ويرد على هاتين الصورتين الخلاف السابق ذكره في حكم إعادة التمويل لدائن آخر.

١٢ - المنتج التاسع: إعادة التمويل عن طريق حلول الدائن الجديد محل الدائن السابق في عقد الإجارة التمويلي.

ويكون ذلك في حال حصل العميل على تمويل إجارة تمويلية من أحد البنوك، وفي أثناء العقد رغب العميل الانتقال إلى بنك آخر فيشتري البنك الجديد العقار بمبلغ السداد المبكر وقد يستمر البنك الجديد بنفس عقد الإجارة الحالي فيكون حل محل البنك السابق في العقد نفسه وبالشروط نفسها، وقد يفسخ عقد الإجارة الحالي، ويوقع عقداً جديداً بشروط جديد وأجال جديدة.

والذي يتعلق بإعادة التمويل هنا هو في حال تم تعديل شروط العقد الحالي أو تم فسخ العقد السابق وتم توقيع عقد جديد بشروط جديدة، ويقال في هذه المسألة يمثل ما يقال في إعادة جدولة الدفعات الإيجارية. هذا ما تيسر إعداده والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم

١٣- فهرس المراجع

١. أبحاث ملتقى علماء الشريعة الدولي العاشر في أكتوبر ٢٠١٥ م بماليزيا،
٢. أبحاث وأوراق العمل للمؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية بالكويت
٣. الاختيارات الجليلة في المسائل الخلافية مطبوع مع نيل المآرب تهذيب شرح عمدة الطالب، للشيخ عبدالله البسام، دار الميمان.
٤. الاستذكار، لأبي عمرو ابن عبدالبر، دار الكتب العلمية.
٥. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، تحقيق مشهور حسن سلمان، دار ابن الجوزي.
٦. الإقناع لطالب الانتفاع، لموسى الحجاوي، تحقيق عبدالله التركي، داره الملك عبدالعزيز.
٧. الأوسط من السنن والإجماع والخلاف، لأبي بكر محمد ابن المنذر، دار الفلاح.
٨. بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامية، د. أسامه اللاحم، دار الميمان.
٩. التبصرة، لعلي بن محمد الربيعي اللخمي، تحقيق أحمد عبدالكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر.
١٠. تكملة المجموع شرح المذهب، للسبكي، دار الفكر.
١١. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق المصري، تحقيق أحمد عبدالكريم نجيب، مركز نيجبويه للمخطوطات.
١٢. حاشية ابن عابدين على الدر المختار، لمحمد أمين ابن عابدين الحنفي، دار الفكر ١٤١٢ هـ.
١٣. الحاوي الكبير، لأبي الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية.
١٤. الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن الشيباني، تحقيق مهدي حسن الكيلاني، دار عالم الكتب.
١٥. الدرر السنية في الأجوبة النجدية، جمع وتحقيق عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السادسة ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.
١٦. الدليل الشرعي للتمويل العقاري، بنك البلاد، دار الميمان.
١٧. الشرح الكبير للدردير ومعه حاشية الدسوقي، لمحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر.
١٨. الضوابط المستخلصة لقرارات بنك البلاد، دار الميمان.
١٩. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم، تحقيق نايف الحمد، دار عالم الفوائد

٢٠. فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبداللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مطبعة الحكومة ١٣٩٩هـ.
٢١. قرارات الهيئة الشرعية لبنك الأهلي، الطبعة الأولى ١٤٣٧هـ - ٢٠١٥م.
٢٢. قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.
٢٣. قرارات للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء.
٢٤. قلب الدين على المدين. د. علي الندوي.
٢٥. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، وزارة العدل السعودية.
٢٦. المبدع في شرح المقنع، لبرهان الدين ابن مفلح، المكتب الإسلامي.
٢٧. مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة.
٢٨. مجموع الفتاوى، لتقي الدين أبي العباس ابن تيمية، تحقيق عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
٢٩. مجموعة الرسائل والمسائل النجدية، لعلماء نجد الأعلام، مكتبة الأحيار.
٣٠. مدى إمكانية تعديل عوائد التمويلات، د. محمد القري
٣١. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى الرحيباني، المكتب الإسلامي.
٣٢. المعايير الشرعية، لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤٣٧هـ.
٣٣. منحة الخالق لابن عابدين، مطبوع في هامش البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي.
٣٤. موطأ الإمام مالك، برواية أبي مصعب الزهري، تحقيق بشار عواد وزميله، مؤسسة الرسالة.
٣٥. موقع المجمع الفقهي الإسلامي بمكة.
٣٦. موقع بنك البلاد.
٣٧. موقع مؤسسة النقد السعودي.
٣٨. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين الرملي، دار الفكر ١٤٠٤هـ.
٣٩. A Dictionary of Finance and Banking by: Oxford
٤٠. Black's Law Dictionary
٤١. The Book of JARGON US Corporate & Bank Finance by:

Latham & Watkins LLP

www.investopedia.com . ٤٢



EXTERNAL SHARI'AH AUDITING

Muzammil Kabati "External Shari'ah Auditing: New Perception and Key Modern Applications"

التدقيق الشرعي الخارجي: رؤية جديدة وأبرز التطبيقات المعاصرة

Table of Contents

| | | |
|-------|---|-----|
| 1 | Executive summary | 472 |
| 2 | Shari'ah governance framework..... | 472 |
| 2.1 | Salient features of Shari'ah governance framework from around the globe..... | 473 |
| 2.2 | Shari'ah Supervisory Board ("SSB")..... | 473 |
| 2.3 | Internal Shari'ah Compliance | 474 |
| 2.4 | Internal Shari'ah Audit..... | 474 |
| 2.5 | Independent External Shari'ah Audit | 474 |
| 3 | What is an Independent external Shari'ah audit engagement?..... | 474 |
| 3.1 | Benefits of an independent external Shari'ah compliance audit..... | 475 |
| 3.2 | Responsibility of External Shari'ah Auditor with regard to Shari'ah Compliance..... | 477 |
| 3.3 | Execution of external Shari'ah audit procedures..... | 477 |
| 3.3.1 | Types of external Shari'ah audit procedures..... | 478 |
| 3.4 | Major experiences from around the globe..... | 484 |
| 3.4.1 | Oman..... | 484 |
| 3.4.2 | Pakistan | 485 |
| 3.4.3 | Bahrain and Malaysia..... | 488 |
| 4 | Conclusion | 490 |

Executive summary

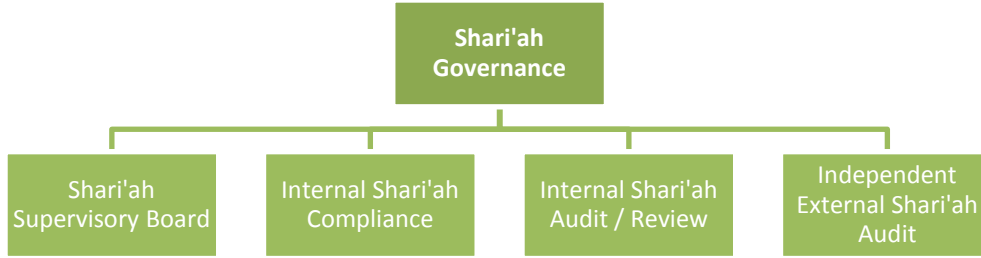
Islamic finance has experienced a double-digit growth in the last decade in terms of assets, customers, net wealth and number of institutions. It now encompasses retail, corporate and investment banking as well as asset management and takaful components, making Islamic finance an important segment of the global financial system. The so far fast-paced growth of this segment may face a temporary slowdown due to various geo-political and economic factors, but economists predict that the expansion of Islamic finance will continue to exhibit approximately 14% CAGR to achieve a US\$ 2 trillion mark by 2020 from the current US\$ 1 trillion. The phenomenal growth of Islamic finance and the changing market dynamics have tremendously affected the stakeholders' expectations. Not only have the expectations changed but the degree of regulator supervision has also enhanced during the last few years. For example, regulators expect more detailed disclosures, and increased transparency and consistency amongst institutions. Consequently, we have observed heightened compliance with standards or in other words, sound and functional Shari'ah governance framework is what the regulators and stakeholders expect. Introducing a third eye in the form of external Shari'ah compliance audit to attest the soundness of Shari'ah governance framework is what Shari'ah compliance audit is all about.

We all know that adherence to Shari'ah is the primary differentiator between conventional banking and the operations of IFIs. This compliance relies on the Shari'ah governance framework, comprising of three fundamental components, namely Shari'ah Supervisory Board (SSB), internal Shari'ah review (ISR) function and internal Shari'ah audit (ISA) function. While some jurisdictions have introduced Independent external Shari'ah compliance audit as a fourth component, with the objective of enhancing and strengthening the Shari'ah governance framework within individual institutions, other jurisdictions are in advanced stages of bringing about regulatory change with respect to mandating external Shari'ah compliance audit, such as the Central Bank of Bahrain.

Shari'ah governance framework

The Shari'ah governance framework is a combination of controls and the overall corporate framework established within an IFI to ensure effective oversight of Shari'ah compliance over its activities. The Shari'ah Governance Framework addresses the overall control environment through policies, practices, procedures, Shari'ah Reviews, oversight and compliance and controls over product development and product execution. It also encompasses oversight over transactions, investments, contracting, disclosures, customer management including maintaining compliance with standards, industry benchmarks and regulatory stipulations over operational aspects like segregation of duties, financial reporting, training, corporate social responsibility and institutional charity function.

Hence, to summarise, the four pillars of the Shari'ah governance framework are depicted below:



Salient features of Shari'ah governance framework from around the globe

To better understand the requirements of Shari'ah governance framework, we have sought guidance from the Shari'ah governance frameworks available in Central Bank regulation of Oman and Pakistan and by practical experiences drawn through interactions with Islamic Institutions in Oman, Pakistan, and Malaysia. We have also consulted with the representatives of AAOIFI and the Central Bank of Bahrain especially by looking at the consultation paper on Shari'ah governance framework issued by the Central Bank of Bahrain (issued in October 2016). The common objectives or salient features of these regulatory frameworks are as follows:

To introduce an effective mechanism for the BOD oversight of the IFI's Shari'ah compliance environment.

Accountability of executive management in implementation of the framework.

An independent and effective Shari'ah Board appointed as per Fit and Proper Criteria (FAPC) as set out in the framework.

A Shari'ah Compliance Department to assist the SSB and to serve as a conduit between the SSB and the management of the IFI.

Shari'ah compliance review mechanism to assess the operative effectiveness of the framework introduced by the SSB and BOD.

An independent Internal Shari'ah Audit Unit (ISAU), which may be a part of internal audit department or an independent unit depending on the size of the IFI.

An independent Internal Shari'ah Advisory department comprising of Shari'ah advisory officers and staff technically reporting to the SSB and administratively reporting to the CEO to ensure its independence.

External Shari'ah Audit to be undertaken along with the annual audit of the IFI.

Shari'ah Supervisory Board ("SSB")

The SSB is an independent body of specialized jurists in Fiqh al Mua'malat who also understand banking and finance issues faced by an IFI. The SSB is been entrusted with the duty of directing, reviewing and supervising the activities of the IFI in order to ensure that they comply with Shari'ah principles. The Fatwa rulings are binding on the IFI's. The ultimate responsibility

however to comply with Shari'ah rests on the management of any IFI. AAOIFI's Governance Standard No. 2 " Shari'ah Review" (issued in 1998) provides guidance as to how the SSB should discharge its responsibilities with respect to conducting their regular Shari'ah reviews.

Internal Shari'ah Compliance

Shari'ah compliance in business transactions and operations is the fundamental assurance offered by an IFI to its investors and stakeholders. Accordingly, it is imperative for an IFI to monitor its activities in order to ensure a stable functioning system in accordance with the requirements of Shari'ah. Internal Shari'ah compliance department facilitates the management in ensuring compliance with Shari'ah and Islamic banking stipulations of the regulator on a day-to-day basis in all its business activities, operations and transactions.

Internal Shari'ah Audit

The objective of an internal Shari'ah audit / review is to ensure that the management of an IFI discharges its responsibilities in relation to the implementation of the Shari'ah rules and principles as determined by the IFI's SSB, related regulations and market standards.

The scope of work of internal Shari'ah audit includes the examination and evaluation of the adequacy and effectiveness of the IFI's system of Shari'ah compliance and the quality of performance in carrying out assigned responsibilities. The scope of internal Shari'ah audit shall cover all aspects of the IFI's business operations and activities, including review of the products, processes, agreements and systems for assessing the extent of implementation of the Shari'ah guidelines and Fatawa issued by the SSB. AAOIFI's governance standard No. 3 "Internal Shari'ah Review" (issued in 1999) provides guidance pertaining to the conduct of such internal Shari'ah audits.

Independent External Shari'ah Audit

The external Shari'ah auditor's responsibility is to form an independent conclusion on the IFI's Shari'ah compliance and on the design and operating effectiveness of controls implemented to achieve such compliance.

What is an Independent external Shari'ah audit engagement?

A key pillar of the Shari'ah governance framework is the independent external Shari'ah compliance audit function. The Shari'ah compliance engagement is conducted by a multidisciplinary team, which includes assurance practitioners and subject matter (Shari'ah) experts.

The auditors must be professionals who are well versed in AAOIFI Shari'ah standards and the regulatory requirements of the jurisdiction. The external audit team should look to include at least one scholar who fulfills the fit and proper criteria and who can assist in the review and training of the team. This will be particularly useful in complex transactions, where understanding Shari'ah principles is critical and which in turn will give confidence to the SSB

members that the auditors have the relevant Shari'ah expertise to analyze these complex transactions.

The external Shari'ah compliance auditor's responsibility is to form an independent conclusion on the IFI's Shari'ah compliance and on the design and operating effectiveness of controls implemented to achieve such compliance. In other words, the auditor assesses the extent to which Shari'ah compliance has been institutionalized within the day to day functioning of the IFI. An independent external Shari'ah audit is typically performed by the IFI's external auditor and in accordance with ISAE 3000.

This standard requires that the independent external Shari'ah auditor should plan and perform procedures to obtain reasonable assurance about whether, in all material respects, the Shari'ah related controls are suitably designed and are operating effectively for the achievement of the IFI's approved control objectives. The scope of the external Shari'ah auditor's work includes the following:

Suitability of design of the governance structure and control framework put in place to ensure compliance with Fatawas as issued by the SSB and related central bank regulations;

Operating effectiveness of controls over transactions, contracts and earnings in accordance with the Shari'ah rules and principles as set out by the SSB and related central bank regulations; and

Operating effectiveness of controls over allocation of profits and charging of losses to investments in line with Shari'ah rules and principles as set out by the SSB and related central bank regulations.

After the completion of fieldwork procedures, the auditor should review the audit results with process owners and address any questions or concerns. A draft audit report is sent to the management to obtain their action plan or a risk mitigation response for all identified issues. The external Shari'ah audit report should be ready before the annual SSB report on the IFI's Shari'ah compliance, and is one of the important inputs in shaping the SSB opinion.

Benefits of an independent external Shari'ah compliance audit

The IFI can engage either its external auditors or a different team of auditors to conduct the annual Shari'ah Compliance Audit. The need for such an audit is been felt due the phenomenal growth of Islamic Finance Industry and varied practices amongst management of Islamic financial institutions. We all understand that these institutions manage the public funds. Majority of the customers of such institutions faithfully deal with these institutions on the premise that adherence to Shari'ah is by default inbuilt in these institutions. However, the increased commercialization of financial institutions do call for enhanced accountability of all the elements the Shari'ah governance framework. Independent Shari'ah Compliance audit provides that comfort as of now regarding strict compliance of SSB's fatwas as well as compliance to the principles of Shari'ah Governance Framework.

Such independent Shari'ah audits also adds credibility to the internal Shari'ah audit of the IFI through an independent endorsement. This is also aimed to enhance public confidence in the Shari'ah legitimacy of the IFI.

An IESA is similar in scope to an internal Shari'ah audit. It is not meant to provide an opinion on the Shari'ah legitimacy of the SSB's decisions. It only assesses the extent of implementation of the decisions by the IFI's management and the implementation of the related policies and procedures of the SSB to achieve Shari'ah compliance as per the SSB guidelines and directives.

Independent external Shari'ah auditors submit their report on control procedures relating to Shari'ah compliance and governance structure to the Board of Directors of the IFI and the central bank, with a copy to the SSB, audit committee and management of the IFI

Responsibility of External Shari'ah Auditor with regard to Shari'ah Compliance

The external Shari'ah auditor's responsibility is to form an independent conclusion on the IFI's Shari'ah compliance and on the design and operating effectiveness of controls implemented to achieve such compliance. In the absence of an auditing standard by AAOIFI, this engagement is conducted in accordance with ISAE 3000 which states that the external Shari'ah auditor must comply with ethical requirements and plan and perform procedures to obtain reasonable assurance about whether, in all material respects, the Shari'ah compliance is achieved by the IFI and the controls are suitably designed and operating effectively. The procedures selected depend on the judgment of the external Shari'ah auditor.

Execution of external Shari'ah audit procedures

After the completion of all preliminary planning activities, the next stage of the external Shari'ah audit involves the execution of planned procedures. There are six different types of procedures that the auditor will undertake during execution, including testing controls on Shari'ah governance, testing transaction level controls, testing product level controls, testing investment controls, testing controls on employee training and awareness and testing other controls. The following section details these types of procedures and provides examples for each.

Types of external Shari'ah audit procedures

Controls on Shari'ah governance within an IFI

It is the responsibility of the IFI to establish and maintain a robust and functioning Shari'ah governance structure with appropriate controls. These controls are designed and implemented under the supervision of its SSB, keeping in mind Shari'ah rules and guidelines and related regulations. The following are examples of procedures, which an external Shari'ah auditor can perform to assess the effectiveness of an IFI's controls on Shari'ah governance:

Ensure that a Shari'ah compliance function headed by a suitable official has been entrusted by the management in consultation with SSB, and / or Shari'ah compliance unit;

Evaluate the functions of an IFI's Shari'ah Review Unit to assess whether it facilitates management in ensuring compliance with Shari'ah (as manifested in the guidelines and Fatwas issued by its SSB) and local banking regulations on a day-to-day basis in all business activities, operations and transactions;

Through an examination of the internal Shari'ah audit report, evaluate the functionality of the IFI's Internal Shari'ah Audit Unit and assess how it assists the SSB in forming or expressing an opinion on the extent of the IFI's operational compliance with Shari'ah through an actual audit of business transactions.

Through a review of the IFI's policies and procedures manual and product programs, ensure that they are up to date and approved by the SSB. A list and descriptions of products and services that have been approved by the SSB should also be reviewed; and

Review the minutes SSB to ensure that they meet periodically to review and approve key decisions relating to Shari'ah matters, also ensuring that these minutes are circulated to all SSB members.

Transaction level controls

Transaction level controls are implemented by an IFI at an overall operation level to ensure that Shari'ah compliance is observed throughout its day-to-day activities such as the launch of a new product in the market, documentation of executed transactions or necessary segregation of duties. The following are several procedures, which an external Shari'ah auditor can perform in the given order, to assess transaction level controls:

Ensure that only SSB-approved products and services are offered to customers. For this purpose, a list of approved products is circulated to the IFI's employees and included in the IFI's procedure manual. Employees are required to refer to the list at the time of initiating transactions and tick the appropriate product on the respective application form;

Ensure that adequate segregation of duties is in place for review and approval of transactions;

Identify and review that authority matrices relating to Shari'ah matters clearly define the transaction review and approval limits. The authority matrix must be approved by the SSB;

On a sample basis, review documents provided by customers and verify their authenticity. Individuals verifying such documents are required to stamp, initial and date the documents to evidence verification. Also review that only standard templates approved by the SSB are used for initiating and executing transactions;

Ensure that a list of daily transactions exceeding a stipulated monetary limit is sent to the internal Shari'ah reviewer for review;

Ensure that the income statement and sources of income including contracts made with counterparties are periodically reviewed by the internal Shari'ah reviewer;

Ensure that the IFI is operating within the parameters defined and approved by the SSB;

Determine whether any portion of income generated is Shari'ah non-compliant and perform corrective actions (such as setting aside such income for charity purposes); and

Ensure that the internal Shari'ah reviewer reviews all agreements / contracts / forms prior to execution. This may include templates to be used for employee contracts, rental agreements, account opening forms, etc.

Product level controls

Product level controls are also implemented by IFIs. The following are examples of procedures, which an external Shari'ah auditor can perform in order to assess product level controls.

Murabaha

A Murabaha contract template approved by the SSB is used for Murabaha transactions;

A checklist containing the minimum requirements to be complied with for Murabaha transactions is available to the IFI's employees. The checklist is approved by the SSB;

Staff executing Murabaha transactions are required to enter the following information in the system before a transaction can be processed:

Purchase price of the underlying commodity and associated costs;

Sale price of the commodity; and

IFI's profit margin.

A list of commodities that the IFI is authorized to engage in for Murabaha transactions is approved by the SSB and made available to the IFI's employees;

Documents that confirm legal title and ownership of the underlying asset(s) in the name of the IFI are obtained and maintained on file; and

Where the standard Murabaha contract template is not used, the amended contract is reviewed and approved by the internal Shari'ah reviewer to confirm inclusion / exclusion of appropriate clauses necessary to ensure the contract is Shari'ah compliant.

Mudaraba

A Mudaraba contract template approved by the SSB is used for Mudaraba transactions;

A checklist containing the minimum requirements to be complied with for Mudaraba transactions is available to the IFI's employees. The checklist is approved by the SSB;

Mudaraba calculations for profit and loss sharing are reviewed and approved by the internal Shari'ah reviewer;

An investment memorandum is prepared for investments under Mudaraba transactions. The investment memorandum is reviewed and approved by the internal Shari'ah reviewer;

A list of activities and types of investments that can be financed under Mudaraba finance is approved by the SSB and made available to the IFI's employees; and

Where the standard Mudaraba contract template is not used, the amended contract is reviewed and approved by the internal Shari'ah reviewer to confirm inclusion / exclusion of appropriate clauses necessary to ensure the contract is Shari'ah compliant.

Musharaka

A Musharaka contract template approved by the SSB is used for Musharaka transactions;

A list of activities/projects/sectors where the IFI's equity stake under Musharaka transactions can be invested is approved by the SSB and made available to the IFI's employees; and

Where the standard Musharaka contract template is not used, the amended contract is reviewed and approved by the internal Shari'ah reviewer to confirm inclusion / exclusion of appropriate clauses necessary for a Shari'ah compliant transaction.

Ijarah

Ijarah contract templates for various asset classes (such as motor vehicles or houses) are approved by the SSB and made available to the IFI's employees;

Where standard Ijarah contract templates are not used, amended contracts are reviewed and approved by the internal Shari'ah reviewer to confirm inclusion / exclusion of appropriate clauses necessary for the contract to be Shari'ah compliant; and

Documents that confirm legal title and ownership of underlying asset in the name of the IFI are obtained and maintained on file.

Salam

A Salam contract template approved by the SSB is used for Salam transaction;

Where standard Salam contracts are not used amended contracts are reviewed and approved by the internal Shari'ah reviewer to confirm inclusion / exclusion of appropriate clauses necessary for the contract to be Shari'ah compliant;

A checklist containing the minimum requirements to be complied with for Salam transactions is available to the IFI employees. The checklist is approved by the SSB;

A list of commodities that the IFI is authorized to engage in for Salam transactions is approved by the SSB and made available to the IFI's employees;

The underlying commodity is readily replaceable in the market; and

Documents that confirm legal title and ownership of the underlying asset(s) in the name of the IFI are obtained and maintained on file.

Istisna'a

An Istisna'a contract template approved by the SSB is used for Istisna'a transactions;

Where standard Istisna'a contracts are not used amended contracts are reviewed and approved by the internal Shari'ah reviewer to confirm inclusion / exclusion of appropriate clauses necessary for the contract to be Shari'ah compliant;

A checklist containing the minimum requirements to be complied with for Istisna'a transactions is available to the IFI's employees. The checklist is approved by the SSB;

A list of commodities / types of projects that the IFI is authorized to engage in for Istisna'a transactions is approved by the SSB and made available to the IFI's employees;

The underlying asset is a uniquely identifiable manufactured item; and

Documents that confirm legal title and ownership of the underlying asset(s) in the name of the IFI are obtained and maintained on file.

Investment controls

Investments are executed only after being approved by the SSB;

The SSB reviews and approves investment acquisitions and exits to ensure compliance with Shari'ah principles. Matters subject to review and approval may include preliminary deal analysis, deal structuring and financing, legal documentation, private placement memorandum and deal exit strategy.

For each investment, the IFI's SSB will issue a certificate of approval signed off by members of the SSB. The certificate evidences the review and approval by the SSB. It also indicates the SSB's satisfaction that the investment structure and associated documentation are in compliance with Shari'ah principles;

Investments are reviewed by the internal Shari'ah reviewer post acquisition to ensure that they adhere to investment structure approved by the SSB;

The internal Shari'ah reviewer reviews short term investments in inter-bank market (such as Murabaha, Mudaraba or Wakala) to ensure that these are made in line with the IFI's approved Shari'ah principles;

The internal Shari'ah reviewer prepares a periodic report on reviews conducted. The report is circulated to the Treasury and Operations department and the SSB. As a minimum the report contains:

Details of investments reviewed;

Instances of non-compliance identified;

Corrective actions required; and

Recommended controls for future prevention of non-compliance (where applicable).

Site visits may be conducted as and when deemed appropriate depending on the type of investment. A site visit report will be prepared and signed off by the staff of internal Shari'ah review unit conducting the visit. In this regard:

A site visit plan is prepared at the start of the year which is updated during the year to account for new investments;

The frequency of site visits for respective investments will be determined to ensure each investment is reviewed at a reasonable interval after considering factors such as expected holding period, financial value of investment, observations from previous visits, etc.; and

The scope of site visits is pre-defined in the form of a site visit checklist, which lists down the minimum areas for inspection.

Controls on employee training and awareness

An IFI shall develop a training plan to address the training needs of its employees and SSB members. These trainings must be planned, appropriately structured and evaluated. Employees and SSB members who are not adequately trained in certain areas can make misinformed decisions which may adversely affect the performance of the IFI. The following are examples of procedures, which can assess the IFI's controls on employee training and awareness:

Review the profile of senior management to assess whether they have adequate understanding, knowledge, qualification and experience in Islamic finance and Shari'ah;

By reviewing the human resource manual ensure that the hiring processes are well defined and the required competence in Shari'ah matters is defined in these criteria;

Ensure that the IFI conducts training sessions for its new and existing staff on topics such as product structuring, Shari'ah principles and guidelines, business ethics, Islamic banking and finance, etc. An annual training plan must be in place to facilitate the training needs of an IFI's employees;

Ensure that the IFI has maintained a database containing Fatwas and Shari'ah guidelines issued by its SSB. This database should be accessible to staff members who are engaged in the IFI's operations and any other employee who asks for it. The database is kept up to date at all times;

Ensure seminars are conducted for employees to keep them up to date on new products and services approved by the IFI and amendments to existing products and services.

Other Controls

The Shari'ah Supervisory Board reviews and approves the IFI's annual Zakah calculations;

The SSB reviews the IFI's HR policies and procedures, code of conduct / ethics to ensure they are in line with Shari'ah principles; and

Tools for obtaining customer feedback and complaints are implemented (suggestion drop box, email, phone, etc.). The internal Shari'ah review unit reviews customer feedback / complaints received to ensure matters relating to Shari'ah compliance are adequately addressed.

The IFI's control objectives as approved by the IFI's Shari'ah Supervisory Board are provided below:

Overall Control Objective

Ensure that the IFI's activities are conducted in a Shari'ah compliant manner. Achievement of this objective requires compliance with Shari'ah guidelines/directives issued by the IFI's SSB and any other related guidance issued by the relevant regulatory authority.

Specific Control Objectives

The IFI's transactions, contracts and earnings are in accordance with Shari'ah principles as set out by the SSB and any other guidance by the relevant authorities;

Employees are appropriately and adequately trained to possess knowledge on Shari'ah products/services offered by the IFI;

Revenues, collections and income that do not comply with Shari'ah principles are adequately segregated and appropriately treated;

Allocation of profit and charging of losses to investment accounts conform to the basis approved by the SSB; and

Management does not override or compromise Shari'ah principles to enhance the IFI's performance.

Major experiences from around the globe

This section discusses the status of external Shari'ah audit in Pakistan and Oman, where the respective regulators have made external Shari'ah compliance / audit mandatory, along with views from major Islamic finance players, namely Bahrain and Malaysia.

Oman

The Islamic finance industry in Oman has grown significantly since the issuance of the Islamic Banking Regulatory Framework (IBRF) in 2012 by the Central Bank of Oman. Currently, there are two full-fledged Islamic banks i.e., Alizz Islamic Bank and Bank Nizwa; while there are 5 Islamic windows i.e., Meethaq Islamic (Islamic banking window of Bank Muscat), Muzn Islamic Bank (Islamic banking window of National Bank of Oman), Al Yusr Islamic banking unit (Islamic Banking window of Oman Arab Bank), Maisarah Islamic banking services (Islamic banking window of Bank Dhofar), Sohar Islamic (Islamic banking window of Bank Sohar) and Al-Hilal Islamic banking services (Islamic banking window of Ahli Bank). As of March 2016, the Islamic banking market share stood at 7.1% of the overall financial assets in the Sultanate.

Issues identified in IESA

As per the Islamic banking regulatory framework, all licensed Islamic financial institutions are required to formalize and establish both internal and external Shari'ah audits. It is mandatory for the Islamic financial institutions to engage an independent third party to conduct independent external Shari'ah compliance audit, on an annual basis. In particular, the framework provides for the independent external Shari'ah compliance audit findings to be reported to the Board of Directors and the Central Bank, with a copy being issued to the SSB and management of the bank. The industry practitioners have identified the following issues:

Regulatory issues

Some banks are of the view that the scope of independent external Shari'ah auditor seems to overlap with that of internal Shari'ah auditor. The IBRF explains the scope of internal Shari'ah auditor in the following manner:

"The scope of work of internal Shari'ah audit shall encompass the examination and evaluation of the adequacy and effectiveness of the Licensee's system of Shari'ah compliance and the quality of performance in carrying out assigned responsibilities. The scope of internal Shari'ah audit shall cover all aspects of the Licensee's business operations and activities, including review of the products, processes, agreements and systems for assessing the extent of implementation of the Shari'ah guidelines and Fatawa issued by the SSB".

Since the scope of Independent External Shari'ah auditor has not been addressed, both parties share the same scope of work in essence. Inevitably, the independent external Shari'ah auditors will be duplicating the work of internal Shari'ah auditors.

On the other hand, this is not the case in conventional financial audit, which has a clear scope and distinct roles and responsibilities that distinguish between the external financial auditor and the internal auditor. Conventional external financial auditors focus on financial statements and reporting, and their scope of work is planned to obtain assurance that the financial statements provide a true and fair view. In contrast, internal auditors have a far wider scope than financial reporting and their work is planned and agreed with management based on an assessment of risks being faced by the organization.

Commercial awareness

One of the reasons behind mandating external Shari'ah audit is to have an extra set of eyes on the governance structure of the IFI in order to provide comfort to the customers that the bank is operating as it purports to. The problem with this is that the IFIs do not publish the external Shari'ah auditors report in the annual report. Lack of public disclosure diminishes the potential of one of the perceived benefits of IESA – enhancing public confidence in the Shari'ah legitimacy of IFIs.

Pakistan

Islamic banking industry started in Pakistan around four decades ago. Major work started in 2001 when SBP issued its first Islamic banking policy, which set out the promotion of Islamic banking alongside conventional banking. Subsequently, the SBP's Islamic Banking Department (IBD) issued circulars and guidance to regulate Islamic financial institutions (IFIs), and early deliberations around IESA took place in 2009. In April 2014, the SBP issued IBD Circular No. 03 of 2014 wherein the Shari'ah Governance Framework for Islamic Banking Institutions was notified.

Issues of IESA in Pakistan

As per the Shari'ah governance framework issued by State Bank of Pakistan in 2015, all licensed Islamic financial institutions are required to have external Shari'ah audit engagements performed. After the first year of external Shari'ah audit, the industry practitioners identified the following issues:

Contracting issues

More than one Shari'ah contract was present in Diminishing Musharaka (DM). It was noted that there were clauses included in Musharaka contract stipulating that customer shall enter into a rental contract with the IFI after execution of Musharaka contract, which is a major Shari'ah non-compliance pertaining to the Diminishing Musharaka.

In another instance, it was noted that bifurcated amounts of Musharaka units purchase and rental payments were not mentioned in the payment schedule. Although this is not a direct non-compliance of Shari'ah rules and principles, the amount of each contract should be disclosed separately as best practice in order to ensure complete independence of DM contracts.

With regard to the Murabaha transaction, it is a Shari'ah requirement to have complete descriptions of subject matter that are nature, quality and quantity of the items. In some transactions, it was noted that description was unclear.

In some cases, the correct sequence of Murabaha transaction was not followed by the IFI and the customer. In addition, it was unclear whether the customer consumed the subject matter before or after the offer and acceptance.

Commercial awareness issues

A common concern raised by industry experts in Pakistan is that the external Shari'ah auditors lack adequate knowledge and understanding of Shari'ah rules and principles.

Lack of public disclosure diminishes the potential of one of the perceived benefits of IESA – enhancing public confidence in the Shari'ah legitimacy of IFIs. However, it is recognized that IESA (and to an extent the Islamic finance industry) is at a nascent stage with neither external Shari'ah auditors nor IFIs yet ready to report publicly. In addition, there is a risk that public disclosure of any auditor recommendations could be misinterpreted by the public, resulting in an adverse reaction to that IFI in particular and to the development of IFIs and the Islamic finance industry in general.

Nonetheless, the industry needs to advance and improve. This means that external Shari'ah auditors must develop the capability to provide value-added comments and that IFIs must be open to acknowledge and respond to valid criticisms and recommendations.

Regulatory issues

The Shari'ah governance framework issued by State Bank of Pakistan sets out the scope of IESA, various stakeholders still express their confusion. Following observations were identified:

The scope should be limited to reviewing products and ensuring compliance with an IFI's SSB rulings and other guidelines.

The scope of an external auditor's function requires clarification as it is not clear if external Shari'ah auditors should only be concerned with compliance or if they should consider other issues related to finance, IT, operations, etc.

The aim should be to provide absolute assurance, and the external auditor should be performing third-party verification.

How should the Shari'ah auditor audit the overall compliance / control environment.

This critical point must be addressed since without adequate knowledge and understanding of Islamic banking operations, the external auditor will be limited in developing audit programs that mitigate the risks associated with different products. Additionally, the external auditor's reliance on the auditee to obtain necessary information inherently trigger risks related to independence and accuracy of information. This could result in audit procedures being neither designed nor executed effectively.

Governance issues

It was revealed during the IESA that some major positions such as Head of Shari'ah Monitoring and Review Unit, Manager Shari'ah Audit, Shari'ah Risk Management, were vacant.

In addition, for some of the Islamic windows, resources were being shared between conventional and Islamic division. This is a major Shari'ah non-compliance especially if there is no cost sharing mechanism or policy in place.

Furthermore, the staff of Islamic banks were using incorrect documentation e.g. in case of Diminishing Musharaka for under-construction assets, the documentation for ready to use assets was used. Guidelines for ready to use and construction property are different from one another.

Bahrain and Malaysia

Bahrain and Malaysia are leading established global hubs for Islamic finance. Both these markets have yet to mandate external Shari'ah audit on IFIs. On 1 September 2016, the Central bank of Bahrain (CBB) issued a consultation paper titled 'Shari'ah Governance Module'. The proposed module has six chapters, with chapter 5 relating entirely to 'independent external Shari'ah audit', details of which are given below:

Chapter: SG-5
Independent External Shari'ah Compliance Audit

SG-5.1 Principle

SG-5.1.1 Bahraini Islamic bank licensees must appoint, on an annual basis, an independent external Shari'ah compliance auditor (IESCA) approved by the CBB.

SG-5.2 Roles and Responsibilities of Independent External Shari'ah Compliance Audit

SG-5.2.1 The IESCA must conduct an annual independent external Shari'ah compliance audit, to be completed before the issuance of the annual SSB Report.

SG-5.2.2 IESCA must assess the existence of relevant controls and their effectiveness in implementation by the Bahraini Islamic bank licensee's management of the policies, procedures and decisions of the SSB to achieve Shari'ah compliance.

SG-5.2.3 The independent external Shari'ah compliance audit report must be guided by International Standards on Assurance Engagements 3000, Assurance other than Audits or Reviews of Historical Financial Information.

Source: CBB Shari'ah Governance Module, Consultation Paper (2016)

Furthermore, a committee, consisting of representatives from the big four and other practitioners, was formed by CBB. The committee discussed the need for a standard or revision in the current auditing standard of AAOIFI in order to address independent external Shari'a audit. This need has arisen due to a lack of comprehensive guidelines for the practitioners, who are currently using ISAE 3000 to conduct independent external Shari'ah audit in markets like Oman and Pakistan. It was also discussed that the standard should address all stages of an independent external Shari'ah audit, namely; planning, risk assessment, execution and conclusion & reporting.

On the other hand, Malaysia is one of those Islamic finance jurisdictions that rigorously emphasize legal and regulatory frameworks to ensure structured development of the industry. From in-depth discussions with selected bankers and academicians, varying views of IESA were noted.

Current practice in Malaysia focuses primarily on internal Shari'ah audit, which has taken time to evolve to its current stage. Numerous challenges, including the limited availability of qualified

resources, have been encountered. It is felt that the resource constraint is currently too great to allow successful implementation of IESA.

Existing practice by Bank Negara Malaysia (BNM) includes a robust annual Shari'ah inspection of all IFIs. Global jurisdictions vary in the scope and frequency of their regulatory checks on Shari'ah compliance of IFIs. Accordingly, the industry experts are of the view that within the Malaysian market there is a robust third-party Shari'ah compliance check being carried out by the BNM. Although the results of the audit are in normal circumstances not communicated publicly.

Conclusion

IESA is an emerging trend, with jurisdictions such as Oman, Pakistan and Bahrain issuing or actively considering regulatory guidance mandating IESA as part of the overall Shari'ah governance frameworks. It is anticipated that this trend will progress with time, with multilateral standard setting bodies such as AAOIFI also recognizing the importance of IESA.

Based on our market research conducted across several jurisdictions, a number of common issues and challenges have been identified.

Firstly, there is an ambiguity with regard to the scope of IESA. Most IFIs expect the external Shari'ah auditor to independently review, discuss and report any Shari'ah non-compliances. In contrast, selected regulators deem the external Shari'ah auditor's role to be one of compliance check – not to evaluate the fatwas of Shari'ah scholars but to check the institution's compliance with those fatwas. An effective and fully functioning central Shari'ah board is a key prerequisite and enabler for a controls-based IESA approach.

Secondly, there is an absence of any requirement pertaining to public disclosure of the IESA report. This leads to ineffectiveness of IESA as a result of a lack of transparency, which reduces its ability to enhance stakeholder confidence. Currently, the market practice does not provide for public disclosure of IESA report. Although there are potential risks and conflicting views as to whether such a provision should exist, the fact remains that the full benefit of IESA can only be realized once a consistent and effective standard of public reporting is introduced.

Finally, there exists an inherent challenge for the effective execution of an IESA, which requires a combination of audit skills and a certain degree of Shari'ah knowledge of Islamic finance. Composing a team of qualified auditors who are up to the task poses a challenge, along with facing a need to train staff on Shari'ah rules and principles.

Conclusively, in addition to the issues highlighted above, structural considerations such as the lack of a professional body for Shari'ah scholars in Islamic finance and stipulation of specific qualifications for external Shari'ah auditors (leading market qualifications in Islamic finance) remain cause for concern and warrant attention.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد :
فهذا بحث مختصر وضعت فيه مقدمات أصولية في مسائل الإجماع ، جعلتها مقدمة لمؤتمر مؤسسة المعايير الإسلامية (أيوفي) حول أثر الإجماع في المسائل المعاصرة ، وقد حذفت من هذه النسخة الحواشي خشية الإثقال ، أسأل الله أن ينفع به ، والله ولي التوفيق .

وكتبه

أ.د. عبدالله بن مبارك آل سيف

رجب ١٤٣٨

مقدمة في الإجماع

تعريف الإجماع لغة :

الإجماع لغة: مصدر الفعل الرباعي أجمع، يقال: أجمع يجمع إجماعاً، فهو مجمع ومجمع عليه. وله في اللغة معنيان:

الأول: العزم والتصميم على الشيء ومنه قوله تعالى: [فأجمعوا أمركم] ومنه قول الشاعر:

يا ليت شعري والمنى لا تنفع هل أغدون يوماً وأمري مجمع
الثاني: الاتفاق ومنه قولهم أجمع القوم على كذا إذا اتفقوا عليه.

تعريف الإجماع اصطلاحاً:

ويعرف في الاصطلاح بأنه اتفاق جميع مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته، في عطر من العصور، على أمر ديني.

مكانة الإجماع بين الأدلة الشرعية:

تظهر مكانة الإجماع من خلال ما يلي:

أنه أحد الأدلة الشرعية المتفق على الاحتجاج بها في الجملة.

أن الإجماع دليل على وجود دليل شرعي يعتمد عليه وإن خفي علينا، لأن الإجماع لا بد له من مستند عند الجمهور، وهذا المستند إذا كان من كتاب أو سنة فهو جائز باتفاق، وإن كان من قياس ونحوه فهو جائز أيضاً عند كثير من العلماء.

أن الإجماع حجة قاطعة لا يدخله النسخ.

أن الإجماع يشترك مع الكتاب والسنة في تكفير منكر القطعي منها.

مسائل الإجماع ومقدماته

تنبيه:

بعض مسائل الإجماع مسائل افتراضية ينبغي عدم بحثها والإشارة لها، وهي من افتراضات المتكلمين التي لا فائدة منها مثل مسألة ارتداد الأمة، وبعضها مصادم للنصوص الشرعية صراحة.

مسألة: الإجماع حجة شرعية، ولم يخالف فيه غير من لا يعتد بخلافه من الإمامية ونحوهم.

مسألة: ثبوت الإجماع ثبت بالنص الشرعي.

مسألة: أجمعوا على أنه لا يجوز أن تجتمع الأمة على الخطأ في مسألة واحدة.

مسألة: "لا يعتبر" لصحة انعقاد الإجماع "انقراض العصر، فمتى انعقد الإجماع من أهل العصر فهو إجماع صحيح معتبر. وهو قول الأئمة الثلاثة وأكثر الفقهاء والمتكلمين خلافا لمن شرط ذلك. قال ابن قدامة عن الإمام أحمد: "وقد أوماً إلى أن ذلك ليس بشرط... وهو قول الجمهور واختاره أبو الخطاب، فيمتنع رجوع أحدهم أو رجوعهم عنه".

وقال ابن بدران عن الإمام أحمد: "قلت: ومعتمد مذهبه عدم الاشتراط". والمسألة فيها خمسة أقوال. ثالثها: أنه يعتبر انقراض العصر في إجماع الصحابة دون إجماع غيرهم. وبناء على هذا لو نشأ مخالف لم يعتد بقوله، بل يكون الإجماع حجة عليه.

مسألة: الأخذ بأقل ما قيل في المسألة محل إجماع صحيح لكنه ليس بإجماع فيما زاد عليه، وبناء عليه فليس حجة على ما فوقه. كدية الكتابي الثلث " وقد حصل خلاف في الزائد. فنفي الزيادة ليس بإجماع.

مسألة: وعكسها مسألة الأخذ بأكثر ما قيل في المسألة: فيقال الأخذ بأكثر ما قيل في المسألة محل إجماع صحيح لكنه ليس بإجماع فيما نقص عنه، وبناء عليه فليس حجة على ما دونه.

مثاله: إذا اختلف الناس في حد السكر، فقيل: ثمانون، وقيل: أربعون، فهو إجماع على عدم الزيادة على الثمانين، لكنه لا ينفى الخلاف فيما دونه.

مسألة: الإجماع على بعض صور المسألة إجماع صحيح فيما أجمع عليه، ولا يستصحب في الصور الأخرى إلا إذا أجمع عليها أيضا، لأن كل صورة عبارة عن مسألة مستقلة بذاتها. ولم أر من ذكر هذه المسألة. والله أعلم.

مثاله: التأجير المنتهي بالتملك: له صور كثيرة فإذا حصل الاتفاق على صورة معينة فلا يلزم منه استصحاب الإجماع في بقية الصور.

لا يجوز أن يضاد إجماع إجماعاً آخر عند الجمهور، فإن حصل ما ظاهره كذلك فأحدهما غير صحيح. الإجماع لا بد أن يكون لمستند عند الأئمة الأربعة وغيرهم، والمستند قد يكون نصاً شرعياً من كتاب أو سنة، وقد يكون من أدلة أخرى معتبرة من قياس أو قواعد شرعية أو غيرها. وجواز اعتماده على الاجتهاد والقياس قول الأئمة الأربعة وهو واقع عندهم. وخالف ابن حزم، والظاهرية في الجواز.

ومنع قوم في القياس الخفي، ومنعه قوم في الوقوع.

مثال وقوع الإجماع بالقياس: الشريح تقع فيه الفأرة فتموت: يراق قياساً على السمن.

مثال آخر: تحريم شحم الخنزير قياساً على لحمه المنصوص عليه.

مسألة: منكر الجمع عليه الضروي والمشهور والمنصوص عليه كافر قطعاً. أما غير الضروري وغير القطعي فهل يكفر؟ يظهر عدم تكفيره إن كان الإجماع ظنياً.

مسألة: إذا كان مجتهدو العصر قد اختلفوا في مسألة على قولين فيحرم إحداث قول ثالث مطلقاً عند الإمام أحمد رضي الله عنه وأصحابه وعامة الفقهاء وهو قول الجمهور. قال الكيا الهراسي: إنه الصحيح، وبه الفتوى. وحزم به القفال الشاشي، والقاضي أبو الطيب الطبري والرويانى والصيرفي، ولم يحكي خلافه إلا عن بعض المتكلمين. وقيل بالتفصيل: فإن رفع قولاً مجمعا عليه امتنع وإلا فلا.

وهذا القول - أي جواز إحداث قول ثالث - قد أحدثه المتكلمون ليأتوا بأقوال جديدة توافق أهواءهم مما يخالف قول السلف، ولذا قالوا قول السلف أسلم وقول الخلف أعلم وأحكم.

مسألة: قال بعض العلماء لا يجرم إحداث تفصيل في المسألة المختلف فيها على قولين وحكاه في المسودة عن أكثر العلماء. وحكى أبو الخطاب عن أحمد ما يدل عليه. وقيل يمنع.

مسألة: إذا اختلف أهل العصر على قولين مستقرين لم يرفع إجماع من بعدهم خلافهم لأن الأقوال لا تموت بموت قائلها. ولا يكون إجماعاً صحيحاً. ونسب للأكثر.

وتقييده بالاستقرار يخرج ما لم يستقر فإن لم يستقر لم يؤثر وجاز الإجماع وذلك كخلاف الصحابة لأبي بكر رضي الله عنهم في قتال مانعي الزكاة وإجماعهم بعد ذلك على قتالهم، وكخلافهم في دفنه صلى الله عليه وسلم في أي مكان، ثم أجمعوا على دفنه في بيت عائشة رضي الله عنها؛ إذ الخلاف لم يكن استقر. مسألة: إذا اختلفوا المجتهدون على قولين مستقرين ثم أجمعوا على أحدهما فهو إجماعٌ وحجةٌ عند الأكثر. أما إن لم يستقر القولان فهو حجة بلا إشكال.

مسألة: لا ينعقد إجماع في غير الشرعيات من العقليات والدينيويات ونحوها، كالإجماع على قضايا الحروب ونحوها.

مسألة: لا يجوز اتفاق الأمة على جهل شيء "لم نكلّف به" في الأصح.

مسألة: اختلف العلماء في مخالفة الواحد والإثنين فقبل يعتد بها وهو أصح الروايتين عن أحمد، وبه قال الجماعة.

والرواية الثانية: لا يعتد بها وبه قال ابن جرير.

وقال الجرجاني إن سوغت الجماعة للواحد في ذلك الاجتهاد كخلاف ابن عباس في العول اعتمد به وإن انكرت الجماعة على الواحد لم يعتد بخلافه كما أنكرت عليه في الصرف والمتعة.

وهو قول وجيه وعليه عمل الصحابة رضي الله عنهم فيما يظهر لنا.

مسألة: لا يعتد في الإجماع بقول العامة وبه قالت الشافعية والجمهور.

مسألة: ولا يعتد بخلاف الفاسق وبه قال الجرجاني والرازي وأكثر الشافعية لأن من شروط الاجتهاد العدالة ولأنه لا تقبل شهادته فاجتهاده كذلك.

مسألة: إذا اتفق أهل الإجماع على عمل ولم يصدر منهم فيه قول فهو من أنواع الإجماع العملي.

مسألة: إجماع المجتهدين في تكليف أو حكم شرعي على الترك دليل على عدم الوجوب.

مسألة: إذا قال بعض الصحابة قولاً وانتشر في الباقيين وسكتوا ولم يظهر خلافه فهو إجماع

يجب العمل به على الأصح.

مسألة: مسألة: إذا قال الصحابي قولاً ولم ينقل عن صحابي خلافه وهو مما يجري بمثله القياس والاجتهاد فهو حجة نص عليه أحمد في مواضع.

مسألة: إذا قال الصحابي قولاً لا يهتدى إليه قياس فإنه يجب العمل به ويجعل في حكم التوقيف المرفوع بحيث يعمل به؛ لأنه لا يقال من قبيل الرأي .

مسألة: إجماع الخلفاء الأربعة على حكم حجة وإن لم يكن إجماعاً، هذا إن لم يخالف فيه صحابي آخر ، فإن خالف فيه صحابي فليلحجته أيضاً عليهم وقيل: ليس بحجة.

مسألة: الشيء المجمع عليه إذا تغيرت حاله جاز تركه، لأن التغير مسألة جديدة ونازلة، والمراد التغير المؤثر في الحكم بحيث يصبح مسألة جديدة يختلف منطها. وهذه يكثر صورها في النوازل المعاصرة.

مسألة: استصحاب حال الإجماع ليس بحجة ، والمراد به أن يكون هناك مسألة مجمع عليه ثم ينقل حكمها لنازلة بالقياس فهذه يثبت حكمها بالقياس وليس بالإجماع؛ لأنها ليست عينها بل مقيسة عليها.

مسألة: يجوز اثبات الإجماع بخبر الواحد. قال ابن عقيل وهو قول أكثر الفقهاء. وتكون دلالة ظنية إلا إن احتفت به قرائن ترفعه للقطعية.

وبناء عليه فلا يشترط التواتر في نقل الإجماع.

مسألة: المبتدع بدعة مكفرة غير معتبر في الخلاف والوفاق.

مسألة: قرر العلماء الاعتداد في الإجماع بمن بلغ مبلغ رتبة الاجتهاد من النساء.

مسألة: المجتهد إذا كان في مهلة النظر والنقاش ينتظر به حتى يستقر رأيه ليكون حجة معتبراً.

مسألة: الأوجه المحكية في المذاهب الفقهية التي لم يقل بها أحد وإنما هي مجرد تخريج قد يقال به لا يعتد بها في الإجماع.

مسألة: إجماع الصحابة حجة بلا خلاف بين القائلين بحجية الإجماع .

مسألة: الإجماع السكوتي: وذلك بأن يكون من بعضهم كلام مع سكوت الباقين بعد انتشاره من غير أن يظهر معهم اعتراف أو رضا به، وهذا هو الإجماع السكوتي، وفيه ثلاثة عشر مذهباً وأقربها أنه حجة وهو قول الأكثر .

مسألة: اختلف العلماء في الشذوذ وفي حقيقته: فقيل هو قول الواحد، وترك قول الأكثر. وفيه نظر. وقيل: أن هو أن يرجع الواحد عن قوله، فمتى رجع عنه سمي شاذاً، كما يقال: شذ البعير عن الإبل بعد أن كان فيها، يسمي شاذاً.

ولعل أقرب هذه التعريفات ما ذكره القرافي بقوله: الخلاف الشاذ المبني على المدرك الضعيف فإنه لا يرفع الخلاف بل ينقض في نفسه" فالشاذ في الحقيقة هو مخالفة أهل الاجتهاد بغير مستند شرعي أو بمدرك ضعيف جدا إما بسبب محض هوى كمن يبيح الربا أو تتبعا لرخص بغير ضابط معتبر مع مخالفة قواعد الشريعة العامة ومقاصدها.

مسألة: قال في البحر المحيط في أصول الفقه: [قد يكون الخلاف حجة] قد يكون الخلاف حجة كالإجماع في مواضع. منها: منع الخروج منه إذا انحصر على قولين أو ثلاثة. ومنها: تسويغ الذهاب إلى كل واحد من الأقوال المختلف فيها. ومنها: كون الجميع صوابا إن قلنا كل مجتهد مصيب، وغير ذلك. أ.هـ.

الألفاظ المستخدمة في حكاية الإجماع

ألفاظ الإجماع

كان السلف - رحمهم الله تعالى - من الصحابة والتابعين يعبرون عن الإجماع على السليقة بالألفاظ الدالة على العموم، وذلك قبل أن يستقر اصطلاح العلماء على اعتبار ألفاظ معينة في حكاية الإجماع ، وعدم الاعتداد بغيرها.

وأقدم من نقل عنه حكاية الإجماع بألفاظ صريحة في الإجماع عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث قال في كتابه المشهور في القضاء: افض بما في كتاب الله، فإن لم تجد فيما في سنة رسول الله ﷺ، فإن لم تجد فيما به قضى الصالحون قبلك وفي رواية: فيما أجمع عليه الناس.

وورد عن ابن مسعود أنه قال لبعض التابعين: فانظروا في كتاب الله فإن لم تجدوه في كتاب الله، ففي سنة رسول الله ﷺ، فإن لم تجدوه في سنة رسول الله ﷺ فما أجمع عليه المسلمون. . . أخرجه الدارمي.

وقد تلقى التابعون رضي الله عنهم هذه العبارات عن الصحابة ، وأضافوا لها ما شابهها.

وقد ذهب بعضهم إلى أنه لا يصح عن أحد من التابعين أنه نقل الإجماع.

قال ولي الدين أبو زرعة العراقي: ولا يحفظ عن أحد من التابعين حكاية الإجماع في مسألة من المسائل، سمعت والدي - رحمه الله - يقول ذلك اهـ

والصحيح أنه قد ثبت عن جماعة منهم نقل الإجماع، بل وبعضهم حكاها بعبارات صريحة في الإجماع، ومن نقل عنه حكاية الإجماع بلفظ صريح:

عبد الرحمن ابن أبي ليلي (٥٨٣هـ)، إبراهيم النخعي (٩٦)، و الحسن البصري (١١٠)، و محمد بن سيرين (١١٠)، و ميمون بن مهران (١١٧)، و نافع مولى ابن عمر (١١٧)، محمد بن شهاب الزهري (١٢٤)

وغير هؤلاء كثير بعبارات مختلفة، وألفاظ متباينة، بعضها من ألفاظ الإجماع الصريحة وبعضها تدل على معنى الإجماع . .

وقد تلقى تابعوا التابعين هذه العبارات عنهم، وزادوا عليها.

ثم ما زال العلماء يتناقلون تلك العبارات حتى ظهر التأليف في علم أصول الفقه، واستفاد العلماء منه في التواضع على اصطلاحات معينة تدل على الإجماع على وجه الدقة، واستبعدوا العبارات غير الدقيقة، وانتقدوا من استخدم هذه العبارات في حكاية الإجماع، كما فعل العيني حين انتقد من عبر بالاتفاق عن الإجماع.

وسنعرض هنا لأقسام الألفاظ التي تستخدم في حكاية الإجماع مع شرح لما احتاج إلى شرح وبيان: يمكن تقسم هذه الألفاظ إلى أقسام عدة مرتبة حسب القوة في الدلالة على الإجماع:

القسم الأول:

العبارات الصريحة في حكاية الإجماع، وهي مادة الفعل الرباعي {أجمع} وما تصرف منه مثل: أجمع العلماء - أجمعوا - إجماع - الإجماع - إجماعهم - مجمع عليه - مجمعون عليه.

وكل هذه العبارات تدل على الإجماع صراحة ما لم توجد قرينة تدل على أنه يراد بها قول الجمهور، أو يراد بها إجماع محصور بمذهب، أو بلد معين.

ومن هذه القرائن أن يعبر عن الإجماع في موضع آخر بقول يدل على أنه قول الجمهور أو يذكر خلافاً في المسألة مع حكاية الإجماع مما يدل أنه لا يعتد بخلاف الأقل، ونحوها من القرائن.

ثم ألفاظ هذا القسم مراتب بحسب القوة:

وأقواها: أجمع المسلمون كلهم أجمعت الأمة من أولها إلى آخرها، أو قاطبة، أو كافة عن كافة أو طراً، أو أجمع أهل القبلة كلهم، ونحوها مما أكد بصيغ التأكيد المعروفة.

وإنما كانت أقوى العبارات لأنها تدل إجماع الأمة كلها بما فيهم الصحابة والتابعون ومن بعدهم إلى عصر ناقل الإجماع.

وقد أشار ابن تيمية رحمه الله إلى الفرق بين إجماع السلف وإجماع الأمة فقال في سياق مناقشته للنخبة: فهذا القول خطأ خالف نص الكتاب والسنة، وإجماع السلف، بل وإجماع الأمة اهـ فهذا يدل أن إجماع الأمة يتضمن إجماع الصحابة، وبناء عليه فيكون من أقوى العبارات، لأن إجماع الصحابة من أقوى أنواع الإجماع.

٢- ثم تليها عبارة: أجمع المسلمون أو الأمة، إذا لم تؤكد.

٣- ثم أجمع الصحابة، وما أكد منها أقوى مما لم يؤكد كقولهم أجمع الصحابة كلهم، أو قاطبة . . إلخ .

٤- ثم أجمع العلماء أو أهل العلم.

وإنما كان إجماع الصحابة أقوى من هذه العبارة لأن إجماع الصحابة محصور ويمكن العلم به، أو إمكان العلم به أقرب من العلم بإجماع من بعدهم، وقد يصل العلم به في أحيان كثيرة إلى القطع أو الظن الغالب، بخلاف إجماع من بعدهم.

ثم إن عبارة [أجمع العلماء] لا يلزم منها أن تتضمن إجماع الصحابة؛ لاحتمال أن تكون المسألة المجمع عليها من النوازل التي لم تكن في عهد الصحابة، أو أن حاكي الإجماع قصد به علماء عصره لمعاصرته لهم وإطلاعه على أقوالهم بخلاف من قبلهم فلم يدر عنهم.

٥- ثم يلي ذلك عبارات متقاربة مثل: مجمع عليه - مجمعون عليه - بإجماع - الإجماع، أجمعوا، ونحوها.

٦- ثم أجمعوا - فيما أعلم -، أو بإجماع - فيما أعلم -، وإنما كانت أقل مما قبلها لأن العبارة توحي بأن العالم لم يجزم بالإجماع كما في العبارات قبلها.

القسم الثاني:

التعبير بالاتفاق وما تصرف منه مثل:

اتفق العلماء - اتفقوا - باتفاق - بالاتفاق - متفق عليه - وبتفاقهم ، ونحوها.

وهذه العبارة في الجملة أضعف من القسم الأول لأنها ترد عليها احتمالات كثيرة تخرجها عن الدلالة على الإجماع، كأن يكون مراد حاكي الاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة، أو اتفاق أهل مذهبه، أو أهل بلده، أو غير ذلك.

أما الفرق بين الاتفاق والإجماع فهو محل بحث، فمن الناحية التطبيقية هناك بعض العلماء يعبر بالاتفاق والإجماع عن مسألة واحدة: مرة بالاتفاق، ومرة بالإجماع، وقد يفسر هذا بأن العبارتين عنده مترادفتان، وقد وجدت مثل هذا عند ابن عبد البر - رحمه الله -، والقرايبي، وشيخ الإسلام ابن تيمية [أحياناً]، وابن حزم، وابن رشد، والنووي لكن لا يلزم أنه منهج له.

وهناك كثير من العلماء يفرقون بين الاتفاق والإجماع بفروق ستأتي - إن شاء الله بعد قليل - ومن هؤلاء العيني حيث قال - رحمه الله - بعد أن حكى الاتفاق عن بعض العلماء، ثم ذكر أن بعض العلماء انتقد حكايتهم للإجماع قال العيني: قلت: فيه نظر لأنهم قالوا بالاتفاق دون الإجماع، فهذا القائل لم يعرف الفرق بين الاتفاق والإجماع ا هـ

وقال العدوي في حاشيته: (قوله وبغيرها اتفاقاً) الأولى وبغيرها إجماعاً، لأن الاتفاق اتفاق المذهب، والإجماع إجماع الأمة ا هـ

ويحتمل أنه مذهب لابن حزم لأنه قال: وليعلم القاريء لكلامنا أن بين قولنا لم يجمعوا، وبين قولنا لم يتفقوا فرقا عظيماً ا هـ.

ومراد كثير من المصنفين في مذاهبهم بالاتفاق اتفاق المذهب، خاصة إذا كان الكتاب كتاباً مذهبياً خالصاً يعني بالمذهب، ولا يذكر خلاف غير المذهب.

قال في مقدمة شرح الزركشي في سياق ذكر مراد الحنابلة بالاتفاق قال: الاتفاق وهو موافقة العلماء بعضهم لبعض، وهو في الاصطلاح اتفاق الأئمة الأربعة على مسألة معينة، ولو مع خلاف غيرهم، أو مع رواية شاذة عن بعضهم ا هـ. ثم ذكر مرادهم بالإجماع.

وقال الخطاب في شرح قاعدة المؤلف: والمراد بالاتفاق اتفاق أهل المذهب، وبالإجماع إجماع العلماء ا هـ -

وقال الخرشبي: ومن الفوائد أن قاعدة المؤلف وغيره أن يريد بالروايات أقوال مالك . . . والمراد بالاتفاق

اتفاق أهل المذهب، بالإجماع إجماع العلماء، وإذا قالوا الجمهور عنوا به الأئمة ا هـ -



ولكن ليس الأمر على إطلاقه بدليل أن بعض المالكية انتقد ابن رشد الجدل على اتفاقاته وحذر منها، مما يدل أن الاتفاق قد يفهم منه الإجماع ولذا انتقدوا اتفاقاته لأنها مخروقة بوجود خلاف، إلا أن يريدوا التحذير من اتفاقاته على اتفاق أهل المذهب لوجود خلاف مذهبي.

أما عبارة [اتفق العلماء] فالظاهر أنه لا يرد عليه احتمال أن يكون المراد اتفاق المذهب، لأن ظاهرها يدل أنها غير محصورة بمذهب أو بلد معين، وعليه فتكون مرادفة للإجماع.

الفرق بين الاتفاق والإجماع:

هناك عدة فروق محتملة:

فمن الفروق: أن يكون المراد بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة، وقيل إنه مصطلح ابن هبيرة. وقد يكون المراد بالاتفاق أحيانا اتفاق المذهب كما هو مصطلح بعض المصنفين في الكتب المذهبية التي عنيت بتحرير المذهب.

وقد يكون الاتفاق ظنيا لا يجزم العالم بالإجماع، فذا يعبر بالاتفاق، قال ابن حزم رحمه الله في مسألة من المسائل: واتفقوا - فيما أظن - أن في المأمومة إذا كانت في الرأس.. إلخ ا هـ، ولم أره يقول: أجمعوا فيما أظن، مما يدل أن الإجماع أقوى عنده، لأن العالم يجزم بالإجماع. وعبارة الاتفاق مراتب بعضها أقوى من بعض، وهي على الترتيب كما يلي:

اتفق العلماء وهذه العبارة أقوى ألفاظ مادة الاتفاق، وما أكد منها بصيغ التأكيد أقوى مما لم يؤكد مثل اتفق العلماء كلهم أو قاطبة أو جميعهم ومثلها عبارة اتفق أهل العلم أو المسلمون.

اتفقت الأمة أو اتفق المسلمون أو أهل القبلة وما أكد من هذه العبارة أقوى مما لم يؤكد.

اتفق الصحابة أو السلف، وما أكد منها أقوى مما لم يؤكد.

اتفق العلماء أو أهل العلم ونحوها.

متفق عليه، باتفاق، بالاتفاق، باتفاقهم، اتفقوا، وهذه العبارات كلها متقاربة وهي أضعف مما قبلها، لأنها محتملة لإرادة اتفاق أئمة المذهب - وخاصة إذا كانت العبارة في كتاب مذهبي -، ومحتملة أيضا لإرادة اتفاق الأئمة الأربعة، كما أنها محتملة لإرادة اتفاق العلماء كلهم.

أما قولهم وفاقا فهي أضعف عبارات الاتفاق كلها، لأن المراد به اتفاق علماء المذهب، وكثيرا ما يستعملها مجتهدو المذاهب الفقهية في الكتب التي تعني بتحرير المذهب، وعليه فلا تكون من العبارات التي تدل على إجماع العلماء كلهم.

القسم الثالث:

التعبير بنفي الخلاف، وهذه العبارة تأتي في المرتبة الثالثة بعد عبارة الإجماع والاتفاق.

مع العلم أن أكثر من يحكي الإجماع إنما يعني به ما لم يعلم فيه خلافا.

ومن الناحية التطبيقية فقد اختلف العلم في دلالتها على الإجماع على أقوال:

القول الأول:

قول من يرى أنها تدل على الإجماع، وأنه مرادفة لعبارة الإجماع.

القول الثاني:

أنه لا يعد إجماعا

القول الثالث:

أن العالم إذا كان محيطا بالإجماع والخلاف فيكون نفي الخلاف منه إجماعا صحيحاً وإلا فلا، وبه قال بعض الأصوليين.

وابن حزم كأنه يرى أن ما يقطع العالم فيه بنفي الخلاف فهو إجماع، وإلا فلا.

وبناء عليه فالأقرب أن قول القائل لا أعلم فيه خلافا إجماع إن كان ممن عرف بسعة الاطلاع على الخلاف

والوفاق. لكن دلالاته ظنية على الإجماع، ولذا يحتاج لبحث وتقص في المسألة هل وقع فيها خلاف أو لا،

وقد قال الشافعي - رحمه الله تعالى - في زكاة البقر: لا أعلم خلافا في أنه ليس في أقل من ثلاثين منها

تبيع، والخلاف في ذلك مشهور، فإن قوما يرون الزكاة على الخمس كزكاة الإبل. وقال مالك - رحمه الله

- في موطنه " : وقد ذكر الحكم برد اليمين، وهذا مما لا خلاف فيه بين أحد من الناس، ولا بلد من

البلدان، والخلاف فيه شهير.

الفرق بين الإجماع ونفي الخلاف:

يتلخص مما سبق أن الفروق المحتملة بين العبارتين هي كما يلي:

أن الإجماع ما يجزم فيه العالم بالإجماع ، ونفي الخلاف ما أصاب العالم فيه تردد جعله لا يجزئ على نقل الإجماع الصريح.

عبارة نفي الخلاف قد يراد بها نفي خلاف محصور ببلد معين، أو مذهب معين، بحسب اصطلاح قائلها، بخلاف عبارة الإجماع إذا أطلقت، فالغالب أن المراد بها إجماع العلماء كلهم.

مراتب عبارة نفي الخلاف:

وأعلاه: لا أعلم خلافا بين المسلمين أو بين الأمة ،أو بين أهل الصلاة ، أو أهل القبلة، وما أكد منها أقوى ما لم يؤكد.

لا خلاف بين السلف، أو بين الصحابة، وما أكد منها أقوى مما لم يؤكد.

لا أعلم خلافا بين العلماء، أو لا نزاع بين العلماء، ونحوها.

لا خلاف بين العلماء - فيما علمت -، وهذه دون التي قبلها لما فيها من التردد، وعدم الجزم.

بلا خلاف، بغير خلاف ونحوها، وهذه أضعف العبارات لأنها قد يراد بها نفي الخلاف في المذهب،

وهذه عادة ما يستخدمها المصنفون في كتب المذاهب الفقهية، ويريدون بها نفي الخلاف في مذهبهم.

القسم الرابع:

العبارات التي تدل على قول البعض أو الأكثر، وهي أضعف العبارات.

وإنما يحتج بها من يرى حجية قول الجمهور، أو حجية بعض أنواع الإجماع المحصورة بأهل بلد معين.

ومن هذه العبارات:

أجمع الجمهور، أو اتفق الجمهور، أو لا خلاف بين الجمهور ونحوها.

أجمعوا إلا من شذ.

أجمعوا معنا، أو لسنا نختلف، وهذه العبارة تدل على إجماع من أصحاب القولين المختلفين، يقولها العالم

لخصومه يبين مواضع الاتفاق بين المذهبين، ولا يلزم منها أن تكون إجماعا من كل العلماء.

الفقهاء اليوم مجمعون، وهذه العبارة تفيد وجود خلاف قديم للسلف في المسألة، وبناء فيكون إجماعا من

الأكثر، إذ الأقوال لا تموت بموت قائلها، إلا على قول من يجيز انعقاد الإجماع في العصر الثاني على أحد

القولين في العصر الأول فيكون إجماعا صحيحا.

جل أهل الفتوى.

عامة العلماء إلا من شذ.
أجمع المهاجرون، فهذا قول الأكثر لأنه لم يشمل الأنصار.
أجمع أهل المدينة، أو عليه عمل أهل المدينة.
أجمع أهل الحرمين.
أجمع أهل الكوفة.
أجمع التابعون، فهذا قول الأكثر لأنه يخرج تابع التابعين المجتهدين في عصرهم، وهم معتبرون في الإجماع.
ونحو ذلك من العبارات.
سائر العلماء، وهي تدل على أن العلماء على خلاف القول المذكور.
عامة العلماء إلا من شذ.
أجمع القائلون بكذا، فهذا إجماع من القائلين بأصل المسألة، دون من خالف في أصلها.

القسم الخامس:

عبارات محتملة لقول الجمهور، ومحتملة لقول الكل، أو ليست صريحة في الدلالة على الإجماع:
الألفاظ الدالة على العموم مثل: العلماء على ذلك، أو الفقهاء علي ذلك ، عامة العلماء، عوام أهل العلم، الناس على هذا، فقهاء الأمصار، أهل الفقه، أمر المسلمين على ذلك، أو المسلمون على ذلك، أو الأمة على هذا.

وهذه العبارات كلها، وما في معناها عبارات عامة قد يراد بها الإجماع، وقد يراد بها قول الأكثر، أو علماء عصر معين، ولذا لما ذكر ابن عمر - رضي الله عنهما - : أن النبي ρ أمر بزكاة الفطر صاعا من تمر، أو صاعا من شعير، فجعل الناس عدله مدين من حنطة فسرّه العلماء كالزرقاني وغيره بأن مراده بالناس: معاوية ومن تبعه، لا جميع الصحابة.

وعلى كل فاللفظ العام دلالة على عموم أفراده ظنية وليس قطعية كاللفظ الخاص، ولذا يدخله التخصيص بأنواع كثيرة من المخصصات.

مادة الفعل الثلاثي (جمع)، وما تصرف منها سواء كان مزيدة أو غير مزيدة مثل:

أ - جماعة العلماء، أو الفقهاء، أو المسلمين، أو جماعتهم.

ب - عند الجميع، أو جميعهم، ونحوها.

ج- - اجتمعت عليه الفقهاء، أو العلماء، اجتمعوا، مجتمعت عليه، ونحوها. وهذه العبارات كلها تدل على معنى الجمع والاجتماع والكثرة، بخلاف مادة الفعل الرباعي أجمع التي تدل على العزم والتصميم والإحاطة بكل العلماء. ولذا يعبر العلماء عن الإجماع بكلمة الإجماع، وليس بكلمة الاجتماع، كما أنهم حين ذكرهم لتعريف الإجماع لغة إنما يذكرون مادة الفعل الرباعي أجمع ويعرفونها، ويذكرون الشواهد عليها، ويعرضون عن مادة الفعل الثلاثي وشواهدها.

وبعض المتقدمين - قبل استقرار ألفاظ الإجماع - قد يعبر بها عن الإجماع، في الوقت الذي يستخدمون فيه ألفاظاً عامة مثل كلهم يقولون أو الناس على ذلك ونحو ذلك. أجمع علماء الأمصار، وهذه العبارة تحصر الإجماع بعلماء الأمصار دون علماء القرى، أو تحصره بعلماء الأمصار المشهورة بالعلم دون غيرها مما قد يوجد فيها أفراد قلائل من أهل العلم ومصطلح فقهاء الأمصار إما خاص بأصحاب المذاهب الأربعة أو بالأمصار المشهورة بالعلم، أو خاص بالأمصار دون القرى، أو علماء العصر وإن وجد خلاف قدس في المسألة. كانوا يفعلون كذا، ونحوه.

وهذه العبارة يحتل أن يراد بها الإجماع مثل أن يقولها تابعي يحكي إجماع الصحابة، مثل قال أحد أصحاب ابن مسعود: كانوا يفعلون فإنه يعني بها أصحاب ابن مسعود.

القسم السادس:

عبارات لا تدل على الإجماع أو محتملة للإجماع وغيره.

ومن هذه العبارات:

إذا قال: هذا غير واجب بالإجماع، أو لا يصح بالإجماع ونحوها، فهذه العبارة محتملة لأمرين:

الأول: الإجماع على نفي الوجوب أو الصحة.

الثاني: نفي الإجماع على الوجوب، أو الصحة.

ومثاره من جهة العربية أن موضع الإجماع في موضع نصب: إما على التمييز، وإما على الحال، فإن نويت التمييز فهو إجماع على نفي الوجوب أو الصحة، وتقديره: لا يصح إجماعاً، وإن نويت الحال فهو نفي للإجماع على الوجوب أو الصحة، وتقديره: هذا لا يصح مجتمعا عليه.



إذا قال: لم يتعلق أحد من العلماء بقول فلان، وأو هذا قول شاذ، أو لا أعلم أحدا قال بهذا ونحوها من العبارات، فهذه العبارات لا يلزم أن يكون الإجماع على خلافها، إذ قد يختلف العلماء في المسألة على أقوال خمسة مثلا، سادسها يحكم عليه العلماء بالشذوذ لنكارتة - وللحكم - بالنكارة والشذوذ أسباب -، ولذا فلا يلزم من شذوذ القول، أو عدم قول أحد من العلماء به أن يكون الإجماع على خلافه.

إذا قال: السنة المجمع عليها ونحو ذلك فهذه العبارة محتملة لأمرين:

الأول: أن يكون المعنى أن الحديث صحيح أجمع العلماء على صحته وثبوته.

الثاني: أن يكون المراد أن العلماء أجمعوا على القول به.

إذا قال: لم يجمعوا، أو لم يتفقوا فهذه العبارة تنفي الإجماع على المسألة، ولا يلزم أن يكون الإجماع على خلاف هذه المسألة المنفي عنها الإجماع.

نموذج تطبيقي في الاستدلال بمسلك الإجماع

مسلك الإجماع

والمراد بمسلك الإجماع:

وهو أن يثبت اتفاق علماء الأمة في بعض العصور على كون وصف معين هو علة حكم الأصل، فإن ذلك يكون دليلا قاطعا على أن ذلك الوصف هو علة الحكم قطعا.

أمثلة الإجماع على العلية:

- الإجماع على كون الصغر علة ثبوت ولاية المال على الصغير.
- الإجماع على أن علة تقدم الأخ من الأبوين في الإرث على الذي من أب - وجود النسبين في الأخ الشقيق.

- الإجماع على أن علة منع القاضي من القضاء وهو غضبان التشويش المانع من استيفاء النظر في القضايا.

الأداة المساعدة على معرفة مسلك الإجماع

المسلك الأول: مسلك الإجماع

| | | |
|---|--|--|
| تحديد المسألة | | |
| بيان نص الإجماع في المسألة | | |
| تحديد من حكى الإجماع | | |
| تحديد مستند الإجماع | | |
| تحديد مكانة من حكى الإجماع واعتبارها لدى العلماء | | |
| طريقة معرفة العلة في هذا المسلك | | |
| تحديد الاعتراضات الواردة على الاستدلال بدليل الإجماع من جهة ذاته | | |
| الاعتراض بعدم تصور الإجماع فيجب المستدل بتوضيحه. | الاعتراض على الإجماع بطلب الاستفسار (شرح لفظة غريبة في الدليل أو مجملة) فيجب المستدل ببيانه. | الاعتراض بكون الأخذ بأقل ما قيل ليس إجماعاً فيجب المستدل بحجيته. |
| الاعتراضات الواردة على الاستدلال بدليل الإجماع من جهة ثبوته: | | |
| الاعتراض بعدم صحة نوع الإجماع المحكي كالإجماعات الخاصة غير المعتمدة فيجب حجيته. | الاعتراض بعدم حجية الإجماع السكوتي فيجب المستدل بإثبات حجيته. | الاعتراض بعدم حجية الإجماع في الأصل فيجب المستدل بإثبات حجيته. |

| | | | | |
|---|--|---|--|--|
| المستدل بإثبات حجتيه إن لم يسلم به. | | | | |
| الاعتراضات الواردة على الاستدلال بدليل الإجماع من جهة نقله: | | | | |
| القدح في سند الإجماع فيجيب المستدل عن القوادح في سنده. | | القدح بكون سند الإجماع خبر آحاد فيجيب المستدل بمنع ذلك أو غيره. | | |
| الاعتراضات الواردة على الاستدلال بدليل الإجماع من جهة مستنده: | | | | |
| الاعتراض بكون الإجماع لا مستند له فيجيب المستدل بوجود المستند. | الاعتراض بعدم قطعية المستند فيجيب المستدل بإثبات قطعيته، أو أن القطعية ليست شرطاً فيه | الاعتراض بكون مستند الإجماع قياساً فيجيب المستدل بجواز ذلك ووقوعه | | |
| الاعتراضات الواردة على الاستدلال بدليل الإجماع من جهة صفتة: | | | | |
| الاعتراض بعدم انتشار قول المجتهد في الإجماع السكوتي، فيجيب المستدل بإثبات ذلك. | الاعتراض بإحتمال المخالفة لقول المجتهد، فيجيب المستدل بمطالبة المعتزض بإثبات المخالفة. | الاعتراض بوجود المخالف قبل انقراض العصر، فيجيب المستدل بعدم اشتراط انقراض العصر، أو أن الخلاف وقع بعد انقراض العصر. | الاعتراض بوجود خلاف لبعض العلماء فيجيب المستدل بكونه بعد انعقاد الإجماع أو عدم اعتبار خلافه لسبب معتبر) | الاعتراض بوجود المخالفة قبل الإجماع فيجيب المستدل بعدم ثبوت المخالفة، أو أن المخالف غير معتبر في الإجماع. |

| | | | | |
|---|--|---|--|---|
| | مثل أن يكون المخالف تابعياً بعد وقوع الإجماع من الصحابة، أو أصولياً غير فقيه، أو عامياً، أو فاسقاً. | | | |
| الاعتراضات الواردة على الاستدلال بالإجماع من جهة معارضة الأدلة له: | | | | |
| الاعتراض بمعارضة القياس فيجيب المستدل بمنع ذلك. | الاعتراض بمعارضة إجماع آخر فيجيب المستدل بالجمع أو إثبات النسخ أو الترجيح. | الاعتراض بمعارضة السنة. فيجيب المستدل بالجمع أو إثبات النسخ أو الترجيح. | الاعتراض بمعارضة الكتاب. فيجيب المستدل بالجمع أو إثبات النسخ أو الترجيح. | |
| الاعتراضات الواردة على الإجماع من حيث الاستدلال به: | | | | |
| الاعتراض على مطابقة الإجماع للمطلوب فيجيب المستدل بالمطابقة. | الاعتراض بالتأويل فيجيب المستدل بالإحكام. | الاعتراض بأن المستدل لا يقول بمقتضى الإجماع فيجيب المستدل بمنع ذلك. | الاعتراض بالقول بموجب الإجماع وذلك بتسليم مقتضى الإجماع مع بقاء الخلاف بينهما | الاعتراض بكون الإجماع يدل على نقيض ما ادعاه المستدل فيجيب بعدم |

| | | | | |
|-----------------------------|--|--|---|------------------|
| | | | فيه. فيجيب المستدل بشمول الإجماع لصورة النزاع. | صحة الاعتراض. |
| | | | | |
| تقرير صحة الإجماع على العلة | | | | |
| | | | | |

نتائج وتوصيات البحث :

التشجيع على البحوث في مجال جمع مسائل الإجماع .

التشجيع على دراسة مسائل الإجماع.

يقترح إخراج موسوعة في مسائل الإجماع في المعاملات مع دراستها.

تطوير الأدوات العلمية الخادمة لمسائل الإجماع.

تطبيق الأداة العلمية المقترحة في البحث على كل مسائل الإجماع في المعاملات.

الإجماع وأثره في فقه المعاملات المالية المعاصرة

بحث مقدم لمؤتمر أيوفي للهيئات الشرعية السنوي الخامس عشر
المقام بمملكة البحرين يومي ١٥-١٦ رجب ١٤٣٨هـ، يوافق ١٢-١٣ أبريل ٢٠١٧م

إعداد د. الناجي لمين

أستاذ التعليم العالي

مُنسَّق وحدة الفقه وأصوله بمؤسسة دار الحديث الحسنية للدراسات الإسلامية العليا (الرباط)

جامعة القرويين

تمهيد:

أحب في مُستَهَل هذا البحث أن أنبّه على أن المسائل المجمع عليها والتي وَجَدتْ طريقتها إلى مؤلفات العلماء: هي إجماعات الصحابة والتابعين، وأتباع التابعين.. إلى نهاية القرن الثاني الهجري. ثم بعد ذلك استقر أمرُ الدرس الفقهي والفتوى والقضاء على مذهب واحد يُقتدى ويُتبع.

بل نادى العلماء بعد استقرار المذاهب الأربعة بِسَدِّ باب الاجتهاد المطلق، على اعتبار أن المذاهب المشتهرة قد استغنت بأصولها، واستوعبت مجال الرأي في النصوص، وأن التخريج عليها كاف في الإجابة عمّا ينزل بالناس.

ومن أوائل مَنْ بدأ التخريج في المذهب المالكي الإمام عبد الرحمن بن القاسم المصري صاحب مالك، وسجّل تلك التخريجات تلميذه الإمام سحنون في المدونة. ثم عند ما هَدَّب البراذعي المدونة جعل تخريجات ابن القاسم أقوالاً في المذهب، بحيث يسوقها مساقاً واحداً مع أقوال مالك.

وفي المذهب الحنفي هناك ثلاثة أنواع من المسائل:

النوع الأول: مسائل ظاهر الرواية، وهو أعلى الأنواع وأوثقها. والنوع الثاني: مسائل النوادر. وهذان النوعان صادران عن أبي حنيفة وأصحابه.

والنوع الثالث: الفتاوى أو الواقعات: وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون من الأحناف كمّا سئلوا عن ذلك ولم يجدوا فيها رواية عن أئمة المذهب المتقدمين. وهؤلاء المتأخرون هم أصحاب أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وأصحاب أصحابهما، وهلم جرا... فَمِن أصحاب أبي يوسف ومحمد: عصام بن يوسف (ت ٢١٠هـ) وإبراهيم بن رستم (ت ٢١١هـ) ومحمد بن سماعة التميمي (ت ٢٣٣هـ) وموسى بن سليمان الجوزجاني، ومن بعدهم، مثل محمد بن سلمة، ومحمد بن مقاتل الرازي (ت ٢٤٢هـ)، ونصير بن يحيى (ت ٢٦٨هـ)، وأبي النصر قاسم بن سلام، وغيرهم كثير...^(١).

ثم تقرر المذهب الحنفي على هذه الأنواع الثلاثة.

(١) - ينظر: الطبقات السننية في تراجم السادة الحنفية (٤٤/١). ورسائل ابن عابدين (١٦/١) وحاشية ابن عابدين (٤٧/١).

أما المذهب الشافعي فقد بقي فيه بعض الاجتهاد المطلق، بسبب قول الشافعي: "إذا صح الحديث فهو مذهبي". ومع أن العلماء الشافعية (كالإمام البيهقي) نَبَّهوا على خطورة الاسترسال في تطبيق هذه القاعدة في وقت مبكر فإن أمر الالتزام التام بالمذهب لم يستقر إلا مع ظهور المَنقَّحَيْنِ الأولَيْنِ: الرافعي والنووي، فَضَعَفَ معهما الاهتمام بتلك القاعدة.

وبناء على هذا التنبيه فإن كثيرا من مباحث الإجماع لم يكن لها محلٌّ في تاريخ التشريع عند المسلمين. لأن الإجماع لم يعد موجودا، لعدم الاعتراف بوجود الاجتهاد المطلق. والأصوليون إنما تحدثوا عنها تحسُّباً لما قد يقع.

ولذلك فإنني أؤمن النظر الدقيق للقائمين على المؤتمر لاقتراحهم أهمَّ مبحثين من مباحث الإجماع، وهما حقيقته، وحكم الالتزام به؛ إذ هما المبحثان اللذان بَقِيََا يحتفظان أكثر من غيرهما بالفائدة العملية للإجماع. وإني بِحَوْلِ الله مُبَيِّنٌ لهما، وذاكِرٌ بعض المسائل المجمع عليها في الصدر الأول، والمتعلقة بالمالية الإسلامية، مع بيان طريقة التعامل معها. فأقول وبالله التوفيق.

أولا: حقيقة الإجماع:

أَوَّلُ مَنْ عَلِمَنَا تناول أصل الإجماع بطريقة نظرية عالمٌ قريش محمد بن إدريس الشافعي، وذلك في كتابه الخالد "الرسالة"، وفي كتاب "جماع العلم"، وغيرهما من كتبه، ولم يُعَرِّفه بالحد على عادة المتقدمين في عدم الاعتناء بالحدود. وجاء في الرسالة على لسان مناظره: "لستُ أقول ولا أحد من أهل العلم "هذا مجتمع عليه" إلا إما لا تَلْقَى عالما أبداً إلا قاله لك وحكاه عن من قبله، ك"الظهرُ أربع"، وكتحريم الخمر، وما أشبه هذا"^١.

وفي كتاب اختلاف مالك والشافعي من "الأم" يرى الشافعي أن الإجماع ضد الخلاف، وأنه.. "لا يُقال إجماع إلا إما لا خلاف فيه بالمدينة"، وغيرها من بلاد الإسلام.. إلى أن قال الشافعي: "واجعل ما وصفنا

^١ - الرسالة، الفقرة (ف): ١٥٥٩. وجاء هذا الكلام في سياق ردِّ الشافعي إجماع أهل المدينة.

على هذا الباب كافياً لك لا على ما سواه: إذا أردت أن تقول أجمع الناس: فإن كانوا لم يختلفوا فقله، وإن كانوا اختلفوا فلا تقله، فإن الصدق في غيره"^١.

وفي كتاب اختلاف مالك والشافعي أيضاً يقول الشافعي مخاطباً تلميذه الربيع (وهو يريد مالكا): "فإن رويت في هذا اختلافاً عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف ادعيت الإجماع، وإذا حكيت فأكثر ما تحكى الاختلاف"^٢.

وفي نفس الكتاب يقول الشافعي كذلك: "ولا يجوز الإجماع إلا على ما وصفت من أن لا يكون مخالف، فعمل الإجماع عنده (أي مالك) الأكثر، وإن خالفهم الأقل. فليس ينبغي أن يقول إجماعاً.."^٣.

وبهذا يتبين أن الإجماع عند الشافعي هو اتفاق جميع أهل العلم على مسألة من مسائل الفقه. وهو المعنى الذي رددته الأصوليون بعد ذلك في تعاريفهم مع اختلاف العبارة. وعلمنا أن بعضهم لم يتعرض لتعريف الإجماع، كالجويني في "البرهان"، وأبي بكر الرازي الجصاص في "الفصول في الأصول". وأختار هنا عبارة الآمدي، قال: "الإجماع عبارة عن اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد (صلى الله عليه وسلم) في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع.."^٤.

وشرطُ اتفاق جميع المجتهدين هو الذي سار عليه معظم الأصوليين الشافعية، وهو الظاهر من مذهب عامة المالكية، منهم أبو الوليد الباجي في إحكام الفصول^٥.

١ - ينظر الأم ١/١٦٣، باب سجود التلاوة والشكر. (طبعة دار الفكر). والمخاطب في كلام الشافعي هو الربيع الذي كان يمثل دور الفقهاء المقلد لمالك.

٢ - ينظر كتاب اختلاف مالك والشافعي في الأم ٧/٢٥٥، باب التملك (طبعة دار المعرفة).

٣ - السابق ٧/٢٨١. باب حكاية قول من رد خبر الخاصة.

٤ - جاء في الرسالة (ف: ٣٩٩)، قول الشافعي في سياق حديثه عن عدم جواز الوصية للوارث: "وكذلك وجدنا أهل العلم عليه مجتمعين". ثم اتفق الأصوليون بعد ذلك على أن أهل الإجماع هم المجتهدون السالمون من وصمة الجرح بالدرجة الأولى، ويوجد بعض الخلاف فيمن لم يتصف بماتين الصفتين: رتبة الاجتهاد، والعدالة. وأكثر الأصوليين على أنهم غير داخلين في أهل الإجماع. ينظر البرهان ١/٤٣٩-٤٤٠، ف: ٦٣١-٦٣٢. (طبعة دار الوفاء). وأما في عهد الشافعي وقبله فلا حديث إلا عن الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار.

٥ - الإحكام في أصول الأحكام ١/١٦٨. طبعة دار الكتب العلمية.

٦ - ينظر إحكام الفصول في أحكام الأصول للبايجي ١/٤٦٧، ف ٤٨٤. (طبعة دار الغرب الإسلامي).

وأما الحنفية^١ ومحمد بن جرير الطبري^٢ فذهبوا إلى أنه لا عبرة باختلاف الواحد والاثنين. ووافقهم ابن خُوَيز منداد من المالكية^٣.

والرأي الثاني هو الذي عليه العمل عند المصنِّفين في مسائل الإجماع والخلاف العالي، كابن المنذر في الإجماع وابن عبد البر في الاستدكار، حيث ترى مثلاً ابن المنذر يقول: "وأجمعوا على" كذا، "وانفرد" فلان. ومرة قال: "وشذ". وكذلك ابن عبد البر: كثيراً ما ينكر على من يخالف قول "الجمهور الذين لا يجوز عليهم جهل التأويل ولا تحريفه"^٤، وقول "الجم الغفير والعدد الكثير الذين لا يجوز عليهم الغلط.. ولا التواطؤ.."^٥، وقول "السلف والخلف الذين لا يجوز عليهم تحريف السنة ولا الكتاب"، وقول "جماعة العلماء" الذين "لا يجوز عليهم الإطباق والاجتماع على تحريف الكتاب وجهل تأويله"^٦.

والذي يتتبع ما كتبه الشافعي في كتبه الأصولية وفي الفروع يتضح له أن الإجماع عنده قسمان كبيران: أحدهما: إجماع يشترك فيه العلماء وغيرهم، كوجوب الصلاة، وعددها، وعدد ركعات كل منها، وكوجوب صوم رمضان، والزكاة، والحج على من استطاع، وحرمة الزنا، والخمر، والكذب، والسرقه.. فهذا القسم من الإجماع حقٌّ في الظاهر والباطن، وهو "العلم العام الذي لا يمكن فيه الغلط من الخبر، ولا التأويل، ولا يجوز فيه التنازع.."^٧. وهو الذي سماه العلماء بَعْدُ: المعلوم من الدين ضرورة، يُكفَّر جاحده، ولا يعذر أحد بجهله.

والقسم الثاني: إجماع خاص بالعلماء، كوجوب النية في الصلاة، وكتحريم الجمع بين العمه و بنت الأخ، وكتحريم بيع الدين بالدين، وجواز المضاربة..

١ - ينظر الفصول في الأصول للحصاص ٢٩٨/٣، و ٣١٧/٣.

٢ - ينظر البرهان ٤٦٠/١، ف ٦٦٩.

٣ - ينظر إحكام الفصول للباقي ٤٦٧/١، ف ٤٨٤.

٤ - الاستدكار ١٢٩/١.

٥ - الاستدكار ٢١٦/١.

٦ - الاستدكار ٧٧/٦.

٧ - الرسالة ف: ٩٦١ - ٩٦٥.

وهذا التقسيم الثنائي نص عليه أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي أيضا في كتابه الفصول في الأصول^١، وهو من أوائل من جمع كتابا وافيا عن أصول الأحناف. ونص عليه كذلك الباجي في إحكام الفصول^٢. وألمح إليه الجويني في التلخيص^٣.

إلا أن هذا القسم الثاني (أعني إجماع العلماء) هو عند الشافعي على نوعين: النوع الأول: إجماع العلماء على نص من كتاب أو سنة ثابتة. وهو وإن كانت الحجة فيه للقرآن أو السنة فإن فائدته هي القطع بذلك الحكم، وأن الذي يرى العمل بخلاف مقتضاه يستتاب^٤.

النوع الثاني: إجماع العلماء على حكم غير منصوص عليه، بحيث احتمل أن يكون قالوه حكاية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "واحتمل غيره، ولا يجوز أن نَعُدَّه له حكاية؛ لأنه لا يجوز أن يَحْكِي^٥ إلا مسموعاً، ولا يجوز أن يَحْكِي شيئا بتوهم، يمكن فيه غير ما قال. فكُنَّا نقول بما قالوا به أتباعاً، ونعلم أنهم إذا كانت سنن رسول الله لا تعزب عن عامتهم، وقد تعزب عن بعضهم، ونعلم أن عامتهم لا تجتمع على خلافٍ لسنة رسول الله، ولا على خطأ إن شاء الله"^٦.

وهذا القسم هو الذي يعنيه الشافعي في أغلب إطلاقاته. وهو الذي يعنيه الأصوليون في نقاشهم أيضا. أما ما ذكره الشافعي في جماع العلم والذي فهم منه بعض العلماء المعاصرين^٧ أن الشافعي يحصر الإجماع في المعلوم من الدين بالضرورة فقد أبعَدَ التُّجعة وأغرق في النزاع، وأغمض عينيه عن النصوص الواضحة في الرسالة، وعن المسائل الكثيرة في "الأم" التي استند فيها الشافعي إلى مجرد اتفاق العلماء، واحتج بذلك. أما ما جاء في جماع العلم فتوجيهه أن الشافعي إنما قاله في سياق الجدل والمناظرة لإلزام الخصم ما ألزم به نفسه، وتضييق منافذ العناد وسبل المكابرة. والمعلوم عند العلماء أن ما يقوله العالم في سياق الجدل لا يعتبر بالضرورة رأيا له.

١ - ينظر الفصول في الأصول ٢٨٥/٣.

٢ - ينظر إحكام الفصول ١/٤٦٥، ف ٤٨٢.

٣ - ينظر التلخيص ص ٣٨١، (طبعة دار الكتب العلمية).

٤ - ينظر الرسالة ف: ١٢٥٩. وينظر كذلك الفقرة: ١٣١٠.

٥ - كذا في الأصل المنقول منه

٦ - الرسالة ف: ١٣١٠-١٣١٢. وينظر كذلك الفقرتين: ١٣٠٧ و ١٣١٢

٧ - مثل الشيخ أبي زهرة رحمه الله. ونحوه الشيخ أحمد شاكر رحمه الله.

والمزيد من التوضيح في المبحث الموالي:

ثانياً: حكم الالتزام بالإجماع:

الإجماع الذي مستنده نصوص ثابتة من قرآن أو سنة ليس من كلامنا؛ ولم يعتن به الأصوليون كثيراً؛ لأن الحجّة في النصوص، والإجماع نفي عنها احتمال الغلط في التأويل والنقل. لكن الذي يعنينا والذي سَوِّد لأجله الشافعي والأصوليون أوراقتهم هو الإجماع الذي لا يُعرَف مستنده، أو عُرف مستنده، ولكنه مستند ضعيف، كالحديث الذي لا يثبتته المحدثون، أو كان المستند قياساً، أو ما يشبه القياس..

١- ولنبدأ بهذا النوع من الإجماع عند الشافعي^١:

الدليل على أن الشافعي يعني في أغلب إطلاقاته الإجماع الذي لا يُعرَف له مستند قائم من الكتاب ولا من السنة هو أنه جعل الإجماع في مرتبة ثالثة بعد الكتاب والسنة، كما في قوله: "ولم يجعل الله لأحدٍ بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علمٍ مَضَى قَبْلَهُ؛ وجهة العلم بَعْدُ: الكتاب، والسنة، والإجماع، والآثار، وما وصفت من القياس عليها"^٢. وكما في قوله: "وجهة العلم: الخبرُ في الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس"^٣. وكما في قوله: "يُحكَم بالكتاب والسنة المجتمع عليها، الذي لا اختلاف فيها، فنقول لهذا: حكماً بالحق في الظاهر والباطن^٤. ويُحكَم بالسنة قد رُوِيَ من طريق الانفراد، لا يجتمع الناس عليها، فنقول: حكماً بالحق في الظاهر^٥، لأنه قد يمكن الغلط فيمن رَوَى الحديث. ونحكم بالإجماع، ثم القياس، وهو أضعف من هذا، ولكنها منزلة ضرورة؛ لأنه لا يحل القياس والخبر موجود، كما يكون التيمم طهارةً في السفر عند الإعواز من الماء، ولا يكون طهارة إذا وجد الماء، إنما يكون طهارة في الإعواز. وكذلك يكون ما بعد السنة حجة إذا أعُوَز من السنة. وقد وصفتُ الحجة في القياس وغيره قبل هذا"^٦.

١ - ثم نتني بالأصوليين فيما بعد، ينظر الفقرة: ٢-

٢ - الرسالة ف: ١٤٦٨.

٣ - الرسالة ف: ١٢٠.

٤ - كذا في الأصل المنقول منه.

٥ - وهو الذي سماه الأصوليون بعد ذلك: "القطع".

٦ - وهو الذي سماه الأصوليون بعد ذلك: "الظن الغالب"، أو "الظن".

٧ - الرسالة ف: ١٨١٥ - ١٨١٩.

وهذا النوع الثالث يعتبره الشافعي حجة، ولم ينص على قطعيته كما فعل في نص الكتاب ونص السنة المجمع عليها، وكذلك لم ينص على أنه علم ظاهر (أي ظن غالب)، كما فعل في خبر الآحاد، ولكنه حرّم مخالفته. وظاهر كلامه أنه يجعله كَنَصِّ الكتاب ونَصِّ السنة المجمع عليها.. قال في كتابه "إبطال الاستحسان": "فَمَنْ خَالَفَ نَصَّ كِتَابٍ لَا يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ أَوْ سَنَةَ قَائِمَةٍ فَلَا يَحِلُّ لَهُ الْخِلَافُ. وَلَا أَحْسِبُهُ يَحِلُّ لَهُ خِلَافُ جَمَاعَةِ النَّاسِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي قَوْلِهِمْ كِتَابٌ أَوْ سَنَةٌ.."^١.

ومن الدليل على ذلك أيضا أنه استدل لحجتيه بحدِيثَيْنِ ظَاهِرُهُمَا أَنَّهُمَا آحَادٌ؛ فَقَدْ جَاءَ فِي الرِّسَالَةِ مَا نَصَّهُ: "قال الشافعي: فقال لي قائل: قد فهمتُ مذهبك في أحكام الله، ثم أحكام رسوله، وأن من قبل عن رسول الله فعن الله قبل، بأن الله افترض طاعة رسوله، وقامتِ الحجة بما قلت بأن لا يحل لمسلم علم كتاباً ولا سنة أن يقول بخلاف واحد منهما، وعلمتُ أن هذا فرضُ الله. فَمَا حَجَّتُكَ فِي أَنْ تَتَّبِعَ مَا اجْتَمَعَ النَّاسُ عَلَيْهِ مِمَّا لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ حَكَمَ اللَّهُ، وَلَمْ يَحْكُوهُ عَنِ النَّبِيِّ؟ أترعّم ما يقول غيرك^٢ أن إجماعهم لا يكون أبداً إلا على سنة ثابتة وإن لم يحكوها؟! قال^٣: فقلت له: أما ما اجتمعوا عليه فذكروا أنه حكاية عن رسول الله فكمّ قالوا، إن شاء الله. وأما ما لم يحكوه فاحتمل أن يكون قالوا حكاية عن رسول الله واحتمل غيره، ولا يجوز أن نعدّه له حكاية؛ لأنه لا يجوز أن يحكي إلا مسموعاً، ولا يجوز أن يحكي شيئاً يتوهم يمكن فيه غير ما قال. فكنّا نقول بما قالوا به اتباعاً لهم^٤، ونعلم أنهم إذا كانت سنن رسول الله لا تعزّب عن عامتهم، وقد تعزّب عن بعضهم، ونعلم أن عامتهم لا تجتمع على خلاف لسنة رسول الله ولا على خطأ إن شاء الله. فإن قال: فهل من شيء يدل على ذلك وتشدّد به؟ قيل: أخبرنا سفيان عن عبد الملك بن عمير عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه أن رسول الله قال: "نضر الله عبداً"^٥. أخبرنا سفيان عن عبد الله بن أبي ليبيد عن ابن سليمان بن يسار عن أبيه أن عمر بن الخطاب خطب الناس

١ - الأم ٣١٨/٧ (طبعة دار الفكر).

٢ - هذا يدل على أنه كان هناك نقاش أصولي حول مستند الإجماع.

٣ - أي الشافعي.

٤ - يعني: نستدل بالإجماع المجرد، لأنه دليل بذاته.

٥ - الشافعي يقصد عبارة مروية في الحديث لم يذكرها: وهي: "ولزوم جماعتهم". وقد ذكر هذا الحديث بتمامه قبل ذلك. ينظر ف

بالجائية^١ فقال: إن رسول الله قام فينا كمقامي فيكم فقال: "أكرموا أصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يظهر الكذب، حتى إن الرجل ليخلف ولا يستحلف، ويشهد ولا يستشهد، ألا فمن سره ببححة الجنة فليزِم الجماعة، فإن الشيطان مع الفذ، وهو من الاثنين أبعد. ولا يخلون رجل بامرأة، فإن الشيطان ثالثهم. ومن سرته حسنته وساءته سيئته فهو مؤمن"..^٢.

محلُّ الشاهد هو قوله صلى الله عليه وسلم: "ألا فمن سره ببححة الجنة فليزِم الجماعة، فإن الشيطان مع الفذ، وهو من الاثنين أبعد". وفَسَّر الشافعي "لزوم جماعتهم" في الحديث الأول: بالقول بما قالوا. قال: "ومن قال بما تقول به جماعة المسلمين فقد لزم جماعتهم، ومن خالف ما تقول به جماعة المسلمين فقد خالف جماعتهم التي أمر بلزومها. وإنما تكون الغفلة في الفرقة، فأما الجماعة فلا يمكن فيها كافة غفلة عن معنى كتاب، ولا سنة، ولا قياس، إن شاء الله"^٣.

وفي مكان آخر يقول الشافعي: "وأمر رسول الله بلزوم جماعة المسلمين مما يُحتجُّ به في أن إجماع المسلمين - إن شاء الله - لازم"^٤.

وقد روى البيهقي بسنده عن المزني والربيع صاحبي الشافعي أنهما كانا عند الشافعي يوماً؛ إذ جاء شيخ فسأل الشافعي قال: إيش الحجة في دين الله؟ فقال الشافعي: كتاب الله. قال: وماذا؟ قال: سنة رسول الله. قال: وماذا؟ قال: اتفاق الأمة. قال: ومن أين قلت اتفاق الأمة من كتاب الله؟ فتدبَّر الشافعي رحمه الله ساعة. فقال الشيخ: أجلتك ثلاثة أيام. فتعَيَّر لَوْنُ الشافعي. ثم إنه ذهب فلم يخرج أياماً.. فخرج من البيت في اليوم الثالث.. فجاء الشيخ فسلم، فجلس، فقال: حاجتي. فقال الشافعي رحمه الله: نعم أعوذ بالله من الشيطان الرجيم بسم الله الرحمن الرحيم. قال الله عز وجل: "ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين

١ - الجائية كانت آنذاك قرية من أعمال دمشق.

٢ - ينظر النص بكامله في الرسالة من الفقرة ١٣٠٩ إلى الفقرة ١٣٢٠.

٣ - الرسالة ف ١٣٢٠.

٤ - الرسالة ف ١١٠٥.

له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا"^١؛ لا يصلية جهنم على خلاف سبيل المؤمنين إلا وهو فرض.. فقال (الشيخ): صدقت. وقام..^٢.

هذه أيها الإخوة نصوص واضحة في أن الشافعي يعني في غالب إطلاقاته الإجماع الذي لا يعرف له مستند ثابت من القرآن أو السنة، ثم هو يستدل له بحديث ظاهره أنه آحاد، ويستدل بآية ليست نصا في محل النزاع؛ لأن الاحتمال يدخلها من أكثر من وجه.

أما في الفروع فإن الشافعي قطع الشك باليقين، حيث استدل في بعض الفروع بمجرد الإجماع، ولم يذكر فيها نصا من القرآن ولا روى فيها سنة. من ذلك أنه احتج بالإجماع على وجوب إدخال المرفقين في الغسل عند الوضوء^٣، والقرآن لا يدل دلالة قطعية على وجوب الإدخال. وقال في الكعبين: "ولم أسمع مخالفا في أن الكعبين اللذين ذكر الله عز وجل في الوضوء: الكعبان الناتان، وهما مجمع مفصل الساق والقدم، وأن عليهما الغسل"^٤. كما استدل بالإجماع على جواز الصلاة على الجنائز بعد صلاتي الظهر والعصر، ولم يرو في ذلك حديثا، واستعمل في هذا الفرع مصطلح "الإجماع" قال: "ثم إجماع الناس في الصلاة على الجنائز بعد الصبح والعصر"^٥. واستدل على سقوط الجمعة على المسافر بالإجماع، وليس يروي فيه حديثا. واستدل كذلك بأن العدد التي تجب فيه الجمعة أربعون، ونَبَّه على أن فيه حديثا لا يثبت أهل الشأن، فاكتفى بالإجماع^٦.

بل إننا نجد الشافعي يجعل الإجماع أصلا وقياس عليه. من ذلك مثلا قوله: "ولما كان ما خرج من الفروج حديثاً ريحا أو غير ريح في حكم الحدث، ولم يختلف الناس في البصاق يخرج من الفم والمخاط والنفس يأتي من الأنف والحشاء المتغير وغير المتغير يأتي من الفم لا يوجب الوضوء: دَلَّ ذلك على أن لا وضوء في قيء ولا رعاف ولا حجامه ولا شيء خرج من الجسد.."^٧. وقال الشافعي في الديون التي على الميت إلى أجل:

١ - سورة النساء الآية: ١١٥.

٢ - أحكام القرآن للشافعي بجمع البيهقي ٣٩/١-٤٠.

٣ - ينظر الأم ٤٠/١. باب غسل اليدين. (طبعة دار الفكر).

٤ - الأم ٤٢/١. باب غسل الرجلين.

٥ - الأم ١٧٤/١. باب الساعات التي تكره فيها الصلاة.

٦ - ينظر الأم ٢١٩/١. العدد الذين إذا كانوا في قرية وجبت عليهم الجمعة.

٧ - الأم ٣٢/١، (الوضوء من الغائط والبول والريح).

".. ولَوْ كانت الديون على الميت إلى أجل: فَلَمْ أعلم مخالفا حَفِظْتُ عنه مِمَّن لَقِيت بِأَنتِهَا حَالَةً يتحاص فيها الغرماء، فإن فَضِلَ فَضِلَّ كان لأهل الميراث [ووصاياها] إن كانت له"^١ وصايا.

٢- هذا هو نظر الشافعي في الإجماع، وهو أنه حجة بذاته، مثله مثل نص القرآن ونص السنة. وعلى هذا سار الأصوليون عن بكرة أبيهم، وأضافوا إلى الحديثين الذين استدل بهما الشافعي في الرسالة والقاضيين بلزوم جماعة المسلمين صِفَةَ التواتر المعنوي؛ إذ جاءت أحاديث عن جمع من الصحابة في مواضيع مختلفة، كُلُّهَا تتفق في معنى لزوم جماعة المسلمين الذين لا يجمعون على الخطأ. ومن الذين توسعوا في ذلك الباجي في إحكام الفصول، والغزالي في المستصفى..

والأصوليون إنما طَوَّلُوا النفس في الرَّدِّ على من أنكر الإجماع -وهو النَّظْمُ المعتزلي "مع سقوط قدره وخِصَّة رتبته"^٢- لأنهم أرادوا بذلك أن يزيلوا كل احتمال قد يُلحِّقه المعتزض على حجة الإجماع. وهذا مسلكهم في غالب الأصول والقواعد.

أما الشيعة الإمامية فإن إنكارهم للإجماع متسق مع أصلهم في وجود المعصوم، فلا كلام للأصوليين معهم. وكذلك لم يهتم الأصوليون بالخوارج لأنهم ليسوا من أهل النظر عِنْدَهُمْ. وكثير من الأصوليين لم يسموهم أصلاً، مثل الجويني في البرهان، قال: "ما ذهب إليه الفرق المعتزرون من أهل المذاهب أن الإجماع في السمعيات حجة. وأول من باح بردة النَّظْمِ. ثم تابعه طوائف من الروافض. وقد يطلق بعضهم كون الإجماع حجة، وهو في ذلك مُلْبِس؛ فإن الحجة عنده في قول الإمام القائم صاحب الزمان، وهو منغمس في غمار الناس، فإذا استقر الإجماع كان قوله من جملة الأقوال، فهو الحجة، وبه التمسك"^٣.

وقال أبو الحسين البصري في المعتمد: "اعلم أن إجماع أهل كل عصر من الأمة صواب وحجة. وقال النظام: ليس ذلك حجة. وقالت الإمامية: ذلك صواب؛ لأن الإمام داخل فيهم، وهو الحجة فقط"^٤.

ويجدر بنا أن ننبه على أن النَّظْمُ لم يُنكر الإجماع بعبارة صريحة؛ قال الآمدي حاكياً تعاريف الإجماع: "وأما في اصطلاح الأصوليين فقد قال النظام: ((كل قول قامت حجته، حتى قول الواحد)). وقَصَدَ بذلك

١ - الأم ٣ / ٢١٢، باب حلول دين الميت والدين عليه

٢ - الإقباس من المستصفى للغزالي ١/١٧٧. طبعة دار الفكر.

٣ - البرهان ١/٤٣٤، ف ٦٢٣.

٤ - المعتمد ٤/٢، طبعة دار الكتب العلمية.

الجماع بين إنكاره كون إجماع أهل الحل والعقد حجةً وبين موافقته لما اشتهر بين العلماء من تحريم مخالفة الإجماع"^١.

أما الدليل على أن الأصوليين هم أيضا تَبَعٌ للشافعي في كونهم يقصدون في غالب إطلاقاتهم الإجماع الذي لا يعرف له مستند من نص قرآن أو سنة ثابتة: فإن ذلك يُعرف من جعلهم الإجماع في الرتبة الثالثة في ترتيب الأدلة وفي التأليف، ويُعرف من تتبّع عباراتهم في نقاشهم واستدلالهم على قضايا الإجماع:

وأبدأ بالمسألة التي اعتادوا إيرادها ضمن مباحث الإجماع، وهي مسألة مستند الإجماع، حيث تراهم يختلفون في تصور المستند: هل المستند لا يجوز أن يكون إلا عن توقيف لم نطلع عليه، أو يجوز أن يكون عن توفيق أيضا، بحيث يوفق الله تعالى المجتهدين جميعا لقول واحد دون مستند. ثم إن القائلين بالتوقيف اختلفوا: هل يجوز أن يكون المستند قياسا أو لا يجوز. ولنكتف في هذا المقام ببعض النقول:

يقول الآمدي: "المسألة السابعة عشرة: اتفق الكل على أن الأمة

لا تجتمع على الحكم إلا عن مأخذ ومستند يوجب اجتماعها، خلافا لطائفة شاذة: فإنهم قالوا بجواز انعقاد الإجماع عن توفيق لا توقيف، بأن يوفقهم الله تعالى لاختيار الصواب من غير مستند..."^٢. وقد قال الآمدي في هذه المسألة في سياق إيراد دليل المخالف والرد عليه: "فائدة كون الإجماع حجة: جواز الأخذ به، وإسقاط البحث عن ذلك الدليل، وحرمة المخالفة الجائزة قبل الاتفاق"^٣. وفي نفس السياق جاءت في إحكام الآمدي العبارات التالية: "المسلك الثاني: استدلالهم^٤ بالواقع، وهو أنهم قالوا: قد انعقد الإجماع من غير دليل، كإجماعهم على أجره الحمام، وناصب الحباب^٥ على الطريق، وأجرة الحلاق، وأخذ الخراج ونحوه. ولقائل أن يقول: لا نسلم وقوع شيء من الإجماعات إلا عن دليل. غايته أنه لم ينقل [اكتفاء^٦] بالإجماع عنه". ثم قال الآمدي فاصلا بين الفريقين^٧: "وإذا عرف ضعف المأخذ من الجانبين، فالواجب أن

١ - الآمدي ص ١٦٧.

٢ - الإحكام في أصول الأحكام ص ٢٢١.

٣ - الإحكام ص ٢٢٣.

٤ - يقصد القائلين بالتوفيق.

٥ - الجباب جمع حب: الجرة الضخمة.

٦ - في الأصل النقول منه: "الاكتفاء". ولعل ما أثبتته هو الصواب.

٧ - القائلين بالتوفيق فقط، والقائلين بالتوقيف والتوفيق.

يقال: إنهم إن أجمعوا عن غير دليل فلا يكون إجماعهم إلا حقا، ضرورة استحالة الخطأ عليهم. وأما أن يقال: إنه لا يتصور إجماعهم إلا عن دليل أو يتصور، فذلك مما قد ظهر ضعف المأخذ فيه من الجانبين^١. ولقد تتبعت في غير هذه المسألة عباراتٍ للآمدي تُدلّ دلالة واضحة على المطلوب، وهي كثيرة جدا، منها قوله على لسان من يشترط انقراض العصر في ثبوت الإجماع ونقّره: "الوجه الرابع: أنه لو لم يُشترط انقراض العصر، وإلا فبتقدير أن يتذكر واحد منهم أو جماعة منهم أو جملتهم حديثا عن رسول الله على خلاف إجماعهم، فإن جاز رجوعهم إليه كان الإجماع الأول خطأ، وإن لم يجز الرجوع كان استمرارهم على الحكم مع ظهور دليل يناقضه، وهو أيضا خطأ. ولا مخلص منه إلا باشتراط انقراض العصر"^٢. أعتقد أن ما قدمته كافٍ للتدليل على أن الشافعي وباقي الأصوليين يعتبرون الإجماع دليلا في نفسه. وأما الإجماع المبني على النص فلا إشكال فيه حتى مع النظام.

بقي علي أن أنقل عبارات بعض الأصوليين في حجية هذا النوع من الإجماع، وقد مرّ معنا أن ظاهر كلام الشافعي أنه يجعله كنص الكتاب ونص السنة المجمع عليها.

وسبق أن نقلنا لكم قول أبي الحسين البصري المعتزلي: "اعلم أن إجماع أهل كل عصر من الأمة صواب وحجة". وقال الباجي: "إجماع الأمة حجة شرعية"^٣. وقال الجويني: "الإجماع حجة قاطعة"^٤. وقال الشيرازي: "إجماع العلماء على حكم الحادثة حجة مقطوع بها"^٥. وقال الغزالي في حكم الإجماع: "وحكمه وجوب الاتباع وتحريم المخالفة"^٥. وقال الآمدي: "اتفق أكثر المسلمين على أن الإجماع حجة شرعية يجب العمل به على كل مسلم، خلافا للشيعة والخوارج والنظام"^٦.

واللائحة طويلة. وحسبي من القلادة ما أحاط بالعنق.

١ - الإحكام ص ٢٢٣-٢٢٤.

٢ - ينظر الإحكام ص ٢٢٠.

٣ - إحكام الفصول ١/٤٤١، ف ٤٥٢.

٤ - التبصرة ص ٢٠٢، طبعة دار الكتب العلمية.

٥ - المستصفي ١/١٩٨.

٦ - الإحكام ١/١٧٠.

غير أنني سأنبه إلى تفصيل في مراتب هذه الحجية عند الأحناف، تبعاً لتوسعهم في معنى الإجماع: فإذا قال العالم قولاً وسكت الباقيون^١ عُذَّ ذلك عندهم إجماعاً، وخلاف الواحد والاثنتين لا يقدر في الإجماع عندهم.. والإجماع بعد تقرر الاختلاف معتبر كذلك عندهم.. ولذلك عند ما أورد المعترض سؤالاً على أبي بكر الرازي الجصاص يتعلق باختيار لأبي حنيفة يظهر منه أنه مخالف للإجماع اضطرَّ الجصاص إلى أن ينقل أن "منازل الإجماعات مختلفة كمنازل النصوص، يكون بعضها أكد من بعض، ويسوغ الاجتهاد في ترك بعضها، ولا يجوز في ترك بعض. ألا ترى أن النص المتفق على معناه ليس في لزوم حجته بمنزلة النص المختلف في معناه، وإن كان حجتها جميعاً عندنا ثابتة، كذلك حكم الإجماعات؛ فليس يمتنع على هذا أن يفرق بين الإجماع الذي قد تقدمه اختلاف، وبين الإجماع الذي لم يسبقه خلاف في باب فسخ قضاء القاضي، بخلاف أحدهما ومنعه ذلك في الآخر، وإن كان كل واحد منهما حجة لا يجوز مخالفته، ويكون الفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أنه مختلف فيه أنه إجماع، أو ليس بإجماع، وهو خلاف مشهور بين الفقهاء.

والثاني: أنه إجماع قد سبقه اختلاف، وقد سوغ أهل العصر المتقدم الاجتهاد فيه وأباحوا فيه الاختلاف، فساغ الاجتهاد في منع انعقاد الإجماع بعدهم، والإجماع الذي يسوغ الاجتهاد في خلافه لا يفسخ به قضاء القاضي، ولا يكون بمنزلة إجماع أهل عصر لم يتقدمه خلاف، فيفسخ قضاء القاضي إذا قضى بخلافه، لأن هذا إجماع لا يسوغ الاجتهاد في رده، ولا نعلم أحداً من الفقهاء يخالف فيه، وإنما خالف فيه قوم - هم شذوذ عندنا - لا نعدهم خلافاً..^٢.

الحاصل أن الإجماع الذي هو حجة قاطعة هو الإجماع الذي لا خلاف فيه بين الأصوليين. وعلى هذا فمن اعتقد إجماعاً في مسألة، أو لم يجد مخالفاً فيها بين العلماء فلا يجوز له أن يخالف الإجماع فيها، عرف مستند الإجماع أو لم يعرفه؛ لأن الإجماع حجة بنفسه.

غير أننا نذكر بما مهدنا به هذا البحث، وهو أن الإجماع الذي حُفِظَ لنا هو إجماع الصدر الأول: الصحابة والتابعين وأتباعهم. وعلى هذا فلا عبرة بقول مخالف جاء بعدهم. فكلُّ مخالف ممن لم يكن من الصحابة والتابعين أو أتباعهم فلا اعتبار بقوله؛ لأن الإجماع انعقد قبله، بل هو خارق للإجماع. والله أعلم وأحكم.

^١ - وهو المعبر عنه بالإجماع السكوتي.

^٢ - الفصول ٣/٣٤٠.



ثالثا: أهم الفروع المجمع عليها المتعلقة بالمالية الإسلامية وطريقة التعامل معها:

١- أهم الفروع المجمع عليها المتعلقة بالمالية الإسلامية:

كتاب البيوع:

- أجمع العلماء على أن بيع الدين بالدين لا يجوز^١.
- وأجمعوا على أن بيع الأصناف الستة من جنس واحد لا يجوز تفاضلا ولو كان ذلك يدا بيد، كما لا يجوز نسيئة ولو كانا من صنفين مختلفين^٢.
- وأجمعوا على أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد^٣.
- وأجمعوا على أن بيع الصبرة بالصبرة من الطعام لا يُدرى كم كيل هذه، ولا كيف هذه: غَيْرُ جائز، إذا كان من صنف واحد^٤.
- وأجمعوا على إجازته إذا كان من صنفين^٥.

كتاب السلم:

- أجمع العلماء على أن السلم الجائز: أن يسلم الرجل صاحبه في طعام معلوم، موصوف مضمون، بكيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم، ودنانير ودراهم معلومة يدفع ثمن ما أسلم فيه قبل أن يتفرقا من مقامهما الذي تبايعا فيه، ويسميان المكان الذي يقبض فيه الطعام، فإذا فعلا ذلك وكانا جائزي الأمر، كان صحيحاً^٦.
- وأجمعوا على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعرف عياره، ولا في ثوب بذراع فلان^٧.

١ - الإجماع لا بن المنذر ف٤٨٥.

٢ - الإجماع ف٤٩٠.

٣ - الإجماع ف٤٩١.

٤ - الإجماع ف٤٩٤.

٥ - الإجماع ف٤٩٥.

٦ - الإجماع ف٤٩٤. أما إذا تأخر قبض الثمن ولو يوما فليس في جوازه إجماع.

٧ - الإجماع ف٥٠٠. وذلك لأن العيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم. كذا في المغني.

- وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط .. هدية أو زيادة، فأسلفه على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا^١.

كتاب المضاربة^٢:

- أجمع العلماء على أن القراض بالدنانير والدراهم جائز.
- وأجمعوا على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجتمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً: جزءاً من أجزاء.
- وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة.
- وأجمعوا على أن القول قول العامل مع يمينه في قدر رأس المال، إذا لم يكن لرب المال بينة.
- وأجمعوا على أن قسم الربح جائز، إذا أخذ رب المال رأس ماله.
- وأجمعوا على أن رب المال إذا نهي العامل أن يبيع بنسيئة فباع بنسيئة أنه ضامن.
- وأجمعوا على أن الرجل إذا دفع لرجل مالا معاملة، وأعانه رب المال عن غير شرط، أن ذلك جائز.

كتاب الحوالة والكفالة:

- أجمع العلماء على أن ديون الميت على الناس إلى أجل لا تحل بموته، وهي إلى أجلها^٣.
- وأجمعوا على أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مالا معلوماً بأمره: أن الضمان لازم له، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه^٤.

١ - الإجماع ف ٥١١. ومعنى هذا أن الزيادة غير المشروطة غير مشمولة بالإجماع.

٢ - ينظر الإجماع لابن المنذر من الفقرة ٥٣٠ إلى الفقرة ٥٣٦.

٣ - الإجماع لابن المنذر ف ٥٣٧. وهذا الإجماع حكاه الشافعي في الأم بعبارة: " فلم أعلم مخالفا حفظت عنه ممن لقيت".

٤ - الإجماع لابن المنذر ف ٥٣٨.

- وأجمعوا على أن الحمالة يجعل يأخذه الحميل، لا يحل، ولا يجوز^١.

كتاب الإجارة:

- أجمع العلماء على أن الإجارة جائزة^٢.

كتاب الوديعة:

- أجمع العلماء على أن الأمانات مردودة إلى أربابها^٣.

- وأجمعوا على أن على المودع إحراز الوديعة^٤.

- وأجمعوا على أن المودع إذا أحرز الوديعة بنفسه في صندوقه أو حانوته أو بيته، فتلفت ألا ضمان عليه^٥.

- وأجمعوا على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت، أن القول قوله مع يمينه^٦.

- وأجمعوا على أن المودع ممنوع من استعمال الوديعة خوفاً من إتلافها. لكنهم أجمعوا على إباحة استعمالها

بإذن مالكيها^٧.

٢- طريقة التعامل مع الفروع المجمع عليها:

هذه فروع مختارة من بعض الكتب التي اعتنت بجمع الفروع المجمع عليها.

١ - الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن علي بن القطان الفاسي ١٦٠١/٣. طبعة أوقاف قطر، والإشراف على مسائل الخلاف

الإبنة المنذر ٢٣٠/٦، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات العربية المتحدة (طبعة إلكترونية).

٢ - الإجماع ف ٥٤٦.

٣ - الإجماع لابن المنذر ف ٥٥٨.

٤ - الإجماع لابن المنذر ف ٥٥٩.

٥ - الإجماع ف ٥٦١.

٦ - الإجماع ف ٥٦٣.

٧ - الإجماع ف ٥٦٥-٥٦٦.

فَبَعْضُ هذه الفروع: مستندُ الإجماع منصوص عليه بأحاديث صحيحة أو آيٍ من القرآن صريحة، كالإجماع على بيع الأصناف الستة، ففيه أحاديث بألفاظ مختلفة، منها حديث عبادة بن الصامت مرفوعاً في صحيح مسلم، ونصه: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد"^١. وكالإجماع على تحريم اشتراط المسلف زيادة على سلفه، فإن أصله في القرآن من سورة البقرة، من قوله تعالى: "الذين يأكلون الربا" إلى قوله تعالى: "فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون".

- ومنها ما جاءت فيه أحاديث في سندها مقال، كبيع الكالئ بالكالئ. وهذا بالنسبة للمالكية والحنفية ليس فيه مشكلة، لأن الحديث إذا عضده العمل فهو في غاية الصحة. وقد احتج بالحديث أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي في كتابه أحكام القرآن، قال: "ومن أبواب الربا الدين بالدين. وقد روى موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الكالئ بالكالئ. وفي بعض الألفاظ: عن الدين بالدين. وهما سواء"^٢.

وذكر بعض علماء الحديث أن مدار النهي عن بيع الكالئ بالكالئ على موسى بن عبيدة المذكور في كلام الجصاص السابق، وهو موسى بن عبيدة بن نَشِيْط الرِّبْذِي أبو عبد العزيز المدني. توسع في الحديث عنه الحافظ المزي في تهذيب الكمال، وتبعه الحافظ ابن حجر في تهذيبه، وذكرنا تضعيف العلماء له، لكنهم لم يتهموه بالكذب، وإنما اتهموه في الضبط. بل قال ابن سعد: "كان ثقة كثير الحديث، وليس بحجة". وقال يعقوب بن شيبة: "صدوق، ضعيف الحديث جداً، ومن الناس من لا يكتب حديثه لوهائه وضعفه وكثرة اختلاطه. وكان من أهل الصدق"^٣.

١ - صحيح مسلم الحديث رقم ١٥٨٧.

٢ - أحكام القرآن للجصاص ٤٦٦/١.

٣ - ينظر تهذيب التهذيب ١٨٢/٤. مؤسسة الرسالة.

ومن النقاد مَنْ ضَعَّفَهُ لأنه روى عن عبد الله بن دينار أحاديث منكورة. قال ابن معين: "موسى بن عبيدة ليس بالكذوب، ولكنه روى عن عبد الله بن دينار أحاديث مناكير"^١.

وزاد ابن حجر على المزي ما نصه: "وقال أبو بكر البزَّار: موسى بن عبيدة رجل مفيد، وليس بالحافظ. وأحسب إنما قَصَّرَ به عن حفظ الحديث شُغْلُهُ بالعبادة. وقال أبو أحمد الحاكم: ليس بالقوي عندهم. وقال الساجي: منكر الحديث، وكان رجلا صالحا. وكان القطان^٢ لا يحدث عنه. وقد حدث عنه وكيع وقال: كان ثقة، وقد حدث عن عبد الله بن دينار أحاديث لم يتابع عليها. قال: وقيل ليحيى بن معين: إن موسى يحدث عن الزهري أحاديث؟ قال: إنها منأولة. قيل: إنه يحدث عن أبي حازم عن أبي هريرة ولم يسمع من أبي حازم؟ قال: هي من كتاب صار إليه. وذكره البرقي في باب من كان الضعف غالبا في حديثه، وقد تركه بعض أهل العلم. وقال ابن قانع: فيه ضعف. وقال ابن حبان: ضعيف"^٣.

فهذا بعض ما جاء عن هذا الراوي، فهو ليس بكذاب وضاع حتى يجب على الناس أن يتجنبوا حديثه كيفما كان. والعلماء يصححون أحاديث الثقات لأن الغالب عليهم الصدق والتثبت، ولا يروون عن الضعاف لأن الغالب على حديثهم عدم الصحة، وقد يخطئ الثقة ويصيب الضعيف، والعلماء ذكروا أن الغالب في أحاديث موسى أنها ضعيفة، ومعنى هذا أن هناك من أحاديثه ما هو غير ضعيف. وحديث الكالئ بالكالئ مما رواه موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار، وليس من المناكير بالقطع؛ لأن الإجماع منعقد عليه، وتؤيده أصول البيوع.

هذا ما يتعلق بنظر الحنفية والمالكية: فالذي يسير على أصولهم أن الحديث صحيح. ولذلك عند ما روى أبو جعفر الطحاوي الحنفي هذا الحديث قال: "واحتمل أهل الحديث هذا الحديث من رواية موسى بن

^١ - ينظر تهذيب التهذيب ٤/١٨٢. والنص بالحرف في تهذيب الكمال أيضا، كما هي غالب عادة ابن حجر في المحافظة ما أمكن

عليه نص المزي. وقال فيه ابن معين أيضا: "ضعيف، إلا أنه يكتب من حديثه الرِّقَاق". يعني لا يكتب من أحاديثه ما يتعلق بالأحكام.

^٢ - يعني: يحيى بن سعيد القطان.

^٣ - تهذيب التهذيب ٤/١٨٣.

عبيدة وإن كان فيها ما فيها. وهذا باب جليل أيضا من الفقه^١. ورواه كذلك في شرح معاني الآثار في باب بيع المصراة، واحتج به.

وأورده مالك في الموطأ بصيغة: " .. وقد نُهي عن الكالئ بالكالئ.."، أورد هذه العبارة في سياق الاحتجاج بها^٢. وأعاد مالك هذه العبارة في باب بيع المكاتب من كتاب المكاتب قال: "إن أحسن ما سُمع في الرجل يشتري مكاتب الرجل: أنه لا يبيعه إذا كاتبه بدنانير أو دراهم، إلا بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره؛ لأنه إذا أخره كان دينا بدين، وقد نُهي عن الكالئ بالكالئ"^٣.

واحتج به ابن العربي المالكي أيضا في كتاب "القبس في شرح موطأ ابن أنس"، حيث قال في سياق الرد على مَنْ أجاز من المالكية تأخير رأس مال السلم: " .. وأين هذا من نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ. والصحيح أنه لا يجوز تأخيره لحظة؛ لأنه لا تدعو إلى ذلك حاجة ولا فيه مصلحة؛ وهو داخل في الكالئ بالكالئ المنهي عنه إجماعاً.."^٤.

ثم إن لموسى بن عبيدة متابعا آخر عند عبد الرزاق في مصنفه، ونصه: "عبد الرزاق قال: أخبرنا الأسلمي، قال: حدثنا عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ، وهو بيع الدين بالدين .."^٥.

والأسلمي الذي روى عنه عبد الرزاق هو إبراهيم بن أبي يحيى^٦. وهذا الراوي أمره عَجَب. إذ هو شيخ غير مرضي عند عبد الرزاق، - كما سيأتي قريبا-، لكن مروياته في المصنف بالعشرات. وهو شيخ الشافعي،

١ - شرح مشكل الآثار ٢/٢٦٥، مؤسسة الرسالة. (نسخة إلكترونية).

٢ - ينظر الموطأ، برواية يحيى الليثي، كتاب البيوع، باب جامع بيع الثمر.

٣ - الموطأ، كتاب المكاتب، باب بيع المكاتب.

٤ - القبس ٣/٢٧٤. (طبعة دار الكتب العلمية).

٥ - مصنف عبد الرزاق في المصنف (رقم ١٤٤٤٠)، (نسخة إلكترونية)، وينظر الإقناع ٤/ ١٨٠٢، بالهامش. طبعة وزارة الأوقاف القطرية.

٦ - قال ذلك الدكتور قاروق حمادة، في أحد هوامش كتاب الإقناع في مسائل الإجماع، ولم يبين مصدره في ذلك. ينظر الإقناع ٤/ ١٨٠٢، الهامش رقم ٣٤٩٨. وتأكدت من ذلك بنفسني بمراجعة روايات الأسلمي في مصنف عبد الرزاق، فوجدت مقصوده بالأسلمي هو ابن أبي يحيى.

وأكثر من الرواية عنه والاحتجاج بحديثه. وأبعد عنه تهمّة الكذب، وقصّله من حيث الحفظ على الدراوردي (قرين مالك)، كما سيأتي قريباً.

لكن عامة النقاد على أنه مطعون في عدالته، فهو مبتدع طاعن في السلف، ومنهم من اتهمه بالوضع في الحديث.

وإليكم بعض التفصيل:

هذا الراوي هو إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الأسلمي مولاهم، أبو إسحاق المدني^١. روى عن الزهري، ويحيى بن سعيد الأنصاري ومحمد بن المنكدر وغيرهم. وروى عنه الثوري "وهو أكبر منه - وكنتي عن اسمه، وابن جريج، وكنتي جده أبا عطاء، والشافعي^٢..".

وهو مجمع على ضعفه. ولذلك حصّ الحكم فيه ابن حجر في تقريب التهذيب فقال: "متروك"^٣. ومن أوائل من ضعفه معاصره الإمام مالك، بل اتهمه على أنه غير "ثقة في دينه"؛ لأنه كما قال أحمد بن حنبل: "كان قدريا معتزلياً، جهمياً، كل بلاء فيه". وكان فقهاء المدينة كلهم يقولون فيه "كذاب". وكذبه نقاد آخرون من غير أهل المدينة^٤. وقال عبد الرزاق: "ناظرته فإذا هو معتزلي؛ فلم أكتب عنه". وقال العجلي: "كان قدريا معتزلياً رافضياً. وكان من أحفظ الناس. وكان قد سمع علماً كثيراً. وقرابته كلهم ثقات. وهو غير ثقة". وقال البزار بعد أن اتهمه بالوضع، وبالقدر: "وهو من أستاذي الشافعي، وعزّ علينا"^٥.

لكن الشافعي الذي صاحبه وعرف حاله، له رأي آخر فيه: فقد نقل عنه تلميذه وراويته كتبه الربيع المرادي أنه قال: "كان إبراهيم بن أبي يحيى قدرياً"، فقليل للربيع: "فما حمل الشافعي على أن روى عنه؟"، قال: كان الشافعي يقول: "لأن يخر إبراهيم من بعد أحب إليه من أن يكذب، وكان ثقة في الحديث". وقال

١ - ينظر تهذيب التهذيب ٨٣/١.

٢ - السابق ٥٣١.

٣ - تقريب التهذيب ص ١٣٢، رقم الترجمة ٢٤١. (طبعة دار المنهاج).

٤ - السابق ٨٣/١.

٥ - السابق ٨٤/١.

في كتاب اختلاف الحديث: "ابن أبي يحيى أحفظ من الدراوردي". وقال إسحاق بن راهويه: "ما رأيت أحداً يحتج بإبراهيم بن أبي يحيى مثل الشافعي. قلت للشافعي: وفي الدنيا أحد يحتج بإبراهيم بن أبي يحيى؟!". وقال أبو أحمد ابن عدي: سألت أحمد بن محمد بن سعيد -يعني ابن عقدة- فقلت له: تعلم أحدا أحسن القول في إبراهيم غير الشافعي؟ فقال: نعم، حدثنا أحمد بن يحيى الأودي، سمعت حمدان بن الاصبهاني، قلت: أتدين بحديث إبراهيم بن أبي يحيى؟ قال: نعم. ثم قال لي أحمد بن محمد بن سعيد: نظرت في حديث إبراهيم كثيرا، وليس بمنكر الحديث. قال ابن عدي: وهذا الذي قاله كما قال؛ وقد نظرت أنا أيضا في حديثه الكثير فلم أجد فيه منكرا إلا عن شيوخ يُحتملون. وإنما يُروى المنكر من قبل الراوي عنه أو من قبل شيخه. وهو في جملة مَنْ يُكتب حديثه. وله "الموطأ" أضعاف "موطأ مالك"^١. إذن فهذا الراوي ليس بالراوي الهين، والشافعي لم يصبر على أحاديثه، وهو أعرف من غيره بها، لأنه عاشره، وعاصره. وكذلك روى له عبد الرزاق عند ما احتاج إلى حديثه، مع أنه قال فيه ما قال. هذا إن صح عنه ما نقله ابن حجر؛ لأن في النفس من هذا النقل شيئا، إذ كيف يصرح بأنه لم يكتب عنه، ومروياته موزعة في مصنفه، فَمَرَّات يقول "الأسلمي"، ومرات يقول: "محمد بن إبراهيم"، ومرات يصرح باسمه المشهور به فيقول: "إبراهيم ابن أبي يحيى". وقد يكون عبد الرزاق قال فيه ما قال، ثم غَيَّرَ رأيه فيه، والله أعلم وأحكم.

حاصل ما تقدم أيها السادة أن القول بصحة حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ سارٍ على سنن أصول المالكية والحنفية تصریحا وتلويحا.

أما بالنسبة لغير المالكية والحنفية، فالحجة عندهم في الإجماع. وهذا صريح في كلام أحمد بن حنبل، حيث حَكَمَ بضعف الحديث، لكنه تمسك بالإجماع. فقد جاء في المغني لا بن قدامة الحنبلي ما نصه: "قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز، وقال أحمد: إنما هو إجماع. وقد روى أبو عبيد في الغريب "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ". وفسره ببيع الدين بالدين. إلا أن

^١ - ينظر تهذيب التهذيب ١/٨٤. لكن ابن حجر قال: "وجزم ابن عدي في ترجمة محمد بن عبد الرحمن أبي جابر البياضي بأن إبراهيم

الأثرم روى عن أحمد أنه سئل: أيصح هذا الحديث؟ قال: لا..^١. قال السبكي: "وناهيك بنقل أحمد الإجماع"^٢.

وقال الشافعي في الأم: "والمسلمون ينهون عن بيع الدين بالدين"^٣.

بل إن شيخ الإسلام زكريا الأنصاري الشافعي أشار إلى صحة الحديث في كتابه "أسنى المطالب في شرح روض الطالب"، ونصه: "قال في الأصل: ولو كان له دين على إنسان وآخر مثله على ذلك الإنسان، فَبَاع أحدهما ماله عليه بما لصاحبه: لم يصح، اتفق الجنس أو اختلف؛ لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ. انتهى. رواه الحاكم على شرط مسلم، وفسر ببيع الدين بالدين، كما ورد التصريح به في رواية البيهقي"^٤.

وهو صحيح على شرط الشافعي أيضا؛ لأن إبراهيم بن أبي يحيى مما احتج الشافعي بحديثه.

- وهناك فروع مجمع عليها، مستندها غيرُ منصوص عليه، كبعض الفروع المجمع عليها في موضوع المضاربة. وهذا النوع من الإجماع هو الذي يعنيه الشافعي والأصوليون في غالب أبحاثهم؛ وهو الذي أكثروا من الاستدلال على حجيته، كما بيَّنتُ ذلك سابقا؛ لأن الإجماع الذي مستنده نص: الحجة في النص كافية، لكن فائدة ذكر الإجماع مع وجود النص هو الارتقاء بهذا النص إلى درجة القطع.

وهذا النوع من الإجماع (أعني الإجماع الذي لا يُعرف له مستند) لا يختلف العلماء في أنه حجة. وصرَّح الشافعي تصريحاً لا تصريح فوقه بأنه حجة، قال ذلك نظراً وتأصيلاً وطبقه في فروعه عملاً وتنزيلاً. وقد سبق أن أشرنا إلى بعض كلامه، وأوردنا فروعاً داعمة لذلك. وهو الغالب على إطلاقات الأصوليين بعده. واعتنى بذكره المؤلفون في الفروع المجمع عليها، كابن المنذر في كتاب الإجماع وابن القطان في الإقناع.

١- المغني ٥٣/٤-٥٤. طبعة عالم الكتب.

٢- ينظر هامس الإقناع ٤/١٨٠٢، والنص في المجموع شرح المهذب (طبعة إلكترونية).

٣- الأم ٣٠/٤، (الإجازات)، دار المعرفة (نسخة إلكترونية).

٤- أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٢/٨٥، دار الكتب العلمية. (نسخة إلكترونية). لكن الحاكم وهم فرواه عن موسى بن

عقبة، وعليه صححه. وهم فيه أيضا الدارقطني في سننه. بيَّن ذلك كله الحافظ البيهقي في السنن الكبرى، ينظر السنن الكبرى

ومعه الجوهر النقي، ٢٩٠/٥، طبعة حيدر آباد.

- لكن الخلاف قد يكون في تصور الإجماع في آحاد الفروع، فيستدل به بعض العلماء، لتحقيقه في الصورة محل النزاع، وقد لا يستدل به آخرون لعدم تحققه في تلك الصورة عندهم. وقد يكون الخلاف في الصورة داخل المذهب الواحد.

من أمثلة ذلك ما جاء في كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر، بخصوص بيع الدين بالدين، قال ابن عبد البر: "ومن الدّين بالدين عند أكثر أصحاب مالك أن يتحول بما حلّ من الدين في دار يسكنها .. أو دابة يركبها أو ثمرة يجدها في أيام كثيرة .. ومن أصحاب مالك طائفة منهم أشهب ومحمد بن مسلمة لا يرون هذا من باب الدين بالدين. وهو القياس عندي والنظر الصحيح، لإجماعهم على جواز بيع السلم، وبيع السلم بالنسيئة، فدل على أن الدين بالدين ما اغترف الدين طرفيه جميعاً"^١. وهذا الخلاف ذكره ابن عبد البر في كتابه الاستذكار حيث قال ابن عبد البر: "كان ابن القاسم لا يميز عن أحد أن يأخذ من غريمه في دين له عليه ثمراً قد بدا صلاحه، ولا سكنى دار .. ويَرَاهُ من باب الدين بالدين. وكان أشهب يُجيز ذلك ويقول: ليس هذا من فسخ الدين بالدين، وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذ شيء منه. وهذا هو القياس^٢: ألا يكون ديناً بدين إلا ما [اغترف] الدين طرفيه. وكان الأبهري يقول: القياس ما قاله أشهب. وهو قول .. الشافعي: إذا قبض في الدين ما يبرئه إليه غريمه مما يقبض له مثله فقد خرج من الدين في الدين. وفي المدونة قال مالك: كان الناس يتباعون اللحم بسعر معلوم، فيأخذ المتباع كل يوم وزناً معلوماً والتمن إلى العطاء. ولم ير الناس بذلك بأساً. قال: واللحم وكل ما يتباعه الناس في الأسواق فهو كذلك، وإن كان الثمن إلى أجل. ولم يَرَهُ من الدين بالدين. وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن ذلك لا يجوز إلا فيما يخشى عليه الفساد إذا أخذ جميعه مثل الفاكهة، وأما القمح وما كان مثله فلا يجوز".

ثم قال ابن عبد البر: "هذا لا يجوز عند الشافعي وجمهور العلماء؛ لأن المتبايعين إذا تبايعا بدين واقترا ولم يقبض المتباع جميع ما ابتاعه فهو فيما لم يقبضه دين بدين.."^٣.

١ - الكافي ١/٨٦.

٢ - الكلام هنا لابن عبد البر كما يفيد كتابه "الكافي..".

٣ - الاستذكار ٦/٣٤٣، (طبعة دار الكتب العلمية).

ومن أمثلة ذلك ما جاء في كتاب المغني لابن قدامة ، قال ابن قدامة: "إذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم، فاصطرفا بما في ذمتهما: لم يصح. وبهذا قال الليث والشافعي. وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه؛ لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة. ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين. ولنا^١ أنه يبيع دين بدين، ولا يجوز ذلك بالإجماع"^٢.

والخلاف في صور بيع الدين بالدين شديد، خصوصاً عند المالكية، فهو باب عندهم متشعب، وفروعه تخرج عندهم عن الحصر. ولكن العلماء عن بكرة أبيهم لا يختلفون في المبدأ: فَمَنْ أقر بأن صورته ما قد تحقق فيها بيع الدين بالدين واعترف بذلك قال بالتحريم، لأجل الإجماع.

- وقد يُستثنى من الإجماع بعضُ الفروع لقيام دليل على ذلك، مثل مسألة الضمان بالجعل، فقد استُثني منها الجماعة الذين يشتركون في سلعة على أن يضمن بعضهم بعضاً فيها. ومستند الاستثناء عمل السلف بجواز ذلك.

وهذا العمل قد عبّر عنه عبد الرحمن بن القاسم صاحب الإمام مالك تعبيراً واضحاً. جاء في النوادر والزيادات لا بن أبي زيد القيرواني ما نصه: "قال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: ومَنْ باع من ثلاثة سلعة على أن بعضهم حميل ببعض، وأن لم يكونوا شركاء في غيرها، قال: ذلك جائز، ولم يزل هذا من بيوع الناس، وما علمتُ مَنْ أنكره".

ثم بيّن ابن القاسم الفرق بين هذه الصور المستثناة وبين الصور المحرمة فقال: "وإنما لا يجوز أن يقول: تحمّل عني في شيء على أن أتحمّل عنك في أمر آخر. وهؤلاء في أمر واحد، هم فيه شركاء. ولو اشتروا على أن كل واحد منهم يأخذ حصته من هذه السلعة على حدة من البيع فهو سواء إذا كان في صفقة. وأما لو اشترى أحدهم جزءاً منها، واشترى الآخر جزءاً لم تجز حمالة أحدهما بالآخر، وتبطل الحمالة"^٣. وقررها خليل في العبارات التالية: "هذه الصورة جائزة، وإن كان يدخلها الضمان بجعل، لكن جوزت لعمل الماضين"^٤.

١ - الضمير عائد على الحنابلة ومعهم ابن قدامة، كما هو معروف من منهجه في هذا الكتاب.

٢ - المغني ٥٣/٤.

٣ - النوادر والزيادات ١٠/١٣١، طبعة دار الغرب الإسلامي، ط١/١٩٩٩.

٤ - التوضيح عند قول ابن الحاجب: (أما لو اشترى سلعة بينهما على السواء جاز للعمل).

وفي العصر الحاضر تحدث بعض العلماء المعاصرين عن تكييف ضمانات البنوك، فالجامع الفقهي جعلتها داخلة في صورة "الضمان بجعل"، ومن العلماء مَنْ لم يجعلها كذلك، كالعلامة الدكتور عبد الله بن بية الذي أورد فروقا بين ضمانات البنوك، وبين مسألة الضمان بجعل، أهم هذه الفروق أن الضمان بجعل عقدٌ "معروفٌ"، وضمان البنوك عنده عقد "خدمة"، "وليس فيه تردد بين أن يغرم فيَحْسَر، أو يَغْرَم المدينُ فيَرْتَح.. لأن النتائج محسومة، والنادر لا حُكْم له".^١

- وكذلك قد يخالف بعض العلماء الإجماع عند ضرورة متحققة أو حاجة ماسة، وقد رأينا المالكية فعلوا ذلك فيما لا يحصى من النوازل، لكنهم ينصون على أن هذا ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، لئلا يعتقد الناس أن ذلك جائز بإطلاق. ولذلك كانوا يُفردون النوازل بالتأليف، ولا يخلطونها بالمتون المعتمدة في القضاء والفتوى، وكانوا يُوصون بالألّا يُفتي منها إلا العارفُ بحيثياتها وظروفها.

وهذا مسلك كان شائعا عند الفقهاء، لا سيما المالكية كما هو واضح جلي في كتب النوازل. والاجتهاد المعاصر أغفل هذا المسلك، فتكلف الحل الشرعي في مواضع كثيرة تكلفاً تأباه مسالك الفقهاء والأصوليين. ورجائي أن يلتفت علماؤنا في المالية الإسلامية وفي غيرها إلى هذا المسلك ليرخصوا به في كثير من العقود التي عمت بها البلوى ولا غنى لبعض المتعاملين عنها، فَمَنْ دفعته الضرورة الشرعية يرخص له في ذلك، وإلا فلا.

ورجائي أيضا أن يستمر دَيْدُنُ العلماء المعاصرين في المحافظة على حجية الإجماع، وعلى هيئة قول السواد الأعظم وإن خالفهم الأقل. لأن الأكثرية لا يجوز عليها جهل التأويل ولا تحريفه، كما يجوز على الواحد والاثنين..

وأنتم تعلمون أيها السادة أن هناك فرقا بين السمعيات والعقليات، فالعقليات المَبْتَعُ فيها "الأدلة القاطعة، فإذا انتصبت لم يعارضها شقاق، ولم يعضدها وفاق"^٢. فلا عبرة بكثرة القائلين ولا قِلَّتِهِم، لأنه قد يخطئ الكل إلا واحدا. أما في غير العقليات بما في ذلك السمعيات: فالوصول إلى الحق فيها يتعلق بالأنظار،

١ - مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات ص ١١٨، طبعة مركز الموطأ للنشر بأبو ظبي. ولسنا هنا بصدد الترجيح بين الآراء وبيان الصواب من الخطأ فيها، ولكن قصدنا التنبيه على المبادئ والأصول.



٢ - الاقتباس من البرهان للجويني ١/٤٥٨، ف ٦٦٣.

والأنظار تختلف فيها جهات النظر، فَمَنْ ينظر إلى جهات متعددة وزوايا مختلفة كان أجدر بإصابة الحق من غيره، ولذلك كان العدد فيها معتبرا. نرى عاقبة ذلك واضحة في السياسة، ونراه في مناحي الحياة، وتصرفات الناس. وجاء في الحديث المعضد بأصول الشريعة وإن كان في سنده مقال: "ما خاب من استخار، ولا ندم من استشار". ولذلك قال المحققون من الأصوليين: الإجماع لا يكون إلا في السمعيات. وقالوا أيضا: الخطأ على الأمة من الناحية العقلية جائز، ولَوْلَا السمع لم نَحْكَمْ بعصمة المجمعين. وإذا ثبت هذا فإن الحق في السمعيات غالبا ما يكون مع الجماعة، ويكون قطعا مع الإجماع. والله أعلم وأحكم. وبه ثقتي. وهو حسبي ونعم الوكيل. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أبحاث في تحرير ثبوت أهم الإجماعات المحكية في فقه المعاملات المالية

"الإجماع" وأثره في فقه المعاملات المالية المعاصرة



ربح ما لم يضمن-الضمان بجعل-بيع الكالئ بالكالئ

تقدم لمؤتمر أيوفي للهيئات الشرعية السنوي الذي سينعقد يومي الأربعاء والخميس ١٥ - ١٦
رجب ١٤٣٨هـ يوافق ١٢ - ١٣ أبريل ٢٠١٧م في مملكة البحرين

إعداد: د محمد قراط

أستاذ بكلية الشريعة بفاس المغرب ومستشار لمؤسسة المعالي وبنك اليسر

البحث الأول: ربح ما لم يضمن

البحث الثاني: الضمان بجعل

البحث الثالث: بيع الكالئ بالكالئ

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحابه أجمعين.

وبعد :

فإن عددا من قضايا المعاملات المالية المعاصرة لا تزال تحتاج إلى استكداد الفهم والتحرير والضبط، وهذا لن يتحقق إلا بإمعان النظر في مسائل فقهية تعتبر عيونا وأصولا لتلك القضايا، ومن ذلك: "منع ربح ما لم يضمن"، وتحديد "الصور التي تدخل في بيع الكالئ بالكالئ وما لا تدخل فيه"، إضافة إلى «مسألة الضمان بجعل» وغيرها مما نحتاج فيه إلى مزيد من البذل لإزالة الإبهام والغموض في التصوير والتحقيق خاصة من جهة ثبوت الإجماع من عدمه.

وهي مسائل انبرى لها نفر من العلماء الأفاضل والباحثين للوصول إلى المقصود والمرام؛ ففيما يتعلق "بيع الكالئ بالكالئ" ففي ظني أن أهم دراسة وأرفعها هي للدكتور سامي سويلم التي أعدها بعنوان: " عقد الكالئ بالكالئ: تديلاً وتعليلاً". إضافة إلى دراسة تبنى بحذق وصنعة صاحبها الدكتور نزيه حماد الذي سعى فيها إلى بيان صور بيع الدين بالدين المجمع عليها والمختلف فيها وكانت عنوان "بيع الكالئ بالكالئ (بيع الدين بالدين) في الفقه الإسلامي" وغير ذلك من الأعمال التي تتفاوت في قيمتها العلمية.

أما بالنسبة لموضوع "ربح ما لم يضمن" فلعل أهم دراسة بالاعتبار كانت بعنوان: "ربح ما لم يُضمن: دراسة تأصيلية تطبيقية للدكتور مساعد بن عبد الله بن حمد الحقييل" ولكنها لم تجب على كل الإشكالات الواردة، ولم ترشدنا إلى ما نقصده وما نريد أن نبنيه عليها.

أما فيما يتعلق بالموضوع الثالث فهو "التحقيق في ثبوت الإجماع في مسألة الضمان بجعل" وهو موضوع كتب وأفتى فيه غير واحد من أهل العلم المعاصرين، وانقسموا فريقين، فريق مقر بالإجماع الذي حكاه غير واحد من أهل العلم، وهو السواد الأعظم من العلماء، وفريق يريد ان

يعيد الاجتهاد في المسألة بمسوغات تحتاج إلى كثير من النقاش المنهجي والمعرفي، وهو ما حاولت أن أقوم به في الدراسة.
توضيح: هذه الأبحاث تعتبر أولية وتمهيدية تحتاج إلى بذل وسع أكبر، وهو ما قد عقدنا العزم على فعله بمشيئة الله.

البحث الأول: منع ربح ما لم يضمن.

والبحث ينتظم في جملة من المسائل.

المسألة الأولى: الدراسة الحديثية للحديث من جهة الرواية والاستدلال.

ربح ما لم يضمن في نصوص الحديث.

- ١- أخبرنا إسماعيل بن مسعود، عن خالد، عن حسين، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "نهى عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وربح ما لم يضمن"^١
- ٢- أخبرنا زياد بن أيوب، قال: حدثنا ابن عليه، قال: حدثنا أيوب، قال: حدثنا عمرو بن شعيب، قال: حدثني أبي، عن أبيه، حتى ذكر عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن».^٢
- ٣- أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن أيوب، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن^٣
- ٤- حدثنا أبو بكر الحنفي حدثنا الضحاک بن عثمان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: نهى رسول الله -صلي الله عليه وسلم - عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك.^٤
- ٥- حدثنا إسماعيل بن إبراهيم حدثنا أيوب حدثني عمرو ابن شعيب حدثني أبي عن أبيه، قال: ذكر عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك".^٥

^١ السنن الكبرى للنسائي : باب سلف وبيع - (رقم ٦١٨٠) (٦ / ٦٦)

^٢ بنفسه : باب شرطان في بيع - (رقم ٦١٨١) (٦ / ٦٦)

^٣ السنن الكبرى للنسائي: باب شرطان في بيع - (رقم ٦١٨٢) (٦ / ٦٧)

^٤ مسند احمد: (رقم ٦٦٢٨) (١١/٢٠٣)

^٥ مسند احمد: (رقم ٦٦٧١) (١١/٢٢٨) / سنن الترمذي : باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك - (رقم ١٢٣٤) (٢ /

٦- حدثنا أسباط بن محمد حدثنا ابن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن سلف وبيع، وعن بيعتين في بيعة، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن.^١

٧- حدثنا ابن فضيل، عن حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: بعث النبي صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد إلى أهل مكة، فقال: «تدري إلى أين بعثتك؟ بعثتك إلى أهل الله» ثم قال: " انهم عن أربع: عن بيع وسلف وعن شرطين في بيع، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك "^٢

ملاحظات على روايات الحديث

- ١- اجتماع ربح ما لم يضمن مع بيع وسلف.
- ٢- اجتماع ربح ما لم يضمن مع شرطين في بيع.
- ٣- اجتماع ربح ما لم يضمن مع بيع ما ليس عندك.
- ٤- اجتماع ربح ما لم يضمن مع بيعتين في بيعة.
- ٥- الحديث قد يبدأ ب لفظ : " نهى " وقد يبدأ بلفظ لا يحل.
- ٦- ربح ما يضمن قد يأتي ثالثاً في الترتيب وقد يأتي في نهاية الحديث وقد يأتي في بداية الحديث.
- ٧- الحديث روي مرة بلفظ "شف" ومرة بلفظ "ربح"

درجة صحة الحديث برواياته المختلفة

قيل عنه:

- ١- حديث حسن.
- ٢- اسناد صحيح.
- ٣- اسناد حسن.
- ٤- حسن صحيح.

^١مسند احمد: (رقم ٦٩١٨) (٥١٦/٦)

^٢مصنف ابن ابي شيبة : باب من كره أن يأكل ربح ما لم يضمن .. (رقم ٢٢٠٣٨) (٤/ ٤٥١)



- ٥- صحيح.
- ٦- حديثٌ على شرطٍ جُملةٍ من أئمةِ المسلمين صحيحٌ.
- ٧- حديث مرفوع.
- ٨- حديث موقوف.

النتيجة: يصح الاستدلال بالحديث.

والأصل أن الحديث إذا ثبت عن رسول الله وجب القول به وصار أصلاً في نفسه^١

حديث " ربح ما لم يضمن " وما يعضده من الأدلة.

- ١- القرآن الكريم، قال تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"^٢ وَالْبَاطِلُ، هُوَ الَّذِي لَا يُفِيدُ وَقَعَ التَّعْبِيرُ بِهِ عَن تَنَاوُلِ الْمَالِ بِعَيْرِ عَوَضٍ فِي صُورَةِ الْعَوَضِ^٣
- ٢- يقول الله عز وجل: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ. " ^٤ وقد استدل الطاهر ابن عاشور بها على نهي ربح ما لا يضمن^٥.

^١ - معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود المؤلف: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي ١١٣/٣

^٢ - النساء ٢٩

^٣ - أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي ، ٣٢١/١.

^٤ البقرة ٢٧٨

^٥ مقاصد الشريعة الطاهر ابن عاشور: (٣٩٠/٢)

- ٣- يقول ابن العربي في القبس^١: " يعضده حديث عائشة المشهور في المسألة بعينها وهو أن النبي - صلى الله عليه وسلم - (قضى بأن الخراج مع الضمان)،^٢ وحديث الخراج بالضمان مرة روي بلفظ: " قضى ... ومرة روي بلفظ: " الخراج بالضمان «، وروي بلفظ: " العَلَّةُ بِالضَّمَانِ " ^٣
- المرتب على ذلك أن الحديث سنة قولية تطبق واقعا وهذا يقوي من دلالة النص. قال الباجي: " وَهَذَا الْحَدِيثُ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الصَّحَّةَ مِنْ وَجْهِ الْإِسْنَادِ فَقَدْ تَعَلَّقَ بِهِ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ. ^٤ ويقول أيضا: وَهَذَا حَدِيثٌ قَدْ أَخَذَ بِهِ جَمَاعَةُ الْفُقَهَاءِ وَعَمِلُوا بِمُضْمَنِهِ فَاسْتُعْنِيَ عَنْ مَعْرِفَةِ عَدَالَةِ نَاقِلِيهِ ^٥
- ٤- ما يعضده أيضا: عمل الصحابة: , عَنِ الشَّعْبِيِّ , أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ غُلَامًا فَأَصَابَ مِنْ غَلْتِهِ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ دَاءً كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَخَاصَمَهُ إِلَى شُرَيْحٍ , فَقَالَ: " رُذِّ الدَّاءِ بِدَائِهِ , وَلَكَ الْعَلَّةُ بِالضَّمَانِ " ^٦

٥- أحاديث الربا .

٦- أحاديث العينة.

٧- أحاديث الغرر.

المسألة الثانية: تحديد التقابل اللفظي

القبس : (١ / ٨٠٦)

^١ إسحاق بن راهويه في المسند... رواه الشافعي في المسند حديث حسن، وهذا إسناد ضعيف، وهو مكرر (٢٤٢٢٤) ، . [حكم الألباني] : حسن وسنن أبي داود كتاب... بَابُ فِيْمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَاسْتَعْمَلَهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا. قال الترمذي: " هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ. ١ حديث حسن لغيره، مسلم بن خالد الزنجي - وإن كان سيئ الحفظ - تابعه مغلد بن خفاف، رجاله ثقات. وأخرجه ابن ماجه "٢٢٤٣" في التجارات: باب الخراج بالضمان عن هشام بن عمارن بهذا الإسناد. فالحديث صحيح بهذه المتابعات، لا سيما أن أهل العلم تلقَّوه بالقبول، وعملوا به كما قال الترمذي).

^٢ مسند احمد.... وفي المستدرک هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ الْإِسْنَادِ وَمُ يُجْرَاهُ " وَقَدْ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذُنْبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خُفَافٍ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ مُخْتَصِرًا

المنتقى : (٤ / ١٧٥)

المنتقى : (٤ / ٢٥١)

السنن الكبرى للبيهقي: (رقم ١٠٧٤٤) (٥ / ٥٢٦)

تحديد مفهوم الربح وما يقابله من الألفاظ.

معنى الربح :

الأصل في الربح أنه متعلق بزيادة عن رأس المال، وقد حصلت بسبب بيع، سواء كانت في البيوع أم في المشاركات، ويضاف إلى ذلك المنافع، يقول الإمام الشيباني: " المكاسب أَرْبَعَةٌ الْإِجَارَةُ وَالتَّجَارَةُ والزراعة والصناعة"^١

عناصر التعريف:

- ١- البائع تملك بمعاوضة، يحتز عما ملك بتبرع.
- ٢- محل المعاوضة هو السلعة والتمن.
- ٣- البائع باع بمعاوضة.
- ٤- البائع باع بتمن أكثر مما اشترى وما صرف.

المصطلحات المقابلة للفظ الربح بين الترادف والتباين.

النماء والربح:

النظر في اللغة يدلنا على أن النماء هو زيادة وكثرة؛ ولفظ النماء يرادف لفظ الزكاة وسميت بذلك لِأَنَّهَا تثمر المال وتنميه يُقَالُ زَكَا الزَّرْعُ إِذَا كَثُرَ رَيْعُهُ"^٢ وإن كان بعض اللغويين يذهب إلى وجود الفرق بين النماء والزيادة؛ حيث إن قولك: نما الشيء يفيد زيادة من نفسه. وقولك زاد لا يفيد ذلك ألا ترى انه يقال زاد مال فلان بما ورثه عن والده ولا يقال نما ماله بما ورثه وإنما يقال نمت الماشية بتناسلها، والنماء في الذهب والورق مستعار، وفي الماشية حقيقة...^٣

فالعلاقة بين النماء والربح استقصاء تتمثل في الآتي:

- ١- علاقة السبب بالمسبب: النماء حالة يعقبها عمل يحقق ربحاً، فكان النماء سبباً لتحقيق الربح.
- ٢- علاقة عموم وخصوص مطلق: النماء أعم فكل ربح نماء وليس كل نماء ربحاً .

^١الكسب للشيباني: ص ٦٣

^٢المعجم الحديث لابن قتيبة: ١ / ١٨٤

^٣الفروق اللغوية العسكري: ١ / ١٨٠

٣- علاقة عموم وخصوص من وجه: النماء يرادف الربح في التجارة وبيانه في غيرها، جاء في المخصص لابن سيده: "والرَّيح - النَّماء في التَّجَارَةِ...^١

ومن النقول الفقهية الدالة على ذلك ما ورد في المنتقى: " وَقَوْلُهُ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السَّلْعَةِ إِلَّا قِيَمَةٌ سَلَعَتِهِ يَوْمَ قُبِضَتْ مِنْهُ، وَلَيْسَ يَوْمَ يَرُدُّ ذَلِكَ إِلَيْهِ يُرِيدُ أَنَّهُ لَمَّا قَبِضَهَا عَلَى الضَّمَانِ كَانَ لَهُ نَمَائُهَا وَعَلَيْهِ نَقْصُهَا"^٢.

الربح والغنم

الغنم من غنم يغنم غنما فهو غانم. هو ما يغنمه الإنسان عموماً " وأصل الغنم الرِّيح وَالْفَضْل"^٣، ومنه قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الرَّهْنِ: «لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ»: أي فضله للراهن ونقصانه عليه.^٤ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: غَنْمُهُ: زِيَادَتُهُ، وَغَرْمُهُ: هَلَاكُهُ وَنَقْصُهُ.

وقد يكون أعم من الربح من حيث التعلق، فالأصل علاقة ترادف وقد يتباينان في مسألة تعلق السبب؛ فالربح له علاقة بتقليل التجارة، بينما الغنم قد يكون له علاقة بالتجارة وقد يكون بغيرها.

الربح والشف

الشف: أشف فلان بعض بنيه على بعض: إذا فضل بعضهم على بعض، ويقال ما أقرب شف ما بينهما، أي: فضل ما بينهما، وفلان حريص على الشف، يعني: الربح عن الطبرى.^٥ فالشَّفُّ والشَّفُّ: الربح والفضل^٦ يُقَالُ: شَفَفْتُ عَلَيْهِ تَشْفُ، أَي زِدْتِ عَلَيْهِ، وَأُفْلَانٌ أَشَفُّ مِنْ فُلَانٍ، أَي أَكْبَرُ قَلِيلًا، وَقَالَ غَيْرُهُ: شَفَّفَ عَلَيْهِ، أَي زِيدَ عَلَيْهِ وَفُضِّلَ.^٧ ويتفقان في أن كليهما يشترك في معنى الزيادة فالربح زيادة والشف زيادة وإن الربح هو الزيادة دوماً والشف يعني الزيادة والتقصان وهُوَ من الأضداد^٨.

^١المخصص لابن سيده: ٣ / ٤٣٩

^٢المنتقى ٦ / ١٩١

^٣تحرير ألفاظ التنبيه: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ص ٣١٦

^٤تخریج الدلالات السمعية : ص ٥٠٢

^٥شرح البخاري ابن بطال (٦ / ٣٠٢)

^٦العباب الزاخر: ١ / ٤٤٨

^٧تهذيب اللغة : ١١ / ١٩٥

^٨فتح الباري لابن حجر: ١ / ١٣٩

تحديد العلاقة بين الربح والخراج

الخراج لفظ أعم فهو يشمل الربح والفائدة والغلة والعائد والأجرة وفي الأشباه لابن نجيم: كل ما خرج من شيء فهو خراجه؛ فخراج الشجرة ثمرها، وخراج الحيوان دُرُّه ونسله^١. والخراج: الغلَّة،^٢ وَمِنْهُ الخَراج بِالضَّمَانِ^٣ والغلة الدخل الذي يحصل من الزرع والتمر واللبن والإجارة والنتاج وما يقوي هذا المعنى ورود رواية أخرى بلفظ " الغلة " .

فتكون العلاقة بين الخراج والربح هي علاقة الكل بالجزء وعلاقة الجنس بالنوع. بمعنى أن الخراج جنس حيث الالفاظ الأخرى ومنها الربح تندرج تحته وهي متعددة. وعليه فيكون الربح نوعا منه وهو نوع إضافي. وبتعبير آخر: الربح مساو للخراج لا أعم ولا أخص من وجه، حيث الربح يتعلق بتقليب التجارة بيعا أو شركة.

ولتبيان أقوى لنا أن نقول:

فإن سئلت ما الربح؟ قلت : الخراج.

فإن سئلت ما الربح ؟ قلت: الغلة.

فإن سئلت ما الخراج؟ قلت: الربح . هنا تساو بين الحديثين.

فإن سئلت ما الخراج؟ قلت: زيادة. هنا حديث "الخراج بالضمان" أعم من حديث " ربح ما لم يضمن.

فالربح يتعلق بالبيع وهو فصل بهذا المعنى للخراج وهو مقوم لدخوله في قوام النوع وحقيقته.

الربح بالضمان هو تعريف بالأوضح والأجلى للخراج وليس بأخفي

وقد تكون العلاقة بينهما هي علاقة ترادف من جهات متعينة، حيث حينئذ يفيد المترادف فائدة واحدة

من غير تفاوت، وفي الوقت نفسه فإن الربح مؤكد للخراج أو العكس لأن المؤكد لا يفيد غير فائدة

الأول بل تقويته.

^١ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٧

^٢ معجم ديوان الأدب أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، (٣٤٦/١)

^٣ الكتاب: مشارق الأنوار على صحاح الآثار عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي (٢٣٢/١)

تعريف الضمان

لم اطلع على تعريف محدد للضمان من حيث المعنى المقصود هنا، ولكن وجدت عبارات تدل على المعنى الذي نقصده في البحث. ولكن قبل ذلك نذكر بأن الأصل اللغوي في الضمان هو الرعاية" فمعنى الضمان في كلام العرب الرعاية للشيء والمحافظة عليه ومنه قولهم في الدعاء للمُسافر في حفظ الله وضمانه. قَالَ الشاعر:

رَعَاكَ ضَمَانُ اللَّهِ يَا أُمَّ مَالِكٍ ... وَلِلَّهِ أَنْ يَشْقِيكَ أَغْنَى وَأَوْسَعُ ١.

"كل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته" ٢، فكأن المشتري لما اشترى السلعة اصبح راعيا لها وبالرعاية استحق نماءها كما قال اللغويون إن الضمان مُشْتَقٌّ مِنْ أَحَدِ أَمْرَيْنِ:

- ١ - ضَمَّ ذِمَّةً إِلَى ذِمَّةٍ هُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ التَّضْمِينِ، وَمَعْنَاهُ: تَضْمِينُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةٍ مَنْ لَا دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ.
- ٢ - هُوَ مَا أُخِذَ مِنَ الضَّمِّ "وقال ابن عرفة: الذمة: الضمان، يقال: هو في ذمتي أي في ضمانني، وبه سمي أهل الذمة لدخولهم في ضمان المسلمين،" ٣

ومن النقول الفقهية التي تدل على المعنى المقصود في البحث ما يلي:

- معنى الضمان أن المبيع لو هلك فلمن هلك فلمن كان في ضمانه يحل له ربحه ٤
- "مصيبة هلاك السلعة... للبائع" ٥
- "ضمان السلعة وإن كانت حيواناً من البائع إذا لم يقبضها المشتري."
- وَأَمَّا غَلَّةُ الشَّيْءِ الْمُسْتَحَقُّ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ ضَامِنًا بِشَبْهَةِ مَلِكٍ فَلَا خِلَافَ أَنَّ الْعَلَّةَ لِلْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ (وَأَغْنَى بِالضَّمَانِ: أَنَّهَا تَكُونُ مِنْ خَسَارَتِهِ إِذَا هَلَكَتْ عِنْدَهُ)، وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَيْرَ ضَامِنٍ... ٥

^١ غريب الحديث أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (١/٦٣٦)

^٢ الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية المؤلف: أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، (٥٦٨)

^٣ الغريبين في القرآن والحديث أبو عبيد أحمد بن محمد الهروي (٢/٦٨٣)

^٤ العرف الشذى شرح سنن الترميذي: ٢٠/٣

^٥ بداية المجتهد: ٤ / ١١١

- "... لِأَنَّ الْمَبِيعَ إِتْمَا يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بِالْقَبْضِ، وَلَمْ يُوجَدْ. " وَالخُرُوجُ عَنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ وَالْدُخُولُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي "

- " قُلْتُ: مَا فَرَّقَ مَا بَيْنَ الْهَيْئَةِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ؟ قَالَ: لِأَنَّ فِي الْبَيْعِ تَصِيرُ لَهُ الْعَلَّةُ إِلَى الضَّمَانِ، وَالْهَيْئَةُ لَيْسَ فِيهَا ضَمَانٌ. قُلْتُ: وَمَا مَعْنَى الضَّمَانِ؟ قَالَ: مَعْنَى الضَّمَانِ، أَنَّ الَّذِي اشْتَرَى هَذِهِ الْأَشْيَاءَ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا مِنْ غَاصِبٍ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ غَاصِبٌ، أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ إِذَا تَلَفَتْ فِي يَدَيِ الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ، كَانَتْ مُصِيبَتُهَا مِنَ الْمُشْتَرِي وَتَلَفَ الثَّمَنُ الَّذِي أُعْطِيَ فِيهَا...^١

وهنا ملحظ تفعيدي:

الضمان قد يكون بإنفاق وذلك كالإنفاق على الحيوان، ومصاريف العمارة للعقار، وقد يكون بدونه؛ فيصبح تحمل مسؤولية الهلاك والتلف معياراً مؤثراً. بمعنى أن الضمان المرتب لاستحقاق الربح اجتمع فيه جانب الوجود وجانب العدم، فالأول يتمثل في تنميته والثانية في درء خسارته.

وهذا يمكننا من صوغ الضابط وهو: تحقق الضمان بالامتناع التلازمي.

شرح الضابط:

لو تحمل الخسران إن وقع لا ستحق الربح إن تحقق، لاستحالة ثبوت الحكم لانتفاء سببه. ولا امتناع الثاني لامتناع الأول أي انتفاء الخسران يؤدي لانتفاء الربح. وهنا ليس للمسبب سبب سواه. لأن المفهوم لا عموم له، إذ يصدق المفهوم بالمخالفة ولو في صورة واحدة.

الفرق بين ربح ما لم يضمن والخراج بالضمان.

كلاهما مركب تام باعتبار كل لفظ منه يدل على معنى. وهما كليتان محصورتان موجبتان أي كل زيادة من عين مشتراة، فهي خراج أو ربح وكل خراج أو ربح مستحق. لكن الفرق يتجلى في الآتي:

- ربح ما لم يضمن تحذير قبل انشاء التعاقد، بينما الخراج بالضمان يستوعب المعنى الأول ولكن يعالج آثار الملكية المؤقتة والمقيدة .

- ربح ما لم يضمن له علاقة بالمعاوضات خاصة، والخراج بالضمان أشمل .

التوصيف الأصولي للمركب التام " الخراج بالضمان "

طبيعة الخراج: أثر وهو مسبب. حكمه: الجواز . طبيعة الحكم: وهو حكم تكليفي.

طبيعة الضمان: سبب. وهو حكم وضعي، على اعتبار أنه وصف ظاهر منضبط جعله الشارع علامة على الحكم، وربط وجود الحكم بوجوده، وعدم الحكم بعدمه.

صوغ القضية: يلزم من وجود السبب -الضمان- وجود الحكم،-الخراج- ويلزم من عدم السبب-عدم الضمان- عدم الحكم-الخراج- "فالخراج سبب ملكه الضمان"^١

فيمكن حينئذ صوغ معنى الحديث بالجملة الآتية:

الغلة سواء كانت ربحا ام فائدة ام غيرهما تستحق بسبب حصول الضمان. والمتمثل في معنى الامتناع للوجود: "المشترى لما كان ضامنا لما كان في لديه لو هلك، ولا يرجع بالثمن، فكذلك يجب أن تكون له المنفعة بالغلة، فإن التوى ضدّ النماء، فإذا كان النقص والتلف على من في يديه العيد المردود بعيب، فكذلك يجب إليه أيضًا."^٢

التعليل بالضمان.

بمعنى . هل يصلح الضمان ان يكون علة؟

الأصل أن التعليل قد يستمد من الدليل فحينئذ يجوز ان يستدل بالدليل، ويجوز أن يعلل به الحكم وأحيانا لا يجوز التعليل بالدليل لأن مفهومه أوسع من النص.

^١ شرح التلقين (جزء ٢/٣ ص ٢٩٧)

(جزء ٢/٣ ص ٢٩٧) بنفسه



ومن ذلك ما نحن بصدد الحديث فيه؛ حيث كلا الحديثين يصلح للتعليل فينطبق عليهما الوصفان: التذليل والتعليل، جاء في المغني: "ولأنه يربح فيما لم يضمن...."^١، وقد علل الرسول صلى الله عليه وسلم بعللة الضمان لأنها أظهر واقطع لطلبه واستبعاده أن الخراج للمشتري وهذا لا ينفي أن تكون العلة بالملك الذي ترتب بمجرد العقد، وعليه فإنه يجوز التعليل بعلتين فالخراج بالضمان يعلل بالعقد المرتب للملكية، ويعلل بالضمان والملك جميعاً^٢

المسألة الثالثة: صور ربح ما لم يضمن وتحقق الإجماع فيها:

سر الباب هو اشتراط الملكية والقدرة على التسليم في المعقود عليه، والتعاقد يحقق الشرط الأول والقبض يحقق الثاني لأن الملك قبل القبض درجات يتفاوت قوة وضعفاً وقد ينعدم الملك، إذا كان المبيع من ضَمَانِ البائع وانفساخ البيع لو تلف، لأنه حينئذ لا يفيد ولاية التصرف.

صورة المسألة: زيد اشترى سلعة معينة ليست طعاماً وباعها قبل قبضها.

وفي هذه الصورة نصوص منها:

- قال الإمام رحمه الله: "أما نهيه عليه السلام عن شف ما لم يضمن، أو عن ربح ما لم يضمن: هو أن يبيع ما اشتراه قبل أن يقبضه، فلا يصح، لأنه لم يدخل بالقبض في ضمانه."^٣
- وفي معالم السنن: "وأما ربح ما لم يضمن فهو أن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها فهي من ضمان البائع الأول ليس من ضمانه فهذا لا يجوز بيعه حتى يقبضه فيكون من ضمانه."^٤

الحكم: ليست محل إجماع أهل العلم؛

ف رأي يذهب إلى عدم الجواز جاء في معالم السنن: "فهذا لا يجوز بيعه حتى يقبضه فيكون من ضمانه."^٥ وقد ذهب إلى هذا عدد من أهل العلم كالحنابلة في رواية والشافعية وبعض علماء المذهب

^١ المغني (جزء ٥ ص ٣٥٥)

^٢ الأشباه والنظائر تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (٤١/٢)

^٣ شرح السنن للبعوي ١٤٤/٨

^٤ معالم السنن ١٤١/٣

^٥ معالم السنن ١٤١/٣

المالكي، "كابن حبيب، وهو مذهب عبد العزيز بن أبي سلمة وجماعة سواه" ^١ وقد رجح ابن العربي وغيره من المالكية قول الشافعية حيث قال: "وأما نحن فالذي نرى أن اللفظ يحمل على المعاني المختلفة بإطلاقه فإن ذلك يلزمنا أن نمنع من بيع كل شيء قبل قبضه وهو الأقوى في النظر والله أعلم. ^٢

مستدلين بعموم الحديث، ويقول الصحابي، حيث ورد عن ابن عباس أه قال: "وأحسب كل شيء مثله".

- بينما هناك رأي ثان يقصر النهي على الطعام دون غيره. إضافة إلى ما انفرد به عثمان البتي حيث أجازته في كل شيء. ^٣

العلاقة بين بيع ما لم يقبض وبيع ما لم يضمن.

النهي عن بيع ما لم يقبض إنما ورد في الأشياء التي يتغى ببيعها وبالتصرف فيها الربح كما روي أنه نهي عن ربح ما لم يضمن ^٤ والمقصود هو الانتفاع والذي لا يتحقق الا بالملكية المرتبة للقبض.

المعيار: هل القبض يحقق المقصود ام لا؟ يحقق المقصود وبيعه قبل القبض حقق الانتفاع وهو المقصود.

العبرة هل هناك قدرة على الانتفاع؟ وكل ما ظهر ان القدرة ضعيفة او منعدمة بان وجه الحرمة .

فالعلاقة تظهر انه قد يبيع ما لم يضمن فذلك ربا.

فتكون العلاقة بين الملكية والقبض من حيث إن الملك لا يخلو أن يكون:

- استقر بنفس البيع الذي هو الإيجاب والقبول المطلق.

- أو بمعنى زائد عليه وهو القبض.

والقبض هو فرع مترتب عن الملكية التي هي الأصل فهو تابع . وَمِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى أَنَّ بَيْعَ مَا لَمْ يُقْبَضْ يُتَطَرَّقُ مِنْهُ إِلَى الرَّبَا ^٥

^١ البيان والتحصيل ١١٧/٧-١١٨

^٢ القيس ١/٨٢٦ ص ٨٢٨

^٣ شرح التلقين ٢/١٦٤

^٤ معالم السنن ٣/٧٣

^٥ بداية المجتهد (٣/١٦٤)

صورة المسألة: زيد اشترى طعاما غير جزاف وباعه قبل قبضه.

ومما ورد من النصوص ما يلي:

- قال أحمد بن حنبل في بيان معنى نهى عن سلف وبيع (قلت لأحمد وعن بيع ما لم تضمن) أي سألته عن معنى بيع ما لم يضمن (قال) أي أحمد بن حنبل (لا يكون عندي إلا في الطعام) أي النهي عن بيع ما لم تضمن ليس على عموم بل هو مخصوص بالطعام (يعني لم تقبض) هذا تفسير لقوله لم تضمن^١

حكم المسألة:

فيها إجماع ومن النقول الواردة في حكاية الإجماع ما يلي:

قال الخطابي في المعالم: "أجمع أهل العلم على أن الطعام لا يجوز بيعه قبل القبض"^٢
قال ابن بطلال في شرح البخاري: "أجمع العلماء أن كل ما يكال أو يوزن من الطعام كله مقتاتاً أو غير مقتات، وكذلك الإدام والملح والكسبر وزريعة الفجل الذي فيه الزيت المأكول، فلا يجوز بيع شيء منه قبل قبضه،"^٣

قال ابن عبد البر: "قال أبو عمر أمّا بَيْعُ الْفَاكِهَةِ رَطْبِهَا وَيَابِسِهَا فَلَا أَعْلَمُ خِلَافًا بَعَيْنَ فُقَهَاءِ الْعِرَاقِ وَالْحِجَازِ وَالشَّامِ وَالْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنْهَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَهُوَ الْإِسْتِيفَاءُ وَقَبْضُ الشَّيْءِ مِنْهَا أَنْ يَبْرَأَ الْبَائِعُ مِنْهُ إِلَى مُبْتَاعِهِ وَيُمْكِنُهُ مِنْ قَبْضِهِ؛"

قال أبو عمر هذا قول مردودٌ بالسُّنَّةِ وَالْحُجَّةِ الْمُجْمَعَةِ عَلَى الطَّعَامِ فَقَدْ وَأَظْنُهُ لَمْ يَبْلُغْهُ الْحَدِيثُ وَمِثْلُ هَذَا لَا يُتَلَفَتُ إِلَيْهِ°

^١ تحفة الاحوذى ٤/ ٣٦٢

^٢ معالم السنن، الخطابي (٣/ ١٣٥)

^٣ ابن بطلال (٦/ ٢٦٢)

^٤ الاستذكار: ٦/ ٣٤٤

^٥ ابن عبد البر التمهيد: ١٣/ ٣٣٤

جَوَّازُ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ مُطْلَقًا فِي كُلِّ شَيْءٍ وَهَذَا قَالَ عَثْمَانُ الْبَيْهَقِيُّ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: هَذَا قَوْلٌ مَرْدُودٌ بِالسُّنَّةِ وَالْحُجَّةِ الْمُجْمِعَةِ عَلَى الطَّعَامِ فَقَطْ، وَأَطْنَهُ لَمْ يَبْلُغَهُ الْحَدِيثُ وَمِثْلُ هَذَا لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ وَقَالَ النَّوَوِيُّ وَحَكَاهُ الْمَازِرِيُّ وَالْقَاضِي عِيَّاضٌ وَلَمْ يَحْكِهِ الْأَكْثَرُونَ بَلْ نَقَلُوا الْإِجْمَاعَ عَلَى بُطْلَانِ بَيْعِ الطَّعَامِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ قَالُوا: وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيمَا سِوَاهُ فَهُوَ شَاذٌّ مَثْرُوكٌ. (قُلْت) وَحَكَاهُ ابْنُ حَزْمٍ عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ^١.

مستند الاجماع :

- ١ - حديث ربح ما لم يضمن
- ٢ - ما ورد عن عبد الله بن دينارٍ عن بن عمرٍ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من اشترى طعامًا فلا يبيعه حتى يستوفيه و يقبضه"^٢.
- ٣ - وفي رواية أخرى عن عبيد الله عن نافعٍ عن بن عمرٍ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من اشترى طعامًا فلا يبيعه حتى يستوفيه"^٣.
- ٤ - عن إسماعيل بن جعفرٍ عن عبد الله بن دينارٍ عن بن عمرٍ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من اشترى طعامًا فلا يبيعه حتى يقبضه"^٤.
- ٥ - عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ"^٥.

صورة المسألة: زيد اشترى سلعة من عمرو ب ١٠٠٠ درهم واتفقا على تركها عند البائع مع بقاء الضمان عليه

ومن صورها:

^١ طرح التثريب في شرح التقریب (٣/١٢٥)

^٢ صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: ٢٨١٣.

^٣ صحيح البخاري كتاب البيوع، باب باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبيع ما ليس عندك. رقم: ١٩٩٢.

^٤ - صحيح مسلم كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم: ٢٨٠٨.

^٥ صحيح مسلم، كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل قبضه، رقم: ٢٨١٧.

- ورد في شرح سنن للعباد^١ وأما ربح ما لم يضمن، مثل الإنسان الذي يشتري السلعة ثم يتركها عند البائع، فلو ضاعت أو تلفت كانت على حساب البائع؛ لأنها بحوزته ما سلمت، فإذا باعها الذي اشتراها قبل أن يقبضها وربح فيها فمعناه أنه ربح في شيء هو غير ضامن له.^١
- العلل: وحجة من ذهب هذا المذهب نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ومعناه ما كان في ضمان غيره فليس له أن يبيعه^٢

الحكم:

التحريم بالإجماع. فهنا حصل عقد مع الاتفاق على بقاء الضمان في يد البائع. فالضمان لم ينتقل لأن المعنى أنه نهي عن بيع ما لم يضمن فصار الربح وغير الربح في ذلك سواء لأنه ما جاز بيعه برأس المال ودونه^٣ يقول ابن عبد البر: "وهذا ما لا خلاف فيه فأغنى عن الكلام عليه"^٤

أوصاف محل الإجماع:

- عملية شراء بدون انتقال الضمان.
- عملية بيع .

صورة المسألة: زيد اشترى سلعة واستعملها وأدرت له عائدا ثم وجد بها عيبا يوجب الرد.

فحصل عقد مع قبض مع ملكية مؤقتة عرضا.

ومن صورها:

" أن المشتري إذا اشترى عبداً ثم أجاره ثم اطلع على العيب فرده بخيار عيب فهل تحل له الرباح التي كسبهما العبد المشتري أم لا؟^٥

^١ شرح سنن أبي داود للعباد ٩/٣٩٨

^٢ الاستدكار ٤٣٩/٦

^٣ الاستدكار ٤٣٩/٦

^٤ نفسه ٤٣٩/٦

^٥ العرف الشذى شرح سنن الترمذي (٢٠/٣)

الحكم: ان استعمله واستغله فله الغلة والخراج إجماعاً.
واختلفوا فيما يفصل ويبقى والزيادة المتصلة المتولدة
محل خلاف بالاعتبار.
فإن كان في ضمانه تحل له المنافع وإلا فلا.^١
الأوصاف:

- عملية بيع واحدة
- بيع صحيح
- السلعة غير طعام
- خيار العيب

حصول عقد بدون أمر المشتري ثم الشراء منه دون علمه.

جاء في المسالك: " أن ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل شيئاً بغير أمره، ثم يبتاعه منه وهو لا يعلم^٢
توصيف الصورة:

- زيد يبيع لعمرو سلعة ب ١٠٠٠ درهما بدون أن يخبره.
- زيد نفسه يشتري السلعة نفسها بدون أن يخبره.

الحكم: يختلف ما إذا

- إذا كان التصرف فضولياً ففي ذلك خلاف معروف.
- أو كان تصرفاً يقصد مصلحته. فلا خلاف فتأخذ الصورة حكم بيع ما لا يملك الإنسان. ينطبق عليه الإجماع.

حصول عقد بدون أمر المشتري ثم الشراء منه دون علمه بثمن أقل.

ومن النقول الواردة في هذا:

^١ نفسه (٢٠/٣)



- جاء في المنتقى: "ومن كتاب محمد أن من ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل شيئاً بغير أمره ثم يبتاعه منه، وهو لا يعلم يبيعك بأقل من الثمن^١ فتصور المسألة بالآتي:

○ زيد يبيع لعمرو سلعة ب ١٠٠٠ درهم بدون علمه

○ زيد نفسه يشتري السلعة نفسها ٩٠٠ درهم .

فهذه تدخل في العينة إلا أن الفرق يتمثل في أن العينة الأصل فيها علم الطرفين، وعليه فتكون هذه الصورة أشد، لأن فيها تركيباً بين بيع ما لا يملك الإنسان ومضمون العينة. حكمها : التحريم بأوجه التحريم نفسها. وتساق أدلة تحريم العينة.

بيع سلعة اشترت بالخيار بيعت بدون علم البائع.

ورد في المنتقى في تفسير ربح ما لم يضمن: " يبيعك ما ابتعت بالخيار لا تبعه حتى تعلم البائع، ويشهد أنك رضيته فإن تعلمه فربحه للبائع، وإن قلت بعت بعد أن اخترت صدقت مع يمينك، وكذلك الربح^٢ وصف المعاملة:

- بيع السلعة أثناء الخيار.

- زيد اشترى سلعة من عمرو بالخيار وأثناء مدة الخيار باع زيد السلعة لخالد

الحكم هل يجوز لحصول الضمان أم لا يجوز لانعدام الضمان؟.

فقهاء المذهب المالكي وكذا الشافعية اختلفوا على قولين:

الأول: ان المشتري يستحق الربح ويعتبر فعله رضا لإجازة البيع. وتحقق الضمان وعليه استحق الربح.

الثاني: ان المشتري لا يستحق الربح لأنه ربح ما لم يضمن^٣. وعليه للبائع الخيار بين إجازة البيع وأخذ

الثمن وبين رده لأن المشتري باع بيع فضولي قال الأبهري يحرم البيع حتى يختار لنهيه عليه السلام عن بيع

ما لم يضمن فإذا أراد البيع أشهد على الاختيار الأسباب المبينة والأحكام المرتبة والموانع المبطللة^٤

المنتقى (٣١/٥)

المنتقى (٣١/٥)

شرح التلقين ٥٦٩/٢

الذخيرة: ٥٣-٥٢/٥

صورة المسألة:

زيد يتفق مع عمرو على أن يشتري له طعاما ب ١٠٠٠٠ درهما وهو لا يملكه ثم يبيعه له ب ٩٠٠٠ درهما أجلا قبل ان يملكه.

تكييف الصورة : ان زيدا ربح ١٠٠٠ درهما بدون ضمان. فالسلعة لم تكن مقصودة ومن ثم لم تدخل في ضمانه.

فكأن الصورة : دفع نقد مقابل نقد اكثر. لكونه وسيلة ظاهرة واقعة إلى بيع خمسة عشر نسيئة بعشرة نقدا.^١

الحكم : حرام بالإجماع.

العلة: ذلك من ربح ما لم يضمن^٢

العناصر المؤثرة:

١- وجود عنصر الأجل

٢- عدم وجود قبض للطعام

٣- السلعة لم تكن مقصودة أصلا ورتبت ويضاف وجود الأجل وبينهما سلعة محللة.^٣

٤- الضمان انتقل من المالك الأول مباشرة للمشتري في شكل دين حيث سيدفع المبلغ اجلا

بيع سلعة معينة لا يملكها وغير غاصب لها.

الحكم : التحريم بالإجماع

جاء في المسالك وأما "ربح ما لم يضمن" فإنما لم يجز لأن بيعه لا يجوز؛ لأن ما لم يضمن، إما لأنه لم يملكه فيكون من بيع ما ليس عندك،....^٤

^١ إغائة اللفهان: ٣٦٣/١

^٢ شرح الموطأ للقناعي (٤٥٤/١)

^٣ الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، ص: ٣٢٥.

^٤ المسالك ٤٠/٦

جاء في شرح التلقين: "ومن ساوم إنساناً في سلعة وذهب بها فباعها بأكثر مما ساومه أن ذلك لا يجوز إذا لم يعلم صاحبها بذلك وهو من ربح ما لم يضمن".^١

قال الزيلعي: «والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ما ليس في ملكه، بدليل قصة الحديث - يعني حديث حكيم بن حزام - ثم قال: أجمعنا على أنه لو باع عيناً حاضرة غير مملوكة له لا يجوز، وإن ملكها فيما بعد».^٢

وقال ابن قدامة: «ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها، ليمضي، ويشترئها، ويسلمها رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً... ثم ذكر حديث حكيم: لا تبع ما ليس عندك».^٣

وإن قيل إنه وقع الخلاف في مفهوم حديث (لا تبع لا ليس عندك) حيث يحتمل أن يريد به

- لا تبع ما ليس في ملكك.
- ويحتمل أن يريد لا تبع ما ليس في يدك.
- من العلماء توقفوا هنا احتياطاً لئلا يريد النبي - صلى الله عليه وسلم - أحدهما فيقع المكلف في المحذور.^٤

فإن هذا لا يضر بالإجماع.

الأوصاف المؤثرة:

- ١- لزومية العقد بالتعاقد. نعم لأنه يجبر على الإقباض.
- ٢- العربون. يدفع فيبقى من حق البائع
- ٣- في حالة التراجع يجبر المشتري على دفع الثمن.

زيد باع سلعة لعمرو واحتبسها على سبيل الضمان فهلكت في يديه قبل أن يأتي المشتري بالثمن.

الحكم: "وقال بن حبيب اختلّف العلماء في ذلك:

^١ شرح التلقين: ١٦٦/٢

^٢ تبين الحقائق: باب خيار الرؤية (٢٥/٤)

^٣ المغني ١٥٥/٤

^٤ القبس: ٨٢٨/١

- فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ وَرَبِيعَةُ هُوَ عَلَى الْبَائِعِ
- وَقَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ هُوَ عَلَى الْمُشْتَرِي وَرَجَعَ إِلَيْهِ مَالُكَ بَعْدَ أَنْ كَانَ أَخَذَ بِالْأَوَّلِ وَتَابَعَهُ أَحْمَدُ
- وَإِسْحَاقُ وَأَبُو ثَوْرٍ وَقَالَ بِالْأَوَّلِ الْحَنْفِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ اشْتِرَاطُ الْقَبْضِ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ فَمَنْ
- اشْتَرَطَهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ جَعَلَهُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ وَمَنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ جَعَلَهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي^١

بيع عقار قبل قبضه.

الحكم: خلاف

المالكية يجيزون والحنفية لا يجيزون. جاء في العرف الشذى: "التصرف في المبيع قبل القبض عند الشيخين جائز إذا كان المبيع عقارا إلا في المنقولات،"^٢

بيع الغائب بدون خيار الرؤية.

قال ابن المنذر: وبيع ما ليس عندك يحتمل معنيين:

- يحتمل أن يقول: أبيعك عبدا لى أو دارا مغيبة عنى في وقت البيع، فلعل الدار أن تتلف أو لا يرضاهما، وهذا يشبه بيع الغرر.

الحكم: محل خلاف. ويرجع الخلاف إلى أصل مسألة بيع الغائب على الصفة وأغلب العلماء يجيزون.

بيع سلعة لا يملكها مع شرط تملكها من البائع.

حكمها: خلاف والأصح التحريم .

إذ قد يجوز أن لا يقدر على تلك السلعة

الوعد ببيع سلعة سيتملكها مع شرط تسلمها من البائع.

حكمها: خلاف والأصح التحريم .

لأنه غرر، إذ قد يجوز أن لا يقدر على تسليم السلعة.



- ويحتمل أن يقول: أبيعك هذه الدار بكذا على أن أشتريها لك من صاحبها، أو على أن يسلمها لك صاحبها، وهذا مفسوخ على كل حال، لأنه غرر، إذ قد يجوز أن لا يقدر على تلك السلعة، أو لا يسلمها إليه مالكها، وهذا أصح القولين عندي.

هل العلاقة بين حديث بيع ما لا يملك وما ليس عندك مع ربح ما لم يضمن.

الاتفاق على بيع سلعة لا يملكها بثمن أكثر مما اشترت منه.

حكمها: ليست محل إجماع

ورد في شرح ابن بطلال: "ومن بيع ما ليس عندك العينة، وهي ذريعة إلى دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، كأن رجلا سأل رجلا أن يسلفه دراهم بدراهم أكثر منها فقال له: هذا لا يحل، ولكن أبيعك في الدراهم التي سألتني سلعة كذا ليست عندي، أبتاعها لك فبكم تشتريها مني؟ فيوافق على الثمن يبتاعها ويسلمها إليه، فهذه العينة المكروهة، وهي بيع ما ليس عندك وبيع ما لم تقبضه، فإن وقع هذا البيع فسخ عند مالك في مشهور مذهبه وعند جماعة العلماء،^١

الاتفاق على بيع سلعة لا يملكها بعلم صاحبها بثمن مساو مما اشترت منه .

الحكم : محل خلاف.

- ورد في شرح ابن بطلال: " قيل للبائع: إن أعطيت السلعة لمبتاعها منك بما اشترتها جاز ذلك، وكأنك إنما أسلفته الثمن الذي ابتاعها به. وقد روى عن مالك أنه لا يفسخ البيع، لأن المأمور كان ضامنا للسلعة لو هلك. قال ابن القاسم: وأحب إلى لو تورع عن أخذ ما ازداده عليه. وقال عيسى بن دينار: بل يفسخ البيع إلا أن تفوت السلعة، فتكون فيها القيمة، وعلى هذا سائر العلماء بالحجاز والعراق.^٢

شراء معلق على شرط التملك البائع للسلعة مع أداء الثمن حالا.

الحكم: عدم الجواز وليس محلا للإجماع لوجود قرائن تخفف من الغرر.

^١ شرح ابن بطلال على البخاري ٦/٢٦٠-٢٦١

ومن كتاب المكاتب قال: وسألته عن الرجل يسوم الرجل بسلعة ليست له، فيقول اشتر مني هذا العبد عبد فلان بستين ديناراً، فأني قد أعطيته عطاءً، وأنا أرجو أن يمضيه لي؛ فيقول نعم قد أخذته بستين ديناراً، فيرجع البائع إلى سيد العبد فيشتره منه بخمسين نقداً ويمضيه للآخر بستين ديناراً نقداً على السوم الأول، فقال: أكره هذا ولا أحبه، وإن وقع أمضيته إن كانت البيعتان جميعاً بالنقد وانتقداً.^١

قال محمد بن رشد: كره هذا البيع ابتداءً، لما فيه من معنى بيع ما ليس عندك، وريح ما لم يضمن، إذ باع ما لم يتم له شراؤه بعد وأجاز ذلك إذا وقع، لما كان ذلك بعد أن قرب الأمر (بينه) وبين صاحب السلعة بالمرابضة التي كانت بينهما فيها؛ ولأن معنى قوله قد أخذته بستين، أي: قد أخذته بها إن أمضاه لك صاحبه، وتم شراؤك فيه؛ ولو اشتراه منه بستين شراءً ناجزاً على أن تحصله له من صاحبه مما قدر عليه، لم يجز، ولكان بيعاً فاسداً.^٢

شراء معلق على شرط التملك البائع للسلعة مع أداء الثمن آجلاً.

الحكم: التحريم

الإجماع محكي.

جاء في البيان والتحصيل: "وقد وقع في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال، تخفيف ذلك ابتداءً، وفي رسم تسلف منه اختلاف قول مالك فيه؛ وهذا كله إذا كانت البيعتان جميعاً بالنقد، وأما إذا كانت إحداهما إلى أجل، فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز؛^٣

من اشترى نصف ثمرة جزافاً، أو نصف صبرة وباعها قبل قبضها.

الحكم: محل خلاف^٤

بيع الغاصب للسلعة التي غصبها.

الحكم: محل خلاف

^١ البيان و التحصيل (٤٦٧/٧)

^٢ البيان و التحصيل (٤٦٧-٤٦٨)

^٣ نفسه (٤٦٨ /٧)

^٤ مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهوية ٢٦٣٧/٦

جاء في بدر التمام: "وقوله: "ولا ربح ما لم يضمن". قيل معناه: ما لم يملك. وذلك هو الغصب، فإنه غير ملك للغاصب، فإذا باعه وربح في ثمنه لم يحل له الربح، ووجب عليه التصديق به، نص عليه الهادي في "الأحكام"، وقال المؤيد: إنه يحل له الربح؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: "الخراج بالضمان". وقواه الإمام يحيى.^١

التأجير من الباطن للمؤجر او غيره

الحكم: محل خلاف.

١ - ان اجرها قبل القبض لا يجوز .

العلة عدم الدخول في الضمان مثل الطعام قبل قبضه

٢ - يجوز لأن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر قبض العين فيها^٢

ربح ما يضمن والصرف

يشترط في الصرف التقابض مثل: زيد اعطى عمرو ١٠٠ درهم مقابل ١٠ أورو وكان التبادل فورياً.

النتيجة: ان كليهما ربح ما ضمن .

زيد اعطى عمرو ١٠٠ درهم مقابل ١٠ أورو ولم يكن التبادل فورياً بحيث زيد سلم ١٠٠ درهم يوم

الخميس واستلم ١٠ أورو يوم السبت فالفرق يومان.

النتيجة:

- ربا نسيئة

- ربح ما لم يضمن : حيث إن عمرو قد يربح بدون تحقق ضمان. فقد ثبت في حديث عبد الله

بن عمر رضي الله تعالى عنهما، حيث قال له: عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: كُنْتُ أبيعُ الْإِبِلَ بِالْبَيْعِ فَأبيعُ

بِالدَّنَانِيرِ، وَأأخذُ الدَّرَاهِمَ وَأبيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَأأخذُ الدَّنَانِيرَ، أَخذُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ وَأُعْطِي هَذِهِ مِنْ هَذِهِ

فَأْتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهُوَ فِي بَيْتِ حَفْصَةَ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، رُوَيْدَكَ أَسْأَلُكَ

إِنِّي أبيعُ الْإِبِلَ بِالْبَيْعِ فَأبيعُ بِالدَّنَانِيرِ، وَأأخذُ الدَّرَاهِمَ وَأبيعُ بِالدَّرَاهِمِ، وَأأخذُ الدَّنَانِيرَ أَخذُ هَذِهِ مِنْ

^١ البدر التمام شرح بلوغ المرام ٦/٧٥-٧٦

^٢ في فقه احمد ١٨٣/٢. بداية المجتهد ٤/١٣-١٤



هَذِهِ وَأَعْطِي هَذِهِ مِنْ هَذِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ»^١، فجوز ذلك بشرطين:

[أحدهما]: أن يأخذ بسعر يوم الصرف؛

[والثاني]: أن لا يتفرقا إلا عن تقابض؛ لأنه شرط في صحة الصرف؛ لئلا يدخله ربا النسيئة.^٢

بانتفاء الشرطين: تحرم الصورة بالإجماع

العلل:

١- لئلا يربح فيها

٢- وليستقر ضمانه.

صورة المسألة: اشتراط الضمان على المضارب في المضاربة .

الحكم : حرام بالإجماع^٣. في المنتقى: "وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا نَقْلُ الضَّمَانِ عَنِ مَحَلِّهِ بِإِجْمَاعٍ فَاقْتَضَى ذَلِكَ فَسَادَ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ أَصْلُ ذَلِكَ."^٤

صورة المسألة: مخالفة المضارب لشروط عقد المضاربة مع تحقق الربح .

في المسألة خلاف:

١- قيل يستحق المضارب الربح لأنه كان ضامنا للمال.

٢- قيل لا يستحق بل يعطى لرب المال، لأن ضمان المال كان له.

٣- قيل يتصدق به.^٥

هل يجوز للعامل أن يشتري من رب المال سلعا للقراض؟

^١ سنن أبي داود كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق رقم: ٣٣٥٤.

^٢ المنتقى العقبى (٧٠/٣٥)

^٣ المنتقى أن العامل يأخذ المال القراض ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان، وإنما هو من ضمان رب المال ولا خلاف في ذلك، فإن شرط الضمان على العامل فالعقد فاسدٌ خلافاً لأبي حنيفة في قوله العقد صحيح، والدليل على ما نقول أنه هذا نقل الضمان عن محله بإجماع فاقترض ذلك فسَادَ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ أَصْلُ ذَلِكَ إِذَا بَاعَ مِنْهُ شَيْئًا عَلَى الْبَائِعِ ضَمَانُهُ أَبَدًا

^٤ المنتقى (١٥٣/٥)

^٥ الحجة على مذهب اهل المدينة ٣/٣٥ - ٣٣-

خلاف

١- لا يجوز . العلة سيجعل رأس المال عرضاً لأنه الثمن رجوع لرب المال.

٢- الجواز مع الكراهة.

وعلة الكراهة: لئلا يتحيل على القراض بعرض لرجوع رأس المال لربه^١

ضمان أحد الشريكين جزءاً من المال.

الحكم: يحرم حكي فيه الإجماع:

يحرم على الآخر أن يربح لأنه لم يضمن .

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: اتفق الفقهاء على أن الخسارة في الشركات عامة تكون على الشركاء جميعاً، بحسب رأس مال كل فيها، ولا يجوز اشتراط غير ذلك

قال ابن عابدين: ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل..

وفي حاشية الصاوي: " لا يجوز للشريك أن يشتري بالدين بدون إذن شريكه لأنه وحده الذي يضمن ودرءاً للوقوع في ربح ما لم يضمن... " ^٢

شراء العامل سلعا أكثر من رأس المال إذا دفع العامل من ماله .

الحكم: التحريم ولم يتم التحقق من الإجماع.

العلة: سلف جر نفعا إذا نقد ضامناً للمثمنون في ذمته فيربح رب المال فيما لم يضمن فإن فعل كان له أجر مثله. ^٣

ربح الغاصب.

صورة المسألة: ربح المال المغصوب إذا تجر به الغاصب.

اختلف في ذلك: ^٤

^١ الشرح الكبير للشيخ الدردير (٤٢٧/٣)

^٢ حاشية الصاوي على الشرح ٥٥/٣

^٣ شرح مختصر خليل للخرشي : ٢١٦/٦

^٤ المسائل الفقهية من كتاب الرواتين والوجهين - ٤١٦/١٠

القول الأول: لا يملك الغاصب الربح بل يأخذه المالك. ال ابن قدامة في المغني: " وإذا غصب أثماننا فاتجر بها , أو عروضاً فباعها واتجر بثمانها , فقال أصحابنا : الربح للمالك , والسلع المشتراة له ... قال الشريف : وعن أحمد أنه يتصدق به^١ ."

القول الثاني: يتصدق بالربح.

القول الثالث: يملك الغاصب الربح وقال الشرييني الخطيب: " لو اتجر الغاصب في المال المغصوب فالربح له في الأظهر^٢ "

العلة: لأنه يضمنه في حال التلف والهلاك^٣

تحديد الربح هل بالتراضي أم حسب مقدار رأس المال؟

محل خلاف بين أهل العلم

المانعون يقولون إن ذلك يؤدي إلى ربح ما لم يضمن^٤

كون رأس مال المضاربة عروضاً.

الحكم: محل خلاف

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

الأول: يجوز.

الثاني: لا يجوز، جاء في مجمع الأئمة (ولا تصحان) أي المفاوضة والعنان (بالعروض) أي بكون مالهما عروضاً لأن الشركة تؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه لا بد من بيعها فإذا باع أحدهما عروضه بألف وباع

^١ المغني : ٢٠٥/٥

^٢ مغني المحتاج ٣ / ٣٦٣

^٣ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ابن عبد السلام: انظر لو اشترى الغاصب السلعة من ربحاً بأقل مما باعها به للأجنبي، هل يكون له ما بين الثمنين أو لا؟ وقد قال محمد فيمن تعدى على سلعة رجل فباعها بغير أمره، ثم اشتراها بأقل مما باعها للأجنبي ليس له ربح، لأنه ربح ما لم يضمن. أو يفرق بينهما بأن الغاصب هنا كان ضامناً، ولم يكن المتعدي في مسألة محمد ضامناً. ٢١٣/٥

^٤ الإنصاف في معرفي الراجح من الخلاف للمرداوي وقال في الرعاية الصغرى: وهما في كل التصرف كشريكي عنان. وكذا قال المصنف هنا، وغيره من الأصحاب. قوله (والربح على ما شرطاه) . هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به الوجيز، وغيره. وقدمه في المغني، والشرح، والفروع، وغيرهم. (ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما) . واختاره القاضي، وابن عقيل. لئلا يأخذ ربح ما لم يضمن. ٤٥٩/٥

الآخر عروضه بألف وخمسمائة ومقتضى العقد الشركة في الكل فما يأخذه صاحب الألف زيادة على ألف بريح ما لا يضمن.^١

بيع ما اشتري على وجه الغائب على الرؤية قبل قبضه.

الحكم: ذهب عدد من أهل العلم إلى أنه لا يجوز لأن الضمان على البائع، جاء في النوادر والزيادات " ومن ابتاع ثمر حائط غائب عنه لم يره، لم يجز أن يبيع منه شيئاً؛ لأنه في ضمان البائع بعد، حتى يراه المبتاع ويرضاه.^٢

السلم في ثمر حائط بعينه من ضمن ثمر كثير آخر مع تسلم المسلم فيه بالتقسيط.

جاء في النوادر والزيادات: " من أسلم في ثمر حائط بعينه، فأخذ كل يوم كذا وكذا، فلا يبيع ذلك ولا شيئاً منه حتى يقبضه، كمتناع صبرة أو بعضها على الكيل^٣

الحكم: لا يجوز للمسلم بيعه حتى يقبضه. لعدم تحقق الضمان لانعدام التخصيص.

السلم في ثمر حائط بعينه بجميعه أو نصفه أو بتحديد نخله، مع تسلم المسلم فيه بالتقسيط.

الحكم: محل خلاف .

جاء في النوادر والزيادات: " ولو ابتاع جميع الحائط، أو نصفه، أو عدد نخلات بلا كيل، فله بيع ذلك قبل يجذه؛ لأنه صار في ضمانه بالبيع، فذلك قبض..^٤

والأصل أن العلماء اختلفوا في تقسيط السلم على قولين رئيسين قول يجيز وقول يمنع.

الجماع في تحرير محل الإجماع.

بيع لازم لما لا يملك الإنسان للمعين وبدون خيار لمصلحته سواء كان غاصباً أو غير غاصب .

بيع لازم لما يملكه الإنسان بدون قبضه مع بقاء الضمان لدى البائع.

بيع لازم لما لا يملكه الإنسان مطلقاً ومنه اشتراط رد السلعة بثمن أقل.

^١ مجمع الأخر في شرح ملتقى الأبحر: ١/٧٢٠

^٢ النوادر والزيادات: ٦/٣٨

^٣ النوادر والزيادات: ٦/٣٩

^٤ نفسه: ٦/٣٩

البحث الثاني: تحقيق ثبوت الإجماع في الضمان بالمقابل.

ينتظم البحث في مسائل.

المسألة الأولى: حكم ضمان الديون وطبيعة عقد الضمان.

حكم ضمان الديون.

ضمان الديون اللازمة أو صائرة إلى اللزوم جائز في الشريعة، وإليكم بعض النقل:

- جاء في المنتقى " وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ بَايِعْ فَلَانًا وَأَنَا ضَامِنٌ لِمَا بَعْتَهُ بِهِ لَزِمَهُ ذَلِكَ إِذَا ثَبِتَ مَا بَاعَهُ بِهِ ..."^١.

- قال المهلب: "الكفالة في القرض الذي هو السلف بالأموال كلها جائزة، وحديث الخشبة أصل في الكفالة بالديون من قرض كانت أو بيع"^٢.

- في أقرب المسالك: "يجوز ضمان القرض من أي شخص"^٣.

طبيعة الضمان

الضمان يسمى الكفالة والحماله؛ ويعني ذلك أن الضامن مستعد وملتزم لأن يدفع للدائن مبلغ الدين إذا لم يؤد المدين ما عليه من الدين فالضمان يتنوع إلى ثلاثة أقسام: ضمان مال، و ضمان وجه، و ضمان طلب، ف ضمان المال التزام دين لا يسقطه عمن هو عليه^٤، فتكون الكفالة التزام المطالبة جاء في بدائع الصنائع "... الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل بأداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الأداء إلى الطالب وفي حق الطالب تمليك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري

^١ المنتقى للباجي ٦/٨٣

^٢ شرح ابن بطال على صحيح البخاري ٦/٤٢٢

^٣ - أقرب المسالك مع الشرح الصغير للدردير، ٣/٦٤٥ ((بتصرف قليل)).

^٤ الفواكه الدواني ٢/٢٤٠

يَمْلِكُ الشَّرَاءَ بِالْبَيْعِ لَا غَيْرَ هَذَا. "١ كما أن ابن قدامة في المغني بعد أن بين حكم الكفالة بالمقابل بأنها حرام قال: " وَلَوْ قَالَ: أَكْفُلْ عَنِّي وَلَكَ أَلْفٌ. لَمْ يَجْزُ؛ ... فَإِنَّ الْكَفِيلَ يَلْزُمُهُ الدَّيْنُ، فَإِذَا أَدَّاهُ وَجَبَ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ، فَصَارَ كَالْقَرْضِ، فَإِذَا أَخَذَ عَوْضًا صَارَ الْقَرْضُ جَارًا لِلْمَنْفَعَةِ، فَلَمْ يَجْزُ. "٢

معنى الضمان بجعل:

يعني أن الضامن يأخذ مقابلا عن ضمانه، جاء في المنتقى: " وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنْ تُعْطِيَ الْمُتَحَمِّلَ جُعْلًا عَلَى حَمَالَتِهِ. "٣ ومثل ذلك أن تعطي الإنسان ١٠٠٠ درهم قرضا بزيادة. فكلاهما عقد تبرع وعقد تمليك فالقرض تمليك نافذ ومنجز والضمان تمليك موقوف ومعلق. وكون الضمان فيه معنى التوثيق فإنه ليس مقصود المتعاقدين وان كان مقصودا فهو وسيلة لمقصد يتمثل في تحمل الدين.

المسألة الثانية: حكم الضمان بجعل ودليل الإجماع.

حكم الضمان بالجعل.

حكمه: عدم الجواز، وقد ذكر عدد من أهل العلم أن هناك إجماعا على تحريم الضمان بجعل. ومن هذه النقول ما يلي:

- قال الحطاب: " ولا خلاف في منع ضمان بجعل "٤.
- وفي الإشراف: " أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحِمالة بجعل يأخذها الحميل، لا تحل ولا تجوز "٥
- قال أبو الحسن القطان: " وأجمعوا أن الحِمالة بجعل يأخذها الحميل لا يحل ولا يجوز "٦
- وقال القرافي أيضا: " لم يختلفوا لو سأل الغريم التحمل عنه بجعل أنه ممتنع "٧

١ بدائع الصنائع ١١/٦

٢ لابن قدامة ٢٤٤/٤

٣ المنتقى ٨٤/٦

٤ - مواهب الجليل ٣٩١/٤

٥ الأشراف على مذاهب العلماء (١/ ١٢٠، ١٢١)

٦ الاقناع في مسائل الاجماع ٢...

٧ الذخيرة ٢١٤/٩

تعليق على النقول:

- يفهم من عبارة القراني والخطاب نفى الاختلاف وليس وقوع الإجماع وقد عرف بأنه استقراء أقوال العلماء، فلا يجد في ذلك خلافاً، ولا يعلم أحداً أنكره واختلف الأصوليون في اعتباره أجماعاً أم لا ، والذي أراه أن في الأمر تفصيلاً؛ فمتى صدر ممن يعتبر عالماً متمكناً ثقة مع القرائن الدالة فالاصطلاح معتبر. والغالب أن العلماء يستخدمون نفى الخلاف للدلالة على وجود الإجماع.
- ولا ينبغي أن يفهم من عبارات المالكية أن المقصود هو اتفاق المذهب فذلك فهم بعيد غير مألوف.
- ولكن عبارة أبي الحسن القطان صريحة بوقوع الإجماع، وهو من أهل الاختصاص في الفن.
- عبارة ابن المنذر وإن كان ليس فيها تأكيداً لحصول الإجماع بالمعنى المألوف، فإنها عبارة مؤسسة على غلبة الظن وذلك كاف لإثبات الإجماع حيث لا يشترط التواتر والقطع في نقله.

نقض الإجماع ونفي ادعائه.

لنحرر أولاً المبتنى للتحقيق في الإجماع، وهو أن الإجماع يثبت بما يثبت به الخبر ويقدم مدعي الخلاف على مدعيه كالمثبت مع النافي¹ ولا أعلم مدعي ادعى الخلاف من الفقهاء الأقدمين والمتأخرين، ممن يعتد بأقوالهم ويعتبر خلافهم معتبراً. والذي حكى من بعض الباحثين هو ليس تأويلاً بل تأولاً غير مبني على أساس، وتنقضه جملة من الدلائل والنقول فقائلوه يرون أن إسحاق بن راهويه خالف الإجماع، مستندين على ما ورد في الحاوي الكبير.

ولكن النظر غير المتأمل في العبارة يدلنا على أنه لا يسوغ فهم ما نقل عن إسحاق من أنه متعلق بمخالفته الإجماع، فقد جاء في الحاوي: "فَلَوْ أَمَرَهُ بِالضَّمَانِ عَنْهُ يُجْعَلُ جَعَلَهُ لَهُ لَمْ يَجْزُ، وَكَانَ الْجُعْلُ بَاطِلاً وَالضَّمَانُ إِنْ كَانَ بِشَرَطِ الْجُعْلِ فَاسِدًا بِخِلَافِ مَا قَالَهُ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهَوِيَةَ لِأَنَّ الْجُعْلَ إِذَا يُسْتَحَقُّ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلٍ، وَلَيْسَ الضَّمَانُ عَمَلًا فَلَا يُسْتَحَقُّ بِهِ جَعْلًا"²

وإن كانت العبارة تحتل أمرين فإن أقرب الاحتمالين وأقواه هو أن لفظ "بخلاف" يعود على الأثر في حالة وقوع الضمان بجعل.

¹ عمل من طب لمن حب ١٥٦

وإن سلمنا جدلاً أن الخلاف ثابت فهل هو معتبر أم لا؟

ما دام الحكم مبنيًا على أدلة تحريم الزيادة على الدين التي تعد قطعية، فإنه لا يعتد بهذا الخلاف الذي سلمنا به جدلاً، لأن من أدلة التحريم الضمان بجعل كونه ينطبق عليه القياس الجلي لقوته، وهو الذي يعتبر من موجبان نقض حكم القاضي، ويقول العز ابن عبد السلام: "الضابط في هذا: أن مأخذ المخالف، إن كان في غاية الضعف والبعد من الصواب، فلا نظر إليه، ولا التفات عليه، إذا كان ما اعتمد عليه لا يصح نفيه دليلاً شرعاً، ولا سيما إذا كان مأخذه مما يُنقض الحكمُ بمثله"، ويقول الإمام تاج الدين السبكي أيضاً - في حديثه عن شرط الخلاف المعتبر: - "أن يقوى مدرك الخلاف. فإن ضعف ونأى عن مأخذ الشرع: كان معدوداً من الهفوات، والسقطات، لا من الخلافات المجتهديات..."^٢

مستند الاجماع.

من الضروري تقرير ما يلي:

- من المعلوم أن الاجماع لا يشترط في نقله التواتر لأنه دليل ولا يشترط في الاجماع ان يكون المستند نصاً بل يكفي بالدليل الظاهر بل يمكن ان يكون الدليل أمانة أي قياساً على رأي عامة أهل العلم
- كما أنه من المهم أن نقرر أنه إذا ادعي الإجماع فلا يشترط ان نعلم الدليل، فالاستصحاب حجة لأن حكاية الاجماع يستصحب دائماً وجود الدليل.
- مستند الإجماع وإن كان يتطلب أقوى الأدلة فإنه ينطبق عليه التدرج في أدلة أخرى إذا لم نطلع على الأولى حيث الأصل هو الاتيان بالدليل الجزئي ثم الدليل الكلي والمشارك، وهذا المستندات التي سنسوقها مما يدل قطعاً على مشروعية الأحكام التي تستجلب أدلة وقوعها أيضاً، وذكرنا للمستند يرتكز على صحته وجهة اخذ الحكم منه ونفي التعارض عنه وتنزيله.
- معنى العلماء وجوب مستند الإجماع معناه لا يجوز أن يحكم كل واحد من أهل الإجماع جزافاً وتبخيها من دون استناد الى دليل وأمانة



الأدلة هي الأدلة نفسها التي تساق على تحريم القرض الربوي والذي أجمع العلماء على ذلك ، يقول القرطبي في تفسيره ونصه فيه: «أجمع المسلمون نقلا عن نبيهم أن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف" ١ فالشرع اقتضى حمل ما تناوله النهي على الفساد ما لم تكن هناك دلالة تصرف عنه وهو حُصُولُ الإِجْمَاعِ الْمُتَقَدِّمِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمَعْلُومَ مِنْ حَالِ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ أَنَّهُمْ كَانُوا يَحْكُمُونَ بِفَسَادِ الْعُقُودِ وَغَيْرِهَا لِتَنَاوُلِ النَّهْيِ لَهَا وَيَرْجِحُونَ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى فَسَادِهَا إِلَى مُجَرَّدِ النَّهْيِ الْوَارِدِ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى وَعَنِ الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَرَجُوعِهِمْ إِلَى نَهْيِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ بَيْعِ الْعَرَزِ وَبَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضْ وَيَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ فِي فَسَادِ هَذِهِ الْعُقُودِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارٍ مَعْنَى سِوَى ذَلِكَ»^٢.

١- عن سَعِيدِ بْنِ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ ابْنَ الْمَدِينَةَ فَلَقِيَتْ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَلَامٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ: «أَلَا بَنِيءُ فَأُطْعِمَكَ سَوِيْقًا وَتَمْرًا، وَتَدْخُلُ فِي بَيْتِي»، ثُمَّ قَالَ: «إِنَّكَ بَارِئٌ مِنَ الرَّبَا بِهَا فَاشِ، إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ، فَأَهْدِي إِلَيْكَ حِمْلَ تَبْنٍ، أَوْ حِمْلَ شَعِيرٍ، أَوْ حِمْلَ قَتٍّ، فَلَا تَأْخُذْهُ فَإِنَّهُ رَبَا»^٣.

٢- عن يَحْيَى بْنِ أَبِي إِسْحَاقَ الْهِنَائِيِّ، قَالَ: سَأَلْتُ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ: الرَّجُلُ مِنَّا يُقْرِضُ أَخَاهُ الْمَالَ فَيُهْدِي لَهُ؟ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا أَقْرِضَ أَحَدُكُمْ قَرْضًا، فَأَهْدِي لَهُ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ، فَلَا يَرْكَبْهَا وَلَا يَقْبَلْهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ»^٤.

٣- عن الْإِسْحَاقِ، عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ: مَنْ أَسْلَفَ سَلْفًا، فَلَا يَشْتَرِطُ إِلَّا قَضَاءَهُ.^٥

٤- قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين"^٦

١ الجامع لأحكام القرآن ١٥٧/٣

الكتاب: المعتمد في أصول الفقه محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري المحقق: خليل الميس ١٧٨/١

الجامع الصحيح باب مَنَاقِبِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَلَامٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رَقْم: ٣٨١٤

سنن ابن ماجه باب القرض رقم: ٢٤٣٢

موطأ باب ما لا يجوز من السلف رقم: ٢٥١٢.

٦- البقرة ٢٧٨

٥- قول النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: "وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا، ربا عباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله".^١

٦- قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ربا إلا في النسيئة"^٢

٧- قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"^٣ وَالْبَاطِلُ، هُوَ الَّذِي لَا يُفِيدُ وَقَعَ التَّعْيِيرُ بِهِ عَنْ تَنَاوُلِ الْمَالِ بِغَيْرِ عَوْضٍ فِي صُورَةِ الْعَوْضِ،

٨- قول الصحابي: "قال عبد الله بن عمر رضي الله عنه: "السلف على ثلاثة أوجه: سلف تريد به وجه الله فلك وجه الله، وسلف تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك، وسلف أسلفته لتبدل خبيثا بطيب فذلك الربا"^٥

ما يقوي الإجماع أيضا ويستند إليه.

١- القياس الجلي: ويسميه الحنفية الثَّابِتِ بِمَعْنَى النَّصِّ وهو ما ثبتت علته بنص أو إجماع، أو كان مقطوعا فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع. وقد ذهب جمهور الفقهاء والمتكلمين إلى أنه يجوز بانعقاد الإجماع عن القياس. فالضمان بجعل يأخذ أحكام ربا الدين لأن المَنع فِيهِ إِنَّمَا هُوَ مِنْ أَجْلِ كَوْنِهِ زِيَادَةً عَلَى غَيْرِ عَوْضٍ؛ أَلْحَقَّتِ السُّنَّةُ بِهِ كُلَّ مَا فِيهِ زِيَادَةٌ بِذَلِكَ الْمَعْنَى^٦

٢- المناسبة الشرعية: يقول الشاطبي وإن: "أَنَّ كُلَّ أَصْلِ شَرْعِيٍّ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ نَصٌّ مُعَيَّنٌ، وَكَانَ مُلَائِمًا لِتَصَرُّفَاتِ الشَّرْعِ، وَمَأْخُودًا مَعْنَاهُ مِنْ أَدْلِيَّتِهِ؛ فَهُوَ صَحِيحٌ يُبْنَى عَلَيْهِ، وَيُرْجَعُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ الْأَصْلُ

^١ صحيح مسلم باب حجة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رقم:

^٢ مستند أحمد ٩٥/٣٦ وسند أبي الجعد ٢٤٩/١

^٣ النساء ٢٩

^٤ - أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي ، ٣٢١/١.

^٥ - ينظر : شرح زروق، ٧٤٦/٢.

^٦ الموافقات ٣٨٨/٤

قَدْ صَارَ بِمَجْمُوعِ أَدِلَّتِهِ مَقْطُوعًا بِهِ؛ لِأَنَّ الْأَدِلَّةَ لَا يَلْزِمُ أَنْ تُدَلَّ عَلَى الْقَطْعِ بِالْحُكْمِ بِانْفِرَادِهَا دُونَ انْضِمَامِ غَيْرِهَا إِلَيْهَا كَمَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَالْمُتَعَدَّرِ^١

وستظهر الملاءمة او المناسبة من خلال ذكر العلل وتوجيهها، ولكن بداية فإنه يلزم أن نقرر أن "كل حكم معقول المعنى فللشارع فيه مقصودان أحدهما ذلك المعنى والثاني الفعل الذي هو طريق إليه وأمر المكلف أن يفعل ذلك الفعل قاصداً به ذلك المعنى فالعنى باعث له لا للشارع"^٢

المسألة الثالثة: علل تحريم الضمان بجعل وتوجيهها بالمناسبة.

بني العلل على اعتبار أن العلل الشرعية معارف بالمعنى المؤثر^٣ والفقهاء يعللون للتوضيح وذلك لا يعني أن العلة هي الدليل. والعلل وإن كانت تعرف بالشرع فإن الطرف الكاشفة غير محصورة فحينئذ لنا أن نؤكد بأن العلل قد تساق بالاستنباط والنظر المعتمدين.

العلة الأولى: من أكل اموال الناس بالباطل.

توجيه هذه العلة

وذلك في حالة يكون المضمون عنه قد أدى ما عليه من الدين بحيث لم يسدد الضمان الدين. إن الضامن أخذ عوضاً وفق سنن متبعة ولكن لا علة لها في الشرع وهذا ما ستؤكدده علة لاحقة. والأصل في هذا قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " ^٤ وَالْبَاطِلُ ، هُوَ الَّذِي لَا يُفِيدُ وَقَعَ التَّعْبِيرُ بِهِ عَنْ تَنَاوُلِ الْمَالِ بِغَيْرِ عَوَظٍ فِي صُورَةِ الْعَوَظِ .^٥، وهي آية تعتبر من فَوَاعِدِ الْمُعَامَلَاتِ ، وَأَسَاسِ الْمُعَاوَضَاتِ؛ والآية نهي صريح عن أكل مال الإنسان بدون رضاه ، وهو نهي مطلق والأصل في النهي التحريم، فكل عقد فيه معنى النهي فهو فاسد لأن النهي يقتضي الفساد؛ فالله عز وجل أمرنا أن نأكل

^١ الموافقات. ٣٢/١

^٢ الإجماع في شرح المنهاج ٤٥/٣

^٣ عمل من طب لمن حب ١٥٣

^٤ - النساء ٢٩

^٥ - أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي ، ٣٢١/١.

الحلال وهو الغالب وهو الأصل، فقال تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ"^١
 العلة الثانية: سلف جر منفعة.

توجيه هذه العلة

وذلك في حالة يكون الضامن هو الذي دفع الدين. وفي المعنى بعد أن بين حكم الكفالة بالمقابل بأنه حرام يقول: " وَلَوْ قَالَ: أَكْفُلُ عَيْيَ وَلكَ أَلْفٌ. لَمْ يَجْزُ؛ ... فَإِنَّ الْكَفِيلَ يَلْزِمُهُ الدَّيْنُ، فَإِذَا أَدَّاهُ وَجَبَ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ، فَصَارَ كَالْفَرْضِ، فَإِذَا أَخَذَ عَوْضًا صَارَ الْقَرْضُ جَارًّا لِلْمَنْفَعَةِ، فَلَمْ يَجْزُ."^٢
 إن الضامن وإن أخذ عوضا وفق سنن متبعة ولها علة في الشرع فإنها ملغاة في هذا الموطن، وفي هاتين العلتين: يقول الدردير: "الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً، فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أتاه الحميل لربه، ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة فتفسد الحماله، ويرد الجعل لربه"^٣
 وَالْعِلَّةُ أَنَّهَا إِنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ شَيْءٌ لِحُكْمِ بِنَاءِ عَلَى مَعْنَى صَالِحٍ لِتَعْلِيلِ ذَلِكَ الْحُكْمِ بِهِ بِأَنْ يَكُونَ مُؤَثَّرًا أَوْ مُلَائِمًا فَكُلُّ شَيْءٍ يُوجَدُ فِيهِ ذَلِكَ الْمَعْنَى الْمُؤَثَّرُ أَوْ الْمُلَائِمُ فَهُوَ عِلَّةٌ لِذَلِكَ الْحُكْمِ بِلاَ خِلَافٍ؛
 ادعاء ودفعه.

وإن ادعي أن الكفالة وإن كانت تبرعا فيمكن انقلابها الى معاوضة، فهو ادعاء غير ذي بال لأنه لا يستقيم الانقلاب إلا بضوابط تتسق مع طبيعة العقد بعد الانقلاب، ومنها عدم جعل المتماثلين محلي عقد وأن الطرفين ينتفعان بالعدل وذلك منتف إن تصورنا تحويل الضمان إلى إجارة عمل، ولكن يمكن قلبه إلى بيع أو مشاركة، وعليه فالوكالة تبرع بالمنفعة ولكنها تنقلب عوضا فتكون إجارة عمل لأنها تقبل ذلك ولا توقعنا في الربا بخلاف الضمان وكذلك الوديعه. فمعنى السلف فيهما غائب.

^١ - البقرة، آية: ١٦٨.

^٢ لابن قدامة ٤/٢٤٤

^٣ حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٤/٥٧.

^٤ شرح التلويح على التوضيح ٢/١٦٢

ثم إن الضامن لا يتحمل أي شيء من خسارة المضمون وهلاكه ولا المبلغ حيث له حق الرجوع على المضمون له، ولذا فالضمان إن أخذ الجعل فقد أخذه بدون أن يضمن فيصدق عليه قوله صلى الله عليه وسلم الذي ينهى عن ربح ما لم يضمن.

العلة الثالثة: تطرق الغرر في العوض.

توجيه هذه العلة:

من المعلوم أن الإجماع منعقد على أن للجهل تأثيراً في إفساد العوض. وإذا أثر في غير محل النزاع بالإجماع، فليؤثر في محل النزاع. ودرك ذلك أن الضامن حين يأخذ عوضاً عن الضمان فليقدر بـ ١٠ دراهم مقابل ضمانه ١٠٠ درهم فإنه لا يعلم هل سيحصل على ١٠ ويسلم من ١٠٠ أم أنه سيخسر ١٠٠. " إن ذلك من بياعات الغرر، لأن من أخذ عشر على أن يتحمل بمائة لا يدري هل يفلس من حمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة ولم يأخذ إلا عشرة، أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة"^١، ثم أن المضمون له ما طلب الضمان إلا لمظنة عدم الوفاء من المضمون عنه.

العلة الرابعة: الضمان معروف شرط لصحته عدم الزيادة.

توجيه هذه العلة:

الزيادة على القرض حرام وتلك علة ثابتة مختصة بالدين وهي تعم الضمان أيضاً للمعنى نفسه، ومن ثم ليس لأحدهما بأن يثبت حكمه بالآخر بطريق التعدينية، ولعل هذا ما يقصده الفقهاء حين ربطوا الضمان بالقرض وما ساقوه يقصد به البيان درءاً لعدم فهم مشترك القرض والضمان.

يقول الأبهري: " لا يجوز ضمان بجعل لأن الضمان معروف ولا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروف وفعل خير كما لا يجوز على صوم ولا صلاة لأن طريقها ليس لكسب الدنيا وقد ورد أن " ثلاثة أشياء لا تفعل إلا لله سبحانه ولا يجوز أخذ الأجرة عليها أحدها الضمان والثاني رفق الجاه والثالث القرض وقد جمعها شيخنا العالم المتفطن المرحوم بفضل الله وكرمه أبو محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر في بيت فقال: القرض والضمان رفق الجاه*** تمنع أن ترى لغير الله^٣

^١ - شرح ميارة ٥٥/٢.

التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله ١١١/٥

^٣ شرح ميارة الفاسي أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي ١٩١/١

وإيراد الصلاة للحمل الفقهي لا يعني اشتراكهما في كل العلل، فذلك غير وارد البتة ولا يليق بمقام أهل العلم، بدليل جعل الصوم أولاً قبل الصلاة ففعلهما متعين يحدد مقصد المكلف من الفعل. وعليه فلا تجوز صلاة بنية الآخر.

المسألة الرابعة: تحريم الضمان بجعل بين سد الذرائع واعتبار التهمة

أظن أن تحريم الضمان بجعل مرده أمران:

الأول: سد الذرائع:

الثاني: اعتبار التهمة.

فبالنسبة للأول:

فمبتناه عدم اعتبار القصد حيث ينقطع عن سد الذرائع ويفصل عنه لارتباطه بالشكل والمآل والغير، لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لا يخصص في موضع من المواضع. ومن المعلوم أن سد الذريع نعتبرها عند عدم وجود علة ظاهرة. ولهذا العلل كلها مستنبطة وليست نصية. والنظر في كتب الفقه سنجد ما يدلنا على العلاقة بينهما:

- جاء في منح الجليل: "سلم شيء في أقل أو أدنى منه من جنسه لأنه ضمان بجعل وإن لم ينصا عليه سدا للذريعة إلا أن تختلف المنفعة باختلاف أفراد الجنس الواحد فيجوز سلم بعض أفراده في بعض آخر مخالف فيها أكثر أو أقل أو أجود أو أدنى منه لأن اختلافها يصير إفراداً لجنس الواحد كجنسين^١

- وفي بلغة السالك: "قوله: (وما أدى إلى الحرام حرام) : فالحرام ؛ كسلف جر نفعاً أو ضمان بجعل أو شرط بيع وسلف أو صرف مؤخر أو بدل مؤخر أو فسخ ما في مؤخر أو غير ذلك...^٢

أما بالنسبة للثاني:

^١ منح الجليل ٣٤٤/٥

فمبتناه هو التهمة فحينئذ يكون سبب تحريم الضمان بجعل هو التهمة التي تكون قابلة للتعميم وقد يؤول الأمر الى دفع الدين، فيكون قد أخذ قرضه مضافا اليه مقابل الضمان. فالتهمة تعتبر اعتبارا لمصلحة الغير، واعتبارها هو استثناء حيث تكون المسألة في أصلها جائزة ولكن اعتبار التهمة جعلتها محرمة. ومن أمثلة هذا في المذهب المالكي:

- ١- زيد باع هاتفه بالأجل ٥ ايام لعمرو ب ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب ١٠ نقدا
- ٢- زيد باع هاتفه بالأجل ٥ ايام لعمرو ب ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب ١١ نقدا
- ١- زيد باع هاتفه بالأجل ٥ ايام لعمرو ب ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب ١٠ لأجل ٥ ايام
- ٢- زيد باع هاتفه بالأجل ٥ ايام لعمرو ب ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب ٩ لأجل ٣ ايام
- ١- زيد باع هاتفه بالأجل ٥ ايام لعمرو ب ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب ١٠ لأجل ٣ ايام
- ٢- زيد باع هاتفه بالأجل ٥ ايام لعمرو ب ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب ٩ لأجل ٣ ايام
- ٣- زيد باع هاتفه بالأجل ٥ ايام لعمرو ب ١٠ درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب ١١ لأجل ٣ ايام

وهذه الصور محرمة كلها: لمن يتهم على ضمان بجعل، وإلا فإن التهمة إذا انتفت تصير الصور جائزة. وهنا لا بد أن تكون التهمة قوية، فالمالكية -ولست متأكدا عند غيرهم- يعتبرون التهمة في الضمان بجعل إذا كانت قوية فإذا كانت ضعيفة فلا تعتبر.

- جاء في الذخيرة: «يمنتع اشتراط ضمان ما يتأخر قبضه ليومين لأنه ضمان بجعل إلا في العين لأنها لا تتعين وجوزة غيره في الجميع إذا حُبس لركوب أو خدمة لقرب الأجل أو لأنه لما اشترط الركوب فهو كالمكثري لذلك ومقتضى هذا: الجواز في القليل والكثير غير أن التهمة يقوى القصد إليها في البعيد في الضمان بجعل^١

- وجاء في الشرح الكبير للدردير: " (كضمان يجعل) أي كبيع جائز في الظاهر يؤدي لذلك كبيع ثوبين بدينار لشهر ثم يشتري منه عند الأجل أو دونه أحدهما بدينار فيجوز ولا ينظر لكونه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما وهو الثوب الذي اشتراه مدة بقاءه عنده بالآخر لضعف تهمة ذلك لقلة قصد الناس إلى ذلك وأما صريح ضمان يجعل فلا خلاف في منعه لأن الشارع جل الضمان والجاء والقرض لا تفعل إلا الله تعالى فأخذ العوض عليها سحت"^١

المسألة الخامسة: حكم الضمان بالجعل وفق مقتضيات الحكم الوضعي.

المألوف الأصولي يباين بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، فالأول مرتبط بفعل المكلف وقدرته وعلمه، بينما الحكم الوضعي فالأصل فيه أنه غير مرتبط بفعل المكلف وقدرته وعلمه، حيث هو إخبار فحسب، وسمي بذلك لأنه شيء وضعه الله تعالى في شرائعه (أي جعله دليلاً وسبباً وشرطاً) لا أنه أمر به عبادة ولا أناطه بأفعالهم من حيث هو خطاب وضع.^٢

وحكم الشرط والسبب والمانع حاصل بوضع الشرع، وهي تتقدم على الحكم التكليفي. والجعل سبب للتحريم.

المسألة السادسة: معارضة ونقضها:

قد يقول قائل بأن الضمان يجوز أخذ العوض عنه باعتباره منفعة والمنافع يجوز بيعها، وهي من باب إجارة الأعمال، لأن العمل عبارة عما يمكن أن يقدمه أحد الأطراف للطرف الآخر.

وطلك قول مردود لا يتسق مع مفهوم محل المعاوضة وتقومه

فالمال هو: " اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز"^٣. وهذا التعريف ينص على عنصر التمول والإحراز، ويضاف إلى ذلك عنصر " الانتفاع به شرعاً."^٤، وقد عرفه ابن العربي

١ - الشرح الكبير للدردير. ٧٧/٣

٢ - ينظر شرح تنقيح الفصول للقرافي ص: ٦٨.

٣ - المبسوط، ١٢/١٧٨.

٤ - حاشية رد المحتار، ٤/٥٠١.

بقوله: "كل ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به." ^١ مبينا بعضا من خصائصه ومحددا لعنصر الانتفاع، ويأتي الشاطبي ليعرف المال تعريفا بالأثر والنوع مع ذكر القيود، فقال هو: "ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها وما يؤدي إليها من جميع المتمولات"^٢

وعليه تكون عناصر المال الأساسية وفق الجمع بين التعاريف السابقة أربعة :

- إمكانية التمويل به.

- إمكانية الانتفاع به شرعا.

- إمكانية المعاوضة به.

- إحرازه.

ومن هاهنا فإن هذه العناصر تعتبر بيانا على عدم صلاحية انطباق معنى المال على منفعية الضمان. ويترب على ذلك الحكم عدم وصفها بالمال المتقوم، لأن التقوم يثبت بالمالية وبإباحة الانتفاع به شرعا، ويتحقق حيازته، ومن ثم يصح التصرف به بالبيع و الهبة و الوصية و الرهن و غيره ،،،،. وهي عناصر بعضها غير متحقق كما إنه إن قلنا بأن كون الضمان منفعة فهذا ليس محل اعتبار الحكم، ونحن نسلم بكونه منفعة ولكن هل يجوز الربح بها أم لا.؟ فهي منفعة أريد لها شرعا أن تكون بدون ربح درءا للوقوع في الربا فهي غير متقومة من هذا الوجه لارتباط حكمها بالأصل وهو القرض الذي يمنعه أن يجر منفعة، لأن التقوم يستدعي شرط إمكانية التمويل به. وإمكانية الانتفاع به شرعا. وإمكانية المعاوضة به وفق الشريعة الإسلامية. وهذا منتف، لأن القرض بدون جر المنفعة شرط لصحته من أجل أن يحقق مقصوده، فالشريعة نصبت للقرض شرط عدم جره للمنفعة وانعدامه يؤدي إلى الفساد لانعدام تحقق مقاصد الشريعة. فيكون الضمان يجعل فاسدا لانعدام توفر الشرط.

ثم إن غير خاف على ذي ناظر أن "المنافع والأعيان ثلاثة أقسام :

١ - أحكام القرآن، ابن العربي، ٢/٦٠٧.

٢ - الموافقات ٤/٣٣.

٣ - ينظر المال المتقوم وغير المتقوم في : أصول الاقتصاد الاسلامي ص ٥١ د. رفيع يونس المصري - مركز أبحاث الاقتصاد الاسلامي

- منها ما اتفق على صحة قبوله للمعاوضة كالدار وسكناها
 - ومنها : ما اتفق على عدم قبوله لها كالدّم والخنزير والميتة ونحوها من الأعيان والقبول والعناق والنظر إلى المحاسن من المنافع ولذلك لا يوجب فيه عند الجناية عليه شيء ولو كان متقوماً لأوجبنا القيمة كسائر المنافع .
 - ومنها : ما اختلف فيه كالأزبال وأرواث الحيوان من الأعيان والأذان والإمامة من المنافع فمن العلماء من أجازها، ومنهم من منعه
- إذا تقررت هذه القاعدة فالضمان في الذمم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه وإن كان منفعة مقصودة للعقلاء كالقبول وأنواع الاستمتاع مقصود للعقلاء ولا تصح المعاوضة عليها فإن صحة المعاوضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي ولم يدل عليه فوجب نفيه أو بالدليل الثاني وهو القياس على تلك الصور لا لنفي الدليل المثبت^١
- هذا وإن الناظر في كل العلل سيجد إحاطة الحكم بتعدد علل وكلها مفسدة. فيقوى حكم التحريم على غيره.
- وهنا ملحظ معتبر وهو أن الشرط يأخذ حكم العلة؛ فإذا فقد شرط التبرع يكون سبباً لتحريم القرض. وعليه فإن قياسها على قراءة القرآن وعمل المؤذن والرقية وغيرها لا يقبل لأن من حق القياس أن يشبه محل الخلاف بمحل الوفاق وهاهنا منتف. لأن المنفعة التي تبيح المعاوضة عليها تتطلب شرط الإباحة وقبول المنفعة للمعاوضة والتقوم وغيرها وهذا كله منتف.

معارضة.

قد يقول قائل بأن الكفالة تأخذ أحكام المعاوضات لأن المكفول يجب عليه الرد للكفيل إذا اتفق على ذلك، وقد ورد هذا عند بعض العلماء " فِي الْكَفَالَةِ مَعْنَى التَّبَرُّعِ؛ لِأَنَّهُ يُفْرَضُ الشَّيْءُ مِنْ ذِمَّتِهِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ فِي الثَّانِي، فَصَارَ كِافِرًا عَيْنًا، وَفِيهَا مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا يُؤَدِّي، فَقَدْ أَخَذَ شَبَهًا مِنَ الْأَصْلِ: شَبَهًا بِالْمُعَاوَضَةِ مِنْ وَجْهِ، وَشَبَهَ التَّبَرُّعِ مِنْ وَجْهِ^١

نقضها.

نرد عليه، بأن قول الكراييسي لا يدل على كونها معاوضة بل يصرح بوجه لذلك وهو الوجه الذي لا يؤثر على صفتها الأصلية من كونها تبرعا، وعليه فإن هذا لا يضر لأن القرض فيه معنى المعاوضة من هذا الوجه، ومع ذلك أجمع العلماء على تحريم الزيادة فيه، ولم يخرجوه من معنى التبرع.

الأوصاف المؤثرة في تحقق الإجماع والمكونة له:

إن الإجماع له محل والمحل له أوصاف جامعة مانعة حيث أي إجماع لا بد من دليل يميزه وحينئذ يبنى على الاشتراك فيه الاشتراك في الحكم.

فإذا تبين أن ذلك لا بد منه، فإننا نعرف بتلك الأوصاف.

١- العلاقة هي كفالة وليست خدمة.

٢- مضمون العقد يدل على التزام الكفيل بأداء مبلغ الدين إن تعذر اداؤه من طرف المكفول.

٣- لا عبرة بفقر وغنى المكفول.

٤- الكفالة مقصودة ابتداء حيث تعاقد عليها الطرفان.

٥- الربا لا يعتبر فيها الحاجة العامة حيث الأخيرة تعتبر في الغرر والغرر ليس علة وحيدة.

وهذه الأوصاف كلها متحققة في الإجماع فحصل وبان وجهه .

والله الموفق

١- الفروق ، أسعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر، جمال الإسلام الكراييسي النيسابوري الحنفي المحقق: د. محمد طوموم راجعه: د.

عبد الستار أبو غدة الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الأولى، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.



البحث الثالث:

صور بيع الكالئ بالكالئ المجمع عليها والمختلف فيها

بحث تمهيدي

هذا البحث في تحقيق مسأله ما يلي:

أصل المسألة من النصوص.

"نهى عن بيع الكالئ بالكالئ".

تخريج الحديث ومدى جواز الاستدلال به.

تخريج الحديث:

صحابي واحد والطريق متعدد:

● طريق ذؤيب بن عمارة من حديث ابن عمر

١- أخرجه الدارقطني (٤/ ٤٠، رقم ٣٠٦١)

٢- أخرجه الحاكم (٢/ ٦٦، رقم ٢٣٤٣)

وكلا التخريجين من طريق ذؤيب بن عمارة ، نا حمزة بن عبد الواحد ، عن موسى بن عقبة ، عن عبد الله

بن دينار ، عن ابن عمر ، عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»

حكم الراوي جرحا وتعديلا : طريق ذؤيب.

قال الذهبي في التلخيص: ذؤيب واه^١.

● الخصيب بن ناصح من حديث ابن عمر

١- أخرجه الدارقطني (٤/ ٤٠، رقم ٣٠٦٠)

٢- الحاكم في المستدرك (٢/ ٦٥، رقم ٢٣٤٢)

^١مستدرك الحاكم مع تعليقات الذهبي من التلخيص، ٦٦/٢.

وكلا التخريجين من طريق الخصيب بن ناصح، ثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ». الحكم على الحديث.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه^١.

وفي التلخيص للذهبي: على شرط مسلم^٢.

الحكم على الرواة جرحاً وتعديلاً.

١- عبد العزيز

عبد العزيز من رجال الصحيحين لكنه معروف بسوء الحفظ كما قاله أبو زرعة^٣.

٢- الخصيب بن ناصح.

١. قال عنه ابن أبي حاتم: سألت أبا زرعة عن الخصيب بن ناصح فقال: ما به بأس إن شاء الله.

٢. الخصيب بن ناصح الحارثي من أهل مصر يروي عن شعبة وحماد بن سلمة روى عنه سليمان بن شعيب الكيساني المصري ربما أخطأ^٤.

٣. ذكره ابن خلفون في «جملة الثقات» وقال: قال محمد بن وضاح سألت أحمد بن سعد بن الحكم عن الخصيب بن ناصح روى عنه علي بن معبد؟ قال: الخصيب ثقة^٥.

٤. وقال الحافظ رحمه الله تعالى فيه: صدوق يخطئ^٦.

٣- موسى بن عقبة

المستدرک، ٦٥/٢.

الموضع نفسه.

البدیع المنیر (٦/٥٦٧)

^٤ وفي الثقات لابن حبان (٢٣٢/٨)

^٥ انظر تهذيب الكمال ٢٥٦/٨ (التعليق الثالث في الهامش للمحقق بشار عواد معروف)

^٦ تقريب التهذيب (ص: ١٩٣)

١. قال في البدر المنير: موسى بن عقبة وهم، وإنما هو موسى بن عبيدة الرزدي الواهي، قال أحمد : لا تحل عندي الرواية عنه ولا أعرف هذا الحديث عن غيره . قلت : ومن هذا يتبين وهم الحاكم في حكمه على هذا الحديث بأنه على شرط مسلم حيث ظن أن راويه موسى بن عقبة . ١ هـ .
● طريق موسى بن عبيدة^٢:

أ. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار (٤/ ٢١، رقم ٥٥٥٤)

ب. البيهقي في الكبرى (٤٧٥ /، رقم ١٠٥٤٠)

وكلاهما عن عبد الله بن دينار , عن عبد الله بن عمر , عن النبي صلى الله عليه وسلم " أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ".

ج- وأخرجه ابن عدي (٤٧ / ٨) من طريق أبي مصعب عن عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عبيدة عن نافع، عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ.
د- مصنف ابن عبد الراق (٩٠ / ٨، رقم ١٤٤٤٠):

أخبرنا عبد الرزاق قال : أخبرنا الأسلمي قال : حدثنا عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر قال " : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ - وهو بيع الدين بالدين - وعن بيع المجر ، - وهو بيع ما في البطون الإبل - وعن الشغار".

قال ابن عدي: وهذه الأحاديث التي ذكرتها لموسى بن عبيدة بأسانيدها مختلفة عامتها مما ينفرد بها من يرويها عنه وعامتها متونها غير محفوظة وله غير ما ذكرت من الحديث والضعف على رواياته بين^٣.

مبتنيات الاستدلال بالحديث.

^١ البدر المنير (٦ / ٥٦٧)

قال البيهقي رحمه الله تعالى في معرفة السنن والآثار (٨ / ٥٢): وَقَدْ عَلَطَ بَعْضُ الْمُحْفَظِ فِي هَذَا الْحَدِيثِ، فَتَوَهَّم أَنَّهُ عَنِ مُوسَى بْنِ عُقْبَةَ، وَكَيْسَ لِمُوسَى بْنِ عُقْبَةَ فِيهِ رِوَايَةٌ، إِنَّمَا هُوَ عَنِ مُوسَى بْنِ عُقْبَةَ، وَقَدْ بَيَّنَّتْهُ فِي كِتَابِ السُّنَنِ. وقال في السنن الكبرى (٥ / ٤٧٤) : موسى هذا هو ابن عبيدة الرزدي , وشيخنا أبو عبد الله قال في روايته , عن موسى بن عقبة وهو خطأ والعجب من أبي الحسن الدارقطني شيخ عصره روى هذا الحديث في كتاب السنن , عن أبي الحسن علي بن محمد المصري هذا , فقال: عن موسى بن عقبة. قال الشيخ الألباني رحمه الله تعالى في الإرواء : وأنا أظن أن الوهم من ابن ناصح فهو الذي قال ذلك لأن توهيمه أولى من توهيم حافظين مشهورين الدارقطني والحاكم. والله أعلم

^٢ الكامل في الضعفاء (٨ / ٥٠)

❖ قال الحافظ.. قال أحمد بن حنبل: ليس في هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس على أنه لا

يجوز بيع دين بدين، وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، وقد جزم الدارقطني في العلل بأن موسى بن عبيدة تفرد به، فهذا يدل على أن الوهم في قوله: موسى بن عقبة من غيره^١.

❖ قال الصنعاني: "صَحَّحَهُ الْحَاكِمُ فَقَالَ: مُوسَى بْنُ عُتْبَةَ، فَصَحَّحَهُ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ، وَتَعَجَّبَ

الْبَيْهَقِيُّ مِنْ تَصْحِيْفِهِ عَلَى الْحَاكِمِ. قَالَ أَحْمَدُ لَيْسَ فِي هَذَا حَدِيثٌ يَصِحُّ لَكِنَّ إِجْمَاعَ النَّاسِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ. وَظَاهِرُ الْحَدِيثِ أَنَّ تَفْسِيرَهُ بِذَلِكَ مَرْفُوعٌ"^٢.

❖ قال ابن عرفة المالكي: "وتلقي الأئمة له بالقبول يغني عن طلب الإسناد فيه كما قالوا في حديث:

«لا وصية لوارث» وممن تلقاه بالقبول. ابن المنذر: في كتاب السنن له قال فيه: جاء الحديث

«عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الكالئ بالكالئ»، وحديث عبد الله بن عمر أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يجل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن

ولا يبيع ما ليس عندك» أخرجه الترمذي وصححه"^٣.

- المقدمة الأولى: بتعدد الطرق يتحقق الاطمئنان؛

- المقدمة الثانية: بتعدد الطرق يتحقق القبول بتقويته بها؛

- المقدمة الثالثة: معضد بالعمل.

- النتيجة: جواز الاستدلال بالحديث.

^١ التلخيص الحبير (٣/ ٦٢)

سبل السلام (٣/ ٨٥٧)

^٢ مختصر ابن عرفة (٥/ ٢٧٧-٢٧٨)

صور بيع الكالئ بالكالئ

بيع الدين لغير المدين.

فسره مالك في "الموطأ" فقال: "الكالئ بالكالئ، وهو أن يبيع الرجل دَيْنًا له على رجلٍ بدينٍ على رجلٍ آخر".^١ ومثل هذا قال ابن حبيب حيث فسر ما كره من الكالئ بالكالئ: "أن يجيله على غريمه بما له عليه من الدين، ويجيله الآخر على غريمه له بمثل ذلك".^٢

"وقيل هو أن يبيع الرجل دَيْنَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي بَدَيْنٍ آخَرَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى ثَلَاثٍ"^٣
قال الباجي: "...من أن يبيع الرجل ديناً له على رجل بدين على رجل آخر بعرض يؤخره عنه".^٤

صورة المسألة: زيد دائن ب ١٠٠٠ درهم لعمرو يبيعه لخالد ب ٩٠٠. أو ١٠٠٠ أو ١١٠٠.

الأوصاف المؤثرة في الصورة

- ١- علاقة دين بين زيد وعمرو بسبب بيع أو بسبب قرض.
- ٢- ثبوت المديونية بينهما فزيد دائن بمبلغ الدين ١٠٠٠ درهما لعمرو المدين.
- ٣- زيد يبيع دينه إلى خالد.
- ٤- تنتقل علاقة المديونية إلى خالد وعمرو فيصبح خالد دائناً وعمرو مديناً لخالد، ولا قبض بينهما.
- ٥- مبلغ الدين ١٠٠٠ درهما. وقد يكون الدين الثاني مساوياً وقد يكون مختلفاً. ومن المعلوم أن النقود لا تتعين بخلاف السلع.
- ٦- إذا كان محل الدين سلعة أو منافع فهي مضمونة وليست معينة حيث إذا كانت معينة فعند المالكية العبرة بالتعاقد.
- ٧- قد يكون الأجلان واحداً وقد يكونان مختلفين.
- ٨- ثلاثة أطراف.

المسالك في شرح موطأ مالك (١٥٩/٦)

الموضع نفسه.

مرواة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ١٩٣٦/٥.

المنتقى (٣٣/٥)

- ٩- عدم الشروع في المقابل برده أو تسلمه لوجود معنى الرد والقبض.
١٠- عدم وجود جزء مهم من الدين بحيث الدين غير مجزأ بل وحدة واحدة.
ومن الصورة المشابهة ما يلي:

- ١- صورة المسألة: زيد باع سلعة ب ١٠٠٠ بالأجل لعمرو. وعمرو دائن لخالد ب ١٠٠٠ أقل أو أكثر. زيد يبيع ١٠٠٠ درهم دينه لخالد المدين.
٢- صورة المسألة: زيد باع سلعة بالأجل لعمرو ب ١٠٠٠ درهم فيبيع زيد دينه ١٠٠٠ لعمرو ب ٩٠٠ درهم يدفعها خالد.
٣- صورة المسألة: زيد دائن لعمرو ب ١٠٠٠ وخالد دائن لعمرو ب ١٠٠٠ أقل أو أكثر.
٤- صورة المسألة: باع زيد دينه -المؤخر سابق التقرر - لخالد - ب ٩٠٠ درهم او بهاتف لأجل معين.

حكمها: التحريم بالإجماع.

- ❖ قال الباجي هذا من جملة الكاليء بالكاليء^١ وتسمى بيع الدين بالدين.
❖ وجاء في البدر التمام في شرح بلوغ المرام: "والحديث فيه دلالة على أنه منهي عن بيع النسيئة بالنسيئة، والبيع إذا وقع على هذا فهو فاسد، والظاهر أن ذلك إجماع"^٢.
❖ وجاء في نيل الأوطار: "وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ، وَهُوَ إِجْمَاعٌ كَمَا حَكَاهُ أَحْمَدُ"^٣.
❖ وقال في السيل الجرار: "حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكاليء بالكاليء وهو وإن كان في إسناده موسى بن عبيدة الريزي فقد شد من عضده ما يحكى من الإجماع على عدم جواز بيع الكاليء بالكاليء"^٤.

الموضع نفسه.

الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي (١٩٨/٦)

الشوكاني (١٨٦/٥)

الشوكاني ٤٨٠

❖ وجاء في بداية المجتهد: " فَأَمَّا النَّسِيئَةُ مِنَ الطَّرْفَيْنِ فَلَا يَجُوزُ بِإِجْمَاعٍ لَا فِي الْعَيْنِ وَلَا فِي الذَّمَّةِ، لِأَنَّهُ
الذَّيْنُ بِالذَّيْنِ الْمَنْهِي عَنْهُ. "١

ابتداء الدين بالدين ومنه تأجيل رأس مال السلم.

من النقول الفقهية الواردة في هذا ما يلي:

في حدود ابن عرفة: " وحقيقته بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما
على الآخر "٢.

وفي المجموع للنووي: " لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة بأن يقول بعني ثوبا في ذمتي بصفة كذا إلى شهر كذا بدينار
مؤجل إلى وقت كذا فيقول قبلت "٣.

وفي تفسير آيات أشكلت لابن تيمية: " مثل أن يسلم شيئا مؤخرًا في الذمة في شيء في الذمة "٤.
وجاء في الشرح الصغير للدردير: " أن يتعاقد على أن يسلمه دينارا في شيء على أنه لا يأتيه برأس السلم
إلا بعد ثلاثة أيام أو أكثر "٥.

صور المسألة: زيد يبيع سلعة لأجل ب ١٠٠٠ درهم لأجل.

الأوصاف المؤثرة:

- ١- باع زيد سلعة لعمرو بالأجل مقابل ثمن بالأجل.
- ٢- عوضان مؤجلان غير مقبوضين نقد مقابل نقد أو نقد مقابل عين أو عين مقابل عين.
- ٣- الأجلان متحدان أو مختلفان.
- ٤- عمرت الذمتان عند المعاوضة، فهو ابتداء الدين بالدين أو الواجب بالواجب.
- ٥- الأطراف ٢.

١ ابن رشد (٣/١٤٤).

٢ شرح حدود ابن عرفة، ٢٥٢.

٣ المجموع للنووي ٩/٤٠٠.

٤ تفسير آيات أشكلت ٢/٦٥٥.

٥ الشرح الصغير للدردير ٣/٩٨.

النقول الحاكية للإجماع للصور السابقة وفق أوصاف جامعة.

- ❖ في الإقناع: "وأجمعوا أن المسلم والمسلم إليه إذا افترقا قبل قبض رأس المال على شرط كان في عقدة السلم أو على غير شرط بطل السلم".^١
- ❖ وفي اختلاف العلماء: "وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنْ يَبَعَ بِالْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ، وَهُوَ الدِّينِ بِالدِّينِ مِثْلَ أَنْ يَعْتَدَ رَجُلٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ سَلْمًا فِي عَشْرَةِ أَثْوَابٍ مَوْصُوفَةٍ فِي ذِمَّةِ الْمُبْتَاعِ إِلَى أَجْلِ بَشْمَنِ مُؤَجَّلٍ وَسَوَاءٍ اتَّفَقَ الْأَجْلَانِ أَوْ اخْتَلَفَا، بَاطِلٌ".^٢
- ❖ وفي مجموع الفتاوى: "الْكَالِيُّ بِالْكَالِيِّ وَالْكَالِيُّ هُوَ الْمُؤَخَّرُ الَّذِي لَمْ يُقْبَضْ بِالْمُؤَخَّرِ الَّذِي لَمْ يُقْبَضْ وَهَذَا كَمَا لَوْ أَسْلَمَ شَيْئًا فِي شَيْءٍ فِي الذِّمَّةِ وَكِلَاهُمَا مُؤَخَّرٌ فَهَذَا لَا يَجُوزُ بِالإِتِّفَاقِ وَهُوَ بَيْعُ كَالِيٍّ بِكَالِيٍّ".^٣
- ❖ وفي إعلام الموقعين: ".. وَعَايَةُ مَا وَرَدَ فِيهِ حَدِيثٌ وَفِيهِ مَا فِيهِ: «أَنََّّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ» وَالْكَالِيُّ: هُوَ الْمُؤَخَّرُ، وَهَذَا كَمَا إِذَا كَانَ رَأْسُ مَالِ السَّلْمِ ذَيْنًا فِي ذِمَّةِ الْمُسْلِمِ، فَهَذَا هُوَ الْمَمْنُوعُ مِنْهُ بِالإِتِّفَاقِ".^٤

مستند الإجماع:

- الحديث نفسه.

^١ الإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان ٢/٢٣٩

اختلاف الأئمة العلماء (٤٠٧/١)

مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥١٢/٢٠)

^٤ ابن القيم (٣٠٨/٥)

- عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي التَّمْرِ، فَقَالَ: مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ.^١ قال الترمذي: " حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَغَيْرِهِمْ.^٢

❖ نصوص النهي عن الغرر والأصل في ذلك ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - قال: "نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الغرر"^٣، وقد دخلت تحت هذا النهي مسائل كثيرة. ومما ينبغي ملاحظته في معرفة الغرر الممنوع أن نهي الشارع عن الغرر لا يمكن حمله على الإطلاق الذي يقتضيه لفظ النهي، بل يجب فيه النظر إلى مقصود الشارع، ولا يتبع فيه اللفظ بمجردده، فإن ذلك يؤدي إلى إغلاق باب البيع، وليس ذلك مقصوداً للشارع^٤، إذ لا تكاد تخلو معاملة من شيء من الغرر^٥، قال القرافي: "ثم العَرْرُ وَالْجَهَالَةُ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٌ:

✓ كَثِيرٌ مُتَمَتِّعٌ إِجْمَاعًا كَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ
✓ وَقَلِيلٌ جَائِزٌ إِجْمَاعًا كَأَسَاسِ الدَّارِ وَقُطْنِ الْجُبَّةِ
✓ وَمُتَوَسِّطٌ أُخْتَلِفَ فِيهِ هَلْ يُلْحَقُ بِالْأَوَّلِ أَوْ الثَّانِي فَلَا رَتْفَاعَ عَنِ الْقَلِيلِ الْحَقُّ بِالْكَثِيرِ وَلَا نُحْطَاطُهُ عَنِ الْكَثِيرِ الْحَقُّ بِالْقَلِيلِ، وَهَذَا هُوَ سَبَبُ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي فُرُوعِ الْعَرْرِ وَالْجَهَالَةِ"^٦

❖ نص النهي عن ربح ما لم يضمن.

❖ نصوص النهي عن بيعتين في بيعة. "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ"^٧.
و قال أيضا صلى الله عليه وسلم: "مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْ كَسُهُمَا أَوْ الرِّبَا"^٨، وعن أم يونس أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لها أم محبة أم ولد لزيد بن أرقم: يا أم المؤمنين

^١ رواه الشيخان وأهل السنن كلهم من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

^٢ الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر، رقم الحديث: ١٢٢٨.

^٣ رواه مسلم في كتاب البيوع - باب بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه غرر -، رقم ١٥١٣.

^٤ - ينظر: الموافقات للشاطبي ١٤/٢.

^٥ - ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ٤١٩/٢، المنتقى للباقي، ٤١/٥.

^٦ - الفروق للقرافي، ٤٣٣/٣.

^٧ موطأ مالك كتاب البيوع، باب.. النهي عن بيعتين في بيعة.

^٨ سنن أبي داود، أبواب الإجارة، باب فيمن باع بيعتين في بيعة رقم: ٣٠٠٢.

أعرفين زيد بن أرقم؟ قالت نعم. قالت: فإني بعته عبداً إلى العطاء بثمانمائة. فاحتاج إلى ثمنه، فاشتريته قبل محل الأجل بستمائة. فقالت: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب. قالت: فقلت: أفرأيت إن تركت المائتين وأخذت الستمائة؟ قالت: نعم. ثم قرأت قوله تعالى: «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ»^١.

❖ النصوص المحرمة للربا .

مناطق التحريم ومبنياتها للصور السابقة .

حديث الكالئ بالكالئ حديث لفظه عام ومعناه أعم، وهو أيضا كلية لأن الحكم يتناول

فردا فردا إن توفرت الأوصاف، ووجود الدين بالدين علة، والعلة لها فوائد وهي قصد المكلف فعلها.

❖ انتفاء مقصد الانتفاع للطرفين لأن "إِبَاحَةَ عُقُودِ الْبُيُوعِ وَالْإِجَارَاتِ وَغَيْرِهَا تَسْتَلْزِمُ إِبَاحَةَ الْإِنْتِفَاعِ الْخَاصِّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا؟ وَإِذَا تَعَلَّقَ بِهَا التَّحْرِيمُ؛ كَبَيْعِ الرَّبَا، وَالْعَرْرِ، وَالْجَهَالَةِ، اسْتَلْزَمَ تَحْرِيمَ الْإِنْتِفَاعِ الْمُسَبَّبِ عَنْهَا" وقال ابن تيمية: "لا يجوز باتفاقهم، لأنه كلاً منهما شغل ذمته بما للآخر من غير منفعة حصلت لأحدهما، والمقصود بالبيع النفع، فهذا يكون أحدهما قد أكل مال الآخر بالباطل؛ إذا قال أسلمت إليك مائة درهم إلى سنة في وسق حنطة، ولم يعطه شيئاً، فإن هذه المعاملة ليس فيها منفعة، بل مضرة، هذا يطلب هذا بالدرهم، ولم ينتفع واحد منهما، بل أكل مال الآخر بالباطل من غير نفع نفعه به^٣ .

❖ انتفاء تحقق قصد البيع "فَالْبَيْعَاتُ إِذَا شُرِّعَتْ لِذَفْعِ الْحَاجَاتِ؛ فَالْبَيْعُ مَبْنِي عَلَى رَغْبَةِ الْمَالِكِ عَمَّا فِي يَدِهِ إِلَى مَا فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَالشِّرَاءُ رَغْبَةُ الْمُسْتَهْلِكِ فِيمَا فِي يَدِ غَيْرِهِ بِمَعَاوِضَةٍ بِمَا فِي يَدِهِ مِمَّا رَغِبَ عَنْهُ، وَلِذَلِكَ [كل -] شار بائع، وقال ابن تيمية: "والمقصود من العقود: القبض، فهذا عقد لم يحصل به مقصود

^١ - البقرة، آية: ٢٧٥.

الموافقات (٣٠٦/١)

^٢ تفسير آيات أشكلت ٦٦٥/٢ بتصرف يسير.

^٣ تفسير الرازي (٧٦/٧).

^٤ تراث أبي الحسن الحُرَائِي المراكشي في التفسير، ص ٤٧٣.

أصلاً، بل هو التزام بلا فائدة"^١. وقال أيضاً: "إنه عقد وإيجاب على النفوس بلا حصول مقصود لأحد الطرفين، ولا لهما"^٢. وقال ابن القيم رحمه الله: "إنه اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة، فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذه فينتفع بتعجيله، وينتفع صاحب المؤخر بربحه، بل كلاهما اشتغلت ذمته بلا فائدة"^٣. وبهذا يعلم أن الأمر بالشيء يستلزم حرمة نقيضه؛ فالأمر بالشيء هو نهي عن ضده وبما أن الشرع أمرنا بالبيع الحلال والذي يتضمن بالدلالة تحقيق مقاصده فهو نهي عن جميع أضراده لانتفاء حصول المقصود الا بانتفاء كل ضد^٤.

❖ انتفاء المقاصد الخاصة والجزئية والعامّة والكلية، ° ويكفي أنه قد يؤدي إلى تضاعف الدين وفي ذلك مفسدة واضحة فذلك ربا النسيئة. حيث يرد الدين بدين آخر المآل. قال ابن القيم: "وفيه ذريعة إلى تضاعف الدين في ذمة كل واحد منهما في مقابلة تأجيله، وهذه مفسدة ربا النساء بعينها"^٦.

❖ سد الذرائع الراجحة. لِأَنَّ الْإِمْهَالَ لَيْسَ مَالًا أَوْ شَيْئًا يُشَارُ إِلَيْهِ^٧ و الذرائع هي الوسائل، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطه. فسد الذرائع هي إيقاع حائل وسد للوسائل التي قد تفضي إلى تعطيل المقاصد الشرعية. ويعتبر سد الذرائع مصدراً من مصادر الحكم على النازلة عند كثير من أهل العلم، ، يقول القرافي: "متى كان الفعل السالم عن

^١ العقود لابن تيمية، ص ٢٣٥.

^٢ مجموع الفتاوى، ٣٠/٢٦٤ (بتصرف يسير).

^٣ إعلام الموقعين ٩/٢.

^٤ الإجماع في شرح المنهاج ١٢٠/١

° المقاصد العامة أو الكلية هي التي تتعلق بعموم الأحكام وتلاحظ في جميع أو أغلب الأبواب الفقهية، فهي موجودة في العبادات وفي الأنكحة والمعاملات وغيرها . وهي غالباً ما تكون ثابتة بمعنى أن تحقيقها للمصلحة مجزوماً به أو مظنوناً ظناً قريباً من الجزم. وتكون واضحة لا يختلف في تحديدها والاعتداد بها. تعريف المقاصد الجزئية:

أما المقاصد الجزئية فهي الغايات الخاصة بأحكام جزئية بينما المقاصد الخاصة فهي مقاصد الشريعة في مجالات أو أبواب معينة من أبواب التشريع مثل المقاصد المتعلقة بالمعاملات، كتنظيم حياة الناس . وتلبية حاجات الناس التي تقتضيها حياتهم. من المأكل والملبس والشراب. ودرء مقتضيات الخصومة والنزاعات.

^٦ إغاثة اللهفان (١/٣٦٤) بتصرف يسير.

^٧ تفسير الرازي (٧/٧٧)

- المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور...^١، واعتبار التهمة في الحكم مطلوب لأنها تقدر في التصرفات، وفي المقدمات: "مراعاة التهمة أصل يبنى عليه الشرع"^٢
- ❖ سبب الغرر فالمتعاقدان "كأثما قد أحالا على غَرَرٍ^٣. وقد عرّفه ابن عرفة، بقوله: "ما شك في حصول أحد عوضيه، أو المقصود منه غالباً"^٤. وعرّفه زروق بقوله: "ما شك في أحد وصفيه أو مقصوده غالباً"^٥، بل ويدخل فيه ما يتيقن وجوده ويشك في تمامه كبيع الثمار قبل بدو صلاحها.
- ❖ الوقوع في ربح ما لم يضمن. حيث يبيع الدين بالدين يؤدي إلى ربح ما لم يضمن^٦.
- ❖ الوقوع في بيعتين في بيعة، حيث يبيع الدين بالدين يؤدي إلى بيعتين في بيعة.
- ❖ المَنعُ في الربا إمّا هُوَ مِنْ أَجْلِ كَوْنِهِ زِيَادَةً عَلَى غَيْرِ عَوَضٍ؛ أَلْحَقَتِ السُّنَّةُ بِهِ كُلَّ مَا فِيهِ زِيَادَةٌ بِذَلِكَ الْمَعْنَى^٧.

صورة المسألة: بيع الدين الحال لمن هو عليه بدين آخر.

وهو بيع شيء في ذمته بشيء في ذمة أخرى سابق تقرر أحدهما على الآخر.

النقول الفقهية الواردة في الصورة

- ❖ قَالَ مَالِكٌ: " إِنْ أَقْرَضْتَهُ حِنْطَةً إِلَى أَجَلٍ فَلَمَّا حَلَّ الْأَجْلُ بَعَثَهُ تِلْكَ الْحِنْطَةَ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ لَمْ يَجُزْ"

٨.

١- الفروق، ٣٢/٢.

٢- المقدمات الممهدة لابن رشد ١/٨٤.

المسالك (١٥٩/٦)

٤- شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع، ١/٣٥٠.

٥- ينظر: شرح زروق ٢/٧٣٢.

٦- راجع: قضايا في الاقتصاد الإسلامي، عقد الكالئ بالكالئ، سامي سويلم، ٢٠٨-٢٠٩.

٧- الموافقات (٤/٣٨٠).

٨- المدونة الكبرى، ٣/١٧٠.

❖ وَفِي الرَّسَالَةِ: فَلَا يَجُوزُ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ أَنْ يَكُونَ لَكَ شَيْءٌ فِي ذِمَّتِهِ فَتَفْسُخُهُ فِي شَيْءٍ آخَرَ لَا تَتَعَجَّلُهُ.^١

❖ وفي القوانين الفقهية لابن جزي: "... إِنْ بَاعَ الدَّيْنُ مِنَ الْعَرِيمِ بِالتَّأخِيرِ"^٢

❖ قَالَ سَخْنُونُ: أَلَا تَرَى أَنَّ ابْنَ أَبِي سَلَمَةَ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ كَانَ لَكَ عَلَى عَرِيمٍ نَقْدًا فَلَمْ تَقْبِضْهُ أَوْ إِلَى أَجَلٍ فَحَلَّ الْأَجَلَ أَوْ لَمْ يَحَلَّ فَلَا تَبِعْهُ مِنْهُ بِشَيْءٍ وَتَوَخَّرْهُ عَنْهُ فَإِنَّكَ إِذَا فَعَلْتَ ذَلِكَ فَقَدْ أَرَيْتَ عَلَيْهِ وَجَعَلْتَهُ رَبًّا ذَلِكَ فِي سِعْرِ بَلَعَهُ لَكَ لَمْ يَكُنْ لِيُعْطِيكَهُ إِلَّا بِنَظَرَتِكَ إِيَّاهُ^٣

❖ وفي النهاية في غريب الحديث والأثر "يَشْتَرِي الرَّجُلُ شَيْئًا إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا حَلَّ الْأَجَلَ لَمْ يَجِدْ مَا يَقْضِي بِهِ، فَيَقُولُ: بِعْنِي إِلَى أَجَلٍ آخَرَ، بِزِيَادَةِ شَيْءٍ، فَيَبِيعُهُ مِنْهُ وَلَا يَجْرِي بَيْنَهُمَا تَقَابُضٌ"^٤.
الصورة الأخرى المشابهة والتي تأخذ الحكم نفسه.

١-صورة المسألة: زيد باع سلعة لعمرو ب ١٠٠٠٠ درهما لأجل شهرين فلما حل الأجل لم يستطع عمرو الوفاء بدينه فيقول لزيد بعني ١٠٠٠٠ درهما مقابل ١١٠٠٠ والتسديد بعد شهر.

الوصف:

- فسخ زيد دينه الأول المؤجل بدين آخر مؤجل أكثر منه.

وهي تدخل في: "تقضي أو تربي، أنظرني وأزيدك، فعن مجاهد قال في الربا الذي نهى الله عنه: "كأنوا في الجاهلية يكون للرجل على الرجل الدين، فيقول: لك كذا وكذا وتوخر عني فيؤخر عنه"^٥ قال الشافعي: "والربا: أن يكون للرجل على الرجل الدين فيحل فيقول: أتقضي أم تربي؟ فيؤخر عنه ويزيده في ماله، وأشباه هذا كثيرة"^٦.

^١ شرح زروق (٧٦٢/٢)

^٢ القوانين، ص ١٩١.

^٣ المدونة (١٧١/٣)

^٤ النهاية في غريب الحديث والأثر (١٩٤ / ٤)

^٥ تفسير الطبري (٨/٦)

^٦ تفسير الإمام الشافعي (٤٣٤/١)

ومثلها: صورة : زيد مدين لعمرو ب ١٠٠٠ درهم فيبيعه بنقد مؤجل أكثر منها

العناصر:

- بيع الدين إلى المدين بعوض مؤجل.
- نقد مقابل نقد بزيادة فإن كان أقل فحطيطة وأن كان مساويا. فنظرة إلى ميسرة طرفان
- انظرني وأزيدك

٢-صورة المسألة: زيد أقرض عمروا ١٠٠٠ درهم و اشترى بها منه هاتفًا ب ١٠٠٠ درهم لأجل

التوصيف: مبلغ القرض يكون قد عاد إلى المقرض بالشراء به منه، وبقي في ذمة المقرض أصل القرض اشترى به السلعة، فصار فسخ دين في دين؛ لأن ما خرج من اليد وعاد إليها لغو.

٣-صورة المسألة: زيد اشترى ٥٠ كيلو قمحا بالسلم ب ١٠٠٠٠ لشهرين فلما حل الأجل لم

يستطع الإتيان بالطعام المتفق عليه فيتفق معه على أن يأتي ٦٠ كيلو شعير بعد أجل شهر. زيد اشترى ٥٠ كيلو قمحا بالسلم ب ١٠٠٠٠ لشهرين فلما حل الأجل لم يستطع الإتيان بالطعام المتفق عليه فيتفق معه على أن يبيع زيد الطعام نفسه الذي لم يقبضه لعمرو ب ١١٠٠٠ درهم بعد أجل شهر .

النتيجة: دين انقلب الى دين مثله.

صورة المسألة:

٤- زيد اشترى سلعة من عمرو بالسلم سيتم التسليم بعد شهرين وزيد يبيع السلعة نفسها -المسلم فيه- إلى عمرو قبل حلول الأجل بنقد أو سلعة أخرى مؤجلة.

العناصر:

- علاقة سلم أول أو بيع بالأجل. أو قرض.
- علاقة بيع المسلم فيه للمسلم إليه. أو بيع الدائن لدينه على المدين مع التأجيل.
- بيع المسلم فيه قبل قبضه. أو بيع الدين قبل قبضه عموما.
- الذمتان باقيتان.

- النتيجة: باع دينا بدين.

٥- صورة المسألة: زيد اشترى سلعة غير طعام من عمرو بالسلم سيتم التسليم بعد شهرين

وزيد يبيع السلعة نفسها -المسلم فيه- إلى عمرو بعد حلول الأجل بنقد أو سلعة أخرى مؤجلة.
الحكم : الحرام بالإجماع.

وقال الباجي: "(مسألة) ومن شرط صحة هذا البيع القبض قبل التفرق، أو ما هو في حكم ذلك؛ لأنه يدخله قبل الأجل وبعده فسخ دين في دين، وذلك ممنوع باتفاق"^١.

جاء في تكملة المجموع للتقي السبكي: "تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه وهو أن يكون للرجل على الرجل دين فيجعله عليه في دين آخر مخالف له في الصفة أو القدر فهذا الذي وقع الإجماع على امتناعه وهو في الحقيقية يبع دين بما يصير دينا"^٢
هو بيع دين ثابت يسقط ويجب ثمنه^٣ يبع الدين لمن هو عليه بثمن مؤجل ومالكيا فتدخل في فسخ الدين بالدين.

٦- صورة المسألة : زيد اشترى سلعة من عمرو ب ١٠٠٠ درهم لمدة شهرين .

فلما حل الأجل اشترى عمرو ب ١٠٠٠ درهم سلعة مؤجلة منه.

٧- صورة المسألة : زيد اشترى سلعة ١٠٠ كيلو زيتون من عمرو ب ١٠٠٠ درهم لمدة شهرين

فلما حل الأجل لم يف عمرو بالسلعة ١٠٠ كيلو زيتون وأعطى له عوضا عن ذلك سلعة مؤجلة .

النتيجة: سقط عنه دين ووجب عليه دين سلم. وعنصر بقاء الذمتين منشغلتين حاصل.

النسيئة بالنسيئة هي يشتري الرجل شيئا بثمن مؤجل فإذا حل الأجل ولم يجد ما يقضي به فيقول به مني إلى أجل بزيادة شيء فيبيعه منه ولا يجري بينهما تقابض^٤.

٨- صورة المسألة : زيد اشترى ١٠ كيلو قمحا من عمرو والسلعة مؤجلة.

^١المنتقى شرح الموطأ (٣٢/٥)

^٢تكملة السبكي للمجموع شرح المذهب، ١٠٦/١٠، ط مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية

^٣انظر إعلام الموقعين ٩/٢، والإنصاف ١٠٥/١٢-١٠٦

^٤النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب، ٢٤٣/١.

زيد يبيع تلك السلعة ١٠ كيلو قمحاً ب ١٠٠٠ درهماً.
زيد يشتري هاتفاً بثمن مؤجل فاذا حل الاجل ولم يجد ما يقضي به قال لعمرو بعه مني الى اجل بزيادة ..
العناصر:

بيع زيد ديناً مقداره ١٠٠٠ مؤخراً سابق التقرر في الذمة لعمرو الى اجل آخر بزيادة عليه ١٢٠٠
الحكم: حرام بالإجماع.
فاذا اخره بغير زيادة فلا حرج او مع حطيطة مثل : زيد كان دائناً لعمرو ب ١٠٠٠ درهماً على ان يردها بعد شهر فلما حل الاجل او قبل ان يحل فاخر الاجل الى شهر على ان يرد المبلغ نفسه او اقل منه من جنسه فلا حرج " فذاك تسليف وليس فسخ دين في دين .

٩-صورة المسألة: زيد اشترى هاتفاً أيفون بالسلم من عمرو والتسليم بعد شهرين، ثم اقترح زيد على عمرو أن يأتي بهاتف سامسونغ لأجل.

الحكم: حرام نفس الصور السابقة.
جاء في المدونة (قلت) رأيت لو أني أسلمت إلى رجل في محمولة إلى أجل، فلقيته قبل الأجل فقلت له هل لك أن تحسن، تجعلها في سمراء إلى أجل ففعل، (قال): قال لا يجوز ذلك في قول مالك؛ لأنك تفسخ محمولة في سمراء إلى أجل فلا يجوز، ألا ترى أنك فسخت ديناً في دين^١.
العناصر:

- ١- زيد اشترى ١٠٠ كيلو قمحاً بالسلم من عمرو.
- ٢- قبل أن يحل أجل التسليم.
- ✓ أما إذا حل الأجل فالحكم جائز.
- ✓ بعد أن حل الأجل وليس البديل مؤجلاً. الحكم: يجوز.
- ٣- اقترح عمرو على زيد أن يبدل القمح بالشعير.

(قلت) فلو حل الأجل لم يكن بذلك بأس أن آخذه من سمراء محمولة، أو من المحمولة سمراء (قال) نعم لا بأس به في قول مالك، إذا كان ذلك يداً بيد؛ لأنه يشبه البدل^١

الأوصاف المؤثرة الجامعة:

- ١- علاقة بيع مقصود بها الربح حيث يجوز إذا كان مساوياً أو أقل لأنه معروف.
 - ٢- وجود الأجل بغض النظر عن تفاوته وهو مقصود. "فغير جائز وجود الأجل في البدلين جميعاً"^٢.
 - ✓ سميت الصورة ببيع الدين بالدين أو الكالئ بالكالئ من باب تسمية الشيء باسم سببه الصوري والقبلي في الوقت نفسه.
 - ٣- القبض منتف تماماً من الطرفين.
 - ✓ وفي السلم إذا تأجل الثمن ثلاثة أيام فغير مقصود.
 - ✓ وفي السلم إذا تأجل الثمن ثلاثة أيام يوجد معنى القبض.
 - ٤- وجود علاقة المديونية.
 - ٥- تفاوت الدينين.
 - ٦- بقاء انشغال الذمتين
 - ٧- قصد المكلفين: ضمان الدين منهما.
- تحديد أوصاف الصورة باعتبار السببية
- ١- المادة أو العنصر: مادة بيع الدين بالدين أثمان و سلع .
 - ٢- الصورية: تبادل عوضي بين طرفين في ذمتيهما.
 - ٣- فاعله: الطرفان.
 - ٤- غائية: ضمان دين مقابل ضمان دين آخر.

الأوصاف غير المؤثرة ولكن معتبرة.

الموضع نفسه.

أحكام القرآن للحصاص (٢٠١٨/٢)



- ١- لا عبرة بأصل علاقة المديونية سواء كانت بيعاً أم قرضاً.
- ٢- لا عبرة بتفاوت الأجلين ما دام باقيين.
- ٣- لا عبرة بجنس ونوع المبدلين سواء كانا من جنس واحد أو نوع مختلف ومن ذلك منافع غير معينة حيث المنفعة المعينة محل خلاف^١.
- ٤- لا عبرة بتقرر الدين سابقاً -فسخ الدين في الدين- أو غير متقرر سابقاً. -ابتداء الدين بالدين.
- ٥- لا عبرة بعدد الأطراف.
- ٦- لا عبرة بموجب المعاملة سواء تعذر أداء الدين أم لم يتعذر.
- ٧- تعذر أداء الدين من عمرو.
- ٨- فيبيع زيد من خلال تأجيله ١٠٠٠ ليؤدي عمرو ١١٠٠. نقد مقابل نقد.
- ٩- الأطراف: ٢
- ١٠- الدينان متفاوتان صفة و قدرا و جنسا واجلا . حصول زيادة على اصل الدين فان انتفى التفاوت جاز.
- ١١- الأجلان مختلفان الفسخ إلى الأجل الأكبر وليس فسخا لأجل واحدا فخلافا وكذا إن كان دونه
- ١٢- حل الأجل بعت ١٠٠٠ درهم ب ١١٠٠ لأجل آخر أو لم يحل الأجل.

صورة المسألة : زيد مدين لعمرو ب ١٠٠٠ درهما لمدة شهرين

اتفقا زيد وعمرو على أن يكون الدين الذي على زيد رأس مال سلم في سلعة.

صورة المسألة : زيد دائن لعمرو ب ١٠٠٠ درهم

زيد اشترى ١٠ ديلو قمحا من عمرو بصيغة السلم

فاتفق زيد على أن يكون رأس مال السلم هو ١٠٠٠ درهم التي كانت دينا على عمرو

العناصر:

○ علاقة دين سابقة

^١ شرح ابن ناجي التنوخي على الرسالة ١٦٥/٢

- علاقة بيع السلم
 - اسقاط ١٠٠٠ درهم الثابتة في ذمة عمرو بمقابل وهو الاتيان ب١٠ كيلو قمحا، بحيث لم يعد الدين قائما وانشئت علاقة أخرى مديونية
 - جعل الدين ثمنا لسلعة مؤجلة
 - كانت علاقة دين بمحل دين معين فتحولت إلى علاقة دين بمحل دين آخر
 - بيع دين نقدي في ذمته بدين آخر من السلعة.
 - تحويل الدين وجعله ثمنا لسلعة موصوفة في الذمة.
 - لم يعودا الطرفان مدينين ودائنين حيث افرغت ذمة أحدهما في العلاقة الأولى.
 - قد يحصل على أكثر من دينه وقد يكون مساويا وقد يكون أقل.
- النتيجة : لا جديد شغل الذمة قائم كما كان مع تغيير طبيعة الشاغل.

الحكم: بين التحريم بالإجماع وادعاء بالاختلاف.

إن استصبحنا العناصر السابقة التي كونت محل الإجماع فلنا أن ندخلها في المحل نفسه ، وهو ما جعل عددا من أهل العلم يحكي فيها الإجماع، قال ابن قدامة: إذا كان له في ذمة رجل دينار، فجعله سلماً في طعام إلى أجل لم يصح، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ من أهل العلم، منهم مالك والأوزاعي، والنووي، وأحمد، وإسحق، وأصحاب الرأي، والشافعي، وعن ابن عمر أنه قال: لا يصح ذلك؛ لأن المسلم فيه دين فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين، ولا يصح ذلك بالإجماع^١، ومن مستندات الإجماع: قول الصحابي: فعن ابن عمر أنه قال: لا يصح ذلك؛ لأن المسلم فيه دين فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين، ولا يصح ذلك بالإجماع^٢.

المغني (٢٢٤/٤)

المغني (٢٢٤/٤)

ولكن جاء في مجموع الفتاوى لابن تيمية: وَأَمَّا بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ فَيَنْقَسِمُ إِلَى بَيْعٍ وَاجِبٍ وَاجِبٍ بِوَاجِبٍ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَيَنْقَسِمُ إِلَى بَيْعٍ سَاقِطٍ بِسَاقِطٍ وَسَاقِطٍ بِوَاجِبٍ. وَهَذَا فِيهِ نِزَاعٌ.^١، جاء في إعلام الموقعين: "فإن قيل: تجوزوا على هذا أن يقول له: اجعل الدين عليك رأس مال السلم في كذا وكذا. قيل: شرط صحة النقص أمران؛ أحدهما أن تكون الصورة التي تنقض بها مساوية لسائر الصور في المعنى الموجب للحكم، الثاني: أن يكون الحكم فيها معلوماً بنص أو إجماع، وكلا الأمرين منتفٍ هاهنا، فلا إجماع معلوم في المسألة وإن كان قد حكى وليس مما نحن فيه؛ فإن المانع من جوازها رأى أنها من باب بيع الدين بالدين، بخلاف ما نحن فيه، والمجوز لها يقول: ليس عن الشارع نص عام في المنع من بيع الدين بالدين، وغايته ما ورد فيه حديث وفيه ما فيه: «أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ» والكالئ: هو المؤخر، وهذا كما إذا كان رأس مال السلم ديناً في ذمة المسلم، فهذا هو الممنوع منه بالاتفاق^٢.

وابن القيم يقول جائزة وهو: إسقاط دين ثابت في ذمة شخص وجعله ثمناً (رأس مال سلم) لموصوف في الذمة (مسلم فيه) مؤجل معلوم^٣ ويقول: "وقد حكى الإجماع على امتناع هذا، ولا إجماع فيه قاله شيخنا، واختار جوازه، وهو الصواب، إذ لا محذور فيه، وليس بيع كالئ بكالئ فيتناوله النهي بلفظه، ولا في معناه فيتناوله بعموم المعنى"^٤

صورة المسألة : زيد اشترى ١٠٠ كيلو قمحا إلى أجل من عمرو ب ١٠٠٠ درهم
زيد مدين وعمرو دائن ، وزيد بدل أن يرد ١٠٠٠ درهم عوضه بسلعة مؤجلة.

الحكم : التحريم بالإجماع للعناصر نفسها

^١ ابن تيمية (٥١٢/٢٠)

^٢ ابن القيم (٣٠٨/٥)

^٣ فإن قيل: ما الفرق بينه وبين القسم الثالث؟ فالجواب: أن الفرق إنما هو من حيث تقدم الثمن والمثمن في القسمين، وتأخرهما، وإلا فالحكم واحد على الصحيح - كما سيأتي - ففي القسم الثالث: المتقدم والساقط هو المثمن، والمتأخر والواجب هو الثمن (عقد البيع المعروف تماماً)، وفي القسم الرابع: المتقدم والساقط هو الثمن، والمتأخر والواجب هو المثمن (عقد السلم المعروف تماماً).

انظر إعلام الموقعين (٩/٢)، والمغني (٤١٠/٦)، والشرح (12/281)، والإنصاف (١٠٥/١٢)، والكشاف (١٥١٢/٣)، ١٥٥١، ١٥٥٤، وحاشية ابن قاسم على الروض (٢٦/٥٢٣، ٥/٤)

^٤ إعلام الموقعين (٢٩٤/١)

قال ابن تيمية في مختصر الفتاوى المصرية: "ومن اشترى قمحًا إلى أجل، ثم عوض البائع عن الثمن سلعة إلى أجل لم يجز، وكذلك إن احتال على أن يزيد في الثمن، ويزيده في الأجل بصورة يظهر رباها لم يجز، ولم يكن عنده إلا الدين الأول، فإن هذا هو الربا الذي أنزل الله فيه القرآن، يقول الرجل لغريمه عند محل الأجل: تقضي أو تري".^١
وقال أيضًا: "إذا اشترى قمحًا بثمن إلى أجل، ثم عوض البائع عن ذلك الثمن سلعة إلى أجل لم يجز فإن هذا بيع دين بدين".^٢

صورة المسألة: زيد مدين لعمر ب ١٠٠٠ درهم فيبيعه بهاتف مؤجل

العناصر:

- بيع الدين إلى المدين بعوض مؤجل
- نقد مقابل سلعة
- السلعة معينة ليست موصوفة في الذمة
- علاقة بين دائن ومدين . طرفان

صورة المسألة: زيد مدين لعمر ب ١٠٠٠ درهم فيبيعه لخالد بهاتف مؤجل

العناصر:

- بيع الدين إلى غير المدين بعوض مؤجل
- نقد مقابل سلعة
- ثلاثة أطراف.

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ١٠٠٠ درهم فيبيعه لخالد ب ٩٠٠ درهم مؤجلة.

الحكم: التحريم

العناصر:

ص ٣٢٤

مجموع الفتاوى (٤٢٩/٢٩)

- بيع الدين إلى غير المدين بعوض مؤجل.
- نقد مقابل نقد.

- الدين الثاني أقل من الأول. فإذا كان مساويا فيجوز.

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ٥٠ كيلو قمحا بثمان ١٠٠٠ درهم فيبيعه لخالد ب ١٠٠٠ درهم أو أكثر أو أقل مؤجلة.

الحكم: التحريم:

العناصر:

- عقد سلم بين زيد وعمر في الطعام
- بيع الدين - الذي هو ٥٠ كيلو قمحا والسلعة طعام - إلى غير المدين بعوض مؤجل.
- سلعة طعام مؤجلة مقابل نقد مؤجل

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ٥٠ كيلو قمحا بثمان ١٠٠٠ درهم فيبيع القمح عموما لخالد ب ١٠٠٠ درهم أو أكثر أو أقل مؤجلة.

الحكم: الجواز.

العناصر:

- عقد سلم بين زيد وعمر في الطعام
- بيع السلعة طعام عموما وليست هي التي محل عقد السلم إلى غير المدين بعوض مؤجل.
- سلعة طعام مؤجلة مقابل نقد مؤجل.

صورة المسألة : زيد دائن لعمر ب ١٠٠٠ درهم وخالد دائن لعمر ب ١٠٠٠ أو أكثر أو أقل ، فباع زيد عمرا دينه بدينه .

الحكم. حرام

"لَوْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى إِنْسَانٍ، وَالْآخِرُ مِثْلُهُ عَلَى ذَلِكَ الْإِنْسَانِ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا مَا لَهُ عَلَيْهِ بِمَا لِصَاحِبِهِ، لَمْ يَصِحَّ، اتَّفَقَ الْجُنُوسُ أَوْ اخْتَلَفَ، لِنَهْيِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ."^١

^١روضة الطالبين وعمدة المفتين (٧٣/٩)

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ١٠٠٠ درهم واتفق زيد وعمرو على أن يقدم عملاً أو خدمة في ذمته مقابل ١٠٠٠ درهم التي في ذمته.

الحكم: التحريم.

صورة المسألة: زيد باع سلعة لعمر ب ١٠٠٠ درهم مؤجلة ثم بعد ذلك اتفقا على أن يبيع ١٠٠٠ مقابل ٩٠٠ درهم.

الحكم: ضع وتعجل، محل خلاف.

زيد أقرض عمرو ١٠٠٠ درهم واشترى بها هاتفاً ب ١٠٠٠ درهم حالاً

أما إذا كان القرض إلى أجل والسلعة حالة فيجوز، وإذا كان القرض حالاً يجوز سواء كانت السلعة حالة أو مؤجلة.

العناصر:

- علاقة دين زيد دائن وعمرو مدين

- مبلغ الدين ١٠٠٠

- ثم علاقة بيع الثمن ١٠٠٠ درهم والهاتف يسلم حالاً.

- ليس كلا العوضين مؤجلاً.

جاء في المدونة: (قلت): فإن أسلفني دراهم أ يصلح لي أن أشتري منه بتلك الدراهم سلعة من السلع مكاني حنطة أو ثياباً (فقال) إن كان أسلفك إياها إلى أجل حالة، واشتريت بها منه حنطة يداً بيد، فلا بأس بذلك، وإن أسلفك إياها حالة واشتريت بها منه حنطة يداً بيد أو إلى أجل فلا بأس بذلك، وإن أسلفك إياها إلى أجل، واشتريت بها حنطة مكانك إلى أجل، فلا خير في ذلك، وذلك الكالء بالكالء؛ لأنك إذا رددت إليه دراهمه بأعيانها مكانك، فصار له عليك دنانير إلى أجل بطعام عليه إلى أجل، فصار ذلك ديناً بدين^١

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ١٠٠٠ درهم حل الأجل أو لم يحل لم يستطع أن يرد أو لا يريد أن يرد ١٠٠٠ اقترح على زيد أن يرد له بديلاً هو منفعة معينة سكنى دار مدة من الزمن

حكم هذه الصورة:

خلاف، ليس فيها إجماع.

جاء في الذخيرة للقراي: "قال: لا تأخذ في الدين الحال أو المؤجل منافع دار، أو أرض روية، أو ثمرة أزهرت؛ لأنه يتأخر قبضها، فهو يفسخ الدين في الدين، قال سند: وعن مالك الجواز؛ لأن تسليم الرقاب تسليم المنافع... وعنه إذا كان هذا يستوفي قبل أجل الدين جاز، وإلا امتنع لئلا يكون ربا الجاهلية، وهذا إذا كانت الدار ونحوها معينة وإلا فلا"^١

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ١٠٠٠ درهم واتفق زيد وعمرو على أن يقدم دارا يسكنها زيد لمدة ٢٠ يوما مقابل ١٠٠٠ درهم التي في ذمته.

الحكم: محل خلاف.

المجيزون: تسليم القاب تسليم للمنافع وقبض الأوائل كقبض الأواخر.

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ١٠٠٠ درهم فيأخذ مقابل دينه تمرا بدا صلاحه

الحكم: محل خلاف.

وقال في الكتاب نفسه في موضع آخر: وَأَمَّا الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ فَاجْتَمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى مَنْعِهِ. وَاخْتَلَفُوا فِي مَسَائِلَ هَلْ هِيَ مِنْهُ أَمْ لَيْسَتْ مِنْهُ؟ مِثْلُ مَا كَانَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا يُجِيزُ أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ مِنْ غَرْمِهِ فِي دَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ تَمْرًا قَدْ بَدَأَ صَلَاحُهُ، وَلَا سُكَّتَى دَارٍ، وَلَا جَارِيَةً تَتَوَاضَعُ، وَيَرَاهُ مِنْ بَابِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ. وَكَانَ أَشْهَبُ يُجِيزُ ذَلِكَ وَيَقُولُ: لَيْسَ هَذَا مِنْ بَابِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ، وَإِنَّمَا الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ مَا لَمْ يَشْرَعْ فِي أَخْذِ شَيْءٍ مِنْهُ، وَهُوَ قِيَاسُ عَدَدٍ كَثِيرٍ مِنَ الْمَالِكِيِّينَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ.^٢

صورة المسألة: زيد اتفق مع عمرو التاجر أن يأخذ كل يوم ١ سكر مع تأجيل الثمن. بيعة أهل المدينة.

العناصر:

✓ السلعة معلومة

✓ الأجل معلوم

✓ الشروع في تسليم السلعة

✓ أصل السلع أو جزء منها معين مملوك

الحكم: خلاف.

جاء في البيان والتحصيل: "كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلا بدينار، نأخذ كل يوم كذا وكذا رطلا والتمن إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك دينا بدين، ولم يروا به بأسا؛ فهذا أجازته مالك وأصحابه اتباعا لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين، أحدهما أن يشرع في أخذ ما سلم فيه. والثاني أن يكون أصل ذلك عند المسلم إليه على ما قال غير ابن القاسم ههنا، فليس ذلك بسلم محض؛ ولذلك جازتا خير رأس المال فيه، ووجب فسخه إن مرض أو مات أو فلس، ولا يشتري شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله؛ وقد روي عن مالك أنه لم يجز ذلك، ورآه دينا بدين" ^١ قال مالك: "لَا أَرَى بِهِ بَأْسًا إِذَا كَانَ الْعَطَاءُ مَأْمُونًا وَأَجَلُ الثَّمَنِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ" ^٢.

صورة المسألة:

زيد اشترى سلعة غير طعام من عمرو بالسلم سيتم التسليم بعد شهرين
وزيد يبيع السلعة نفسها -المسلم فيه- إلى عمرو قبل حلول الأجل بنقد أو سلعة أخرى معجلة.
الحكم: الجواز.

صورة المسألة:

زيد اشترى سلعة غير طعام من عمرو بالسلم سيتم التسليم بعد شهرين
وزيد يبيع السلعة نفسها بزيادة الثمن -المسلم فيه- إلى عمرو بعد حلول الأجل بنقد أو سلعة
أخرى معجلة.

الحكم : الجواز

^١ ابن رشد (٢٠٨/٧)

قال مالك: "من سلف ذهباً أو ورقاً في حيوان أو عروض، إذا كان موصوفاً إلى أجل مسمى، ثم حل الأجل، فإنه لا بأس أن يبيع المشتري تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل، أو بعد ما يحل بعرض من العروض، يعجله ولا يؤخره، بالغاً ما بلغ ذلك العرض، إلا الطعام، فإنه لا يحل له أن يبيعه قبل أن يقبضه..^١

وقال مالك: "ومن سلف في سلعة إلى أجل، وتلك السلعة مما لا يؤكل، ولا يشرب، فإن المشتري يبيعها ممن شاء بنقد أو عرض، قبل أن يستوفيهما، من غير صاحبها الذي اشتراها منه، ولا ينبغي له أن يبيعها من الذي ابتاعها منه إلا بعرض يقبضه ولا يؤجره، قال مالك: وإن كانت السلعة لم تحل، فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤجره"^٢

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ١٠٠٠ فيبيع زيد دينه لخالد بمنفعة سيارة معينة او سلعة معينة يتأخر قبضها.

الحكم: الجواز القصد اسقاط الدين وتحويله والرد بقيمته وزيد لم يستفد من المدين عمرو ...

صورة المسألة: زيد دائن لعمر ب ١٠٠٠ درهم وعمرو دائن لزيد ب ١٠٠٠ أورو أو أقل أو أكثر

والدينان ما يزالان قائمين، فاتفقا على عقد الصرف بينهما في الذمة.

فالصورة يبيع دين ثابت في الذمة يسقط إذا بيع بدين ثابت في الذمة يسقط^٣

وهو ما يعرف بمسألة المقاصة^٤ وهي متراكبة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما لهُ على طالبه فيما ذكر عليهما^٥. قال التسولي في تعريفها: "هي تطرح المتدائنين دينهما المتفق الجنس على أن يأخذ كل منهما ما في ذمته في مقابل ما له في ذمة صاحبه"^٦.

العناصر:

^١ الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي (٢/٦٥٩)، ط دار إحياء التراث العربي.

^٢ الموضوع نفسه.

^٣ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤٧٢/٢٩.

^٤ نظر إعلام الموقعين ٩/٢، وتهذيب السنن ٩/٢٦٢، والإنصاف ١٢/١٠٥-١٠٦.

^٥ الحدود ج ٤٠٦/٢ ط. دار الغرب الإسلامي.

^٦ البهجة في شرح التحفة ج ٥١/٢ ط. الحلبي.

العلاقة الأولى: علاقة دين بسبب قرض أو بسبب بيع

أ- زيد دائن وعمرو مدين

ب- عمرو دائن وزيد مدين

العلاقة الثانية: علاقة بيع

- بيع دين مقابل دين

- محل البيع الدينان

- النتيجة: براءة الذمة

- إسقاط دين نظير دين

- ساقط بساقط

- المقدمة الثانية: براءة الذمة مقصودة شرعا.

- المقدمة الثالثة: حصول انتفاع الطرفين.

الحكم: خلاف

جاء في المغني لابن قدامة: " إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ فِي ذِمَّةِ رَجُلٍ ذَهَبٌ، وَلِآخَرَ عَلَيْهِ دَرَاهِمٌ، فَاصْطَرَفَا بِمَا فِي ذِمَّتِهِمَا، لَمْ يَصِحَّ، وَبِهَذَا قَالَ اللَّيْثُ، وَالشَّافِعِيُّ. وَحَكَى ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ عَنْ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ؛ جَوَازُهُ؛ لِأَنَّ الذِّمَّةَ الْحَاضِرَةَ كَالْعَيْنِ الْحَاضِرَةِ؛ وَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَ الدَّرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ. وَلَنَا: أَنَّهُ بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ^١.

صورة المسألة: زيد مدين لعمرو ب ١٠٠٠ درهم فيبيعه بهاتف حاضر

العناصر:

- بيع الدين إلى المدين بعوض حاضر.

- نقد مقابل سلعة

- طرفان

^١(٣٧/٤، بداية المجتهد (٢١٥/٣)

الحكم: الجواز

صورة المسألة: زيد مدين لعمرو ب ١٠٠٠ درهم فيبيعه لخالد بهاتف حاضر.

العناصر:

- بيع الدين إلى غير المدين بعوض حاضر.
- نقد مقابل سلعة
- ثلاثة أطراف

الحكم: الجواز

AAOIFI

هيئة المحاسبة والمراجعة
للمؤسسات المالية الإسلامية

