ISSF2017
١-٢ نوفمبر ٢٠١٧م الموافق لـ ١٢-١٣ صفر ١٤٣٩هـ
فندق سما سماء، ماليزيا

المؤتمر العالمي الثاني عشر لعلماء الشريعة في المالية الإسلامية

منتجات التمويل الشخصي وأدوات إدارة السيولة في الصناعة المالية الإسلامية:
تعزيز الانضباط الشرعي والكفاءة الاقتصادية

الجلسة الثانية:

المعايير الرئيسة لكفاءة منتجات التمويل الشخصي وأدوات إدارة السيولة

الضوابط الشرعية لمنتجات التمويل الشخصي

الدكتور محمد قراط

الشريك المعرفي: I-FIKR Islamic Finance Knowledge Repository
الجهة الداعمة: INCEIF THE GLOBAL UNIVERSITY OF ISLAMIC FINANCE
بالتعاون مع
الجهة المنظمة: ISRA الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance
الراعي الرسمي: BANK NEGARA MALAYSIA CENTRAL BANK OF MALAYSIA

عنوان البحث: " الضوابط الشرعية لمنتجات التمويل الشخصي"

المؤتمر العالمي الثاني عشر لعلماء الشريعة في المالية الإسلامية

كوالالمبور – ماليزيا.

2017/11/01-02

إعداد: د محمد قراط .

المقدمة:

إن الناظر في حال المؤسسات المالية الإسلامية ليدرك أنها أعطت قدرا ذا بال للتمويل الشخصي الذي يهدف إلى تمويل السيولة للأفراد [1]، وتَّعرض في سبيل ذلك ثلاث منتجات مألوفة بمعنى واحد وبأسماء مختلفة وهي مبسوطة في مواقعها على الشابكة بحقيقتها وبإجراءات تنفيذها. وقد أفاض المهتمون فيها بكلام مفصل وبأنظار مختلفة، وفي مناسبات متعددة وذلك يغنينا عن إعادته.

وقد تحققت من مسالك الكاتبين في هاته المنتجات وكانت كتاباتهم مدافعات كبيرة بينهم، [2]واستقر رأيي إلى أن هناك حاجة تستحثنا لسد الخروق وضبط الفروع، وهو ما دفعني إلى سرد جملة من الضوابط التي تصلح لبناء الحكم عليها والتي استفدتها من دراسات عديدة، وسأوردها في هاته الورقة بالقدر اللائق بغرضنا **وقد عدلت فيه عَن ذكر تفصيلات هي بادية في أذهان السادة الحضور وهم من ذوي العلم والمعرفة والدربة، ولم أورد إلا ما له شدة الاتصال والتعلق بالبحث،** ولا مطمع إلا أن نغترف مما يجود به أهل العلم من تعليقات وطرر واستدراكات.

آملا من الله أن يهيئ لنا من أمرنا رشدا.

[1] ينظر بحث د عبد الباري مشعل تطوير منتجات التمويل الشخصي الذي قدمه للمؤتمر العالمي الحادي عشر لعلماء الشريعة في المالية الإسلامية2016

[2] - وقد اعد د سامي سويلم بحثا قيما في موضوع التورق قدمه لمجمع الفقه الإسلامي. فيه تفصيلات ومناقشات مفيدة ونافعة.

الضابط الأول: عدم الرد الفوري للسلعة المشتراة بالأجل لبائعها بثمن حال أقل.

هذا الضابط مركب من جزئيتين وهو مشعر بالحكم المناسب له فيما يقتضيه الشرع، لأن عدم اعتباره يوقعنا في بيع العينة، وقد عرفه ابن عرفة بقوله: "البيع المتحيل به على دفع عين في أكثر منها"[3]. ويضاف وجود الأجل وبينهما سلعة محللة.[4]

وبهذا تكون عناصر تحقق بيع العينة فيما يلي:

1- المعاملة في صورة بيع وحقيقته تحيل مذموم.
2- وجود تواطؤ بين الطرفين بقرائن قوية.
3- القصد هو الحصول على النقد .
4- ثمن البيع من البائع مؤجل أكبر.
5- ثمن الشراء من الذي ردت له السلعة حال وأقل.
6- وجود سلعة محللة غير مقصودة للطرفين.

فهذا يوقع في: عدم تحقق الضمان. ويقوي من القرائن والتهمة.

7- وجود تأثير للبائع الأول حيث هو المشتري ثانية فتلبس بصفتين متنازعتين؛ الأولى حقيقية والثانية صورية.

وعليه فإن الضوابط الحاكمة للعينة يمكن صوغها في الآتي:

1- عدم التساوي في الأجل. الضابط: إذا اتفقت الآجال فلا تبال بالأثمان.

2- عدم التساوي في الثمنين: الضابط: إذا اتفقت الأثمان فلا تبال بالآجال.

3- رجوع السلعة إلى البائع الأول. الضابط" ما خرج من اليد وعاد إليها يعدّ لغوًا .

ومن أمثلة ذلك:

1- زيد يبيع تلفازا بألف درهم بالأجل إلى عمرو، ثم يشتري زيد من عمرو نفس التلفاز بثمانمائة. وهي الصورة التي ذكرها الحطاب في مواهب الجليل: "هو أن يبيع الرجل السلعة، بثمن معلوم، إلى أجل، ثم يشتريها منه بأقل من ذلك الثمن".[5]

---

[3]- مواهب الجليل، 404/4. وشرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ،397/3.

[4]- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، ص: 325. .

[5] - مواهب الجليل ،4 /404 .

2- يأتي زيد إلى عمرو فيقول له: أسلفني ألفين درهم فيقول عمرو: لا أفعل، ولكن أشتري لك تلفازا من السوق بألف وخمسمائة، فأبيعه لك بألفين ثم أشتريه منك بألف[6].

فكلتا الصورتين حرام غير أن في الصورة الأولى التهمة أقل، ولكنها تصلح قرينة على المواطأة وفي الصورة الثانية درجة التهمة أقوى.

وعلة التحريم راجعة لما يلي:

- توفر العناصر السابقة التي تدل على حصول معنى "سلف جر نفعا" وهي تعطي للقصد اعتبارا.
- توفر العناصر السابقة تقوي من درجة استدعاء سد الذريعة للوقوع في الربا. ولا تعطي للقصد بالا.
- رجوع السلعة إلى اليد الأولى يُفقدها حصول الضمان المتعلق بالتملك.

وكل العلل السابقة سنخصص لها حديثا مستقلا في صورة ضابط تصريحا أو تعريضا.

وعليه فإنه كلما انتفت المواطأة المركبة من المفردات السابقة أو خفت جاز المعاملة ومن أمثلة ذلك:

1- عمرو طلب من زيد سلعة وليست عنده فيذهب زيد يشتريها من مالكها أحمد ثم يبيعها لعمر بثمن كله معجل أو كله مؤجل أو بعضه معجل وبعضه مؤجل.

وحكم هذه المسألة: الجواز[7]، جاء في التاج والإكليل وهو يتحدث عن الصورة الجائزة " أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة فيقول له هل عندك سلعة كذا أبتاعها منك فيقول له لا فينقلب عنه مراوضة ولا مواعدة فيشتري تلك السلعة التي سأله عنها ثم يلقاه فيخبره أنه قد اشترى السلعة التي سأله عنها فيبيعها بما شاء نقدا أو نسيئة ولو بمؤجل بعضه"[8].

2- " أن يأتي شخص لآخر، ويطلب منه سلعة وليست عنده، فيذهب الآخر من غير أمر الأول، ويشتريها من الثالث، ثم يبيعها للأول، بثمن حال، أو مؤجل، أو بعضه حالا وبعضه مؤجل، وسواء كان بمثل ما اشتراها له، أو أقل أو أكثر "[9] .

---

[6]-مثل الصورة في المدونة برواية سحنون، 89/9.
[7]- انظر : حاشية الدسوقي،88/3
[8]- محمد بن يوسف العبدري أبو القاسم، 404/4
[9] -ينظر الشرح الصغير ، 2 /45 .

الضابط الثاني: مراعاة تحقق الضمان قبل طلب الربح.

كما أشرنا سابقا فإن بيع العينة في صوره المحرمة ووفق المعايير السابقة لا تتحقق فيه قاعدة: " الخراج بالضمان" وعليه فإن منتج التمويل الشخصي المبني على العينة يفتقد لتحقق الضمان قبل طلب الربح حتى ولو تم اشتراط فصل العقدين أو نقل الملكية [10]حيث عنصر الأجل حاضر والسعة ترد في الوقت والقبض ضعيف، لأنه ترتب عن ملكية ضعيفة. لأن السلعة لم تكن مقصودة أصلا، وأدى الأمر لحصول تعمير الذمة، فقويت شبهة التحريم، فبان أن المعقود عليه لم يبلغ الحالة التي ينتفع به فيها على الوجه الأكمل وهو مبتغى الشريعة.

وللحمل الفقهي على نازلتنا نورد المثال الآتي:

البنك يتفق مع عمرو على أن يشتري له عقارا ب1000000 درهما، ثم يبيعه له ب900000 درهما أجلا. ثم يُبرَم عقد لرد السلعة بيعا بثمن حال نقدا.

تكييف الصورة : البنك ربح 100000 درهما بدون ضمان. فالسلعة لم تكن مقصودة ومن ثم لم تدخل في ضمانه. فكأن الصورة: دفع نقد مقابل نقد أكثر؛ لكونه وسيلة ظاهرة واقعة إلى بيع خمسة عشر نَسيئةً بعشرة نقدًا.

فيكون الحكم حراما لتوفر العناصر السابقة، وعلة التحريم أن ذلك من ربح ما لم يضمن"[11] و قد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "نهى عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وربح ما لم يضمن"[12]

<u>وبالنسبة لمنتج التورق</u> فإنه ما دام القصد الحصول على النقد من طرف المستورق وهذا لا يضر وحده والطرفان لا يقصدان تملك السلعة ولا يراعيان الضمان، فإن ذلك يقربه من معنى العينة ولكن لا يجعله كافيا في نظري للتحريم لقوة سلامة الصورة، بل يستدعي مزيدا من القرائن الأخرى وهي التي نقصد تجنبها من خلال ذكر ضوابط أخرى

---

[10] الاجتماع رقم 157 للمجلس الاستشاري الشرعي للبنك المركزي الماليزي بتاريخ 27 :فبراير211 ينظر بحث د عبد الباري السابق.

[11] شرح الموطأ للقنازعي إنما تزجم مالك هذا الباب بباب العينة من أجل أن أهل المدينة كانوا يتبايعون بالعينة في الطعام، فكان الرجل منهم يشارط الرجل على أن يشتري له طعاما بثمن، ثم يبيعه منه قبل أن يستوفيه بثمن إلى أجل بأكثر مما اشتراه به، فيصير ذلك من ربح ما لم يضمن، فنهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك، وقال: "من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوييه

[12] السنن الكبرى للنسائي.

لئلا يتلبس بصفة العينة المحرمة. حيث إن التورق أجازه بعض أهل العلم مع الكراهة كالمالكية الذين صوروه فيما يلي:

زيد يقول لعمرو خذ مني هذا الهاتف الذي قيمته ثمانون درهما بمائة وعمرو يقصد الحصول على النقد حيث سيبيع السلعة لطرف ثالث.

وهذه الصورة مكروهة سواء اتخذ زيد ذلك عادة وكان من أهل العينة أو لم يكن وعلى الكراهة شبهة الربا والصورة تفترض ما يلي:

- قصد عمرو هو الوصول إلى نقد
- زيد باع سلعة تملكها وانتقل الضمان لزيد بعد البيع.
- سواء عبر عمرو عن رغبته في التسلف أم لم يعبر.

جاء في الشرح الصغير :" ثُمَّ شَبَّهَ فِي الْكَرَاهَةِ قَوْلَهُ: (كَخُذْ) : أَيْ كَقَوْلِ بَائِعٍ لِمُشْتَرٍ: خُذْ مِنِّي (بِمِائَةٍ مَا) أَيْ سِلْعَةٍ (بِثَمَانِينَ) قِيمَةً؛ لِمَا فِيهِ مِنْ رَائِحَةِ الرِّبَا وَلَا سِيَّمَا إذَا قَالَ لَهُ الْمُشْتَرِي: سَلِّفْنِي ثَمَانِينَ وَأَرُدُّ لَك عَنْهَا مِائَةً فَقَالَ الْمَأْمُورُ: هَذَا رِبًا، بَلْ خُذْ مِنِّي بِمِائَةٍ إلَخْ.[13]

وحتى الحنفية فقد اعتبروه خلاف الأولى على راي بعض محققي المذهب نظرا لعدم وجود دليل واضح للكراهة ولم يحكموا سد الذرائع في الوقت ذاته، وافترضوا تعذر القرض الحسن، ولكنهم فهموا أن الشكل غير محمود ولا يتسق مع مقاصد الشريعة ، جاء في الدر المحتار:" ثُمَّ قَالَ فِي الْفَتْحِ مَا حَاصِلُهُ: إنَّ الَّذِي يَقَعُ فِي قَلْبِي أَنَّهُ إنْ فُعِلَتْ صُورَةٌ يَعُودُ فِيهَا إلَى الْبَائِعِ جَمِيعُ مَا أَخْرَجَهُ أَوْ بَعْضُهُ كَعَوْدِ الثَّوْبِ إلَيْهِ فِي الصُّورَةِ الْمَارَّةِ وَكَعَوْدِ الْخَمْسَةِ فِي صُورَةِ إقْرَاضِ الْخَمْسَةَ عَشَرَ فَيُكْرَهُ يَعْنِي تَحْرِيمًا، فَإِنْ لَمْ يَعُدْ كَمَا إذَا بَاعَهُ الْمَدْيُونُ فِي السُّوقِ فَلَا كَرَاهَةَ فِيهِ بَلْ خِلَافُ الْأَوْلَى، فَإِنَّ الْأَجَلَ قَابَلَهُ قِسْطٌ مِنْ الثَّمَنِ، وَالْقَرْضُ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ دَائِمًا بَلْ هُوَ مَنْدُوبٌ وَمَا لَمْ تَرْجِعْ إلَيْهِ الْعَيْنُ الَّتِي خَرَجَتْ مِنْهُ لَا يُسَمَّى بَيْعَ الْعِينَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ الْعَيْنِ الْمُسْتَرْجَعَةِ لَا الْعَيْنِ مُطْلَقًا وَإِلَّا فَكُلُّ بَيْعٍ بَيْعُ الْعِينَةِ اهـ وَأَقَرَّهُ فِي الْبَحْرِ وَالنَّهْرِ والشرنبلالية وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَجَعَلَهُ السَّيِّدُ أَبُو السُّعُودِ مَحْمَلَ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَحَمَلَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَالْحَدِيثَ عَلَى صُورَةِ الْعَوْدِ."[14]

الضابط الثالث : عدم توالي عقدتي بيع لم يتخللهما قبض .

الفرق بين هذا الضابط وما سبقه هو أن الأول لا يفترض دائما وجود عقد ثان، بينما هذا الضابط يقتضي وجود عقد ثان. وعليه فإنه مما ينبغي أن نتأكد منه هو فصل بين

---

[13] 31/3

[14] رد المحتار على الدر المختار 5-326

العقد الأول الذي يجمع طالب التمويل والبنك الممول، والعقد الذي يجمع بين طالب التمويل والذي اشترى منه السلعة؛ بحيث يلزم أن يكون هذا الفصل واضحا وواقعا؛ ويتحقق الوضوح من خلال حصول تملك يعقبه قبض يدل على انتقال الضمان حقيقة، لأن بَيْعَ مَا لَمْ يُقْبَضْ يُتَطَرَّقُ مِنْهُ إِلَى الرِّبَا[15]، فعدم الانضباط للقبض المترتب على الملكية الحقيقية، يضعه في موقع عدم المشروعية، لأن المقصود هو الانتفاع والذي لا يتحقق الا بالملكية الموجبة للقبض. قال ابن تيمية: "والمقصود من العقود: القبض[16]".لأن الملك لا يخلو أن يكون:

- استقر بنفس البيع الذي هو الإيجاب والقبول المطلق.
- أو بمعنى زائد عليه وهو القبض.

الضابط الرابع : تحقيق مقصود العقد.

إن أي منتج للتمويل الشخصي يلزم أن تستند مشروعيته إلى ما يحقق من مقاصد معتبرة؛ فالشارع حين يقرر عقدا فإنه يتغيا منه تحقيق مقاصد جزئية ومقاصد كلية، وعليه فلا يناسب مقاصد الشرع ما يتحايل به للوصول إلى غير ما هو مطلوب شرعا، "فَالْبِيَاعَاتُ إِنَّمَا شُرِّعَتْ لِدَفْعِ الْحَاجَاتِ[17] فالبيع مبني على رغبة المالك عما في يده إلى ما في يد غيره، والشراء رغبة المستهلك فيما في يد غيره بمعاوضة بما في يده مما رغب عنه، ولذلك [كل -] شار بائع.[18]

وعليه فإن كل عقد لا يحصل مقصوده لَا يُشْرَعُ وَيَبْطُلُ إنْ وَقَعَ، وَالْمَقْصُودُ مِنْ الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ إنَّمَا هُوَ انْتِفَاعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الْمُتَعَاوِضَيْنِ بِمَا يَصِيرُ إلَيْهِ[19] وعلى أساس ذلك وضع له حكم شرعي مبني على المناسبة بين المقصود والحكم .

الضابط الخامس: عدم الجمع بين عقدين متناقضين.

من الضوابط التي ينبغي اعتبارها في التمويل الشخصي خاصة في منتج القرض مع الرهن هو عدم الجمع بين عقدين متناقضين على الوجه الذي يحصل منه التحريم، وهذا بين في منتج القرض الحسن مع الرهن المحفوظ بمقابل.

---

[15] بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد
[16] العقود لابن تيمية، ص 235.
[17] تفسير الرازي (76/7).
[18] تراث أبي الحسن الْحَرَالِّي المراكشي في التفسير، ص 473.
[19] ينظر: الفروق للقرافي.383/3

وتحرير هذا الضابط يقتضي ذكر تأثيره بأوجه مختلفة.

الوجه الأول: تنافي بين مقاصد البيوع ومقاصد السلف.

فكما سبق فإن البيع له مقاصد جزئية والسلف له مقاصد جزئية. فكانا عقدين متضادين وصفًا فناسب الحكم مبدئيا عدم الجواز شرعا حين يجتمعان، فالبيع صفة والسلف صفة؛ فالصفتان تتناقضان والموصوفان يتضادان؛ فالاجتماع يعتبر شرطا مناقضا وغير ملائم للقرض، وتلك علة تصلح لابتناء الحكم؛ فالسلف معروف أرخص فيه للحاجة إليه، والبيع جهة وضعت للتجارة والاكتساب، والتشاح والمعاينة تختلف مقاصدها فلا يجمع بينهما[20] ، قال ابن العربي: " يترتب على حديث النهي عن بيع وسلف أصل بديع من أصول المالكية، وهو أن كل عقدين يتضادان وصفًا ويتناقضان حكمًا، فإنه لا يجوز اجتماعهما، أصله البيع والسلف، فركبه عليه في جميع مسائل الفقه، ومنه البيع والنكاح، وذلك أن البيع مبني على المغابنة والمكايسة، خارج عن باب العرف والعبادات، والسلف مكارمة وقربة" [21]

الوجه الثاني: درء الغرر .

الجمع أيضا بين البيع والسلف يوقع في الغرر المنهي عنه شرعا، جاء في المنتقى: «وجه ذلك من جهة المعنى :أن القرض ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البر والمكارمة، فلا يصح أن يكون له عوض .فإن قارن القرض عقد معاوضة، كان له حصة من العوض، فخرج عن مقتضاه، فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة ." [22] والأصل في منع الغرر ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - قال: "نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الغرر"[23]، 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 بمجرده، فإن ذلك يؤدي إلى إغلاق باب البيع، وليس ذلك مقصوداً للشارع[24]، إذ لا تكاد تخلو معاملة من شيء من الغرر[25]

---

[20]- العارضة، 5/241-243.

[21] - القبس شرح الموطأ: 2/ 843

[22]- المنتقى للباجي 5 /29

[23]- رواه مسلم في كتاب البيوع - باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر -، رقم 1513.

[24] - ينظر: الموافقات للشاطبي 14/2.

[25] - ينظر: عقد الجواهر الثمينة، 419/2، المنتقى للباجي، 41/5.

الوجه الثالث: تنافي بين العقدين في طبيعتهما من حيث اللزوم وعدمه.

إن التنافي في الجمع بين القرض والبيع حاصل في كون عقد القرض منافيا لعقد البيع ولكن ليس من وجه الإرفاق والتشاح وإنما من جهة جزئية أخرى، وهي اللزوم وعدمه، جاء في المنتقى:" ووجه آخر :وهو أنه إن كان القرض غير مؤقت، فهو غير لازم للمقرض، والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة- كالإجارة والنكاح- لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافي حكميهما[26].

الضابط السادس: منع اجتماع البيع مع السلف.

هذا الضابط متضايف مع الضابط السابق وهو أيضا يتعلق بمنتج الرهن مع القرض وحقيقته: بيع خدمة مشروطة على المقترض مقابل القرض.

ومن المعلوم أن مَقْصُودَ الرَّهْنِ هو التَّوَثُّقُ بِدَوَامِ الْيَدِ؛ فكل شرط موجب منفعة للمقرض يجعل القرض ربويا فتكون الصورة من باب اجتماع البيع بالسلف. لانصدامها بِقَاعِدَة الربا من جهة ولم تعضد بقاعدة أقوى. ويعلق الباجي في المنتقى وهو يشير إلى حديث:" نهى عن بيع وسلف" فقال:" وأَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ، وَتَلَقِّي الْأُمَّةِ لَهُ بِالْقَبُولِ وَالْعَمَلِ بِهِ يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ مَعْنَاهُ، وَذَلِكَ يَقُومُ لَهُ مَقَامَ الْإِسْنَادِ "[27].

والتحريم المشار اليه مقيد بحصول الشرط، وتعاقد الطرفين على ذلك، وهذا حاصل في صورة التمويل الشخصي المبنية على القرض مع خدمة حفظ الرهن، وقد جاء في شرح الرسالة لزروق: " إذا كان ذلك بشرط"[28] ، وفي المغني:" وإن شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئًا أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى، لم يجز".[29] مصداقا لما ورد في موطأ مالك:" بَاب السَّلَفِ وَبَيْعِ الْعُرُوضِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ حَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ"[30].

وتفرد النص بحكم واحد مشعر بحصوله وانتشاره واقتضى وصفه واستلزم تجنبه.

توجيه علل الحكم بالمناسبة:

سنسوق هنا العلل التي ذكرها أهل العلم .

1-**مجرد اجتماع البيع والسلف يفسد الحكم**. فتحريم الجمع بين السلف والبيع من حيث جهة أن الأصل في النهي اقتضاء الفساد بإطلاق. وحكم التحريم هو حقيقة شرعية ووصف قائم.

---

[26]- المنتقى للباجي 5 / /29

[27] - المنتقى، 435/3.

[28]- ينظر: شرح زروق 746/2

[29]- المغني6 / 437

[30] - موطأ مالك كتاب البيوع، بَاب السَّلَفِ وَبَيْعِ الْعُرُوضِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ.

فمجرد اجتماعهما ينتج التحريم بغض النظر عن العلة المستنبطة التي هي جهة ثانية للنهي التي انعدمت فيها مطابقة الفعل لقصد الشارع أصلا أو وصفا، حيث إن " النهي يقتضي أن لا مصلحة للمكلف فيه، وإن ظهرت مصلحته لبادئ الرأي؛ فقد علم الله أن لا مصلحة في الإقدام وإن ظنها العامل، وإن لم يحصل ولا كان في حكم الحاصل لكن أمكن تلافيه، لم يحكم بإبطال ذلك العمل؛"[31]

فاجتماع البيع والسلف شرط في خطاب التكليف منهي تحصيله، فتناهى في هذا التقرير إلى التحريم بالعلة المذكورة.

- 2-مجرد اجتماعهما كاف لتأسيس الحكم بالتحريم حملا على اشتراط عقد في عقد على جهة الشرط وحصول التعاقد على وجه العموم؛ أي أن الجمع بين البيع والسلف ليس عين مسألة عقدين في عقد ولكنها تقتضيه وتتضمنه، فكأنَّ الاجتماع سبب للتحريم لاتحاد المعنى، وهذا إدراك لكون الحكم غير منوط بسبب ظاهر فعمد إلى هذا التعليل، لكن هناك فرق بين اشتراط بيع في بيع أو اشتراط قرض في بيع حيث في الصورة الثانية أبلغ في التحريم[32]

وعليه فإن اجتماع خدمة حفظ الرهن بمقابل هو من باب اجتماع البيع مع السلف ويعتبر وسيلة لحصول السلف بمنفعة الذي هو وصف انتهائي، ففي مواهب الجليل " لِأَنَّ الْبَيْعَ وَالسَّلَفَ إنَّمَا مُنِعَ لِأَدَائِهِ إلَى السَّلَفِ بِمَنْفَعَةٍ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ هُوَ وَإِنْ كَانَ مُؤَدِّيًا إلَيْهِ إلَّا أَنَّهُ أَبْيَنُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ بِالْمَظِنَّةِ فَكَانَ أَضْبَطَ[33]، وَبِأَنَّ الْمَنْعَ فِي سَلَفٍ جَرَّ نَفْعًا صَرِيحٌ وَفِي غَيْرِهِ ضِمْنِيٌّ وَبِأَنَّ الشَّيْءَ قَدْ يَكُونُ مَقْصُودًا لِذَاتِهِ أَيْ : وَهُوَ سَلَفٌ بِمَنْفَعَةٍ وَقَدْ يَكُونُ وَسِيلَةً كَالْبَيْعِ وَالسَّلَفِ فَبَيَّنُوا أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَقْتَضِي الْمَنْعَ اتِّفَاقًا فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى مَا يُقْصَدُ لِذَاتِهِ لَمْ يَلْزَمْ كَثْرَةُ الْقَصْدِ فِيمَا يُقْصَدُ وَسِيلَةً ضَرُورَةَ أَنَّ قَصْدَ الْمَقَاصِدِ أَقْوَى مِنْ قَصْدِ الْوَسَائِلِ"[34]

-الضابط السابع : تفادي الوقوع في معنى بيعتين في بيعة.

منتج العينة من باب البيعتين في بيعة ولو على راي الشافعية الذين ينظرون إلى واقعحصول الفصل بينهما، ولا يعتبرون تفاوت الثمن وصفا مؤثرا، على اعتبار أن الوصف الواحد قد لا يكون كافيا، ولكن حين تعضده قرائن أخرى فيُستدعي التأثير ويتغير حينئذ الحكم خاصة عند وضوح القصد وظهور الشرط بين الطرفين وكان خراب الذمم باديا..وهو

[31] - الموافقات55/2.
[32]- ينظر: المغني6 / 437
[33] - مواهب الجليل 391/4
[34] - الخرشي 65/4

ما يجعل محقق المذهب ومدققه يصف العينة بالكراهة يقول:" **وَقَدْ يُكْرَهُ كَبَيْعِ الْعِينَةِ وَكُلِّ بَيْعٍ اُخْتُلِفَ فِي حِلِّهِ كَالْحِيَلِ الْمُخْرِجَةِ عَنْ الرِّبَا**[35]

والظاهر أيضا أن القرض مع الرهن من باب معنى بيعتين في بيعة من وجه من الوجوه وهو نظر مسوق من لدن أهل العلم، فقد جاء في كشاف القناع:" إن شرط الوفاء بأنقص مما اقترض، أو شرط أحدهما على الآخر أن يبيعه أو يؤجره أو يقرضه، لم يجز (ذلك لأنه كبيعتين في بيعة المنهي عنه[36]

وهذا التعليل يشعر بتراتبية حاصلة وذلك بكون القرض جر منفعة تحول إلى بيع مقابل بيع آخر، وأرى أن هذا التعليل قوي إذا انعدمت محاباة في الثمن بين المتعاقدين. وقد"نهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ"[37]. و قال أيضا صلى الله عليه وسلم: "مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكَسُهُمَا أَوْ الرِّبَا"[38].

الضابط الثامن: اعتبار المآل وفق مبدأ سد الذرائع.

اعتبار المآل ضرورة لتنزيل الحكم الشرعي ولا بد من سلوكه، لأنه " مجال للمجتهد جار على مقاصد الشريعة"[39] واعتمادي عليه اقتضته الغايات الآتية:

- تحقيق التناسب بين أفعال المكلفين ومقاصد الشارع في الظاهر والباطن.
- اعتباره وسيلة تدرأ استعمال الحيل لأن لا عبرة بالحيل في الدين.
- درء إخفاء مقاصد المكلفين الفاسدة.
- اعتباره مسلكا يقي من الوقوع في الضرر.

والقصد من ذكر هذا المبتنى هو التأكيد على أن الجمع بين الخدمات والقرض ، من الوسائل التي هي مشروعة في أصلها انفرادا، لكن النظر أثمر لنا نتيجة تبين أن هذه الوسائل توردنا مورد الربا.

---

[35] تحفة المحتاج 433/4 وينظر بحث قيم للدكتور سامي سويلم " التورق والتورق المنظم " المقدم لمجمع الفقه الإسلامي رابطة العالم الإسلامي مكة2003.

[36] - كشاف القناع 3/304

[37]موطأ مالك كتاب البيوع، باب.. النهي عن بيعتين في بيعة.

[38]سنن أبي داود، أبواب الإجارة، بَاب فِيمَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ رقم:3002.

[39]- الموافقات، 4 /194 -195.بتصرف قليل

واعتباري لسد الذرائع حملا على المآل لم يكن ابتداء وإنما انتهاء، حيث إن مراعاة مبدأ سد الذرائع يأتي لاحقا عن التوصل للحكم الأول وهو جواز التمويل الشخصي المبني على التورق ، فقد ينقلب الحكم من الجواز إلى التحريم بعد الموازنة بين مصلحة الحكم المتوصل إليه، وبين ما قد يفضي إليه تطبيق الحكم من المفاسد العامة والخاصة كما سياتي في ضابط لاحق وذلك بدون اعتبار لمقاصد المكلف ما إذا كان يروم المفسدة من فعله أم لا، لأنه يبحث في الحكم وما يؤول إليه مجردا.

واعتماد الشريعة لسد الذرائع هو منهج وقائي لعدم الوقوع في الحيل، قال الشاطبي:" ومنها قاعدة الحيل فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر. فمآل العمل فيها خرم لقواعد الشريعة في الواقع... ." [40]

وحال مسألتنا تدل على وجود قصد الانتفاع من القرض، وهذا كاف لتحقق الحقيقة الشرعية في الحكم فيكون حراما. لأن البنك يقرض الزبون قاصدا الاستفادة من الخدمات المتعلقة بحفظ الرهن أو السير في اعتماد التورق بدون ضوابط حاكمة له مما يعني أنه يستدعي تطبيق مبدأ سد الذرائع، لأن المتأمل في هذا مستصحبا اتفاق أهل العلم على تحريم الجمع[41] يدرك أنه علة أصلية لأن هذا يدخل فيما "ّ يكثر ويعلم على القطع والثبات أن الشرع حكم فيها بالمنع لأنها ذرائع المحرمات والربا أحق ما حميت مراتعه وسدت طرائقه"[42].

فضلا عن افتراضي لكون التورق سببا مشروعا لمسبب مشروع وهو الحصول على النقد . فإنه إن ظهر أن المسبب غير مشروع بحيث لا يجلب المصلحة المتلازمة والمناسبة ولا يدرأ المفسدة فإنه يرفض، وقد عُلم أو ظُنّ أن التورق لم يكن سببا شرع ابتداء لجلب المصالح ودفع المفاسد، وإنما طريق لحاجة معينة، لأن البيع المعهود هو السبب الذي شرع لتحقيق المنافع؛ وعليه، فالتورق قد لا يحقق حكمة البيع نفسها فإذا بطل السبب يؤدي إلى بطلان المسبب المعين.لأن كل " **سَبَبٍ مَنْصُوبٍ لِحُكْمٍ إذَا أَفَادَ حُكْمَهُ الْمَقْصُودَ مِنْهُ يُقَالُ إنَّهُ صَحَّ، وَإِنْ تَخَلَّفَ عَنْهُ مَقْصُودُهُ يُقَالُ إنَّهُ بَطَلَ. فَالْبَاطِلُ هُوَ الَّذِي لَا يُثْمِرُ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ مَطْلُوبٌ لِثَمَرَتِهِ، وَالصَّحِيحُ هُوَ الَّذِي أَثْمَرَ"**[43]

وهناك وجه آخر يجوز إضافته وهو أن الشارع يعلم بأن الناس قد يقعون في موقع الحاجة إلى النقد وهذا سبب معين، ولم يشرع لذك التورق باعتباره سببا معينا مشروعا ولم ينص عليه [44]فقد وضع طرقا أخرى من القرض والزكاة وغيرها.

---

[40] - الموافقات54/3.

[41] - يقول القرطبي في الجامع: واتفق العلماء على منع الجمع بين بيع وسلف " 524/1

[42] - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي614/1.

[43] المستصفى للغزالي76/1

[44] - بل وردت نقول عن السلف تذم التورق، راجع بحث التورق عند السلف للدكتور سامي سويلم.

الضابط التاسع: اعتبارا الأخذ الأحوط.

إضافي لهذا الضابط هو بموجب الاستئناس، والاتيان به يفترض التسليم بتعذر الدليل الجزئي أو الكلي تجوزا، فهو تحرز زائد عن اعتبار سد الذرائع لأن الاحتياط أقوى من سد الذرائع وتطبيقه أوسع. ولكن التداخل والتضايف بينهما هو المعتبر.واعتبار الاحتياط في الترجيح نظرا لما يمثله من «حفظ النفس عن الوقوع في المآثم"[45].هذا إن سلمنا عدم المعارض الراجح، لأنه يؤخذ به على هذا الحال، يقول ابن تيمية عن الاحتياط بأنه "اتقاء ما يخاف أن يكون سببا للذم والعذاب عند عدم المعارض الراجح"[46].

وهذا العمل ملائم لطبيعة الشريعة حيث إنها: "مبنية على الاحتياط والأخذ بالأحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوما على الجملة والتفصيل، فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها"[47]. وهذا الاعتبار في الترجيح كان ديدن الصحابة رضي الله عنهم وهم ائمة العلم والاجتهاد، قال الشاطبي: "إن الصحابة عملوا على هذا الاحتياط في الدين لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يُقتدى بهم، فتركوا أشياء وأظهروا ذلك ليبينوا أن تركها غير قادح وإن كانت مطلوبة"[48].

وعمدي إلى الأخذ بالأحوط في مسألتنا هاته استلزمه أيضا المشي للخروج من الحل إلى الحرمة، يقول القرافي:" يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لأن التحريم يعتمد المفاسد؛ فيتعين الاحتياط له؛ فلا يقدم على محل فيه مفسدة بأيسر الأسباب، دفعاً للمفسدة بحسب الإمكان[79].

وتطبيقا لهذا جاء في بدائع الصنائع ما يؤكد على الاحتياط في الربا، حيث قال:" وأما الذي يرجع إلى نفس القرض، فهو ألا يكون فيه جر منفعة، فإن كان لم يجز، نحو ما إذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحا، أو أقرضه وشرط شرطا له منفعة ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا، لأنها فضل لا يقابله عوض، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب .هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض.[49]"

الضابط العاشر : اعتبار للتهمة:

---

[45] التعريفات، 26.
[46] مجموع الفتاوى، لابن تيمية، 138/20- 137.
[47] الموافقات، 85/3.
[48] الموافقات، 102/4.
[49] - ينظر: بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني،395/7.

مما ينبغي مراعاته هو مبدا التهمة القريبة وليست البعيدة في منتجات التمويل الشخصي، لأن اعتبار التهمة معتبر عند أهل الفقه، وفي المقدمات:" مراعاة التهمة أصل يبنى عليه الشرع"[50]، وَمَتَى قَوِيَتِ التُّهْمَةُ وَقَعَ الْمَنْعُ وَمَتَى فُقِدَتْ فَالْجَوَازُ وَإِنْ ضَعُفَتْ فَقَوْلَانِ مُرَاعَاةً لِلتُّهَمِ الْبَعِيدَة[51]

فالتهمة روعيت في الحكم على بيع العينة بالتحريم لأنها تقدح في التصرفات، وتصلح لابتناء الحكم عليها، وفي حاشية الدسوقي:" مُنِعَ الْبَيْعُ الَّذِي كَثُرَ قَصْدُ النَّاسِ إلَيْهِ لِأَجْلِ التُّهْمَةِ وَظَاهِرُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ فَاعِلُهُ"[52]

وهي ظاهرة في منتج القرض مع الرهن ودخل الطرفان على شرط الجمع بين البيع والسلف لا تهمة نفس البيع والسلف انفرادا.

والواقع يدلنا على أن البنوك الإسلامية المطبقة للمنتج وكذا الزبائن يقصدون التعاقد بالوجه المذكور وقد انتشرت المعاملة فعلا، وهذا يقوي من الترجيح بالتهمة للتأكيد على التحريم، فاجتماع القرض المجاني مع البيع إن كان المقصود من الاشتراط هو الحصول على فائدة ضمنية على القرض من خلال البيع.، فالمعاملة محرّمة، ففي الشرح الكبير :" ومن ذلك بيع جائز في الظاهر يؤدي إلى بيع وسلف فإنه يمنع للتهمة على أنهما قصدا البيع والسلف الممنوع [53].كأن يبيع سلعتين بدينارين لشهر ثم يشتري إحداهما بدينار نقدا فآل أمر البائع إلى انه خرج من يده سلعة ودينارا نقدا اخذ عنهما عند الأجل دينارين أحدهما عن السلعة وهو بيع والآخر عن الدينار وهو سلف.[54]

وإن كانت التهمة في التورق أخف حيث الشريعة لا تمنع مبدئية الحصول على النقد والسعي لهن ولكن لم تنتف الشبهة في ذلك، ومن المعلوم أن" الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط" [55].

---

[50]-المقدمات الممهدات لابن رشد84/1.
[51] الذخيرة 299/5
[52] - حاشية الدسوقي76/2
[53]- الشرح الكبير للدردير، 76/3.
[54]- السابق، 76/3.
[55]- المبسوط للسرخسي، 99/17.

الضابط الحادي عشر: مراعاة مقاصد المكلف.

إن مقاصد المكلف من الأمور التي تراعى في تنزيل الأحكام الشرعية، فمعلوم أن الدين الإسلامي عني بإصلاح مقاصد المكلفين ونياتهم عناية تفوق اهتمامه بأي مسألة أخرى[56]. ولذا فإن العلماء ذهبوا إلى أن" المقاصد معتبرة في التصرفات"[57]. حيث إن "**الْعَمَل إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ الْقَصْدُ تَعَلَّقَتْ بِهِ الْأَحْكَامُ التَّكْلِيفِيَّةُ، وَإِذَا عُرِّيَ عَنِ الْقَصْدِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ شَيْءٌ مِنْهَا؛"**[58] لأن المعتبر في أفعال المكلفين هو توافق نية المكلف و قصده مع قصد الشارع في وضع التكاليف؛ ويؤكد الشاطبي أن قصد الشارع من المكلف هو أن يكون قصده في أفعاله موافقا وتابعا لقصده تعالى من التكليف، والفعل لا يحكم بصحته وجوازه إلاّ إذا كان على أصل المشروعية في ظاهره و باطنه؛ لأن الأحكام ليست مقصودة لأنفسها، و إنما قصد بها المصالح التي شُرّعت من أجلها، فإذا كان العمل في ظاهره مشروعا؛ لكنه في باطنه على غير ذلك كان غير صحيح و غير مشروع".[59]

ومن ثم فإن الفقهاء وظفوا ذلك في تحرير فتاويهم على نحو واسع؛ ومن النوازل المعبرة عن مراعاة مقاصد المكلف ما ذكره الهلالي في نوازله:" سؤال: سيدي رضي الله عنكم جوابكم فيمن باع دارا لآخر بيعا فاسدا وباعها المبتاع لآخر هل يفيتها البيع الثاني ويكون الواجب فيها القيمة أم لا يفيتها إلا بالبناء والهدم؟ جوابه فالبيع صحيح يفيت المبيع الفاسد إلا إذا قصد به الإفاتة"[60] ". ومن فتاوى الشاطبي في هذا الموضوع أنه لما سئل عمّا يفعله النّاس حيث يجيء المبتاع فيقول له: "أعطني زيتا أو غيره بقيراط، هل يعدّ هذا انبراما لعقد البيع حتى لا يجوز له أن يأخذ غيره إلاّ بعد القبض، أو لا يعد انبراما؟.فأجاب الشاطبي معتمدا على مذهب مالك في عدم الاعتبار بالألفاظ في العقود، فلا يشترط لفظ مخصوص، وكذلك لو حصل بمجرد المعاطاة أو بالكلام من أحدهما دون الآخر فهو عقد حسبما يفهمه أهل العرف، ولاسيما في الأشياء التافهة ..." [61]

وتنزيل ذلك على منتجات التمويل الشخصي يدلنا على أن العبرة ما قصده البنك الممول والعميل طالب التمويل لأن " العقود لا تعتبر باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى"[62]، وفي المعيار للونشريسي : "إذا دارت المسالة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد فمراعاة القصد أولى"[63].

---

[56] - مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين، ص: 7.

[57]- الموافقات 324/3

[58] الموافقات7/3

[59]- الموافقات ، 246/2 .

[60]- النوازل الهلالية لأبي اسحاق ابراهيم بن هلال بن علي الصنهاجي الفلالي السجلماسي، ص: 226 .

[61]- انظر : الفتاوى ، 147، 148 .

[62]- المنتقى 54/3.

[63]المعيار 4/ 95

وعليه فإن العينة والتورق على الرغم من الاختلاف بينهما في عدد من الأحكام، فإن قصد المكلف يقوي من إظهار حقيقية العقد وليس اعتبارا للصورة التي قد تكون شرعية ، والحكم يتعين بالقصد، حيث مقصود المكلف هو الحصول على النقد وليس الربح الذي يترتب على بيع حقيقي لسلعة مملوكة، وهو ما يوجب بناء الحكم عليه وليس على اعتبار آخر إلا عرضا، وهذا هو المعتاد في التمويلات الشخصية، فأضحى البنك متلبسا بصفة الإعانة حيث يظهر تواطؤ بين الأطراف مع وضع السلعة محللة بين دفع نقد حال ورده آجلا بزيادة، **وهي مصالح مألوفة ومعاني معروفة،** وهذا ما يقوي من تقريب نظر الشافعي من رأي الجمهور حيث يعتبر الصورة ويلغي القصد إذا كان خفيا ولا توجد قرائن على ظهوره، فإن ظهر القصد اعتبره ورتب عليه حكما بتحريم العقد حيث يقول: "أَصْلُ مَا أَذْهَبُ إلَيْهِ أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ كَانَ صَحِيحًا فِي الظَّاهِرِ لَمْ أُبْطِلْهُ بِتُهْمَةٍ وَلَا بِعَادَةٍ بَيْنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ وَأَجَزْته بِصِحَّةِ الظَّاهِرِ وَأَكْرَهُ لَهُمَا النِّيَّةَ إذَا كَانَتْ النِّيَّةُ لَوْ أُظْهِرَتْ كَانَتْ تُفْسِدُ الْبَيْعَ .[64]

واتضاح القصد يستدعي معاملته بنقيض قصده فناسب أن يكون حكم التمويلات الشخصية يشوبها التحريم مع تفاوت بين منتج وآخر ، لأن مَن يتوسّل بالوسائل غير المشروعة قصد الحصول على مقصوده المستحقّ له شرعاً فإنّ الشّرع عامله بضد مقصوده. يقول الناظم رحمه الله :

وبنقيض القصد عامل إن فسد ... في قاتل أو موص أو من قد قصد

فسادا أو إفاته في البيع ... نهج عياض ذا بذالا الربع

واعتبار الضابط ليس له علاقة بضابط سد الذريعة حيث لا يشترط في سد الذرائع حصول القصد لأن الذرائع تسد إن توفر سببها، ولوغاب القصد عنها ولكن" يلاحظ أن الذريعة وإن غاب عنها القصد ابتداء، فهي قد تستدعي القصد لاحقاً .فيكون العمل في البداية بدون قصد، ثم مع التجربة والتكرار يصبح المآل مقصوداً ابتداء"[65]

وكلما قوي تأثير البائع الأول كلما اقترب التورق من العينة وكلما جنبنا البائع الأول التأثير في عملية البيع الثانية، كلما كان التورق يبتعد عن الربا ومن هنا ننظر في عملية التنظيم والمواطأة .

---

[64] الأم 75/3

[65] - قواعد الذرائع في المعاملات المالية لفضيلة الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم ص 49 من بحوث مؤتمر شورى الفقهي الخامس2013.

الضابط الثاني عشر :وجود علاقة تلازم بين حفظ الرهن بالمقابل والقرض لجلب المصلحة.

إذا تبين ان الرهن الحيازي مطلوب وحفظه كذلك، كما لو كان الذهب محل الرهن الحيازي، وأن البنك أكثر قدرة على الحفظ على سبيل العادة، فالحكم يختلف فيصير جائزا إذا توفرت شروط أخرى. ولكن إذا كان الواقع أنه سيتم رفض إعطاء الحفظ لغير البنك، والرهن ليس حيازيا بل هو رسمي والملكية موثقة في كل الأحوال خاصة في العقار. وحال تعاملات الشركة لا يدلنا على وجود مصلحة واضحة من ذلك. فإن القرض لا يكون حسنا بل جر منفعة واضحة.

إن كان التطبيق العملي سيخبرنا باعتماد الرهن الحيازي وكذا أحيانا الرهن الرسمي مع حفظ الوثائق دون الشيء المرهون فإن الحال يدلنا على أن القصد ليس حفظ الرهن بقدر ما هو استفادة من القرض بطريق غير مشروع. وإن توفرت المقتضيات الأخرى السابقة فيمكن على أساس أن يكون المقابل للحفظ مما يجنب تهمة المنفعة، فيكون المقابل عبارة عن مصاريف حقيقية، لان الرهن متعلق بالقرض ّويفسد القرض إن جر نفعا ولو قليلا"[66].

الضابط الثالث عشر: تمويل السلع التي لا تنضبط بمبدأ التغليب.

أنا أذكر هذا الضابط على الرغم من تصوري لصعوبته في التطبيق العملي، ولكن يجوز عقلا أن نقرر ضابطا لاعتماد التورق اعتمادا مطلقا ومحققا لمقاصد الشريعة، لأن المنظومة الاقتصادية مرنة قابلة للضبط والتحديد.

فصورة هذا الضابط هو لزوم عمد أهل الاختصاص والمسؤولية إلى تأسيس طريق لتفادي الوقوع في الحط الفاحش أو القريب منه من الثمن في بيع التورق لتحقيق قصد المستورق وهو السيولة وجعل ذلك عادة، لأن منطق العقلاء الذي يقره الشرع يقتضي عدم اعتبار الخسارة هي الأصل، وهنا اعتبار لمقصد المكلف، فالإنسان حين يشتري يقصد الاستهلاك أو الاستثمار أو التبرع؛ وغاية الاستثمار وفق منطق العقلاء التربح. ولهذا اعتبر العلماء أن "الشِّرَاءُ بِغُلُوٍّ وَالْبَيْعُ بِرُخْصٍ مَكْرُوهٌ"[67]، وتشتد الكراهة إذا أصبح البيع بالرخص عادة لتنافيه مع مقاصد البيوع ويجلب الاستغلال ويفتح الباب لمفاسد اقتصادية عديدة، وهذا ما أدركه علماؤنا حيث ساقوا علة العادة واعتبروها وصفا مؤثرا، **والمألوف الفقهي يدلنا على ما صار عادة لا يحتاج للقصد بل مجرد وقوعها كاف؛ وفي** الشرح الصغير :" إنَّمَا يُنْهَى عَنْ إضَاعَةِ الْمَالِ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي نَظِيرِ شَيْءٍ أَصْلًا.[68] وفي الجواهر الثمينة:" إنْ أَضْعَفَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ. الْحَطّ فِيهِ أَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ الْإِضَاعَةِ إلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ فِي ذَلِكَ غَرَضٌ صَحِيحٌ

---

[66]-اقرب المسالك مع الشرح الصغير للدردير، 644/3 .
[67] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 88/3
[68] حاشية الصاوي على الشرح الصغير 29/3

وبنهيه صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال، وإضاعته إتلافه بغير عوض صحيح يقتضيه.[69]

الضابط الرابع عشر: التقليل من التورق وبحث كل ملف على حدة لتبيان مدى توفر الحاجة من عدمها.

لقد سبق القول إن أقل ما يقال في التورق أنه مخرج مكروه أو خلاف الأولى إذا انضبط لقواعد البيوع وحقق قدرا من مقاصدها، وإلا شابه التحريم وصار حيلة مذمومة، وتجنب الوقوع في الكراهة مطلوب شرعا، ولكن قد تقتضيه الحاجة فحينئذ ينتفي وصف الكراهة، ومراعاة الحاجة مبدأ معتبر عند أهل الأصول، يقول الشاطبي: "وأما الحاجيات فمعناها أنه مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، وإذا لم تراع دخل على المكلفين -على الجملة- الحرج والمشقة، ولكن لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصلحة العامة[70]."

ووصف الحاجة يشعر بالتقيد والتحديد فحتى لا يتوسع في الحاجات فإنه لا بد من تقييد التورق لئلا يتوسع فيها درءا للوقوع في مفاسد تصيب العامة.

وأهمية ضبط استعمال التورق وعدم التوسعة فيه من مقتضيات وظيفة السلطات المختصة التي تراقب الحال لضبطه حتى لا يؤثر على الوضع الاقتصادي العام نظرا لتأثير تراكم الديون على الوضع الاقتصادي، فالمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة، ومن المعلوم أن لولي الأمر أن يقيد المباح إن اتفقنا على أن التورق كذلك. بحيث يقيد ولي الأمر نسبة من المديونية لا ينبغي تجاوزها على مستوى الاقتصاد الوطني،وله أن يقيد نسبة مديونية الأشخاص على مستوى مداخيلهم. والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "**لاَضَرَرَ وَلاَ ضِرَار**"[71]. **والقاعدة تقول: الضرر يزال، و**قال الدريني: "إن الضرر غير مقبول شرعا وتجب ازالته سواء وقع - فلا يجوز بقاؤه -أم متوقعا فيجب دفعه حتى لا يقع"[72]، وقال الطاهر بن عاشور إن مقصد الشريعة من التشريع حفظ نظام العالم، وضبط تصرف ا لناس فيه على وجه يعصم من التفاسد والتهالك[73] "

---

[69] الجوار الثمينة 707/2

[70] -21/2.

[71]- موطأ مالك، كتاب الأقضية، باب القضاء... رقم 1234.

[72]نظرية التعسف في استعمال الحق 218

[73] مقاصد الشريعة 330/3