

أبحاث ندوة

مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

"الحلول الشرعية لإشكالات عقد المضاربة المصرفية وعقد الإيجار المنتهي بالتمليك
والجهالة التي تؤول إلى العلم"

تنظيم البنك الأهلي التجاري - جدة

بتاريخ: 1441/04/22-21 هـ

الموافق: 2019/12/19-18 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .. وبعد:

فإن البنك الأهلي التجاري حين قرر تنظيم ورعاية "ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي" جعل لها هدفاً واضحاً وهو إيجاد الحلول الشرعية للإشكاليات التي تجابه المصرفية الإسلامية. واستشراف مستقبل المصرفية الإسلامية ومساعدتها على النمو وذلك بالعمل على تذليل التحديات التي تجابه الصناعة، إذ تجمع هذه الندوة بين أهل العلم الشرعي وأهل الصناعة، ليجري بينهم حوارٌ بناءٌ يثمر عنه استنباط حلولٍ وهياكل مصرفيةٍ مبنيةٍ على الأحكام الشرعية ومراعيةٍ للأعراف المصرفية الحديثة.

وإن "ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي" في موسمها الثاني عشر تسعى إلى إيجاد حلول شرعية للإشكاليات التطبيقية لمنتجات الإيجار المنتهي بالتمليك والمضاربة المصرفية والحكم الشرعي في الجهالة التي تؤول إلى العلم. ويسعدنا أن نقدم لأصحاب الفضيلة العلماء والسادة الباحثين هذا الكتاب الذي يحتوي على البحوث التي أعدها أصحاب الفضيلة العلماء في موضوعات الندوة.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

أ.حمزة بن خالد باوزير

رئيس الإدارة الشرعية بالبنك الأهلي التجاري

المحتويات

الصفحة	الموضوع
5	الموضوع الأول: حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي
9	بحث فضيلة الدكتور / نزيه كمال حماد
31	بحث فضيلة الدكتور / محمد بن علي القري
47	بحث فضيلة الدكتور / عصام بن خلف العنزي
64	الموضوع الثاني: حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات الإجارة مع الوعد بالتمليك
68	بحث فضيلة الدكتور / خالد بن عبد الله المزيبي
93	بحث فضيلة الدكتور / عثمان بن ظهير مغل
112	بحث فضيلة الدكتور / خالد بن محمد السيارى
139	الموضوع الثالث: الجهالة التي تؤول إلى العلم
141	بحث فضيلة الدكتور / محمد بن علي القري
151	بحث فضيلة الدكتور / يوسف بن عبد الله الشبيلي
169	بحث فضيلة الدكتور / عبد الله بن راشد الفضلي

الموضوع الأول:

حلول الإشكالات الشرعية في عقد المضاربة المصرفية

محاور موضوع:

حلول الإشكالات الشرعية في عقد المضاربة المصرفية

اتجهت البنوك في المملكة العربية السعودية بتوجيه من الجهات الإشرافية إلى إنشاء حسابات للادخار والتوفير قائمة على عقد المضاربة. ومع أن هيكل المضاربة المصرفية مؤسس على الصيغة الفقهية لعقد المضاربة، وهي شركة في الربح بين شريك بالمال وآخر بالعمل والإدارة، مع الاتفاق على نسب اقتسام الربح والشروط والأحكام ذات العلاقة. ومع ذلك فقد تضمن التطبيق المصرفي عناصر مستجدة احتاج إليها الهيكل المذكور ليتلاءم مع المتطلبات الفنية والمحاسبية، والمتطلبات المتعلقة بالمخاطر ومعايير الجهات الإشرافية، وهي تحتاج إلى نظر فقهي لتأصيلها والتأكد من أن التطبيق موافق للمقتضى الشرعي، من ذلك، وقد طلبت إدارة ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي في موسمها الثاني عشر من أصحاب الفضيلة العلماء البحث في الأحكام الشرعية لمسائل عقد المضاربة المصرفية الآتية:

المسألة الأولى: ضمان رأس المال:

تنص المعايير المحاسبية والقواعد الإشرافية وما جرى عليه العمل في البنوك بشكل عام على أن الأموال التي يتلقاها البنك من العملاء على نوعين: النوع الأول؛ ما يكون داخل الميزانية فهذا بناء على المعايير والقواعد المذكورة يكون مضموناً على البنك دون الحاجة إلى النص على ذلك في العقود، ولو أن البنك كان في وضع شح السيولة أو في سبيل التصفية فكل من كانت أمواله داخل ميزانية البنك فهو أسوة الغرماء.

والنوع الثاني؛ هي الأموال خارج الميزانية، وبناءً على المعايير والقواعد المشار إليها فإن هذه الأموال غير مضمونة على البنك وإنما يده عليها يد أمانة.

والاتجاه المعاصر هو الفصل بين البنوك التجارية وبنوك الاستثمار؛ ويتربط على ذلك منع البنوك التجارية سواء كانت إسلامية أو تقليدية من قبول أموال خارج الميزانية. وعليه فإن واقع الحال أن رأس مال المضاربة لا مكان له إلا داخل الميزانية فيكون مضموناً على المصرف. وتنص اتفاقية فتح الحساب وعقد المضاربة أن المضارب لا يضمن رأس المال إلا أنه من المعلوم أن السيادة في حال التقاضي للقانون الذي يقول بالضمان.

هل يكون البنك مستوفياً للمتطلب الشرعي إذا نص على عدم الضمان ورضي بذلك رب المال ثم أسقط حقه في تضمين المضارب الذي تمنحه إياه المعايير والقواعد الإشرافية.

المسألة الثانية: وعاء المضاربة:

يقوم التطبيق المصرفي للمضاربة (من الناحية النظرية) على إنشاء وعاء خاص للأموال التي يتلقاها البنك في حساب المضاربة ويقتصر استخدام الأموال في هذا الوعاء على التمويلات والاستخدامات المستوفية للمتطلبات الشرعية، كما يظهر الربح وتسجل الخسائر في المضاربة في هذا الوعاء. والاشكال انه لا يوجد تعريف محدد للوعاء كما لا توجد طريقة عملية لإنشاء هذا الوعاء لأن البنك كله وعاء واحد.

ربما لا تكون هذه مشكلة لها مترتبات شرعية في البنوك الإسلامية حيث جميع المعاملات تتصف بالوصف المذكور (من ناحية المشروعية) إلا أنها مشكلة في البنوك التي تتضمن المعاملات الإسلامية والتقليدية.

ولما كان الغرض من إنشاء الوعاء هو التأكد ان جميع الأموال التي تلقاها البنك على سبيل المضاربة تستخدم في تمويلات شرعية لتكون الأرباح الموزعة على أبواب المال من مصادر مباحة، وبما أن النقود لا تتعين بالتعين فقد اتخذت هذه البنوك قاعدة يفترض انها تفي بالغرض وتحقق المطلوب وهي مجرد التأكد ان الأصول الإسلامية مساوية أو أكثر من مجموع ما تلقاه المصرف من أموال على سبيل المضاربة، فإذا تأكد ذلك فإنه يعني الاطمئنان إلى ان الربح المتحقق لأصحاب حسابات المضاربة مصدره معاملات إسلامية.

هل يكون هذا الترتيب مستوفياً للمتطلبات الشرعية؟

المسألة الثالثة: الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح:

لا يخفى ان البنوك تتعامل مع آلاف العملاء الذين تختلف أرصدة حساباتهم وحاجتهم إلى السحب والإيداع في الحساب ولذلك اتجهت البنوك إلى وضع قواعد عامة لحسابات المضاربة منها اشتراط أن يكون هناك حد أدنى للرصيد في الحساب حتى يشارك في الربح وهي تعتمد لتحديد هذا الحد الأدنى على "متوسط الرصيد الشهري للحساب" بمعنى أن يقال؛ يجب أن لا يقل متوسط الرصيد الشهري عن كذا المتوسط الشهري (لنقل 10 آلاف ريال) فإذا نقص عن هذا الحد فإن صاحب الحساب لا يستحق ربحاً في نهاية الشهر عندما توزع الأرباح على الحسابات مع أن الرصيد في الحقيقة يجري استثماره بصرف النظر عن الرصيد. وقد اتجهت بعض البنوك إلى النص على أنه إذا نقص عن المتوسط المذكور تحول الحساب إلى حساب جارٍ.

المسألة الرابعة: نسبة الربح إلى رأس المال:

اعتاد الناس وفشي في معاملات المصارف نسبة الربح في الاستثمار إلى رأس المال فيقال معدل العائد على الاستثمار هو 5% أو أكثر أو أقل وهذا على خلاف ما نصت عليه المدونات الفقيه في جعل الربح في المضاربة جزأين جزء للمضارب وآخر لرب المال. وينص عقد المضاربة المصرفية على ان الربح قسمة بين المضارب ورب المال على الشيوخ (مثل: أن يقال الثلث، والثلثان) كما ورد في كلام الفقهاء؛ ولكن تبني الإعلانات ومحادثات التواصل التي تحصل مع العملاء نسبة الربح إلى رأس المال، كأن يقال الربح هو 5% أو أكثر أو أقل. وبما أن رب المال قد تنازل عن النسبة من الربح التي تزيد عن الربح المتوقع صارت هذه الطريقة أكثر وضوحاً وانسجاماً مع اللغة المعاصرة، فهل يحدث هذا جهالة مؤثرة على صحة العقد؟ إذ أن رب المال لا يعلم عن مقدار الربح المتحقق فعلاً.

المسألة الخامسة: استخدام الأوزان:

تعتمد بعض المصارف الإسلامية إلى استخدام الأوزان في حسابات المضاربة لغرض مكافأة أصحاب الحسابات الكبيرة. الأصل أن الأموال التي يتلقاها المصرف على سبيل المضاربة تجمع في وعاء واحد وتستثمر في استثمارات مشتركة ويحصل كل ريال منها على نسبة من الربح متساوية مع جميع الريالات الأخرى بصرف النظر عن أصحابها، إلا أن البنوك تريد تشجيع الاستثمار فتعتمد إلى استخدام الأوزان لكي يحصل الريال الذي هو جزء من استثمار رصيده حساب قدره مليون ريال على نسبة ربح أعلى

من الريال الذي هو جزء من رصيد حساب قدره ألف ريال، أي أن صاحب المبلغ الأول تكون القيمة معه 70% (والمضارب 30%) وصاحب الحساب الآخر 60% (والمضارب 40%). فهل هذا أمر سائغ ولا سيما أن فيه تشجيعاً على الاستثمار؟

المسألة السادسة: ربط العائد بالمدة:

وتفرق بعض البنوك بين حسابات المضاربة بناء على المدة فيقال: إن الحساب الذي يلتزم صاحبه باستثمار مدته 6 أشهر يحصل على قسمة ربح مقدارها 70% لصاحب الحساب و30% للمصرف، بينما إن صاحب الحساب الذي يلتزم بالاستثمار لمدة 3 أشهر لن يحصل إلا على 60% والمضارب 40% وهكذا، إلا أن بنوكاً أخرى اکتفت بتحديد هذه النسب دون إلزام العميل بمدة معينة وإنما يتحدد نصيبه في الربح في آخر المدة، وله الاختيار في سحب أمواله في أي وقت.

وفي الوقت الذي يحسب فيه أمواله؛ ينظر فإن استمر 3 أشهر حصل على 60% وإن كان استمر 6 أشهر فالقسمة ستكون 70% لصاحب الحساب وهكذا. وعندما يجري ترجمة هذه القسمة إلى نسبة من رأس المال فيقال مثلاً الربح المتوقع لثلاثة أشهر 5%، وستة أشهر 7% وهكذا.

المسألة السابعة: التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع:

جرى العمل في اتفاقية فتح حساب المضاربة على النص على الربح المتوقع (مع التأكيد على أن هذا الربح ليس مضموناً من قبل المصرف)، ثم يضاف إلى ذلك أن صاحب الحساب (رب المال) يتنازل عما زاد عن هذه النسبة لصالح المضارب (البنك). وهو يتنازل عن ذلك ابتداءً قبل تحقق هذا الربح أو حصول التنضيق والقسمة، ولا يتمكن حتى من معرفة مقدار ما تنازل عنه من الربح.

المسألة الثامنة: تراكم الأرباح:

من المقرر في أحكام المضاربة أن الربح إنما يظهر بعض سلامة رأس المال ولا تعرف سلامة رأس المال إلا بالتنضيق (أي تحويل الأصول إلى ناصٍ وهو النقود) ونظراً إلى أن حسابات المضاربة في أكثر التطبيقات مفتوحة (أي يمكن للعميل أن يسحب من حسابه أو يضيف إليه بشكل يومي) فإن التنضيق يحصل يومياً (على أساس ما جرى عليه العمل في المصارف الإسلامية من إجازة التنضيق الحكمي)، فإذا كان الأمر كذلك فإن عقد المضاربة يجري إنهاؤه يومياً، ثم يدخل الطرفان في عقد جديد في اليوم التالي بصورة تلقائية، وأكثر المصارف لا تتبنى الطريقة التراكمية بمعنى أنها لا تجعل رأس مال المضاربة في اليوم التالي هو رأس مال اليوم السابق مضافاً إلى ربح اليوم السابق (Compounding) وإنما تعزل الربح وتعيد المضاربة بنفس رأس مال اليوم الأول، وهذه الطريقة أفضل بالنسبة للبنوك إلا أنه قد أثبتت عليها بعض الملاحظات من ناحية العدالة. فهل هذه الطريقة موافقة للمقتضى الشرعي؟

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي

إعداد

أ. د. نزيه كمال حمّاد

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 21-22 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

توطئة:

يقوم هيكل المضاربة المصرفية الحالي على الصيغة الفقهية التراثية لعقد المضاربة، حيث تكون الأموال (الودائع الاستثمارية) لدى المصرف خارج الميزانية، وبذلك تكون يده عليها يدَ أمانة، لا يد ضمان.

غير أن التطبيق المصرفي تضمّن عناصر مستجدة، احتاج إليها الهيكل المذكور ليتلاءم مع المتطلبات الفنية والمحاسبية، والمتطلبات المتعلقة بالمخاطر ومعايير الجهات الإشرافية. وهي تحتاج إلى نظر فقهي لتأصيلها والتأكد من أن التطبيق موافق للمقتضى الشرعي.

وأبرز محاورها: (1) ضمان رأس المال. (2) وعاء المضاربة. (3) الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح. (4) نسبة الربح إلى رأس المال. (5) استخدام الأوزان. (6) ربط العائد بالمدة. (7) التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع.

المسألة الأولى

ضمان المصرف رأس مال المضاربة

(حيث إنه من الناحية التطبيقية للدواعي المشار إليها: لا مكان لرأس مال المضاربة إلا داخل الميزانية، وعلى ذلك فلا بُدَّ من كونه مضموناً على المصرف.

ومع أن اتفاقية فتح الحساب في الودائع الاستثمارية تنص على أن المضارب لا يضمن رأس المال، فإن السيادة في حال التقاضي للقانون الذي يقول بالضمان) كما جاء في المذكرة الإيضاحية المقدمة من الهيئة التحضيرية للندوة في كتاب الاستكتاب.

ومن ثم جاء السؤال المطروح منها للبحث: هل يكون البنك مستوفياً للمتطلب الشرعي إذا نص على عدم الضمان، ورضي بذلك رب المال، ثم أسقط حقه في تضمين المضارب الذي تمنحه إياه المعايير والقواعد الإشرافية؟

وجوابي على ذلك: أن هذا الأسلوب المقترح غير مبني على أساس صحيح، ولا يتضمن حلاً حقيقياً للإشكالية، وهو مجرد التفاف على الحقيقة والواقع، لا معنى له في نظري ولا مُسَوِّغ.

وقد ظهر لي بما لا يدعُ مجالاً للشك أو التردد -بعد قراءة اجتهادية "متنأنية" معمّقة لأصلي عقد المضاربة، ومأخذ (مُدْرِك) أحكامه التفصيلية، ومستند أقاويل الفقهاء في موجباته ومقتضياته- أن تضمينَ يد المضارب بالعرف أو بالشرط أو بتراضي العاقدین سائغٌ صحيح في النظر الشرعي المؤصّل، ولو كان على خلاف المقتضى الأصلي لعقد المضاربة في الفقه الموروث، لعدم ثبوت دليل شرعي حاصر.

وتفصيل هذه الجملة في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول:

المستند الشرعي لجواز المضاربة

ومأخذ أحكامها التفصيلية

1- لا خلاف بين أهل العلم في مشروعية عقد المضاربة (القراض)، وأنه المرجع في تحديد العلاقة بين المصرف الإسلامي وأصحاب الودائع الاستثمارية لديه.

2- كما أنه لا خلاف بينهم في أنه لم يرد في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- القولية نصاً خاص يدل على

جواز هذا العقد، أو يدل على شيء من مقتضياته أو أحكامه، غير أنه ثبت بالسنة التقديرية جوازُه في الجملة، حيث إنه كان معاهدة مشهورة في الجاهلية، فأقرها الإسلام على حالتها التي كان التعامل بها جارياً. كما حُكي الإجماع على مشروعيتها في الجملة.

● قال ابن رشد: "لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض، وأنه مما كان في الجاهلية، فأقره الإسلام. وأجمعوا على أن صفتَه: أن يعطي الرجل الرجلَ المالَ على أن يتَّجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال؛ أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً"¹.

● وقال ابن حزم: "كل أبواب الفقه ليس فيها باب إلا وله أصل في القرآن أو السنة نعلمه -ولله الحمد-، حاشا القراض، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به أنه كان في عصره -صلى الله عليه وسلم-، فعلم به وأقره"².

● وقال ابن المنذر: "ولم نجد للقراض في كتاب الله ذكراً، ولا في سنة نبيه -صلى الله عليه وسلم- ووجدنا أهل العلم قد أجمعوا على إجازة القراض بالدنانير والدرهم"³.

● وقال القاضي أبو بكر ابن العربي: "القراض عقد كان في الجاهلية، وأقره الإسلام، وفعله النبي -صلى الله عليه وسلم- قبل البعث، قارضته خديجة، فقبل قراضها، وخرج به إلى الشام، وبُعث النبي -صلى الله عليه وسلم-، ولم ينكره في شريعة الإسلام حتى استأثر الله به"⁴.

● وقال القاضي عبد الوهاب البيهقي: "لا خلاف بين الأئمة في جواز القراض في الجملة، وإن اختلفوا في كثير في أحكامه ... وإنما لم يدخل في ذلك من يدخله فيه بأجرة معلومة؛ لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح"⁵.

● وقال ابن تيمية: "المضاربة جَوَّزها الفقهاء كلهم إتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة، مع أنه لا يحفظ فيها بعينها سنة عن النبي -صلى الله عليه وسلم-"⁶.

● وقال الشوكاني: "صرح جماعة من الحفاظ بأنه لم يثبت في المضاربة شيء مرفوع إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم-،

(1) بداية المجتهد 326/2، وانظر المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 6/3

(2) مراتب الإجماع ص 91

(3) الأوسط لابن المنذر 561/10، الإشراف على مذاهب العلماء 6/206

(4) القبس على الموطأ 421/17، وانظر المسالك على الموطأ لابن العربي 6/200

(5) المعونة على مذهب عالم المدينة 2/1119

(6) مجموع فتاوى ابن تيمية 101/29، القواعد النورانية الفقهية ص 167

بل جميعاً ما فيه آثاؤه عن الصحابة، وقد وقع إجماعٌ من بعدهم على جواز هذه المعاملة، كما حكى غير واحد¹.

● وقال شيخ الإسلام ابن تيمية أيضاً: "كان بعضُ الناس يذكر مسائلَ فيها إجماع بلا نص كالمضاربة، وليس كذلك، بل المضاربة كانت مشهورةً بينهم في الجاهلية، لاسيما قريش فإن الأغلب كان عليهم التجارة، وكان أصحاب الأموال يدفعونها إلى العمال، ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- قد سافر بمال غيره قبل النبوة، كما سافر بمال خديجة، والعير التي كان فيها أبو سفيان كان أكثرها مضاربةً مع أبي سفيان وغيره، فلما جاء الإسلام أقرها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وكان أصحابه يسافرون بمال غيرهم مضاربة، ولم يئنَّ عن ذلك، والسنة قولُه وفعله وإقراره، فلما أقرها كانت ثابتةً بالسنة"².

3- وقد كان من حكمة المولى -عز وجل- ورحمته بالعباد أن شرع لهم في معاملاتهم المالية قضايا مطلقاً عن البيان والتفصيل والتحديد والتقييد، مبناها ومأخذها عوائدُ الناس وأعرافهم العملية، ليسهل عليهم تطبيق صورها ومسائلها في جميع الأزمنة والأمكنة، ومهما اختلفت الظروف والأحوال والمستجدات، ووكّل إلى الراسخين في العلم استنباط ما يتعلق بها من أحكام، وتفصيلها وفق ما جرى به العرفُ واقتضته المصلحة ما لم يكن في ذلك مخالفةٌ لكتاب الله أو سنة نبيه -صلى الله عليه وسلم-، ومن ذلك عقد المضاربة. وأصل ذلك وأساسه كما حكى إمام الحرمين الجويني: "أن ما ورد في الشرع غير محدود، وهو ما يُختلف في تفصيله، فالرجوع فيه إلى العرف، وسبب اقتصار الشرع على الإطلاق الإحالة على ما يفهمه أهل العرف في الفن الذي ورد الخطاب فيه"³.

● وقال ابن القيم: "إن المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين"⁴
● وقال القاضي ابن العربي: "العرف والعادة أصلٌ من أصول الشريعة يُقضى به في الأحكام"⁵
● وقال الونشريسي: "إن من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة"⁶
● وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "قياس مذهب أحمد وأصوله أن ما لم يُقدِّره الشارعُ، فإنه يُرجع فيه إلى العرف"⁷
● وقال أيضاً: "العقدُ المطلقُ يُرجع في موجهه إلى العرف... فإن شرط أحدهما على صاحبه شرطاً لا يحرم حلالاً، ولا يُحلُّ حراماً، فالمسلمون عند شروطهم، فإن موجبات العقود تُتلقى من اللفظ تارة، ومن العرف أخرى. لكن كلاهما مقيدٌ بما لم يحرمه الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم-، فإن لكلٍ من العاقدين أن يوجب للآخر على نفسه ما لم يمنعه الله من إيجابه"⁸.

● وقال العلامة ابن سعدي: "العرفُ أصلٌ كبير، يُرجع إليه في كثير من الشروط والحقوق التي لم تتقدر شرعاً ولا لفظاً"⁹.
4- وقد نبَّه بعضُ حذاق الفقهاء -في معرض بيانهم لأحكام عقد المضاربة وموجباته - إلى أن أساسها ومرجعها ومُدركها ومستندها إنما هو العرف العملي، وأن ما كان من ذلك موافقاً لعرف الناس وعوائدهم كان جائزاً معتبراً، وما كان مخالفاً له كان فاسداً مردوداً.

(1) وبل الغمام 167/2

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 195/19

(3) نهاية المطلب في دراية المذهب 292/8

(4) إعلام الموقعين عن رب العالمين 93/3

(5) أحكام القرآن 1085/3

(6) شرح أبي عبد الله محمد بن قاسم السجلماسي على نظم العمل لأبي زيد عبد الرحمن الفاسي 372/1

(7) مجموع فتاوى ابن تيمية 350/35

(8) مجموع الفتاوى 91/34

(9) المختارات الجليلة من المسائل الفقهية ص 55

ومن ذلك:

(أ) قول القاضي عبد الوهاب البغدادي في "المعونة": "لا خلاف بين الأمة في جواز القراض في الجملة، وإن اختلفوا في كثير من أحكامه ... وإنما لم يدخُل في ذلك مَنْ يدخُل فيه بأجرة معلومة؛ لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزءٍ من الربح"¹

وقوله أيضاً: "للعامل أن يسافر بالمال إذا أُطلق العقد، إلا أن يُشترطَ عليه تركُ السفر لأن العقد إذا أُطلق حُمِل على مقتضاه وما جرى العرف به. وقد عُرف أن من عادة التجار التقلبُ بالمال حضراً وسفراً، وطلبُ النماء فيه بسائر الوجوه، كما أنهم يتقلبون به في سائر السلع ... فالإطلاقُ محمولٌ على العرف"².

وقوله -رحمه الله- في "الإشراف": "إن القراضَ يقتضي التصرفَ في المال على العادة في طلب تنميته، والعادةُ جارية بالتجارة سفراً أو حضراً. فإذا أُطلق الإذن، فقد دخل على العادة، فيتضمن ذلك التصرفَ كلُّ ما يُعتاد مثله"³

(ب) تعليل الفقهاء اختلافهم في جواز بيع المضارب بالنسيئة باختلاف العرف والعادة في ذلك التصرف، وحدود الإذن العرفي

فيه.

حيث قال المرغيناني الحنفي في "الهداية": "يجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة؛ لأن كل ذلك من صنيع التجار، فينظّمه إطلاقُ العقد، إلا إذا باع إلى أجلٍ لا يبيع التجارُ إليه؛ لأن له الأمرَ العامَ المعروفَ بين الناس"⁴.

● وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي - بناء على عدم جريان العادة بذلك في عصره-: "وليس للعامل أن يبيع بدينٍ إلا أن يأذن ربُّ المال، فإن فَعَلَ ضمِنَ"⁵

● وقال الإمام مالك في "الموطأ" لذات المعنى: "إذا دَفَعَ رجلٌ إلى رجلٍ مالاً قراضاً على أن يعمل فيه، فما باع به من دَيْنٍ فهو ضامنٌ له: إن ذلك لازم له، إن باع بدينٍ فقد ضمِنَه"⁶

● وجاء في تلخيص القاضي ابن رشد الحفيد لِمَنْشَأِ الخلاف الفقهي في المسألة ما نصه: "واختلفوا: هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به ربُّ المال؟ فقال مالك: ليس له ذلك. فإن فَعَلَ ذلك ضمِنَ. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: له ذلك. والجميع متفقون على أن العامل إنما يجوز له أن يتصرفَ في عقد القراض بما يتصرفُ فيه الناسُ غالباً في أكثر الأحوال. فمن رأى أن التصرفَ بالدين خارجٌ عما يتصرفُ فيه الناسُ في الأغلب لم يُجزه. ومن رأى أنه مما يتصرفُ فيه الناسُ أجازَه"⁷

(ج) نصُّ الحنفية القائلين باستحقاق عامل المضاربة النفقة في السفر من مال المضاربة على أن مستند ذلك العرفُ والعادة.

(1) المعونة على مذهب عالم المدينة 1119/2

(2) المرجع السابق 1124/2

(3) الإشراف على نكت مسائل الخلاف 644/2

(4) الهداية مع فتح القدير 439/7

(5) المعونة 1124/2

(6) الموطأ 698/2

(7) بداية المجتهد ونهاية المقتصد 242/2

حيث جاء في "شرح مختصر الطحاوي" للجصاص: "(ونفقة المضاربة في مال المضاربة في السفر) لأنَّ سفره كان لأجل المضاربة، مع جريان العادة من التجار بمثله، وما جرت به العادة من ذلك فهو كالنطق به ... (والدواء والحجامة في ماله خاصة) لأنه نادرٌ خاص، وليست الحاجةُ إليه ضرورةً، فلم يكن كالطعام والشراب والركوب. وأيضاً: لم تَجْرِ العادةُ بمثله في أخذه من مال المضاربة"¹

ونص شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية على أن استحقاقه النفقة فيه (بدون اشتراط) منوطٌ بجريان عرف الناس بذلك. فإن لم يكن هناك عرف أو عادة جارية بذلك فلا نفقة له في مال المضاربة.²

5- كما صرح كثير من المحققين من الفقهاء والأصوليين بأن الأحكام التي يكون مستندها (مأخذها / مُدركها) العرفُ والعادة تتغير بتغير العوائد والأعراف الجارية.

- جاء في "قواعد الفقه" للمقري: "كلُّ حكمٍ مرتبٍ على عادة، فإنه ينتقل بانتقالها إجماعاً"³
- وقال الزرقاني في شرحه على خليل: "وقد تقرر أن الأمور التي مبناهما العرف لا يُفتى فيها بما سُطِرَ في الكتب القديمة، وإنما يُنظَرُ فيها للعرف في كل بلد وزمن"⁴
- وقال القرافي في "الإحكام": "إن إجراء الأحكام التي مُدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلافُ الإجماع، وجهالةُ في الدين. بل كلُّ ما هو في الشريعة يتبَعُ العوائد يتغير الحكم فيه عند تغَيّرِ العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يُشترطَ فيه أهليةُ الاجتهاد، بل هذه قاعدةُ اجتهادٍ فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد"⁵
- وقال فيها أيضاً: "وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكامُ في تلك الأبواب"⁶
- وقال القرافي في "الفروق": "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ... فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، لا تُجرِه على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجرِه عليه، وأفتِه به، دون عُرْفِ بلدك والمقرر في كتبك. فهذا هو الحق الواضح. والجمود على المنقولات أبدأً ضلالاً في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"⁹
- وعلق على ذلك العلامة ابن القيم بقوله: "وهذا محض الفقه. ومن أفتى الناسَ بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعواندهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنائته على الدين أعظمَ من جناية من طبَّبَ الناسَ كلهم على اختلاف بلادهم وعواندهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل أضراً ما على أديان الناس وأبدانهم. والله المستعان"¹⁰.

(1) شرح الجصاص على مختصر الطحاوي 371/3

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 90/30، شرح منتهى الإرادات للبهوتي 332/2، كشف القناع 507/3، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية

للبلعي ص 145

(3) قواعد الفقه للمقري ص 478، القاعدة 1036

(4) شرح الزرقاني على خليل 129/3

(5) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص 231

(8) الإحكام ص 232

(9) الفروق 1/176

(10) إعلام الموقعين عن رب العالمين 89/3

● وقال ابن عابدين في رسالته "نشُرُ العَرَفَ في بناء بعض الأحكام على العُرْفِ": "اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب لم يخالفوه إلا لتغير الزمان والعُرْفِ، وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه"¹.

● وقال أيضاً في رسالته "شرح عقود رسم المفتي": "إن جمود المفتي أو القاضي على ظاهر المنقول مع ترك العرف والقرائن الواضحة، والجهل بأحوال الناس يلزم منه تضييع حقوق كثيرة وظلم خلق كثيرين"².

6- وقد استظهر بعض حذاق الفقهاء في أحكام العقود المبنية على العرف جواز اشتراط أحد الطرفين لنفع نفسه ومصالحته على الآخر ما ليس له بحسب العوائد الجارية أو المقتضى الأصلي للمعاقدة، وصحة تراضي العاقدین على ذلك إذا لم يترتب على ذلك تحليلٌ لحرام أو تحريمٌ لحلال أو تعطيلٌ للغاية الشرعية المقصودة من العقد³: لأن القوة الإلزامية في إيجاب الإنسان على نفسه ما لا يلزمه بالشرط أو بالتراضي أرجح وأولى بالاعتبار من مراعاة الأعراف ومقتضيات العقود.

● جاء في "القواعد الكبرى" للعز بن عبد السلام: "كلُّ ما يَنْبُتُ في العرف إذا صرح العاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد صَحَّ"⁴.

● وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "العقد المطلق يُرجع في موجبه إلى العرف ... فإن شرط أحدهما على صاحبه شرطاً لا يُحرم حالاً، ولا يُحل حراماً، فالمسلمون عند شروطهم، فإن موجبات العقد تُتلقى من اللفظ تارة ومن العرف أخرى، لكن كلاهما مقيد بما لم يحرمه الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم-، فإن لكل من العاقدین أن يوجب للأخر على نفسه ما لم يمنعه الله من إيجابه"⁵.

وقال أيضاً: "وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، وهو حقيقة المذهب، فإن المُشْتَرِطَ ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شَرْطَهُ حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يُسقط ما أوجبه الله وإنما المُشْتَرِطَ له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفيّاً للإيجاب حتى يكون المُشْتَرِطَ مناقضاً للشرع، وكلُّ شرط صحيحٌ فلا بد أن يُفِيدَ وجوب ما لم يكن واجباً"⁶.

ومن الفروع الفقهية لهذا الضابط في باب المضاربة "مسألة نفقة العامل في الحضر" حيث ذهب جماهير أهل العلم إلى أنه ليس للعامل نفقةً في مال المضاربة ما دام في المصر، بناء على جريان العرف بعدم استحقاقها فيه؛ حيث إن العامل دخل في هذه المعاقدة على أن يستحق مقابل عمله حصّةً شائعة معلومة من الربح الحاصل، فليس له غيرها. ولو جعلت له النفقة على نفسه وعياله في الحضر، فربما أذهبت النفقة كلَّ الربح الحاصل، فتقطع الشركة⁷.

7- غير أن شيخ الإسلام ابن تيمية استظهر أن تكون له النفقة في الحضر -كما في السفر- إذا شرطها على رب المال، أو تراضيا على ذلك ابتداءً، ولو كان عرف الناس جارياً على عدم استحقاقها⁸.

(1) مجموع رسائل ابن عابدين 128/2

(2) مجموع رسائل ابن عابدين 131/2

(3) قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "إن كل شرط في عقد يؤدي إلى فوات المقصود بالعقد أو تعذره فإنه مبطل له. أصله: إذا باع سلعةً على أن لا يتصرف فيها المشتري أولاً يبيعها، أو تزوج امرأة وشرط أن لا يطأها". (الإشراف على نكت مسائل الخلاف 643/2)

(4) القواعد الكبرى 311/2

(5) مجموع فتاوى ابن تيمية 91/34

(6) مجموع فتاوى ابن تيمية 346/29

(7) انظر تحفة الفقهاء ص 392، المعونة 1123/2، عقد الجواهر الثمينة 805/2

(8) انظر كشاف القناع 507/3، شرح منتهى الإرادات للمهوتي 332/2

- جاء في "مجموع فتاوى ابن تيمية": "وسئل -رحمه الله-: هل يجوز للعامل في القراض أن ينفق على نفسه من مال المقارض حضراً أو سافراً؟
فأجاب: إن كان بينهما شرط في النفقة جاز ذلك، وكذلك إن كان هناك عرف أو عادة معروفة بينهم، وأطلق العقد، فإنه يحمل على تلك العادة. وأما بدون ذلك، فإنه لا يجوز"¹.
- وجاء في "الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية": "لا نفقة للمضارب إلا بشرط أو عادة، فإن شُرطت مطلقاً، فله نفقة مثله طعماً وكسوة"².
- وقال المرداوي في "الإنصاف": "قال الشيخ تقي الدين ابن تيمية: ليس للمضارب نفقة إلا بشرط، أو عادة فيعمل بها. وكأنه أقام العادة مقام الشرط. وهو قوي في النظر. فإن شُرطها له وأطلق، فله جميع نفقته من المأكل والملبوس بالمعروف. هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب"³.

الخلاصة:

8- وبناء على ما تقدم من أن عقد القراض في الفقه الموروث لم يرد فيه نص تشريعي في الكتاب أو في السنة القولية، وأن مشروعيتها في الجملة ثبتت بالسنة التقريرية، ثم بالإجماع اللاحق عليها، حيث إنه كان مشهوراً في الجاهلية، فأقره الإسلام على صفته التي كان التعامل بها جارياً وقتئذ.

وقد ثبت في مناهج التشريع الإسلامي وأصوله العامة في أبواب الفقه التي لم يرد فيها نص شرعي خاص -ومنها المضاربة- أنه يُرجع في موجباتها وأحكامها إلى العرف.

ومن ذلك مسألة يد المضارب، حيث جرى عرف الناس في عهد النبوة وفيما تلاه من العصور اعتبار يده يد أمانة لا يد ضمان. وقد نص على ذلك جمهور العلماء بناءً اقتضاه عوائد الناس وأعرافهم.

ولما كان الأصل الشرعي في الأحكام والموجبات العقدية المستمدة من العرف أن تتغير بتغيره، وتختلف باختلافه، وأن يكون للعاقدين -على الراجح من أقوال الفقهاء- سلطة على تغييرها بالتراضي أو بالشرط، ولو لم يتغير عرف الناس ما لم يترتب على ذلك مخالفة لنص شرعي أو تحليل لحرام أو تحريم لحلال، إذ ليس للمشتراط أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، ولا أن يسقط ما أوجبه الله، ولكن له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوباً ما لم يكن واجباً، كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية.

وعلى ذلك فلا مانع في النظر الشرعي المؤصل من جعل يد المضارب يد ضمان،

(أ) إذا تقرر ذلك في العرف، إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما يمنع من ذلك.

(ب) إذا اشترط رب المال على المضارب ذلك، أو تراضيا عليه؛ لأن اشتراط الضمان على المضارب لا يخالف نصاً ولا يُجَل حراماً ولا يُحرّم حلالاً، وقد رضي المضارب لنفسه بقبول التزام ما لم يكن لازماً له، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد، والموجب لصحة التزام سائر الأمانة ما لم يلزمهم في الأصل، بقيد عدم مخالفة ذلك لنص شرعي. والله تعالى أعلم.

(1) مجموع فتاوى ابن تيمية 90/30

(2) الاختيارات الفقهية للبعلي ص 145

(3) الإنصاف للمرداوي 109/14 (مط. مع الشرح الكبير على المقنع)

دفع شبهة القرض الربوي:

9- فإن قيل: إن تضمين المضارب في المضاربة المصرفية مع استحقاق رب المال نصيباً من الربح يُفرغ عقد المضاربة من مضمونه، ويحوّله إلى قرض ربوي؟! قلت: صحيح أن هناك شبهاً بين القرض الربوي وبين تضمين المضارب رأس مال المضاربة، ولكنه شبهة طردية غير مؤثر، نظراً لوجود فرق جوهري في المعنى الباعث على الحكم بينهما، وذلك مانع من إلحاق المضاربة مع تضمين المضارب بالقرض الربوي. ومبنى هذا الفرق أن القرض الربوي ليس محرماً لكون رأس ماله مضموناً في ذمة المقترض، ولكن نظراً لكون الزيادة المشروطة على رأس المال مضمونة في ذمة المقترض. فإن لم تكن مضمونة في ذمته عند السلف (القرض) فلا حرج فيها. أصله قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وابن حبيب من المالكية وغيرهم¹ بأن المقترض لو قضى دائته ببديل خير منه في القدر أو الصفة برضاهما جاز، طالما أن الزيادة على رأس المال لم تكن بشرط أو مواطأة؛ لأن الزيادة لم تجعل عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء حقه، فحلّت كما لو لم تكن في قرض. ولا يخفى أن تضمين المضارب رأس مال المضاربة بالشرط أو بالتراضي لا يترتب عليه زيادة مضمونة على رأس المال في ذمة المضارب بحال. وإذا كان قد يترتب عليه زيادة، فهي احتمالية متوقفة على حصول الربح في تنمية ماله الموجود في يد المضارب، ومقدرة بحصة نسبية من الربح المتحقق بفعل المضارب، لا في ذمة المضارب، فافترا.

(1) انظر المغنى لابن قدامة 438/6 وما بعدها، روضة الطالبين 34/4، المبدع 210/4، بدائع الصنائع 395/7، المحلى لابن حزم 77/8، شرح منتهى الارادات للبهوتي 227/2، القوانين الفقهية ص 294، وانظر (م / 753) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

المطلب الثاني

سلطان الإرادة العقدية على تضمين المضارب بالشرط

وتحتة فرعان:

الفرع الأول

تحرير محل النزاع في المسألة

10- لا خلاف بين الفقهاء في أن يد المضارب على رأس مال المضاربة يد أمانة، وأن الأصل عدم ضمانه لخسارته أو نقصانه أو تَوَاه

إذا وقع ذلك من غير تعديده أو تفريطه¹.

واحتجوا على ذلك:

أولاً: بأن المضارب نائب عن رب المال في اليد والتصرف، وذلك يستوجب أن يكون ذهاب المال أو خسارته في يده كهلاكه أو خسارته في يد صاحبه، حيث إنه قبضه بإذنه ورضاه دون قصد تملكه أو التوثق به². قال البغدادي في "مجمع الضمانات": "المدفوع إلى المضارب أمانة في يده، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه لا على وجه البديل أو الوثيقة"³. وجاء في م (768) من مجلة الأحكام العدلية: "الأمانة لا تكون مضمونة، يعني: إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه، فلا يلزمه الضمان".

ثانياً: باستصحاب دليل البراءة الأصلية للجائز. وقد عبّر عن ذلك الشوكاني بقوله: "الأصل الشرعي هو عدم الضمان: لأن مال الأمين معصوم بعصمة الإسلام، فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع، ولا يحتاج مع هذا الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت"⁴.

وقال أيضاً: "ولا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط، فإن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل"⁵.

11- غير أنهم اختلفوا في صحة تضمينه هلاك رأس مال المضاربة أو خسارته إذا اشترط رب المال عليه ذلك على قولين:

(1) المعونة للقاضي عبد الوهاب 1122/2، البهجة شرح التحفة 217/2، ميارة على العاصمية 131/2، التفرع 194/2، الموطأ 692/2، بدائع

الصنائع 86/6، شرح منتهى الإرادات 315/2، كشاف القناع 498/3

(2) البدائع 86/6

(3) مجمع الضمانات 651/2

(4) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار 342/3

(5) السيل الجرار 200/3

أحدهما: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المعتمد المشهور من مذاهبهم، وهو أن هذا الاشتراط باطل لمنافاته لمقتضى العقد¹؛ حيث جاء في القواعد الفقهية أن "اشتراط الضمان على الأمين باطل"².

وقال الخطابي: "الشيء إذا كان حكمه في الأصل الأمانة، فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله"³.

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "لأن أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه"⁴.

وقال ابن قدامة: "وإن شرط على العامل (في المضاربة) الضمان، فالشرط فاسد، لأنه ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه"⁵.

12- وقد أخذ بهذا القول مجمع الفقه الإسلامي بجدة، حيث نص في قراره رقم 30(4/5) على عدم جواز اشتراط ضمان رأس المال على عامل المضاربة. فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً، بطل شرط الضمان، واستحق المضارب ربح مضاربة المثل. كما نص قراره رقم 86(9/3) (ثانياً/ب) بخصوص الودائع الاستثمارية على حصة من الربح في البنوك الإسلامية على عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لتلك الودائع باعتبارها رأس المال في عقد المضاربة بينه وبين المودعين⁶. والثاني: للمالكية في غير المشهور، وأحمد في رواية عنه، وهو القول الذي اختاره شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية، والمذهب الذي رجحه واعتمده ونصره الإمام الشوكاني من المتأخرين، وهو أن شرط الضمان على المضارب صحيح معتبر شرعاً.

جاء في "إيضاح المسالك" للونشريسي: "ونقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف ابن بشير أنه أملى عقداً بدفع الوصي مال السفينة قراضاً إلى رجل على جزء معلوم، وأن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه. وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك، ونصره بحجج بسطها، وأدلة قررها، ومسائل استدلت بها، وقال بقوله فيها. واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره، وقال التزامه غير جائز. وفي سماع ابن القاسم ما يشهد لصحة الاعتراض على ابن بشير. وفي رسم الجواب من سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قوله"⁷.

13- وقد استدلت أصحاب هذا القول على صحة ما ذهبوا إليه:

(أ) بما روى أبو داود والترمذي والدارقطني والبيهقي وابن حبان والحاكم وابن الجارود وغيرهم عن النبي - صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "المسلمون على شروطهم"⁸.

(1) المغني لابن قدامة 176/7، 179، التفرغ لابن الجلاب 195/2، الإشراف للقاضي عبد الوهاب 61/2، المعونة 1122/2، البهجة 217/2، الموطأ 692/2، بداية المجتهد 238/2، الزرقاني على الموطأ 352/3، مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي 47/4، الاستذكار 19/6، 20، الشرح الكبير للدردير 520/3، كشاف القناع 498/3

(2) البحر الرائق 274/7، رد المحتار 40/5، المبسوط 84/15

(3) معالم السنن للخطابي 198/5

(4) المعونة 1122/2

(5) الكافي 194/2، وأيضاً انظر المغني 179/7

(6) انظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة ص 69، 70، 197

(7) إيضاح المسالك ص 301، وانظر شرح المنجور على المنهج ص 414، ومواهب الجليل للخطاب 360/5

(8) قال الترمذي: حديث حسن صحيح. واستشهد به البخاري في صحيحه في باب أجر السمسرة من كتاب الإجارة، وصححه بعض العلماء.

(انظر: فتح الباري 451/4، مختصر سنن أبي داود للمنذري 214/5، عارضه الأحمدي 103/6، السنن الكبرى للبيهقي 79/6، المستدرک 49/2،

50، إرواء الغليل 142/5)

وفي بعض الروايات: "إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً". ومن المعلوم الواضح أن اشتراط الضمان على المضارب لا يخالف نصاً شرعياً، ولا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً.

جاء في "المغني" لابن قدامة: "وعن أحمد أنه سئل عن شرط ضمان ما لم يجب ضمانه، هل يصبره الشرط مضموناً؟ فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم"¹.

(ب) بأن المضارب قد رضي لنفسه بقبوله اشتراط الضمان عليه التزام ما لم يكن يلزمه، والتراضي هو المنطوق في تحليل أموال العباد، والموجب لصحة التزام الأمانة ما لم يلزمهم في الأصل، طالما أنه لا يخالف نصاً شرعياً أو دليلاً معتبراً.

قال الشوكاني عن المضارب ونحوه من الأمانة: "ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط، وإذا ضمنوا ضمنوا، لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المنطوق في تحليل أموال العباد"². وقال أيضاً: "وقد عرفناك غير مرة أن المنطوق في تحليل الأموال -أعم من أن تكون أعياناً أو منافع- هو التراضي، إلا أن يرد الشرع الذي تقوم به الحجة بمنع التراضي في ذلك بخصوصه، كما ورد النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن ونحوهما"³.

وعلى ذلك: فإن ألزم الأمانة نفسه ما لا يلزمه من الضمان باختياره، كان التزامه ذلك صحيحاً شرعاً، إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما يمنع من التزام الأمانة بالشرط ... قال الشوكاني: فحيث رضي لنفسه بذلك، كان هذا الرضا الصادر منه محللاً لماله الذي يدفعه في ضمان الأمانة، ولا حجر في مثل هذا، ولا وجه لقول من قال: إنه لا يصح⁴.

(ج) وأن اشتراط صاحب المال على المضارب عود رأس المال إليه أو مثله مثل اشتراط صاحب البذر في المزارعة أن يأخذ مثل بذره، ثم يقتسمان الباقي ... ومثل اشتراط عود الشجر والأرض إلى صاحبهما في المزارعة والمساقاة.

جاء في "الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية": "وإذا شرط صاحب البذر أن يأخذ مثل بذره، ويقتسما الباقي، جاز، كالمضاربة"⁵.

وجاء في "الفروع" لابن مفلح: "وشرط أخذ مثل بذره، واقتسام الباقي، فاسد، نص عليه. ويتوجه تخريج من المضاربة. قال شيخنا -تقي الدين ابن تيمية-: يجوز، كالمضاربة"⁶.

ونقل ذلك المرادوي في "الإنصاف" عن ابن مفلح وشيخه ابن تيمية⁷.

(1) المغني 115/8

(2) السيل الجرار 217/3

(3) السيل الجرار 196/3

(4) السيل الجرار 197/3

(5) الاختيارات الفقهية ص 219

(6) الفروع 129/7

(7) الإنصاف 246/14

وجاء في "مجموع فتاوى ابن تيمية": "فأما اشتراط عود مثل رأس المال (أي في المضاربة) فهو مثل اشتراط عود الشجر والأرض"¹؛ أي لصاحبهما في المزارعة والمساقاة. وقال ابن القيم: "فإن الأرض - في المزارعة - بمنزلة رأس المال في القراض"².

الفرع الثاني

مناقشة أدلة المانعين من جواز تضمين المضارب بالشرط

14- عرفنا فيما سبق أن مبنى احتجاج الذاهبين إلى عدم صحة ومشروعية تضمين المضارب بالشرط كون ذلك الاشتراط مخالفاً لمقتضى عقود الأمانة (ومنها عقد المضاربة) وهو أن يد الحائز فيها يد أمانة، لا يد ضمان، وأنه ليس من مصلحة العقد، فكان باطلاً.

غير أن هذا الاستدلال غير مسلم، وهو محل نظر ونقد، وذلك للأسباب الآتية:

(أولاً) إن قاعدة "عدم تضمين يد الأمانة ما تحتها من أموال الغير إلا بالتعدي أو التفريط" أغلبية لا كلية، وذلك لوجود موجبات ومقتضيات أخرى لتضمين الأمانة، ذكرها الفقهاء، غير التعدي والتفريط، ومنها:

أ- التجهيل:

15- ومعناه عدم تبين الأمين حال الأمانة التي بيده عند موته، مع علمه بأنه وارثه لا يعرف كونها أمانة عنده³.

وعلى ذلك جاء في القواعد الفقهية عند الحنفية: "الأمين بالتجهيل يصير ضامناً"⁴. ونصت م (1430) من مجلة الأحكام العدلية: "إذا مات المضارب مجهلاً، فالضمان في تركته". وجاء في م (1883) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: "مال المضاربة دين في تركة العامل، إذا مات وجهل بقاءه، ورب المال أسوة الغرماء".

والقول بأن تجهيل الأمانة موجب لتضمين الأمانة هو مذهب الحنفية⁵ والحنابلة⁶. ووافقهم الشافعية والمالكية في المبدأ، مع خلاف في بعض التفصيلات والتقييدات والأحكام والتسميات⁷.

ب- العرف:

16- لقد ذهب بعض فقهاء الحنفية والمالكية إلى اعتبار العرف موجباً لتصيير يد الأمانة يد ضمان، إذ "العادة محكمة"، و"العرف

(1) مجموع فتاوى ابن تيمية 105/30

(2) زاد المعاد 145/3، 346

(3) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 326

(4) المبسوط للسرخسي 19/22

(5) بدائع الصنائع 213/6، المبسوط 129/11، 60/22، 68/25، رد المحتار 496/4، البحر الرائق 275/7، الفتاوى الهندية 349/4، العقود الدرية

72/2

(6) شرح منتهى الإرادات 336/2، كشاف القناع 198/4، المغني 269/9، وانظر م (1362) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، وم

(801) و(1355) من المجلة العدلية وم (795) من مرشد الحيران

(7) انظر تحفة المحتاج وحاشية الشرواني عليه 109/7 وما بعدها، قليوبي وعميرة 183/3، أسنى المطالب 77/3 وما بعدها، روضة الطالبين

329/6، الذخيرة للقرافي 58/6، المدونة 149/15، مواهب الجليل 259/5، الزرقاني على خليل 120/6

حجة يلزم العمل به ما لم يخالف نصاً شرعياً. ومن الأمثلة على ذلك:

● قول الحسن بن رجال المعداني: إن قاضي القضاة شمس الدين التتائي بعد أن ذكر في شرحه على خليل قوله في المختصر بعدم تضمين الحراس ما يحرسونه، قال ما نصه: "والعرف الآن ضمان الحارسين، لأنهم إنما يستأجرون على ذلك" ونقله عنه اليزناسي في شرح التحفة وسلّمه¹.

● قول ابن نجيم عند شرحه قاعدة "المعروف كالمشروط": "وحيث تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن أجر مطبخاً لطبخ السكر، وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها، فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمائها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروط، فصاركأنه صرح بضمائها. والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير، تصير مضمونة عندنا في رواية. ذكره الزيلعي في العارية، وجزم به في الجوهرة"².

ج- المصلحة:

17- لقد ذهب المالكية في المشهور إلى تضمين الصانع، وهم الأجراء الذين ينتصبون لحرفة أو صناعة. فيدفع الناس إليهم أمتعتهم، ويتعاقدون معهم على صنع شيء أو إصلاحه لهم منها في غيبتهم، كالخياط والطرّاز والصبّاغ والنجار والقصار والخراز وغيرهم... وذلك بناءً على المصلحة العامة وسداً لذريعة الفساد³.

فمع أن الأصل في كل صانع أنه مؤتمن على ما بيده من أعيان الناس الذين استأجروه، غير ضامن لها، بناءً على البراءة الأصلية، وتفريراً على القاعدة الفقهية "الأصل فيمن دفع مختاراً لا على قصد التمليك الائتمان"⁴ فقد ذهب الإمام مالك وأصحابه إلى تضمينه ما يتلف تحت يده منها استثناءً لداعي المصلحة وصيانة لأموال الناس⁵.

جاء في "المقدمات الممهّدات" لابن رشد: "الأصل في الصانع أن لا ضمان عليهم وأنهم مؤتمنون؛ لأنهم أجراء، وقد أسقط النبي - صلى الله عليه وسلم - الضمان عن الإجراء في الائتمان⁶ وضمّنوهم نظراً واجتهاداً، لضرورة الناس إلى استعمالهم. فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يضمنون، ويصدقون فيما يدعون من التلف لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، واجترأوا على أكلها، فكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال وإهلاكها، ولحق أرباب السلع في ذلك ضرر شديد"⁷.

د- التهمة:

18- والمراد بها هاهنا: زُجْحَانُ الظنِّ وغلبة الاحتمال - بشهادة العرف - في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفریطه.

وقد اعتبر بعض فقهاء المالكية التهمة موجِباً لتغير حال يد الأمانة وصيرورتها يد ضمان في مسائل متعددة. ومن ذلك.

(1) كشف القناع عن تضمين الصانع للمعداني ص 120

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 109

(3) البيهجة للتسولي 282/2، 383، ميارة على التحفة 195/2، بداية المجتهد 231/2، عدة البروق ص 546، 558، كشف القناع للمعداني ص 73

وما بعدها، الذخيرة 502/5، المعونة على مذهب عالم المدينة 111/2

(4) قواعد المقرئ، نقلها الونشريسي في عدة البروق ص 558، والمنجور في شرح المنهج ص 551

(5) انظر كشف القناع ص 75، بداية المجتهد 232/2، المدونة 388/4، المقدمات الممهّدات 244/2

(6) لحديث "لا ضمان على مؤتمن" رواه البيهقي والدارقطني. وهو غير ثابت. (نيل الأوطار) 296/5، السيل الجرار 342/3، السنن الكبرى للبيهقي

289/6

(7) المقدمات الممهّدات 243/2

● تضمين الراعي المشترك والسمسار: "إذ المشهور في مذهب مالك عدم تضمين الأجير المشترك الذي ليس لعمله تأثيرٌ في عين المصنوع وذاته -كالراعي المشترك والسمسار - من غير ثبوت تعديهم أو تفريطهم¹. وخالف في ذلك ابن حبيب الأندلسي وجمع من فقهاء المالكية، وقالوا بتضمينهم للثمة². قال اللخمي في "تبصرته": "والحاصل أن القياس والنظر هو عدم ضمانه، والذي تقتضيه كثرة خيانة الرعاة في هذه الأزمنة هو ضمانه. وهذا هو الذي نختاره فيه وفي سمسار الدواب، أعني الضمان فيهما"³.

● فتوى ابن حبيب بتضمين صاحب الحَمَام: ذلك أن مذهب مالك في المدونة عدم تضمينه ما يدعي هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه. وعلة ذلك كما قال اللخمي "أن صاحب الثياب إنما اشترى منافع، وهو يتولى قبضها بنفسه، وهي الانتفاع بالحَمَام، والثياب خارجة عن ذلك، ووديعة لا صنعة فيها ولا إجارة عليها، وإن دفع صاحب الثياب أجره للحارس كانت الأجرة للأمانة، وهي بمنزلة من أودع وديعة بإجارة، فليس أخذ الأجرة عليها يخرجها من أن يكون أميناً"⁴. ولكن فقيه الأندلس وإمامها ابن حبيب خالف في ذلك، وذهب إلى تضمينه للثمة، فقال: "وكذلك صاحب الحَمَام جرت العادة بخيانتها في ثياب الناس فيضمونها"⁵.

19- ويرجع السبب في كون قاعدة "عدم تضمين الأمانة إلا بالتعدي أو التفريط" أغلبية لا كلية إلى أنه لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب أو السنة ما ينهض حجة على قَصْر موجبات تضمين الأمانة على هذين الموجبين، إذ الأصل -كما قال الشوكاني- أن تضمين الأمانة حكم شرعي يستلزم أخذ مالٍ مسلمٍ معصومٍ بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل⁶. والتعدي أو التفريط بلا شك حجة شرعية موجبة لتضمينهم، بالإضافة إلى موجبات شرعية أخرى كالتجهيل والعرف والمصلحة والتهمة، وكذا الشرط الذي هو أقواها وأحراها بالاعتبار، وذلك لوقوعه برضا العاقدين، إذ "الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"⁷، و"التراضي هو المناط في تحليل أموال العباد"⁸.

(ثانياً) أن قاعدة "اشتراط الضمان على الأمين باطل" خلافية وليست محل اتفاق الفقهاء، وهي بالإضافة إلى ذلك أغلبية، وليست كلية مطردة، حيث إن لها استثناءات عديدة. يشهد لذلك:

أ. قول الحنفية في رواية عندهم⁹، وأحمد في رواية عنه¹⁰، وقتادة¹¹، وعثمان البتي¹²، وعبيد الله بن الحسن العنبري¹³،

(1) ميارة 2/192، الذخيرة 5/507، كشف القناع للمعداني ص 85، 88، 89، 94

(2) المنجور على المنهج ص 541، كشف القناع عن تضمين الصناع ص 85، 97، 106، 109، 112، البيهجة 2/286، ميارة على التحفة 2/190

(3) كشف القناع عن تضمين الصناع ص 113

(4) البيهجة 2/285، كشف القناع ص 99، حاشية ابن رحال على ميارة 2/194

(5) كشف القناع ص 96، البيهجة 2/286، حاشية ابن رحال على ميارة 2/193

(6) السيل الجرار 3/200

(7) القواعد النورانية الفقهية ص 203، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 4/93

(8) السيل الجرار 3/217

(9) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 109، مجمع الضمانات للبغدادي 1/163

(10) الفروع لابن مفلح 7/204، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص 231

(11) المغني 7/342، الحاوي للماوردي 8/395، الإشراف لابن المنذر 1/271

(12) مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي 4/185

(13) الحاوي للماوردي 8/395

وداود الظاهري¹: إن العارية أمانة في يد المستعير، غير أنها تصير مضمونةً عليه بالشرط. وقد اختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية وأبو حفص من الحنابلة².

ب. قول قتادة والعبري بأن الوديعة أمانة في يد المستودع، غير أنها تصير مضمونة عليه بالشرط³.

ج. قول عثمان البتي بأن يد المرتين والراعي يد أمانة، لكنها تنقلب إلى يد ضمان بالشرط⁴.

د. ما جاء في "المغني" لابن قدامة: "وعن أحمد أنه سئل عن شرط ضمان ما لا يجب ضمانه، هل يُصَيَّره الشرطُ مضموناً؟ فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم"⁵.

هـ. اختيار ابن تيمية صحة تضمين الحارس ونحوه بالشرط، مع كونه أجيراً خاصاً، ويده يد أمانة⁶.

و. قول ابن الحاجب: "وإذا اشترط إسقاط الضمان فيما يضمن أو إثباته فيما لا يضمن، ففي إفادته قولان"⁷.

ز. قول المقري في "القواعد": "قاعدة: اشتراط ما يوجب الحكم خلافه، هل يعتبر أو لا؟ اختلفوا فيه"⁸.

ح. اختيار الإمام الشوكاني وترجيحه صحة تضمين سائر الأمناء بالشرط. قال: "لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد"⁹.

20- وحيث كان الأمر كذلك، فإن الاستدلال على بطلان تضمين المضارب بالشرط بقاعدة "اشتراط الضمان على الأمين باطل" غير مسلم، ولا ينهض حجة على حظر ذلك الاشتراط وفساده.

(ثالثاً) إن الاستدلال على فساد اشتراط الضمان على المضارب بأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد (وهو أن يد المضارب يد أمانة لا ضمان) وكلُّ شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل ... غير مسلم؛ وذلك لأن هناك منهجين للفقهاء في مسألة الشروط العقدية ومدى صحة مخالفتها لمقتضيات العقود، أحدهما يذهب إلى أن كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو فاسد شرعاً. والثاني يذهب إلى أن اشتراط ما يخالف مقتضى العقد ليس فاسداً بإطلاق، كما أنه ليس صحيحاً بإطلاق، بل يُنظر فيه: فإن كان فيه مخالفة لنص شرعي، أو تحليلاً لحرام، أو تحريماً لحلال، فإنه يكون فاسداً محظوراً، وإن لم يكن فيه شيء من ذلك، فإنه يكون صحيحاً معتبراً، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم".

وبناء على المنهج الثاني (وهو الراجح في نظري) يكون اشتراط الضمان على المضارب صحيحاً ملزماً، حيث إنه لا يهدم أصلاً شرعياً ثابتاً، ولا يخالف نصاً من نصوص الكتاب أو السنة.

21- وبيان المسألة: أن الفقهاء اختلفوا في سلطة العاقدين على تعديل آثار العقود -إما بالنقص منها، وإما بإضافة التزامات على أحد الطرفين لا يستلزمها أصل العقد- بشروط يشترطانها في التعاقد، وذلك على النحو الآتي:

(1) الحاوي 395/8

(2) الفروع لابن مفلح 204/7، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص 231

(3) نيل الأوطار 297/5، الإشراف لابن المنذر 266/1، الإشراف للقاضي عبد الوهاب 42/2

(4) مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي 86/4، 309

(5) المغني 115/8

(6) الاختيارات الفقهية للبعلي ص 195، كشاف القناع للبهوتي 355/3

(7) شرح ميارة على التحفة 186/2

(8) شرح المنجور على المنهج ص 415

(9) السيل الجرار 217/3

أولاً: لقد ذهب الحنفية إلى أن الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية هو التقييد؛ وذلك لأن لكل عقد في النظر الفقهي أحكاماً أساسية تترتب عليه، تسمى "مقتضى العقد" دلت عليها نصوص الكتاب أو السنة أو استنبطها الفقهاء باجتهادهم، وأثبتوها حفظاً للتوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود. وعلى ذلك فلا يكون للعاقدين أن يشترطا ما يخالف هذا المقتضى، فإن اشترطا شرطاً مخالفاً له كان فاسداً¹.

وقد اتجه الشافعية وأكثر المالكية وطائفة من الحنابلة إلى نحو ما ذهب إليه الحنفية من لزوم التمسك بمقتضيات العقود في الجملة، وعدم جواز اشتراط ما يخالفها، غير أنهم اختلفوا معهم في الفروع والتفصيلات، وفي بعض الاستثناءات، ومدى صحة التوسع فيها، نظراً لتفاوت آرائهم واجتهاداتهم فيما هو مقتضى كل عقد، وفيما هو مخالف له من الشروط، ودرجة المخالفة، ومدى إخلالها بما يلزم مراعاته في العقود².

ثانياً: وتتجه أصول أحمد المنصوصة عنه إلى أن الأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الكتاب والسنة هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه المتعاقدان ويشترطانه فيها، ما لم يكن هناك نص أو قياس صحيح يمنع من عقد معين أو شرط محدد، فعندئذ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة، ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً، كالتعاقد على القرض الربوي أو القمار أو بيع الغرر ونحو ذلك.

وحجته على ذلك عموم قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة:1)، وقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم"³. أما القيد الاستثنائي المانع، فقد استفيد من قوله -صلى الله عليه وسلم- في حديث بريرة: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"⁴. والمراد به: ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً.

قال ابن تيمية: "وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، وهو حقيقة المذهب، فإن المشتراط ليس له أن يبيع ما حرّمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله. وإنما المشتراط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب (في الأصل) ليس نفيّاً للإيجاب، حتى يكون المشتراط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً"⁵.

وعلى ذلك، فإن أصول الإمام أحمد المنصوصة عنه لم تعتبر للعقود مقتضياتٍ مُضَيِّقَةً بحدودٍ ثابتة تتحكم في إرادة المتعاقدين، بمعنى أن الشارع قد فوض إلى إرادة العاقدين تحديد هذه المقتضيات – في نطاق حقوقهما – في كل ما لا يصادم نصاً من نصوص الشريعة، ولا يتناقض أصلاً من أصولها.

(1) المدخل الفقهي العام للزرقا 468/1 – 479، التعليق المجد على موطأ الإمام محمد 250/2، مجموع فتاوى ابن تيمية 126/29 وما بعدها،

القواعد النورانية الفقهية ص 184 وما بعدها، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 76/4 وما بعدها

(2) المدخل الفقهي العام 476/1، المغني لابن قدامة 166/6، 232، 324، مجموع فتاوى ابن تيمية 127/29، 128، الفتاوى الكبرى لابن تيمية

77/4 وما بعدها، المجموع للنووي 363/9 وما بعدها، بداية المجتهد 160/2، شرح السنة للبلغوي 147/8، الأشباه والنظائر لابن السبكي 274/1

المعونة للقاضي عبد الوهاب 1122/2

(3) سبق تخريجه في ص 16

(4) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك. (صحيح البخاري 199/3، صحيح مسلم 1141/2، سنن أبي داود 346/2).

عارضه الأhoodي 280/8، سنن النسائي 268/7، الموطأ 780/2

(5) مجموع فتاوى ابن تيمية 148/29، القواعد النورانية الفقهية ص 198، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 89/4

ومن جهة أخرى فإن كثيراً من فقهاء الحنابلة وغيرهم لا يعتبرون أن كل مصلحة يشترطها أحدُ العاقدين لنفسه – مما لا يوجبه العقد بذاته – تكون منافية لمقتضاه، بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد ما دامت مشروعة (أي غير محظورة بنص شرعي)، والشرط لا يعتبر منافياً لمقتضى العقد إلا إذا ناقض النواحي الأساسية، التي إذا شُرطَ خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد¹.

جاء في مجموع فتاوى ابن تيمية: "الأصل في العقود والشروط الصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه"².

وقد رجح العلامة ابن القيم ما ذهب إليه الإمام أحمد في أصوله المنصوصة، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية في شأن سلطان الإرادة العقدية في العقود والشروط، وصححه وانتصر له، فقال: "الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه. وهذا القول هو الصحيح"³. وقال: "فكل ما لم يُبين الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم- تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها، فإن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا، فمن كان من هذه الأشياء حراماً، فلا بد أن يكون تحريمه مفصلاً. وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه، ولم يحرمه"⁴.

ثم قال: "وهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع التي بعث الله بها رسوله:

إحدهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه، فهو باطل، كائناً ما كان.

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه، ولا يناقض كتابه، وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط، فهو لازم بالشرط.

ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- واتفاق الصحابة، ولا تُغلب بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الأرائية، فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع"⁵.

22- وبناء على هذا المذهب، فإنه يجوز شرعاً اشتراط الضمان على المضارب، ويكون لازماً بالشرط، حيث إنه لا يخالف نصاً أو أصلاً من أصول الشرع – وهو مما يجوز تركه وفعله بدون الشرط – ولا وجه لتحريمه، فكان الواجب حله، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، وفي مصلحتهم، إذ لولا حاجتهم إليه ومصلحتهم فيه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. وحيث لم يثبت تحريمه أو النهي عنه، فإنه يعتبر سائغاً شرعاً بناءً على عمومات الكتاب والسنة القاضية برفع الحرج عن العباد⁶.

(1) انظر المدخل الفقهي العام 479/1 – 499، إعلام الموقعين 381/3، القواعد النورانية الفقهية ص 188، السيل الجرار 59/3

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 132/29، القواعد النورانية الفقهية ص 188، الفتاوى الكبرى 80/4

(3) إعلام الموقعين 344/1

(4) إعلام الموقعين 383/1

(5) إعلام الموقعين 402/3

(6) انظر مجموع فتاوى ابن تيمية 156/29، القواعد النورانية الفقهية ص 204، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 94/4

المسألة الثانية

وعاء المضاربة

(فيما يخص البنوك التي تتضمن المعاملات الإسلامية والتقليدية)

23- السؤال: لما كان الغرض من إنشاء هذا الوعاء التأكد من أن جميع الأموال التي تلقاها البنك على سبيل المضاربة تستخدم في تمويلات شرعية، لتكون الأرباح الموزعة على أرباب المال من مصادر مباحة، وبما أن النقود لا تتعين بالتعيين، فقد اتخذت هذه البنوك قاعدة يُفترض أنها تفي بالغرض وتحقق المطلوب، وهو مجرد التأكد من أن الأصول الإسلامية مساويةً أو أكثر من مجموع ما تلقاه المصرف من أموال على سبيل المضاربة. فإذا تأكد ذلك، فإنه يعني الاطمئنان إلى أن الربح المتحقق لأصحاب حسابات المضاربة مصدره معاملات إسلامية. هل يكون هذا الترتيب مستوفياً للمتطلبات الشرعية؟
والجواب: أنه لا يظهر لي على اعتماد هذا الترتيب ملاحظة أو اعتراض شرعي مانع من اعتباره سبيلاً لتحقيق المتطلبات الشرعية.
والله أعلم

المسألة الثالثة

الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح

24- تتجه البنوك إلى وضع قواعد عامة لحسابات المضاربة، ومنها اشتراط أن يكون هناك حدُّ أدنى للرصيد حتى يدخل في وعاء المضاربة، ويشارك في الربح الحاصل، بحيث إذا نقص هذا الحد، فإنه يتحول إلى حساب جارٍ لا يستحق صاحبه شيئاً من الزيادة عليه.
وجوابي على ذلك: أن اتجاه البنوك إلى ذلك له معنى معتبر، وإذا نُص في الاتفاقية المبرمة بين البنك والعميل على أن الرصيد إذا نقص متوسطه عن حد معين، فإنه يتحول إلى حساب جارٍ، ولا يعتبر ضمن وعاء المضاربة الاستثماري حكماً وتقديراً. وعلى ذلك لا يستحق العميل بموجبه حصّةً من الربح الذي يوزع في نهاية الشهر عندما توزع الأرباح على الحسابات ... سائغ مقبول في النظر الفقهي إذا كان هذا الترتيب متعارفاً عليه، أو اشترطه المصرف على العميل، أو تراضى عليه الطرفان (البنك والعميل) ابتداءً، إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب أو السنة ما يمنع من ذلك، فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، كما صح عن النبي -صلى الله عليه وسلم-، وليس في التراضي على ذلك مخالفة لنص شرعي أو إسقاط لما أوجبه الله تعالى. والله أعلم

المسألة الرابعة نسبة الربح إلى رأس المال

25- إن من الثابت المقرر في النظر الفقهي أنه يشترط لصحة عقد المضاربة تراخي الطرفين على حصة كل منهما النسبية الشائعة المحددة المعلومة من الربح. فلو جرت المضاربة مع جهالتها، فسد العقد. ولا يرفع تلك الجهالة تحديداً نسبة الربح إلى رأس مال المضاربة من قبل البنك 3% أو 5% أو غير ذلك.

وأساس ذلك: أن معدّل العائد على الاستثمار المنسوب إلى رأس المال مجرد توقعات وتكهّنات احتمالية غير موثوق بصحتها، وهي أيضاً على خطر الوجود والعدم، فقد تتحقق وقد لا تتحقق في الواقع، كما أنها تنطوي على جهالة فاحشة بمقدار الربح المتحقق ونصيب كل واحد من الطرفين، مما يفضي في غالب الأحيان إلى الحسرة والندامة أو النزاع والخصومة، وكلاهما مطلوب الاستبعاد شرعاً.

ثم إن تحديد نسبة الربح إلى رأس المال مستفاد ومشتق من نظام القرض الربوي المنافي والمضاد لنظام المضاربة المبني على أساس الشراكة النسبية المعلومة الأجزاء في الربح الحاصل بين رب المال والمضارب، والتنافي والتضاد مقتضاهما التدافع، بحيث يدفع كل من المتضادين والمتنافيين الآخرين، فكيف الجمع بينهما في هذه المسألة!؟

ويزيد الطين بلةً تنازلُ رب المال عن النسبة التي تزيد عن الربح المتوقع للمضارب، وإذا ركبنا هذه المنظومة على القول بتضمين المضارب رأس مال المضاربة بناءً على العرف أو الشرط أو التراضي، فسينتهي بنا الحال إلى الدخول في نوافذ الحيل الربوية بعد ما أغلقنا بابّه صورياً، حيث إن قواعد الجمع بين العقود لا تجيز مثل ذلك في العقود المالية المركبة والمنظومات العقدية المستحدثة. قال الإمام الشاطبي: "إن الاستقراء من الشرع عرّف على أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا تكون في حال الانفراد"¹. فليتأمل.

المسألة الخامسة

استخدام الأوزان

26- تعتمد بعض المصارف الإسلامية إلى استخدام الأوزان في حساب المضاربة لغرض مكافأة أصحاب الحسابات الكبيرة وتشجيعهم على الاستثمار لديها، حيث يحصل الريال الذي هو جزء من استثمار رصيد حساب مقداره مليون ريال على نسبة ربح أعلى من الريال الذي هو جزء من رصيد حساب قدره ألف ريال مثلاً... وهذا الاستخدام جائز في النظر الفقهي - في رأيي -: لانتفاء الدليل الحاضر، ولأن من حق المضارب شرعاً إذا عمل مضارباً لأكثر من رب مال (طبيعي أو حكومي) أن يتراضى مع كل واحد من أرباب المال على حدة على حصته النسبية الشائعة من الربح المتحقق ولو كانت مختلفة عن غيره.

المسألة السادسة

ربط العائد بالمدة

27- ما يجري في بعض البنوك الإسلامية في حسابات المضاربة من ربط الحصة النسبية لرب المال في الربح الحاصل بمقدار المدة التي يلتزم فيها بالاستثمار، بحيث يحصل على نصيب من الربح مقدراً بـ 70% لمدة 6 أشهر، بينما يحصل على 60% لمدة 3 أشهر، واكتفاء بعض المؤسسات المالية بتحديد تلك النسب دون إلزام العميل بمدة معينة، وإنما يتحدد نصيبه في الربح في آخر المدة، وله الاختيار في سحب أمواله في أي وقت يشاء ... هو سائغ في النظر الفقهي - فيما أرى -: وذلك لتراضي الطرفين على هذا الترتيب والربط، وانتفاء الدليل الحاضر.

نظير ذلك في أبواب الإجارة والمشاركات قول الحنفية على المعتمد في المذهب والإمام أحمد في رواية عنه -رحمها الإمام ابن القيم- بجواز التردد والإيهام في البديل أو في حصة الشريك، نظراً لانتفاء الجهالة المانعة من صحة العقد والغرر وسائر المحظورات الشرعية الأخرى في ذلك مع قيام الحاجة إليه.

قال -رحمه الله- في "إعلام الموقعين": "قد تدعو الحاجة إلى أن يكون عقد الإجارة مهماً غير معين. فمثاله: أن يقول له: إن ركبت هذه الدابة إلى أرض كذا فلك عشرة، وإن ركبها إلى أرض كذا فلك خمسة عشر. أو يقول: إن خبطت هذا القميص فلك درهم، وإن خطته غداً فنصف درهم. وإن زرعت هذه الأرض حنطة فأجرتها مئة، أو شعيراً فأجرتها خمسون، ونحو ذلك. فهذا كله جائز صحيح، لا يدل على بطلانه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس، بل هذه الأدلة تقتضي صحته، وإن كان فيه نزاع متأخر.

فالثابت عن الصحابة الذي لا يُعلم عنهم فيه نزاع: جوازُه، كما ذكر البخاري في صحيحه عن عمر -رضي الله عنه- أنه دفع أرضه إلى من يزرعها. وقال: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله كذا، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا¹ ... ولم يخالفه صحابي واحد، ولا محذور في ذلك ولا خطر ولا غرر ولا أكل مال بالباطل، ولا جهالة تعود إلى العمل ولا إلى العوض، فإنه لا يقع إلا معيناً، والخيرة إلى الأجير، أي ذلك أحب أن يستوفي فعل، فهو كما لو قال له: أي ثوب أخذته من هذه الثياب فقيمتها كذا، أو أي دابة ركبها فأجرتها كذا. أو أجرة

هذا الفرس كذا، وأجرة هذا الحمار كذا، فأيهما شئت فخذ. أو: ثمن هذا الثوب مئة، وثمان هذا مئتان. ونحو ذلك مما ليس فيه غرر ولا جهالة ولا ربا ولا ظلم، فكيف تأتي الشريعة بتحريمه؟!¹.

المسألة السابعة

التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع

28- لقد جرى العمل في اتفاقية فتح حساب المضاربة على النص على الربح المتوقع (مع التأكيد على أن هذا الربح ليس مضموناً من قبل المصرف) ثم يضاف إلى ذلك أن صاحب الحساب (رب المال) يتنازل عما زاد عن هذه النسبة لصالح المصرف، وهو يتنازل عن ذلك ابتداءً قبل تحقق هذا الربح أو حصول التنضيب والقسمة، ولا يتمكن حتى من معرفة مقدار ما تنازل عنه من الربح. فما هو حكم ذلك؟

والجواب: أن في هذا الترتيب والهيكل مشكلتين:

(الأولى) أن النصَّ على الربح المتوقع بالنسبة إلى رأس المال لا يرفع الجهالة المفسدة للعقد في هذه المضاربة؛ لأن المطلوب شرعاً منحصرٌ في النص على حصة كلٍّ من صاحب الحساب والبنك من الربح المتحقق 70% للعميل مثلاً و30% للبنك أو غير ذلك.

(والثانية) أن النصَّ على الربح المتوقع بالنسبة إلى رأس المال غير مُلزم للبنك، وليس مضموناً في ذمته، ولكنه مُلزمٌ للعميل ليتنازل عما زاد عنه لصالح البنك، مع كونه مشتملاً على الجهالة والغرر، وفي ذلك من التناقض ما فيه، فكيف يكون غير معتبرٍ شرعاً في حق البنك، ولكنه معتبرٌ في حق العميل؟! فليتأمل ..

المسألة الثامنة

تبني طريقة الحساب غير التراكمية

29- الذي يظهر لي أنه لا مانع في النظر الفقهي من تبني طريقة الحساب غير التراكمية إذا تراضى الطرفان عليها في اتفاقية فتح حساب المضاربة، ولو كان فيها تفضيل مصلحة البنك على مصلحة العميل. أما إذا لم يُنص على ذلك في الاتفاقية، فيلزم الأخذ بالطريقة التراكمية. والله تعالى أعلم

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي

إعداد

د. محمد بن علي القري

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 22-21 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

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

مضى على الناس حين من الدهر كانوا يقولون إن عقد المضاربة لا يصلح لعمل المصارف إلا بمخالفة شروط صحته ومشروعيته؛ لأنه يتضمن قدراً من المخاطر يجعله غير قابل للتطبيق المصرفي⁽¹⁾، لكننا أصبحنا الآن نرى عقد المضاربة يجري تطبيقه في العلاقة بين المصرف وعملائه عند مستوى من المخاطر لا يزيد عن البنوك التجارية، مع الالتزام بجميع أحكام عقد المضاربة الفقهية.

والمسائل التالية تكشف جانباً من التطوير الذي أوصل عقد المضاربة لكي يصبح ملائماً لعمل البنوك، والرد على ما أثير حولها من ملاحظ تتعلق بموافقتهما للمقتضى الشرعي.

المسألة الأولى:

ضمان المصرف لرأس مال المضاربة

لم تختلف كلمة فقهاء المذاهب على أنه لا يجوز للمضارب أن يضمن لرب المال رأس مال المضاربة فإن فعل فسد عقد المضاربة، وإن كان باشر العمل مع وجود هذا الشرط فليس له إلا أجر مثله، ولما كانت معايير المحاسبة تقتضي أن تكون أرصدة حسابات المضاربة داخل ميزانية البنك، وأنه يترتب على ذلك -بناءً على تلك المعايير- أن يكون رأس مال المضاربة مضموناً على البنك كسائر الأموال داخل الميزانية، برز الاشكال أن المضاربة المصرفية مضاربة فاسدة.

1- العبرة بمقدار المخاطر وليس بالضمان:

إن مفتاح فهم الأعمال المصرفية هو استيعاب معنى المخاطر وطريقة قياسها، والضمان بمعناه التعاقدى ليس إلا وسيلة لتقليل المخاطر، ولكن هذه المخاطر يمكن تخفيضها بغير طريقة الضمان، وما يهم أطراف المعاملة هو في الواقع مقدار المخاطرة، فالدخول في عقد مضاربة مع شركة أرامكو عقد متدني المخاطر حتى مع عدم وجود الضمان، بينما الدخول مع رجل مفلس في عقد قرض مرتفع المخاطر مع وجود الضمان، ولذلك فإن السعي نحو تقليل المخاطر من خلال إجراءات غير مخالفة للأحكام الشرعية أمر مقبول ويحقق الغرض المطلوب⁽²⁾.

1- Unbankable.

2- مصادر الأموال في البنك:

تنقسم الأموال التي يتلقاها البنك من الأطراف الأخرى إلى قسمين، القسم الأول: الأموال التي يصبح البنك مالكا لها ويتعامل معها تعامل الملاك مثل رأس ماله وأرصدة الحسابات الجارية (وهي على سبيل القرض، ومعلوم أن القرض تملك)، هذه الأموال تصنف من الناحية المحاسبية أنها داخلية في ميزانية البنك فهو يملكها، وبما أنها مصنفة في جانب المطلوبات من ميزانية البنك فإنها مضمونة عليه، فالحسابات الجارية قروض مضمونة على البنك. ومملوكة له، ولا تقبل من البنك دعوى وقوع الخسارة فيها.

أما القسم الثاني: فهي الأموال التي لا يمكن تصنيفها ضمن الموجودات أو المطلوبات، بناءً على المبادئ المحاسبية المتعارف عليها؛ لأنها تبقى مملوكة لأصحابها وتكون يد البنك عليها يد أمانة، وهو يديرها لصالح أصحابها، وتصنف أنها خارج ميزانية البنك، وبما أنها ليست مضمونة على البنك، فإن أي خسارة تقع فيها يتحملها أصحاب تلك الأموال وليس البنك، إذ البنك ليس إلا مديراً بأجر، ومن أمثلة ذلك صناديق ومحافظ الاستثمار.

2- حساب المضاربة المصرفي:

لا تخفى أهمية الادخار وحاجة المجتمعات إلى تشجيع السلوك الادخاري، ولذلك اتجهت البنوك بتوجيه من جهات الإشراف إلى طرح منتج حساب المضاربة، والذي يمكن اعتباره حساب توفير مخصص لصغار المدخرين، يكون المدخر في هذا الحساب رب مال والبنك مضارباً، ويتميز هذا الحساب بأنه يحقق لصاحب الحساب عائداً، في الوقت الذي يمكن له فيه إدارته على صفة حساب جار، ويعتمد الحساب على التنضيق الحكيومي، وتستثمر الأموال فيه في عمليات التمويل التي يقدمها البنك لعملائه، ويحصل أصحاب الحسابات على توزيعات دورية للربح.

3- حسابات المضاربة أموال داخل الميزانية:

لما كانت حسابات المضاربة معتمدة على عقد المضاربة؛ حيث المصرف يكون مضارباً، يده على رأس مال المضاربة يد أمانة، فلا يضمن رأس المال أو الربح لرب المال، فإن التصنيف الصحيح لها من الناحية المحاسبية هي أن تكون خارج ميزانية البنك؛ لأن البنك ليس إلا وكياً بالاستثمار، ولكن واقع الحال أن ودائع حسابات المضاربة جعلت في داخل الميزانية، وتظهر ضمن المطلوبات في دفاتر البنك، بمعنى أنها تعامل من الناحية المحاسبية كما تعامل الحسابات الجارية من حيث تصرف البنك بها تصرف الملاك وضمائمها لأصحابها.

ويرى أرباب البنوك وخبراء المحاسبة أن هذا هو الإجراء الصحيح، وهذا ما نص عليه أيضاً المعيار المحاسبي للمضاربة الصادر عن (أيوفي) أيضاً. فقال المعارض هي إذاً مضمونة على البنك، فهي مضاربة فاسدة؛ لأن الفقهاء نصوا على أن الضمان الذي يقدمه المضارب يضمن فيه رأس المال أو الربح يُبطل عقد المضاربة⁽¹⁾.

يلخصه ما جاء في الموسوعة الفقهية⁽²⁾: "وقد نص الحنفية والمالكية على أنه لو شرط رب المال على العامل ضمان رأس المال إذا تلف أو ضاع بلا تفريط منه كان العقد فاسداً، وهذا ما يؤخذ من عبارات الشافعية والحنابلة؛ لأنهم صرحوا بأن العامل أمين فيما في يده، فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن، فاشترط ضمان المضارب تتنافى مع مقتضى العقد". وقال ابن قدامة في المغني: "متى شُرط على المضارب ضمانُ المال أو سهماً من الوضعية فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً".

وفي قرار مجمع الفقه مكة المكرمة في دورته الرابعة عشرة 1995م: "الخسارة في مال المضاربة على رب المال في ماله ولا يُسأل عنها المضارب إلا إذا تعدى على المال أو قصر في حفظه".

4- شروط وأحكام المضاربة المصرفية:

وقد كان يسمح للبنوك فيما مضى بأن تقبل نوعي الأموال المذكورة أعلاه، ولكن بعد حدوث الكثير من المشاكل التي كانت خلفيتها سوء استخدام خاصة جعل الأموال خارج الميزانية مثل إخفاء خسائر حقيقية وذلك بنقلها إلى خارج الميزانية، اتجهت القوانين المصرفية في أكثر البلدان إلى منع البنوك التجارية من قبول أموال خارج الميزانية⁽²⁾. واقتصر نشاطها على قبول الأموال إذا كانت داخل الميزانية فقط.

1- ومع أن الأراء المخالفة جديدة بالنظر لكن ليس هذا مجال بسط هذه المسألة.

2- الموسوعة الفقهية ج38، ص63.

يمثل مستند الشروط والأحكام لفتح حساب المضاربة الذي يوقعه العميل عقد المضاربة بين الطرفين. وبينما أن المعالجة المحاسبية لحساب المضاربة تدل على الضمان المفسد للعقد فليس كذلك أحكام وشروط فتح الحساب، والتي تمثل كما ذكرنا أعلاه عقد المضاربة بين البنك وعميله.

قد تختلف أحكام وشروط حساب المضاربة من مصرف إلى آخر، لكنها تتفق جميعاً في النص على نفي ضمان المصرف لرأس مال المضاربة في غير حال التعدي والتفريط.

وقد أظهر استعراض سريع لشروط وأحكام هذا النوع من الحسابات في خمسة مصارف سعودية ومصرفين خليجين أن عقد المضاربة فيما يتعلق بمسألة ضمان رأس المال جارٍ على الأحكام الشرعية الصحيحة، إذ يتضمن نصاً صريحاً بعدم الضمان⁽¹⁾.

5- السيادة لشروط العقد وليس للمعيار المحاسبي:

من الواضح أن هناك تناقضاً بين مدلول المعيار المحاسبي الذي يتعامل مع رأس مال المضاربة على أنه مملوك للبنك وأنه مضمون عليه، وبين عقد المضاربة الذي ينص بشكل لا لبس فيه على الصحيح من أحكام المضاربة وهو أن المضارب لا يضمن رأس المال ولا الربح.

1- أ- المصرف الأول:

"البنك لا يضمن رأس مال المضاربة ولا الربح المتوقع إلا في حال كانت الخسارة راجعة إلى التعدي أو التفريط من قبل البنك".

أ- المصرف الثاني:

"في حال وقوع خسارة فللبنك أن يتبرع بدرء الخسارة إلى رأس المال كحد أعلى دون إلزام عليه في ذلك، وإنما يكون هذا التبرع بإرادة منفردة".

ب- المصرف الثالث:

"في حال تحقق الخسارة لأرباب المال فإن البنك سيتحمل الخسارة كاملة في حال كان سببها التعدي أو التفريط، أما في الحالات الأخرى فإن البنك ربما يقوم بدرء خسارة أرباب الأموال بشكل جزئي أو كلي من غير إلزام عليه في ذلك".

ج- المصرف الرابع:

"يقر صاحب الحساب بعلمه أنه بناءً على أحكام المضاربة الشرعية فإن الخسائر حال تكبدها توزع على جميع أصحاب الحسابات بنسبة حصة كل منهم في أموال المحفظة".

"في حال تكبد أي خسارة جراء احتيال أو سوء تصرف جسيم -إهمال جسيم- من جانب [المصرف] أو أحد مسئوليه بتنفيذها يصبح [المصرف] ملزماً بجبر الخسارة إلى صاحب الحساب وفقاً لهذه الشروط والأحكام".

د- المصرف الخامس:

"3- في حال حصول خسارة في رأس المال فلن يكون البنك باعتباره مضارباً مسؤولاً عن هذه الخسارة إلا في حال التعدي أو التفريط من قبل البنك".

هـ- Bank No. 6:

"F) There is no guarantee of any profit returns provided to the Rab al Mal. Any loss shall be suffered entirely by the Rab al Mal except in the event of negligence or will full misconduct action of the Mudareb.

و- Bank No. 7:

"In case the actual profit amount is lower than the anticipated profit amount, the account holders shall be entitled only to the actual profit amount. In this situation, the bank may decide at the time of profit distribution to give discretionary bonus to the account holders to cover such shortfall amount without any obligation from the bank.

في حال وقوع الخلاف بين المصرف والعميل ودعوى العميل أن البنك ملتزم بضمان رأس المال، محتجاً بما ذكرنا في معايير المحاسبية، وأن البنك لما وضع هذه الأموال في داخل ميزانيته فهو ضامن لها. واحتاج الأمر إلى إقامة الحجة أمام القضاء، فالمعول لدى القضاء إنما هو على نصوص العقد وليس على معايير المحاسبية، وقد نصت شروط وأحكام فتح حساب المضاربة كما ذكرنا على عدم الضمان، بمعنى أن رب المال لو ادعى أن على البنك أن يتحمل الخسائر من غير حال التعدي والتفريط بناء على معايير المحاسبية فإن القضاء سيعتمد على نص العقد وليس معيار المحاسبية؛ للأسباب التالية:

أ- لا شك أن العقد من أهم مصادر الالتزام في العلاقات التي تقع بين الناس ويعول عليه في حفظ الحقوق والالتزامات وتوثيقها وهو مرجع القضاء في فض المنازعات لأن شروطه وأحكامه هي ما حصل عليه التراضي بين طرفي العقد ولذلك فإن له السيادة على كافة المستندات ذات العلاقة.

ب- من القواعد العامة في الإثبات أنه لا يسوغ للشخص أن يصنع دليلاً لنفسه يحتج به ضد الغير وفي نفس الأمر لا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه لصالح الغير، والقيود المحاسبية سجلات داخلية خاصة بالبنك، ولم ينص على حجيتها في العقد، ولذلك لا يجبر البنك على القبول بها بينة لصالح الخصم.

ج- ومن قواعد الإثبات في القانون أن القيود المحاسبية لا تُقبل دليل اثبات بحد ذاتها إلا بأن تكون مؤيدة بالمستندات التي تمت بموجبها كل عملية من العمليات المحاسبية، والدفاتر المحاسبية للبنك ليست أكثر من قرينة وليست دليلاً يحتج به ولا يكون لها أثر إلا بعد مضاهاة دفاتر كلا طرفي النزاع.

د- ومن تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك في القضاء، أن الأمر الثابت والمقرر بدليل (وهو عقد المضاربة) لا يرتفع حكمه بالشك الطارئ عليه (مثل معايير المحاسبية).

والخلاصة أن صيغة حساب الادخار على سبيل المضاربة كما تمارسه البنوك مستوفٍ لشرائط الصحة ولا يؤثر عليه ما جرى العمل به من قيود أو معايير محاسبية.

6- في معايير المحاسبية حماية لأرباح المال:

نريد أن نعرض هنا الوضع الذي تتحقق فيه الخسارة لأصحاب حسابات الادخار على سبيل المضاربة لندرك أن ليس في معايير المحاسبية ضمان لرأس المال بل فيها في الجملة حماية لأصحاب هذه الحسابات.

الخسارة في لغة الفقه هي نقص رأس المال وعدم سلامته عندما تجرى عملية التنضيق، أما انخفاض الربح عن المتوقع فلا يعد خسارة، بناءً على ذلك فإننا بجعل أموال أصحاب الحسابات داخل ميزانية البنك فإن هذا يعني أن حسابات المضاربة تشارك ملاك البنك فيما يقع من ربح بحسب ما نص عليه في العقد ولا تشارك في الخسائر إلا إذا نقص رأس مال البنك، ومرجع هذا هو أن نصيب أصحاب الحسابات من الربح يجري حسابه كجزء من الربح الإجمالي⁽¹⁾، أي قبل أن يدفع البنك ما عليه من ضرائب (وفوائد على القروض) وأرباح على عمليات التمويل كالصكوك والمصاريف الأخرى غير مصاريف الإنتاج، ولا تظهر الخسارة عند مستوى الربح الإجمالي⁽²⁾، إلا أن يكون رأس مال البنك أقل من أن يغطي جميع خسائره. ومثل هذا الوضع يترتب عليه نتيجتان؛ الأولى: أن أصحاب الحسابات الادخارية سيخسرون جزءاً من رأسمالهم، والثانية: أن البنك سيكون في وضع عدم القدرة على الاستمرار ولا بد له من رفع رأس ماله أو إغلاق أبوابه والتوقف عن العمل.

.Gross Profit -1

.Gross Profit -2

المسألة الثانية:

وعاء المضاربة

ذكرنا في موضع آخر أن الأموال التي يتلقاها البنك في حسابات المضاربة تكون داخل الميزانية إذ يخلطها المصرف مع أمواله الأخرى مثل رأس ماله وأرصدة الحسابات الجارية .. إلخ، فإن كان البنك مصرفاً إسلامياً فلا إشكال في المسألة إذ أن الاستخدامات لهذه الأموال تكون ضمن الضوابط الشرعية إذ كل نشاط البنك هو في مجال التمويل الإسلامي.

ولا يخفى أن جل النشاط المصرفي الإسلامي في يوم الناس هذا هو في بنوك تقليدية وذلك من خلال نوافذ إسلامية، يترتب على جعل أرصدة حسابات المضاربة داخل الميزانية اختلاطها مع جميع أموال البنك الأخرى، ونظراً إلى أن البنك يمارس المصرفية الإسلامية والتقليدية، وربما قيل إن على هذا البنك في حال تقديمه حسابات على سبيل المضاربة أن يعزلها في وعاء مستقل عن بقية أموال البنك لا سيما ودائع الحسابات التقليدية، لكن هذا غير ممكن من الناحية العملية.

فهل من سبيل إلى التأكد أن ودائع حسابات المضاربة لا تستخدم في التمويل التقليدي وإنما يقتصر استخدامها في

التمويلات الإسلامية؟

السبيل إلى ذلك هو التأكد دائماً من أن مبلغ عمليات التمويل الإسلامية في دفاتر البنك هو دائماً أكبر من مجموع أرصدة حسابات المضاربة، فإذا وقع هذا فإنه كافٍ للتأكد من أن جميع أرصدة حسابات المضاربة استخدمت في التمويل الإسلامية. وعملية التأكد هذه متاحة لكافة البنوك عن طريق نظامها الآلي الذي يبين في كل لحظة الأصول والخصوم ويصنفها بحسب أنواعها، فإذا ظهر في جانب الخصوم (المطلوبات) أن حصيلة حسابات المضاربة هي مثلاً 100 مليون وظهر في قائمة الأصول أن الأصول الإسلامية هي 150 مليون فهذا يعني ما يلي:

(1) أن كامل حصيلة حسابات المضاربة قد جرى استخدامها لتوليد أصول إسلامية (100 مليون).

(2) أن جزءاً من موارد البنك الأخرى قد جرى استخدامه في توليد أصول إسلامية (50 مليون).

يمكن القول، بناء على ذلك أنه يكفي للتأكد من أن جميع ودائع حسابات المضاربة تستخدم في معاملات إسلامية أن تحمل دفاتر البنك حجماً من المعاملات الإسلامية يساوي أو يزيد عن تلك الودائع ولا حاجة لإنشاء وعائين في خزينة البنك يكون لكل واحد منهما أصوله وخصومه الخاصة به.

مستند ما ذهبنا إليه:

إن ما ذهبنا إليه مستند إلى حقيقة أن النقود في القول الراجح لا تتعين بالتعيين، ومعنى لا تتعين بالتعيين أنها في الذمة، وهذه مسألة اختلف الفقهاء بشأنها قديماً؛ وقد ذهب الحنفية والمالكية وهو رواية عن الامام أحمد إلى أنها لا تتعين بالتعيين⁽¹⁾، فيجوز إطلاقها في العقد كالمكيال، ولأن الثمن يثبت في الذمة فلزم أن لا يتعين بالتعيين⁽²⁾، ومن قال إنها تتعين كالشافعية يترتب على قبولهم أنه لو اشترى شيئاً بدراهم معينة فحبسها وأعطى البائع مثلها فليس له ذلك ويبطل البيع لو هلك⁽³⁾. وهذا الكلام قد يكون له وجه لما كانت الدراهم تتباين؛ إذ يكون منها الصحيح والمكسور والمقطوع ... إلخ، ولكن لا

1- الموسوعة الكويتية.

2- شرح الزركشي على مختصر الخري ج3، ص471.

3- المبسوط ج14، ص15.

يتصور أن يكون لهذا القول وجه اليوم، وقد أضحت النقود ليس فقط تامة التماثل لا سبيل لاختلاف أحدهما عن الآخر بل لأنها أصبحت أرقاماً مسجلة في أجهزة الحساب الخاصة بالمؤسسات المالية وليس لأكثرها وجود حسي، فالقول أنها لا تتعين بالتعيين هو الصواب، وهو الموافق لواقع النقود اليوم.

بناءً على ذلك لو كانت موارد البنك التقليدي المالية (حيث تقدم المصرفية الإسلامية من خلال نافذة)، جميعها في وعاء واحد، وكانت تلك التي وقع تحصيلها من حسابات المضاربة تمثل 15% من هذا الوعاء، ثم نظرنا إلى استخدامات الأموال فوجدنا ان 20% (أو على الأقل 15%) منها أصول إسلامية، يمكن لنا أن نطمئن إلى أن جميع أرصدة حسابات المضاربة قد جرى استخدامها في تمويلات إسلامية، لأن النقود لا تتعين بالتعيين فلا يمكن تميز تلك الأموال التي جاءت من حسابات المضاربة عن غيرها. ومعلوم أن عزل أرصدة حسابات المضاربة عن بقية أموال البنك أمر غاية في الصعوبة ولا يتوافق مع المعايير المحاسبية والمالية. والذي نقول إنه لا حاجة لمثل هذا العزل بل يكفي التأكد من أن الاستخدامات الإسلامية للأموال هي دائماً أكثر (أو على الأقل تساوي) مجموع أرصدة حسابات المضاربة فإذا وقع ذلك يكون البنك قد التزم باستثمار أموال أصحاب حسابات المضاربة في تمويلات إسلامية.

المسألة الثالثة:

تحديد رصيد أدنى لاستحقاق الريج

مما جرى عليه عمل البنوك اشتراطاً حدّ أدنى لرصيد حساب المضاربة لكي يستحق رب المال نصيباً من الريج، مثل: أن يشترط أن الحد الأدنى لرصيد الحساب الذي يؤهل صاحبه للحصول على نصيب من الريج هو 10.000 ريال بناءً على ذلك، فإن صاحب الحساب الذي يبلغ رصيده 9500 ريال لن يحصل على نصيب من الريج. بالرغم من أن رصيد الحساب ربما استثمر وحقق ربحاً. وتنص بعض صيغ عقود المضاربة على أن الحساب إذا نقص رصيده عن الحد الأدنى المشروط فإنه ينقلب إلى حساب جار يكون الرصيد فيه مضموناً على البنك دون الحصول على عائد عليه.

الباعث على هذا الإجراء:

لعل الباعث على هذا الإجراء هو أن معالجة عملية الاستثمار يترتب عليها تكاليف، ولذلك تحرص البنوك على أن يكون الرصيد عند الحد الذي يولد ربحاً يغطي هذه التكاليف على الأقل.

والاعتراض المحتمل هو القول أن في هذا الإجراء حرمان بعض أصحاب حسابات المضاربة من ربح مستحق لهم.

إلا أن هذا محل نظر؛ للأسباب التالية:

أولاً: لأن هذا شرط لا ينافي مقتضى العقد فلا يطلب من المضارب ان يقبل أي مبلغ إذ له أن يحدد مقدار ما يرى انه

صالح لأن يكون رأس مال لمضاربة منتجه للريج.

ثانياً: فالحسابات ذات الأرصدة المتدنية عبء على البنك ولذلك تعتمد أكثر البنوك إلى فرض رسوم حتى على الحسابات

الجارية إلا انخفض رصيدها عن حد معين.

ثالثاً: لرب المال ان يشترط على المضارب شروطاً الغرض منها تحسين فرص تحقيق الريج، مثل: أن لا يسافر بالمال،

أو لا يعمل إلا في بلد معين، أو لا يشتري إلا سلعاً من نوع معين ... إلخ، فذلك المضارب له أن يشترط لنفسه حداً أدنى لرأس

المال الذي يقبله إذا ظن أن ذلك أرجى في تحقيق الريج. ولا يقال إن فيه حرمان لرب المال من نصيب مستحق في الريج؛ لأنه

لما جعل الرصيد الذي يقل عن الحد المطلوب حساباً جارياً فإنه بذلك يصبح مضموناً على المصرف، فإن كان ثم ربح فهو

للمصرف بناءً على قاعدة الخراج بالضمنان. وما دام أن المبلغ مضمون على البنك فهو المستحق لما ينتج عنه من ربح وليس

العميل.

المسألة الرابعة:

التعبير عن الربح كنسبة مئوية من رأس المال

جرى العرف المالي على الإفصاح عن معدلات الأرباح، ونتائج الاستثمار، وجميع مؤشرات النمو، بالطريقة التي يمكن بها المقارنة مع باقي الفرص المتاحة لدى المصارف الإسلامية والتقليدية، وأسواق المال، والمشاركين الآخرين ونحو ذلك.

من أجل ذلك كثيراً ما نرى المصارف تعلن عن الربح المتوقع في حسابات المضاربة كنسبة إلى رأس المال، فيقال إن نسبة الربح المتوقعة 5%، فيفهم من ذلك أن مبلغ 100.000 لو أودع لمدة سنة كاملة في حساب المضاربة فالتوقع أن ينتج 5000 ريال.

لا يخفى أن أحكام المضاربة تشترط أن يكون الربح على الشيوخ، وأن المضارب ورب المال يقترسان هذا الربح بينهما، فيقال 20% للمصرف و80% لرب المال، قال ابن قدامة في "المغني": "والثاني: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت"⁽¹⁾.

وجاء في "مختصر القدوري": "المضاربة على الشركة بمال من أحد الشريكين وعمل الآخر، ومن شروطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما منه دراهم مسمأة"⁽²⁾.

وجاء في "معيار توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة" الصادر من (أيوفي) ما يلي: "1/4 ... ولا يجوز أن يحدد بمبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال لأحد الطرفين أو بأي طريقة تؤدي إلى عدم اشتراك الطرفين في الربح".

وصدر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الرابعة عشرة شعبان 1415 هـ 1995/1/21 م، قرارٌ نص على: "لا يجوز في المضاربة أن يحدد المضارب لرب المال مقداراً معيناً من الربح؛ لأن هذا يتنافى مع حقيقة المضاربة، ولأنه يجعلها قرضاً بفائدة، ولأن الربح قد لا يزيد على ما جُعِل لرب المال، فيستأثر به كله، وقد تخسر المضاربة، أو يكون الربح أقل مما جُعِل لرب المال".

فهل في التعبير عن الربح كنسبة مئوية من رأس المال مخالفة لهذه الأحكام؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن الأمر كذلك؛ لأن الأصل أن يعبر عن نصيب رب المال كنسبة شائعة من الربح، كأن يقال النصف أو الثلث أو نحو ذلك، إلا أن التعبير عنه كنسبة من رأس المال لا يعني التخلي عن الطريقة الشرعية في قسمة الربح على الشيوخ، وإنما كل ما في الأمر أن القسمة تجري بالطريقة المشروعة، فإذا قيل أن الربح المتوقع من هذا الاستثمار هو 10.000 ريال وتمثل 10% على رأس مال قدره 100.000 ريال وأن حصة رب المال من الربح هي 40%، معنى ذلك أنه يحصل من ذلك الربح المتحقق على 4000 ريال، وتمثل نسبة إلى رأس ماله قدرها 4%، فليس هناك ما يمنع، والأمر كذلك، أن يعلن البنك أن الربح المتوقع في حسابات المضاربة هو 4%. ولكنها تبقى في مجال التوقُّع وليس الضمان.

1- المغني، ابن قدامة، ج7، ص145

2- مختصر الفتاوى، ص113.

المسألة الخامسة:

استخدام الأوزان

جرى العمل في البنوك التي تقدم حسابات المضاربة على استخدام الأوزان في قسمة الربح، وذلك بمنح صاحب الرصيد الأكبر نصيباً أكبر في قسمة الأرباح. والغرض من ذلك هو جذب أصحاب المدخرات الكبيرة إلى هذه الحسابات، والطريقة المعتادة هي: أن تختلف نسبة اقتسام الربح بين المضارب (البنك) ورب المال باختلاف حجم الاستثمار. على سبيل المثال: تكون نسبة اقتسام الربح بين الطرفين هي 70% لرب المال و 30% للمضارب، إذا كان الرصيد 100 ألف أو أقل من ذلك، ولكن لو زاد عن 100 ألف يحصل رب المال على 80% من الربح، ويحصل المضارب على 20% فقط، وهكذا.

ولكن نظراً إلى أن جميع الأموال تستثمر في وعاء واحد، فحقيقة الأمر أن نسبة ما يتحقق لكل ريال مساوٍ لكل ريال آخر، وما يتحملة كل ريال من مخاطر مساوٍ لكل ريال آخر، فكيف يسوغ التفريق بينهم في معدل ما يحصلون عليه من ربح؟ والجواب عن ذلك: أنه لما كان المصرف يرتبط مع كل مدخر بعقد مستقل يحصل فيه التراضي بين الطرفين على الشروط والاحكام، ومنها قسمة الربح، فليس هناك ما يلزم المضارب أن يتبنى عقداً موحداً لجميع العملاء أو نسبة واحدة لقسمة الربح.

جاء في "قرارات الهيئة الشرعية لبنك المؤسسة العربية المصرفية في البحرين" ما يلي: "لا مانع شرعاً من تخفيض المضارب نصيبه من الأرباح بالنسبة لبعض أصحاب الحسابات في المضاربة المشتركة؛ لأنه يجوز التفاوت في نسبة الربح بين شريك وشريك..."، فالذي يميز بين عميل وآخر نصيب كل من المضارب ورب المال من الربح، أما الربح في الوعاء فهو واحد لجميع الأموال.

ونص "معيار توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة" الصادر من (أيوفي) على ما يلي:
"3/4: يجوز للمؤسسة أن تحدد نسباً مختلفة بينها وبين شرائح مختلفة من أصحاب الحسابات الاستثمارية، كما يجوز أن تكون نسبة الربح موحدة بينها وبين جميع أصحاب الحسابات الاستثمارية، يجوز أن تكون نسب الأرباح فيما بين أصحاب الحسابات الاستثمارية موحدة، كما يجوز أن تكون مختلفة تُحدّد على أساس أوزان معلومة".

المسألة السادسة:

ربط العائد بالمدة

يقولون "ربط العائد بالمدة" جرياً وراء اللغة المالية الدارجة؛ والمقصود تغيير نسبة اقتسام الربح تبعاً للمدة، وفيه

مسائل:

1- لما كانت المصارف الإسلامية لا مناص لها من منافسة البنوك التقليدية، اتجهت إلى استعمال نفس الإطار العام لحسابات التوفير من ناحية وصفها بأن العائد فيها مربوط بالمدة، والحال أن المربوط بالمدة هو نسبة اقتسام الربح بين المضارب ورب المال، فكلما كانت مدة عقد المضاربة أطول كلما حصل رب المال على نصيب أعلى من الربح مقارنة بالمضارب. ومن المشتهر في عالم البنوك أن الوديعة ذات الأجل الأطول تحصل على نسبة فائدة أعلى، ولذلك جاء حساب المضاربة لكي يتسم بهذه الصفة، وكل ذلك سائغ لا إشكال فيه من الناحية الشرعية.

2- وللربط بالمدة طريقتان:

الطريقة الأولى: الاتفاق ابتداءً على مدة الأجل مع منح الأجل الأطول نصيباً أكبر من الربح، فهذا لا يظهر فيه أي إشكال، إذ كل ما فيه أن المضارب يقول لرب المال الذي أودع أمواله في عقد مضاربة مدته سنة: نصيبه من الربح هو 70%، ولمن أودع أمواله لمدة شهر هو 20%.

والطريق الثاني: أن يحدد عند الدخول الأجل الأدنى الذي يستحق معه الربح، وهو مثلاً ستة أشهر، والحد الأعلى وهو مثلاً سنة، ويكون نصيب المضارب مثلاً 20%، ولكن لو ترك رصيد الحساب قائماً حتى بلغ الأجل الأعلى (سنة مثلاً) استحق نسبة ربح الأجل الأعلى أي 30% مثلاً. أما إن سحب الأموال بعد ستة أشهر لم يستحق إلا 20% من الربح.

أ- عقد المضاربة جائز ليس لازماً:

المضاربة عقد جائز، فإذا شرط فيه اللزوم فالشرط فاسد في قول جمهور الفقهاء؛ لأنه في نظرهم شرط منافٍ لمقتضى العقد، أما المالكية والشافعية فقالوا يفسد العقد بالشرط الفاسد، وأما الحنفية والحنابلة فإنهم يبطلون الشرط ويصحون العقد، وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- إلى جواز اشتراط لزوم المضاربة لمدة معينة، إذ يجوز عنده اشتراط ما ينافي بمقتضى العقد إذا لم يخالف الشرع، ولم يخالف مقصود العقد الذي وضع له، وكان لهما مصلحة في اشتراطه، وقال: "... لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه؛ إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج"⁽¹⁾.

وهذا ما عليه عمل البنوك الإسلامية، وما نصت عليه فتاوى هيئاتها الشرعية. وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الثالثة عشرة في الكويت ديسمبر 2001م: "خامساً ... الأصل أن المضاربة عقد غير لازم، ... وهناك حالتان لا يثبت فيهما حق الفسخ، وهما: (1) إذا شرع المضارب في العمل؛ حيث تصبح المضاربة لازمة إلى حين التنضيق الحقيقي أو الحكمي. (2) إذا تعهد رب المال أو المضارب بعدم الفسخ خلال مدة معينة فينبغي الوفاء لما في الإخلال من عرقلة مسيرة الاستثمار. سادساً ... لا مانع شرعاً من توقيت المضاربة باتفاق الطرفين؛ بحيث تنتهي بانتهاء مدتها دون اللجوء إلى طلب الفسخ

من أحدهما، ويقتصر أثر التوقيت على المنع من الدخول في عمليات جديدة بعد الوقت المحدد، ولا يحول ذلك دون تصفية العمليات القائمة".

ب- ترديد المضاربة:

قول المضارب لرب المال: إن تركت الأموال في الحساب ستة أشهر فلك ربع 4/1، وإن تركتها سنة لك النصف، ربما قيل في هذا جهالة الأجل، فلا يجوز. يرد على ذلك: كما ذكر أعلاه أن المضاربة لا أجل لها؛ لأنها في الأصل عقد جائز غير لازم، فلا تنور مسألة جهالة الأجل. هذا الترتيب ليس جديداً، وقد تحدث عنه الفقهاء قديماً فيما سمي ترديد الأجرة.

جاء في الفتاوى الهندية⁽¹⁾: "إذا قال للخياط إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم قال أبو حنيفة - رحمه الله -: يصح الشرط الأول ولا يصح الشرط الثاني. وقال أصحابنا: يصح الشرطان جميعاً. فإن خاطه في اليوم الأول يجب المسئى في ذلك اليوم، وإن خاطه في اليوم الثاني يجب أجر المثل، لا يزداد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم".

وفي منح الجليل⁽²⁾: "سئل الامام مالك عن الرجل يستخيط الثوب بدرهم، ثم يقول له بعد ذلك: عجله إلى اليوم ولك نصف درهم، فقال: لا أرى به بأساً، وأرجو أن يكون خفيفاً".

ولا يبعد جوازه عن الشافعية، قال في "نهاية المطلب للجويني": "قال القاضي: الحكم بالصحة محتمل مع هذا التردد فإنه لو عين أحد النوعين وفيه متسع كما ذكرناه لم يبعد الحكم بالصحة فإذا ذكرهما على التردد فقد زاد العامل مزيد بسطة إذ خيّر بينهما وهذا أولى بالصحة من تعيين أحدهما..."³.

وقد أجازته عدد من الهيئات الشرعية، جاء في كتاب "الروضة الندية في الفتاوى الشرعية" وهي قرارات الهيئة الشرعية لمصرف فيصل الإسلامي في البحرين، ما يلي: "هل يجوز التفاضل في الربح بين أرباب الأموال بموجب الاختلاف بينهم في مدد الاستثمار؟

الجواب: نعم، يجوز ذلك حيث يكون النقص في الربح للعامل زيادة في الربح لأرباب الأموال ذوي المدد الطويلة، ويكون تقدير ذلك بواقع نسب المشاركة في المضاربة ومدة البقاء فيها وفقاً لمعيار محاسبي إسلامي عادل، وبشرط أن يكون هذا معلوماً للمضارب ولرب المال، ومنصوص عليه في عقود المضاربة، أو بموجب موافقة كتابية من العميل (رب المال).

وقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الثالثة عشر في الكويت ديسمبر 2001م: "لا مانع شرعاً من توزيع الأرباح من استخدام طريقة النُّمَر القائمة على مراعاة مبلغ كل مستثمر ومدة بقائه في الاستثمار...".

وكذلك المجلس الشرعي لأيوبي حيث جاء في "معيار حسابات الاستثمار (الودائع الاستثمارية)" الصادر عن (أيوبي) ما

يلي:

"1/5 تطبيق حساب النُّمَر في توزيع الربح:

مع مراعاة البند 3/4 والبند 4/4 تطبق طريقة النقاط (النُّمَر) لحساب توزيع الأرباح بين المشاركين في حسابات الاستثمار العامة القائمة على مراعاة مبلغ كل مستثمر ومدة بقائه في الاستثمار (وحدة العملة × الوحدة الزمنية)، فيعطي كل حساب نقاطاً

1- الفتاوى الهندية، ج4، ص455.

2- منح الجليل شرح مختصر خليل، لعليش، ج7، ص1629.

3- نهاية المطلب للجويني ج6، ص370.

بمقدار المبلغ والمدة التي مكثها، ولو تكرر الإيداع فيه والسحب منه أو تفاوتت المبالغ كل مرة، ويعتبر أصحاب الحسابات موافقين ضمناً على المباراة عما يتعذر الوصول إليه، وينظر البند 4/5".

المسألة السابعة:

التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع

لم نجد في جميع ما اطلعنا عليه من نماذج عقود المضاربة المصرفية عقداً يخلو من نص يتنازل فيه رب المال عما زاد من الربح عن النسبة المتوقعة. وهذا التنازل يكون عادة للمضارب (أي البنك)، وفي حالات أخرى يكون لحساب احتياطي مخصص لدرء الخسائر أو النقص في معدل الربح الذي ربما يقع في المستقبل⁽¹⁾.

ولهذا التنازل مبررات في نظر البنوك:

1- تحقيق الاستقرار والتوقع للعائد، ذلك أن الاستثمارات التي تتصف بهذه الصفة تساعد المستثمر على التخطيط السليم.

2- أن الربح المتوقع هو متوسط ما تحققه هذه الحسابات في العادة، والذي يقاس في البنوك التقليدية بسعر الفائدة ولا داع لحصول المستثمر على معدل أعلى من ذلك؛ لأن مثل هذا الإجراء يؤدي إلى جذب ودائع أكثر مما يستطيع البنك إدارته.

3- حصول رب المال على الربح المتحقق فعلاً يترتب عليه عدم استقرار معدل الربح، إذ يكون مرتفعاً أحياناً ومنخفضاً في أحيان أخرى، ويترتب على ذلك الخروج والدخول المتكرر للمودعين، حيث يلاحقون العائد الأعلى وينصرفون عن البنك الذي انخفضت عوائده إلى بنك آخر، وفي مثل ذلك ضرر على البنك وعلى القطاع المصرفي برمته.

والإيراد الذي أورده بعض أصحاب الفضيلة على هذا التنازل هو أن رب المال لا يجوز له التصرف في ربح لم يتحقق بعد ولو أن هذا التنازل يحصل بعد تحقق الربح واستحقاقه من قبل رب المال فهذا لا بأس به.

مستندات القول بجواز هذا الشرط:

1- أن حقيقة هذا التنازل أنه هبة معلقة على شرط، فلسان حال رب المال يقول مخاطباً المضارب: إن تحقق ربح يزيد عن كذا فهو لك.

وقد اختلفت كلمة الفقهاء في مسألة تعليق الهبة على الشرط فمنعها أكثرهم، وأجازها البعض منهم.

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: "لما كانت الهبة من عقود التمليكات وأن مقتضى التمليك هو الجزم والتنجز، لذلك فقد منع فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد تعليق الهبة أو إضافتها إلى المستقبل؛ لأن الهبة تمليك في الحال والتعليق والإضافة تنافيه".

1- جاء في فتاوى مصرف فيصل الإسلامي في البحرين ما يلي: "ان اتخاذ المصرف صندوقاً لمخاطر الاستثمار يجري تمويله من اقتطاع نسبة من الأرباح من عمليات المضاربة المختلفة عنده يعتبر تصرفاً من المصرف يشكر عليه وسيكون سبباً في وقاية الاستثمارات عنده من الاخطار وتدني الربح ... ترى توجيه إدارة المصرف بما يلي: ... يجري اقتطاع هذه النسبة من صافي الأرباح قبل التوزيع ... يجري الصرف منه في كل حالة تعود على أموال المستثمرين بالنقص ...".

وقال ابن قدامة في المغني: "ولا يصح تعليق الهبة بشرط؛ لأنها تمليك لعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع، فإن علقها على شرط كقول النبي -صلى الله عليه وسلم- لأُم سلمة: (إن رجعت هديتُنا إلى النجاشي فهي لك) كان وعداً"⁽¹⁾.

واختار شيخ الاسلام ابن تيمية -رحمه الله- جواز تعليق الهبة بالشرط⁽²⁾. وقال ابن القيم راداً على من قال إن الهبة لا يصح تعليقها بالشرط: "وهذا الحكم غير ثابت بالنص ولا بالإجماع، فما الدليل على بطلان تعليق الهبة بالشرط، وقد صح عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه علق الهبة بشرط في حديث جابر، لما قال: "لو قد جاء مال البحرين لأعطيتك هكذا وهكذا ثم هكذا -ثلاث حيثيات- وأنجز ذلك له الصديق -رضي الله عنه- لما جاء مال البحرين بعد وفاة رسول الله -صلى الله عليه وسلم-. فإن قيل: كان وعداً. قلنا: نعم، والهبة المعلقة بالشرط وعد"⁽³⁾، يمكن القول عندئذٍ أن غاية ما هنالك وجود هبة معلقة على شرط.

2- أنهم أجازوا البيع بالقيمة في قول الرجل للسمسار بع بكذا وما زاد فهو لك. وفي هذا شبّه بما ذكرنا من قول رب المال للمضارب: حقق لي ربح مقداره كذا، وما زاد فهو لك.

قال ابن قدامة في المغني⁽⁴⁾: "إذا قال: بع هذا الثوب بعشرة فما زاد فهو لك، صح، واستحق الزيادة، وقال الشافعي لا يصح، ويدل لصحة هذا: أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً، ولأنه يتصرف في ماله بإذنه، فصح شرط الربح كالمضارب والعامل في المساقاة".

كما صدر عن ندوة البركة الحادية عشر سنة 1996م، التوصية ذات الرقم 8/11: "يجوز الاتفاق في المضاربة على تحديد حصة رب المال بنسبة معينة من الأرباح في بداية المضاربة، وأن هذه النسبة تتغير إذا وصلت أرباحه إلى نسبة معينة من رأس ماله...".

مثل: أن يكون الاتفاق على 90% لرب المال و 10% للمضارب، فإذا بلغت أرباح رب المال 5% من رأس ماله تصبح نسبة اقتسام ما زاد عن ذلك 50% و 50% مثلاً.

وجاء في "فتاوى الهيئة الشرعية لبنك المؤسسة العربية المصرفية الإسلامي" ما يلي: "يجوز في عقد المضاربة أن ينص على أنه إذا زاد الربح عن النسبة المتوقعة للمضارب تلك الزيادة شريطة أن يقترن بذلك تحديد نسبة مئوية شائعة كأساس لتوزيع الربح بين الطرفين، ثم ينص على النسبة المتوقعة للربح، وأنه إذا زاد الربح عن النسبة المتوقعة فالزيادة للمضارب، ويمكن أن يُتفق على تقسيم الزيادة نفسها بين الطرفين بأي نسبة يتفق عليها".

1- المغني، لابن قدامة، ج6، ص47.

2- الانصاف، للمرداوي، ج17، ص24.

3- اغائة اللهبان، ج2، ص17.

4- المغني، ابن قدامة، ج5، ص86.

المسألة الثامنة:

تراكم الأرباح

إن الهيكل المعتمد لحسابات التوفير على أساس المضاربة في جميع البنوك تقريباً يعتمد مبدأ التنضيق الحكي اليومي، وهذا يعني أنه في نهاية كل يوم عمل يقوم البنك بالتصفية الحكيمة للمضاربة، وبناءً عليها تجري القسمة وتوزيع الأرباح حكماً، ثم في صباح اليوم التالي يدخل مع العملاء في مضاربة جديدة.

وقد جرى العمل لدى البنوك الإسلامية على بقاء رأس مال المضاربة كما هو، وعدم إضافة الربح المتحقق والموزع بعد التنضيق الحكي إلى رأس المال، وإنما رصده في حساب مستقل، ولا يجري استثماره لصالح العميل. وليس هذا ما يجري عليه العمل في حسابات التوفير التقليدية؛ ذلك أن الفائدة اليومية تضاف في تلك الحسابات إلى الأصل، ومن ثم يصبح رأس المال في اليوم التالي قد زاد بمعدل الفائدة، وهكذا في كل يوم، وهو ما يسمى "التراكم" (Compounding).

وقد رأى البعض أن في الطريقة التي تنفذ بها البنوك الإسلامية المضاربة إجحافاً بحق أرباب المال، وأن على البنوك أن تقوم في كل يوم بضم الربح إلى رأس المال، ويكون رأس المال في اليوم التالي زائداً بمقدار ربح الأمس.

لا تخلو أكثر التطبيقات لحساب المضاربة من التراكم (Compounding)، ولكنه على أساس شهري؛ بمعنى أنه في نهاية كل شهر تتم القسمة الفعلية، ويزيد حساب التوفير فعلاً بربح ذلك الشهر، ثم في اليوم التالي وهو اليوم الأول من الشهر التالي يكون رأس مال المضاربة هو رأس المال مضافاً إليه ربح الشهر المنصرم، (ما لم يقرر صاحب الحساب سحبه)، وهذا ما جرى عليه عمل المصارف الإسلامية، وهو إجراء يحقق مطلب الاختلاف بين الحسابات المعتمدة على المضاربة وتلك الحسابات التقليدية.

والقول بأن على المصرف تحقيق التراكم اليومي لا مستند له؛ لأن الأصل أن "المسلمون على شروطهم"، فإذا وقع التراضي من الطرفين على هذه الطريقة وهي غير مخالفة لأحكام المضاربة فلا يقال فيها بعدم الجواز.

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي

إعداد

د. عصام بن خلف العنزي

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 22-21 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .. وبعد:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد،،،
فبدعوة كريمة من البنك الأهلي التجاري لبحث مسائل في عقد المضاربة المصرفية، وهي مسائل عملية تباشرها البنوك الإسلامية إلا أنه مع ممارسة البنوك الإسلامية لعقد المضاربة منذ عشرات السنين، فإن كثيراً من المسائل تحتاج إلى بحث وتأصيل وتخريج، فمع تطور المصرفية الإسلامية فإن تصور كثير من المسائل قد اختلف مما يترتب معه اختلاف الأحكام، فالحكم على شيء فرع عن تصوره، وقد دأب البنك الأهلي التجاري على عقد مثل هذه الندوات المباركة التي تستجلي صور كثيره من المسائل التي تقوم بها المصارف الإسلامية والتي يقوم العلماء في بيان أحكام تلك المسائل.

سائلاً المولى عز وجل التوفيق والسداد في القول والعمل إنه ولي ذلك والقادر عليه.

{رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ} {البقرة/286}

كتبه الفقير إلى عفوره
أ. د. عصام خلف العنزي

المسألة الأولى: ضمان رأس مال المضاربة

جاء في نص المادة (726) من القانون المدني المصري ما يلي:- "إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله، اعتبر قرضاً"

يقول السنهوري: "ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة (692)، وفي التقنين المدني الليبي المادة (726)، وفي التقنين المدني العراقي المادة (971)، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة (691).

ويخلص من هذا النص أنه إذا كان محل الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وأذن المودع للمودع عنده في استعمال هذا الشيء، فلا مناص من أن يستهلك المودع عنده الشيء بالاستعمال، ومن ثم لا يستطيع أن يرد الشيء بعينه كما هو الأمر في الوديعة، ويتعين أن يرد مثل الشيء كما هو الأمر في القرض. ولذلك خرج المشرع بهذا النوع من الوديعة -وتسمى الوديعة الناقصة- عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضاً. وأكثر ما ترد الوديعة الناقصة على ودائع النقود في المصارف حيث تنتقل ملكية النقود إلى المصرف ويرد مثلها⁽¹⁾. بل ويدفع في بعض الأحيان فائدة عنها، فيكون العقد في هذه الحالة قرضاً أو حساباً جارياً"⁽²⁾.

وقد أكد ذلك الفهم حكم محكمة النقض حيث نص الحكم على الآتي:

"الأصل أن النقود المودعة تنتقل ملكيتها إلى البنك الذي يلتزم برد مثلها فتكون علاقة البنك بالعميل الذي يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لدى البنك هي -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة (672) من القانون المدني قرضاً"⁽³⁾.

ولن أطيل في تفاصيل القانون والاتجاهات المختلفة عند القانونيين، لأن هذه القوانين قد وجدت قبل ظهور البنوك الإسلامية، فهذه القوانين وجدت للواقع الموجود في تلك الحقبة وهي بذلك لم تعالج واقع البنوك الإسلامية، فقد جاء حكم محكمة النقض في مصر في جلسة (1965/11/4) س 16 مج في مدني (975) "علاقة البنك بالعميل الذي يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لديه طبيعتها وديعة ناقصة، اعتبارها بمقتضى المادة (726) مدني قرضاً، مؤداه التزام البنك في مواجهة العميل بأن يرد إليه مبلغاً مساوياً لما قام بإيداعه في حسابه لديه من مبالغ" ومع أن القانون اعتبر حساب التوفير أو الوديعة الاستثمارية قرضاً، إلا أنه لم يعطه جميع أحكام القرض، فالقرض يختلف عنها بعدة أمور منها:

أ- القرض في القانون عقد لازم للطرفين، يقول السنهوري: "القرض ينشئ التزامات متقابلة في جانب كل من المقرض والمقترض، فهو إذن عقد ملزم للجانبين. والالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض هي أن ينقل ملكية الشيء المقترض ويسلمه إياه، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية، أما الالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض فهي أن يرد المثل عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات، وقد يدفع فوائد مقابل القرض"⁽⁴⁾.

وهذا بخلاف حساب التوفير الذي لا يوجد له أجل، وإنما للعميل إغلاق الحساب في الوقت الذي يراه، فهو عقد جائز بالنسبة له، كما أن الوديعة الاستثمارية أيضاً يحق للعميل إنهاؤها متى شاء إذا توفرت السيولة لدى البنك.

ب- الأصل في القرض أن يكون محدداً بمدة يتم رد القرض فيها، والأجل يحل إما بانقضائه وإما بسقوطه كما لو تم إشهار إفلاس المقرض⁽⁵⁾، فإن لم يوجد اتفاق على أجل القرض -وهذا نادر- فإن القواعد العامة تسري في هذه

(1) قد يكون الرد عند الطلب، أو بعد أجل قصير، أو بعد أجل معين من وقت الطلب.

(2) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري 753-755/1/7.

(3) طعن رقم 113 لسنة 36ق- جلسة 1973/10/31.

(4) الوسيط في شرح القانون المدني 423/5.

(5) المرجع السابق 746-475/5.

الحالة، يقول السهوري: "وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى، إذ كانت المادة (729) من هذا المشروع تنص على ما يأتي: "ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه. أما إذا لم يحدد العقد أجلاً للقرض، اتبع في شأنه حكم مقدرة المدين أو عند ميسرته (مدني 272) ونرى أن القواعد العامة تقضي بتفسير نية المتعاقدين في هذا الشأن فإن ظهر من الظروف أنهما أردا أن يكون الرد عند أول طلب من المقرض، وجب على المقرض أن يرد القرض بمجرد أن يطالبه المقرض بالرد، وإن ظهر أن المتعاقدين إنما أردا ألا يسترد المقرض القرض إلا عند مقدرة المقرض على الوفاء أو عند ميسرته، وجب اتباع هذا الحكم، ونرجح، عند الشك في تبين نية المتعاقدين أن تكون نيتهما قد انصرفت إلى أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة⁽¹⁾.

وقصدت من هذه الإطالة أن هناك فرصة للبنوك الإسلامية للتقدم بتعديل هذه القوانين، ولا سيما بعد صدور قوانين خاصة بها تراعي طبيعتها. لأن القرض الذي تم تكييفه بالودائع به، لم تعط الوديعة جميع أحكام القرض.

حكم ضمان رأس مال المضاربة:

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 123 (13/5): "المضارب أمين ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير. بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها. ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة. ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام". يقول الإمام ابن قدامة -رحمه الله- "متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضعية، فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافاً"⁽²⁾. لأن الوضعية في المضاربة على المال خاصة، ليس على العامل منها شيء، لأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال، وهو مختص بملك ربه، لا شيء للعامل فيه، فيكون نقصه من ماله دون غيره، وإنما يشتركان فيما يحصل من نماء⁽³⁾. والفقهاء مع اتفاقهم على فساد الشرط إلا أنهم اختلفوا هل هذا الشرط يفسد العقد أم لا. ذهب أكثر الفقهاء إلى عدم فساد العقد، فالشرط باطل والعقد صحيح، يقول الإمام الكاساني: "ولو شرط في العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة، والأصل في الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقد أنه ينظر إن كان يؤدي إلى جهالة الربح فإنه يوجب فساد العقد، لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضعية عليهما شرط فاسد، لأن الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون إلا على رب المال لا أنه يؤدي إلى جهالة الربح، فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به، ولأن هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه كالهبة والرهن، لأنها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة"⁽⁴⁾.

يقول القدوري: "كل شرط يوجب جهالة الربح أو قطع الشركة في الربح يوجب فساد المضاربة، وما لا يوجب شيئاً من ذلك لا يوجب فسادها نحو أن يشترط أن تكون الوضعية عليهما"⁽⁵⁾.

ويقول الإمام الدردير: "القراض إذا شرط فيه على العامل ضمان رأس المال إذا أتلّف أو ضاع بلا تفريط فاسد، ولا يعمل بالشرط، وفيه قراض المثل في الربح إن عمل"⁽⁶⁾.

يقول الصاوي: "أما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف.

(1) المرجع السابق 479/5-480.

(2) المغني لابن قدامة 40/5.

(3) المرجع السابق 22/5.

(4) بدائع الصنائع 119/5.

(5) الفتاوى الهندية /288.

(6) الشرح الصغير على أقرب المسالك 687/3-688.

وأما إن دفع رب المال للعامل المال واشترط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلق بتعديده فلا يفسد بذلك، لأن هذا الشرط جائز، وأما إن شرط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه مطلقاً، تعدى في التلف أم لا ففسد القراض ولو كان الضمان بالوجه ولا يلزم⁽¹⁾.

ويقول الإمام النووي: "إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط، فله ثلاثة أحكام: أحدها: تنفيذ تصرفاته كنفوذها في القراض الصحيح؛ لوجود الإذن كالوكالة الفاسدة. الثاني: سلامة الربح بكما له للمالك.

الثالث: استحقاق العامل أجره مثله، سواء كان في المال ربح أم لا. وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد⁽²⁾.

ويقول ابن قدامة: "متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضيعة، فالشرط باطل. ولا نعلم فيه خلافاً، والعقد صحيح، نص عليه أحمد، وهو قول أبي حنيفة ومالك. وروي عن أحمد أن العقد يفسد به، وحكي ذلك عن الشافعي، لأنه شرط فاسد، فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم، والمذهب الأول ولنا: أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح، فلم يفسد به، كما لو شرط لزوم المضاربة، ويفارق شرط الدراهم؛ لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة"⁽³⁾.

ومن هذه النصوص يتضح عدة أمور:

أولاً: إن الفقهاء ذهبوا إلى تصحيح العقد، وإبطال الشرط، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المضاربة في حال فسادها فإن الربح كله لرب المال، والمضارب له أجره المثل، وهذا يعني أن المضاربة انقلبت إلى عقد إجارة، فإن عمل المضارب في المضاربة الفاسدة فإن له أجر مثله، سواء ربحت المضاربة أو لم تربح، لأنه استوفى عمله عن عقد فاسد ببديل، إلا أن الإمام أبا يوسف -رحمه الله- اشترط شرطين للحصول على أجر المثل: الأول: أن تربح المضاربة، فإذا لم تربح لا أجر له، لأن المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من الصحيحة، ومعلوم أن المضارب في الصحيحة إذا لم يربح لم يستحق شيئاً، ففي الفاسدة أولى. الثاني: أن أجر المثل لا يجاوز به المسمى من الربح في المضاربة.

وذهب الإمام محمد -رحمه الله- إلى أن له أجر المثل، ربح أم لم يربح، وبالغا ما بلغ أجر المثل، لأن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة، والإجارة يجب فيها الأجر، ربح أو لم يربح⁽⁴⁾. بينما ذهب المالكية إلى أن له ربح المثل، وهو ما رجحه الإمام ابن تيمية -رحمه الله- حيث قال: "ولهذا كان الصواب أن يجب في المضاربة الفاسدة ربح المثل لا أجره المثل، فيعطي العامل ما جرت به العادة أن يعطاه مثله من الربح، إما نصفه وإما ثلثه وإما ثلثاه"⁽⁵⁾. وعليه لو اعتبرنا أن القانون الذي يجعل رأس مال المضاربة مضموناً على المصرف بمثابة الشرط في صلب عقد المضاربة فإن العقد يعتبر صحيحاً والشرط باطل، وللمصرف مضاربة المثل.

ثانياً: هل الإلزام بموجب القانون بمثابة الإلزام في صلب العقد:

(1) المرجع السابق 687/3-688.

(2) روضة الطالبين 205/4.

(3) المغني 40/5.

(4) الجوهرة النيرة شرح لمختصر الإمام القدوري لأبي بكر بن علي الحداد 444/3.

(5) مجموع الفتاوى 509/20.

مما لا شك فيه أن القانون الواجب التطبيق له السيادة على أحكام العقد، فما يتفق عليه الطرفان ينبغي أن لا يخالف نصوص القانون السائد، إلا أنني أعتقد أن الإلزام بموجب القانون يختلف عن الإلزام بالشرط بين الطرفين في صلب العقد، فلوتغير القانون وكان هناك اشتراط في صلب العقد على الضمان فإن الضمان سوف يستمر، بخلاف ما إذا كان الإلزام بالضمان لم يكن مشروطاً في صلب العقد-ثم تغير القانون- فإن الطرف المقابل لا يستطيع أن يلزم الطرف الآخر بالضمان.

ثالثاً: إن هذا الأمر لا يتعلق بعقد المضاربة وضمان رأس المال فقط، بل يتعلق بجميع عمل البنوك، فقد صدر مؤخراً عدة أحكام قضائية نهائية باعتبار عقد الإجارة المنتهية بالتملك أنه عقد بيع أو عقد قرض بفائدة، ومع ذلك استمرت البنوك الإسلامية بتقديم المنتج، كما صدرت بعض الأحكام القضائية بإلزام مصدر الصكوك بالشراء بالقيمة الإسمية في صكوك المضاربة، وأن نظم المحاسبة الدولية تلزم بإدراج الودائع الاستثمارية والصكوك في جانب المطلوبات، وهو مخالف للتكييف الشرعي لها، ومع هذا استمرت البنوك الإسلامية بعملها، وأقصد من هذا أن البنوك الإسلامية منذ نشأتها وهي تعمل في بيئة غير بيئتها سواء القانونية أو المحاسبية أو الرقابية ومع ذلك استمرت ونمت وتطورت وازدهرت، بل إن كثيراً من القوانين والتعليمات الرقابية تغيرت لكي توائم طبيعة عمل المؤسسات المالية الإسلامية.

رابعاً: قام البنك المركزي البريطاني مؤخراً بإلزام البنوك الإسلامية العاملة في بريطانيا بأن تضع شرطاً في العقود يلزمها بضمان الودائع الاستثمارية، إلا أن الهيئات الشرعية أضافت في العقد بأن ذلك الشرط مخالف للأحكام الشرعية، وأن ذلك جاء امتثالاً لتعليمات البنك المركزي.

المسألة الثانية: طبيعة الوعاء الاستثماري:

جاء في موقع ويكيبيديا في تعريف الشخصية الاعتبارية ما يلي:

"الشخص الاعتباري: مجموعة من الأشخاص والأموال يتوفر لها كيان ذاتي مستقل تستهدف تحقيق غرض معين وتتمتع بالشخصية القانونية في حدود هذا الغرض.

وللشخص الاعتباري العناصر الآتية:

1. مجموعة من الأشخاص أو الأموال لها كيان ذاتي مستقل.
2. غرض أو هدف معين يسعى الشخص الاعتباري إلى تحقيقه، وهذا الغرض قد يكون تحقيق الربح، وقد يكون خدمة عامة، فيشترط في هذا الغرض أن يكون مشروعاً وأن لا يخالف النظام العام أو الآداب.
3. اعتراف القانون: والاعتراف قد يكون عاماً أو خاصاً، فالعام: أن يضع القانون شروطاً عامة مقدماً، فإذا توافرت هذه الشروط في أي شيء أو هيئة فإنها تكتسب الشخصية القانونية بمجرد تكوينها، أما الخاص: فيقصد به أن كل شركة أو هيئة تتقدم بصفة مستقلة للجهات المختصة لكي تطلب اكتساب الشخصية الاعتبارية إذا توفرت الشروط المقررة قانوناً⁽¹⁾.

ويتضح من هذا أن وعاء المضاربة في المصارف الإسلامية لا يعتبر كياناً مستقلاً، وليس له صفة اعتبارية. وإنما هو عبارة عن حساب يتم فيه تجميع المبالغ التي سيتم استثمارها تحت إدارة الخزينة في البنك، وفي هذا الحساب يتم خلط أموال المودعين مع أموال المساهمين، وهو ما يكون الوعاء العام للبنك، فهو في حقيقته نوع من أنواع الحسابات، وقد جاء في معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية ما يلي: يقصد بحسابات الاستثمار المطلقة: الحسابات النقدية التي يستلمها المصرف على أساس القبول العام منه وموافقة أصحاب الأموال باستعمالها واستثمارها بدون قيد أو شرط، بما في ذلك خلطها باستثمارات المصرف، واشتراك الطرفين بحصص شائعة فيما يتحقق من أرباح على أن يأخذ المصرف نصيبه من ربح حسابات الاستثمار بصفته مضارباً، وتوزع الخسائر بقدر المساهمة في التمويل⁽²⁾.

فالأموال التي تم خلطها من المساهمين والمودعين تسمى حساباً، ولذلك تظهر هذه الحسابات من ضمن عناصر قائمة المركز المالي. ويمكن التمييز بين الوعاء وإن شئت قلت الحساب ما إذا كان هذا الوعاء لبنك إسلامي أو تقليدي أو مختلط:

أ- الوعاء الاستثماري لبنك إسلامي:

لا إشكال في الوعاء الاستثماري لبنك إسلامي، حيث إن الوعاء يتم استثماره وفق أحكام الشريعة الإسلامية، والعوائد الناتجة من هذا الاستثمار يتم توزيعها وفق ما هو متفق عليه بين المضارب (المصرف) ورب المال (المودعون).

ب- الوعاء الاستثماري لبنك تقليدي:

كما لا يوجد إشكال أيضاً في عدم جواز الوعاء الاستثماري لبنك تقليدي حيث يتم إقراض هذه الأموال وفق سعر فائدة محدد بموجب عقد القرض المتفق عليه بين الأطراف.

ت- الوعاء الاستثماري المختلط:

ونقصد بالوعاء الاستثماري المختلط: هي الأموال المختلطة من نشاط يعمل وفق أحكام الشريعة وآخر نشاط تقليدي سواء كان هذا الخلط ناشئاً من:

1. تملك البنك التقليدي لنفاذة إسلامية.

(1) www.ar.wikipedid.org

(2) طعن رقم 113 لسنة 6ق- جلسة 1973/10/31.

2. رغبة البنك التقليدي بالتحول إلى بنك إسلامي.

3. اندماج البنك الإسلامي مع بنك تقليدي.

وفي جميع هذه الصور يجب فصل الأموال ذات النشاط المتوافق مع أحكام الشريعة عن الأموال ذات النشاط المحرم، ولا يكفي التأكد من أن الأصول الإسلامية مساوية أو أكثر من مجموع ما تلقاه المصرف من أموال على سبيل المضاربة، وعليه فلا يجوز أن يكون الوعاء مختلطاً من النشاط المشروع والنشاط غير المشروع لعدة أسباب منها:

- أ- إن اختلاط الوعاء سوف يؤدي إلى أن يكون حساب الأرباح والخسائر واحداً، وهذا سيؤدي إلى أن المعاملات غير المشروعة سوف يتم أخذ مخصص لها من ربح المعاملات المشروعة، مما يؤدي إلى نقص أرباحها، فمثلاً إذا تم أخذ مخصص لقرض ربوي وليكن مثلاً مليون دينار، فإنه سيؤخذ من ربح الوعاء، لأنه بخلط الأموال يصبح وعاء واحداً، وبالتالي ربح المعاملات المشروعة سوف ينخفض بمقدار مشاركتها في هذا المخصص.
- ب- إذا تم خلط أموال المعاملات المشروعة مع المعاملات غير المشروعة في وعاء واحد فإن مصاريف القروض الربوية سوف يتحمل جزءاً منها المعاملات المشروعة، وعليه فإني أرى عدم جواز خلط الأموال في وعاء واحد يتضمن الأموال المشروعة والأموال غير المشروعة.

المسألة الثالثة: الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح:

ترغب البنوك بالاستثمار طويل الأجل، لأنه يدر عليها عوائد مستمرة، مما يؤدي إلى استقرار معاملاتها وزيادة أرباحها، وهذا الأمر يحسن إدارة السيولة لديها، فالسحوبات المتكررة للعملاء تجعل البنك يحتفظ بسيولة نقدية كبيرة لمواجهة هذه السحوبات، مما يخفف حجم الاستثمارات لديه. ولذلك تعتمد البنوك إلى حد عملائها على الاستمرار في استثمار أموالهم مع البنك وعدم سحب تلك الأموال، ومن أهم الوسائل التي اتخذتها البنوك لحث عملائها على عدم سحب أموالهم فقدان العميل الربح المتوقع من المضاربة بين الطرفين، وهذا الشرط اتخذ عدة صور:

- أ- في حالة الودائع المستثمرة إذا قام العميل بسحب وديعته فإنه يعطي أرباح الحساب الاستثماري بدلاً من أرباح الوديعة التي في الغالب تكون أعلى من أرباح الحساب الاستثماري.
- ب- في حالة حسابات الاستثمار أحياناً يعطي أرباح متوسط الحساب، أي ينظر إلى الأموال والوقت الذي استثمرت فيه تلك الأموال، فمثلاً إذا قام العميل بإيداع مبلغ في حسابه الاستثماري ما مقداره 10.000 ثم سحب 5.000، ثم أودع 2.000 ثم سحب 3.000 فأعلى مبلغ كان 10.000 وأدنى مبلغ 4.000 فالمتوسط فرضاً 6.000 فإنه يعطي أرباحاً على هذا المبلغ.
- ت- وأحياناً يعطى العميل أرباحاً على الحد الأدنى لحسابه، فمثلاً لو أن العميل أودع 10.000 واستمر المبلغ لمدة عشرة أشهر ثم سحب العميل 9.000 ثم بعد أسبوع أودع 9.000 واستمر المبلغ لآخر السنة فإن العميل يستحق ربحاً على الرصيد الأدنى وهو 1.000.

والأصل في جواز هذه الصور هو المباراة بين الطرفين أي بين البنك والعميل، فالعميل يبرئ البنك من أرباحه اللاحقة، كما أن البنك يبرئ العميل من الخسارة اللاحقة، فالعميل تم استثمار أمواله إلا أن التنضيق الحكيم أو الحقيقي لم يتم، فقام العميل بسحب جزء من أمواله والتي تم استثمارها، فهو يتنازل عن تلك الأرباح، كما أن البنك يتنازل عن الخسارة من تلك الأموال إن وجدت ويبرئ العميل منها. فالإبراء هو:

- هبة الدين لمن عليه الدين، وكما يستعمل في الإسقاط يستعمل في الاستيفاء⁽¹⁾.
 - وعرفه شيخنا الدكتور نزيه حماد بأنه: الخروج من الشيء ومفارقه⁽²⁾.
 - وعرف أيضاً بأنه: إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر أو قبلة⁽³⁾.
- والمباراة مفاعلة من البراءة، فالطرفان كل منهما يبرئ صاحبه حقه.

- هل الإبراء إسقاط أم تمليك؟

اختلف الفقهاء فيه إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وعليه جمهور الحنفية، وهو قول لكل من المالكية والشافعية، والراجح عند الحنابلة أنه إسقاط. القول الثاني: ما نقله بعض الشافعية وابن مفلح في بعض المسائل أنه تمليك من وجه.

(1) الكليات للكفوي 33 مؤسسة الرسالة.

(2) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية 93، دار القلم.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية 142/1 وزارة الأوقاف الكويتية.

القول الثالث: وهو ما نقله ابن مفلح أيضاً من الحنابلة جزموا أنه تملك (1). وذهب الإمام النووي -رحمه الله- إلى عدم الترجيح بإطلاق، أي أن الإبراء لا يعتبر تملكاً بإطلاق ولا إسقاط بإطلاق، بل يختلف بحسب الصور، فأحياناً يعتبر تملكياً وأحياناً يعتبر إسقاطاً (2). وهذا يتضح من الصور التي ذكرها الفقهاء للإبراء، ففي بعضها اعتبروا الإبراء تملكياً، وفي بعضها الآخر اعتبروه إسقاطاً (3).

وثمرة هذا الخلاف تظهر في الآتي:

- أ- من ذهب من الفقهاء بأن الإبراء إسقاط قال بأن الإبراء من الدين لا يحتاج إلى القبول من المدين، لأن الإسقاط لا يحتاج إلى القبول. ومن ذهب إلى أن الإبراء تملك قال إن الإبراء يحتاج إلى قبول من عليه الحق، لأن الإبراء نقل للملك، أي تملك ما في ذمة المدين له، فيكون من قبيل الهبة، وهي لا بد فيها من القبول (4).
- ب- من رأى أن الإبراء إسقاط ذهب إلى صحة الإبراء من المجهول، أما من ذهب إلى أنه تملك اشترط العلم، لأنه لا يمكن تملك المجهول (5).

وعليه إن اشتراط البنك على العميل أنه في حال قيام العميل بسحب جزء من أمواله المستثمرة يعتبر تنازل من العميل عن أرباحه وتنازل البنك عن مطالبة العميل بالخسائر اللاحقة التي قد تظهر. ولذلك جاء في المعيار الشرعي (40) ما يأتي بشأن توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة: "ينص في عقود الحسابات الاستثمارية المشتركة القائمة على أساس المضاربة التي يقع فيها التخارج على مبدأ المباراة الذي يقتضي إبراء المتخارج لأصحاب الحسابات الاستثمارية (المودعين) عند التخارج من أي ربح لم يوزع أو لم يظهر، وإبرأؤهم له من أي خسارة تظهر بعد" وعليه فلا مانع من الاتفاق مع العميل أنه في حال قيامه بسحب أمواله فإنه سيحصل على ربح حساب التوفير أو متوسط المبالغ أو الرصيد الأدنى، وإن كنت أعتقد أن متوسط الرصيد أكثر عدالة، لأن العميل الذي استمر في وديعته لمدة أحد عشر شهراً واضطر لسحب أمواله ثم أرجعها بعد أسبوع سوف يتم حرمانه من أرباحه، بينما متوسط الرصيد سوف سيراعي مثل هذه الحالات.

- حكم النص على أنه إن نقص رصيد العميل عن متوسط الرصيد الشهري وليكن مثلاً 10.000 فإنه سيتحول الحساب إلى حساب جاري، أرى والله أعلم عدم جواز ذلك للأسباب الآتية:

- أ- أن جزءاً من أموال العميل تم استثمارها وبقيت عند البنك وبيع البنك فلماذا يتم حرمان العميل منها.
- ب- أن العميل إنما دخل مع البنك في عقد مضاربة، ولم تفسد المضاربة، فما الذي يجعلها تتحول إلى عقد إبطاع أو قرض.
- ت- قلنا في المسألة الأولى عن فساد المضاربة فإن الربح كله يكون لرب المال (المودعين)، والعامل (المصرف) له أجر المثل أو ربح المثل، وفي هذه الصورة فإن الربح سيكون جميعه للبنك.

- احتساب رسوم في حال انخفاض رصيد الحساب الاستثماري:

عرضت إدارة بنك البحرين الإسلامي على الهيئة الشرعية سؤالاً عن مدى جواز أخذ رسوم على حسابات التوفير والجاري في حال انخفاض الرصيد عن الحد الأدنى والسؤال هو:

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية 148/1.

(2) المنشور في القواعد للزركشي 81/1 وزارة الأوقاف الكويتية.

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي 312 دار الكتاب العربي.

(4) درر الحكام شرح مجلة الأحكام 64/4، مغني المحتاج 179/2، شرح منتهى الإيرادات 143-142/2.

(5) حاشية الدسوقي 99/4.

هل يجوز أخذ رسوم على حساب التوفير والجاري إذا انخفضت عن مبلغ محدد على النحو التالي:
حسابات التوفير: إذا انخفض المبلغ عن خمسة دنانير بحرينية شهرياً.
الحساب الجاري: إذا انخفض المبلغ عن خمسين ديناراً بحرينياً شهرياً.

الجواب:

لا مانع شرعاً من أخذ البنك رسوماً على حسابات التوفير والحسابات الجارية إذا انخفض عن مبلغ محدد بشرط أن يكون ذلك مصرحاً به مسبقاً في استمارات فتح الحساب أو يبلغ به الزبائن قبل تنفيذه عليهم، على اعتبار أن هذا الرسم نظير التكلفة العالية لخدمة هذه الحسابات القليلة الرصيد. ولكن ترى الهيئة أن ذلك ليس من مصلحة البنك وقد يسبب حرجاً لأصحاب الدخل المحدود الذين يعتمدون على رواتبهم وبعض الذين يفتحون الحسابات الجارية لدفع مرابحاتهم التي يجرونها مع البنك، وهذه فئة كبيرة تتعامل مع البنك، ولو اعتبر البنك تقديم هذه الخدمة من قبيل نفع الناس وخدمتهم لكان ذلك خيراً، والله لا يضيع أجر المحسنين⁽¹⁾.

(1) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي 247.

المسألة الرابعة: نسبة الربح إلى رأس المال:

إن عقد المضاربة قائم على المشاركة في الربح، وأي شرط يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح يصير المضاربة باطلة، كما أسلفنا في المسألة الأولى، وعليه فإن البنوك الإسلامية تنص في عقودها على أن الربح حصّة شائعة بين المضارب (البنك) ورب المال (العميل)، فمثلاً يتم الاتفاق على أن المضارب له 60% من الربح ورب المال له 40% من الربح.

وبعد ظهور الربح يتم قياس ربح رب المال إلى رأس ماله، فيكون الربح قد حقق عائداً مثلاً على رأس المال 6% أو 7% مثلاً. وأحياناً البنك لاستقطاب ودائع جديدة فإنه يقيس العائد على رأس المال خلال السنوات الماضية، فيخبر العملاء بأن ودائعه تحقق ربحاً متوقعاً على رأس المال 6% أو 7% مثلاً، إلا أن هذا لا يتم النص عليه في العقد، كما لا يصدر تعهداً من البنك بهذا الربح. وإنما هو ربح متوقع وفق أعمال ونتائج البنك السابقة. لأن اشتراط هذا المبلغ في عقد المضاربة يؤدي إلى قطع الربح، فقد لا تريح المضاربة إلا هذا المقدار فلا يأخذ المضارب شيئاً.

إلا أن هذه الطريقة غير مفيدة لقطاع الشركات، لأن الشركات ترغب بربح محدد حتى ينعكس ذلك في بياناتها المالية، فعدم وجود تعهد من البنك بالربح المحدد يجعل الشركة غير قادرة على إضافة هذه الأرباح لأرباحها السنوية إلا بعد قبض الأرباح من البنك، والتي في العادة تتأخر إلى ما بعد صدور البيانات المالية للشركة، لذلك قامت البنوك والشركات بإبرام عقد وكالة في الاستثمار بدلاً من عقد المضاربة تشترط فيه الشركة على البنك بعدم استثماره لأموالها فيما يقل عن 6% أو 7% وإلا كان البنك مقصراً أو متعدياً، وبهذا تستطيع الشركات إدراج هذه الأرباح في بياناتها المالية لوجود تعهد من البنك بعدم استثمار الأموال فيما يقل ربحه عن النسبة المتفق عليها، وهذه النسبة في العادة منسوبة إلى رأس المال.

والطريقة الثانية التي أصبحت البنوك تمارسها أيضاً لأصحاب الشركات والأفراد ذوي الملاءمة المرابحة العكسية، بأن يقوم البنك بشراء سلعة لصالح العميل، ثم يقوم البنك بشراءها من العميل بربح محدد 6% أو 7% مثلاً يقوم البنك بسداده في فترات يتفق عليها مع العميل، وهذا الربح في الغالب منسوب إلى رأس المال.

المسألة الخامسة: استخدام الأوزان:

تقوم بعض المصارف الإسلامية باستخدام الأوزان في حسابات المضاربة لغرض مكافأة أصحاب الحسابات الكبيرة، وبما أن جميع الأموال توجد في وعاء واحد واستثمارات مشتركة، فالمفروض عدم تمييز بعضهم على بعض، إلا أن الواقع بخلاف ذلك، وهذا التمييز في رأيي لا مانع منه، حيث إن أصحاب الحسابات الكبيرة أو طويلة الأمد لا يزاخمون صغار المستثمرين في أرباحهم، أي لا يتم خفض أرباح صغار المستثمرين لصالح أصحاب الحسابات الكبيرة، وما يتم هو تخفيض من حصة ربح البنك، فمثلاً إذا كان البنك قد تعاقد مع صغار المستثمرين بأن تكون نسبة الربح 60% للعميل و 40% للمصرف فإنه مع كبار المستثمرين فإن البنك يتعاقد 70% للعميل و 30% للمصرف، فصغار المستثمرين لن تتأثر نسبة ربحهم بزيادة نسبة أرباح كبار المستثمرين ولذلك جاء في المعايير الشرعية في معيار "توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة ما يلي: "يجوز للمؤسسة أن تحدد نسباً مختلفة بينها وبين شرائح مختلفة من أصحاب الحسابات الاستثمارية، كما يجوز أن تكون نسبة الأرباح فيما بين أصحاب الحسابات الاستثمارية موحدة، كما يجوز أن تكون مختلفة تحدد على أساس أوزان معلومة"⁽¹⁾.

كما جاء في فتاوى وقرارات هيئة الرقابة الشرعية في بنك بوبيان ما يلي:
"عرض على هيئة الرقابة الشرعية سؤال حول مدى شرعية منح أرباح تفضيلية لبعض العملاء، وتقسيماً إلى شرائح، بحسب المبلغ والمدة المستثمر فيها".

رأي الهيئة:

بعد النظر والاطلاع رأيت الهيئة جواز إعطاء أرباح تفضيلية لبعض العملاء وفق الاقتراحات التالية:

1. تقسيم الحسابات والودائع إلى شرائح مختلفة تحدد على أوزان معلومة، فلا مانع من إعطاء أرباح مختلفة حسب الشرائح والأوزان.
2. أن يتنازل البنك عن جزء من أرباحه لصالح عملاء معينين، دون تمييز بين العميل المقصود والعملاء الآخرين، وإنما البنك هو الذي يتنازل عن جزء من أرباحه.
3. أن يكون الحساب والوديعة على أساس الوكالة، تحدد فيه النسبة المجزية للطرفين⁽²⁾.

وعليه إذا تنازل البنك عن جزء من أرباحه لأصحاب المبالغ الكبيرة فلا مانع منه، أما إذا كان البنك يرغب بعدم تغيير النسب بين البنك والعملاء سواء كانوا من صغار المستثمرين وذوي الملاءة فلا يجوز أن يفضل أصحاب المبالغ بشيء من الربح، فمثلاً اتفق البنك مع عملائه على توزيع نسبة الربح في المضاربة 60% للعميل و 40% للمصرف سواء كان العميل من صغار المستثمرين أم من أصحاب المبالغ الكبيرة، ثم يقوم البنك بإعطاء عائد على رأس المال لأصحاب المبالغ الكبيرة أعلى من العائد على رأس المال لأصحاب المبالغ الصغيرة، فإن ذلك غير جائز، لأنه في هذه الحالة سوف يأخذ من أرباح صغار المستثمرين لإعطائها لأصحاب المبالغ الكبيرة، فالربح إنما هو ناتج استثمار الوعاء المشترك فبثبات النسب في توزيع الربح لا بد أن يكون العائد على رأس المال واحداً، فإذا قام البنك بتمييز البعض فإنه يأخذ من حصة الآخرين في الربح لإعطائهم وهو غير جائز.

(1) المعايير الشرعية 10/6.

(2) فتاوى وقرارات هيئة الرقابة الشرعية لبنك بوبيان 253.

المسألة السادسة: ربط العائد بالمدة:

هذه المسألة لها علاقة بالمسألة السابقة فمن حيث أصل الجواز ينطبق عليها ما ينطبق على المسألة السابقة، لأن الأوزان للمبالغ تعتمد في تحديدها على مقدارها وعلى مدتها، فهما مترابطان.

وعليه يتم وضع شرائح للمضاربة كالتالي:

من يلتزم باستثمار أمواله (6) أشهر مثلاً فإن الربح 70% لصاحب الحساب و30% للمصرف ومن يلتزم باستثمار أمواله (3) أشهر فإن الربح 60% لصاحب الحساب و40% للمصرف فإذا لم يلتزم العميل بالمدة المتفق عليها فإنه يطبق عليه ما جاء في المسألة الثالثة "الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح" فإما أن يعطى أرباح الحساب الاستثماري أو المتوسط الحسابي حسب ما تم بيانه سابقاً. ما دام أن هذا الأمر متفق عليه مسبقاً بين الطرفين.

الإشكال في هذه المسألة إذا لم يحدد البنك مدة معينة لبقاء الأموال في الوعاء الاستثماري، ويسمح في ذات الوقت للعميل بالسحب من حسابه في أي وقت، ويتم تحديد نصيبه في الربح في آخر المدة.

إن كان المقصود أن الربح غير معلوم للطرفين عند بداية المضاربة فإن ذلك يفسد المضاربة كما تم ذكره في المسألة الأولى. أما إن كان الربح محدداً عند التعاقد فإنه يجب دفع أرباح المبالغ المستثمرة بغض النظر عن مدة بقائها، لأنه لم يتم اشتراط ذلك على العميل، ولم يتم تحديد مدة المضاربة، وعدم اشتراط مدة للمضاربة هو الأصل، لأن المضاربة في الأصل عقد جائز وليس بلازم.

المسألة السابعة: التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع:

تقوم البنوك الإسلامية باستقبال الودائع بطريقتين:

أولاً: عقد المضاربة:

وفيه يتم الاتفاق بين المصرف والعميل على حصة شائعة من الربح 40-60% مثلاً، وقد قلنا في المسألة الرابعة أنه لا يجوز أن ينص المصرف في عقد المضاربة على أن نسبة الربح 6% من رأس المال، لأنه يؤدي إلى قطع الربح بين الطرفين، وقلنا أيضاً إنه لا بأس من خلال التفاهات بين الطرفين أن يُعلم المصرف العميل بناءً على أرباح السنوات الماضية أن ودائعه تحقق ربحاً متوقعاً على رأس المال 6%.

وبعض المصارف تضع شرطاً على العميل أنه إذا حقق المصرف عائداً على رأس المال 6% فإن العميل يتنازل عما زاد عن تلك النسبة تحفيزاً للمصرف على العمل.

ثانياً: عقد الوكالة:

وفيه يتم الاتفاق بين المصرف والعميل على أن المصرف لا يستثمر هذه الأموال فيما تقل نسبة ربحه عن 5% مثلاً وما زاد عن هذه النسبة فإن العميل يتنازل عنها لصالح المصرف كحافز له ولبيان الحكم في هذه المسألة لا بد أولاً من بيان حكم الحافز ومن ثم حكم اشتراطه.

اختلف الفقهاء في التكييف الشرعي للحافز إلى عدة أقوال:

1. أنه عقد إجارة:

وهو ما نص عليه الإمام ابن قدامة بقوله: "إذا دفع إلى رجل ثوباً، وقال: بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح، لما روي عن ابن عباس -رضي الله عنه- أنه كان لا يرى بأساً بأن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بعه بكذا فما ازددت فهو لك⁽¹⁾، ولا يعرف في عصره مخالف، ولأنها عين تنعى بالعمل فيها أشبه دفع مال المضاربة، إذا اثبت هذا فإن باعه بزيادة فهو له، لأنه جعلها أجرة"⁽²⁾.

وذهب الجمهور كما يقول الإمام ابن حجر إلى عدم جواز ذلك لكون هذا الأجر مجهولاً⁽³⁾. وأيضاً إذا قام الوكيل ببيع السلعة من غير زيادة فإنه لن يحصل على شيء وهذا لا يصح في عقد الإجارة.

2. أنه عقد جعالة:

لأن العامل إنما يحصل على الجعل إذا وجدت النتيجة، فإن لم تحصل تلك النتيجة فليس للعامل شيء، فإن قيل كيف يكون الحافز جعلاً وقد اشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن يكون الجعل معلوماً جنساً وقدرًا⁽⁴⁾، وهو هنا مجهول، قيل إن الفقهاء وإن اشترطوا أن يكون الجعل معلوماً إلا أنهم استثنوا بعض الصور منها: أ- ما نص عليه الحنابلة بجواز الجعالة مع جهالة الجعل إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول الجاعل: من رد ضالتي فله ثلها، أو قول القائد للجيش في الغزو: من جاء بعشرة رؤوس فله رأس.

ب- كما ذهب المالكية إلى جواز أن يجاعله على تحصيل الدين بجزء معلوم كثلث أو ربع⁽⁵⁾.

(1) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجر السمسار 394 دار ابن جزم.

(2) المغني مع الشرح 81/6.

(3) فتح الباري 527/4 دار الريان، الفتاوى الهندية 444/4، حاشية قليوبي 68/4.

(4) الموسوعة الفقهية 216/15.

(5) المرجع السابق.

إلا أن هذا التكييف يعترض عليه بمثل التكييف السابق أن العامل لوقام بالعمل المطلوب منه وباع السلعة بغير زيادة فإنه لن يحصل على شيء.

3. أنه هبة مشروطة:

وأعتقد أن هذا من أسلم التكييفات، لأن عقد الهبة من عقود التبرع التي يجوز فيها الجهالة وعليه فإن اشتراط المصرف على العميل بأن ما زاد عن الربح المتفق عليه لا مانع منه وإن كان مقدار الحافز مجهولاً، وقد جاء في معيار الشرعي رقم (13) المضاربة ما يأتي: "إذا شرط أحد الطرفين لنفسه مبلغاً مقطوعاً، فسدت المضاربة. ولا يشمل هذا المنع ما إذا اتفق الطرفان على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد طرفي المضاربة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة، فإن كانت الأرباح بتلك النسبة أو دونها فتوزع الأرباح على ما اتفق عليه".

كما جاء في المعيار الشرعي (46) معيار الوكالة بالاستثمار ما يأتي:

"يجوز أن يُشترط للوكيل بالاستثمار مع الأجرة جميع أو بعض ما زاد عن الربح المتوقع، حافزاً له على حسن الأداء".

المسألة الثامنة: تراكم الأرباح:

تقوم البنوك الإسلامية بإبرام عقد مضاربة مع العميل، وتقوم بتوزيع الأرباح بحسب الاتفاق بين الطرفين، فقد يكون توزيع الربح شهرياً، وقد يكون كل ربع سنة أو نصف سنة أو سنوياً، وبعض البنوك تعتبر توزيع الأرباح تنضيضاً للمضاربة، وبعضها لا يعتبره تنضيضاً، وإنما يعتبرها دفعات تحت الحساب تتم التسوية النهائية عند نهاية السنة المالية. ولم أجد فيما بحثت أن البنوك تقوم بالتنضيض اليومي للمضاربة، وإنما تقوم بالحساب اليومي، فهو تنضيض داخلي، لا أثر له على شروط التعاقد بين الطرفين، فالبنوك تقوم بحساب أرباحها يومياً. وهذا لا يعتبر إنهاء للمضاربة وابتداء مضاربة جديدة، بدليل لو حصلت خسارة لاحقة أو قام البنك بأخذ مخصصات على استثماراته فإنه يرجح بذلك على أرباح الحسابات الاستثمارية ويتم استقطاعها منهم.

وعلى العموم أي طريقة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين ويتم الإفصاح عنها لا مانع منها شرعاً.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

أعتقد أن عمل البنوك الإسلامية المستمر والمتطور يوجد به مسائل تحتاج مناقشتها وتأصيلها وقبل ذلك تصورها، حتى يكون الحكم الشرعي مطابقاً للواقع، كما أن مراجعة العلماء لعمل البنوك الإسلامية يعتبر من أهم وسائل التطوير لأعمالها، ومن هذه المسائل مسائل عقد المضاربة والتي يعتقد كثير من الناس أنها استقرت وتم الاتفاق عليها، ولا يوجد جديد فيها، فهذه المسائل التي طرحها البنك الأهلي التجاري تؤكد خلاف ما يعتقد هؤلاء، وأن بعض مسائل المضاربة تحتاج لإعادة النظر والتمحيص لها.

والحمد لله رب العالمين،،

"رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِكْرَاهًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لِطَآئِفَةٍ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ"

{البقرة/286}

كتبه الفقير إلى عفوره
أ. د. عصام خلف العنزي

الموضوع الثاني:

مسائل في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

محاور موضوع: مسائل في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

أصبح عقد الإيجار المنتهي بالتمليك هو العمود الفقري للمصرفية الإسلامية سواء في تمويل المنازل أو السيارات أو الطائرات وأنواع الصكوك المختلفة.

وبقدر ما تتوسع البنوك الإسلامية في توليد الأصول على صفة أعيان مؤجرة، بقدر ما تزداد الحاجة إلى التصكيك والطرح العام للتداول لصكوك محلها أوعية تحوي أصولاً مؤجرة. حتى يستمر هذا التوسع ويأخذ المسار الطبيعي في التطور لكي يخدم حاجات المجتمع بكافة فئاته فإن الحاجة ماسة إلى عقد معياري له شروط وأحكام موحدة، تكون أساساً لعمليات التمويل والاستثمار عبر جميع المشاركين في سوق المال.

كل هذا يكشف الحاجة إلى مزيد من البحث الشرعي في الجوانب التي اختلف فيها نظر الهيئات الشرعية في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك للتوصل إلى أفضل الحلول، وقد طلبت إدارة ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي في موسمها الثاني عشر من أصحاب الفضيلة العلماء بحث عن حلول شرعية في مسائل عقد الإيجار المنتهي بالتمليك الأتية:

المسألة الأولى: نقل عبء الصيانة إلى المستأجر:

مضى العرف على تقسيم الصيانة في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك إلى الصيانة التشغيلية وهو الجزء من الصيانة المتصل بالاستخدام، والثاني هو الصيانة الهيكلية أو الأساسية، وهي المتعلقة بقدرة الأصل على توليد المنافع. والرأي الراجح لدى الهيئات الشرعية ان الصيانة التشغيلية هي من مسئولية المستأجر. أما الصيانة الهيكلية فهي من مسئولية المؤجر، أي المؤسسة المالية المالكة للأصول، وتُعد مسألة الصيانة الهيكلية أكبر المخاطر التي تواجهها البنوك في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك، كما أنها تدخل تعقيدات جمة على هيكل عمليات تصكيك الأصول.

هل هناك طريقة مشروعة لنقل عبء الصيانة الهيكلية إلى المستأجر بالتراضي بين الطرفين؟ وهل يكون ذلك في نفس عقد الإجارة أم في عقد مستقل؟

المسألة الثانية: تملك المؤجر للدفعة المقدمة:

الأصل أن جميع ما يدفعه المستأجر ضمن عقد الإجارة هو ثمن للمنافع التي استوفاهما أو يتمكن من استيفائها، ولا يستحق المؤجر هذه المبالغ إلا بعد استيفاء تلك المنافع من قبل المستأجر، إلا أن الصيغة الجارية لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك (لا سيما في العقار)، تقتضي دفع المستأجر مبالغ للمؤجر تسبق استيفاءه للمنافع، ومن أهمها الدفعة المقدمة التي قد تصل إلى 30% من مبلغ التمويل.

فإذا انفسخ العقد، أو جرى إنهاؤه فإن على المؤجر أن يرد هذه المبالغ (لا سيما الدفعة المقدمة) إلى المستأجر، لكن البنوك تجد صعوبة في الالتزام برد أي مبلغ جرى تسلمه ضمن عقد الإجارة؛ لأن أي مبلغ جرى تسلمه ضمن عقد الإجارة ويكون قابلاً للرد يجب أن يسجل في جانب الخصوم في دفاتر البنك، والحال أن المؤجر يريد تسجيله على صفة دخل وليس التزاماً.

هل من صيغة لاشتراط أن كل مبلغ تسلمه المؤجر فقد ملكه ملكاً تاماً مستقراً، ولا يكون قابلاً للرد؟

المسألة الثالثة: دفع الأجرة في فترة الصيانة:

يتعرض محل عقد الإجارة سواء كان في المعدات أو الطائرات أو المنازل إلى الحاجة إلى الصيانة، وخلال هذه الفترة تتوقف المنافع، ولما كانت الأجرة هي مقابل المنافع فإن المؤجر لا يستحق أجرة عنها. إلا أن استمرار التدفقات النقدية بصورة منتظمة وبغير انقطاع (لا سيما إذا كان انقطاعاً لا يمكن توقعه) أمر في غاية الأهمية بالنسبة للبنوك، وبدون هذا الانتظام تكون عملية التصكيك عالية المخاطر.

فهل يجوز إلزام المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة بصورة مستمرة بغير انقطاع حتى خلال فترات الصيانة؟

المسألة الرابعة: الأجرة متغيرة

مضى أكثر من عقدين من الزمان على صدور قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي أجاز ربط الأجرة في عقد الإيجار المنتهي بالتملك بمؤشر، ومع ذلك لم يلق هذا القرار القبول العام المعهود في القرارات الصادرة عن الفتاوى الجماعية، كما هو حال قرارات المجمع.

ويرى البعض ان سبب ذلك هو أن التطبيق المصرفي لهذا القرار مغاير للصورة التي بنى عليها علماء المجمع قرارهم المذكور، ذلك أن ما عرض على المجمعين في اجتماعهم الذي صدر عنه ذلك القرار صفة عقد إجارة فيه أجرة كلية ثابتة يتغير القسط في كل فترة بناءً على مؤشر وتبقى الأجرة الكلية بدون تغير. بيد أن هذا مختلف عن التطبيق المصرفي الذي يقوم على إعادة حساب جميع ما بقي في الذمة في بداية كل فترة بناءً على قيمة المؤشر الجديدة ثم إعادة توزيعه على أقساط شهرية، ومن ثم فإن الأجرة الكلية تزايد باستمرار.

فهل لهذا الاختلاف أثر شرعي يبرر القول: إن قرار المجمع لا ينطبق على التطبيق المصرفي؟

المسألة الخامسة: ضمان المستأجر لشركة التأمين:

التأمين على الأصل المؤجر جزء مهم من هيكل عقد الإجارة المنتهية بالتملك، حيث يقوم المؤجر أصالة بالتأمين أو من خلال توكيل المستأجر بالقيام بذلك على حساب المؤجر، إلا إن المطالبة بالتعويض من شركة التأمين في حال وقوع ما يستدعي التعويض مثل هلاك الأصل هي عملية بالغة التعقيد وتستغرق وقتاً طويلاً، وقد تستدعي التقاضي لدى المحاكم وبخاصة في الأصول ذات الأثمان المرتفعة كالطائرات ونحوها، وفي هذا إشكال بالغ للبنوك ليس فقط من جهة التكاليف العالية بل احتمال الخسارة لضيق الوقت بدون عوائد.

هل يجوز إلزام المستأجر الذي أنشأ وثيقة تأمين لصالح المؤجر (على حساب المؤجر) بأن يضمن أن تدفع شركة التأمين التعويض خلال شهر مثلاً وإلا كان هو المسئول عن دفع ذلك التعويض؟ واشتراط أن عدم دفع شركة التأمين التعويض خلال شهر يعد تقصيراً منه يترتب عليه التعويض؟

المسألة السادسة: هيكل الإجاريتين:

يكتنف عملية شراء العقار وتسجيله في أكثر البلدان إجراءات قانونية مطولة وتكاليف مثل ضريبة الدمغة والقيمة المضافة وما إلى ذلك. ويتضمن عقد الإيجار المنتهي بالتملك مرحلة شراء المؤجر (البنك) للعقار وتملكه ثم تأجيره على العميل إيجاراً منتهياً بالتملك ونقل ملكيته إلى العميل في نهاية العقد، مما يعني الخضوع لتلك الإجراءات مرتين.

وتعمد البنوك في أحد البلدان الإسلامية إلى الدخول مع العميل الراغب في الحصول على التمويل في عقد إجارة طويل الأجل (25 سنة مثلاً) لأصل مملوك للعميل بأجرة نقدية منجزة ثم تعيد تأجيره على العميل لنفس المدة بأجرة مقسطة وذلك في الحالات التي يكون العميل مالكا للعقار فإذا لم يكن كذلك مكنته من شراء العقار وتملكه من خلال توفير التمويل (بالتورق مثلاً) لشراء العقار، ثم يستأجر البنك العقار بأجرة معجلة ويسدد دين التورق من الأجرة المعجلة المدفوعة للعميل، ثم يعيد تأجير العقار على العميل ويسدد العميل الأجر حسب مواعيد استحقاقها.

فهل مثل هذا الهيكل مقبول شرعا؟

المسألة السابعة: تعويض المستأجر المؤجر:

مع أن العقد في ظاهره عقد إجارة إلا أن أنظمة البنوك وإجراءاتها المحاسبية تتعامل مع مبلغ الأجرة الكلية كدين ثابت في ذمة العميل (وليس ديناً غير مستقر لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة) ولذلك قد تحصل من العميل على سند لأمر مقابل الأجرة ولو هلك الأصل ودفعت شركة التأمين مبلغاً يقل عن المبلغ المتبقي من الأجرة الكلية رجع البنك على العميل لدفع الفرق بينهما، إذا ان الأجرة الكلية تعد ديناً في ذمة العميل.

فهل لمثل هذه الإجراءات وجه من القبول الشرعي؟

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات الإجارة مع الوعد بالتمليك

إعداد

أ. د. خالد بن عبد الله المزيبي

أستاذ الفقه المشارك بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 22-21 ربيع الثاني 1441 هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019 م.

مقدمة

عقد الإجارة من العقود المسماة فقهاً، المتفق على مشروعيتها بين الفقهاء⁽¹⁾، وبموجبه يملك المستأجر منفعة العين المؤجرة طوال مدة العقد، ويتحمل عبء صيانتها التشغيلية، ويلتزم بعدم التعدي والتفريط في حمايتها، فإذا تعدى أو فرط تحمل آثار تعديده أو تفريطه، وتبقى العين على ملك المؤجر، ويتحمل تبعه هلاكها وضمان مرممتها وتكلفة صيانتها الأساسية، هذه هي الأحكام الأساسية لهذا العقد. لكن طرأت مستجدات في العصر الحديث على هذا العقد، غيرت صورته القديمة إلى صيغ مطورة اقتضتها حاجة الممولين والمتمولين، وظهرت صور تجمع بين الإجارة والبيع⁽²⁾، واقتضت إعادة النظر في توصيفه فقهاً وقانوناً بصوره الجديدة، ومن ثم إسباغ الحكم التكليفي على كل صورة من تلك الصور. وتقرأ هذه الورقة بعض المسائل المشككة المستجدة في هذا العقد، وتحاول الإجابة عنها، من خلال مناقشة المحاور التي اعتمدها إدارة الندوة الموقرة. ومما يجدر التنويه إليه: أن الإجارة المنتهية بالتملك من العقود المعاصرة، التي وقع فيها تطوير منتج يجمع بين عقدي البيع والإجارة، وكان الغرض من هذا التركيب: احتفاظ المؤجر بملكية العين إلى أن يستوفي أقساط العقد باسم الأجرة، ثم تنقل ملكية العين بعد ذلك إلى العميل، إضافة إلى أنه سيأمن من مزاحمة الغرماء في حال إفلاس العميل، فهذه مكاسب يتبعها تحمل المؤجر ضمان العين المؤجرة، والذي يظهر أن التوصيف الفقهي الأقرب لهذا العقد: أنه عقد متردد بين عقدي الإجارة والبيع، وأنه بالنظر في مدة الإجارة، لا يتمحض إجارة ولا بيعاً، ولهذا ينبغي أن يراعى هذا التردد في أحكام تفاصيل العقد.

(1) ابن عابدين، رد المحتار (4/6)، الدردير، الشرح الكبير (3/4)، الرملي، نهاية المحتاج (261/5)، ابن قدامة، المغني (321/5).
(2) لا تزال عقود التمويل وصيغها المختلفة في ازدياد مطرد، وتبلغ شركات التمويل المرخصة في المملكة العربية السعودية، التي تقدم منتجات تمويل مختلفة، حتى عام 2017م، بما فيها التأجير التمويلي (37) شركة، وبلغ إجمالي المحفظة التمويلية في نهاية عام 2018م ما يزيد عن 48 مليار ريال سعودي، وبلغ التمويل العقاري نسبة 34% من المبلغ المذكور، في حين بلغ التمويل غير العقاري نسبة 66%، ينظر: مؤسسة النقد العربي السعودي، التقرير السنوي الخامس والخمسون، ص (100)، الرياض، 1440 هـ، يونيه 2019م.

المسألة الأولى: نقل عبء الصيانة إلى المستأجر:

تقسم الصيانة عادة إلى: الصيانة التشغيلية، والصيانة الأساسية، وتشمل نفقة التأمين على العين المؤجرة. وضمن العين المؤجرة يشمل ما ذكر أعلاه، كما يشمل تحمل تبعة هلاك العين المؤجرة. وقد انتهت قرارات الاجتهاد الجماعي المعاصر، إلى أن عقد الإجارة المنتهية بالتملك، يبدأ بعقد تأجير حقيقي مع وعد بالتملك بعد سداد الأقساط، ففي قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المتعلق بصور هذا العقد الجديد، برقم 110 (4/12)، وتاريخ 25 جمادى الآخرة 1421 هـ، ذهب فيه إلى وجوب التمييز بين مرحلتى الإجارة والتملك، وأن يكون هناك عقدان منفصلان، الأول عقد إجارة حقيقي وبعد انتهاء سداد أقساط الأجرة، يتبع بعقد بيع مستقل، ونص على وجوب "أن تكون الإجارة فعلية، وليست ساترة للبيع"، وأن يتحمل المؤجر: ضمان العين المؤجرة، والتأمين عليها، والصيانة غير التشغيلية⁽¹⁾.

مع أن المتبع لعقود الإجارة المنتهية بالتملك اليوم يجدها غير متحققة بهذا الشرط، وإنما تراعي مآل التملك حتى في مرحلة الإجارة، اعتباراً بمقصد طرفي العقد، ومن ذلك رفع الأجرة عن الأجرة المعتادة، نظراً لإضافة نسبة التملك إليها. وعلى هذا النحو تقريباً سار معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة (أيوفي)، فقرر أنه (5/1/5) "لا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسؤوليته عن عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة، سواء أكان بفعله أم بسبب خارج عن إرادته"، كما قرر (7/1/5) أنه "لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة، ويجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر، وعلى المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية (العادية)". وقرر أن (8/1/5) "العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة، ما لم يقع من المستأجر تعد أو تقصير، ويجوز له أن يؤمن عليها عن طريق التأمين المشروع كلما كان ذلك ممكناً، ونفقة التأمين على المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذها في عين الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادت على ما كان متوقعاً عند تحديد الأجرة، كما يمكن للمؤجر أن يوكل المستأجر بالقيام بإجراء التأمين على حساب المؤجر"⁽²⁾.

(1) ونص القرار المذكور على أن ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد، ونص على أن ضابط الجواز: "وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة. والخيار يوازي الوعد في الأحكام، وأن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع". وبخصوص ضمان العين المؤجرة نص على أن يكون على المالك لا على المستأجر، "وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين، من غير تلف ناشئ من تعدي المستأجر أو تفریطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فأتت المنفعة". وفيما يتعلق بالتأمين على العين المؤجرة نص على أنه "يجب أن يتحملة المالك المؤجر، وليس المستأجر". ويؤكد القرار على عدم الخلط في توصيف هذا العقد بين البيع والإجارة، وأنه "يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة، وأحكام البيع عند تملك العين"، وبشأن الصيانة نص القرار على أن "تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر، لا على المستأجر، طوال مدة الإجارة".

(2) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية (247)، هذا وكانت الهيئة الشرعية في شركة الراجحي المصرفية قد اشترطت كون عقد الإجارة والبيع مقصوداً بهما حقيقة معناه وأثارهما، وعلى الخصوص التزام المالك المؤجر خلال الإجارة بتحمل تبعات المالك، كتبعية هلاك العين، أو نفقات التأمين عليها، ونفقات الصيانة (أي الأساسية)، ولا مانع في نظر الهيئة المذكورة من اشتراط جعل تكاليف الصيانة العادية التي يحتاج إليها المأجور عادة، نتيجة للاستعمال الطبيعي على عاتق المستأجر، وعللوا بأن هذا معروف في العادة نوعاً وقدرًا، مما ينفي

وفي كل حال فإنه يلزم المؤجر مالك العين المؤجرة أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة⁽¹⁾، وأن يتحمل ضمانها وتبعية هلاكها وصيانتها الأساسية، كما أن المستأجر يتحمل تكلفة الصيانة التشغيلية، دون الصيانة الأساسية، لكن إذا تعدى أو فرط فتلفت العين أو تضررت ضرراً بليغاً فإنه يضمن، ولهذا نعت الفقهاء يد المستأجر بأنها: يد أمانة، وقد أشار الإمام البخاري في فاتحة كتاب الإجارة من صحيحه إلى مأخذ هذه التسمية، وأنه مقتبس من الآية الكريمة: (إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرَ قَوِيًّا الْأَمِينُ) [القصص (26)]، وما جاء عن النبي ﷺ من قوله: "الخازن الأمين، الذي يؤدي ما أمر به طيبة نفسه، أحد المتصدقين"⁽²⁾، إذ وصف يد من وضع يده بحق على المال بأنها أمينة⁽³⁾.

لكن هل يجوز الاتفاق على خلاف هذا الأصل، بحيث يشترط في العقد تحميل المستأجر ضمان العين المؤجرة، أم لا؟، أشرت آنفاً إلى اتجاه جمهور الفتاوى الصادرة بشأن ضمان العين المؤجرة إيجاباً منتهياً بالتملك، وأنها تجعل تبعة ضمان العين وهلاكها والمرمة الأساسية على المؤجر، وتمنع تحميلها للمستأجر، ولو كان هذا بالاتفاق والتراضي بين الطرفين، وفيما يلي أعرض أقوال الفقهاء في المسألة، ثم أتبعها بما يترجح:

أولاً: مذهب الحنفية: قال محمد بن الحسن الشيباني: "ومرمة الحمامين في صَارُوْجِهِمَا⁽⁴⁾ وما لا بد منه لهما على رب الحمام، وليس على المستأجر من ذلك شيء، وكذلك إصلاح قِدْرِ الحمام، وحوضه ومسيل مائه، فهو على رب الحمام، ولو استأجر رجل حماماً واشترط عليه رب الحمام أن مَرَمْتَهُ على المستأجر فإن هذه الإجارة فاسدة لا تجوز، من قبل أن المرمة مجهولة لا تعرف كم تبلغ، ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم كل شهر لَمَرَمْتِهِ مع الأجر إذا أذن أن ينفقها عليه فإن هذا جائز"⁽⁵⁾، فاشترط كون الصيانة الأساسية على المؤجر، ورخص في أن يشترط على المستأجر زيادة الأجرة بدراهم معلومة، ترصد للصيانة. وقال الكاساني: "وتطيين الدار، وإصلاح ميزابها، وما وهي من بنائها على رب الدار دون المستأجر، لأن الدار ملكه، وإصلاح الملك على المالك"⁽⁶⁾ اهـ.

ثانياً: مذهب المالكية: روى سحنون في المدونة عن جماعة من الفقهاء أنهم قرروا هذا المعنى، فروى عن أبي الزناد ونافع مولى ابن عمر والفقهاء السبعة أنهم قالوا: "لا يصلح الكراء بالضمآن"⁽⁷⁾، وقال ابن شاس: "ويد المستأجر يد أمانة على المعروف من المذهب. وحكي في التضمين قول بعيد"⁽⁸⁾، فأفادنا بهذا وقوع الخلاف في المسألة، لكنه وصف القول بالتضمين بأنه بعيد. وروى أشهب عن مالك: "فيمن استأجر جفنة؛ أنه لها ضامن، إلا أن يقيم بينة على الضياع"⁽⁹⁾. وقال القرافي: "ويمتنع اشتراطه عليه إصلاح البيوت كلما احتاجت إليه لأنه مجهول"⁽¹⁰⁾ اهـ، وقال خليل في مختصره: "وهو أمين

الجهالة والغرر الفاحش، بخلاف إصلاح ما يطرأ على المأجور من غير الاستعمال الطبيعي، فإن هذا لا يجوز اشتراطه على المستأجر، بل هو من مسؤولية المالك المؤجر، فتاوى الهيئة الشرعية بشركة الراجحي المصرفية، قرار رقم (95) (164/1).

(1) ابن قدامة، المغني (340/5).

(2) صحيح البخاري (2260)، وصحيح مسلم (1023).

(3) ابن بطال، شرح صحيح البخاري (385/6)، وينظر مناقشة لهذا القول: ابن الدماميني، مصابيح الجامع شرح صحيح البخاري (143/5).

(4) الصاروج: النورة وأخلاطها التي تصرح بها النزل وغيرها، فارسي معرب، ابن منظور، لسان العرب، مادة (صرح) (310/2).

(5) الشيباني، الأصل (502/3).

(6) الكاساني، بدائع الصنائع (208/4)، وينظر أيضاً: ابن عابدين، رد المحتار (79/6)، ابن الهمام، فتح القدير (86/9)، والبغدادي، مجمع

الضمانات (13)، لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية م (601) (112).

(7) سحنون، المدونة (497/3).

(8) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة (936/3).

(9) ابن بطال، شرح صحيح البخاري (385/6).

(10) القرافي، الذخيرة (493/5).

فلا ضمان" (1)، أي المستأجر، قال: "ولو شرط إثباته" (2) انتهى، أي ولو شرط عليه الضمان في العقد لم يضمن، لأن يده يد أمانة.

ثالثاً: مذهب الشافعية: قال الجويني: "ولو وقع العقد بكراء معلوم، وشرط المكري على المكتري أن يعمر الدار بها، فهذا فاسد مفسد أيضاً؛ من جهة أن قيام المكتري بالعمارة عمل منه مجهول، واشتراط عمله مضموماً إلى الأجرة، يتضمن جهالة بينة في العوض" (3)، وقال الغزالي: "والمستأجر لا يضمن إجماعاً" (4)، وقال الشربيني في شرح عبارة النووي في المنهاج شرحاً ممزوجاً: "ويد المكتري على المستأجر من (الدابة والثوب) وغيرهما (يد أمانة مدة الإجارة) جزماً، فلا يضمن ما تلف فيها بلا تقصير، إذ لا يمكن استيفاء حقه، إلا بوضع اليد عليها، وعليه دفع متلفاتها كالمودع" (5) اهـ.

رابعاً: مذهب الحنابلة: قرروا أن يد المستأجر يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط (6)، وحكي عن أحمد رواية بالضمان (7)، وقال ابن قدامة: "وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري، كعمارة الحمام، إذا شرطها على المكتري، فالشرط فاسد؛ لأن العين ملك للمؤجر فنفتقتها عليه. وإذا أنفق بناء على هذا، احتسب به على المكري" (8) اهـ. وهذا بخلاف عقد البيع، فإن "ضمان المبيع على المشتري إذا قبضه" (9). وقال الهوتي: "(أو شرط) المؤجر (على المكتري النفقة الواجبة لعمارة المأجور) لم يصح لأنه يؤدي إلى جهالة الإجارة. (أو جعلها) أي النفقة على المأجور (أجرة لم يصح) لأنها مجهولة" (10) اهـ. وقال ابن مفلح: "العين المؤجرة أمانة في يد مستأجرها إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها، ولا فرق بين الإجارة الصحيحة والفاصلة، فإذا انقضت المدة رفع يده عنها، ولم يلزمه الرد، أو ما إليه في رواية ابن منصور؛ لأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها كالعارية، وحينئذ تبقى في يده أمانة كالوديعة" (11).

إذا تقرر ما سبق، وأن يد المستأجر يد أمانة، فهل يصح عند الفقهاء أن يشترط عليه المؤجر ضمان العين المؤجرة أم لا؟، فيه خلاف محكي عنهم، والأكثر أن على أنه شرط لا يصح كما تقدم آنفاً، قال في مجمع الضمانات: "وشرط الضمان على الأمين باطل" (12)، وهو قول الجمهور، وهو المذهب عند الحنابلة (13)، وقيل: يصح اشتراط عدم الضمان، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبه قال إسحاق بن راهويه، ففي مسائل أحمد وإسحاق: "قال سفيان: كل شيء، أصله ضمان فاشترط: أن

(1) خليل بن إسحاق، المختصر (206)، وينظر في شرحه: الحطاب، مواهب الجليل (427/5)، الخرشبي، شرح مختصر خليل (26/7).

(2) المرجع السابق.

(3) الجويني، نهاية المطلب (194/8)، وينظر: الرملي، نهاية المحتاج (266/5).

(4) الغزالي، الوسيط (188/4).

(5) الشربيني، مغني المحتاج (476/3)، وينظر أيضاً: الجويني، نهاية المطلب (185/8).

(6) ابن قدامة، المغني (396/5)، الهوتي، كشاف القناع (168/4).

(7) ذكرها في المغني (397-396/5)، قال: "فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد... إلى أن قال: وعن أحمد، أنه سئل عن ذلك، فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه؛ لقوله ﷺ: المسلمون على شروطهم" اهـ. قال ابن رجب: "من الأصحاب من جعلها رواية بثبوت الضمان فيها؛ فلا تكون أمانة. ومنهم من حكى الخلاف في قبول دعوى التلف بأمر خفي، وهي طريقة ابن أبي موسى؛ فلا تخرج بذلك عن الأمانة

(8) ابن قدامة، المغني (340/5).

(9) ابن قدامة، المغني (489/3).

(10) الهوتي، كشاف القناع (21/4).

(11) ابن مفلح، المبدع (449/4).

(12) البغدادي، مجمع الضمانات (33).

(13) ابن قدامة، المغني (489/3)، المرادوي، الإنصاف (113/6)، الهوتي، كشاف القناع (168/4).

ليس عليه ضمان؛ فهو ضامن، قال أحمد: إذا اشترط له فالمسلمون عند شروطهم، قال إسحاق: كما قال أحمد، ألا ترى أن أنس بن مالك بعد ما ضمنه عمر الوديعة، كان لا يأخذ بضاعة إلا يشترط أنه بريء من الضمن" (1) انتهى.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء، يتبين أنه لا يصح نقل عبء الصيانة الأساسية إلى العميل، لما يلي:

1. أن هذا هو الأصل في عقد الإجارة، أن يد المستأجر يد أمانة (2)، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط (3)، إذ "لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان" (4)، وقد حكي الإجماع على هذا، وإن كان لا يثبت إجماعاً كما سيأتي قريباً، لكنّه قول جماهير الفقهاء، ومعظم الفقهاء لا يذكرون إلا هذا القول، لا يشيرون إلى خلاف في المسألة أصلاً.
2. أن تحمل المؤجر مخاطر ملكية العين المؤجرة جارٍ على قاعدة الشريعة، وهي أن "الخراج بالضمان" (5)، فإن الأجرة التي يستحقها المؤجر "عوض ما كان عليه من ضمان الملك" (6)، فإن العين لو تلفت كانت من ضمانه، فالغلة له، "ليكون الغنم في مقابلة الغرم" (7). ولا وجه لتحميل المستأجر مخاطر الملكية، سوى كونه محتاجاً للحصول على العين المؤجرة، فكان تحميله إياها استغلالاً لحاجته، أشبه بيع المضطر والمضغوط.
3. أن تحميل المستأجر ضمان العين المؤجرة، إضافة إلى الأجرة التي يدفعها، يجعل الأجرة مجهول جهالة كبيرة، ومثل هذا القدر يفسد الشرط.

وكون هذا العقد يؤول إلى التملك لا ينهض لتحميل المستأجر كل ما يتحملة المؤجر من تبعات ومسؤوليات، بل تتمسك بمقتضيات عقد الإجارة إلى أن يظهر لنا ناقل قوي، يقاوم الأصل المستصحب المذكور آنفاً.

4. أن المخاطر الواقعة على العين المؤجرة ليست شيئاً استجد في هذا العصر، لم يكن معروفاً عند المتقدمين، بل لوقيل إن المخاطر في الزمن القديم أكثر لم يبعد، فعطب الدواب وغرق السفن واحتراق الحوانيت أمر شائع مشهور في القديم، ومع ذلك فكان موقف الفقه بفروعه وقواعده منتظماً في عدم تحميل المستأجر تبعه هلاك العين المؤجرة. وتذكر كتب الفقه والتواريخ كثيراً من الحوادث في هذا الصدد، وقد سئل أحمد عن رجل استعار دابة إلى مكان سماه، فعطبت؟ قال: هو ضامن، والعارية مؤداة، "على اليد ما أخذت حتى تؤدي" (8)، وعن الأوزاعي قال: "إذا اكترى دابة فجاوز بها الوقت، فإن سلمت الدابة كان له كراء الدابة، وإن هلكت الدابة ضمن ثمنها، ولا كراء

(1) مسائل الإمام أحمد وإسحاق (3012/6)، والقصة أنه كانت عند أنس بن مالك ﷺ وديعة، فهلكت من بين ماله، فضمنه إياها عمر بن الخطاب ﷺ، فقال معمر: لأن عمر اتهمه، يقول: كيف ذهبت من بين مالك! وفي رواية الشعبي، أن عمر قال لأنس: "إنك لأمين في نفسي"، مصنف عبدالرزاق (182/8)، والبيهقي (289-290/6).

(2) يراد بالأمين هنا: من في يده مال غيره: بإقرار الشارع، أو برضا المالك، وأسباب الضمان في الشريعة ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف، وينظر ما ذكره ابن رجب في القواعد (305/1): فصل ما قبض من مالكة بعقد لا يحصل به الملك، وينظر أيضاً: القرافي، الفروق (205/2)، الزركشي، المنثور (323/2).

(3) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء (116/4)، ابن قدامة، المغني (0)، ابن تيمية، القواعد النورانية (192).

(4) قواعد ابن رجب (315/1).

(5) ابن السبكي، الأشباه والنظائر (41/2).

(6) ابن السبكي، الأشباه والنظائر (41/2).

(7) ابن السبكي، الأشباه والنظائر (41/2).

(8) الكوسج، إسحاق بن منصور، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهوية (2709/6).

لصاحبها"، قال أحمد: "له الكراء، وإن عطبت فعليه الكراء والضمان"، واحتج بحديث عروة البارقي في الشاة، قال إسحاق: كما قال، وليس في حديث عروة ذلك البيان (1).

5. أن هذا عقد الإجارة المنتهية بالتملك تبنته البنوك أصلاً لتجنب مخاطر نقل الملكية، فعدلت عن المرابحة والبيع الأجل التي تنتقل فيها ملكية العين إلى العميل، وأخذت بالتأجير المنتهي بالتمليك، الذي يضمن لها الاحتفاظ بملكية العين، وعليه فإذا رغب البنك بالاحتفاظ بالملكية فعليه أن يتحمل مخاطرها، وإذا رغب عن تحمل مخاطرها فعليه أن يتنازل عن الملكية للعميل، ويحمله حينئذ المخاطر المذكورة، فأما أن يجمع بين التملك وعدم تحمل المخاطر فهذا جور وشطط.

6. أن مخاطر الملكية كانت عالية حين لم يكن هذا المنتج منظماً، فكان كل بنك يحتاط لنفسه بالشروط التي يراها محققة له الأمان، فأما بعد صدور نظام التأجير التمويلي، وأنظمة التمويل والرهن العقاري، وتفعيل قضاء التنفيذ، فينبغي أن تبت قدرأ من الثقة لدى البنوك.

7. أن تحميل المستأجر عبء الصيانة الأساسية يجعل الأجرة مجهولة، ومن شروط هذا العقد معلومية الأجرة: قال في المغني: "يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً. لا نعلم في ذلك خلافاً؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوماً، كالثمن في البيع يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً. لا نعلم في ذلك خلافاً؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوماً، كالثمن في البيع" (2) اهـ.

وفي ختام هذه المسألة أنه إلى أن نظام التأجير التمويلي السعودي قرر أن المستأجر يتكفل بالصيانة التشغيلية، فيما يتحمل المؤجر أعباء الصيانة الأساسية، ما لم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، فقد جاء في المادة (7) منه ما نصه: "يلتزم المستأجر باستعمال الأصل المؤجر في الأغراض المتفق عليها في حدود الاستعمال المعتاد، ويكون مسؤولاً عن القيام بأعمال الصيانة التشغيلية على نفقته وفق الأصول الفنية المتبعة. أما الصيانة الأساسية فإنها تلزم المؤجر، ما لم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، وتكون حينئذ فيما ينشأ عن استخدام المستأجر للأصل، دون ما يكون ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر". ونصت المادة (14) على أن: "يتحمل المستأجر المسؤولية عن الأضرار الناتجة من استخدامه الأصل المؤجر". وأما ما يتعلق بتبعية هلاك العين المؤجرة فقد نصت المادة (9) منه على أن: "لا يتحمل المستأجر تبعية هلاك الأصل المؤجر ما لم يتعد أو يفرط، فإن كان الهلاك بتعدٍ أو تفریط من المستأجر؛ فيتحمل المستأجر قيمة الأصل عند الهلاك، باستثناء ما يغطيه التأمين"، وعلى أنه "يتحمل المؤجر تبعية الهلاك إذا كان بسببه أو بقوة قاهرة، كما يتحمل المؤجر التأمين التعاوني على الأصل المؤجر، ولا يجوز اشتراطه على المستأجر" (3).

وفيما يلي تلخيص لأنواع الصيانة ومن يتحملها بحسب نظام التأجير التمويلي:

النوع	الطرف الذي يتحملها	الاستثناءات
1	المستأجر	-
2	المؤجر	-
3	المؤجر	يجوز الاتفاق على أن يتحملها المستأجر

(1) المصدر السابق.

(2) الرملي، نهاية المحتاج (266/5).

(3) نظام التأجير التمويلي السعودي.

-	المستأجر بشرط التعدي أو التفريط	تبعة هلاك العين المؤجرة	4
	المؤجر إذا لم يتعد المستأجر ولم يفرض		

المسألة الثانية: تملك المؤجر الدفعة المقدمة:

المطلب الأول: تصوير مسألة تملك المؤجر الدفعة المقدمة:

تشرط مؤسسات التمويل بالإجارة التمويلية، أن يدفع العميل دفعة مقدمة، تكون عادةً أكبر من باقي الأقساط التالية، وهذا في الغالب يستند إلى تعليمات البنوك المركزية، على سبيل التحوط لمؤسسات التمويل من تعثر العملاء في الوفاء بالأقساط، أو انخفاض قيمة العين المرهونة، إضافة إلى أن المستأجر يستفيد بهذا تخفيض قيمة باقي الأقساط والربح الموقع عليها. على أنه في حال اشتراط البنك على العميل تحويل الراتب كما هو الحال في المملكة العربية السعودية، تنخفض المخاطر على المؤجر إلى حد كبير، وعليه فالمخاطر المتعلقة بالدفعة المقدمة تكون أقل في هذه الحال بالنسبة للبنك ومؤسسة التمويل. وتتضمن الدفعة المقدمة: أجرة معجلة تكون أكبر من بقية الأقساط، ونسبة من أرباح العقد، ورسوم التسجيل، وقد تتضمن في بعض التطبيقات: وديعة تأمين قابلة للاسترداد، والرسوم الضريبية، ورسوم التسجيل، وربما رسوماً أخرى. ولما كان عقد الإجارة المنتهية بالتملك عقد معاوضة، فهو إذن يقتضي تملك المؤجر الأقساط المتفق عليها بالعقد نفسه، كما يقتضي تملك المستأجر منفعة العين المؤجرة⁽¹⁾، لكن هل هو ملك مستقر بمجرد القبض، أم ملك مراعى وغير مستقر، حتى يستوفي المستأجر المنفعة، أو يتمكن من استيفائها، قولان لأهل العلم:

واتجهت بعض البنوك إلى اعتبار الجزء المعجل من الأجرة أجرة مقدمة، تحتفظ به لحساب المستأجر ويكون له تحت الحساب، وتحسم منه مستحقاتها كل شهر، إذا استوفى المستأجر المنفعة التي تقابلها، أو كان يمكنه ذلك ولم يفعل بسبب منه لا من المؤجر، فإذا لم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة بسبب من المؤجر، فيلزم هذا الأخير أن يرد الأجرة المرصودة لها، وهذا هو الأصل الموافق لقول جماهير الفقهاء المتقدمين والمعاصرين.

وبعض البنوك تعد الدفعة المقدمة أجرة للشهر الأول، مهما بلغت قيمتها، بحيث يستقر ملك البنك عليها بمجرد انقضاء الشهر الأول، ولو كانت تمثل نسبة تصل إلى ثلث قيمة العقد⁽²⁾.

وبعضهم الآخر اعتبر أن الدفعة المقدمة ملك للبنك بموجب عقد الإيجار، وأن ملكه لها يستقر بمجرد قبضه لها، ولو لم يستوف العميل المنفعة، واحتجوا بأقوال بعض الفقهاء كما سيرد في الفقرة التالية.

(1) الملك: حكم شرعي، يقدر في عين أو منفعة، يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعيوض عنه، من حيث هو كذلك، والمعاوضة من أهم أسباب الملك في الشريعة والقانون، ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر (316).

(2) القرني، د. محمد علي، طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك (18)، بحوث مؤتمر آيوفي السنوي السابع عشر، 7 و 8 أبريل 2019، المنامة، البحرين.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في حكم تملك الأجرة بالعقد نفسه:

سبق أن ذكرت أن المؤجر يملك الأجرة المقدمة بموجب العقد، لكن هل هو ملك مستقر، أم هو ملك مراعى وغير مستقر، هذا ينبغي على مسألة أخرى، وهي: هل المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد، أو باستيفاء المنفعة أو بالتمكن منه، للفقهاء في هذه المسألة قولان⁽¹⁾:

القول الأول: أن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد: وبه قالت الشافعية والحنابلة⁽²⁾، وقالت الشافعية: يملك الأجرة بالعقد، لكن لا يستحق استيفاءها إلا بتسليم العين⁽³⁾. وقالوا: إن ملك المؤجر للأجرة ملك "مراعى" كما يعبرون، يريدون أنه غير مستقر كما يعبر الحنابلة⁽⁴⁾، بل هو معلق على شرط استيفاء المنفعة، فكلما مضى جزء من الزمان على السلامة بان أن ملك المؤجر استقر على ما يقابل ذلك، فهو لا يستقر إلا باستيفاء المنافع أو تفويتها⁽⁵⁾. لكنهم مع ذلك لا يمنعون المؤجر من التصرف بالأجرة إذا قبضها، لأن عدم الاستقرار لا ينافي جواز التصرف كما هو معروف فقهاً، فلو تلفت العين المؤجرة، وقلنا: يفسخ العقد، عاد المستأجر بحصته من الأجرة المسماة في مال المؤجر⁽⁶⁾.

وقال الحنابلة: إن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد، لكنها لا تستقر إلا إذا استوفى المستأجر المنفعة "بلا نزاع عندهم"⁽⁷⁾، وذلك "لأنه قبض المعقود عليه، فاستقر عليه البديل، كما لو قبض المبيع"⁽⁸⁾ اهـ، ولهذا قال أبو الخطاب: "وقال أبو الخطاب: تملك بالعقد، وتستحق التسليم. وتستقر بمضي المدة"⁽⁹⁾ اهـ.

القول الثاني: لا تملك الأجرة بنفس العقد، وإنما تملك بالاستيفاء أو بالتمكن منه أو بالتعجيل أو بشرطه، وهذا قول الحنفية والمالكية⁽¹⁰⁾.

(1) ابن المنذر، الإشراف (301/6).

(2) الهيثمي، تحفة المحتاج (126/6)، ابن قدامة، المغني (329/5)، المرادوي، الإنصاف (81/6)، الهوتي، كشاف القناع (40/4)، السيوطي، الأشباه والنظائر (320)، ابن رجب، القواعد (347) و (336).

(3) الرملي، نهاية المحتاج المحتاج (265/5)، الهيثمي، تحفة المحتاج (126/6).

(4) المرادوي، الإنصاف (81/6)، الهوتي، كشاف القناع (41/4)، ابن مفلح، المبدع (452/4)، ونص كلامه: "يستقر الأجر كاملاً باستيفاء المنفعة، وبتسليم العين، ومضي المدة، ولا مانع له من الانتفاع، أو بفرار عمل بيد مستأجر، ويدفعه إليه بعد عمله، فلو بذل له تسليم العين، وامتنع المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه كما لو كانت بيده" اهـ.

(5) الهيثمي، تحفة المحتاج (126/6).

(6) الهيثمي، تحفة المحتاج (126/6).

(7) المرادوي، الإنصاف (81/6).

(8) ابن قدامة، المغني (330/5)، الهوتي، كشاف القناع (41/4).

(9) المرادوي، الإنصاف (83/6).

(10) القدوري، التجريد (3580/7)، ابن نجيم، البحر الرائق (300/7)، ابن عابدين، رد المحتار (10/6)، الحموي، غمز عيون البصائر

(465/3)، الحطاب، مواهب الجليل (393/5)، الخرشي، شرح مختصر خليل (3/7).

ومأخذ الحنفية في هذه المسألة: أن المنافع عندهم ليست ذات قيمة في نفسها، وإنما ورد الشرع بتقويمها بعقد الإجارة، على خلاف القياس للحاجة، وخالفهم الشافعية والحنابلة، ورأوا أن المنافع أموال متقومة في ذاتها، لأنها هي المقصودة من الأعيان، وقد سوغ الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح، والمهر يجب أن يكون مالاً، (وَأُجِّلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ) [النساء 24] (1)، وفيما يلي عرض أدلة القولين:

أدلة القول الأول:

- أ. أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة، فيستحق بمطلق العقد، كالثمن والصداق (2).
- ب. أنه يجوز للمؤجر التصرف في الأجرة المقبوضة، فدل على أنه يملكها بالعقد (3).

أدلة القول الثاني:

أ. قول الله تعالى قال: (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) [الطلاق 6]، فأمر بإيتائهن بعد الإرضاع (4).
وجه الاستدلال: أنه أمر بإيتائهن الأجرة بعد الفراغ من الإرضاع، فدل على أنه وقت الوجوب، وأنها لا تملك الأجرة بمجرد العقد.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه يحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الإرضاع، أو تسليم نفسها، كما قال تعالى: (إذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) [النحل: 98]. أي إذا أردت القراءة. ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب، ولا يقولون به (5).

ب. قول النبي ﷺ: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة.."، ومنهم: "رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره" (6).

وجه الاستدلال: أنه توعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل، فدل على أنها حالة الوجوب (7).
ونوقش هذا الاستدلال: بأن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله، كقوله: (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) [النساء: 24]، والصداق يجب قبل الاستمتاع (8). كما أنه توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل، وقد قلت: تجب الأجرة شيئاً فشيئاً.

ج. ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»، رواه ابن ماجه (9).

(1) قال الدبوسي: "الأصل عند الإمام القرشي أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي قدس الله روحه ونور ضريحه، أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، وعندنا بمنزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها لا غير..، ثم قال: وعلى هذا قال الشافعي: إن الأجرة تجب بنفس العقد، بمنزلة الأعيان المبيعة في وجوب ثمنها، وعندنا تجب ساعة فساعة، ويوماً فيوماً، فيجب أن يتمكن من الانتفاع بعلمه، فمهما لم يتمكن من الانتفاع لا تجب عليه الأجرة" اهـ، تأسيس النظر (129)، وينظر: الزرقا، مصطفى بن أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (215-217).

(2) ابن قدامة، المغني (325/5).

(3) ابن قدامة، المغني (72/3).

(4) القدوري، التجريد (3580/7).

(5) ابن قدامة، المغني (325/5).

(6) صحيح البخاري (2227).

(7) القدوري، التجريد (3581/7).

(8) ابن قدامة، المغني (325/5).

(9) ابن قدامة، المغني (325/5).

وجه الاستدلال: أنه أمر بإعطاء الأجرة في نهاية العمل، فدل على أنه لا يملكها بمجرد العقد⁽¹⁾.

ويجاب عنه بمثل ما سبق في الحديث قبله.

د. من المعقول: أنه عوض لم يملك معوضه، فلم يجب تسليمه، كالعوض في العقد الفاسد، فإن المنافع معدومة لم

تملك، ولو ملكت فلم يتسلمها، لأنه يتسلمها شيئاً فشيئاً، فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد⁽²⁾.

وبالتأمل في أدلة الفريقين يظهر لي أن الراجح: القول الأول، وهو أن الأجرة تملك بالعقد نفسه، لأنه وإن سلمنا بأن الأجرة مقابل المنفعة، وأن المستأجر يقبضها شيئاً فشيئاً، إلا أنه لا يصح اعتبار الأجرة متقسطة على أحاد هذه المنفعة ابتداءً، لأن هذه الأحاد لا تتقوم بذاتها، وإنما لا بد أن يفرض لكل جزء منها حداً أدنى، كساعة أو يوم أو أسبوع أو شهر مثلاً، ومع ذلك فالعقد لم يقع على أحاد هذه الأجزاء، وإنما وقع على مجموع مدة الإجارة⁽³⁾، وبهذا ينتظم القول بأن الأجرة مقابلة بمجموع المنفعة، ومن ثم تستحق ناجزة بمجرد العقد، وتستقر بتسليم العين المؤجرة، وقبض الأجرة. ومما يشهد لهذا قول الله تعالى إخباراً عن شعيب - عليه السلام -، أنه قال: (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك) [القصص: 27]، ومعلوم أن موسى عليه السلام تزوج ابنة شعيب بعد العقد مباشرة، فاستحق الأجرة بالعقد نفسه، "وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يقم على نسخه دليل"⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: هل يملك المؤجر الدفعة المقدمة ملكاً مستقراً:

ذهب جمهور أهل العلم المعاصرين إلى أن المؤجر يملك الدفعة المقدمة ملكاً مراعى وغير مستقر، ولا يستقر ملكه عليها حتى يستوفي المستأجر المنفعة، أو يتمكن من استيفائها⁽⁵⁾. وكون الأجرة غير مملوكة للمؤجر ملكاً مستقراً، وإنما تكون موقوفة على إمكان استيفاء المنفعة هو المتسق مع معظم قرارات الاجتهاد الجماعي، وما قرره نظام التأجير التمويلي في المملكة العربية السعودية⁽⁶⁾، والمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة (أيوفي)⁽⁷⁾، وقد ألزمت اللائحة التنفيذية لنظام التأجير التمويلي السعودي بأن يتضمن العقد قيمة أجرة الأصل وقيمة حق التملك منفصلين⁽⁸⁾، على أنه إذا فسخ العقد أو

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (55/2).

(2) ابن عابدين، رد المحتار (10/6)، ابن قدامة، المغني (325/5).

(3) الغزالي، تحصيل المآخذ (31).

(4) ابن قدامة، المغني (325/5).

(5) وهذا ما قرره معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، أيوفي، المعايير الشرعية مادة (2/2/5) ص (248). وهو مقتضى قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم (110)، في 25 جمادى الآخر 1421 هـ، بشأن الإيجار المنتهي بالتملك، المجموعة الشرعية، قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (349-348/1).

(6) نظام التأجير التمويلي، المادة (6)، الفقرة (3)، ونصها: "يجوز تعجيل جزء من الأجرة، ويرد المعجل من الأجرة إن تعذر تسليم الصل، أو الانتفاع به، بسبب لا يعود إلى المستأجر" اهـ.

(7) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة 2/2/5.

(8) الفقرة (1) المادة (9).

انفسخ أثناء مدة الإجارة برضا الطرفين، أو بأحكام العقد أو بالنظام، فللمستأجر استرداد قيمة حق التملك للفترة التي دفعها (1).

وهناك اتجاه آخر، جرى به العمل في بعض البنوك، وهو أن البنك يملك الدفعة المقدمة ملكاً مبرماً لا ملكاً مراعى (2)، ولهم في ذلك طريقتان:

الطريقة الأولى: أن يعتبروا الدفعة المذكورة أجرة للشهر الأول، فإذا انقضى استقر ملك البنك لها، مهما كان مبلغ الدفعة، حتى لو بلغ ثلث الأجرة (3)، وقد ذكر بعض الفقهاء ما يشبه هذا المخرج، فقد جاء في كتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني: "قلت: رأيت رجلاً استأجر من رجل داراً سنين معلومة، فخاف أن يغدر به رب الدار، فكيف الثقة له في ذلك؟ قال: فليسم لأول سنة من السنين أجراً قليلاً، ويجعل للسنة الآخرة أجراً كثيراً، فيكون في ذلك ثقة للمستأجر. قلت: رأيت إن كان رب الدار هو الذي يخاف غدر المستأجر، فخاف أن يسكن بعض السنين، ويعطل الدار بعد ذلك، فكيف الثقة له في ذلك؟ قال: فليؤاجرها إياه سنين مسماة، ويجعل عظم أجر هذه السنين في السنة الأولى، ويجعل ما بقي بعد ذلك من الأجر لما بقي من السنين. قلت: فيكون ذلك ثقة عندكم لرب الدار؟ قال: نعم" (4) اهـ. وقوله "ثقة" أي احتياطاً واحترازاً من الخطر المذكور.

الطريقة الثانية: أن يعتبروا الأجرة مملوكة للمؤجر بالعقد، فإذا قبضها ملكها ملكاً مستقراً، ولا يحق للمستأجر استردادها في جميع الأحوال، وهذا منقول عن بعض الفقهاء المتقدمين، كأحد قولي الشافعي، وهو خلاف المشهور عنه، وهو محكي أيضاً عن أبي ثور، ورأوا أن احتمال حدوث فسخ يستحق به استرجاع الأجرة ليس دليلاً على أن الملك غير مستقر، وقاسوا هذا على صداق الزوجة، فإنه يستقر ملكها على جميع صداقها بالعقد، وإن جاز أن يستحق استرجاع نصفه بالطلاق قبل الدخول (5)، وقد يعتضد هذا بأن يقال: إن الأجرة المقدمة في عقد تأجير العقار؛ من قبيل النماء أو الغلة المستحقة لمالك العقار، فيكون ملكها مستقراً كاستقرار ملكه على نمائها، ولهذا تجب زكاة أجرة العقار عند قبضها، ولا يستأنف بها حولاً، في إحدى الروايتين في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية (6)، إلا أن أقوى الروايتين عنه أنه يستأنف بالأجرة حولاً جديداً منذ إبرام العقد، وهي المذهب (7).

كما يحتج هؤلاء بما ذهب إليه أبو ثور، من أن العين المؤجرة إذا تلفت عقيب قبضها فإن العقد لا يفسخ عنده، بل تستقر الأجرة، لأن المعقود عليه تلف بعد قبضه، أشبه المبيع (8).

(1) الفقرة (2) المادة (9).

(2) القرني، طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنهية بالتملك (18).

(3) المرجع السابق.

(4) الشيباني، محمد بن الحسن، الأصل (409/9).

(5) الماوردي، الحاوي الكبير (318/3).

(6) ابن مفلح، الفروع (452/3)، المرادوي، الإنصاف (322/6).

(7) ابن قدامة، المغني (72/3)، المرادوي، الإنصاف (322/6)، وحمل ابن قدامة الرواية الأخرى على أنه حال عليه الحول قبل قبضه.

(8) ابن قدامة، المغني (336/5).

وهذا القول المنقول عن أبي ثور مخالف لقول جمهور الفقهاء كما تقدم في سياق أقوالهم، ويعللون بأن المعقود عليه: المنافع لا العين، وقبض المنافع باستيفائها، أو التمكن من استيفائها، ولم يحصل هذان، فأشبه تلفها قبل قبض العين، ولهذا وصف ابن قدامة قول أبي ثور بأنه "غلط" (1)، ونعته ابن تيمية بأنه "قول شاذ" (2).

الترجيح:

بعد التأمل في أقوال الفقهاء، وما ذكر من حاجة مؤسسات التمويل إلى تملك الدفعة المقدمة، فالذي يظهر أن للمؤسسة أن تشترط أن تملك - ملكاً مستقراً - من الدفعة المقدمة: مقدار الأجرة المتفق عليها، دون نسبة التملك، وهذا القول لا يعارض أصلاً شرعياً لا يجوز الاتفاق على مخالفته، فهو لا يشتمل على وصف الربا، ولا نعت الغرر، مما لا يجوز الاتفاق على خلافه، ولا يبيحه الرضا، وإنما يمكن أن يعترض عليه بأنه يتضمن ضرراً بالعميل، فإذا رضي العميل وطابت نفسه بذلك كان هذا كافياً في تصحيح العقد، لأن الاعتراض المذكور إنما هو من قبيل حقوق العبد، لا حقوق الله، كما لو اشتمل العقد على الربا أو الغرر، فرضا العميل بهذا الشرط يعد تنازلاً عن بعض حقه في مقابل حصوله على التمويل، وهو أعلم بمصلحة نفسه، وعليه فالذي يظهر لي صحة اشتراط أن يملك البنك من الدفعة المقدمة مقدار الأجرة، دون نسبة التملك، بإحدى الطريقتين المذكورتين، لكن لكي يستقيم العقد على قواعد العدل لا بد أن يقيد بشرطين:

أ. أن تتحمل مؤسسة التمويل الصيانة الأساسية وضمان هلاك العين، ولا يجوز لها أن تجمع بين هذا الشرط وشرط تضمين العميل هلاك العين والصيانة الأساسية.

ب. أن محل التملك هو مقدار الأجرة المتفق عليها من الأجرة المقدمة، ولهذا ففي حال فسخ العقد يلزم المؤسسة أن ترد للمستأجر ما زاد عن أجرة المثل. ومما يشهد لصحة هذا العقد ما يلي:

1. أن عقد الإجارة التمويلية لا يتمحض فيه معنى الإجارة، بل هو متردد بين البيع والإجارة، واتفاق المتعاقدين على ترجيح أحد المعنيين في الشروط الجعلية في هذا العقد يقع صحيحاً ما لم يخالف حقاً من حقوق الله تعالى، كما لو اشتمل الشرط على الربا أو الغرر. فإذا وجد شرط يراعي مآل البيع والتملك كان صحيحاً، لأن المآل مراعى في هذا العقد، وقد روى عبدالرزاق بسند صحيح عن معمر بن أبيوب عن ابن سيرين قال: "اختصم إلى شريح في رجل أكثرى من رجل ظهره، فقال: إن لم أخرج يوم كذا وكذا فلك زيادة كذا وكذا، فلم يخرج يومئذ وحبسه، فقال شريح: (من شرط على نفسه شرطاً طائعاً غير مكره أجزأه عليه)" (3). ولما تقدم؛ فإذا راعينا الحاجة في صياغة الشروط الجعلية في هذا العقد، فالواجب أن تتوزع الحقوق والواجبات فيه على قاعدة العدل والإنصاف، أخذاً بالقاعدة الشرعية "الخراج بالضمان"، ولهذا فإذا جوزنا اشتراط البنك أن يملك الدفعة المقدمة ملكاً مستقراً، فعليه أن يتحمل ضمان هلاك العين المؤجرة، وتكلفة صيانتها الأساسية، ولا يصح أن يجمع الأمرين لصالحه، فيشترط امتلاك الدفعة المقدمة، وأن يكون الضمان على المستأجر.

2. أن الغالب في عقد الإجارة السلامة وعدم الفسخ، ومن ثم فمآل الدفعة المقدمة أن تصير إلى ملك المؤسسة، فهذا نظر في المآل.

(1) ابن قدامة، المغني (336/5).

(2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (288/30).

(3) عبدالرزاق، الصنعاني، المصنف، برقم (14303) (59/8).

3. أن القول بعدم جواز تملك البنك للدفعة المقدمة ملكاً مستقراً: اعتبار الأجرة متقسطة على أحاد المنفعة ابتداءً، وهذا المأخذ عند التأمل: ضعيف، لأن هذه الأحاد والأجزاء لا تتقوم بذاتها، وإنما لا بد أن يفرض لكل جزء منها حداً أدنى، كساعة أو يوم أو أسبوع أو شهر مثلاً، ومع ذلك فالعقد لم يقع على أحاد هذه الأجزاء، وإنما وقع على مجموع مدة الإجارة كما ذكر آنفاً.

4. يمكن أن يتقوى هذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الإجارة نوع من البيع، وأن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد، حتى قالوا: "لو كانت جارية كان له وطؤها"⁽¹⁾، مما يعني قوة معنى ملكية المؤجر للأجرة، إذا ثبت هذا: فلتكن الأجرة مثل الثمن من هذا الوجه المذكور⁽²⁾.

5. أن الإجارة إذا تمت، ملكت المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة المتفق عليها، ويكون حدودها على ملكه، وهو مذهب الحنابلة والشافعية⁽³⁾، إذا ثبت هذا فإنه يقوي معنى ملكية المؤجر للأجرة.

(1) ابن قدامة، المغني (72/3).

(2) وهذا ليس تخريجاً على قول هؤلاء، وإنما هو استئناس بأخذهم، لأن التخريج على المذاهب لا يكون إلا على الأصول والأقوال المشهورة فيها، كما نبه إليه المرادوي في حاشية الفروع (156/7).

(3) ابن قدامة، المغني (328/5).

المسألة الثالثة: دفع الأجرة في فترة الصيانة:

عقد الإجارة يعد من العقود المستمرة، أو عقود المدة، كما يعبر شراح القانون، ويشترط في استمرار العقد تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال مدة العقد، فإذا تعرضت العين المؤجرة للعطل المؤقت، لم يتمكن من الانتفاع، فهل يجوز لمؤسسة التمويل إلزام المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة، حتى خلال فترة الصيانة، لتضمن استمرار التدفقات النقدية طوال مدة العقد، أم لا؟، هذه صورة المسألة.

وبعض الفقهاء يعبر عن هذه المسألة بمدة تعطل المنفعة، والأصل أنه لا يجوز للمؤجر أن يشترط على المستأجر أن يستمر في دفع الأجرة في مدة الصيانة، لأن الأجرة تقابل التمكّن من الانتفاع⁽¹⁾، قال أحمد بن القاسم: سألت أبا عبد الله: عن رجل اكترى أرضاً يزرعها، وانقطع الماء عنها قبل تمام الوقت؟، قال: "يحط عنه من الأجرة بقدر ما لم ينتفع بها، أو بقدر انقطاع الماء عنها"⁽²⁾ اهـ، فبين أن تعطل العين المؤجرة يسقط ما يقابلها من الأجرة، وقال أبو العباس ابن تيمية: "لا نزاع بين الأئمة أن منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكّن من استيفائها سقطت الأجرة، لم يتنازعا في ذلك"⁽³⁾ اهـ.

ونقل ابن عابدين: أنه لو انقطع ماء حمام، وتعطل بسبب ذلك مدة، ولم ينتفع به، فإنها تسقط أجرته في مدة انقطاع مائه⁽⁴⁾، وقال الهيتي: "لو اكترى نحو حمام مدة يعلم عادة تعطّلها فيها لنحو عمارة، فإن شرط احتساب مدة التعطيل من الإجارة وجهلت فسدت"⁽⁵⁾ اهـ، وقال ابن قدامة: "وان شرط على مكثري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز"⁽⁶⁾؛ لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها، ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولاً"⁽⁷⁾ اهـ، وقال الهوتي: "ولو شرط مؤجر (على مكثري الحمام أو الدار) أو الطاحون ونحوها أن (مدة تعطيلها عليه) لم يصح، لأنه لا يجوز أن يؤجره مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها. (أو شرط المؤجر (أن يأخذ) المستأجر (بقدر مدة التعطيل بعد فراغ المدة) أي مدة الإجارة لم يصح، لأنه يؤدي إلى جهالة مدة الإجارة."⁽⁸⁾ اهـ، وقال أبو العباس ابن تيمية: "تعطل بعض الأعيان المستأجرة؛ يسقط نصيبه من الأجرة، كتلف بعض الأعيان المبيعة"⁽⁹⁾ اهـ، وقال: "وإن تعطل نفعها بعض المدة لزمه من الأجرة بقدر ما انتفع"⁽¹⁰⁾ اهـ.

وبناء على ما سبق فإن الأصل عدم جواز اشتراط تحميل العميل أجرة مدة الصيانة، إذا لم يكن العطل بسبب تعديه أو تفريطه، لكن إذا تعدى أو فرط فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة، أي خلال فترة الصيانة⁽¹¹⁾، وعدم جواز اشتراط تحميل العميل أجرة مدة الصيانة إذا لم يتعد ولم يفرط يشهد له ما يلي:

(1) ابن قدامة، المغني (340/5).

(2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (291/30).

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (288/30).

(4) ابن عابدين، العقود الدرية (104/2)، وينظر أيضاً: ابن الشحنة، لسان الحكام (367).

(5) الهيتي، تحفة المحتاج (128/6).

(6) أي أن المؤجر اشترط على المستأجر أن يستمر في دفع الأجرة أثناء تعطل منفعة العين المؤجرة، وينظر: الهوتي، شرح منتهى الإرادات (262/2).

(7) ابن قدامة، المغني (340/5).

(8) الهوتي، كشاف القناع (21/4).

(9) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (289/30).

(10) المرجع السابق (290/30).

(11) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، الفقرة (6/1/5)، ص (247).

1. أن منافع العين المؤجرة تتعطل في هذه المدة، وما دام أن الأجرة مقابل المنفعة، وأن المستأجر يتعذر عليه الانتفاع، فلا يصح تحميله أجرة هذه المدة، ولا حق للمؤجر في أجرتها.
2. أن هذا الشرط يستلزم جهالة المعقود عليه، أو انعدام جزء مجهول منه⁽¹⁾.

وعدم الجواز ينتظم فيما إذا كانت مدة الصيانة طويلة عرفاً، فأما إن كانت قصيرة عرفاً، ورضي المستأجر بهذا الشرط؛ فلا يظهر مانع من ذلك، قال ابن عبد البر: "وإن تعطل بعض مساكنها⁽²⁾، أو بعض ما يرتفق به منها، حط عنه بقدر ما يصيب ذلك من كرائها، إن رضي ساكنها، وإن لم يرض انفسخ الكراء بينهما، إلا أن تكون مرمتها وإصلاحها ينقضي في أيام يسيرة جداً"⁽³⁾ اهـ.

ومما يشهد لصحة اشتراط استمرار الأجرة إذا كان التعطل يسيراً؛ ما جرت به العادة في عقود إجارة الأشخاص (الموظف)، أن الأجرة (الراتب) يستمر، حتى في حال مرض الأجير (الموظف)، إذا كانت المدة يسيرة، فإذا طالت فسخ العقد.

وقد صرح المالكية أنه لو استأجر رجلاً، فمرض أو هرب، انفسخ العقد، إلا أن يرجع في بقية مدة العقد، "فلا تنفسخ، ويلزمه بقية العمل، ويسقط من الكراء بقدر ما عطل زمن المرض أو الهرب"⁽⁴⁾، وأنه لو تضرر المستأجر في فترة الانتظار لم يلزم بذلك، فقالوا: "لو انهدمت الدار، وطلب المستأجر فسخ العقد، وقال المؤجر: أنا أصلحها، فإن كان الانتظار يضر بالمستأجر في تأخيرها إلى إصلاحه، فله الفسخ، وإن لم يكن ذلك، مضراً به لزمه الكراء، وقيل للمؤجر عجل البناء والإصلاح"⁽⁵⁾ اهـ.

ونهبوا إلى منع الحيلة التي أحدثها أهل الأندلس، لكي لا يتحمل المؤجر تعطل العين المكتراة، "قال ابن حبيب: ما أحدث أهل الأندلس في كراء الأرحاء، أن يقول المكري⁽⁶⁾: إنما أكرىك البيت وقناة الرحا، لا ساقية ولا مطاحن ولا آلة لها؛ هو احتيال لما لا يجوز شرطه، اعتروا به أن لا يكون على المكري شيء من تعطيل الرحا باعتلال ما يعتل من ذلك، وقد عرفنا أن الرحا كانت يوم عقد الكراء طاحنة بجميع ألتها، فإن وقع كذا فسخ، وكان فيما مضى كراء المثل على حال ما أخذها طاحنة تامة الآلة، وإنما يجوز على هذا الوجه لو كانت يومئذ عطلاً من جميع ذلك"⁽⁷⁾.

ثم لو وجد هذا الشرط في عقد من العقود، والتزم المستأجر بسداد الأقساط في مدة الصيانة، فلا يصح أن يملكها المؤجر، بل ينبغي أن ترصد لحساب المستأجر، ثم إن اتفقا في نهاية العقد على تمديد الإجارة بقدر مدة الصيانة، فتكون هي الأجرة، أو أن يعيد المؤجر الدفعات التي لم يستوف المستأجر منفعتها إليه، ولم يملك العين المؤجرة، أو أن يملكه العين

(1) ابن عابدين، العقود الدرية (99/2)، الهيتي، تحفة المحتاج (128/6).

(2) أي الدار المؤجرة.

(3) ابن عبد البر، الكافي (746/2)، وينظر أيضاً: ابن أبي زيد، النوادر والزيادات (138/7).

(4) الدردير، الشرح الكبير (31/4).

(5) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات (137/7).

(6) بالأصل: للمكري، ولعل الصواب ما أثبتته.

(7) ابن عرفة، المختصر الفقهي (264/8).

المؤجرة ويعتبر تلك الدفعات جزءاً من ثمن التمليك، وقد صدر بهذه الخيارات المذكورة قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد⁽¹⁾، ونحوه في جواب للهيئة الشرعية لشركة أعيان⁽²⁾.

وقد قررت اللائحة التنفيذية لنظام التأجير التمويلي أنه إذا لم يقم المؤجر بإزالة ما يمنع الانتفاع بالأصل المؤجر كلياً أو جزئياً، خلال المدة المحددة في العقد، جاز للمستأجر اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الأصل المؤجر، والانتفاع الكامل به على نفقة المؤجر، خصماً من دفعات الأجرة اللاحقة⁽³⁾.

وخلاصة القول: عدم جواز اشتراط تحميل العميل أجرة مدة الصيانة، إذا لم يكن العطل بسبب تعديه أو تفریطه، لكن إذا تعدى أو فرط فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة في هذه الحال. وفي حال عدم التعدي والتفریط فإنه يفرق بين المدة القصيرة بحسب العرف والمدة الطويلة، فإذا كان العطل يستغرق مدة طويلة لم يجز إلزام العميل بدفع الأجرة والحال هذه، لكن إذا كانت المدة قصيرة عرفاً فلا بأس باشتراط استمرار دفع الأجرة، لأن اليسير مغتفر، خصوصاً فيما كان مأخذه حق أحد المتعاقدين، ورضي به بالشرط، وتحديد قصر المدة وطولها يرجع فيه إلى العرف، وهو يختلف من عين مؤجرة إلى أخرى⁽⁴⁾، والله تعالى أعلم.

(1) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد، رقم (71)، وتاريخ 1435/2/9 هـ، الموافق 2013/12/12 م، وجاء في معيار الإجارة من المعايير الشرعية: "إذا تأخر المؤجر في تسليم العين المؤجرة عن الموعد المحدد في عقد الإجارة، فإنه لا تستحق أجرة عن المدة الفاصلة بين الموعد المحدد في العقد والتسليم الفعلي، ويحسم مقابلها من الأجرة، إلا إذا تم الاتفاق على مدة بديلة، بعد نهاية مدة العقد، هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، معيار الإجارة، الفقرة (3/1/4).

(2) جاء في جواب الهيئة الشرعية لشركة أعيان، عن سؤال أنه يحصل في مدة الإجارة تعطل السيارة، فكان حاصل الجواب: أنه إذا كان توقف انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مدة يسيرة، ولم يزد ذلك عن 48 ساعة، فإن المستأجر هو الذي يتحمل ذلك، وللشركة أن تتحمله إذا أرادت، فإذا زادت المدة عن ذلك، وكان العطل بغير تسبب من المستأجر، فعلى الشركة أن تعفيه مدة التوقف، أو توفر له سيارة بديلة، أو تمنحه مدة إضافية لعقد التأجير بما يقابل مدة التوقف، والخيار في ذلك للمستأجر، إلا أن يشترط في العقد أحد هذه البدائل، الشامل في الإجارة (28).

(3) المادة السادسة، فقرة (2).

(4) في القانون المدني الفرنسي (م 1724) لا يجوز للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة، إلا إذا دامت الترميمات مدة أكثر من أربعين يوماً، فعندئذ تنقص الأجرة عن كل المدة التي دامت فيها الترميمات، لا عما زاد عن الأربعين يوماً فقط، وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني (م 554) تحديد المدة التي يجوز للمستأجر فيها طلب فسخ العقد، أو إنقاص الأجر بسبب الترميم بما يتجاوز سبعة أيام، ص (280)، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (281/6)، ويلحظ أن هذه التحديدات في عقد الإجارة التشغيلية.

المسألة الرابعة: الأجرة المتغيرة:

اتفق الفقهاء على اشتراط كون الأجرة معلومة⁽¹⁾، قال الموفق في المغني: "لا نعلم في ذلك خلافاً"⁽²⁾اهـ، وذلك أنه عوض في عقد معاوضة، فاعتبر علمه كالثمن في البيع⁽³⁾، "والبيع يعتبر فيه الرضا، والرضا يتبع العلم"⁽⁴⁾، ولذلك كان الأصل أن تكون الأجرة في عقد الإجارة ثابتة لا تتغير، للتحقق من كمال الرضا بالعقد، ونظراً لكون عقد الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك من العقود المستمرة، وهذا الأخير هو بطبيعته عقد تمويلي، ونظراً للمخاطر التي تحف عمليات التأجير طويلة الأجل، بسبب تغير تكلفة التمويل وتذبذب قيمها باستمرار، وكون البنوك التقليدية تربط تمويلاتها بمؤشر سعر الفائدة، مما يحفز الشركات على اختيار المنتج التقليدي تحوطاً من انخفاض معدل الربح في السوق عما ستحصل عليه في حال اختارت التمويل بعائد ثابت، لهذا فقد اتجهت الاجتهادات الجماعية في هذا العصر إلى جواز الإجارة بأجرة متغيرة، وتوزيع الأجرة على امتداد فترات العقد، بحيث تتغير أجرة الفترات التالية للفترة الأولى، بحسب مؤشر منضبط يتفق عليه الطرفان، وعادة يكون أحد مؤشرات التمويل الدولية أو المحلية⁽⁵⁾.

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، رقم (115/12/9)، في دورته الثانية عشرة (23-28 سبتمبر 2000م)، ونصه: "يجوز في الإجازات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى، والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين، شريطة أن تصبح الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة"⁽⁶⁾.

كما صدر بجواز الأجرة المتغيرة قرار المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، في دورته الثانية والعشرين، في 21-25 رجب 1436 هـ، الموافق 10-14 مايو 2015م، وهو ما اعتمده المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة الإسلامية⁽⁷⁾، وعملت به أكثر الهيئات الشرعية⁽⁸⁾. ونص قرار المجمع المذكور على أنه "يجوز عقد الإجارة بأجرة متغيرة، مرتبطة بمؤشر منضبط معلوم للطرفين، يوضع له حد أعلى وأدنى، شريطة أن تكون أجرة الفترة الأولى محددة عند العقد، وأن تحدد أجرة كل فترة في بدايتها"اهـ— وقد فرق القرار بين عقد الإجارة وعقد البيع، بأن "عقد الإجارة يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في البيع، باعتباره يقوم على بيع منافع في المستقبل، تتجدد شيئاً فشيئاً، بخلاف عقد البيع الذي يقع على عين قائمة، وقد أجاز

(1) ابن عابدين، رد المحتار (5/6)، الحطاب، مواهب الجليل (391/5)، الرملي، نهاية المحتاج (266/5)، الهوتي، شرح منتهى الإرادات (243/2)، ابن حزم، المحلى (27/7).

(2) ابن قدامة، المغني (327/5)، وينظر أيضاً في حكاية الاتفاق على ذلك: العيني، البناية (226/10)، لكن حكي الخلاف في جواز الأجرة مجهولة، ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار (545/6)، ابن رشد، بداية المجتهد (170/2).

(3) ينظر المرجع السابق.

(4) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (103/28)، ابن القيم، الطرق الحكمية (221).

(5) ومن المؤشرات الدولية المرجعية لتحديد تكلفة التمويل: مؤشر اللابور (Libor)، وهو مؤشر سعر الفائدة بين بنوك لندن، أو مؤشر السايبور (Sibor)، وهو مؤشر سعر الفائدة بين البنوك السعودية.

(6) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة للدورات (1-13) ص (393).

(7) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة (2/3/5) ص (248).

(8) وبه صدرت الفتوى رقم (2/11) من فتاوى ندوة البركة الحادية عشرة في جدة (31 يناير-1 فبراير 1996م)، ص (188)، وكذلك قرار مجلس الإفتاء الأردني، قرار رقم (182)، بتاريخ 1433/12/23هـ، الموافق 2012/11/8م، وفتوى الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، رقم (625)، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، رقم (246)، وفتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري، رقم (20)،

الفقهاء استئجار الأجير بطعامه وكسوته، وأجازوا استئجار الظئر، بحسب العرف، ولأن عقد الإجارة متغيرة الأجرة يخلو من شبهة الربا¹ اهـ.

وعليه، فلا مانع شرعاً من اتفاق الطرفين على تحديد الأجرة في الفترة الأولى من العقد، وتعديل أجرة الفترات المستقبلية، ويحدد موعد الاتفاق على الأجرة قبل بداية الفترة، فتزاد أو تنقص أو تبقى كما هي في الفترة التي سبقتها، بحسب ما يتفق عليه الطرفان، مع الأخذ في الاعتبار المؤشر المتفق عليه، وهذا التغيير لا يعد جهالة مفسدة للشرط، لأن أجرة الفترة المستقبلية لم تستحق بعد، فيعد الاتفاق على تحديدها كالتعاقد الجديد، ولا تأخذ هي حكم الدين، ومن ثم فالاتفاق على زيادة الأجرة لا يعد من قبيل الزيادة في الدين المستقر في الذمة، وبهذا انتفت شبهة الربا، لكن إذا استحققت الأجرة لفترة سابقة لم يجز الاتفاق على زيادتها، لأنها صارت من قبيل الدين المستقر في ذمة المستأجر، والاتفاق على الزيادة عليها ربا محرم.

هذا وقد تحفظ أ.د. نزيه حماد على ما ذهب إليه الاجتهادات القائلة بجواز الأجرة المتغير في الفترات اللاحقة للفترة الأولى، ورأى أنها مخالفة لشرط العلم بالأجرة، وأنها نوع من الغرر، لكن هذا يصح لو كان العقد بيعاً، فأما الإجارة فلا مانع من اشتماله على غرر لا يفضي إلى النزاع عادة، ولهذا جاز استئجار الظئر بكسوته، واستئجار الأجير بطعامه وشرابه⁽¹⁾، ومعلوم أن هذا يتفاوت في العادة، لكنه يؤول إلى معنى مقارب، فكيف لو ربطت الأجرة بمؤشر منضبط لا يختلف، فلا شك أن هذا أولى بالجواز من مسألة استئجار الظئر، ثم إن هذا الاعتراض يصح لو كان العقد لازماً في جميع مدة الإجارة، أما إذا قسم العقد إلى فترات متتالية، ويتم تحديد أجرة كل فترة قبل بدايتها، فلا وجه للقول بوجود الغرر، ثم يقال: ثم فرق بين البيع والإجارة، ففي البيع انتقلت ملكية العين للمشتري، واستقر الثمن في ذمته، فلا يجوز الزيادة عليه، بخلاف عقد الإجارة الذي يتفق على تجديده في كل فترة، فالعين المؤجرة لم تنتقل ملكيتها للمستأجر، والأجرة لم تستقر بعد في ذمة المستأجر.

وبما تقدم يظهر لنا أنه لا فرق مؤثر بين قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وقرارات الاجتهاد الجماعي الأخرى، وأن التطبيقات الحالية للأجرة المتغيرة لا تعارض مقتضى الاجتهادات المذكورة، نعم صياغة قرار المجمع محصورة في "الإجازات الطويلة للأعيان"، فقد أجاز "تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى" فيها، و"الاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين، شريطة أن تصير الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة"، فقد يفهم منه اختصاص الجواز بهذه الصورة فقط، لكن الصورة التي أجازها تسمح بإلحاق ما هو مثلها من صور الأجرة المتغيرة، مثل الإجارة المتجددة بأجرة متغيرة، كما في بعض التطبيقات التمويلية.

خصوصاً أن عقد الإجارة يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في البيع، باعتباره يقوم على بيع منافع في المستقبل، تتجدد شيئاً فشيئاً، بخلاف عقد البيع الذي يقع على عين قائمة، وقد أجاز الفقهاء استئجار الأجير بطعامه وكسوته، وأجازوا استئجار الظئر، بحسب العرف، ولأن عقد الإجارة متغيرة الأجرة يخلو من شبهة الربا والله تعالى أعلم.

(1) ابن قدامة، المغني (364/5).

المسألة الخامسة: ضمان المستأجر شركة التأمين

من المستقر فقهاً أن ضمان العين المؤجرة على المؤجر، وما يتبع ذلك من تحمل تكلفة التأمين عليها⁽¹⁾، لأنها باقية في ملكه، وهي أمانة بيد المستأجر، فلا يضمنها إلا بالتعدي أو التفريط، وقد أجازت بعض الاجتهادات الجماعية توكيل المستأجر بإبرام عقد التأمين مع شركة التأمين، على حساب المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذ تكلفة التأمين في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادت على ما كان متوقعاً عند تحديد الأجرة⁽²⁾.

ونظراً لكون المطالبة بالتعويض من شركة التأمين، في حال وقوع ما يستدعي ذلك؛ تستغرق وقتاً طويلاً، وقد يترتب عليها المطالبة أمام جهات التقاضي، خصوصاً الأعيان ذات الأثمان المرتفعة كالطائرات والسفن ونحوها، وفي هذه الحال ينال البنك ضرر مادي، بسبب تأخر الشركة في دفع التعويض، وبسبب تكلفة هذه المطالبات، فجاء السؤال: هل يجوز للبنك إلزام المستأجر الذي أبرم وثيقة التأمين، بأن يضمن شركة التأمين، باعتبار أنه هو من اختارها، فيضمنها بأن تدفع التعويض خلال مدة قصيرة عرفاً، كشهر مثلاً، وإلا كان مقصراً ومسؤولاً عن دفع التعويض المذكور، ثم يعود هو بالمطالبة على شركة التأمين بما دفعه للبنك. لقد ذهبت بعض التطبيقات إلى إلزام العميل بذلك، بموجب عقد الوكالة الذي وافق على أن يتحملة، فإذا قصر - بحسب ما يرى البنك - في اختيار شركة موثوق بها، فإنهم يعدون هذا تقصيراً منه، فيلزمونه بتبعة هذه النتيجة⁽³⁾.

وبالتأمل في هذه المسألة يظهر أن هذا التصرف من البنك غير سائغ، لما يلي:

1. أنه مخالف للأصل المستقر فقهاً، وما جرت عليه الاجتهادات الجماعية المعاصرة، من أن ضمان العين المؤجرة على المؤجر لا على المستأجر، وقد سبق تحرير هذه المسألة، وحكاية أقوال أهل العلم فيها.
2. أن إبرام عقد التأمين، وتحمل تكلفته، تكون على المالك المؤجر من حيث الأصل، وموافقة المستأجر على مباشرة العقد مع شركة التأمين، هو من قبيل التبرع والإحسان، فلا يجوز أن يضار من تبرعه بالقيام بعمل لا يلزمه القيام به، وقد قال تعالى: (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ) [التوبة (91)].
3. أن المستأجر إذا توكل عن البنك فهو أمين، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، وعليه أن يبذل الجهد المعتاد، بيقظة وتبصر، أو كما يعبر شراح القانون: أن يبذل عناية الرجل المعتاد، فإذا فعل ذلك لم يكن مسؤولاً عن عدم تحقق النتيجة، لأنه حينئذ لا يعد متعدياً ولا مفرطاً. وعليه؛ فإذا رغب البنك في التحوط من غلط المستأجر في هذه الصورة، فعليه أن يضع الشروط الكفيلة بحسن اختيار شركة التأمين، فإذا خالفها الوكيل فيتوجه عليه الضمان حينئذ، لأنه يجب على الوكيل الالتزام بشروط الموكل، كما لو وكله في البيع، ونهاه أن يبيع بأقل من الثمن الذي قدره له، فلو خالف هذا الشرط فإنه يضمن باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾.

(1) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة (4/1/7)، ص (251)، والفقرة (7/1/5)، و (8/1/5)، ص (247)، ومعيار الضمانات، فقرة (3/2) (131).

(2) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة (8/1/5) ص (247).

(3) القرني، د. محمد علي، طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك (24-25)، ضمن بحوث مؤتمر الأيوبي السابع عشر، 7-8 أبريل 2019م.

(4) ابن عابدين، رد المحتار (334/7)، الخرشي، شرح مختصر خليل (73/6)، الهيتي، مغني المحتاج (228/2)، الهوتي، كشاف القناع (475/3).

المسألة السادسة: هيكل الإيجارين:

ترغب بعض البنوك في البلدان التي تفرض رسوماً وإجراءات طويلة على نقل ملكية العقار، ترغب أن تتجنب هذه التكاليف، فتنجح إلى تقديم التمويل بإحدى طريقتين:

أولاهما: إذا كان العميل يمتلك العقار، وفي هذه الحال يستأجره منه البنك إجارة طويلة الأجل (25 عاماً مثلاً)، ويدفع الأجرة نقداً، ثم يعيد تأجيره على العميل لنفس المدة بأجرة مقسطة.

ثانيتها: إذا كان العميل لا يمتلك العقار، وفي هذه الحال يوفر له البنك تمويلاً بالتورق مثلاً، ليشتري العقار، ثم يستأجر البنك العقار، ويدفع الأجرة نقداً، ثم يعيد تأجيره على العميل، ويسدد العميل الأجرة مقسطة.

والسؤال: هل هيكل الإجارة بهذه الطريقة سائغة شرعاً، أم لا؟.

أجاز المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة إجارة العين لملكها نفسه، في مدة الإجارة الأولى، بأقل من الأجرة الأولى، أو بمثلها، أو بأكثر منها، إذا كانت الأجرتان معجلتين⁽¹⁾، ومنع من هذا إذا كان يترتب عليها عقد عينة، بتغيير في الأجرة أو في الأجل، مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة دينار حالة، ثم يؤجرها المستأجر إلى نفس المؤجر بمائة وعشرة مؤجلة، أو أن تقع الإجارة الأولى بمائة وعشرة مؤجلة، ثم تقع الإجارة الثانية بمائة نقداً، أو أن تكون الأجرة في الإيجارين واحدة، غير أنها في الأولى مؤجلة بشهر، وفي الثانية بشهرين⁽²⁾.

حكم تأجير العين من المؤجر نفسه:

إذا استأجر الشخص عيناً، ثم أراد أن يؤجرها، فلا يخلو من حالين: أن يؤجرها من المؤجر نفسه، أو يؤجرها من غيره، وفي كلا الحالين: لا يخلو إما أن يؤجرها بمثل الأجرة الأولى، أو بأقل منها، أو بأكثر منها، والذي يعنيننا في هذا المبحث مناقشة حكم تأجير العين من المؤجر نفسه، والصور الممكنة لذلك.

وقد اختلف الفقهاء في حكم تأجير العين من المؤجر، على قولين:

القول الأول: لا يجوز إجارة العين من المؤجر نفسه، وهو قول الحنفية، ووجه عند الشافعية⁽³⁾. وعند الحنفية تفسخ الإجارة الثانية، واختلفوا في الإجارة الأولى، والأصح عندهم عدم فسخها⁽⁴⁾.

وعللو المنع بأنه يؤدي إلى تضاد الأحكام، فإن التسليم مستحق على الكراء⁽⁵⁾.

(1) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة (4/3)، ص (243).

(2) المرجع نفسه.

(3) ابن عابدين، رد المحتار (29/6)، الماوردي، الحاوي الكبير (408/7).

(4) ابن عابدين، رد المحتار (29/6).

(5) القدوري، التجريد (3612/7).

وفرقوا بين البيع والإجارة في هذا، بأن البيع من البائع في حكم البيع من الأجنبي؛ لأن من يقع له العقد غير مالك للمعقود عليه، ولا لما يستوفى منه، والإجارة يعقدها مع المالك للعين التي يستوفى المنفعة منها، فلذلك لم يصح العقد⁽¹⁾.
القول الثاني: يجوز إجارة العين من المؤجر نفسه في الجملة، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾.

واستدلوا لذلك بما يلي:

1. أن كل ما جاز العقد عليه مع غير العاقد؛ جاز مع العاقد، كما لو اشترى عيناً وقبضها⁽³⁾.
2. أن المنفعة صارت في حكم المقبوض، وتمكن من استيفائها، فصار كما لو اشترى عيناً فقبضها، ثم باعها⁽⁴⁾.

ثم اختلف القائلون بالجواز في جواز التأجير بأكثر من الأجرة الأولى، أو بأقل، على قولين:

القول الأول: يجوز تأجير العين من مؤجرها بمثل الأجرة الأولى، أو بأكثر منها، أو بأقل، وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية⁽⁵⁾. واشترط بعض المالكية: انتفاء تهمة سلف جر منفعة، كإيجاره بعشرة لأجل، واستئجارها بثمانية نقداً⁽⁶⁾، ولم يشترط هذا أكثر المجيزين.

واحتج هؤلاء بما يلي:

1. أنه عقد يجوز برأس المال، فجاز بزيادة⁽⁷⁾.
 2. أن المنافع دخلت في ضمان المستأجر من وجه، وذلك أنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه⁽⁸⁾.
- القول الثاني: يجوز تأجيرها بمثل الأجرة الأولى، أو دونها، ولا يجوز بأكثر منها، وهذا رواية عن الإمام أحمد⁽⁹⁾.

واحتجوا بما يلي:

1. أن الزيادة تدخل في ربح ما لم يضمن، وقد ورد النهي عنه.
 2. أنها منفعة لم يقبضها، فلم يجز بيعها، كبيع الطعام قبل قبضه.
- ونوقش: بأنه لا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه؛ فإن البيع ممنوع منه بالكلية، سواء ربح أو لم يربح، وها هنا جائز في الجملة.

والراجح: القول الأول، قول جمهور الفقهاء، وهو جواز تأجير العين من مؤجرها بمثل الأجرة الأولى، أو بأكثر منها، أو بأقل، ما دام أنه لم يشترط في العقد الأول إعادة تأجير العقار للمالك، لقوة دليhle، ولانتفاء موانع الإباحة في العقود،

(1) القدوري، التجريد (3612/7).

(2) الدردير، الشرح الكبير (9/4)، الشيرازي، المهذب (258/2)، الهوتي، كشاف القناع (566/3).

(3) ابن قدامة، المغني (355/5).

(4) المرجع نفسه.

(5) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (9/4)، النووي، روضة الطالبين (256/5)، الهوتي، كشاف القناع (566/3)، ابن تيمية، مجموع الفتاوى (344/20)، ابن حزم، المحلى (23/7)، وبه صدرت فتوى الهيئة الشرعية في بنك دبي الإسلامي رقم (54)، ينظر: سراج، محمد أحمد وآخر، موسوعة فتاوى المعاملات (253/4).

(6) الدردير، الشرح الكبير (9/4)، وبهذا صدرت فتوى الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، فمنعت ذلك سداً لذريعة عكس العينة، الفتوى رقم (4).

(7) الهوتي، كشاف القناع (566/3).

(8) ابن قدامة، المغني (355/5).

(9) ابن قدامة، المغني (355/5).

(10) ابن قدامة، المغني (355/5).

ولموافقته أصل الإباحة، فإن ظهر قصد الربا، أو التحايل عليه، كأن يظهر أن مقصود مالك العين على المبلغ من البنك ناجزاً، ثم سداده مؤجلاً بزيادة، فإنه يمنع سداً للذريعة، كما نبه إليه المالكية آنفاً، وإلا بقي على أصل الحل.

وأما شبهة عكس العينة، فهي غير واردة في هذه المسألة، فإن جمهور الفقهاء الذين أجازوا هذه الصورة؛ لم يقيدوا الجواز بتجنب مثل صورة مسألتنا هذه، بل صرحوا بجواز التأجير بزيادة مطلقاً، كما لم يعتبروها من قبيل العينة⁽¹⁾، ذلك أن منافع العقار في مسألتنا مضمونة على البنك خلال مدة الإجارة، وما يحصل عليه من زيادة في الأجرة مقابل هذا الضمان، فهو يربح مما ضمنه، وأما بيع العينة فإن الضمان ينتقل إلى المشتري بمجرد العقد، فافترقا، ولما سأل مجاهد بن جبر المكي، عبدالرحمن بن أبي ليلى فقال له: حدثنا حديثاً تجمع لي فيه أبواب الربا، فقال: "لا تأكل شِفْءَ شيءٍ ليس عليك ضمانه"⁽²⁾، ولهذا قال أبو العباس ابن تيمية: "للمستأجر أن يؤجرها بمثل الأجرة، وإنما تنازعا في إيجارها بأكثر من الأجرة، لئلا يكون ذلك ربحاً فيما لا يضمن، والصحيح جواز ذلك، لأنها مضمونة على المستأجر، فإنها إذا تلفت مع تمكنه من الاستيفاء كانت من ضمانه، ولكن إذا تلفت قبل تمكنه من الاستيفاء لم يكن من ضمانه"⁽³⁾ اهـ.

وبالنظر في صورة السؤال المذكور في مطلع هذا المبحث، فالذي يظهر لي جواز تأجير البنك العقار لمن استأجره منه، حتى لو أجره بزيادة، ولا يظهر فيه مانع، لما ذكر آنفاً، والله تعالى أعلم.

(1) ينظر: ابن المنذر، الإشراف (301/6)، ابن قدامة، المغني (355/5)، ابن تيمية، مجموع الفتاوى (344/20) و (399/29) و (308/32)، البعلي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية (132).

(2) ابن أبي شيبه، المصنف (22037).

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (344/20).

المسألة السابعة: تعويض المستأجر المؤجر:

عقد الإجارة المنتهية بالتملك يعد معاوضة على منفعة العين المؤجرة، خلال مدة الإجارة، وبهذا يكون عقد إجارة لا بيع، هذا في التوصيف المشهور في الاجتهاد المعاصر، صحيح أنه متردد بين الإجارة والبيع، لكنه أقرب إلى الإجارة كما تقدم، لكن نظراً لكون أنظمة البنوك وإجراءاتها المحاسبية تعد مبلغ الأجرة الكلية ديناً في ذمة المستأجر، وليست ديناً غير مستقر، لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة، ولذلك قد تطلب من المستأجر أن يحرر سند لأمر مقابل الأجرة، ولو هلك الأصل، ودفعت شركة التأمين مبلغاً يقل عن المبلغ المتبقي من الأجرة الكلية، رجع البنك على العميل لدفع الفرق بينهما، لكونه يعد الأجرة الكلية ديناً في ذمة العميل، فهل لهذا التوصيف وجه شرعي، أم لا؟.

بالتأمل في السؤال أعلاه، يتبين أنه مبني على مراعاة مأل العقد، وهو أن العميل يطلب تملك الأصل، وحاصله تضمين العميل هلاك العين مطلقاً، والذي يظهر أن هذا غير جائز، لأنه وإن كان هذا العقد فيه شبه بعقد البيع، وأن الضمان ينتقل إلى العميل بمجرد إبرام العقد وقبضه الأصل، إلا أن هذا لا يصح طرده مطلقاً في جميع تفاصيل عقد الإجارة المنتهية بالتملك، وقد نقلت أقوال الفقهاء في تقرير أن يد المستأجر يد أمانة، وقولهم في حكم تضمين المستأجر فلينظر هناك.

لكن يمكن للبنك أن يأخذ هذا الخطر في الاعتبار عند تحديد الأجرة، أو يلزم العميل بأجرة تكميلية تضاف إلى الأجرة الأساسية، لتقليل أثر الخطر المذكور، لكن أن يحمله ضمان هلاك الأصل مطلقاً فهذا لا يصح، ولا يجري على قواعد الفقه، ولا ينسجم مع مقتضى الاجتهاد الجماعي المعاصر، والله أعلم.

الخاتمة

في ختام هذه الورقة أحمد الله تعالى على ما يسر، ومما خلصت إليه هذه الورقة ما يلي:

أنه لا يصح نقل عبء الصيانة الأساسية إلى العميل في عقد الإجارة المنتهية بالتملك. وأن للمؤسسة أن تشتترط أن تتملك من الدفعة المقدمة: مقدار الأجرة المتفق عليها، دون نسبة التملك، فتتملكها ملكاً مستقراً. وأنه لا يجوز للبنك اشتراط تحميل العميل أجرة مدة الصيانة، إذا لم يكن العطل بسبب تعديه أو تفريطه، لكن إذا تعدى أو فرط فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة في هذه الحال. وفي حال عدم التعدي والتفريط فإنه يفرق بين المدة القصيرة بحسب العرف والمدة الطويلة، فإذا كان العطل يستغرق مدة طويلة لم يجز إلزام العميل بدفع الأجرة والحال هذه، لكن إذا كانت المدة قصيرة عرفاً فلا بأس باشتراط استمرار دفع الأجرة، لأن اليسير مغتفر. وأنه لا مانع شرعاً من اتفاق الطرفين على تحديد الأجرة في الفترة الأولى من العقد، وتعديل أجرة الفترات المستقبلية، ويحدد موعد الاتفاق على الأجرة قبل بداية الفترة، فتزاد أو تنقص أو تبقى كما هي في الفترة التي سبقتها، بحسب ما يتفق عليه الطرفان، وهذا التغيير لا يعد جهالة مفسدة للشرط، لأن أجرة الفترة المستقبلية لم تستحق بعد، فيعد الاتفاق على تحديدها كالتعاقد الجديد، ولا تأخذ هي حكم الدين، ومن ثم فالاتفاق على زيادة الأجرة لا يعد من قبيل الزيادة في الدين المستقر في الذمة، وبهذا انتفت شبهة الربا، لكن إذا استحققت الأجرة لفترة سابقة لم يجز الاتفاق على زيادتها، لأنها صارت من قبيل الدين المستقر في ذمة المستأجر، والاتفاق على الزيادة عليها ربا محرم، وأنه لا فرق مؤثر بين قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وقرارات الاجتهاد الجماعي الأخرى، وأن التطبيقات الحالية للأجرة المتغيرة لا تعارض مقتضى الاجتهادات المذكورة. وأنه لا يجوز للبنك إلزام المستأجر الذي أبرم وثيقة التأمين، بأن يضمن شركة التأمين، باعتبار أنه هو من اختارها، فيضمنها بأن تدفع التعويض خلال مدة قصيرة عرفاً، كشهري مثلاً، وإلا كان مقصراً ومسؤولاً عن دفع التعويض المذكور، ثم يعود هو بالمطالبة على شركة التأمين بما دفعه للبنك. وأنه لا مانع من تأجير البنك العقار لمن استأجره منه، حتى لو أجره بزيادة. وأنه لا يجوز للبنك أن يلزم العميل بتعويضه في حال هلاك العين المؤجرة، ولا أن يطلب منه أن يحرر سنداً لأمر مقابل الأجرة الكلية، بحيث لو هلك الأصل، ودفعت شركة التأمين مبلغاً يقل عن المبلغ المتبقي من الأجرة الكلية، رجع البنك على العميل لدفع الفرق بينهما.

هذا، والحمد لله رب العالمين.

وكتب

د. خالد بن عبد الله المزيبي

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات الإجارة مع الوعد بالتمليك

إعداد

د. عثمان ظهير مغل

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 21-22 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن استن بسنته

إلى يوم الدين... وبعد:

فإن عقد الإيجار من أكثر عقود المعاملات المالية أهمية في النواحي الاجتماعية والاقتصادية بل والقانونية مؤخرًا، قال ابن قدامة -رحمه الله-: "ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك -الإجارة- فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملأك إسكانهم وحملهم تطوعًا.. فلا بد من الإجارة"⁽¹⁾

وقد زادت أهمية الإيجار في الآونة الأخيرة خاصة مع ظهور الإجارة المنتهية بالتملك وتوسع المصارف في استخدامها كصيغة تمويل لما لها من منافع وإيجابيات، ولذا اعتنت الهيئات الشرعية والمجامع الفقهية بدراسته، وبحثه، وبيان أحكامه، واليوم يكمل البنك الأهلي هذه المسيرة كما هي عادته دائمًا في ندواته المباركة، وقد أحسن بي الظن القائمون على ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة وتم تكليفي من قبلهم بالكتابة حول موضوع "مسائل في عقد الإيجار المنتهي بالتملك وأحكامها الشرعية"، فأسأل الله تعالى الإعانة، ومن ثم أشكر البنك الأهلي التجاري على تنظيمه لمثل هذه الندوات، وهو الذي له السبق في دعم المصرفية الإسلامية، وأخيرًا فهذا أوان الشرع في المقصود مستعينين برينا المعبود..

(1) المغني: 3/6.

موضوع الإجارة من المسائل التي أولاهها الفقهاء اهتماما منذ ظهورها وخاصة مع كثرة نوازلها، ومع كثرة دراسته وبيان أحكام نوازله إلا إنه يعود إلى ساحة النقاش مرة بعد أخرى، ويحسن التنبيه هنا إلى أن الباحث سيلتزم بدراسة المسائل التي وردت في خطاب أمانة الندوة، دون غيرها ما عدا مسألة المراجعة المتغيرة، حيث رأى الباحث أن العمل بها قد يحل كثيرا من الإشكالات التي ترغب المصارف تجاوزها في صيغة الإجارة، كما يحسن التنبيه هنا إلى أن الهدف المراد من هذه الندوة خصوصا والندوات عموما هو البحث عن المخرج الشرعي الصحيح، وليس تبرير كل فعل يريد البنك القيام به، وبالتالي فقد تكون بعض المسائل محل البحث ليس لها مخرج شرعي معتبر فيبين الباحث ذلك.

ويجدر التنبيه هنا أيضا إلى أن المتأمل في الأحكام المتعلقة بعقد الإجارة في المدونات الفقهية يرى أن كثيرا منها مبني على فتاوى أصدرها العلماء مراعين في ذلك العرف والمصلحة في أزمانهم، وبالتالي فإن التمسك بتلك الفتاوى مع تغير الزمان والحال أمر محل نظر. والله أعلم.

وبالله التوفيق

المبحث الأول

التعريفات

الإجارة في اللغة مشتقة من الأجر، وهو الجزاء على العمل، قال ابن منظور: "الأجر: الجزاء على العمل، والجمع أجور. والإجارة: من أَجَرَ يُأَجِّرُ، وهو ما أعطيت من أجر في عمل".⁽¹⁾

والإجارة في اصطلاح الفقهاء

عرفها الحنفية: بأنها "عقد على المنافع بعوض"⁽²⁾، وجاء في الذخيرة: "هي بيع المنافع"⁽³⁾، وعرفها الشافعية أيضا بأنها: "تمليك المنفعة بعوض"⁽⁴⁾.

وعرفها الحنابلة بأنها بيع المنافع⁽⁵⁾، وجاء في منتهى الإرادات: "الإجارة شرعاً عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم"⁽⁶⁾.

ولا يختلف معناها في القانون عما ذكرناه، فقد عرفت المادة (٥٥٨) من القانون المدني المصري الإيجار بأنه: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم". بل استعمل القانون المدني العراقي التعريف الفقهي فنصت مادته (٧٢٢) على أن: "الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور". ويطابقه تعريف الإجارة في القانون المدني السوري في المادة (٥٢٦)⁽⁷⁾.

وعرفت المعايير الشرعية عقد الإجارة المنتهية بالتمليك المتوافق مع ضوابط الشريعة أنه: "إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها، ويتم التمليك بإحدى الطرق المبينة في المعيار"⁽⁸⁾.

(1) ينظر: لسان العرب، لابن منظور ١٠/٤.

(2) الهداية، ٥٨/٩.

(3) الذخيرة، ٤١٥٦/٥.

(4) مواهب الجليل، ٤٩٣/٧.

(5) المغني، ٤٣٣/٥.

(6) منتهى الإرادات، ٤١/٢.

(7) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور: عبد الرزاق السنهوري، ٤/٦.

(8) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص ٢٧٠، وقد بين المعيار أن طرق تمليك العين تكون إما: بوعد بالبيع بثمن رمزي، أو عقد هبة معلق على سداد الأقساط، أو وعد بالهبة.

المبحث الثاني

المرابحة المتغيرة

كما سبق البيان في التمهيد؛ فإن الباحث سيبدأ بدراسة هذه المسألة قبل الدخول في دراسة المسائل الأخرى، والأصل في المرابحة أن يكون رأس المال والربح محددين⁽¹⁾، ومحل الدراسة هنا فيما إذا كان رأس المال محددًا عند العقد، وأما الربح فلا يحدد ابتداءً وإنما يربط بمؤشر منضبط مثل السايبور، وسبب دراسة الباحث لهذه المسألة أن من أهم المواضيع المراد دراستها في هذا البحث نقل الصيانة للمستأجر، والتعامل مع الدفعة المقدمة، وتحميل المستأجر الضمان، كل هذه الأمور يستطيع البنك نقلها وتحميلها على العميل في المرابحة المتغيرة كون العميل مالكا للعقار أو الأصل.

ومع اتفاق أهل العلم على اشتراط العلم بالثمن إلا أنهم اختلفوا في ضابط ذلك على قولين⁽²⁾:

القول الأول: أن يكون تمام الثمن معلوم المقدار عند العقد، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء كما تدل عليه نصوصهم.

القول الثاني: أن يكون الثمن معلوم المقدار عند العقد، أو أنه يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف بين العاقدين. فعلى هذا القول لا تلزم تسمية الثمن في مجلس العقد، فيكفي أن يتفق العاقدان على طريقة منضبطة لتحديد الثمن. وهذا القول رواية في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام وابن القيم وهو قول لبعض الأحناف⁽³⁾.

والقول الأول القائل بمنع المرابحة بربح متغير هو ما قرره المجامع الفقهية والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية⁽⁴⁾، وجاء في الضوابط الشرعية لهيئة الرقابة الشرعية لبنك البلاد السعودي "للبنك أن يفصح عن ثمن السلعة، وربحها في بيع المرابحة للأمر بالشراء على أن يكون الثمن الإجمالي للسلعة محددًا ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع. ولا يجوز بأي حال أن يربط تحديد الثمن أو الربح بأمر مستقبلي مثل مؤشر اللايبور (libor) أو السايبور (sibor)".

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن المرابحة بربح متغير فيها شبهة الربا فالثمن وهو دين ثابت في الذمة قد يزيد عند حلول الأجل.

ونوقش: بأن الدين ليس فيه زيادة؛ لأن العاقدين لم ينظرا أصلاً إلى هامش الربح في السوق عند العقد وإنما جرى البيع على السعر الأخير ابتداءً. فالذي استقر في ذمة المشتري هو المبلغ الأخير فقط دون ما قبله⁽⁵⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع 165/11، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 1/11، والمجموع، 332/9، والمغني، 280/4.

(2) المرابحة بربح متغير، يوسف الشبيلي، ص 49.

(3) ينظر: إعلام الموقعين، 6/4، وبدائع الصنائع، 156/5.

(4) جاء في المعيار الشرعي رقم 8 من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين المتعلق بالمرابحة ما يلي: يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المرابحة للأمر بالشراء وربحها محددًا ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع. ولا يجوز بأي حال أن يترك تحديد الثمن أو الربح لمتغيرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل؛ وذلك مثل أن يعقد البيع ويجعل الربح معتمداً على مستوى اللايبور الذي سيقع في المستقبل.

(5) للاستزادة ينظر: المرابحة بربح متغير، يوسف الشبيلي، بحث مقدم في ملتقى المرابحة بربح متغير نظمه بنك البلاد، 2009م.

الدليل الثاني: أن الثمن مجهول عند العقد، فهو من بيوع الغرر.

ونوقش: أن المراد بالغرر جهالة العاقبة وهو غير موجود في المربحة بريح متغير فالريح فيها مرتبط معيار منضبط والثمن وإن لم يكن معلوما عند العقد فإنه يؤول إلى العلم.

ونوقش أيضا بأن أن من شروط الغرر أن يكون كثيرا والجهالة هنا يسيرة؛ لأن رأس المال وجزء من الربح معلوم ابتداء والمتغير هو جزء من الربح.

الدليل الثالث: أن الثمن غير مستقر على مبلغ محدد، فهو محتمل لأكثر من قيمة فيدخل في شبهة البيعتين في بيعة المنهي عنه في الحديث⁽¹⁾.

ونوقش: بأن أهل العلم اختلفوا في تفسير البيعتين في بيعة والراجح من تفاسيرهم أن المراد به النهي عن اجتماع عقدين كل واحد منهما مباح في حال انفراده، وإذا جمع بينهما ترتب على اجتماعهما الوقوع في محذور من ربا أو غرر أو أدى إلى نزاع وأما المربحة بريح متغير فليس فيها إلا بيعة واحدة بثمن واحد لا ربا فيه ولا غرر كما سبق بيانه.

واستدل القائلون بجواز ربط الثمن بمؤشر منضبط بعدة أدلة من أهمها ما يلي:

الدليل الأول: أن الأصل في العقود هو الصحة والإباحة. وقد دلت النصوص المستفيضة على ذلك، والمربحة بريح متغير تبقى على أصل الجواز وعلى من يمنع منها أن يأتي بالدليل.

ونوقش: بأن الأدلة التي استدلت بها أصحاب القول الأول دالة على وجوب تحديد الثمن وكافية في نقل حكم المربحة المتغيرة من أصل الحل إلى الحرمة.

الدليل الثاني: القياس على البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر

وهو أن يبيعه السلعة من غير تحديد ثمنها ولكن بما يتبايع به الناس عادة، أو بما يقف عليه ثمنها في المساومة، ووجه الشبه بين هذا البيع المربحة بريح متغير أن الثمن في كليهما غير مسمى في العقد، وإنما يتحدد بناء على سعر السوق.

ونوقش بالفرق بين المربحة المتغيرة فالسعر فيها غير معلوم في الحال بينما البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر يمكن العلم فيه بالثمن حالا.

ونوقش أيضا بعدم صحة البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر فهو محل خلاف بين أهل العلم وليس محل اتفاق حتى يقاس عليه.

الدليل الثالث: القياس على الإجارة بأجرة متغيرة.

(1) حديث النهي عن البيعتين في بيعة، أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي، وصححه.

والقول بجواز الأجرة المتغيرة أخذ به المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية⁽¹⁾، وعدد كبير من الهيئات الشرعية، وما يشترط في الأجرة يشترط في الثمن فإن منعنا من تغير الربح في المربحة للغرر، فيلزم مثل ذلك في الأجرة؛ إذ كلاهما يشترط العلم به.

ونوقش: بأن الثمن في المربحة دين فلا يجوز أن يتغير، بخلاف الأجرة، فإنها ليست ديناً، وعلى فرض أنها دين، فهي دين غير مستقر.

ومسألة المربحة بربح متغير من المسائل التي تحتاج إلى إعادة نظر ودراسة من المجمع الفقهي والهيئات الشرعية قبل البت فيها بقرار يكون مرجعاً للعمل في المصارف الإسلامية، والباحث طرح هذه المسألة ليناقشها أصحاب الفضيلة الحضور في الندوة وهل يمكن أن تكون حلاً للمسائل المطروحة من قبل أمانة الندوة.

(1) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك

المبحث الثالث

الأجرة المتغيرة

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة عقد الإجارة معرفة الأجرة⁽¹⁾، كما اشترط لصحة البيع معلومية الثمن، والأدلة على ذلك متوافرة من النصوص الشرعية وعليه يدل المعقول فجهاالة الأجرة تؤدي إلى النزاع، ومحل الخلاف بما يتحقق العلم فيه هل هو بالتحديد من أول العقد كالثمن في البيع أم يمكن ربطها بمؤشر معين منضبط معلوم تتغير الأجرة بناء على تغيره.

ذهب معظم الفقهاء في العصر الحاضر إلى جواز كون الأجرة متغيرة كما في قرار المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة وكما في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي وغيرهم، ويشترط لهذا الجواز أن تكون مدة الإجارة مقسمة إلى وحدات زمنية يتفق على أجرة الوحدة الأولى ولتكن مثلاً سنة، أو ستة أشهر، ثم يعاد النظر في الأجرة كل سنة، أو كل ستة أشهر ويشترط أن يكون ربط تغير الأجرة بمعيار معلوم لا مجال فيه للنزاع، ويجوز أن يكون المعيار مؤشر سعر الفائدة كالسايبور، وجاء في فتوى ندوة البركة الحادية عشرة للاقتصاد الإسلامي ما يلي: يتحقق العلم بالأجرة في عقد الإجارة الواردة على الأشياء إذا تم الاتفاق على مدة معلومة موزعة على فترات مع تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى واعتماد أجرة المثل عن بقية الفترات بشرط أن تكون أجرة المثل منضبطة، أو مرتبطة بمعيار معلوم بحيث لا مجال فيه للنزاع وذلك بقصد استفادة المتعاقدين من تغير مستوى الأجرة مع استثناء صفة اللزوم لكامل مدة العقد.

وبجواز الأجرة المتغيرة صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الثانية عشر⁽²⁾ وجاء فيه: "رابعاً: ب - يجوز في الإجازات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين شريطة أن تصبح الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة".

وبما أن المسألة من المسائل التي تقرر حكمها لدى المجمع الفقهي والهيئات الشرعية فإن الباحث لن يطيل في ذكر الخلاف فيها.

وتحسن الإشارة هنا إلى أنه لا يمكن الاعتراض على عمل المصارف بحجة أن يعيد حساب كامل الأجرة المتبقية بداية كل فترة ثم تتغير بناء على المؤشر، فالعلة المستند عليها في جواز القول بالأجرة المتغيرة تشترط أن تكون الأجرة معلومة عند بداية الفترة الجديدة كما هو منصوص عليه في القرارات السابقة وهو أمر متحقق في تطبيقات المصارف اليوم.

(1) ينظر: رد المحتار، 3/5، مغني المحتاج، 334/2، والكافي لابن عبد البرص368، وكشاف القناع، 543/3.

(2) القرار رقم 115، بتاريخ 23-28 سبتمبر 2000م، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ص 393.

المبحث الرابع

اشتراط الضمان على المستأجر

لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما يتلف في حوزتها من غير تعد أو تفريط. ومن تمسك بأن الأمانة لا تضمن إلا بتعد أو تفريط استدل بأمرين:

الأول: اعتبار الحائز نائباً عن المالك في التصرف فيكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكيها.

الثاني: استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز وعلى هذا فلا يصح الحكم بتضمين يد الأمانة التي لم يقع منها تعد أو تفريط إلا بموجب شرعي يسوغ الاستثناء من الأصل.

وجمهور الفقهاء على عدم جواز تضمين يد الأمانة بالشرط، لما سبق ذكره من أدلة، لكن من الفقهاء من أجاز تضمين يد الأمانة بالشرط، واعتبروا الشرط صحيحاً، وهو قول قتادة وعثمان البتي وعبيد الله العنبري وداود الظاهري ورواية عن الإمام أحمد، وانتصر لهذا القول الشوكاني في السيل الجرار⁽¹⁾، فيمكن القول ببناء على ذلك أنه يجوز أن يضمن المستأجر العين المؤجرة إذا شرط المؤجر عليه ذلك الشرط. قال ابن قدامة: "فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين، فالشرط فاسد، لأنه يناهض مقتضى العقد، وهل تفسد الإجارة به؟ فيه وجهان بناءً على الشروط الفاسدة في البيع، قال أحمد: فيما إذا شرط ضمان العين: الكراء والضمان مكروه. وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال: لا يصلح الكراء بالضمان. وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكتري بضمان. إلا أنه من شرط على كرتي أنه لا يُنزل متاعه بطن وادٍ أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه، وإن شرطه لم يصح الشرط، لأن ما لا يجب ضمانه لا يُصبره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد أنه سُئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم"⁽²⁾. وما نقله المغني عن الإمام أحمد أخيراً يتفق مع تأصيله في العقود والشروط، أن الأصل الشرعي فيها الإباحة ما لم يتعارض ذلك مع النصوص الشرعية أو مع قياس صحيح، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول. ومالك قريب منه؛ لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط. فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه. وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يثبتته بدليل خاص من أثر أو قياس"⁽³⁾.

ومن الأدلة التي يمكن الاستناد عليها عند القول بجواز اشتراط الضمان على المستأجر، العمل بالعرف والعادة محكمة.

وقد ذهب بعض الحنفية والمالكية إلى ذلك حيث اعتبروا العرف موجبا لتغيير يد الأمانة إلى ضمان، ومما يؤيد ما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم: "ورد عليّ سؤال فيمن أجر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها

(1) ينظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، نزيه حماد، ص 396-398.

(2) المغني 6/128.

(3) مجموع الفتاوى، 6/470.

فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطايخ بضمائها على المستأجر فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمائها عليه، والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية⁽¹⁾.

فإذا ثبت أن الفقهاء قرروا أن يد الأمانة يمكن أن تضمن نظراً واستناداً إلى عمل الناس في زمن معين، فنقول إن واقع عمل المصارف اليوم في التمويل بالإجارة هو تضمين المستأجر، وبالتالي فهو عرف يمكن الاستناد إليه.

ومما يمكن القول به أنه يصبح تحميل الضمان على المستأجر للمصلحة فيمكن أن تكون المصلحة سبباً من أسباب تضمين الأمين، والناظر في المدونات الفقهية يرى أن الفقهاء السابقين عند تضمينهم الصناع أو الأجير المشترك استندوا إلى المصلحة فالأصل في الصناع أنهم مؤتمنون على ما في أيديهم، لا يضمنون بغير التعدي والتفريط، لكن ضمنهم الفقهاء للمصلحة وللضرورة.

جاء في تبين الحقائق: "تضمين الأجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس؛ لأنه يتقبل الأعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الأجرة، وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلاً، فيجب عليه الضمان إذا هلك بما يمكن التحرز عنه؛ حتى لا يتوانى في حفظها"⁽²⁾.

وقال ابن رشد: "الأصل في الصناع أنه لا ضمان عليهم لأنهم أجراء، وإنما ضمنوا للمصلحة العامة"⁽³⁾.

فالأمر مبني على المصلحة والضرورة وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه ضمن الغسال والصباغ، وقال: "لا يصلح الناس إلا ذلك"⁽⁴⁾، قال الشاطبي: "إن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قضوا بتضمين الصناع، قال علي رضي الله عنه: «لا يصلح الناس إلا ذاك».

وبناءً على ما سبق فإنه يمكن القول بأن اشتراط المصارف وشركات التمويل ضمان العين المستأجرة على المستأجر أو ضمان شركة التأمين، شرطٌ صحيحٌ ما دام أن المستأجر قد قبل الشرط. يؤيد ذلك ما سبق ذكره من أن يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان في حالاتٍ، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء كالتعدي والتفريط، ومنها ما هو محل اختلافٍ بينهم كالعامل بالعرف والمصلحة. ولا شك أن المحافظة على أموال الناس من ضمن المصالح الشرعية المعبرة، والقول بتضمين المستأجر محققٌ للمصلحة، كما في مسألة تضمين الصناع، قال د. نزيه حماد: "ما ذكره ابن رشد في مسألة تضمين الصناع بقوله "ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة" ولا أدل على أن في اشتراط الضمان على الأمين حاجة معتبرة ومصلحة راجحة فإن هذا الاشتراط عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فالإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، وحيث لم يثبت تحريمه بنص، فإنه يلزم القول بإباحته وصحته، رفقاً بالناس وتيسيراً عليهم؛ اعتباراً لعمومات الكتاب والسنة والقاضية برفع الحرج عن العباد في معاملاتهم"⁽⁵⁾.

(1) الأشباه والنظائر، ص 85.

(2) تبين الحقائق، 5/ 138.

(3) البيان والتحصيل، 15/ 335.

(4) معرفة السنن والآثار، للبيهقي 8/ 338.

(5) ينظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، نزيه حماد، 403-406.

وبه أخذت بعض القوانين كالقانون المدني الأردني و خلاصة الأمر أن اشتراط ضمان العين المستأجرة على المستأجر، شرطٌ صحيحٌ ما دام أن المستأجر قد قبل الشرط، ولا مانع شرعاً أن تنقلب يدُ الأمانة إلى يد ضمانٍ، وخاصة أن في ذلك تحقيق مصلحةٍ معتبرةٍ شرعاً ألا وهي حفظ أموال العباد.

المبحث الخامس

نقل عبء الصيانة الأساسية إلى المستأجر

وهذه المسألة محل إشكال شرعي، إذ اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على حرمة هذا الشرط، وأنه باطل لا يصح اشتراطه في عقد الإجارة؛ لما فيه من غرر⁽¹⁾. وجاء ذلك في قرار المجمع الفقهي الدولي الإسلامي، ونصه " أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف على استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط ولا يجوز اشتراطها على المستأجر"⁽²⁾

وقد لجأت المصارف الإسلامية إلى حل هذا الإشكال والتخلص من هذه المخاطرة بعدة وسائل من أهمها:

أولاً: اللجوء إلى خيار الصيانة الوقائية الدورية، بحيث يقوم المؤجر بتزويد المستأجر بجدول زمني معين وأعمال صيانة معلومة يقوم بها المستأجر ويمكن أن يتم رفع الأجرة عليه ومن ثم يخصصها المستأجر مقابل القيام بالصيانة، وقد نبه إليها الفقهاء القدامى كما في شرح الخرشي⁽³⁾، وهذه الصيانة لا تدخلها الجهالة كونها معلومة وأجرها معلوم.

ثانياً: أن يقوم المؤجر بإبرام عقد صيانة مع المستأجر - منفصل عن عقد الإجارة - يكون فيه المؤجر مصوناً له والمستأجر صائناً، ويدفع المؤجر للمستأجر قيمة الصيانة⁽⁴⁾. وجاء في مداخلة للدكتور محمد القري بعنوان (تطبيقات منتج الإجارة الموصوفة في الذمة في مجال العقارات) في ندوة: الإجارة الموصوفة في الذمة وسيلة هامة لتمويل المشاريع الإنشائية، المقامة في المملكة العربية السعودية مدينة جدة بتاريخ 2011/04/17م تحت إشراف شركة أملاك العالمية للتمويل العقاري، ما نصه: "الإجارة في الذمة تشبه عقد الإجارة المعيّنة من ناحية تقسيم الصيانة فيها إلى صيانة عادية وهي المرتبطة بالاستخدام وصيانة هيكلية وهي المتعلقة بقدرة المستأجر على الحصول على المنافع بحيث أنها لو وقعت لم يعد المستأجر قادراً على الانتفاع بالأصل المؤجر. والذي عليه العمل بناءً على قرارات الهيئات الشرعية أن يتحمل المستأجر النوع الأول أي الصيانة العادية، أما المؤجر فإنه يتحمل النوع الثاني ويعرّف بأنه أي الصيانة الهيكلية ما يؤدي إلى توقف الأصل عن توليد المنافع المتعاقد عليها لأنه مالك. وفي هذا إشكال بالنسبة للمؤجر أي شركة التمويل أو البنك لعظم المخاطر فيه بحيث يخرجها من تخصصها وهو التمويل إلى أعمال الصيانة والترميم.

وقد اجتهدت بعض الهيئات الشرعية في المملكة العربية السعودية في إجازة الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على أن يتحمل المستأجر هذا النوع من الصيانة مقابل رسم شهري. وقد اتجه مشروع نظام الإيجار التمويلي إلى إمكانية تحميل المستأجر كلا النوعين من الصيانة إن وجد تأمين يغطي ذلك الخطر والباعث على ذلك أن الممول يقوم بشراء العقار المعد للتأجير أو التعاقد عليه مع المطور بناءً على ما يقترحه العميل المستأجر ويختاره، ولذلك فإن هذه الطريقة في نقل مخاطر

(1) ونص على ذلك عدد من قرارات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، وهو اختيار المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة،

(معياري) (9) وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم 95، وغيرهما كثير.

(2) مجلة المجمع، العدد الحادي عشر ج2، ص 5 قرار رقم: 103(11/6).

(3) ينظر: شرح مختصر خليل، 47/7.

(4) ينظر: صكوك الإجارة، د. حامد ميرة، ص 213.

الصيانة الهيكلية إلى المستأجر بأجر تقلل من المخاطر التي يتحملها الممول كما أنها تدفع العميل إلى اختيار عقار يعلم بحسن إنشائه ووجود الضمان عليه من قبل المفاوض.

فإذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم المستأجر بالقيام بأعمال الصيانة الأساسية بموجب عقد جديد مستقل وأعمال وأجرة معلومة، فقد يكون ذلك مخرجاً شرعياً صحيحاً والله أعلم.

وهنا مسألة مهمة يرى الباحث ضرورة إثارتها وهو هل يمكن تحميل المستأجر الصيانة الأساسية بالشرط، سبق بيان اتفاق المذاهب الأربعة على بطلان هذا الشرط وهو ما صدر به المعيار الشرعي التابع لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وجاء فيه: "لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة. ويجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر. وعلى المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية"⁽¹⁾، لكن يمكن القول إنه يصح اشتراط الصيانة الأساسية على المستأجر خاصة في عقود الإجارة المنتهية بالتملك ويؤيد ذلك ما يلي:

أولاً: القياس على صحة اشتراط الضمان على المستأجر كما سبق اختياره، فإذا صح اشتراط الضمان على المستأجر صح اشتراط الصيانة عليه، وتحمل المستأجر للصيانة الهيكلية يكاد يكون مرادفاً من حيث المعنى لعبارة ضمان المستأجر لمحل عقد الإجارة، لأن غرض الصيانة الهيكلية هو ضمان استمرار الأصل قادراً على توليد المنافع⁽²⁾، ويدل له عموم معنى ما ورد في الحديث "المسلمون على شروطهم" وقد استند الإمام أحمد رحمه الله إلى هذا الدليل في إجازة اشتراط الضمان على المستأجر، جاء في المغني "فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه يناهض مقتضى العقد... وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال المسلمون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم"⁽³⁾

ثانياً: العمل بالعرف: فالعادة محكمة، ويمكن القول بأن العرف في المصارف جرى على تحميل العميل الصيانة الأساسية.

ثالثاً: المصلحة: وبيان ذلك أن في القول بعدم جواز تحميل الصيانة الأساسية على العميل حمل للمصارف على عدم العمل بهذه الصيغة وهو ما يضيق على الناس، إضافة إلى ذلك فإن التجربة أثبتت أن معظم العملاء يرغبون في التمويل للحصول على أصول وعقارات يحددونها هم، وليس للبنك سبيل إلى معرفة جودة تلك الأصول فيمكنه التمويل مع اشتراط الصيانة على العميل من باب المصلحة.

(1) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، ٧/١/٥، المعايير الشرعية ص ٢٤٨.

(2) ينظر: طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك، د. محمد القري، بحث مقدم لمؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية السنوي السابع عشر 7 و 8 أبريل 2019 المنامة - البحرين ص 12.

(3) أخرجه أبو داود في الأقضية باب في الصلح (٣٥٩٤)، والحاكم في المستدرک (٢٣٠٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٦١٨)، وأخرجه الترمذي في الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس (١٣٥٢)، ولفظهم "المسلمون على شروطهم"، والحديث صحَّحه الألباني في الإرواء (١٣٠٣).

المبحث السادس

هيكل الإيجارتين

والمراد به هنا ما تقوم به بعض المصارف من الدخول مع العميل في عقد إجارة طويل الأمد لأصل مملوك للعميل بأجرة نقدية ثم إعادة تأجير العين للعميل بأجرة مؤجلة تدفع على أقساط حسب المتفق عليه، وسبب لجوء المصارف إلى العمل بذلك هو تجنب الإجراءات القانونية المطولة والضرائب، وقد ظهر الموضوع على الساحة عندنا بعد فرض ضريبة القيمة المضافة على عمليات تأجير العين لمن باعها وهو ما يلجأ له كثير من الناس بل وحتى الشركات للحصول على تمويل.

وقد اتجه أغلب المعاصرين إلى القول بتحريم هذه العملية ومستندهم الرئيس في ذلك هو شبهة العينة، وبه أخذت المعايير الشرعية حيث جاء فيها: "يجوز للمستأجر إجارة العين لملكها نفسه في مدة الإجارة الأولى بأقل من الأجرة الأولى أو بمثلها أو بأكثر منها إذا كانت الأجرتان معجلتين. ولا يجوز ذلك إذا كان يترتب عليها عقد عينة: بتغيير في الأجرة أو في الأجل، مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة دينار حالة، ثم يؤجرها المستأجر إلى نفس المؤجر بمائة وعشرة مؤجلة، أو أن تقع الإجارة الأولى بمائة وعشرة مؤجلة ثم تقع الإجارة الثانية بمائة نقدا، أو أن تكون الأجرة في الإيجارتين واحدة، غير أنها في الأولى مؤجلة بشهر، وفي الثانية بشهرين".⁽¹⁾ فظاهر من المعيار أنه لا يجوز تأجير العين بأكثر من قيمتها على من أجزها نقدا.

لكن يظهر للباحث أن إطلاق القول بكون الصورة مثل العينة محل نظر، فالعينة فيها دين ثابت في الذمة وهو ما لا يتصور وجوده مع الإجارة، وهذه الصورة أقرب ما تكون إلى ما اشتهر باسم "عكس العينة"، وعكس العينة من الفقهاء من جعل حكمها مختلف عن العينة، فالبائع في صورة العينة له دين مستحق على المشتري لأنه باعه السلعة بثمن مؤجل ثم يشتري عنه السلعة بالنقد أما عكس العينة فالبائع قد استوفى حقه من المشتري وانتهت العلاقة الأولى ف شراء السلعة ليس معاقدة بين دائن ومدين فاختلفت.

ومن رأى هذا الفرق مؤثراً قال فيها بالجواز، قال المرادوي في الانصاف: "الثالثة عكس العينة مثلها في الحكم ...، على الصحيح من المذهب ونقل أبو داود يجوز بلا حيلة"⁽²⁾.

(1) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ٤/٣، المعايير الشرعية ص ٢٤٣.

(2) الإنصاف، ١٩٤/١١، وللاستزادة ينظر: طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، د. محمد القري، ص ١٥.

المبحث السابع

تملك المستأجر للدفع المقدمة

تلزم بعض الأنظمة والقوانين أو سياسات المخاطر لدى المصارف المستأجر بدفع دفعة مقدمة قبل الحصول على تمويل بصيغة الإيجار مع الوعد بالتملك، ويحرص بعض العملاء على دفع دفعة مقدمة كبيرة بغية تقليل ربح التمويل، ويأتي الإشكال حين ينفسخ عقد الإجارة فهل تكون كامل الدفعة المقدمة من حق المؤجر أم يلزمه إعادة جزء منها.

الأصل أن الأجرة لا تستحق إلا باستيفاء المنفعة ويلزم من ذلك أنه يجب على المستأجر رد جزء من الأجرة المقدمة في حال انفساخ العقد، وبالنظر إلى واقع الحال في المصارف فإنه يتبين أن المصرف يقوم بتسجيل الأجرة المقدمة في دفاتره على أنها أرباح مقدمة، ولا يمكنه وضع المبلغ تحت الحساب كما يسمى، وبالتالي فإن إعادة جزء منها تعني خسائر في تلك السنة.

ولتفادي هذا الأمر نجد أن المصارف تتبع طريقتين⁽¹⁾ وكلاهما اعتمدته بعض الهيئات الشرعية:

الطريقة الأولى: اعتبار أن الدفعة المقدمة بغض النظر عن مبلغها أجرة لفترة معينة بحيث تستهلك فيها، فإذا انقضت الفترة أصبحت الأجرة ملكاً تاماً مستقراً للبنك لا يمكن للمستأجر استردادها بحال. والذي يظهر للباحث أن العمل بهذا فيه مخالفة للعدل إذ كيف يمكن أن تكون الأجرة أحياناً أكثر بأضعاف من أجرة المثل، بل اطلعت على حالات دفع فيها المستأجر ٧٠٪ من قيمة العقار كدفعة مقدمة واستهلكها البنك على سنتين، كما أنه يجعل عقد الإجارة صورياً وغطاءاً للدين.

الطريقة الثانية: رأيت بعض الهيئات الشرعية أن الأجرة تجب وتستحق بالعقد فاعتبروا الأجرة مملوكة للمؤجر بالعقد فما تم دفعه مقدماً يستحقه المؤجر كاملاً بتسليم، ويستندون في ذلك إلى أقوال بعض أهل العلم من ذلك: ما جاء في الحاوي عن الإمام الشافعي: "وإنما اختلف قوله هل ملكها بالعقد ملكاً مستقراً مبرماً أو ملكها ملكاً موقوفاً فأحد قوليه نص عليه في البويطي وغيره قد ملكها بالعقد ملكاً مستقراً مبرماً كأثمان المبيعات وصدقات الزوجات؛ لأنه لما جاز له التصرف فيها - حتى لو كانت الأجرة أمة كان له وطؤها - دلّ على أن ملكه مستقر عليها"⁽²⁾ ومن ذلك ما نقل عن أبي ثور كما جاء في المغني والشرح الكبير من أنه كان يقول إن قبض الأصل المؤجر قبض للمنافع أشبه بالبيع ولذلك تصبح الأجرة ملكاً تاماً مستقراً للمؤجر حتى لو تلفت العين بعد العقد لم يكن للمستأجر المطالبة برد الأجرة.⁽³⁾

(1) ينظر: طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، د. محمد القري، ص ١٧-١٩.

(2) الحاوي الكبير، ٣/٣١٨.

(3) ينظر: الشرح الكبير، ٦/١٠٥.

المبحث الثامن

دفع الأجرة فترة الصيانة

إذا تعرضت العين المستأجرة إلى ما يدعو لصيانتها وتعطل انتفاع المستأجر بها فالأصل أن المستأجر يتوقف عن سداد الأجرة لتعطل منافع العين في تلك الفترة، والأجرة كما سبق تستحق باستيفاء المنفعة، لكن هذا التوقف يعود بالضرر على المصارف خصوصا على التدفقات النقدية. فهل يجوز أن يشترط المصرف على العميل أنه لا يمكنه التوقف عن دفع الأجرة فترة صيانة العين المؤجرة؟

قال في المغني: "وإن شرط على مكترى الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها، ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولا".⁽¹⁾

وتلجأ بعض المصارف إلى إلزام المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة حتى في وقت تعطل الأصل مقابل أن يزيد له في المدة بقدر ما فاته من أيام عند تعطل المنافع وهذا يؤدي إلى جهالة المدة، وهو واضح أيضا من كلام ابن قدامة السابق. وتقوم بعض المؤسسات المالية الإسلامية بتضمين عقد الإجارة مادة يوافق فيها العميل على الاستمرار في دفع الأجرة خلال فترة الصيانة وهو أيضا محل نظر إذا كان على إطلاقه.

وبعد التأمل يمكن القول إن العين المستأجرة التي تحتاج إلى صيانة لا تخلو من أحوال:

أولا: أن تكون الحاجة إلى الصيانة بتعد أو تفريط من المستأجر نفسه، وفي هذه الحالة لا يظهر المنع من إلزامه بدفع الأجرة فترة الصيانة؛ كونه تسبب في تعطل منافع العين.

ثانيا: أن تدعو الحاجة إلى الصيانة دون تعد أو تفريط من العميل وفي، وفي هذه الحالة كما سبق لا يمكن اشتراط دفع الأجرة مطلقا وقد يكون المخرج الشرعي أن يشترط البنك على العميل دفع الأجرة فترة معينة بالنظر إلى عمل الناس والمدد التي يستغرقونها في الصيانة وتختلف باختلاف العين المؤجرة، فإذا زادت فترة الصيانة عن المدة المحددة أعفي من دفع الأجرة خلال المدة الزائدة.⁽²⁾

والله أعلم.

(1) المغني لابن قدامة، ٣٦/٦.

(2) ينظر: طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك، د. محمد القري، ص ٢٢.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخرأ وظاهراً وباطناً، فله الفضل والإنعام، الذي يسر وأعان على التمام، فما كان في هذا البحث من صواب فمنه سبحانه وحده لا شريك له، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان. وأستغفر الله وأتوب إليه.

هذا وقد توصل الباحث من خلال هذا الجهد المتواضع إلى جملة من النتائج والتوصيات أبرزها ما يأتي:

1. الإجارة عقد على المنافع بعوض ولا يختلف تعريف القانونيين لها عن تعريف الفقهاء، والإجارة المنتهية بالتمليك: إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها.
2. العمل بالمراوحة المتغيرة قد يخرج المصارف من كثير من مخاطر الإجارة وقد توقف الباحث عن الترجيح في المسألة.
3. لا مانع شرعا من العمل بالأجرة المتغيرة شريطة أن تؤول إلى العالم، ولا يؤثر على ذلك آلية احتساب الأجرة الجديدة.
4. يصح اشتراط ضمان العين أو ضمان طرف ثالث كشركة التأمين مثلا على المستأجرو يؤيد ذلك العمل بالعرف ومراعاة المصلحة.
5. يتجه القول بصحة اشتراط الصيانة على المستأجر، عملا بالعرف المصرفي المعاصر.
6. لا يظهر مانع من العمل بهيكل الإجاريتين كونه عكس العينة وليس من العينة المحرمة.
7. لا يجوز للمصرف أن يملك كامل الدفعة المقدمة ويستهلكها على فترة بسيطة، بل يجب مراعاة العدل وأجرة المثل عند توزيعها.
8. لا يصح اشتراط استمرار المستأجر دفع الأجرة فترة الصيانة مطلقا، ويمكن تقييد ذلك بفترة معينة تفاديا للغرر.

التوصيات

1. يوصي الباحث بضرورة إعادة النظر في بعض أحكام عقد الإجارة والتي بنيت على أقوال الفقهاء السابقين وقد بنوا كثيرا منها على العمل بالعرف والمصلحة في وقتهم.
2. يجب على المصارف الإسلامية أن تدرك طبيعة العقود الإسلامية خصوصا فيما يتعلق بالمخاطر وأنه لا يمكن أن تؤدي إلى جميع ما يؤدي إليه القرض الربوي.
3. التواصل مع الجهات التشريعية وبيان أهمية التسجيل المحاسبي الصحيح وما يترتب عليه من أحكام خاصة في عقد الإجارة كون واقع التسجيل المحاسبي مخالف لحقيقة العقد.

والله أعلم

وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

ثبت المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة، د. عبد الرحمن السعدي، رسالة دكتوراه بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م.
- بيان الدليل على بطلان التحليل، شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، 1418هـ - 1998م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م
- تأجير العين المشتراه لمن باعها صراحة وضمناً د. نزيه كمال حماد، بحث منشور في مجلة العدل العدد (35) رجب 1428هـ.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1313هـ.
- التأجير التمويلي دراسة فقهية مقارنة بمشروع نظام الإيجار التمويلي، د. يوسف الشبيلي، بحث منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية العدد الحادي عشر شوال/محرم 1432/1433هـ - 2011م
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات لمحمد عليش، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان.
- حكم الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة، د. نزيه حماد، مجلة العدل العدد ٤٠ شوال ١٤٢٩هـ.
- الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م.
- شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرخشي، دار الفكر للطباعة - بيروت.
- صكوك الإجارة (دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية - ماجستير)، حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، بنك البلاد، الرياض، دار الميمان، الرياض، القاهرة، الطبعة الأولى.
- طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، د. محمد القرني، بحث مقدم لمؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية السنوي السابع عشر
- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي الحموي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1405هـ - 1985م.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1408هـ - 1987م.
- فتاوى ندوات البركة، من منشورات مجموعة دلة المصرفية.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس الهوتي، طبعة عام 1402هـ، تحقيق: طلال مصيلحي، دار الفكر-بيروت، وطبعة: عام 1403هـ، دار عالم الكتب.

- المسوط لمحمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة بيروت لبنان، 1414هـ - 1993م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لرابطة العالم الإسلامي.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
- المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
- المسائل المستجدة في التمويل العقاري، د. فيصل مغل، رسالة دكتوراه بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء 1436هـ - 1437هـ.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 1435هـ، 2014م.
- معرفة السنن والآثار: أحمد بن الحسين بن علي الخراساني، أبو بكر البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة) الطبعة: الأولى، 1412هـ - 1991م
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
- المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ودار هجر، القاهرة، الطبعة الثانية، 1413هـ.
- المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان الباجي، مطبعة السعادة - مصر، الطبعة: الأولى، 1332هـ.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1392هـ.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات الإجارة مع الوعد بالتمليك

إعداد

د. خالد بن محمد السيارى

عضو هيئة التدريس بالجامعة السعودية الالكترونية

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفى الإسلامى الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلى التجارى - بمدينة جدة

بتارىخ: 21-22 ربيع الثانى 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فهذه ورقة موجزة أكتبها بناء على طلب الزملاء الكرام في الجهة المنظمة (المجموعة الشرعية للبنك الأهلي التجاري) لندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي في نسختها (الثانية عشرة) المتوقع انعقادها في ربيع الآخر 1441هـ (ديسمبر 2019م) في محافظة جدة.

وبناء على كتاب الاستكثاب، فقد اشتملت الورقة على مسائل في عقد الإيجار التمويلي (الإجارة المنتهية بالتمليك)، قد جرى اختلاف بشأنها بين الهيئات الشرعية، نظرا لاشتغال بعض تطبيقات عقد الإيجار التمويلي في المؤسسات المالية الإسلامية على إشكالات تتعارض في الظاهر مع بعض مقتضيات وأحكام عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، مما انعكس على اختلاف الموقف الشرعي بشأنها، وبعضها لم تغطه الاجتهادات الجماعية، ولهذه الأسباب وغيرها، جرى اختيار هذا الموضوع ليكون ضمن محاور هذه الندوة التي تعنى بمستجدات العمل المصرفي الإسلامي.

وهذه المسائل هي:

1. نقل عبء الصيانة إلى المستأجر.
2. تملك المؤجر للدفعة المقدمة.
3. دفع الأجرة في فترة الصيانة.
4. الأجرة المتغيرة.
5. ضمان المستأجر لشركة التأمين.
6. هيكل الإيجارين.
7. تعويض المستأجر المؤجر.

وبالله تعالى التوفيق.

مدخل

عقد الإيجار التمويلي هو عقد ذو طبيعة خاصة (عقد إجارة من نوع خاص) يشبه عقد الإجارة الفقهي (المعهود فقها)، فتغلب أحكامه عليه، إلا أنه لا يلزم من ذلك طرد جميع أحكام الإجارة عليه إذا كان في طردها (في هذا العقد الحادث) مخالفة لمقتضيات العدل فيما يتعلق باستحقاق الغنم وتحمل الغرم.

إن إخفاء قصد التملك متعذر في هذا العقد، فلا مناص حينئذ من تأثر الأجرة به، وهذا القول هو الذي عليه تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية لما واجهته من عقبات قانونية وعملية في الالتزام بعقد الإجارة الفقهي، وذلك بسبب تردد (هذا العقد الحادث) بين عقدين، وهذا التردد ليس موجبا لإبطاله، ولا إلى ضرورة إلحاقه بأحدهما، فالمطلع على ما كتبه الفقهاء المتقدمون في مدوناتهم الفقهية يجد نظائر فقهية للعقود المترددة التي انتظمت عقدا مستقلا برأسه متميزا بأحكامه ومقتضياته، مع مراعاة قواعد العدالة وانتفاء موانع العقود مثل الربا والغرم.

تبعيض الأحكام (تجزؤ الأحكام):

وهذا الصنيع هو المتفق مع تقريرات الفقهاء في تجزؤ الأحكام، فتبعيض الأحكام شأن معهود في الشريعة، سواء في باب العبادات أو المعاملات أو المناكحات أو الأفضية، وأصله ما جاء في الصحيحين من حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فرأى شهما بيّنا بعتبة فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللغاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة. فلم تره سودة قط.

حكما بين حكمين:

وقد استند الفقهاء المحققون إلى هذا الحديث في تقرير قاعدة مفادها إعطاء المسألة المشتملة بأصلين: حكما بين حكمين، قال ابن دقيق العيد في إحكام الأحكام 204/2: (فأعطي الفرع حكما بين حكمين فلم يحض أمر الفراش فتثبت المحرمية بينه وبين سودة، ولا روعي أمر الشبه مطلقا فيلتحق بعتبة).

وفي طرح الثريب 129/7: (قال ابن دقيق العيد: استدل بعض المالكية على قاعدة من قواعدهم، وهو الحكم بين حكمين، وذلك أن يأخذ الفرع شهما من أصول متعددة فيعطي أحكاما متعددة، ولا تمحض لأحد الأصول).

وقال ابن القيم في زاد المعاد 368/5: (فهذا الحكم النبوي أصل في ثبوت النسب بالفراش، وفي أن الأمة تكون فراشا بالوطء، وفي أن الشبه إذا عارض الفراش قدم عليه الفراش، وفي أن أحكام النسب تتبع فتثبت من وجه دون وجه، وهو الذي يسميه بعض الفقهاء: حكما بين حكمين).

الآثار المترتبة على هذا التخريج:

وبناء على ما سبق، فيترتب على تخريج عقد الإيجار التمويلي على هذا النحو، جملة من الآثار والنتائج والأحكام، وصولا إلى التوازن العقدي المطلوب بين أطراف التعاقد، وتحقيقا للعدالة في تطبيق قاعدة الغنم بالغرم والخراج بالضمان. فمن هذه الآثار:

أولاً: مدى استحقاق نماء العين المؤجرة:

أبرز هذه الآثار هو ما استقر عليه اجتهاد الهيئات الشرعية¹، وهو ما تلزم به الجهة الإشرافية، وأنظمة التمويل العقاري الحاكمة لهذا العقد²، من عدم استحقاق مؤسسة التمويل أي نماء للعين يزيد على المتبقي من دين التمويل، سواء أكان هذا النماء ناتجاً من ارتفاع قيمتها (ربح رأسمالي) أو من تثمين عقاري أو تعويض تأميني. وهذا صدرت توصية ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي في نسختها (الثالثة) عام 2010م، في محور: (تطبيق عقد الإجارة مع الوعد بالتمليك في التمويل المصرفي).

ثانياً: مدى تحمل تبعات ملكية العين المؤجرة:

ومن هذه الآثار تخفّف عدد من الهيئات الشرعية في عدم لزوم تحمل مؤسسة التمويل جميع تبعات ملكية العين المؤجرة، باعتبار أن التمليك مراعى في هذا العقد الجديد وهو مقصود للعميل، وهذا بخلاف عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، فإن المؤجر مسؤول عن جميع تبعات العين، فليس للمستأجر غرض في تملك العين المؤجرة، وأي إصلاح يضيفه المستأجر في العين، ففيه منفعة للمؤجر. ونحتاج إلى هذا الأثر في بعض مسائل هذه الورقة.

ثالثاً: أجرة مثل العين المؤجرة:

يختلف سوق الإيجار التمويلي عنه في الإيجار العادي فيما يتعلق بالرجوع إلى أجرة المثل، ومن أبرز المؤثرات في ذلك ما يسمى: (خدمات ما بعد العقد)، فإن الخدمات التي تقدمها مؤسسة الإيجار التمويلي للعميل تختلف جوهرياً عن الخدمات التي تقدمها مؤسسة الإيجار العادي، وهذا الاختلاف ظاهر بين شروط العقود وأعراف المتعاملين والأنظمة الحاكمة وتعامل الجهات الإشرافية، والشروط والأعراف معتبرة في التعامل.

1 وينظر: قرار هيئة الأهلي (1/147) عام 2011م، وهيئة الراجحي 208/1 و344 و348، وهيئة البلاد (71) عام 2013م، وهيئة الإنماء (597) عام 2014م.

2 جاء في اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري: (لشركة التمويل العقاري تملك المسكن لغرض تمويله على ألا ينشأ عنه ربح غير تمويلي).

المسألة الأولى

نقل عبء الصيانة إلى المستأجر

توطئة:

صيانة العين المؤجرة (عمارتها ومرمتها) على نوعين مشهورين¹:

1. ما يُتمكّن به من الانتفاع، أو ما كانت لأصل الانتفاع، أو ما يسمى الصيانة الأساسية.
2. ما كان لاستيفاء المنافع، أو ما كانت لكامل الانتفاع، أو ما يسمى الصيانة التشغيلية.

وهناك نوع ثالث وهو الصيانة الدورية، وهي مقيدة بأجال محددة وأجزاء معلومة، وبعضها يلحق بالنوع الأول، وبعضها يلحق بالنوع الثاني.

وبعض الممارسات ترى أن التفريق بين أنواع الصيانة يحمل على أعراف شركات التأمين وتصنيفها لأنواع الصيانة، فما كان قابلاً للتأمين يمكن اعتباره ممثلاً للصيانة الهيكلية (الأساسية)، وما عداه يكون من الصيانة التشغيلية².

وقد استقرت كلمة الفقهاء على أن المؤجر (المالك) يتحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة؛ لأن الضمان فرع عن الملك وهو من أظهر آثاره، ويشمل ذلك ضمان العين من التلف وكذا الإصلاح. ويمنع تحميل المستأجر ذلك؛ لأنه أمين، فيمنع شرط تحمّله ضمان العين المؤجرة وصيانتها (عمارتها ومرمتها)؛ لمحدور الغرر، ولكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه³.

ووجه ذلك أن هذا الشرط يؤدي إلى تحمل المستأجر نفقات (مصروفات) مجهولة، وهذا يؤدي إلى جهالة الأجرة حينئذ لأن "المشروط يصير أجرة وهو مجهول فتصير الأجرة مجهولة"⁴، و"المجهول إذا انضم إلى معلوم صيّر مجهولاً"⁵، فهو شرط فاسد.

وإذا امتنع المؤجر عن صيانتها أو نص في العقد على عدم إصلاحه لها، فيكون أثر ذلك: ثبوت خيار الفسخ للمستأجر، وليس إجبار المؤجر على إصلاح العين المؤجرة، ولا إنقاص الأجرة بقدرها، ولا إصلاح المستأجر لها على حساب المؤجر دون إذنه ورضاه، وهذا حكم متقرر في المشهور من مذاهب الأئمة الأربعة⁶، خلافاً لما عليه القانون المقارن، والتشريعات العربية⁷.

1 المغني 33/8، المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات ص 451 و 453 و 456.

2 صكوك التمويل الإسلامية ص 160.

3 بدائع الصنائع 194/4 و 195 و 208 و 210، الشرح الصغير 42/4 و 62 و 63، نهاية المحتاج 266/5 و 298 و 314، المغني 34/8 و 114، كشف القناع 109/9 و 139.

وزاد الحنفية علة الربا على أصلهم في منع الشروط الزائدة على مقتضى العقد، واعتبرها من الربا، فهي: "زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال، فيكون ربا أو فيها شبهة الربا" بدائع الصنائع 195/4.

4 بدائع الصنائع 194/4.

5 حاشية المغربي الرشيدى على نهاية المحتاج 266/5.

6 المراجع السابقة، عدا ما إذا كانت العين المؤجرة وقفاً أو ملكاً يتيم. وبعض فقهاء الحنابلة يرون إجبار المؤجر في الوقف وفي غيره، مثل ابن تيمية والمرداوي؛ جاء في الإنصاف 464/14: (حكى في التلخيص أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسر، وإقامة مائل. قلت: وهو الصواب. قال الشيخ تقي الدين: للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المكان المأجور، فإن كان وقفاً، فالعمارة واجبة من وجهين: من جهة أهل الوقف، ومن جهة حق المستأجر. انتهى. وليس له إجباره على التجديد. على الصحيح من المذهب. وقيل: بلى).

7 الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 296-246/1/6.

ومع تقرير هذا الأصل، إلا أن عددا من الاجتهادات الشرعية المعاصرة رأَت إمكان الخروج عن هذا الأصل، لاعتبارات خاصة في هذا العقد الحادث (عقد الإيجار التمويلي). واستئناسا بما قرره الفقهاء المتقدمون في نظائر وأشباه المسألة، وذلك بإجازة عدد من الطرق لنقل عبء الصيانة الأساسية (الهيكلية) إلى المستأجر بالاتفاق، ونحاول هنا عرض هذه الطرق ومناقشتها.

ومن أظهِر النظائر الفقهية لتحميل المستأجر صيانة العين في الإجارة التمويلية: ما قرره الفقهاء من تحميل المنتفع نفقة (صيانة) المبيع المستثنى نفعه، والعين الموصى بنفعها على التأيد؛ لأن النفع له فكان الضرر عليه¹.

وقبل بيان هذه الطرق ومناقشتها تؤكد الورقة أن مما يلزم المؤجر وليس له التحلل منه في العين المؤجرة بأي حال من الأحوال:

1. تمكين المستأجر من العين المؤجرة وهي في حال صالحة للانتفاع منها حين العقد، واشتراط ما يخالفها يناقض مقصود العقد. وأقول مقصود العقد وليس مقتضاه، فمقصود العقد أخص وأضيق من مقتضى العقد.

2. تحمل تبعة تلف العين المؤجرة، وهذا هو الحد الفاصل بين الإجارة والبيع، أو الفارق بين العقد على المنفعة والعقد على العين.

3. تحمل عيوب العين المؤجرة الخفية في العين إذا عادت تلك العيوب إلى أصل الانتفاع وتلف العين، وقد أكدت المعايير الشرعية على منع شرط البراءة من العيوب في عقد الإجارة دون عقد البيع فيجوز هذا الشرط فيه، وألحقت عقد الاستصناع بعقد الإجارة في منع شرط البراءة من العيوب لوجود العمل².

وهذه الأحكام متقررة في الفقه الإسلامي، وكذا القانون المقارن سواء في الإجارة العادية أو حتى التمويلية³.

ومحل البحث هو في مدى تحميل المستأجر أعمال الصيانة الأساسية أو مصروفاتها، وذلك بالطرق التالية:

الطريق الأولى: نقل عبء الصيانة الهيكلية (الأساسية) على المستأجر بالعرف:

لقد قرر الفقهاء المتقدمون أثر العرف في تحميل الصيانة على المستأجر، وأن هذا يختلف باختلاف الأعيان المؤجرة، وفي عصرنا الحاضر تختلف الأعيان المؤجرة اختلافا جوهريا في صيانتها والعناية بها، فصيانة المساكن تختلف عن العقارات التجارية، والمركبات نفسها تختلف في صيانتها كما في السيارات الفارهة وهي محل تعاقد بموجب عقد الإيجار التمويلي في المملكة ودول الخليج، ومثلها المعدات الثقيلة وكذلك الطائرات التي تشتمل على تفاصيل فنية بالغة الدقة مما يجعل بعضها محكوما بمعايير دولية تمنع غير المشغل من مباشرتها لحمايتها من حوادث الطائرات ونحوها⁴.

يضاف إلى ذلك ما أشارت إليه الورقة من الفروق الظاهرة بين طبيعة عقد الإجارة الفقهي واختلاف سوقها وخدماتها عن عقد الإجارة التمويلية، مما يؤثر في طبيعة تعامل المتعاقدين مع صيانتها، ولا يلزم الفقيه المجتهد طرد قوله في تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة إجارة تمويلية على إجارة الأعيان المعهودة في مدونات الفقهاء.

1 حاشية ابن عابدين 6/691، روضة الطالبين 6/189، المغني 8/461، اختيارات ابن تيمية ص232، الموسوعة الفقهية 37/23.

2 معيار المراجعة، ومعيار الإجارة، ومعيار الاستصناع، ومعيار خيارات السلامة. وينظر: بدائع الصنائع 4/195 و208.

3 التأجير التمويلي من الوجهة القانونية ص46 و50، عقد الليزنج لناصيف ص110 و133 و281 و314 و296، وعقد التأجير التمويلي للشوابة ص49 و162 و165.

4 صكوك التمويل الإسلامية ص161.

إذا تقرر هذا فالذي يظهر جواز تحميل المستأجر الصيانة الأساسية (الهيكلية) إذا جرى عرف المتعاملين بذلك، وقد قرر جماعة من الفقهاء هذا الأصل في صيانة المأجور.

جاء في المبسوط 144/15: (وعماره الدار وتطيينها وإصلاح الميزاب وما وهي من بنائها على رب الدار؛ لأن به يتمكن المستأجر من سكنى الدار، وكذلك كل ستره يضر تركها بالسكنى؛ لأن المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة، فإن أبى أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه؛ إلا أن يكون استأجرها وهي كذلك وقد رآها، فحينئذ هو راض بالعيب فلا يردها لأجله).

وجاء في المبسوط 157/15: (على المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده، ولأن المرجع في هذا إلى العرف).

وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 85: (ورد علي سؤال فيمن أجر مطبخا لطبخ السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمائها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروط، فصار كأنه صرح بضمائها عليه)¹.

وفي نهاية المحتاج 303/5: (عليه أيضا رفع الحمل وحطه وشد المحمل وحله... لاقتضاء العرف جميع ذلك، وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكتري والدابة، فلا يلزمه شيء مما مر لأنه لم يلتزم سوى التمكين منها).

وجاء في كشف القناع 106/9 و108: (ويلزم المؤجر مع الإطلاق كل ما يتمكن به المستأجر مما جرت به عادة أو عرف... وقال في الإنصاف: ويتوجه أن يرجع في ذلك إلى العرف).

الطريق الثانية: نقل عبء الصيانة الهيكلية (الأساسية) على المستأجر بالشرط:

وهذه الطريق قريبة من الأولى إلا أنها أكثر انضباطا وملاءمة لعمل المؤسسات المالية الإسلامية، لما لها أثر في حسم النزاع والحماية من مخاطر التقاضي لاحقا. كما أنه ممكن التطبيق عمليا إذا كان الشرط على تحمل المستأجر رسوم شركة التأمين التي تغطي الصيانة الأساسية (الهيكلية) أو تحمل رسوم شركة الصيانة، باعتبارها من الرسوم التي يمكن احتسابها وتقديرها في السوق².

وهذا الشرط له صور:

أولا: إذا كان الاشتراط بتحمل المستأجر تكاليف الصيانة الأساسية بوضع حد أعلى معلوم:

فعامة الفقهاء على جواز هذا الشرط على هذا النحو.

جاء في المبسوط 157/15: (ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم في كل شهر لمرمته مع الأجرة وأذن له أن ينفقها عليه فهو جائز؛ لأنه معلوم المقدار).

1 قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 379.

2 صكوك التمويل الإسلامية ص 161.

ومثله قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص357: (اشتراط المرمة على المستأجر يفسدها، والحيلة أن ينظر إلى قدر ما يحتاج إليه فيضم إلى الأجرة، ثم يأمره المؤجر بصرفه إليها، فيكون المستأجر وكيلًا بالاتفاق).

وجاء في المدونة 514/3: (في الرجل يكره داره سنة على أنها إن احتاجت مرمة رممها المتكاري من الكراء قلت: رأيت لو أن رجلا أكرى داره بعشرين دينارا سنة على أنها إن احتاجت الدار إلى مرمة رممها المتكاري من العشرين الدينار؟ قال: سألتنا مالكا عنها فقال: لا بأس بذلك. قلت: فإن أكره على إن احتاجت الدار إلى مرمة رممها من العشرين الدينار، وإن احتاجت إلى أكثر من ذلك زاد من عنده؟ قال: قال مالك: لا يعجبني هذا ولا خير فيه).

وجاء في حاشية الدسوقي 47/4: (وأما إن كانا معلومين كأن يعين للمكثري ما يرمه أو يشترط عليه التطيين مرتين أو ثلاثة في السنة فيجوز مطلقا، سواء كان من عند المكثري أو من الكراء بعد وجوبه أو قبله، وهو في المعنى إذا كان من عند المكثري جزء من الثمن، إذا علمت ذلك تعلم أنه يجب أن يحمل كلام المصنف على المرمة والتطيين المجهولين).

وجاء في بلغة السالك 63/4: (المرمة والتطيين إن كانا مجهولين لا يجوز اشتراطهما على المكثري إلا من كراء وجب لا من عنده؛ كأن يقول: كلما احتاجت لمرمة أو تطيين كالتبييض فرمه أو طينه أو بيضه من الكراء. وأما إن كانا معلومين؛ كأن يعين للمكثري ما يرمه أو يشترط عليه التبييض في السنة مرة أو مرتين فيجوز مطلقا؛ كان تبرعا من عند المكثري، أو من كراء وجب).

وجاء في مغني المحتاج 470/3: (إنما تجب هذه الأمور عند إطلاق العقد في إجارة الذمة للركوب، وإن شرط ما ذكر على المؤجر أو المستأجر أو شرط عدم ذلك كأجرتك هذه الدابة عريا بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما اتبع الشرط).

وجاء في نهاية المحتاج 266/5 و267: (لا تصح إجارة لدار بالعمارة لها... للجهل بالصرف فتصير الأجرة مجهولة... والأوجه أن التعليل بالجهل جرى على الغالب، فلو كان عالما بالصرف فالحكم كذلك كبيع زرع بشرط أن يحصده البائع. والحاصل أنه حيث كان هناك شرط بطلت... فإن عُنيت صحت وإلا فلا).

ثانيا: إذا كان الاشتراط بتحمل المستأجر تكاليف الصيانة الأساسية بدون وضع حد:

أما إن كان في عقد الإجارة الفقهي فهذا لا يجوز كما تقدم لما يؤول إليه من جهالة الأجرة حينئذ، وقد تتابعت كلمة الفقهاء على ذلك كما تقدم.

وأما في الإجار التمويلية فيظهر لي أن الحكم مختلف ويمكن القبول بهذا الشرط في هذا العقد خاصة، ولهذا الحكم مأخذان:

1. طبيعة هذا العقد في ضوء ما تقدم في مدخل الورقة عن الترخيب الفقهي لهذا العقد وأثاره وأحكامه المترتبة عليه.
2. أن شرط الصيانة والإصلاح في الإجارة الفقهية، والتي لا يقصد المؤجر منها إخراج العين من ملكه، يشتمل على عوض مجهول مقصود للمؤجر، لأن المؤجر يستفيد من هذا الإصلاح الواقع في ملكه العائد له، فكان منعه للغرر متجها. وهذا القصد غير حاضر في الإجار التمويلي، فالمؤجر لا يقصد انتفاعه بهذا الإصلاح حتى يقال إنه جزء مجهول من الأجرة، وإنما غرض المؤجر (مؤسسة التمويل) ألا يطالبه المستأجر بالإصلاح، وألا يفسخ العقد من أجل ذلك¹.

وهذا صدر نظام الإجار التمويلي الصادر في المملكة عام 2012م، فقد جاء في المادة (السابعة): (الصيانة الأساسية تلزم

1 بدائل تضمين المستأجر في الإجار التمويلي ص6.

المؤجر، ما لم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، وتكون حينئذ فيما ينشأ عن استخدام المستأجر للأصل دون ما يكون ناشئا من خلل أو عيب في الأصل المؤجر).

ثالثا: إذا كان الاشتراط بعدم التزام المؤجر بالصيانة الهيكلية:

وذلك بأن يحرر الشرط في عقد الإجارة على النحو التالي: (علم المستأجر وأدرك بأن العين المؤجرة حين العقد صالحة للانتفاع بها، وأن المؤجر لن يقوم بتنفيذ أعمال الصيانة الأساسية للعين المؤجرة ولا أي إصلاحات لاحقة قد تحتاجها العين المؤجرة، وللمستأجر حسب رغبته تنفيذ أعمال الصيانة الأساسية على حسابه (المستأجر) الخاص، وليس له الرجوع على المؤجر في شيء من ذلك).

فهذا شرط صحيح ملزم، وعمامة الفقهاء على جوازه، فقد قرروا مع تأكيدهم على أن ضمان العين المؤجرة على المستأجر، إلا أنه لا يجبر على تنفيذها كما تقدم في توطئة هذه المسألة، وله الإذن للمستأجر بتنفيذ الإصلاحات، فإن شرط المستأجر عليه الرجوع رجع عليه وإلا فلا.

ولكن يلاحظ أن هذا الشرط لا يسقط حق المستأجر في الفسخ بخيار العيب، ولا يمنح المؤجر لزوم العقد مع وجود نقص المنفعة أو تعييبها.

الطريق الثالثة: الأجرة التكميلية:

وهي أجرة إضافية توضع مع الأجرة الأساسية التي تمثل الأصل والعائد، والتي اصطلح على تسميتها بالعنصر الثابت والعنصر المتغير (المؤشر)، ثم تأتي الأجرة الإضافية. وقد جرى في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية عدة صورة مختلفة في تفصيل الأجرة، وجميعها تعود لتغطية تكاليف الصيانة الأساسية (الهيكلية).

ومن هذه الصور:

الصورة الأولى:

أن يراعي المؤجر تكاليف الصيانة الأساسية (الهيكلية) ضمنا في تحديد الأجرة عند توقيع العقد، ويضم معها أحيانا أجرة وكالة الخدمات التي تنظم توكيل المؤجر للمستأجر في متابعة الصيانة الأساسية، فتقع المقاصة بينهما، وهذه الصورة ظاهرة الجواز لانتفاء المحذور الشرعي مع مراعاة ما يأتي:

1. أن تكون الأجرة معلومة قبل توقيع العقد، فللمؤجر احتساب أي تكاليف تكبدها في احتساب الأجرة.
2. أن يظل المؤجر مسؤولا عن أي زيادة لاحقة في تكاليف الصيانة الأساسية.
3. أن يظل المؤجر مسؤولا عن تنفيذ شركة الصيانة لالتزاماتها.

جاء في المعيار الشرعي للإجارة في البند 8/1/5: (العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعدد أو تقصير. ويجوز له أن يؤمن عليها عن طريق التأمين المشروع كلما كان ذلك ممكنا، ونفقة التأمين على المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذها في الاعتبار ضمنا عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادت على ما كان متوقعا عند تحديد الأجرة. كما يمكن للمؤجر أن يوكل المستأجر بالقيام بإجراء التأمين على حساب المؤجر).

الصورة الثانية:

أن يتفق على جعل جزء من الأجرة أمانة لدى المستأجر لتغطية مصروفات الصيانة والتأمين، وما فاض منه فيعيد للمؤجر، وما نقص فيغطيه المؤجر، ولا يظهر في هذه الصورة محذور شرعي لأن الأجرة معلومة، ولتحمل المؤجر ما زاد عليها.

جاء في المعيار الشرعي للإجارة في البند 4/2/5: (يجوز الاتفاق على أن تكون الأجرة مكونة من جزئين محددين أحدهما يسلم للمؤجر، والآخر يبقى لدى المستأجر لتغطية أي مصروفات أو نفقات يقرها المؤجر؛ مثل التي تتعلق بتكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وغيرها. ويكون الفائض من الجزء الثاني من الأجرة تحت الحساب حقا للمؤجر، وما نقص فعلى المؤجر تحمله).

الصورة الثالثة:

أن يتفق على جعل جزء من الأجرة (بعد أعلى) لتغطية مصروفات الصيانة الأساسية، وما فاض منه فيتنازل عنه المؤجر. ويسمى أحيانا (أجرة تكميلية)¹، وعادة ما تحدد بداية كل فترة إيجارية لتغطي مصروفات صيانة الفترة السابقة. وتكثر هذه الممارسة في الصكوك والتمويلات الجماعية والصناديق الاستثمارية المشتملة على أصول مؤجرة.

وهذه الصورة لها حالان:

الحال الأولي: عقود الإجارة المتتالية (المتجددة):

بأن يكون عقد الإجارة غير لازم طول مدة التمويل، وإنما يكون التمويل عبارة عن عقود إجارة متتالية تتجدد باتفاق الأطراف في حينه، أو كان تعديل الأجرة يخضع لموافقة الطرفين في كل فترة، فيظهر الجواز وليس فيها ما يخالف قواعد الفقهاء.

جاء في المعيار الشرعي رقم (54) بشأن فسخ العقود عام 2014 بند 2/11: (من تطبيقات الفسخ بالشرط: إذا اشترط المؤجر أنه يحق له عند كل فترة جديدة من عقد الإجارة إضافة أجرة تكميلية لتغطية ما تكبده عن الفترة السابقة للصيانة أو التأمين أو ضرائب الملكية، ورفض المستأجر قبول ذلك؛ فإنه يحق للمؤجر فسخ العقد، وإذا كان هنالك تعهد سابق من المستأجر بالشراء؛ فللمؤجر مطالبته بتنفيذ ذلك على ألا تضاف الأجرة التكميلية لهذه الفترة إلى ثمن الشراء).

الحال الثانية: عقد الإجارة اللازم:

أما إن كان عقد الإجارة لازما طول مدة التمويل، مع وضع حد أعلى، تخفيفا للغرر، وتحديدًا للأجرة بما يجعلها تؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي للنزاع، فيظهر الجواز كما سبق في الطريق الثانية، وقد أخذ بجواز هذه الحال بعض الاجتهادات الشرعية.

1. فقد جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (209) عام 2010: (في حال صعوبة تقدير تكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وضرائب الملكية عند بدء التعاقد؛ فيجوز الاتفاق على أن يكون جزء من الأجرة مبلغا مقطوعا لتغطية تلك التكاليف ويتعهد المؤجر بألا يقتطع منه إلا ما تكبده فعلا).

2. وجاء في قرار هيئة بنك البلاد رقم (22) عام 2013: (يمكن أن تكون الأجرة مكونة من جزئين محددين؛ أحدهما يسمى "الأجرة الأساسية" ويكون مستحقا للمؤجر، والآخر يسمى "الأجرة التكميلية أو الإضافية أو المضافة"؛ يستوفي منه المؤجر قدر ما تكبده فعلا مقابل تكاليف الصيانة الأساسية أو التأمين أو أي رسوم حكومية، وذلك بموجب وثائق معتمدة، فما زاد على ذلك فيتحملة المؤجر، وما نقص عن ذلك فيلتزم المؤجر بالتنازل عنه للمستأجر).

1 ينظر الدليل الشرعي للإجارة، دلة البركة، مطبوع عام 1999م.

الصورة الرابعة:

مثل الصورة السابقة لكن دون وضع حد أعلى، وذلك لغرض تحميل المستأجر التغير المتوقع الذي قد يحصل في أقساط التأمين، أو اشتراط تحميل المستأجر أي زيادة تطراً على أقساط التأمين، وهذه فيها احتمالان: الاحتمال الأول: المنع، لما فيها من الغرر. وهذا ظاهر قرار المجمع والمعيار الشرعي.

الاحتمال الثاني: الجواز، لأن لها عرفاً يرجع إليه، وهذا يخفف الغرر.

ويظهر لي جواز هذا الشرط في عقود الإجارة التمويلية خاصة دون عقود الإجارة العادية، لما تقدم بيانه في تأصيل الموضوع في هذه الورقة.

الطريق الرابعة: تضمين مصروفات الصيانة في ثمن التمليك:

وذلك بأن يعمد المؤجر إلى اختيار أسلوب التمليك بثمن يتفق عليه في حينه، ثم يضمن الثمن: مصروفات الصيانة الأساسية التي تكبدها، والتي لم تؤخذ في الاعتبار في بداية العقد، ويكون هذا الإجراء بعد انتهاء عقد الإجارة ورغبة العميل في تملك العين.

وهذا تطبيق لإحدى طرق التمليك في الإجارة التمويلية المجازة في المعيار الشرعي للإجارة، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وهي الإجارة مع الوعد بالبيع بثمن يتفقان عليه في حينه، ونص إحدى الصور المجازة في قرار المجمع: (عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجر معلومة في مدة معلومة، واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان).

فهذا بيان بمعادلة احتساب ثمن التمليك، وهي أقرب إلى البيان والعلم (الشفافية)، فإن قبل به العميل اتفقا عليه ونفذا التمليك في وثيقة مستقلة، وإن لم يقبل به العميل، فالتمليك حق للعميل وقد أسقطه، فلمؤسسة التمويل بيع العين واستيفاء ما تكبدته من مصروفات من ثمن بيع العين.

وقد أخذت بهذا بعض الهيئات الشرعية، جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (597) عام 2014م: (للمصرف أن يشترط في عقد الإجارة ثمناً لتمليك العقار المؤجر بعد انتهاء مدة الإجارة (دفعه التملك)، يُحسب فيه ما تكلفه من مصروفات على العقار مدة الإجارة بما في ذلك مصروفات الصيانة الأساسية وغيرها؛ وجاز ذلك الاشتراط باعتبار العقد حين التمليك بيعاً بثمن معلوم تالياً لعقد الإجارة، ووجود هذا الشرط في عقد الإجارة ليس شرطاً في الإجارة، وإنما هو شرط لإنفاذ الوعد بالتمليك اللاحق الذي التزم به المؤجر، ولأن تنفيذ هذا الشرط إنما يكون عند اختيار المستأجر التمليك).

الطريق الخامسة: تحميل المستأجر الصيانة الأساسية إذا اختار الأصل:

يقع في بعض تطبيقات شركات التمويل العقاري والبنوك (خصوصاً النوافذ)، أن يطلب من العميل توقيع نموذج إقرار وتعهد بأنه يضمن مالك العقار، وأن العميل يعد مسؤولاً عما يترتب على اختياره تلك الشركة، وأنه على علم بجودة منتجاتها العقارية وضبط علاقتها مع مقاوليها ومهندسيها، وحسن تقديمها لخدمات ما بعد البيع، وغالباً ما يكون ذلك في الحال التي يكون فيها

المالك شركة تطوير عقاري؛ فكثير ما تقدم شركات التطوير العقاري ضمان عيوب الإنشاءات على منتجاتها العقارية لمدة طويلة، وغالباً ما يحرص العميل على اختيار عقار معين من شركة محددة.

والذي وقفت عليه من تطبيقات:

1. أن الإقرار يوقع في (مرحلة الوعد) أي قبل تنفيذ التمويل، وقبل أن يكسب العميل صفة المشتري (في التمويل بالمرايحة)، أو صفة المستأجر (في التمويل بالإجارة).

2. أن الإقرار له عدة صياغات، فمرة يصاغ بأن العميل يضمن العقار، ومرة يصاغ بأن البنك غير مسؤول عن الضمان مطلقاً، ومرة يصاغ بأن العميل يضمن حسن أداء المالك (شركة التطوير العقاري).

ويمكن تقسيم هذه الطريقة إلى صورتين²:

أولاً: ضمان المستأجر (العميل) ما يترتب على اختيار المالك؛ وضمن حسن أدائه لالتزاماته تجاه البنك؛ كتسليم العين في الوقت المحدد، أو الحفاظ على جودة بمستوى معين، أو مراعاة مقاييس جهة معينة، أو اختيار مواد بمواصفات خاصة.

ثانياً: ضمان ما يترتب على اختيار العين بالأوصاف المحددة؛ كموقع العين، أو سعتها، أو تحملها.

وهذه الصور تدخل في ضمان مالم يجب، خلافاً للأصل فقهاً في الضمان الذي يؤخذ في الحق الذي انعقد سبب وجوبه، وهذا المبدأ محل خلاف فقهي، وقد قبله المجلس الشرعي في معيار الضمانات، وليس هذا محل بسط هذه المسألة.

حكم الصورة الأولى:

غرض البنك في هذا الشرط: التحوط من مخاطر تنشأ من عدم علمه بكفاءة شركة التطوير العقاري وأمانتها؛ فقد يدفع لها ثمن العقار أو جزءاً منه، ثم لا تفي شركة التطوير بالتزاماتها تجاه البنك، فيضطر البنك حينئذ للرجوع على العميل؛ بمقتضى شرط ضمانه (أي العميل) حسن أداء شركة التطوير العقاري لالتزاماتها تجاه البنك؛ باعتباره (أي العميل) متحملاً مسؤولية اختياره. ويتوجه فيها احتمالان:

الاحتمال الأول: المنع؛ لما فيه من صورية عقد التمويل، والتحلل من مسؤولية المالك وأثاره الشرعية، وهذا الشرط ينفي الملكية والضمان الذي بهما طاب الفضل للمؤسسة.

الاحتمال الثاني: الجواز، ومستنده:

1. جريا على التوسع في الشروط الجعلية التي فيها غرض صحيح، ومنفعة مقصودة للمعقود عليه أو العاقدين أو أحدهما، ولم يخالف مقصود الشارع أو مقصود العقد. وهو المتفق مع أصل الإباحة في المعاملات.

2. استثناساً بما جاء في معيار المرايحة، بند 1/5/2: (يجوز للمؤسسة أن تحصل من العميل (الأمر بالشراء) على كفالة

(ضمان) حسن أداء البائع الأصلي لالتزاماته تجاه المؤسسة بالصفة الشخصية للعميل، وليس بصفته أمراً بالشراء،

ولا وكيلاً للمؤسسة، وعليه فلو لم يتم عقد المرايحة تظل كفالته قائمة. ولا تطلب مثل هذه الكفالة إلا في الحالات

التي يقترح فيها العميل بانعاً معيناً تشتري المؤسسة منه السلعة موضوع المرايحة. ويترتب على هذا الضمان تحمل

1 جاء في بحث طرق توقي مخاطر الملكية، د. محمد القري، ص 15، أن البنوك لا تصدر إلا عن رأي العميل وطلبه، وتعيينه للمورد وتحديد المواصفات، الأمر الذي يدل على أن الحال الثانية غير موجودة أصلاً (يقصد أن يختار البنك مالك العقار)، فانتهى الأمر إلى أن جميع عملاء عقود التأجير المنتهي بالتمليك يتحملون الصيانة الهيكلية في جميع الأحوال.

2 لا يدخل في ذلك ضمان تلف العين أو عيوبها، وسبق إخراجها من نطاق البحث كما سبق.

العميل الضرر الواقع على المؤسسة نتيجة عدم مراعاة البائع لمواصفات السلعة وعدم الجدية في تنفيذ التزاماته، مما يؤدي إلى ضياع جهود المؤسسة وأموالها أو يترتب عليه الدخول في منازعات ومطالبات باهظة). وهذا وإن كان في التمويل بالمrabحة، إلا أنه في (مرحلة الوعد)، ولم يظهر فرق مؤثر في المركز التعاقدى للعميل في هذه المرحلة بين التمويل بالمrabحة والتمويل بالإجارة، وما يترتب عليه من حقوق والتزامات.

3. ويجب عن مستند المنع بأن هذا الشرط خاص بالحال التي يصرفها العميل على اختيار عين محددة من مالك معين؛ وعليه فحقيقة عقد الإجارة وأثره الشرعي ظاهر في غير هذه الحال.

حكم الصورة الثانية:

الاحتمال الأول: المنع؛ لمخالفة هذا الشرط لمقتضى عقد الإجارة بتحميل المستأجر الضمان بالشرط، وما يترتب عليه من جهالة الأجرة، وغرر مؤثر مفسد للعقد. وأما كون العميل قد اختار العين، فليس هذا معنى مناسباً تنفى لأجله علة منع تحميله الضمان.

ويناقش من وجهين:

1. أن شرط التضمين في مرحلة المفاهمة، وقبل أن يكتسب العميل صفة المستأجر، فهو حينئذ من قبيل الالتزام، وهو فرع فقهي عند المالكية، وقال به ابن تيمية، واختارته اجتهادات جماعية أخرى. قال مالك: (المعروف من أوجبه على نفسه: لزمه)، وقال ابن تيمية: (إنما يجب على الإنسان: ما يجب بإلزام الشارع أو بالتزامه)¹.
ويجاب عن الوجه الأول: بأنه ينبغي في التمويل المعاصر أن يضيق في ذلك لثلا يؤول إلى الصورية، كما أن هذا إذا كان التزاماً فهو في حكم الشرط المتقدم على العقد وهو بمنزلة المقارن له².
2. أن هذا من قبيل التضمين بالشرط، وهو شرط فيه غرض صحيح، ومقيد بحالات خاصة، وإنما يسلم بالمنع فيما لو كان شرط تضمين العميل مطلقاً في جميع الأحوال.

الاحتمال الثاني: الجواز، ومستنده:

1. إلحاقاً لحكم هذه الصورة بالصورة السابقة؛ لاعتماد البنك على العميل في شراء العين بمواصفاته المحددة؛ فيتوجه حينئذ تحميل العميل مسؤولية اختياره بالشرط.
2. استئناساً باجتهاد اللجنة الشرعية المشاركة في إعداد أنظمة التمويل العقاري في المملكة، فقد جاء في نظام الإيجار التمويلي في مادة (الرابعة): (يجوز للمستأجر قبل إبرام العقد تحديد أوصاف الأصل المراد استئجاره مع المورد أو المنتج أو المفاوض، ويكون المستأجر مسؤولاً عما يترتب على تحديده لأوصاف الأصل)³.

1 تحرير الكلام في مسائل الالتزام 73، الفتاوى 343/29، الاختيارات ص331، الفروع 92/11.

2 القواعد النورانية ص302.

3 كان في مشروع النظام: (ويكون المستأجر مسؤولاً عما يترتب على اختياره للأصل) ولعل بين الصياغتين فرق مؤثر في النتيجة، فالصياغة التي اعتمدت أخص، وأقرب للمقتضى الشرعي من صياغة المشروع (المسودة).

المسألة الثانية

تملك المؤجر للدفعة المقدمة

تعتمد كثير من المؤسسات المالية الإسلامية عند التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك إلى مطالبة العميل بدفعة مقدمة تصل أحيانا إلى ثلث أو نصف قيمة العين، ثم في جدول السداد تضخم الأجرة (أصلا وعائدا) في بداية العقد ثم تتناقص تدريجيا، وذلك تفاديا لأحد المقتضيات الشرعية لعقد الإجارة، وهو إرجاع الأجرة التي لم تستوف منفعتها في حال فسخ العقد أو انفساخه، وهذه الطريقة وسيلة من وسائل حماية المخاطر.

جاء في كتاب الاستكتاب: (تجد البنوك صعوبة في الالتزام برد أي مبلغ جرى تسلمه ضمن عقد الإجارة، لأن أي مبلغ جرى تسلمه ضمن عقد الإجارة ويكون قابلا للرد يجب أن يسجل في جانب الخصوم في دفاتر البنك، والحال أن المؤجر يريد تسجيله على صفة دخل وليس التزاما)¹.

أولا: طريقة توزيع الأجرة من حيث الأصل:

الأصل جواز توزيع الأجرة حسب الفترات الإيجارية بحسب ما اتفق عليه الطرفان، ولا يصار إلى توزيع الأجرة بالتساوي إلا عند الإطلاق، وعلى هذا تقرير عامة الفقهاء. جاء في بدائع الصنائع 200/4: (وإن اختار الفسخ؛ يرد النصف إلى المستأجر؛ لأن الأجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له إلا منفعة نصف المدة).

وقال ابن عابدين 11/6 في بعض صور الإجارة: (وهي أن يؤجرها ثلاثين سنة عقودا متوالية... ويجعل معظم الأجرة للسنة الأخيرة والباقي لما قبلها... وأما جعل الأجرة القليلة لما عدا الأخيرة؛ فلئلا يفسخ المؤجر الإجارة في تلك الأيام).

وجاء في المدونة 454/3: (قلت: رأيت إن استأجرت ظئرا ترضع لي صبيين سنتين فأرضعتهما لي سنة، ثم مات أحدهما؟ قال: يوضع عن الأبوين بقدر ما بقي من رضاع هذا الميت وذلك ربع الإجارة؛ لأن النصف قد أوفتهما في السنة التي أرضعت لهم، وبقي نصف الإجارة، فمات أحد الصبيين فبطل نصف النصف من الأجرة وهو ربع الجميع. وهذا رأي إلا أن يكون ذلك يختلف فيحمل على رخص الكراء وغلائه في إبان تلك السنتين، لعله يكون للشقاء كراء وللصيف كراء، وأسواقه مختلفة، وللصغير كراء، وللصبي إذا تحرك كراء آخر؛ فيحملون على ذلك بحال ما وصفت لك من الكراء أو الإجارة).

وجاء في نهاية المحتاج 306/5: (وإذا أجر شيئا أكثر من سنة، لم يجب تقدير حصة كل سنة؛ كما لو استأجر سنة، لا يجب تقدير حصة كل شهر. وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنين).

وقال في موضع آخر 317/5: (فيستقر قسطه من المسمى بالنظر لأجرة المثل، بأن تقوم منفعة المدة الماضية والباقية ويوزع المسمى على نسبة قيمتهما وقت العقد دون ما بعده، فلو كانت مدة الإجارة سنة ومضى نصفها وأجرة مثله مثلا أجرة النصف الباقي وجب من المسمى ثلثاه أو بالعكس فثلثه لا على نسبة المدتين؛ لاختلافهما، إذ قد تزيد أجرة شهر على شهر).

وقال في موضع آخر 330/5: (ولو أجر بأجرة مقسطة فكتب الشهود الأجرة إجمالا، ثم قسطت بما لا يطابق الإجمال؛ فإن لم يمكن الجمع؛ تحالفا؛ لأن تعارض دينك أوجب سقوطهما، وإن أمكن؛ كأن قالوا: أربع سنين بأربعة آلاف، كل شهر مائتا درهم وعشرة دراهم، حُمل على تقسيط المبلغ على أول المدة، فيفضل بعد تسعة عشر شهرا: عشرة دراهم، تقسط على ما يخصها

1 وينظر أيضا: طرق توقي مخاطر الملكية ص 22-27.

من الشهر، وهو يوم من أول الشهر العشرين، وثلاثة أسابيع يوم؛ لأن حصة كل يوم سبعة).

وجاء في المغني 28/8: (إن كان أجر المدة متساويا، فعليه بقدر ما مضى؛ إن كان قد مضى النصف، فعليه نصف الأجر، وإن كان قد مضى الثلث، فعليه الثلث، كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي. وإن كان مختلفا، كدار أجزاها في الشتاء أكثر من أجزاها في الصيف، وأرض أجزاها في الصيف أكثر من الشتاء، أو دار لها موسم، كدور مكة، رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، ويقسط الأجر المسعى على حسب قيمة المنفعة، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع).

وجاء في كشاف القناع 36/9: (ولو استؤجر لحفر بئر، عشرة أذرع طولاً، وعشرة أذرع عرضاً، وعشرة أذرع عمقاً، فحفر الأجير خمسة طولاً في خمسة عرضاً في خمسة عمقاً، وأردت أن تعرف ما يستحقه من الأجرة المسماة له؛ فاضرب عشرة في عشرة؛ تبلغ مائة؛ ثم اضرب المائة في عشرة تبلغ ألفاً، فهي التي استؤجر لحفرها. واضرب خمسة في خمسة؛ بخمسة وعشرين؛ ثم اضربها في خمسة بمائة وخمسة وعشرين وذلك الذي حفره، وإذا نسبت ذلك إلى الألف وجدته: ثمن الألف، فله ثمن الأجرة؛ لأنه وفي بئمن العمل إن وجب له شيء من الأجرة، بأن ترك العمل لنحو صخرة منعه من الحفر).

وقال في موضع آخر 87/9: (فإن فسح الأجير كان له من الأجر بحصة ما عمل؛ لأن المانع من الإتمام ليس من قبله، فيقسط الأجر المسعى على ما بقي من العمل، وعلى ما عمل الأجير فيقال: كم أجر ما عمل؟ وكم أجر ما بقي؟ فيقسط الأجر المسعى عليهما، فإذا فرضنا أن أجر ما عمل عشرة، وما بقي خمسة عشر، فله خمسان. ولا يجوز تقسيطه أي الأجر على عدد الأذرع؛ لأن أعلى البئر يسهل نقل التراب منه، وأسفله يشق ذلك أي نقل التراب فيه).

وقال ابن تيمية في مختصر الفتاوى المصرية ص376: (المنفعة بالنسبة إلى الزمان قد تختلف، فتكون قيمتها في الشتاء أكثر منها في الصيف، وبالعكس؛ فلو قدر أنها انفسخت في بعض الحول لسقطت الأجرة في مثل ذلك بالقيمة إلا بأجزاء الزمان، فيقال: كم قيمته وقت الصيف؟ وكم قيمته وقت الشتاء؟ فتقسم الأجرة ويحسب لكل من الأجرة بقدر قيمته).

وقال في الفتاوى 298/30: (حصول المنفعة في بعض زمن الإجارة، أو بعض أجزاء العين المستأجرة؛ فهذا تسقط فيه الأجرة على قدر ذلك، ويجب بقسط ما حصل من المنفعة، وتكون الأجرة مقسومة على قدر قيمة الأمكنة والأزمنة؛ فإن كلا منهما قد يكون متماثلاً، وقد يكون مختلفاً؛ بأن يكون بعض الأرض خيراً من بعض، وكري بعض فصول السنة أعلى من بعض).

وقال ابن القيم: (إذا استأجر منه داراً مدة سنين بأجرة معلومة فخاف أن يغيره المؤجر في آخر المدة ويتسبب إلى فسح الإجارة، فالحيلة في ذلك: أن يسى لكل سنة أجراً معلوماً، ويجعل أجرة السنين المتأخرة معظم الأجرة، وأقلها للسنين الأولى. وعكسه: إذا خاف المؤجر مكر المستأجر وغدره في المستقبل، جعل معظم الأجرة في السنين الأولى، وأقلها في الأواخر)².

ثانياً: الترخيص الفقهي للدفعة المقدمة:

الدفعة المقدمة من العميل في التمويل بالإجارة³:

1. إما أن تكون أجرة معجلة، وهذا هو الأكثر في التطبيق.
2. وإما أن تكون حصة في تملك عين لغرض استئجار حصة مؤسسة التمويل لاحقاً.
3. وإما أن تكون أمانة في يد المؤسسة؛ لأغراض ائتمانية، أو لأغراض الصيانة.

1 يقرر هنا أحد آثار فسح عقد الإجارة. وينظر: الفتاوى 187-186/30 و257.

2 إعلام الموقعين 337/3، وإغاثة اللهفان 3/2. والنص منقول من الموضوعين بتصرف يسير. وينظر: عيون المستجدات الفقهية، للفقيه المحقق د.نزيه كمال حماد ص502 و503 و504.

3 وقد تكون عربوناً من العميل، وعند إمضاء عقد الإجارة يكون جزءاً معجلاً من الأجرة. والكلام في عقد الإجارة البات.

وفي جميع الأحوال يخضع تخريج الدفعة المقدمة لما اتفق عليه الطرفان في عقد الإجارة.

ثالثا: حكم الأجرة المعجلة:

لقد نص عامة الفقهاء على جواز التعجيل والتأجيل في دفع الأجرة¹، وخلافا للمذاهب الأربعة؛ منعها ابن حزم في المحلى 183/8 فقال: (لا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة، ولا تعجيل شيء منها، ولا اشتراط تأخيرها إلى أجل ولا تأخير شيء منها... لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل). والأظهر قول المذاهب الأربعة، وهو ما قرره المعيار الشرعي للإجارة بند 2/6: (يجوز اشتراط تعجيل الأجرة، كما يجوز تقسيطها).

فلا يظهر ما يمنع من اشتمال الأجرة على دفعة مقدمة مقابل استيفاء المنافع، ويفضل أن تسمى في التمويل بالإجارة: (أجرة معجلة) لثلاث تشبهه بعقد التمويل بالمربحة. كما هو الحال في تسمية الدفعات الإيجارية والتملك المبكر في الإجارة، في مقابل أقساط المربحة والسداد المبكر: لاختلاف الأحكام بين المربحة والإجارة.

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين² إلى منع الدفعة المقدمة في عقد الإجارة، لأن هذا الحكم يناسب عقد البيع دون عقد الإجارة فلا موجب له حينئذ، كما أن استثناء المؤجر به دون استيفاء المنفعة يعد أكلا للمال بالباطل. ويمكن الإجابة عن ذلك بتحرير الفقرة التالية المعنية بأثر تعجيل الأجرة.

رابعا: الأثر المترتب على تعجيل الأجرة:

الذي يظهر أنه عند الحكم بجواز تعجيل الأجرة، نحتاج إلى ضبط الآثار المترتبة على ذلك، ومن ذلك وقت استحقاق الأجرة المعجلة ولهذا أثر في تسويتها عند فسخ العقد قبل انتهاء مدته، ومدى تحقق الغرر في ذلك.

ورغم ما سبق نقله من كلام الفقهاء من أن توزيع الأجرة على مدة العقد خاضع لاتفاق الطرفين؛ فيتبع حينئذ وقت استحقاق الأجرة ما جرى الاتفاق عليه بين الطرفين في جدول السداد في توزيع الأجرة على فترات الإجارة، إلا أن الأولى مراعاة العدالة في ذلك، فيكون توزيع الأجرة بطريقة عادلة وليس بالضرورة أن تكون متساوية³.

فبعض التطبيقات لاسيما في إجارة السيارات المنتهية بالتمليك؛ تجعل أجرة الفترات الأولى ضخمة جدا تفوق أجرة المثل سواء في السوق الفعلي أو السوق التمويلي أضعافا مضاعفة، ثم تجعل أجرة الفترات الأخيرة تافهة. وتجعل هذا الجدول هو الحاكم عند فسخ العقد أو انفساخه، والذي يصر إليه عند النزاع، وفي ضوءه تحتسب معادلة التلف وتعويض التأمين، بينما تضع جدولا آخر للسداد الفعلي وهو الذي تسجل فيه المبالغ على نحو متساو وتحسم من حساب العميل شهريا، وهذا الجدول لا يلتفت إليه في حالات الفسخ⁴.

ومهما يكن من أمر، فقد رأت بعض الاجتهادات الشرعية معالجة الأجرة المعجلة في تطبيقات المؤسسات المالية، على النحو

1 بدائع الصنائع 179/4، 195، 201، والشرح الصغير 12/4، ونهاية المحتاج 265/5، وشرح المنتهى 74/5.

2 ينظر: بحث د. سعد الشثري عن الإجارة المنتهية بالتمليك. وبحث ش. عبدالله بن منيع عن الإيجار مع الوعد بالتمليك ماله وما عليه، ونص تحفظه على قرار هيئة كبار العلماء.

3 بحث حق الانتفاع العقاري، د. يوسف الشبيلي، أبحاث مؤتمر شوري الخامس ص 169 و 171.

4 نشأت فكرة وضع جدولين باجتهادات من بعض الهيئات الشرعية؛ لغرض معالجة احتمال ارتفاع الأجرة التمويلية عن أجرة المثل في حال الانفساخ، إلا أن ممارسات عدد من البنوك وشركات التمويل على خلاف ذلك، فقد استغلت فكرة الجدولين لتغطية مخاطر إعادة الدفعة الأولى أو المبالغ التي تزيد على الأجرة المعتادة، وذلك بتضخيم أجرة الفترات الأولى على النحو المذكور.

التالي:

1. ما جاء في معيار الإجارة بند 2/6: (الأجرة المعجلة بالاشتراط أو الحالة بسبب التأخير في السداد تخضع للتسوية في آخر مدة الإجارة أو عند انفساخها قبيل نهاية المدة).
2. وجاء في ندوة البركة (7/15) فقرة (ج) عام 1998م: (يجوز أن ينص في عقد الإجارة على أن المبلغ المدفوع مقدما هو دفعة معجلة من الأجرة، وحينئذ إما أن يطلق النص فيكون المبلغ المعجل جزءا من أجرة جميع المدة، فإذا فسخت الإجارة استحق المؤجر من المبلغ المعجل ما يتناسب مع المدة المنتفع بها بالإضافة لأجرة تلك المدة. وإما أن ينص على أن المبلغ المدفوع مقدما أجرة لفترة من بداية مدة العقد فيستحق المؤجر ذلك المبلغ بمجرد الانتفاع بتلك الفترة).
3. وجاء في فتاوى أعيان للإجارة 232/1 و234 عام 2000م: (الدفعة المقدمة هي جزء من الأجرة الإجمالية لمدة عقد الإجارة، فتقسم على كامل مدة العقد... ويمكن الاتفاق مع المستأجر على اعتبار أن الدفعة المقدمة هي جزء من إيجار السنة الأولى فقط أو من إيجار نصف السنة الأولى أو هي أجرة الشهر الأول، فإن وافق فلا مانع عندئذ من عدم إرجاعها له ما دام قد انتفع بالعين المدة التي تشملها الدفعة المقدمة أيا كانت هذه المدة قصيرة أو طويلة)¹.
4. وجاء في قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي 304/1: (ينبغي أن تكون الدفعة الأولى داخلة في التصفية).

1 وينظر: فتاوى أعيان 173/2 و203 و265/1. وراجع حولية البركة العاشرة ص213.

المسألة الثالثة

دفع الأجرة في فترة الصيانة

جاء في كتاب الاستكتاب: (يتعرض محل عقد الإجارة سواء كان في المعدات أو الطائرات أو المنازل إلى الحاجة إلى الصيانة، وخلال هذه الفترة تتوقف المنافع، ولما كانت الأجرة هي مقابل المنافع فإن المؤجر لا يستحق أجرة عنها. إلا أن استمرار التدفقات النقدية بصورة منتظمة وبغير انقطاع (لاسيما إذا كان انقطاعا لا يمكن توقعه) أمر في غاية الأهمية بالنسبة للبنوك، وبدون هذا الانتظام تكون عملية التصكيك عالية المخاطر. فهل يجوز إلزام المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة بصورة مستمرة بغير انقطاع حتى خلال فترات الصيانة؟¹.

أولا: حكم إلزام المستأجر بدفع أجرة مقابل مدة لم يستوف منفعتها:

إن كان هذا التوقف بسبب تعدي المستأجر، أو بسبب الصيانة التشغيلية الواجبة عليه، أو بسبب الصيانة الأساسية المشروطة عليه (كما سبق في المسألة الأولى)، فمن لوازم ذلك وجوب استمرار المستأجر في دفع الأجرة، باعتبار أن هذا التوقف بسببه. جاء في المعيار الشرعي للإجارة البند 6/1/5: (إذا فانت المنفعة كلياً أو جزئياً بتعدي المستأجر مع بقاء العين، فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة).

وأما إن كان بدون تعد منه أو بسبب الصيانة غير الواجبة عليه، فلا يجوز إلزامه باستمرار دفع الأجرة.

قال ابن قدامة في المغني 34/8: (وإن شرط على مكثري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها).

وجاء في نهاية المحتاج 267/5: (ولو اكرى نحو حمام مدة يعلم عادة تعطيلها فيها لنحو عمارة، فإن شرط احتساب مدة التعطيل من الإجارة وجهلت فسدت).

إلا أن بعض الاجتهادات الشرعية رأيت إمكان استمرار المستأجر في دفع الأجرة لأغراض محاسبية، مع تعويض المستأجر عنها في نهاية عقد الإجارة، ومن ذلك:

1. ما جاء في المعيار الشرعي للإجارة بند 5/1/7: (في حالة الهلاك الجزئي للعين المخل بالمنفعة يحق للمستأجر فسخ الإجارة، ويجوز أن يتفقا في حينه على تعديل الأجرة في حالة الهلاك الجزئي للعين إذا تخلى المستأجر عن حقه في فسخ العقد، ولا يستحق المؤجر أجرة عن مدة التوقف عن الانتفاع إلا إذا عوضها (بالاتفاق مع المستأجر) بمثلها عقب انتهاء المدة المبينة في العقد).

2. وقالت الهيئة الشرعية لبنك البلاد: (لأغراض محاسبية يمكن أن يستمر العميل في دفع الأجرة عن المدة التي تعطلت فيها المنفعة، على أن ترد للعميل تلك الأجرة حال فسخ العقد، ويمكن معالجتها في حال الاستمرار في العقد بما يتفق البنك والعميل عليه، ومن الخيارات ما يأتي:

أ. تمديد الإجارة بقدر تلك المدة بلا عوض.

1 وينظر: طرق توقي مخاطر الملكية ص32-33، صكوك التمويل الإسلامية ص163.

ب. اختيار عدم تملك العقار مع إعادة أجرة المدة التي لم يستوف العميل منفعتها.

ج. تملك العقار واعتبار تلك الأجرة جزءاً من ثمن التملك¹.

على أنه ينبغي أن يكون هذا الاتفاق في حينه، وليس مشروطاً ابتداءً في عقد الإجارة، لئلا يفضي إلى جهالة مدة الإجارة، وهي من شروط صحة العقد، قال ابن قدامة في المغني 34/8: (لا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولاً).

1 قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد (71) عام 2013م، والدليل الشرعي للتمويل العقاري ص 81.

المسألة الرابعة

الأجرة المتغيرة¹

أولاً: المقصود بالمسألة:

المقصود هو ربط تحديد الأجرة في الإجارة التمويلية بمؤشر تكلفة التمويل، وذلك بسبب طول فترة الإجارة، وغالبا ما يكون ذلك في العقارات والطائرات والأصول المعمرة التي تطول فيها مدة الإجارة.

ثانياً: تخريج المسألة:

خرّج بعض الفقهاء المعاصرين هذه المسألة على ما جرى خلاف الفقهاء فيه من ربط أجرة الأجير بطعامه وكسوته باعتبار أن ما سيُدفع للأجير مقابل ما يأكله ويلبسه غير معلوم حين عقد الإجارة، إلا أنه قد ربط بمعيار منضبط وهو العرف².

قال ابن رشد في بداية المجتهد 2/227: (وسبب الخلاف: اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء هل هو من الغرر المعفو عنه، أو المنهي عنه، ومن هذا الباب اختلافهم في استئجار الأجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر، فمنع الشافعي ذلك على الإطلاق، وأجاز ذلك مالك على الإطلاق، أعني في كل أجير، وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط. وسبب الخلاف: هل هي إجارة مجهولة أم ليست مجهولة).

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الجواز، وهو مذهب المالكية³، والحنابلة⁴. ومستنده:

1. حديث: (إن موسى أجر نفسه ثماني سنين أو عشرا، على عفة فرجه، وطعام بطنه)⁵.
2. ولما روي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم: أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم، ولم يظهر له نكير فكان كالإجماع⁶.
3. وأثر أبي هريرة: أجزت نفسي على طعام بطني، وعقبة رجلي⁷.
4. والقياس على الظئر، وقد ثبتت بالنص في قوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف).

القول الثاني: المنع، وهو مذهب الحنفية⁸، والشافعية⁹: لأن ذلك يختلف اختلافا كثيرا فيكون مجهولا، والأجر من شرطه أن يكون معلوما.

1 جاء في كتاب الاستكتاب أن ما أجازته مجمع الفقه الإسلامي الدولي من الأجرة المتغيرة مغاير لما في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، ولم يظهر لي ذلك، فاكتفيت ببحث أصل المسألة.

2 ملتقى المراجعة بريح متغير ص45.

3 بداية المجتهد 2/227.

4 المغني 68/8، وكشاف القناع 42/9. وبعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيم، يرى جواز ذلك حتى في استئجار الدابة بعلفها (كشاف القناع 46/9).

5 أخرجه ابن ماجة (2444) وغيره.

6 المغني 68/8 و69، وكشاف القناع 42/9.

7 أخرجه ابن ماجة (2445) وغيره.

8 بدائع الصنائع 193/4. واستثنى الحنفية الظئر (المرضع) استحسانا للنص.

9 تحفة المحتاج 127/6 و130.

ثالثاً: حكم المسألة:

وتبعاً لذلك اختلف الفقهاء المعاصرون في الأجرة المتغيرة على قولين:

القول الأول: الجواز.

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وقرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، والمعايير الشرعية، وعمامة الهيئات الشرعية على هذا القول، وأكثر الفقهاء المعاصرين.

مع مراعاة ما يأتي:

1. أن تكون الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة.

2. أن يكون للمؤشر حد أعلى وحد أدنى.

القول الثاني: المنع.

وأبرز أنصار هذا القول: الشيخ المختار السلامي -رحمه الله-¹، ود.نزيه حماد²، والشيخ عبدالله بن منيع³، وعدد من المعاصرين⁴.

ومستند هذا القول: ما في هذا الإجراء من انتفاء العلم بالأجرة، والجهالة والغرر المفسدين للعقد.

قال الشيخ ابن منيع: (لا أعرف أحداً من أهل العلم، ممن يعتد بعلمه، قال بجواز تغير الأجرة وفق تقلب الأسواق بعد إبرام العقود)⁵.

وقال د.نزيه حماد: (هذه الصورة المستجدة من الإجارة: فاسدة محظورة في النظر الفقهي، وأن كل ما صدر في جوازها من مقولات وتعليقات، لا يمت إلى الصواب بسبب ولا نسب)⁶.

1 أبحاث ندوة البركة الثامنة والعشرون ص 11.

2 كيفية تحديد الأجور ص 167.

3 بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي 4 / 325 و326 و335 و336، ومناقشات ملتقى المراجع بربح متغير ص 202 و228.

4 الأبحاث المقدمة إلى مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثامنة والثانية عشرة، والأبحاث المقدمة إلى مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين.

5 بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي 4 / 336.

6 كيفية تحديد الأجور ص 167.

المسألة الخامسة ضمان المستأجر لشركة التأمين

لهذه المسألة صور منها:

الصورة الأولى:

أن يتحمل المؤجر تبعة هلاك العين، ثم يؤمن عليها لدى شركة التأمين، ثم توضع ضوابط لإخفاق شركة التأمين تؤول إلى تضمين المستأجر بنقل تبعات الملكية الأخرى إلى المستأجر، أو يشترط على المستأجر ما يتعذر أو يعجز عن تنفيذه وتطبيقه (بصفته وكيلا عن المؤجر في صيانة وتأمين العين المؤجرة) وذلك لغرض تحميله ضمان العين أو الفرق بين تعويض التأمين والمتبقي من أقساط الأجرة، وكثيرا ما يتكرر هذا الشرط في صكوك الإجارة، وهو أن يضمن عقد وكالة الخدمات التي تتضمن توكيل المؤجر للمستأجر بمتابعة تنفيذ الصيانة والتأمين، بالتعاقد مع شركات مؤهلة، والحصول على تأمين مناسب، ثم وضع شروط يتعذر تطبيقها، لتؤول هذه الشروط والقيود إلى تضمين المستأجر بدلا عن شركة التأمين، ومن الأمثلة التي تكرر في هذا الصدد أن تدفع شركة التأمين تعويض الضرر أثناء 30 يوما تاريخ وقوع الضرر، وإن مضي هذه المدة دون دفع شركة التأمين، يعد تقصيرا وإهمالا من قبل المستأجر (وكيل الخدمات) في اختيار شركات ذات كفاءة وخبرة وعناية¹.

وهذا فيه احتمالان:

الاحتمال الأول: الجواز، لعموم النص: (المسلمون على شروطهم).

الاحتمال الثاني: المنع، وهو الأظهر عندي؛ لأمر:

1. أن هذا من التحايل على تحميل العميل تلف العين، لأن هذه المدة لا تكفي في أعراف شركات التأمين في دفع تعويض الخطر الذي تحقق في المعاملة المذكورة، لا سيما مع ضخامة مبالغ التعويضات المطلوبة كما في تمويلات المشاريع والأصول ذات القيمة العالية.
2. تخريجا على ما جاء في المعيار الشرعي بشأن ضمان مدير الاستثمار، البند 6/3: "لا يجوز أن يشترط على مدير الاستثمار ما لا يمكن تنفيذه عادة لغرض تحميله الضمان".

الصورة الثانية:

أن يوقع المؤجر مع المستأجر عقد وكالة خدمات، للتعاقد ومتابعة تنفيذ صيانة العين الأساسية والتأمين، ثم يشترط عليه كفالته لشركة الصيانة وشركة التأمين، وقد رأت بعض الهيئات الشرعية جواز تضمين المستأجر في عقد وكالة الخدمات بأن يضمن شركة التأمين والصيانة في أداء التزاماتها، وذلك استنادا إلى رواية في مذهب الحنابلة نقلها ابن قدامة؛ جاء في المغني 114/8: (إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد... ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصره الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه. وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه).

1 صكوك التمويل الإسلامية ص 151، طرق توقي مخاطر الملكية ص 34 و 35.

والذي يظهر لي المنع؛ لأن في ذلك تحايل على تحميل العين تلف العين، وهذا هو الفارق المؤثر كما سبق بين البيع والإجارة، وليس للمؤجر التحلل منه.

المسألة السادسة

هيكل الإيجارين

أولاً: صورة هذه الهيكلية:

تنتشر هذه الصيغة في البنوك الإسلامية الماليزية، ولها صور منها¹:

1. أن يكون العميل مالكا للعقار، فيستأجره البنك من العميل بأجرة حائلة، ثم يؤجره البنك للعميل بأكثر منها مؤجلا للمدة نفسها.
2. أن يكون العميل غير مالك للعقار، فيشتري العميل العقار بنفسه من مالكة، ويطلب منه إمهاله لسداد الثمن، ثم بعد تملك العميل للعقار، يستأجره البنك منه بأجرة حائلة (تساوي ثمن العقار) ليتمكن العميل من الوفاء بثمان العقار لمالكة (من الأجرة الحائلة)، ثم بعد ذلك يؤجره البنك للعميل بأكثر منها مؤجلا للمدة نفسها.
3. أن يكون العميل غير مالك للعقار، فيشتري العميل العقار بنفسه من مالكة، ويسدد ثمنه لمالكة من حصيلة معاملة تورق يجريها العميل مع البنك، ثم بعد تملك العميل للعقار، يستأجره البنك من العميل بأجرة حائلة (تساوي دين التورق) فتتم المقاصة بينهما، ثم بعد ذلك يؤجره البنك للعميل بأكثر منها مؤجلا للمدة نفسها.

ثانياً: الغرض من هذه الهيكلية:

لهذه الهيكلية عدة أغراض منها²:

1. تجاوز منع الإجراءات الحكومية التي تمنع تسجيل الأصول السيادية لطرف ثالث.
2. تجاوز الإجراءات القانونية المطولة وتكاليف التسجيل والتوثيق والضريبة، لأن تملك البنك له ثم تأجيره للعميل ثم تملكه إياه، يعني الخضوع لتلك الإجراءات مرتين.
3. تفادي مخاطر الصيانة الأساسية (الهيكلية).

ثالثاً: حكم هذه الهيكلية:

هذه الهيكلية قائمة على (إجارة العين لمؤجرها)، وترد هذه الصورة تحت حكم إجارة العين المؤجرة (الإيجار من الباطن)، إلا أن المستأجر هنا يؤجرها للمؤجر نفسه، وأكثر الفقهاء على تقييد هذه المسألة؛ بألا تكون عينة إيجارية، أو عينة في الإجارة، عدا الشافعية فلم أر لهم تفريقاً بالجواز؛ ولعل منشأ ذلك أصل قولهم في العينة.

جاء في الدر المختار 5/56: (للمستأجر أن يؤجر المؤجر بعد قبضه، قيل: وقبله من غير مؤجره. وأما من مؤجره؛ فلا يجوز للزوم تملك المالك). وقال في رد المحتار محشياً: (من غير مؤجره؛ سواء كان مؤجره مالكا أو مستأجرا من المالك؛ كما يفيد التعليل الآتي؛ لأن المستأجر من المالك؛ مالك للمنفعة).

وفي الجوهرة النيرة 3/329: (وإذا أجر المستأجر الدار أو الأرض ممن أجره، إن كان قبل القبض لم يجز إجماعاً، وكذا بعد القبض عندنا، خلافاً للشافعي).

وجاء في الموسوعة الفقهية 1/268: (ترى اللجنة أن إباحة إيجار المستأجر للمؤجر نفس العين المستأجرة في أكثر الصور؛ تشبه

1 صكوك التمويل الإسلامية ص 70 و72، طرق توقي مخاطر الملكية ص 20 و21.

2 صكوك التمويل الإسلامية ص 72 و157، طرق توقي مخاطر الملكية ص 20.

بيع العينة المنهى عنه، ولعل هذا ما دعا الحنفية إلى منع ذلك).

وتعليل الحنفية قد يحتمل العينة كما جاء في تقرير لجنة الموسوعة، وقد يحتمل غير ذلك؛ لأن المنع عندهم مطلق في جميع الصور.

أما المالكية والحنابلة فقد أجازوا أن يؤجر المستأجر المالك ولو بزيادة؛ على ألا يكون حيلة على العينة:

جاء في الشرح الكبير للدردير 9/4: (وجاز استئجار المالك المؤجر لداره أو دابته مثلاً منه، أي من المستأجر؛ إلا لتهمة سلف جر منفعة؛ كإيجاره بعشرة لأجل، واستئجارها بثمانية نقدا).

وفي الإنصاف 340/14: (الذي ينبغي أن تقيد هذه المسألة فيما إذا أجرها لمؤجرها، بما إذا لم يكن حيلة. فإن كان حيلة¹؛ لم يجز قولاً واحداً، ولعله مراد الأصحاب، وهي شبهة بمسألة العينة وعكسها).

وفي شرح المنتهى 31/4: (فتصح من مستأجر حتى لمؤجرها ولو بزيادة؛ ما لم تكن حيلة كعينة؛ بأن استأجرها بأجرة حالة نقداً، ثم أجرها بأكثر منه مؤجلاً؛ فلا يصح حسماً لمادة ربا النسئنة).

فالذي يظهر أن هذه الهيكلية من قبيل عكس العينة، وإنما قد جرى التعامل بها لدى البنوك الإسلامية الماليزية بناء على ما عليه العمل عندهم بجواز بيع العينة، بناء على فهم اللجان الشرعية هناك لمذهب الشافعية في ذلك.

والذي عليه عامة الفقهاء المعاصرين هو تحريم عكس العينة، كالعينة نفسها، ومن ذلك العينة الإيجارية، وبالمنع صدر المعيار الشرعي للإجارة في البند 4/3: (يجوز للمستأجر إجارة العين لمالكها نفسه في مدة الإجارة الأولى بأقل من الأجرة الأولى أو بمثلها أو بأكثر منها إذا كانت الأجرتان معجلتين. ولا يجوز ذلك إذا كان يترتب عليها عقد عينة: بتغيير في الأجرة أو في الأجل، مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة حالة، ثم يؤجرها المستأجر إلى نفس المؤجر بمائة وعشرة مؤجلة، أو أن تقع الإجارة الأولى بمائة وعشرة مؤجلة ثم تقع الإجارة الثانية بمائة نقداً، أو أن تكون الأجرة في الإجارتين واحدة، غير أنها في الأولى مؤجلة بشهر، وفي الثانية بشهرين).

1 عبارة (فإن كان حيلة) من طبعة الفقي، وسقطت من طبعة التركي.

المسألة السابعة تعويض المستأجر المؤجر

أولاً: صورة المسألة:

جاء في كتاب الاستكتاب: (مع أن العقد في ظاهره عقد إجارة إلا أن أنظمة البنوك وإجراءاتها المحاسبية تتعامل مع مبلغ الأجرة الكلية كدين ثابت في ذمة العميل (وليس ديناً غير مستقر لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة) ولذلك قد تحصل من العميل على سند لأمر مقابل الأجرة، ولو هلك الأصل ودفعت شركة التأمين مبلغاً يقل عن المبلغ المتبقي من الأجرة الكلية رجع البنك على العميل لدفع الفرق بينهما، إذا إن الأجرة الكلية تعد ديناً في ذمة العميل. فهل لمثل هذه الإجراءات وجه من القبول الشرعي؟¹).

ثانياً: حكم المسألة:

ذهب عامة الفقهاء إلى أن الأجرة تجب بالعقد (فتثبت في ذمة المستأجر)، وتستحق باستيفاء المنفعة أو بالتمكين من استيفائها لا بمجرد توقيع العقد (فيملك المؤجر حينئذ المطالبة بها)، وتستقر بمضي المدة.

ولا مانع من توثيق التعامل بأخذ سند لأمر من المستأجر بما يساوي دين الأجرة، إلا أنه لا يستوفي منه إلا بقدر الدين المستحق للممول في ذمة العميل (المستأجر) والذي يكون مقابل المنفعة التي تم استيفاؤها.

ولا يجوز مطالبة العميل بدين الأجرة المتبقي بعد تلف العين، فإن ذلك يجعل عقد الإجارة صورياً، إذ لا فرق حينئذ بين عقد الإيجار التمويلي وعقد القرض بفائدة.

وفي بعض تطبيقات عقد الإيجار التمويلي يجري هذا التعويض على صورة شرط بالتزام المستأجر بشراء العين المؤجرة عند الهلاك بالمتبقي من أقساط الأجرة، وهذا الشرط يفضي إلى تحلل المؤجر من تبعات الملكية عند التلف، وسبق تكرار منعه. جاء في المعيار الشرعي بشأن إعادة الشراء البند 6/1/5: (لا يجوز أن يلزم الواعد بتنفيذ الوعد في حال التلف الكلي للعين الموعود ببيعها أو بشرائها).

هذا ما تيسر تحريره في الإجابة عن المسائل الواردة في كتاب الاستكتاب، وبالله تعالى التوفيق.

1 طرق توفيق مخاطر الملكية ص 25 و36 و37.

الموضوع الثالث:

مسائل في الجهالة التي تؤول إلى العلم

محاور موضوع: مسائل في الجهالة التي تؤول إلى العلم

اتجهت الفتاوى المعاصرة في مجال الأعمال المصرفية الإسلامية إلى القول بجواز عقود منطوية على جهالة بناء على تقعيد مفاده ان الجهالة التي تؤول إلى العلم لا تفسد عقد المعاوضة، ومن أشهر تلك الفتاوى التي أجازت ربط الأجرة في عقود الإيجار المنتهي بالتمليك بمؤشر تتغير الأجرة بناء عليه، لكنه مؤشر منضبط يؤول إلى العلم وان كان مجهولاً ابتداءً، (مثل ليبور ونحو ذلك). ولم يكن ثم خلاف بين هؤلاء العلماء في وجود الجهالة لكن إجازتهم للعقود كانت بناء على ان هذه الجهالة "تؤول إلى العلم" وهذا ترتفع فلا تؤثر في صحة العقد. وقد طلبت إدارة ندوة مستقبل العمل المصري الإسلامي في موسمها الثاني عشر من أصحاب الفضيلة العلماء بحث الأحكام الشرعية في مسائل الجهالة التي تؤول إلى العلم الأتية:

- 1- ما معنى "الجهالة التي تؤول إلى العلم"، وهل يقتصر هذا الجواز على الجهالة اليسيرة أم تشمل الجهالة الفاحشة أيضاً.
- 2- هل يلزم أن ترتفع الجهالة بالعلم في مجلس العقد أم في أي وقت في المستقبل؟
- 3- هل يمكن أن تعد الأيلولة إلى العلم ضابطاً للجهالة بحيث يقال: كل جهالة تؤول إلى العلم فإنها لا تفسد العقد.
- 4- هل يمكن اعتبار هذه القاعدة (الأيلولة للعلم) بديلاً عن الضابط الذي يرد في المصنفات الفقهية حول الجهالة وهو الإفضاء للنزاع في قولهم: "كل جهالة تفضي إلى النزاع فهي مفسدة للعقد".
- 5- هل يجد مفهوم "الجهالة التي تؤول إلى العلم" مستنداً من أقوال الفقهاء القدامى أو أصل يقاس عليه، أم أنها اجتهاد جديد للفقهاء المعاصرين.
- 6- حصر لأشهر الفتاوى المعاصرة في المسألة (المجمّع، الأيوبي، البركة، الراجحي، ... إلخ)، والمقارنة بينها.
- 7- عرض لأشهر المنتجات المصرفية الإسلامية التي اعتمدت هذا المفهوم.

الجهالة التي تؤول إلى العلم

إعداد

أ. د. محمد بن علي القري

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 22-21 ربيع الثاني 1441 هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019 م.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين... وبعد:-

تحدث الإمام القرافي -رحمه الله- عن مقاصد الشريعة في العقود فقال: "قاعدة: مقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفتن، حتى بالغ في ذلك بقوله: (لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا)"⁽¹⁾.

ولذلك جاءت أحكام الشريعة في المعاقبات لتحقيق هذا المقصد العظيم، وذلك بإبعادها عن كل ما يؤدي إلى النزاع والخصومة والاختلاف والتنافر. ولا يكون ذلك إلا بتحقيق الرضا بين المتعاقدين، وكمال الإرادة وبلوغ الاختيار غايته، ولا سبيل إلى ذلك الرضا إلا بالعلم بجميع معطيات العقد، وبدون هذا العلم لن يتحقق الرضا. من أجل ذلك جاء نبي رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيوع الغرر، ويدخل في ذلك الجهالة⁽²⁾ التي تمنع تحقق العلم الذي ينبني عليه تمام الرضا.

ولم تختلف كلمة الفقهاء في أن العقد إذا أبرم على جهالة فهو مظنة الفساد، فاحتاجت العقود لتحقيق صحتها إلى رفع الجهالة حتى تنعقد صحيحة ملزمة لأطرافها، وحتى تنتهي إلى التسليم والتسليم الذي هو غرض العقد وغايته، إلا أن خلوّ العقد من الجهالة بشكل مطلق قد لا يتحقق في كل حال، فاحتاج الأمر إلى ضابط للجهالة التي تفسد العقد وتلك التي لا تؤثر على صحته.

أما عند جمهور الفقهاء وزفر من الحنفية فكل جهالة الأصل فيها عندهم أنها مفسدة للعقد، جاء في الموسوعة الفقهية: "جمهور الفقهاء وزفر من الحنفية على أن الجهالة تفسد العقد أدت إلى النزاع أم لا".

وإن كان ثمّ ضابط عند الجمهور فهو بالتفريق بين القليل والكثير من الجهالة، أو ما يسعى أحياناً الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة. وتوضيح الفرق يضربون الأمثال، فيقال: جهالة فاحشة، مثل: بيع حبل الحبلّة وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة والملاقيح، ويقولون جهالة يسيرة، مثل: أساس البيت وحشو الجبة، وهكذا.

قال القرافي في "الفروق": "الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: كثيرٌ ممتنع إجماعاً؛ كالطير في الهواء وبيع الحصاة والمنابذة والملامسة، وقليلٌ جائز إجماعاً؛ كأساس الدار وقطن الجبة، ومتوسطٌ اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني"⁽³⁾.

ولا سبيل إلى قياس هذه الجهالة ليعرف إن كانت كثيرة أم قليلة إلا بمزيد ضرب من الأمثلة. هذه الأمثلة تفيد كثيراً في إدراك معنى الجهالة، وطريقة تأثيرها على صحة العقود، لكن الاستفادة منها في التطبيق على مستجدات الأمور محدود.

1- الذخيرة، ج 5 ص 25، الحديث أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد من حديث أبي هريرة مرفوعاً.
2- يقول القرافي -رحمه الله-: "اعلم أن العلماء قد يتوسعون في عبارتي الغرر والجهالة فيستعملون إحداهما موضع الأخرى".
3- الفروق، ج 3، ص 265.

فعلى سبيل المثال: هل المرابحة بثمن متغير وهي من النوازل المعاصرة، هي كبيع الملاقيح، جهالتها فاحشة، أم مثل حشو الجبة جهالتها يسيرة؟

أما الحنفية فقد انتهى نظرهم في موضوع الجهالة إلى ضابط مفيد لما يكون من الجهالة مفسداً للعقود وهو: الإفضاء إلى النزاع⁽¹⁾.

قال في بدائع الصنائع⁽²⁾: "وهذا لأن الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة".

وفي حاشية ابن عابدين⁽³⁾: "والجهالة ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضيةً إلى النزاع".

وفي درر الحكام شرح غرر الأحكام⁽⁴⁾: "ولأن الجهالة إنما تفسد العقد إذا أفضت إلى النزاع وأما إذا لم تفض إليه فلا".

وفي فتح القدير⁽⁵⁾: "على أنه تقرر عندهم أن الجهالة المفسدة للعقد إنما هي الجهالة المفضية إلى النزاع دون مطلق الجهالة".

إذا ارتفعت الجهالة صح العقد:

إذا وُجدت الجهالة في عقد المعاوضة فهو مظنة الفساد لوجود هذه الجهالة، لكنه ينعقد صحيحاً إذا ارتفعت هذه الجهالة في مجلس العقد⁽⁶⁾. قال الكاساني في "بدائع الصنائع" عن الجهالة: "وعندنا إذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد إلى الجواز".

وفي درر الحكام شرح مجلة الأحكام⁽⁷⁾: "... والسبب في كون الجهالة غير مانعة في هذه الصورة هو زوال سبب الفساد قبل تأكد الفساد بتفرق المجلس، وبذلك تعود ... الممنوعة انظر المادة (24) لأن ارتفاع الجهالة في المجلس بمنزلة البيان وقت العقد".

1- وقد وجدت أن د. علي الندوي قد أورد صياغة لهذا الضابط في قواعده فقال: "الجهالة المفضية إلى النزاع المشكل".

2- ج 6، ص 3.

3- ج 6، ص 53.

4- ج 2، ص 157.

5- ج 9، ص 95.

6- بدائع الصنائع، ج 5، ص 159، ومن الحنفية من تشدد في مسألة الجهالة حتى قال لا ينقلب العقد صحيحاً حتى لو ارتفعت الجهالة في المجلس، مثل شمس الائمة الحلواني، كما نقل عنه صاحب "النهر الفائق شرح كنز الدقائق" (ابن نجيم سراج الدين)، "قال الحلواني: الأصح أنه إن علم عدد الأغنام في المجلس لا ينقلب العقد صحيحاً لكن لو كان كل منهما على رضاه ينعقد البيع بالتعاطي" (ج 3، ص 349).
وفي "الدر المختار وحاشية ابن عابدين": "قال شمس الائمة الحلواني وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزاً، ولكن إن كان البائع دائماً على الرضا فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد بالتراضي".

7- درر الحكام، ج 2، ص 419.

وفي الموسوعة الفقهية الكويتية⁽¹⁾: "ذهب أكثر الحنفية إلى أن زوال الجهالة في مجلس العقد يصح العقد بعد انعقاده فاسداً إذا كان الفساد فيه ضعيفاً".

الجهالة التي تؤول إلى العلم:

إلا أن بعض المعاصرين من الفقهاء توسعوا في ذلك، وكأن لسان حالهم يقول: حيثما ارتفعت الجهالة صح العقد، سواء كان ذلك في مجلس العقد أو بعد ذلك. فالعقد بناءً على هذه الأقوال ينعقد صحيحاً ما دام أن ما فيه من جهالة ترتفع في المستقبل، واخترعوا لذلك ضابطاً أصبح مشهوراً اليوم، وهو: أن في الجهالة نوعاً يؤول إلى العلم فهذا النوع لا يفسد العقد، أما تلك الجهالة التي لا تؤول إلى العلم فلا يمكن معها تصحيح العقد.

أثر هذه النظرية على المصرفية الإسلامية:

إن القول بأن الجهالة التي تؤول إلى العلم لا تفسد عقد المعاوضة ليس مادة للنقاش والترف العلمي، وإنما هو مبدأ أجاز بناءً عليه مجموعة من المعاملات المالية المعاصرة، من أخطرها بلا منازع "ربط الأجرة في عقود التأجير بمؤشر سعر الفائدة"⁽²⁾، لتكون أجرة متغيرة مجهولة عند التعاقد. ولا يخفى أن عقود التأجير مع الوعد بالبيع قد أضحت اليوم العمود الفقري للمصرفية الإسلامية في مجالات المساكن والسيارات والطائرات والمعدات.

مرتكزات القائلين بهذه النظرية:

لم يرا أكثر من قال بهذه النظرية الحاجة إلى تأصيلها أو التذليل على صحتها، إذ يرون أن لا جديد فيها، وأن السلف من فقهاء المذاهب قد كفانا عناء هذه المهمة، وأننا بالقول بالجهالة التي تؤول إلى العلم لأقوالهم مقلدين (أو ما فهمنا من

1- الموسوعة الفقهية، ج16، ص174.

2- من ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

(أ) المعيار الشرعي رقم (9) الصادر من هيئة المعايير (أيوفي) الاجارة والاجارة المنتهية بالتمليك:

حيث نص في المستند الشرعي للقول بجواز ربط الأجرة بمؤشر فقال: "مستند جواز استخدام مؤشر لتحديد أجرة الفترات التالية للفترة الأولى من مدة الإجارة هو أن التحديد بذلك يؤول إلى العلم".

(ب) مجلس الافتاء الأوروبي:

وكذا مجلس الإفتاء الأوروبي في معرض إجابة الأجرة المتغيرة.

"3. أن تكون الإجارة محددة معلومة لا تبقى معها جهالة مؤدية إلى النزاع، ويجوز ربطها بمؤشر معلوم (مثل اللابور)".

(ج) المجمع الفقهي الإسلامي الدولي قرار رقم 115 (9/12) (1) بشأن التضخم وتغير قيمة العملة:

"يجوز في الإيجارات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى، وتحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى، والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين، شريطة أن تصير الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة"، بمعنى أنها مجهولة عند إبرام العقد، ولكنها تصبح معلومة في بداية كل فترة.

(د) الهيئات الشرعية في المصارف ومنها الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي:

ما أفتى به بعض الفقهاء المعاصرين من جواز بيع المرابحة المؤجلة بربح متغير، والقول بأن ما يحدثه ذلك من جهالة في الثمن إنما هو جهالة تؤول إلى العلم. وانظر أيضاً كتاب "ملتقى المرابحة بربح متغير" دار الميمان 1434هـ برعاية الهيئة الشرعية لبنك البلاد، وبخاصة بحث د. يوسف بن عبدالله الشيبلي بعنوان المرابحة بربح متغير ص9.

أقوالهم). يقول أحد أعلام الفقهاء المعاصرين⁽¹⁾، مشيراً إلى أقوال ابن تيمية -رحمه الله-: "فعلى هذا القول لا تلزم تسمية الثمن في مجلس العقد، فيكفي أن يتفق العاقدان على طريقة منضبطة لتحديد الثمن".

ثم أضاف: "وهذا القول رواية في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام بن تيمية وتلميذه ابن القيم -رحمهما الله- وهو قول بعض الأحناف".

ومع أن ما كتب في هذه المسألة، وكذلك الفتاوى الصادرة بشأنها، قليلة غير مفصلة إلا يمكن أن نقول أن القائلين بهذه النظرية قد ارتكزوا في الفتوى على ثلاثة مستندات:

أولاً: دعوى أن ابن تيمية قد أجاز مثل هذا البيع:

وهم للتدليل على ذلك ينقلون عنه قوله: "وكذلك إذا ابتاع طعاماً مثل ما ينقطع به السعر، أو بسعر ما يبيعون الناس، أو بما اشتراه من بلده أو برقمه، فهذا يجوز في أحد القولين في مذهب أحمد وغيره..."⁽²⁾.

وقوله: "وكذلك لو ابتاع بمثل ما ينقطع به السعر، أو بسعر ما يبيع الناس، أو بما اشتراه من بلده أو برقمه، فهذا يجوز في أحد القولين في مذهب أحمد وغيره"⁽³⁾.

ثانياً: قياس البيع على النكاح:

واحتج من قال بهذا المبدأ بالقياس: وذلك بأنهم قاسوا البيع على النكاح فقالوا: "يجوز البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر في السوق قياساً على صحة النكاح بمهر المثل، ومسألة تصحيح النكاح مع جهالة المهر مسألة مشهورة وردت في كتب الفقه".

من ذلك ما ذكر صاحب المغني: "النكاح يصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم، وقد يدل على هذا قوله تعالى: [لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة]⁽⁴⁾.

ثالثاً: القول بأن الجهالة التي تؤول إلى العلم جهالة يسيرة لا تفضي إلى النزاع، فجمعوا بين ضابط الجمهور في أنها جهالة يسيرة وضابط الحنفية في أنها لا تفضي إلى النزاع، فلا تُحدث عندئذٍ فساداً في العقد.

مناقشة مستندات القائلين بهذه النظرية:

أولاً: الراجح أن عبارة "الجهالة التي تؤول إلى العلم"، هي من ألفاظ الفقهاء المعاصرين، ولم أجد أحداً قال بها من القدماء، ولم يذكرها ابن تيمية -رحمه الله- مع أن هذا المبدأ ينسب إليه من قبل أكثر القائلين به.

1- ص7، هو أ.د. يوسف الشبيلي في بحثه "البيع والاجارة بالسعر المتغير" ضمن أبحاث دورة المجمع الثانية والعشرين.

2- مجموع الفتاوى، ج34، ص127.

3- مختصر الفتاوى المصرفية ص627.

4- البقرة، المغني، ج7، ص182.

والقول بأن في الجهالة نوعاً يؤول إلى العلم لا يصلح ضابطاً للجهالة؛ لأنها "تحصيل حاصل"، إذ ما من جهالة إلا تؤول إلى العلم، حتى الجهالة في بيع الحصاة وبيع الملاقيح والملاسة والمنابذة وبيع شاة من قطيع، وجميع ما يضرب به المثل في الجهالة الفاحشة كلها تؤول الجهالة فيها إلى العلم.

ولما كنا لا نستطيع تصور جهالة لا تؤول إلى العلم فانتهى معنى هذا الضابط إلى القول بجواز إبرام العقود على جهالة الثمن أو المبيع أو الأجل ... إلخ، وهذا لا أصل له، ولم يقل به أحد قط.

ثانياً: لا يرى أكثر من قال بأن الجهالة التي تؤول إلى العلم لا تفسد عقد المعاوضة لا يرى أنه جاء بجديد، بل يرى أنه مقلد لابن تيمية -رحمه الله- وأن المعنى في نظرية الجهالة التي تؤول إلى العلم موجود في كلامه عن البيع بما ينقطع به السعر، أو ما يبيع به الناس.

ومع أن ابن تيمية -رحمه الله- لم يستخدم عبارة "جهالة تؤول إلى العلم"، إلا أن القائلين بها كثيراً ما يستندون في الاستدلال على صحتها على هذه الأقوال لابن تيمية -رحمه الله- وأمثالها.

لكن من قال بأن ابن تيمية يجيز إبرام العقود مع جهالة الثمن، فقد تقوّل عليه ما لم يقل. يشهد لذلك:

أ- أن ابن تيمية في جميع عباراته السابق ذكرها، إنما يقصد أن الثمن معلوم للعاقدين وقت إبرام العقد، ولا يتصور أنه يجيز انعقاد البيع مع جهالة الثمن. انظر إلى قوله -رحمه الله-:

"وظاهر هذا أنهما اتفقا على الثمن بعد قبض المبيع والتصرف فيه، وأن البيع لم يكن وقت القبض وإنما كان وقت التحاسب، وأن معناه صحة البيع بالسعر، أي السعر المعهود يبيعه به"⁽¹⁾.

وابن تيمية -رحمه الله- ينسب القول بالجواز للإمام أحمد، فذكر أن كلامه هو أحد قولي الإمام أحمد، كما ورد في عبارته: "في أحد قولي الإمام أحمد".

وليس للإمام أحمد -رحمه الله- قول يجيز فيه إبرام العقد مع جهالة الثمن، ولا يتصور أن ينسب للإمام أحمد القول بجواز البيع مع جهالة الثمن، وهو لا يقول بذلك. فدل على أن كلام ابن تيمية وقد نسبه إلى الإمام أحمد متفق معه في المعنى، وهو أن الجهالة مفسدة للعقد.

جاء في الموسوعة الكويتية ما نصه: "أجاز الامام أحمد للرجل يأخذ من البقال فيأخذ منه الشيء بعد الشيء ثم يحاسبه، فقليل له: يكون البيع ساعتئذٍ؟ قال: لا"⁽²⁾. يعني: أن العقد لا يبرم إلا مع العلم بالثمن.

1- الموسوعة الكويتية، ج9، ص47.

2- الموسوعة الكويتية، ج9، ص47.

وجاء في مسائل الامام أحمد وإسحاق بن راهويه⁽¹⁾: "قلت: الرجل يأخذ من الرجل سلعة، فيقول أخذتها منك على ما تبيع الباقيين؟ قال: لا يجوز. وقال إسحاق كما قال".

وفي مسائل الامام أحمد رواية حرب الكرماني: "قال: لا يجوز هذا حتى يتبين له السعر".

وفي مسائل الامام أحمد للكوسج: "أخذتها منك على ما تبيع".

وفي الموسوعة الفقهية⁽²⁾: "وقال أبوداود- في مسألة باب الشراء ولا يسمى الثمن:- سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث إلى البقال فيأخذ منه الشيء بعد الشيء ثم يحاسبه بعد ذلك، قال: أرجو أن لا يكون به بأس. قيل لأحمد: يكون البيع ساعتئذٍ؟ قال: لا".

بمعنى أن البيع لا ينعقد إلا عند التحاسب بعد تحقق معلومية الثمن. أي أن الإلزام والالتزام لا يحدث إلا على معلومية الثمن، أما الإلزام والالتزام على ثمن يتبين في المستقبل فلم يقل به أحد، ولا تجوز نسبته للإمام أحمد ولا لابن تيمية.

والمذهب عند الحنابلة أن البيع بما ينقطع السعر به، أو بمثل ما باع به فلان، وهما لا يعلمانه أو أحدهما لا يصح؛ لأنه مجهول⁽³⁾.

جميع الفتاوى المعاصرة التي استندت إلى هذا المبدأ كانت تتعلق بثمان مجهول عند التعاقد يؤول إلى العلم في المستقبل (أي أنه يتحدد في المستقبل)، اعتماداً على مبدأ الجهالة التي تؤول إلى العلم، والذي نسب لفقهاء السلف لم يقل به أحد منهم، فلو قيل هو اجتهاد محض، لقيل ذلك، إلا أن القول بأن مثل هذا يستند لكلام ابن تيمية، فتلك مغالطة وتحميل لكلام ابن تيمية فوق ما يحتمل.

ولذلك وجدنا أحد أعلام الفقهاء المعاصرين وهو د. وهبة الزحيلي -رحمه الله- يقول: "وقد تورط بعض الأئمة المعاصرين برأي بعض الحنابلة، فأجازوا البيع بسعر السوق يوم كذا ... وكل ذلك محل نظر وتأمل"، لأنه في رأي الزحيلي غير ما أراد ابن تيمية.

ب- أضف إلى ذلك، أن النظر إلى كلام ابن تيمية -رحمه الله- لا بد أن يكون في سياقه الصحيح، فهو يتحدث عن أمر فاش لا سبيل للخلاص منه، وهو تعامل الناس مع البقال واللحام ونحو ذلك، وليس قاعدة عامة لجميع العقود. ولذلك نجد ابن القيم -رحمه الله- في إعلام الموقعين⁽⁴⁾، لما تحدث عن هذا الموضوع، وذكر كلام ابن تيمية، ذكر صورته -أي صورة البيع الذي كان الكلام متعلقاً به-، فقال: "المثال الثامن والستون: اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد، وصورتها: البيع بمن يعامله من

1- مسائل الامام احمد واسحاق بن راهويه، ج6، ص2586.

2- الموسوعة الكويتية، ج9، ص46.

3- انظر الموسوعة الكويتية، ج15، ص35.

4- ج4، ص5.

خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً، ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ويعطيه ثمنه".

ولم يكن كلامه تأسيس قاعدة عامة لجميع العقود.

ثم قال عن الذين منعوا هذا البيع: "وكلمهم إلا من شدد على نفسه يفعل ذلك، ولا يجد منه بُدّاً، وهو يفتي ببطلانه".

إذن؛ فإن سياق كلام ابن تيمية -رحمه الله- لا يحتمل إلا صورة خاصة تعارف عليها الناس، وليس لهم عنها غنى، أجازها ابن تيمية للتعارف وللحاجة إليها، ولم يجزها لأن الجهالة فيها مغتفرة، وليس في كلامه تععيد يستند إليه بالقول بجواز إبرام العقود على جهالة، ولذلك نجده -رحمه الله- يقول: "وظاهر هذا أنهما اتفقا على الثمن بعد قبض المبيع والتصرف فيه، وأن البيع لم يكن وقت القبض وإنما كان وقت التحاسب.."، أي بعد زوال الجهالة⁽¹⁾.

يظهر من كل ما سبق أن كلام ابن تيمية لا يتضمن إجازة إبرام العقود على ثمن يتحدد في المستقبل، وهو في كلامه لا يؤسس لاجتهاد جديد، وإنما يتحدث عن أمرٍ فاش لا مناص من الوقوع فيه، وقد تعارف الناس عليه، وهو الأخذ من البقال واللحام، فخرّجه -رحمه الله- على جواز البيع بالسعر، ويكون انعقاد البيع بعد رفع الجهالة عن الثمن، وذلك عند التحاسب.

ثالثاً: ربما قيل دفاعاً عن هذه النظرية أن الجهالة موجودة، ولكنها قابلة للرفع، وهذا معنى تؤول إلى العلم، لكن هذا لا يصلح إذ أن سلامة العقد من الفساد لا يكفي فيها كون الجهالة قابلة للرفع في المستقبل، وإنما يصح العقد برفع الجهالة قبل إبرام العقد، بمعنى أنه يجب لتحقق الصحة تحقق العلم، وليس الأيلولة إليه. بينما نجد مبدأ الجهالة التي تؤول إلى العلم يصح العقد لمجرد أن الجهالة قابلة للرفع في المستقبل حتى لو كان هذا المستقبل سنين ذوات عدد.

قال ابن الهمام في فتح القدير⁽²⁾: "... ظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة جهالة صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالتها ... بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدّها يُبطل البيع فيها الجهالة في الثمن أو المبيع مع امكان إزالة احد المتعاقدين لها".

رابعاً: قياس البيع على النكاح قياس مع الفارق:

واحتج من قال بهذا المبدأ بالقياس، وذلك بأنهم قاسوا البيع على النكاح، فقالوا: "يجوز البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر في السوق، قياساً على صحة النكاح بمهر المثل..."⁽³⁾. ولا خلاف في مسألة صحة النكاح بمهر المثل.

1- الموسوعة الكويتية، ج9، ص47.

2- ج6، ص270.

3- انظر مثلاً بحث د. يوسف الشيبلي، المراجعة بريح متغير المنشور في كتاب ملتقى المراجعة بريح متغير المنشور من قبل بنك البلاد.

لكن قياس البيع على النكاح محل نظر، إذ أن أكثر علماء الأصول يرى أن قياس البيع على النكاح قياس مع الفارق، لعظم اختلاف البيع عن النكاح. فهو قياس لا يصح، إذ يقدح فيه قاذح الفرق.

ولأبي يعلى الفراء⁽¹⁾: "الشرط الفاسد في النكاح على ضربين ... والثاني: أنه صحيح؛ لأن النكاح يصح على المجاهيل، وهو مهر المثل فلم يبطله الشرط ... ويفارق هذا البيع؛ لأنه لا يصح مع الجهالة، فلماذا أبطله الشرط".

قال في شرح الكوكب المنير لابن النجار: "الثالث والعشرون من القوادح: مخالفة حكم الأصل لحكم الفرع ... مثاله: أن يقيس المستدل النكاح على البيع، أو البيع على النكاح".

وقال التلمساني في شرح مفتاح الوصول: "الشرط الرابع: أن لا يبين موضوع الأصل موضوع الفرع في الأحكام، كقياس البيع على النكاح أو العكس، فإن البيع مبني على المكايسة والمشاحة، والنكاح مبني على المكارمة والمساهلة"⁽²⁾.

ثم قال: "... البيع مبني على المشاحة والمكايسة، فكان الجهل فيه بالعمود مغللاً بالمقصود منه، والنكاح مبني على المكارمة والمساهلة، وليس المقصود من الصّدق أن يكون مماثلاً وعموداً عنه، ولذلك سماه الشرع نِحْلَةً⁽³⁾، فهو كالهبة فلا يضر الجهل به كما لا يضر بالهبة ..."⁽⁴⁾.

الخلاصة: بأن قياس البيع على النكاح ليس بحجة، إذ هو قياس مع الفارق. وكون أن النكاح يجوز مع جهالة المهر لا يقبل قياس البيع عليه للفرق بينهما.

خامساً: دعوى أنها جهالة يسيرة:

قولهم أن الجهالة التي تؤول إلى العلم هي دائماً جهالة يسيرة لا تفضي إلى النزاع، محل نظر؛ إذ كيف لأمر خافٍ لا يتبين إلا في المستقبل، ولا يعرف عند التعاقد ما إذا كان كبيراً أو صغيراً، وهو أمر قد يلحق الضرر بأحد الطرفين على حساب الطرف الآخر، كيف لهذا الأمر أن لا يكون النزاع بشأنه أمراً متحتملاً احتمالاً كبيراً، فدعواهم غير مسلمة، بل إن الواقع يكذبها، فإن عقود الإجارة المربوطة بسعر الفائدة، والتي ارتفعت مبالغها بعد ارتفاع أسعار الفائدة، انتهت إلى نزاع مشكل، وإلى قضايا في المحاكم بين المتمولين والمؤسسات المالية، احتاج الأمر فيها إلى تدخل الجهات الإشرافية بإلزام البنوك بإعطاء الخيار للمتمولين لتحويل عقودهم إلى عقود ثابتة لا جهالة فيها.

سادساً: إن التوسع في تطبيق مبدأ الجهالة التي تؤول إلى العلم سينتهي بنا إلى تصحيح عقود أجمع الفقهاء على مر العصور على فسادها.

يشهد لذلك:

1- التعليقة في مسائل الخلاف في مذهب أحمد، ج3، ص126.

2- شرح مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، لأبي الطيب السوسي، الشارح أبي عبدالله التلمساني، ص560.

3- في قوله تعالى: (وأتوا النساء صدقاتهن نحلة..).

4- شرح مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، لأبي الطيب السوسي، الشارح أبي عبدالله التلمساني، ص561.

- 1- إن مما أجمع عليه فقهاء المذاهب الأربعة أن بيع شاة من قطع بيع لا يصح للجهالة، ومع ذلك فإن إعمال مبدأ الجهالة التي تؤول إلى العلم يوصلنا إلى القول بصحة هذا البيع، إذ الجهالة فيه تؤول إلى العلم قطعاً.
- 2- وكذا أنواع من البيوع التي لم تختلف كلمة الفقهاء في أنها بيوع فاسدة لا تصح، كبيع اللبن في الضرع وبيع المنابذة والملاسة، يؤدي العمل بمبدأ الجهالة التي تؤول إلى العلم إلى القول فيها بالجواز، إذ الجهالة في جميع هذه البيوع تؤول إلى العلم.
- 3- وتحديد الأجل في البيع بهبوب الريح أو نزول المطر بيوع ممنوعة للجهالة، ألا ترى أن إعمال مبدأ الأيلولة إلى العلم يصح هذه البيوع وأمثالها.

الخلاصة:

إن مبدأ "الجهالة التي تؤول إلى العلم لا تفسد العقد"، لا يستند إلى نص من كتاب أو سنة ولا قياس صحيح، ولم يقل به أحد من أهل العلم سابقاً ولا يصلح ضابطاً للجهالة إذ أن كل جهالة تؤول إلى العلم.

وما بني عليه؛ أي على هذا المبدأ من القول بصحة العقود التي لا يُعرف الثمن فيها إلا في المستقبل، مثل: الاجارة مع الوعد بالبيع يحتاج إلى إعادة نظر.

الجهالة التي تؤول إلى العلم

إعداد

أ. د. يوسف بن عبد الله الشبيلي

أستاذ الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

بالمملكة العربية السعودية

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 21-22 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فإن من المتفق عليه بين الفقهاء أن من شروط صحة عقد المعاوضة أن يكون العوض معلوماً للعاقدين، وأن جهالة العوض تفسد العقد، إلا أن كثيراً من أهل العلم يفرقون بين الجهالة التي تؤول إلى العلم، وتكون مظنة النزاع بين الفريقين فتفسد العقد؛ ولذا كان من الأهمية التمييز بين هذين النوعين، وتجلية الفروق بينهما.

وفي هذا البحث بيان ضوابط الجهالة التي تؤول إلى العلم، وتطبيقاتها المعاصرة في المؤسسات المالية الإسلامية. أسأل الله أن يجنبنا الزلل، ويوفقنا لما يرضيه من القول والعمل.

المبحث الأول

شرط العلم بالثمن في عقد المعاوضة وضوابطه

المطلب الأول: الأصل الشرعي لشرط العلم بالثمن:

لا خلاف بين أهل العلم على أن من شروط صحة عقد المعاوضة بيعاً كان أم إجارة أم غيرهما أن يكون العوض معلوماً. قال في الهداية: "والأثمان المطلقة - أي عن قيد الإشارة - لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة؛ لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم. وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز"¹.

وفي الشرح الكبير: " شرط عدم جهل منهما - أي البائع والمشتري - أو من أحدهما بمثمنون كبيع بزنة حجر مجهول أو ثمن كأن يقول: بعثك بما يظهر من السعر بين الناس اليوم"².

وفي المنهاج: " الخامس - أي من شروط المبيع -: العلم به.. ولو باع بملء ذا البيت حنطة، أو بزنة هذه الحصاة ذهباً، أو بما باع به فلان فرسه، أو بألفٍ دراهم ودنانير لم يصح"³.

وفي كشاف القناع: " من شروط البيع أن يكون الثمن معلوماً للمتعاقدين حال العقد بما يعلم به المبيع مما تقدم من رؤية مقارنة أو متقدمة بزمن لا يتغير فيه الثمن ظاهراً"⁴.

والأصل في ذلك ما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الغرر"⁵.

ووجه الدلالة: أن العوض إذا كان مجهولاً فهو من الغرر، فيدخل فيما نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عنه⁶. قال النووي: " النهي عن بيع الغرر أصل من أصول كتاب البيوع. يدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع المعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملك البائع عليه وبيع السمك في الماء الكثير واللبن في الضرع والحمل في البطن"⁷.

المطلب الثاني: ضابط العلم بالثمن:

مع اتفاق أهل العلم على اشتراط العلم بالثمن إلا أنهم اختلفوا في ضابط ذلك. ولهم فيه قولان:

القول الأول:

أن الشرط كون الثمن معلوم المقدار - أي محددًا - عند العقد. وهذا ما عليه جمهور الفقهاء كما تدل عليه نصوصهم السابقة؛ لأن الثمن إذا لم يسم عند العقد فهو مجهول، فيدخل في نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الغرر.

1 الهداية شرح بداية المبتدي 260/6.

2 الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير 15/3.

3 المنهاج للنووي 353/2 - مع مغني المحتاج.

4 كشاف القناع 170/3.

5 أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر برقم (1513).

6 العناية 260/6. وينظر: المدونة 16/2، المجموع شرح المهذب 377/9، المغني 15/4.

7 شرح صحيح مسلم للنووي 156/10.

والقول الثاني:

أن الشرط كون الثمن معلوم المقدار عند العقد، أو أنه يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف بين العاقدين. فعلى هذا القول لا تلزم تسمية الثمن في مجلس العقد، فيكفي أن يتفق العاقدان على طريقة منضبطة لتحديد الثمن. وهذا القول رواية في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم -رحمهما الله- وهو قول لبعض الحنفية¹.

قال في بدائع الصنائع: "ومنها -أي من شروط البيع- أن يكون المبيع معلوماً، وثمنه معلوماً، علماً يمنع من المنازعة. فإن كان أحدهما مجهولاً جهالةً مفضيةً إلى المنازعة فسد البيع. وإن كان مجهولاً جهالةً لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضيةً إلى المنازعة كانت مانعةً من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع. وإذا لم تكن مفضيةً إلى المنازعة لا تمنع من ذلك؛ فيحصل المقصود"².

وفي الأخبار العلمية: "ولو باع ولم يسم الثمن، صح بثمن المثل، كالنكاح"³.

والقول الثاني هو الراجح؛ لما يلي:

- 1- أن النهي إنما ورد عن الغرر. والغرر هو البيع مجهول العاقبة⁴، فإذا كان يؤول إلى العلم فهو ليس مجهول العاقبة.
- 2- أن المقصود من البيع حصول التسليم والتسلم، وهو يحصل ولو لم يسم الثمن إذا كان يؤول إلى العلم.

المطلب الثالث: ضوابط الجهالة التي تؤول إلى العلم:

قد يرد على القول بجواز المعاوضة بعوض يؤول إلى العلم أن كل عقود الغرر تؤول إلى العلم مثل بيع الحصاة والملاسة!. والجواب: إن شرط الصحة أن يكون الثمن مما يؤول إلى العلم على وجه لا يكون مظنة المنازعة، ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر الضوابط الآتية:

الأول: أن تكون الأداة التي يتوصل بها إلى العلم بالثمن منضبطة وذات صلة بالعقد، فخرج بذلك ما تكون الأداة التي يتوصل بها إلى تحديد الثمن مبنية على المجازفة والحظ، ولا علاقة لها بالعقد أصلاً، مثل بيع الحصاة ونحوه، فأى صلة بين قوة الرمي ومساحة الأرض!

وعلى هذا فلا يصح أن يبيعه أرضاً على أن يكون الثمن هو سعر إغلاق مؤشر سوق الأسهم ذلك اليوم؛ إذ لا علاقة بين سعر الأرض وسعر مؤشر الأسهم.

1 مسائل الإمام أحمد لأبي داود ص 194، إعلام الموقعين 6/4، الفروع 30/4، الإنصاف 132/11.

2 بدائع الصنائع 156/5.

3 الأخبار العلمية ص 180

4 القواعد النورانية ص 138

والثاني: أن يكون تحديد الثمن من غير العاقدين، كأن يحيل على سعر السوق أو تسعيرة جهة معتبرة كالحكومة أو البنك المركزي مثلاً ونحو ذلك، فلا يصح أن يتم التعاقد وفق آلية يتحكم بها أحد العاقدين؛ لأن ذلك مظنة النزاع والتهمة.

والثالث: أن يكون الغرض من عدم تسمية الثمن عند العقد هو تحقيق غرض معتبر للعاقدين أو أحدهما لا يمكنهما تحقيقه إلا بذلك، أو لكونه مما يشق معرفته عند العقد، لا أن يكون لغرض المجازفة أو المقامرة على السعر.

المبحث الثاني

تطبيقات الجهالة التي تؤول إلى العلم في البيوع الحالة

نتناول في هذا المبحث عدداً من التطبيقات الفقهية لعقود لا يكون فيها الثمن معلوماً تحديداً عند التعاقد لكلا العاقدين، وإنما يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة:

المطلب الأول: البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر:

وهو: أن يبيعه السلعة من غير تحديد ثمنها ولكن بما يتبايع به الناس عادة، أو بما يقف عليه ثمنها في المساومة. ومنه: بيع الاستجرار، وهو أن يشتري ممن يعامله من خباز أو بقال أو لحام أو غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً من دون تحديد الثمن ثم يحاسبه عن رأس الشهر أو السنة عن الجميع ويعطيه ثمنه¹. وقد اختلف أهل العلم في حكم البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر على قولين:

القول الأول:

التحريم. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والمذهب عند الحنابلة، والظاهرية⁽²⁾. واستدل أصحاب هذا القول بدليلين:

الدليل الأول: قول الله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"³. ووجه الدلالة: أن البيع من غير تسمية ثمن ((أكل مالٍ بالباطل؛ لأنه لم يصح فيه التراضي، ولا يكون التراضي إلا بمعلوم المقدار، وقد يرضى لأنه يظن أنه يبلغ ثمناً ما، فإن بلغ أكثر لم يرض المشتري، وإن بلغ أقل لم يرض البائع))⁽⁴⁾. نوقش: بأن البيع بالسعر أطيح لقلب المتعاقدين من المساومة؛ لأن من طبع الإنسان أن يقنع ويرضى بما جرت عادة الناس بالتبايع به⁽⁵⁾.

والدليل الثاني: ما روى أبو هريرة -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه نهى عن بيع الغرر⁽⁶⁾. ووجه الدلالة: أن البيع بالسعر مجهول العاقبة، لأن الثمن غير معلوم وقت العقد، فهو من الغرر المنهي عنه⁽⁷⁾. نوقش: بأن الغرر المنهي عنه هو ما كان مؤدياً إلى المنازعة والاختلاف وليس بالناس حاجة إليه؛ ولهذا أباحت الشريعة بياعات متعددة فيها غرر، كبيع أساسات الحيطان تبعاً للدار، والحمل تبعاً لأمه، وبيع ما مأكوله في جوفه وغير ذلك لحاجة الناس إليها⁽⁸⁾.

1 إعلام الموقعين 5/4 ، الإنصاف 132/11 ، الشرح الممتع على زاد المستقنع 187/8 ، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص 56 ، الموسوعة الفقهية 45/9 .

(2) البحر الرائق 296/5 ، مواهب الجليل 276/4 ، الإنصاف 132/11 مغني المحتاج 2/326 ، المحلى 23/9 .

3 سورة النساء، الآية (29).

(4) المحلى 23/9 .

(5) الشرح الممتع على زاد المستقنع 187/8 .

(6) الحديث سبق تخريجه.

(7) المحلى 23/9 ، المجموع شرح المهذب 163/9 ، المبدع 34/4 .

(8) مجموع فتاوى ابن تيمية 228/29 .

والبيع بما ينقطع به السعر لا يؤدي إلى المنازعة، بل هو أخرى بتحقيق العدل في الثمن من بيع المساومة، كما أن الناس لا غنى لهم عن ذلك، لأن الإنسان قد يحتاج إلى معاملة شخص بعينه مرات كثيرة، ومن الحرج أن يساومه عند كل حاجة يأخذها، قل ثمنها أو أكثر⁽¹⁾.

القول الثاني:

الجواز. وهو رواية عن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، وقال به بعض الشافعية⁽²⁾.
استدل أصحاب هذا القول بدليين:

الدليل الأول: قول الله تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة"³. وقوله سبحانه: " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن"⁴. وقوله سبحانه: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁵.

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله أباح النكاح بمهر المثل، وهو أشد خطراً من البيع، وأباح الإجارة على الرضاع بأجر المثل، وبطعام وكسوة المثل، وتقدير العوض في الإجارة أكد من تقديره في البيع؛ لأن قيمة العين في البيع أقل اختلافاً من المنفعة، لأنها تتجدد بتجدد الأوقات فتختلف باختلافها غالباً، فدل ذلك على جواز البيع بثمن المثل⁽⁶⁾.

والدليل الثاني: قول الله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"⁷. ووجه الدلالة: أن الله لم يشترط في التجارة إلا التراضي. والبيع بسعر المثل قد يكون أحظى بتحقيق الرضا من المكايسة؛ لأن الغالب أن الشخص يرضى بما يتبايع به الناس أكثر مما يماكس عليه وقد يكون الآخر غبنة⁽⁸⁾.

يقول ابن القيم -رحمه الله-: " اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد... والصواب المقطوع به -وهو عمل الناس في كل عصر ومصر-: جواز البيع بما ينقطع به السعر. وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا. وسمعه يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس أخذ بما يأخذ به غيره، وليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل، والبيع بثمن المثل؛ فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل؛ فيجوز"⁹.

والقول الثاني هو الراجح؛ لقوة أدلته؛ ولأن الأصل في العقود هو الصحة، وليس في النصوص الشرعية ما يحرمه.

ومما يؤيد ذلك تجويز بعض أصحاب القول الأول ببيعاً قريباً من البيع بمثل سعر المثل، مثل تجويز الحنفية بيع الاستجرار، والمالكية بيع الاستئمان، قال في الدر المختار: " ما يستجره الإنسان من البئاع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً"¹⁰. وفي مواهب الجليل: " وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل: اشترمني سلعتي كما تشتري من الناس، فإني لا أعلم القيمة فيشتري منه بما يعطيه من الثمن"¹¹.

(1) إعلام الموقعين 6/4.

(2) مسائل الإمام أحمد لأبي داود ص 194، مجموع فتاوى ابن تيمية 127/34، 345/29، إعلام الموقعين 5/4، الإنصاف 132/11، النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر 1/299، المجموع شرح المهدب 163/9، مغني المحتاج 326/2.

3 سورة البقرة، الآية (236).

4 سورة الطلاق، الآية (6).

5 سورة البقرة، الآية (233).

(6) بدائع الفوائد 51/4، إعلام الموقعين 5/4.

7 سورة النساء، الآية (29).

(8) نظرية العقد ص 165، إعلام الموقعين 6/4، الشرح الممتع على زاد المستقنع 189/8.

9 إعلام الموقعين 5/4.

10 الدر المختار 516/4.

11 مواهب الجليل 238/4.

المطلب الثاني: البيع بما باع به فلان:

وهو أن يبيع السلعة من غير أن يتفقا على ثمن، وإنما يحددانه بما باع به فلان. والخلاف في هذه المسألة كسابقتهما. فالجمهور على التحريم. وعن الإمام أحمد رواية بالجواز اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم¹. والراجح أنه إذا كان الذي أحالا على سعره ممن يعتبر بتقديره في الثمن؛ لشهرته في السوق، فالبيع صحيح؛ لأن الجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة.

المطلب الثالث: البيع بالرقم:

وهو أن يبيع السلعة برقمها، أي الثمن المكتوب عليها، وأحد العاقدين أو كلاهما يجهل ذلك الرقم عند العقد. والخلاف فيها كسابقتهما، فالجمهور على التحريم؛ للجهل بالثمن عند العقد². وعن الإمام أحمد رواية بالجواز اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وبعض الأصحاب، وهو القول غير الأظهر عند الشافعية³؛ لأن مآله إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة. والراجح أن التسعير إذا كان من جهة معتبرة كالدولة، بحيث لا يكون البائع هو الذي يضع الرقم الذي يريد على السلع، فهو بيع صحيح؛ لأن الثمن وإن كان مجهولاً عند العقد إلا أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن مآلها إلى علم. ومن ذلك: بيع الأدوية المسعرة من قبل الدولة برقمها وإن لم يعلم المشتري ثمنها في الحال⁴.

المطلب الرابع: بيع بعض الجملة بتحديد سعر الوحدة:

وهو أن يبيع كمية مجهولة من سلعة معلومة متماثلة الأجزاء بتحديد سعر الوحدة منها. ومنه أن يقول: بعتك بعض هذه الصبرة من الطعام كل قفيز⁵ منها بدرهم. ولأهل العلم فيما إذا باعه بعض الصبرة، كل قفيز بدرهم، من غير أن يحدد كمية المبيع⁶ قولان:

1 تبين الحقائق 4/4، رد المحتار 4/529، التاج والإكليل 6/100، بلغة السالك 3/22، أسنى المطالب 2/14، تحفة المحتاج 4/250، الفروع 4/30، شرح المنتهى 2/18، الإنصاف 10/133.

2 بدائع الصنائع 5/220، منح الجليل 5/160 مغني المحتاج 2/355، كشف القناع 3/171، المحلى 7/501.

3 نهاية المحتاج 3/414، الأخبار العلمية ص 180، الإنصاف 10/133.

4 الشرح الممتع على زاد المستقنع 8/189.

5 القفيز: وحدة كيل. المغرب ص 391. وهو يساوي 12 صاعاً، وبوحدات القياس المعاصرة يساوي 33 لتراً. الفقه الإسلامي وأدلته 1/141.

6 أما إذا باعه كل الصبرة، القفيز منها بدرهم فالبيع جائز عند الجمهور والصاحبين، ويصح في قفيز واحد عند أبي حنيفة. فتح القدير 5/472، حاشية الدسوقي 3/17 المجموع شرح المذهب 9/313، المغني 6/208، الغرر وأثره في العقود ص 265.

القول الأول:

التحريم. وهو مذهب الجمهور من الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والمذهب عند الحنابلة⁽⁴⁾ والظاهرية⁽⁵⁾.

وحجة هذا القول: أن العقد فيه غرر؛ لأن الثمن مجهول عند العقد⁽⁶⁾.

أجيب: بأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن الثمن معلوم قدرًا ما يقابل كل جزء من البيع، والغرر منتفٍ في الحال؛ لأن ما يقابل كل قفيز معلوم القدر حينئذٍ. فغرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل، كما ينتفي بالعلم بالجملة⁽⁷⁾.

والقول الثاني:

الجواز. وهو قولٌ عند المالكية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾.

ومن أدلة هذا القول:

1- أن الأصل في العقود الصحة، ولا دليل على المنع.

2- وقياساً على ما لو أجره الدار، كل شهر بدرهم، أو أجره كل دلو بتمرة، فيصح كما ثبت في السنة "أن علياً -رضي الله عنه- استقى لرجل من اليهود، كل دلو بتمرة، وجاء به إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأكل منه"¹⁰.

وهذا القول هو الراجح لقوة أدلته.

(1) المبسوط 6 / 13، بدائع الصنائع 6 / 601، تبیین الحقائق 4 / 5، فتح القدير 5 / 472.

(2) التاج والإكليل 6 / 93، حاشية الدسوقي 3 / 17، بلغة السالك 2 / 10.

(3) المجموع شرح المهذب 9 / 313، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج 6 / 142.

(4) المغني 6 / 208، الفروع 4 / 30، شرح المنتهي 2 / 152، مطالب أولي النهي 3 / 42.

(5) المحلى 9 / 20.

(6) شرح الخرشي 5 / 25.

(7) بدائع الصنائع 6 / 601.

(8) التاج والإكليل 6 / 93.

(9) المغني 6 / 208، الإنصاف 10 / 143، الشرح الممتع على زاد المستقنع 8 / 192.

10 أخرجه أحمد 1 / 135، وابن ماجه في كتاب الرهون، باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلدة برقم (2446) من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما-.

المبحث الثالث

تطبيقات معاصرة للجهالة التي تؤول إلى العلم

المطلب الأول: الإجارة بأجرة متغيرة:

من التطبيقات المعاصرة للإجارة الطويلة أن تكون أجرة السنوات التالية لسنة التعاقد متغيرة بحيث ترتبط بمؤشر معلوم يرتضيه العاقدان، وذلك بدل أن تكون الأجرة ثابتة لكل السنوات بما يؤدي إلى غبن أحد الطرفين في حال ارتفاع الأجرة في السوق أو انخفاضها.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في هذه المسألة، والخلاف فيها مبني على مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته؛ إذ الأجرة فيها متغيرة. ولأهل العلم في مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته قولان:

القول الأول:

التحريم. وهو قول الحنفية باستثناء استئجار الظئر—أي المرضع- بطعامها وكسوتها، وقول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد¹.

وحجة هذا القول: أن من شروط صحة الإجارة العلم بالأجر، وهو مجهول هنا².

والقول الثاني:

الجواز. وهو قول المالكية، ورواية عن أحمد، والمعتمد عند متأخري الحنابلة³.

استدل أصحاب هذا القول: بأن الله أباح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها بقوله: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁴، فيقاس عليه غيره؛ ولأن الأجرة وإن لم تكن معلومة عند العقد إلا أن لها عرفاً يرجع إليه عند التنازع⁵.

وهذا القول هو الراجح؛ لقوة أدلته، ويمكن أن يخرج على هذا القول جواز عقد الإجارة -سواء أكانت عادية أم مع الوعد بالتملك- بأجرة متغيرة تكون مرتبطة بمؤشر معلوم منضبط؛ لأن الأجرة تؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، وبهذا أخذ المجمع الفقهي الإسلامي برباطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين في ٢٤/٧/١٤٣٦ هـ، وكذا قرار المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. ففي معيار الإجارة: " يجوز أن تكون الأجرة بمبلغ ثابت أو متغير بحسب أي طريقة معلومة للطرفين.. وفي حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم. ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط"⁶.

1 بدائع الصنائع 4/193، نهاية المحتاج 5/267، الإنصاف 14/278.

2 الشرح الكبير على المقنع 14/277.

3 التاج والإكليل 7/527، الأخبار العلمية ص 221، كشاف القناع 3/551.

4 سورة البقرة، الآية (233)

5 الشرح الكبير على المقنع 14/278، شرح المنتهى 2/17.

6 المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك ص 138.

المطلب الثاني: الإجارة المتجددة بأجرة متغيرة:

وفي هذه الصورة يتم إبرام عقد إجارة قصير مع وعد بتجديد العقد دورياً وتكون الأجرة عند التجديد مرتبطة بمؤشر منضبط. والفرق بين هذه الصورة وسابقتها أن الصورة السابقة تكون بعقد واحد مقسم إلى فترات، وتتغير الأجرة في كل فترة عن الأخرى مع بقاء لزوم العقد طيلة فتراته، بينما في الصورة الثانية عقود متعددة متتالية تكون أجرة كل منها مختلفة عن الأخرى.

ولا يظهر في هذه المعاملة إشكال فيما إذا كان الوعد بتجديد عقد الإجارة للفترات التالية ملزماً لأحد العاقدين دون الآخر؛ بناء على قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (رقم 40-41) بجواز الوعد الملزم لطرف واحد دون المواعدة الملزمة للطرفين، ونص القرار: "المواعدة - وهي التي تصدر من الطرفين- تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خياراً فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه"¹.

وقد يقال أيضاً بجواز هذه المعاملة حتى مع المواعدة الملزمة للعاقدين؛ لأن محل المنع للمواعدة حيث يكون التعاقد محرماً؛ لأنها - أي المواعدة الملزمة- كالعقد، وهنا عقد الإجارة الطويلة لفترات تتغير فيها الأجرة جائز كما سبق في المطلب السابق فمن باب أولى جواز ذلك إذا كان بمواعدة لا بعقد. والله أعلم.

المطلب الثالث: الإجارة بنسبة من العائد:

وصورة هذه المعاملة أن يؤجره أصلاً مدراً للدخل كعقار أو سيارة ونحو ذلك وتكون الأجرة نسبة من عائد التشغيل كالربح والثلث ونحوه.

وقد اختلف أهل العلم في حكم الإجارة بحصة مشاعة من الناتج على قولين:

القول الأول: الجواز.

وهذا مذهب الحنابلة، واعتبروا ذلك نوع مشاركة لا إجارة. قال ابن قدامة: "لو دفع دابته لرجل ليعمل فيها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً، أو دفع ثوبه بالثلث والربع، أو أعطى فرسه على النصف من الغنيمة.. إلى أن قال: وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة.. وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لتشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الإجارة"⁽²⁾.

وعن الحسن وقتادة وابن سيرين أنهم لم يروا بأساً أن يدفع الثوب إلى النساج بالثلث والربع⁽³⁾.

1 مجلة مجمع الفقه الإسلامي / الدورة الخامسة.

(2) المغني 7/116.

(3) المصنف لابن أبي شيبة 5/180.

ومن أدلة هذا القول: القياس على المساقاة والمزارعة؛ فقد ثبت جواز المساقاة والمزارعة بجزء مشاع معلوم مما يخرج من الأرض بأدلة من السنة، منها ما رواه عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع⁽¹⁾.

والقول الثاني: التحريم.

وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية⁽²⁾.

قال في الدر المختار: ((ولو دفع غزلاً لآخر لينسجه له بنصفه، أو استأجر بغلاً ليحمل طعامه ببعضه، أو ثوراً ليطحن به ببعض دقيقه .. فسدت في الكل لأنه استأجره بجزء من عمله))⁽³⁾.

وفي المدونة: ((أرأيت إن أخذت دابة أعمل عليها على النصف، قال: قال مالك: لا يصلح هذا))⁽⁴⁾.

وفي مغني المحتاج: ((ويشترط كون الأجرة معلومة .. فلا يصح استئجار سلاح لسليخ الشاة بالجلد الذي عليها، ولا طحان على أن يطحن البر مثلاً ببعض الدقيق منه كربعه .. والضابط في هذا: أن تجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير))⁽⁵⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بأن الأجرة مجهولة فهي تزيد بزيادة الناتج وتنقص بنقصانه⁽⁶⁾؛ فضلاً عن أنها إذا كانت مرتبطة بما يحققه المستأجر من ناتج عمله فينهي عنها لورود النبي عن قفيز الطحان⁽⁷⁾، أي أن تجعل أجرة الطحان قفيزاً مطحوناً مما يعمل.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الأجرة تؤول إلى العلم، وأما الحديث فهو ضعيف سنداً وامتناً كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: ((إن المدينة لم يكن بها طحان يطحن بالأجرة، ولا خباز يخبز بالأجرة، ولم يكن لأهل المدينة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم مكيال يسمى القفيز، وإنما حدث هذا المكيال لما فتحت العراق))⁽⁸⁾.

والراجح هو القول الأول بجواز أن تكون الأجرة حصة من ناتج عمل المستأجر؛ إذ ليس في ذلك غرر ولا محذور شرعي، والله أعلم.

(1) أخرجه البخاري ومسلم، من حديث ابن عمر -رضي الله عنهما-.

(2) عمدة القاري 93/12، شرح منح الجليل 7/4، نهاية المحتاج 268/5.

(3) الدر المختار 82/9، وينظر: المبسوط 115/15 بدائع الصنائع 550/5.

(4) المدونة 422/3، وينظر: المنتقى على الموطأ 547/6.

(5) مغني المحتاج 445/3، وينظر: روضة الطالبين 257/5.

(6) البيان والتحصيل 464/3، المنتقى شرح الموطأ 547/6، عمدة القاري 93/12، أسنى المطالب 405/2.

(7) أخرجه الدارقطني 47/3، والبيهقي 339/5 من حديث أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- وضعفه ابن قدامة (المغني 118/7) وابن تيمية (مجموع الفتاوى 112/30) وابن حجر (تلخيص الحبير 60/3).

(8) مجموع فتاوى ابن تيمية 113/30.

المبحث الثالث تطبيقات البيع الآجل بالسعر المتغير

المطلب الأول: مرابحة البيع الآجل بربح متغير:

المقصود بمرابحة البيع الآجل بربح متغير: أن يكون رأس المال محددًا عند العقد ويقسم على فترات السداد وأما الربح فيحدد للفترة الأولى، وأما الفترات التالية فيحدد في بداية كل فترة بحسب مؤشر منضبط، مثل مؤشر هامش الربح في عقود المrabحات في البنوك الإسلامية، بحيث يتفق الطرفان على أن يكون ربح البائع بحسب ما يكون عليه سعر السوق لهامش الربح في عقود المrabحات الإسلامية في حينه.

وقد نص قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين بشأن البيع والتأجير بالسعر المتغير إلى: (أن البيع بسعر آجل متغير لا يصح... والفرق بين عقد الإجارة وعقد البيع هو أن عقد الإجارة يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في البيع، باعتباره يقوم على بيع منافع في المستقبل تتجدد شيئاً فشيئاً بخلاف عقد البيع الذي يقع على عين قائمة).
اهـ

المطلب الثاني: المrabحات المتجددة بربح متغير:

في هذه المعاملة يتم إبرام عقد مرابحة بالبيع الآجل بثمن يشمل رأس المال وربحاً محددًا وتكون فترة السداد قصيرة الأجل كسنة مثلاً، ثم تتجدد المrabحة سنوياً بين الطرفين بربح يراعى فيه أن يكون بحسب الأسعار السائدة في السوق عند إبرام المrabحة الجديدة.

والفرق بين هذه الصورة وسابقتها أن الصورة السابقة تكون بعقد مرابحة واحد يكون فيه سداد الثمن على فترات، بينما في هذه الصورة عقود مرابحة متعددة متتالية يكون الثمن في كل منها مختلفاً عن الأخرى، وعند حلول أجل سداد كل مرابحة يسدد العميل من ماله الخاص ما يعادل قسط تلك الفترة من التمويل، وأما باقي الدين فيجري عملية تورق أخرى من البنك بهامش الربح الجديد ويسدد بمبلغ التورق الثاني باقي الدين الأول.

فعلى سبيل المثال لو أن عميلاً يرغب بشراء سلعة بالأجل ب (100) يسددها على عشرة أقساط في عشر سنوات، ومعدل الربح في ذلك الوقت 5%، فيجري مع المصرف مرابحة بيع أجل يحل فيها كامل الدين (105) بعد سنة، فإذا حل الأجل سدد للمصرف (15) من ماله وهي تعادل 10% من أصل الدين مضافاً إليها ربح السنة، وأما الباقي وهو (90) فيجري عملية تورق بمقدار المبلغ المتبقي ولمدة سنة بهامش الربح الجديد في حينه ولنفرض أنه (4%) فيسدد بالمبلغ الذي تحصل عليه بالتورق الدين المستحق عليه بالمرابحة الأولى، فيكون مدينًا ب (90) و 4% منها تحل بعد سنة، وهكذا لبقية السنوات.

وتعد هذه المعاملة من أكثر التطبيقات شيوعاً لدى المصارف الإسلامية لمعالجة التغير في تكلفة التمويل في عقود المrabحة، وتختلف الضوابط الشرعية فيما بين الهيئات الشرعية في تطبيقات هذه المعاملة. وأشار هنا إلى عدد من القرارات في هذه المسألة:

أولاً- المعيار الشرعي رقم (٥٩) بشأن بيع الدين:

جاء في المعيار ما نصه: (يجوز بطلب من العميل المدين غير المعسر إبرام عقد مرابحة بينه وبين المؤسسة الدائنة ينشأ بموجبه دين جديد على العميل أزيد من الدين الأول، حتى ولو سدد العميل بثمن يبيعه السلعة المشتراة بالتمويل الجديد الدين الأول كله أو بعضه، وذلك بالضوابط الآتية:

أ. أن تكون المرابحة الجديدة معاملة تمويل مستقلة عن المعاملة التي نشأ بها الدين الأول؛ فلا تكون مشروطة في عقده، ولا يشترط في عقدها -ولا في وثائق التمويل- سداد الدين الأول من ثمن بيع ما اشتراه العميل بها، وأن يصدر بمبلغها موافقة ائتمانية؛ لأنها تمويل جديد.

ب. أن يكون عقد المرابحة الجديدة عقداً صحيحاً منتجاً لآثاره شرعاً، ومنها: أن يحق للعميل تسلم المبيع تسليماً حقيقياً، وإن كان التسليم حكماً، وأن يكون له الاحتفاظ به في ملكه، والتصرف به بالوجه الذي يراه دون إلزام له ببيعه. ويطبق ما جاء في المعيار الشرعي رقم (8) بشأن المرابحة والمعيار الشرعي رقم (30) بشأن التورق، والمعيار الشرعي رقم (20) بشأن بيوع السلع في الأسواق المنظمة.

ت. أن يكون للعميل الحق في التصرف بثمن بيع ما اشتراه بالمرابحة الجديدة، بالوجه الذي يراه، وإن أودع الثمن في حسابه لدى المؤسسة. ومن ذلك استخدامه -باختياره- في سداد الدين الأول بعد يوم عمل من تسلمه له أو إيداعه في حسابه.

ث. إذا كانت العملية الجديدة مع عميل متأخر في السداد فلا يجوز للمؤسسة أن تعوض نفسها عن التأخر في سداد الدين الأول، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، وأن لا يتجاوز معدل الربح في المرابحة الجديدة ربح مثل هذا العميل لو لم يكن متأخراً. اهـ

وقد يؤخذ على المعيار أنه عامل جميع صور تمويل عميل لديه تمويل قائم معاملة واحدة، مع أن النظر الشرعي -فيما يظهر للباحث- يقتضي التمييز ما إذا كان التمويل الجديد لغرض معالجة تأخر العميل في سداد الدين القائم، فهنا قد يرد على المعاملة شبهة قلب الدين، وأما إذا كان التمويل الجديد بطلب العميل لغرض الحصول على تمويل إضافي فيطلب منه المصرف سداد الدين القائم من بعض حصيلة التمويل الجديد فلا يعد ذلك -في نظر الباحث- من قلب الدين، ولا يمنع المصرف من رهن السلعة المبيعة أو ثمن بيعها نقداً في مقابل الدين الذي في ذمة العميل إلى أن يسدد العميل الدين الذي حل في ذمته ولو من حصيلة التمويل الجديد. وهذا ما أخذت به الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء والهيئة الشرعية لبنك البلاد كما سيأتي بيانه.

ثانياً- قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٦٧٧):

ونص المقصود منه: (ثانياً-يجوز للمصرف تمويل عميل لديه دين سابق للمصرف إذا لم يترتب على التمويل الجديد زيادة في المقدار عن الدين السابق؛ والمعتبر في الزيادة أن يكون ما ثبت في ذمة العميل من التمويل الجديد بصفته المؤجلة -مع أي مبالغ من رسوم أو غيرها قد تفرض في التمويل الجديد أو لسداد الدين السابق- لا يزيد عن مقدار ما سيسقط من الدين السابق بصفته المؤجلة، ولو تفاوتت آجال الدينين أو اختلفت كلفة التمويل فيهما. ثالثاً: إذا ترتب على التمويل الجديد زيادة عن الدين السابق الذي لم يحل أجله فيجوز تمويل المصرف للعميل بالضوابط الآتية: 1- ألا يشترط في التمويل الجديد أن يسدد منه الدين السابق ولا يكون منصوصاً عليه في وثائق التمويل. 2- أن يكون إنشاء الدين الجديد قبل حلول أجل الدين السابق بيوم واحد على الأقل؛ ولو تأخر إيداع المبلغ المتحصل من التمويل الجديد في حساب العميل. 3- أن يمكن العميل من التصرف في المبلغ المتحصل من التمويل الجديد). اهـ

وجاء في قرار الهيئة الشرعية رقم (٨٨٢) بشأن التمويل الإضافي: (وهو منتج يتيح للعميل الذي عليه دين سابق للمصرف الحصول على تمويل جديد، مع إتاحة الخيار للعميل لسداد الدين السابق سداداً مبكراً، من غير شرط أو إجراء من شأنه

إلزامه بسداد دينه السابق من حصيلة التمويل الإضافي. وسيتم تنفيذ هذا المنتج باستخدام عقود التمويل والنماذج المعمول بها في المصرف، وفقاً للإجراءات الآتية: 1- الحصول على التمويل الجديد من خلال "عقد بيع أسهم محلية بالتقسيط" ... 2- رهن محفظة العميل وحسابه الاستثماري... ويتضمن رهن محفظة العميل وحسابه الاستثماري ضماناً لالتزاماته المترتبة على التمويل الجديد، ولا يحق للمصرف التنفيذ على أصول المحفظة المرهونة إلا عند انخفاض قيمتها، وللعامل أن يبيع الأسهم التي اشتراها من المصرف، ويبقى ثمنها رهناً لالتزاماته بموجب التمويل الجديد... وبعد التأمل في أن العميل قد مكن من التصرف في الأسهم التي تملكها، وأن يبيع الأسهم واستخدام حصيلتها كان باختيار منه دون إلزام من المصرف، وأن المصرف لا يحق له التنفيذ على المحفظة المرهونة إلا عند انخفاض قيمتها،.. قررت الهيئة ما يأتي: أولاً: إجازة منتج "التمويل الإضافي" وفق الوصف المذكور في مقدمة القرار. ثانياً: إجازة نموذج "إقرار رهن محفظة وحساب استثماري" (أهـ) ففي هذا القرار أجازت الهيئة رهن الأسهم محل التمويل الجديد لأن التمويل الثاني تمويل إضافي وليس لمعالجة التأخر في السداد، خلافاً لما ورد في المعيار الذي لم يفرق بين الحالتين.

ثالثاً- قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (١٢٤):

جاء في قرار الهيئة الشرعية المشار إليه بشأن إعادة التمويل ما نصه: (قررت الهيئة إجازة المنتج -أي إعادة التمويل- بالضوابط الآتية :

١- أن يكون التعاقد مع العميل واضحاً من حيث السقف الممنوح له، ومبلغ السداد المبكر وطريقة احتساب الربح، وجدول السداد.

٢- يجب أن يتضمن العقد بيع سلع حقيقية، كالأسهم.

٣- ألا يوقع العميل على ما يلزمه بالبيع.

٤- للبنك أن يلزم العميل بسداد مديونته السابقة- (أي: بطلب سدادها سداداً مبكراً ووافق البنك على طلبه)- وإن لم يسدد العميل ف للبنك أن يبيع أسهمه المرهونة ليستوفي مديونته من ثمنها.

٥- ألا يطبق هذا المنتج على المديونيات حالة السداد؛ لتلا يكون من قلب الدين) أهـ... وهنا فرق قرار الهيئة بين الإلزام بالبيع وحبس السلعة بثمنها فأجاز الثاني دون الأول؛ لتلا يكون من قلب الدين.

المطلب الثالث: المرابحة بالبيع الأجل مع الالتزام بالخصم:

وفي هذه الطريقة يبيع المصرف للعميل سلعة بالأجل بربح محدد مع التزام المصرف بالحط من ربحه في حال نقص هامش الربح في السوق عن هامش الربح المحدد ابتداء في العقد، فإذا كان الربح المحدد 5% ونقص هامش الربح في السوق في السنة الثانية إلى 4% وفي السنة الثالثة إلى 3% فيحط المصرف من ربحه في السنة الثانية 1% وفي السنة الثالثة 2%، وهكذا.

وممن أجاز هذه المعاملة الهيئة الشرعية لبنك البلاد في قرارها رقم (١٠١)، والهيئة الشرعية لمصرف الهلال.

ويمكن أن تخرج هذه المسألة على الإبراء المعلق والإبراء مجهول المقدار، ووجه ذلك أن الإبراء معلق على انخفاض هامش الربح في السوق عن هامش الربح المحدد في العقد، كما أن مقدار هذا الانخفاض غير معلوم عند إنشاء الإبراء.

وقد اختلف أهل العلم في حكم تعليق الإبراء وفي كون الدين المبرأ منه مجهولاً وسبب اختلافهم هو اختلافهم في حقيقة الإبراء: هل هو تملك أم إسقاط؟ فمن قال: إنه تملك، اشترط أن يكون منجزاً والدين المبرأ منه معلوماً؛ لأن التعليق يفتقر

إلى الرضا، وجهالة الدين المبرأ منه تفضي إلى الغرر. ومن قال: إنه إسقاط، لم يشترط التنجيز ولا العلم؛ لأن الرضا لا يستلزم التنجيز، والجهالة مغتفرة في عقود التبرعات¹.

ولأهل العلم في حكم تعليق الإبراء قولان:

القول الأول: عدم الصحة.

وهذا مذهب الحنفية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والمذهب عند الحنابلة⁽⁴⁾. واستدلوا بأن الإبراء تملك، وانتقال الملك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق أن يكون يعترضه عدم الحصول⁽⁵⁾. ويناقش بعدم التسليم بأن الإبراء تملك، بل هو إسقاط، ولهذا لا يفتقر إلى القبول، وعلى فرض صحة كونه تملكاً فإن قصر الرضا على العقد الناجز تحكم لا دليل عليه، فالرضا لا يستلزم التنجيز.

القول الثاني: صحة تعليق الإبراء من الدين.

وهذا مذهب المالكية⁽⁶⁾، ورواية عن أحمد⁽⁷⁾، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية⁽⁸⁾، وابن القيم⁽⁹⁾.

واستدلوا بما روى مسلم في صحيحه عن أبي اليسر صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لغريمه: إن وجدت قضاءً فاقض، وإلا فأنت في حل⁽¹⁰⁾؛ ولأن الأصل في العقود والتصرفات الصحة ما لم يخالف الشرع، وليس في شرط التعليق ما يخالف أحكام الشريعة.

والقول الثاني هو الأرجح دليلاً.

وأما الإبراء من دين مجهول المقدار فاختلف فيه أهل العلم:

فذهب الشافعية إلى عدم الصحة؛ لما فيه من الغرر⁽¹¹⁾. ويناقش بأن الغرر ممنوع في عقود المعاوضات وأما الإبراء فهو تبرع.

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة⁽¹²⁾ إلى الصحة، واشترط الحنابلة تعذر العلم بالمبرأ منه.

واستدل أصحاب هذا القول بما روت أم سلمة -رضي الله عنها- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما إليه في مواريث دَرَسَتْ: ((اقتسما، وتوخيا الحق، ثم استهما، ثم تحاللا))⁽¹³⁾. ووجه الدلالة: أن الحديث دل على جواز البراءة من الحقوق المجهولة، ومنها الإبراء من الدين، ولأن الإبراء من الدين إسقاط له، والجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التملك، لعدم الحاجة إلى التسليم، فلا تكون مفسدة⁽¹⁴⁾.

1 ينظر: تبين الحقائق 13/4، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 312، المغني 441/6، نظرية العقد ص 228.

(2) تبين الحقائق 13/4، البحر الرائق 194/6.

(3) المنثور في القواعد 81/1.

(4) المغني 441/6.

(5) ينظر: الفروق للقرافي 229/1.

(6) حاشية الدسوقي 99/4، منح الجليل 178/8.

(7) الإنصاف 32/17.

(8) الفروع 193/4.

(9) إعلام الموقعين 399/3.

(10) أخرجه مسلم (كتاب الزهد والرقائق / باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر - برقم 3006).

(11) المنثور في القواعد 82/1، روضة.

(12) المبسوط 92/13، فتح العلي المالک 2/224، المغني 6/254.

(13) أخرجه أحمد (320/6) وأبو داود (كتاب الأفضية / باب في قضاء القاضي إذا أخطأ برقم 3583).

(14) بدائع الصنائع 21/7، فتح القدير 39/6.

والقول الثاني هو الراجح؛ لقوة أدلته.

وبناء على ما سبق فيتبرجج صحة عقد المراجعة بثمن أجل مع الالتزام بالخصم عن الفرق بين هامش الربح المحتسب في عقد المراجعة وهامش الربح السائد في السوق عند السداد، وتخرج المسألة على الإبراء المعلق والإبراء مجهول القدر، وكلاهما صحيح. والله أعلم.

المطلب الرابع: السلم بسعر السوق:

وهو السلم في سلع موصوفة من غير أن تحدد كميتها وإنما تتحدد بناء على سعرها في السوق وقت التسليم، فيعطى المشتري من السلع ما يعادل رأس ماله وبيع معلوم¹، كأن يدفع مئة ليتسلم بعد سنتين كمية من الحديد ببيع 10% أي ما قيمته مئة وعشرة. فإذا كان سعر طن الحديد وقت التسليم عشرة فتكون الكمية المستحقة أحد عشر طناً.

ومن التطبيقات المعاصرة لهذه الصيغة:

1- بطاقات الاتصال مسبقة الدفع، حيث يدفع الشخص (90) ليحصل على مكالمات بقيمة (100) مثلاً، فهي سلم في المنافع. وهو صحيح عند جمهور أهل العلم خلافاً للحنفية. والمسلم فيه -وهو دقائق الاتصال- مقدر بالقيمة لا بالكمية. وقد تكون حالة أو مؤجلة، كما أن السلم يصح حالاً إذا كان البائع مالكاً للسلعة، ويصح مؤجلاً.

2- بطاقات الوقود مسبقة الدفع، وهي كسابقها إلا أن المسلم فيه سلعة موصوفة وهو الوقود.

وممن اختار صحة السلم مع تحديد مقدار المسلم فيه حسب سعر السوق يوم التسليم شيخ الإسلام ابن تيمية. قال في الفروع: "وقال شيخنا -يقصد ابن تيمية- فيمن أسلف دراهم إلى أجل على غلة بحكم أنه إذا حل دفع الغلة بأنقص مما تساوي بخمسة دراهم: هذا سلف بناقص عن السعر بشيء مقدر، فهو بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيع الناس أو بزيادة درهم في الغرارة²، أو نقص درهم فيها. وفي البيع بالسعر قولان في مذهب أحمد: الأظهر جوازه؛ لأنه لا خطر ولا غرر؛ ولأن قيمة المثل التي تراضيا بها أولى من قيمة مثل لم يراضيا بها"³.

وهذه المعاملة لا يظهر فيها محرم شرعاً بشرطين:

الأول: أن يكون للسلعة المعقود عليها قيمة سوقية منضبطة، كالمعادن والوقود ونحوها.

والثاني: أن يقبض المشتري السلعة قبضاً حقيقياً أو حكماً عند التسليم؛ دفعاً للصورية عن العقد.

وليس في المعاملة ربا؛ لأنها معاوضة بين نقد وسلعة، وليس فيها غرر؛ لأن المعقود عليه يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، ولا تتعارض مع قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: "من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"⁴؛ لأمرين:

1 ويعبر عنه البعض بأن يعطى المشتري كمية من المسلم فيه بأنقص من سعرها في السوق بنسبة معلومة يوم التسليم، والنتيجة في الطريقتين واحدة مع مراعاة اختلاف النسبة في حال الزيادة أو النقصان؛ لأن الربح للمشتري نقصان على البائع، فمن عبر بالربح نظر إلى جانب المشتري ومن عبر بالنقصان نظر إلى جانب البائع.

2 الغرارة - بكسر الغين -: وعاء من صوف أو شعر لنقل التبن وما أشبهه. طلبه الطلبة ص 110

3 الفروع 179/4. واختار هذا القول من المعاصرين الشيخ محمد العثيمين -رحمه الله- وقال: "ينبغي أن يكون معلوماً بالجزء المشاع، كأن يقول: بنازل عشرة في المئة عن قيمته وقت حلوله؛ لأنه إذا جعله شيئاً معيناً بالقدر فقد يستغرق كثيراً من الثمن أو قليلاً" تعليقات الشيخ على الأخبار العلمية ص 193.

4 أخرجه البخاري في كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم برقم (2126)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب السلم برقم (1604) من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما-.

الأول: أن الكيل والوزن وإن لم يكونا محددين عند العقد إلا أنهما يؤولان إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

والثاني: أن المراد: من أسلف شيئاً فليكن بكيل معلوم، ومن أسلف وزناً فليكن بوزن معلوم. ومما يدل على ذلك ما يلي:

1- ذكر الأجل فيه، وهو ليس بشرط؛ لأن السلم إذا جاز مؤجلاً فجازاً حالاً من باب أولى؛ لأنه أقل غرراً، فيكون المعنى: إن كان السلم لأجل فليكن معلوماً¹.

2- أن الحديث اشترط العلم بالكيل والوزن، ومن المعلوم أنه لا يشترط العلم بهما معاً؛ إذ المراد: من أسلف شيئاً فليكن بكيل معلوم، ومن أسلف وزناً فليكن بوزن معلوم.

ويصح أن يكون السلم بسعر السوق بأجل واحد، فيكون بحسب سعر السوق عند ذلك الأجل، أو يكون مقسطاً على آجال معلومة، فيكون بحسب السوق عند كل أجل. قال في شرح المنتهى: "يصح أن يسلم في جنس واحد إلى أجلين، إن بين قسط كل أجل وثمنه؛ لأن الأجل الأبعد له زيادة وقع على الأقرب، فما يقابله أقل فاعتبر معرفة قسطه وثمنه فإن لم يبينهما لم يصح.. ويصح أن يسلم في شيء كلحم وخبز وعسل يأخذه كل يوم جزءاً معلوماً مطلقاً، سواء بين ثمن كل قسط أو لا لدعاء الحاجة إليه"².

فإذا كان المسلم فيه مقسطاً فقد تكون الكمية المستحقة في قسط أكثر أو أقل منها في قسط آخر بناء على تقلبات الأسعار. والله أعلم.

والحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

1 وهذا هو توجيه الشافعية للحديث بناء على قولهم بصحة السلم الحال خلافاً للجمهور. واختار ابن تيمية وابن القيم صحته إذا كان البائع قادراً على التسليم. الحاوي الكبير 13/7، أسنى المطالب 124/2، فتح العزيز 226/9، تبين الحقائق 115/4، حاشية الدسوقي 205/3، المغني 402/6، مجموع فتاوى ابن تيمية 529/20، تهذيب السنن 114/5.

2 شرح المنتهى 91/2.

الجهالة التي تؤول إلى العلم

إعداد

د. عبد الله بن راشد الفضلي

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 21-22 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وبه أستعين، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على سيد الأولين والآخرين وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فهذا بحث مختصر في الجهالات الأيلة للعلم؛ مفهومها، وضابط ما يغتفر منها، وذكر بعض التطبيقات ذات الصلة، أكتبه إجابة لطلب كريم من أخي صاحب الفضيلة د. خالد بن محمد السيارى، ومن الإخوة المنظمين لندوة مستقبل العمل المصرفي، سائلاً المولى الكريم الهدى والسداد، وأن ينفع بهذا البحث كاتبه وقارئه.

المبحث الأول: تعريف الجهالة الأيلة للعلم

المطلب الأول: تعريف الجهالة.

الجهالة لغةً: مصدر من (جَهَلَ)، ومادته تدور على معنيين⁽¹⁾: الأول: خلاف العلم، ومنه قوله تعالى: (لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْضِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَقُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا)⁽²⁾، أي: من لا يعرف حالهم، والثاني: الخفة والاضطراب وخلاف الطمأنينة، والمعنى الأول هو الأنسب لبحثنا⁽³⁾.

الجهالة اصطلاحاً: لم أجد تعريفاً للجهالة في كلام المتقدمين⁽⁴⁾، وإنما يجد القارئ في مصنفاتهم تفصيلاً لأنواعها، واجتهاداً في حصر ما نُصِّ عليه من صورها، فكأنهم اكتفوا بتعريفها بالمثل أو بالرسم كما عند المناطقة عن تعريفها بالحد الحقيقي، والذي يظهر أن الجهالة في استعمال الفقهاء عبارة عن (عييب يعتري العقود بعدم تحقق العلم الكافي بصيغة انعقادها، أو بجنس العقود عليه فيها أو نوعه أو صفته أو قدره أو أجله).

وقد تبين لي بالبحث أن الجهالة قسم من الغرر، وأن بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً؛ فالغرر أعم من الجهالة مطلقاً والجهالة أخص منه فكل مجهول غرر وليس كل غرر مجهولاً⁽⁵⁾، وهذا الرأي هو المناسب للتعريف المختار للغرر بأنه: (المجهول العاقبة⁽⁶⁾ أو أنه كل ما كان مستور العاقبة⁽⁷⁾)، والملائم لواقع المصنفات الفقهية للمذاهب الأربعة ينتهي الناظر فيها إلى أنهم

(1) انظر: تهذيب اللغة (37/6)، مقاييس اللغة (489/1)، المفردات في غريب القرآن (ص:209)، تاج العروس (255/28).

(2) سورة البقرة، الآية: ٢٧٣.

(3) وبه عرف صاحب لسان العرب (129/11) الجهالة بقوله: "والجهالة: أن تفعل فعلاً بغير العلم".

(4) ذكر بعض المعاصرين أن القرافي عرفها بأنها: "ما علم حصوله وجهلت صفته" أخذاً من كلام له أورده في معرض التفريق بين الجهالة والغرر في كتابه الفروق (265/3)، انظر: العقود المالية المركبة (ص:170)، أثر الجهالة في المعاملات المعاصرة (ص:14)، ولا يخفى ما في هذا التعريف من قصور؛ فهو غير جامع لأنواع الجهالة حيث قصرها على جهالة الصفة، فأخرج بذلك أنواع الجهالة الأخرى: كجهالة الجنس والنوع والقدر، كما أنه يفضي إلى الدور؛ حينما عرف الجهالة بما لا يفهم معناها إلا يفهم معناه، والدور مما تصان عنه الحدود لدى أهل المنطق، والحق أن القرافي لم يرد بكلامه السابق بيان حد الجهالة، وإنما أورده في معرض التفريق بينها وبين الغرر، وعليه فإن من الخطأ نسبته إليه كتعريف للجهالة. وذكر بعض الشافعية تعريفاً للجهالة بأنها: "ما لا تسهل معرفتها" إغاثة الطالبين (180/3)، ويمكن رده ببيع الإنسان السلعة بما في كمال المشتري، فإنها جهالة ممنوعة مع سهولة معرفتها.

(5) وقد بسطت الخلاف في هذه المسألة في رسالتي الموسومة بالجهالة الأيلة للعلم وأثرها في المعاملات المالية ص:66-73، وذكرت تعجل بعض المعاصرين بحكمهم بالاضطراب على ما حرره ابن تيمية في حقيقة الغرر وعلاقته بالجهالة، وجزمهم بأن له في ذلك رأيين مختلفين، وأجبت عن ذلك في موضعه فليراجع.

(6) المهذب (257/9)، القواعد النورانية (ص:116).

(7) المبسوط (68/13)، وقريب منه تعريف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية في معيار الغرر بأنه: "صفة في المعاملة تجعل بعض أركانها مستورة العاقبة (النتيجة)" المعايير الشرعية (ص:504)، وانظر: الغرر وأثره في العقود (ص:34).

يدرجون الجهالة في معنى الغرر العام وأنهم يستدلون للمنع منها بعموم المنع من الغرر⁽¹⁾. كما تبين لي أن القمار قسيم للجهالة، وأن عباءة الغرر تجللهما من أطرافهما، وأن عملية المقامرة موغلة في الغرر؛ إذ إن كل داخل فيها على احتمال أن يخرج منها غانماً أو غارماً، وأن من عقود الجهالات ما ينطبق عليه حدها فيجمع له بين المصطلحين، ومنها ما يقرب منه فيعطى معناها، ومنها ما يبعد منه فيستقل عنه.

المطلب الثاني: تعريف الأيلولة:

الأيلولة لغةً: مصدرٌ من آل يؤول، وله معان من أبرزها: منتهى الأمر وعاقبته، والرجوع، وإصلاح الأمر وسياسته، والملجأ والمنجى⁽²⁾، والمعنى الأول هو الأقرب إلى ما نحن بصدد، فالمراد بأيلولة الجهالة إلى العلم: ما انتهى إليه أمرها وصارت إليه، وبهذا المعنى فسر بعضهم قول الله تعالى: (هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلَهُ يَوْمَ يَأْتِي تَأْوِيلُهُ)⁽³⁾، أي عاقبته، وما ينتهي إليه حالهم في ذلك اليوم⁽⁴⁾. الأيلولة اصطلاحاً: لم يخرج أهل الاصطلاح في استعمالهم لمفردة الأيلولة وما تشقق منها عما سبق من معناها اللغوي، وقد جرى على ذلك استعمال الفقهاء من شتى المذاهب⁽⁵⁾، وعليه فالعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي لمفردة الأيلولة هي المطابقة.

المطلب الثالث: تعريف العلم.

العلم لغة: مصدر من علم، وقد جاءت مادته على معان منها: مطلق المعرفة، واليقين، والسِّمة والدليل والأثر، وأولها هو المراد، ومنه قوله تعالى: (وَأَخْرَجَ مِنْ دُونِهِمْ لَّا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ)⁽⁶⁾، أي لا تعرفونهم، فالمراد بالعلم: مطلق المعرفة، أو قل: نقيض الجهل كما عبر غير واحد⁽⁷⁾.

العلم اصطلاحاً: لم أجد للفقهاء تعريفاً لمصطلح العلم المشترط لصحة العقود، وإنما يجد القارئ في مصنفاتهم تفصيلاً

(1) انظر على سبيل المثال: فتح القدير (294/6)، شرح مختصر خليل للخرشي (70/5)، مغني المحتاج (352/2)، المبدع (24/4). ويحسن أن ألفت انتباه القارئ هنا إلى أمرين مهمين: الأمر الأول: أن الجهالات ليست على رتبة واحدة بل لها مراتب متفاوتة من حيث الخطر والأثر: جهالة الجنس، والنوع، والقدر، والصفة، والأجل، فكلما علت رتبة المجهول كان أقرب للمعنى اللغوي للغرر وهو ما أشار إليه ابن تيمية بقوله: "الغرر من التغرير، والمغرر بالشيء المخاطر، والمخاطر: المتردد بين السلامة والعطب وهذا هو الذي خفيت عاقبته". الأمر الثاني: أن سبب إدراج الجهالة في عموم الغرر كونها مؤدية لمعناه الأصلي وهو: التردد، وبيان ذلك: أن أعلى مراتبه: التردد في وجود الشيء وعدمه، وهو المعدوم، وهذا غرر لا جهالة فيه إلا بالنظر لجهالة العاقبة. فإن كان موجوداً: تردد بين حصوله في يد العاقد وعدمه؛ وهو ما لا يقدر على تسليمه، وهذا لا يخلو من أن يكون معلوماً فيكون غرراً لا جهالة فيه أو مجهولاً فيجمع بينهما. فإن حصل في يده: تردد بين السلامة والعطب، وهذا غرر لا جهالة فيه إلا باعتبار جهالة الحال. فإن حصل سليماً: تردد بين أن يكون من هذا الجنس أو ذلك، وهذا جهالة وغرر. فإن علم جنسه: تردد بين أن يكون من هذا النوع أو ذلك، وهذا غرر وجهالة. فإن علم نوعه: تردد بين أن يكون واحداً أو أكثر، وهذا غرر وجهالة. فإن علم مقداره: تعين المبيع حينئذ فارتفع التردد من جهة تعيين المبيع، وبقي مجهولاً؛ لجهالة الصفة، ولعل هذه وجهة من أخرج هذا من الغرر، وأما من أدخله؛ فلأنه نظر إلى أن جهالة الصفة تؤدي إلى التردد في مقدار القيمة، وانظر: أحكام التابع ص: 263.

(2) انظر: تهذيب اللغة (314/15)، الصحاح (1628/4)، مقاييس اللغة (162/1)، القاموس المحيط (ص: 963).

(3) سورة الأعراف، الآية: 53.

(4) انظر: تفسير الطبري (241/10)، الجامع لأحكام القرآن (218/7)، مقاييس اللغة (162/1).

(5) انظر على سبيل المثال: تبين الحقائق (132/6)، شرح مختصر خليل للخرشي (122/6)، تحفة المحتاج (307/6)، الشرح الكبير لابن أبي عمر (84/5).

(6) سورة الأنفال، الآية: 60.

(7) انظر: تهذيب اللغة (254/2)، المصباح المنير (427/2)، لسان العرب (420/12).

لما يحصل به العلم، أو أنهم يُتبعون ذكر اشتراطه ببيانٍ مجمل لما يضاده من أنواع الجهالات التي هي نقيض له، ولعلمهم أغفلوا ذكر حدٍ منطقي له؛ لظهور معناه عندهم، ولكونه مستغنياً عن التعريف، فهو عندهم-كما قال بعض الأصوليين- من الضروريات التي تُتصوّر ماهيتها بالكثرة فلا حاجة لحدّها⁽¹⁾، إلا أنه يمكن تعريفه بأن يقال: إنه عبارة عن (صفة تقوم بالعاقدين يتجلى بها صيغةُ العقد، وجنسُ المعقود عليه، ونوعُه، وصفتهُ، وقدرُه، وأجلُه، على الوجه المطلوب شرعاً).

المطلب الرابع: تعريف الجهالة الأيلة للعلم

يمكن أن يصاغ لها تعريف بأن يقال: هي عبارة عن (عيب يعتري العقد في مبدئه بعدم معرفة العاقدين أو أحدهما لما تشترط معرفته من المعقود عليه أثناء الانعقاد، ثم تتحقق تلك المعرفة بعد العقد -أو يمكن تحققها- في أزمنة تتفاوت باختلاف العقود). هذا هو محور هذا البحث وميدانُه، فهو لا يبحث في الجهالات بمنظور عام وإنما في أنواعٍ منها يتلبس العقد بها أثناء الانعقاد، ثم تزول بعده أو يمكن ذلك. وقد عاب علي أحد الفضلاء صياغة التعريف بهذا النحو من الإطلاق الناظم لكثير من مسائل الجهالات فأجبتُه بأني عمداً فعلت ذلك؛ مراعاة لواقع استعمال هذا المصطلح في عدد من المسائل التي اختلف فيها المعاصرون وهي تحوي جهالات فاحشة إنما تزول بعد العقد ولزومه في مدد تطول غالباً⁽²⁾، فضلاً عن أنه الظاهر من إطلاق ألفاظه، ومن اللطيف أني لم أجد للفقهاء - بعد طول بحث- استعمالاً لهذا المصطلح في أبواب المعاملات سوى ما ورد في الشرح الكبير للدردير⁽³⁾ في سياق تسبيب منع البيع من الصبرة كل قفيز بدرهم؛ حيث يقول: "للجهل بالثمن والمثمن حالا ولم يعتبروا العلم الحاصل في المأل". ولا يخفى أن الكلام هنا مفروض في بيان هذا المصطلح والتعريف به. وأما ما يتعلق بذكر ضوابط ما يغتفر منه مما لا يغتفر فسيأتي مفصلاً في مبحث خاص بإذن الله.

(1) انظر: المحصول (85/1)، وانظر: رد المحتار (505/4)، الشرح الكبير للدردير (15/3)، تحفة المحتاج (250/4)، (163/3)، شرح منتهى الإرادات (13/2).

(2) كما في المراجعة بربح متغير، والمقابلة بسعر السوق وقت التنفيذ، والسلم مع تحديد مقدار المسلم فيه حسب سعر السوق يوم التسليم، وبعض عقود الصيانة، والتايم شير، .. وغيرها كثير.

(3) (18/3). وقد ورد استعمال هذا المصطلح في سياق الجواز من الماوردي في الحاوي (346-345/7) في سياق اغتفار الجهالة اليسيرة بأيلولتها للعلم في مجلس العقد بالمعيار المنضبط الذي لا يختص به أحد العاقدين عن الآخر وتمكن إزالة الجهالة به وقت التعاقد، وستأتي الإشارة إليه في الضابط السادس من ضوابط الاعتفار.

المبحث الثاني: قاعدة الجهالة والغرر واستثنائها من أصل الحل للمعاملات

لا يخفى أن عامة الفقهاء على تقرير قاعدة (الأصل في المعاملات: الحل) وهي قاعدة من أشرف قواعد الفقه، ومن أبرز خصائص وميزات التشريع الإسلامي للمعاملات، إلا أن الشرع حين جعل الحل أصلاً في تعاملات الناس تيسيراً عليهم لم يطلق الأمر على عواهنه، بل أحاط هذا الأصل بشروط لا بد من تحققها، ونص على موانع لا بد من انتفاءها رحمة بالناس، ولطفاً بهم، ومنعاً لبغي بعضهم على بعض. وقد عني أهل العلم بعد تعييدهم أصل الحل بحصر أصول الفساد، والأسباب التي تخرج بها المعاملات من الحل إلى التحريم، ولهم في حصرها مسالك متعددة مترددة بين التفصيل والإجمال⁽¹⁾، وهم مطبقون على أن الغرر ومنه الجهالة أصلٌ عظيم من أصول الفساد في المعاملات⁽²⁾، ولهذا لا خلاف بينهم في المنع من عقود المعاوضات متى ما تضمنت جهالة مؤثرة -على ما يأتي بيانه-، واستدلوا بالآتي:

أولاً: من الكتاب العزيز: وفيه النهي عن أصليين كبيرين تندرج الجهالة فيهما فتأخذ حكمهما.

الأصل الأول: النهي عن أكل أموال الناس بالباطل: حيث قال الله عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)⁽³⁾. وبيوع الجهالة والغرر من قبيل أكل المال بالباطل فتأخذ حكمه، ووجه ذلك: أ- أن المراد بالباطل في الآية: جميع ما لا يحل شرعاً، ولا يفيد مقصوداً، حيث نهى الشرع عنه ومنع منه وحرّم تعاطيه ومنه الغرر والمجهول كما قرره غير واحد⁽⁴⁾. ب- ولا خلاف بين المفسرين في أن التجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة وبيع الجهالة منعدهم فيه الرضى المعتبر كما سيأتي، قال ابن رشد في معرض بيانه للآية: "معناه: تجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولا قمار؛ لأن التراضي بما فيه غرر أو خطر أو قمار لا يحل ولا يجوز"⁽⁶⁾. ج- أن الحصول على ما في يد الغير إما أن يكون عن طريق التبرع من غير مقابل، وإما أن يكون عن طريق المعاوضة فلا بد حينئذ من عوض يقابله، وعليه فإن تحصل عليه من غير عوض كان من قبيل أكل أموال الناس بالباطل⁽⁷⁾، وهذا جلي في بيوع الجهالات بحيث ينفذ مجلس العقد عن حصول أحد المتعاقدين على كامل عوضه بخلاف الآخر فيكون قد أكل مال أخيه بالباطل سواء فوّت عليه جميع العوض أو بعضه "ففي حبل الحبله ثمنٌ بلا عوض إذا لم تنتج، وكذا في بيع الثمر قبل بدو صلاحه إذا فسد، والمشتري إذا ولد الجنين في أحسن صورة، أو أنتجت الثمرة أفضل إنتاجها؛ فالمشتري يكون قد دفع في الحبل والثمرة أبخس الأثمان، فالفارق بين ما دفع وبين القيمة الحقيقية للمبيع يكون بلا عوض، وهكذا الأمر في سائر صور بيع المجهول"⁽⁸⁾.

الأصل الثاني: النهي عن الميسر: حيث يقول سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ... إل آيتين⁽⁹⁾، وبيوع الجهالات من جنس الميسر فتأخذ حكمه، ووجه ذلك: أ- أن المعنى الذي حرم لأجله الميسر موجودٌ بعينه في بيوع الجهالات فتأخذ حكمه⁽¹⁰⁾. ب- مشاركة الجهالة للميسر في تحقق المخاطرة الممنوعة؛ يتجلى هذا في إقدام كل من العاقدين على أمر تخفى عاقبته؛ فالذي يشتري سلعة يجهل جنسها أو نوعها أو صفاتها المؤثرة في ثمنها لا شك أنه مغامر في

(1) انظر على سبيل المثال: البحر الرائق (75/6)، القبس (787/2)، الخصال الصغير (ص: 71-72)، بداية المجتهد (145/3).

(2) انظر: المراجع السابقة، وفي ذلك يقول النووي في شرحه على مسلم (156/10): "النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة".

(3) النساء: ٢٩.

(4) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (185/1)، تفسير ابن كثير (268/2)، روح المعاني (16/3)، التحرير والتنوير (190/2).

(5) انظر: تفسير الطبري (630-628/6)، تفسير ابن كثير (268/2)، روح المعاني (16/3).

(6) المقدمات الممهدة (72/2).

(7) انظر: مفاتيح الغيب (57/10)، الجامع لأحكام القرآن (150/5)، اللباب في علوم الكتاب (337/6).

(8) بيع المجهول ص: 44 بتصرف يسير.

(9) المائدة: 90-91.

(10) انظر: مجموع الفتاوى (23/29، 48، 87)، إرشاد أولي البصائر والألباب (ص: 178).

شرائه، والذي يدخل في معاوضة لا يدري حين العقد أيغلب فيغنم أم يُغلب فيغرم؛ لا شك أنه مخاطر بماله؛ فإن وقع الخطر غرم ما يغنمه صاحبه وإلا غنم ما يغرمه، وهذا داخل في حقيقة الميسر الذي جاء القرآن بالنهي عنه⁽¹⁾.

ثانياً: من السنة: والاستدلال بالسنة على تحريم عقود الجهالة من جهتين:

الجهة الأولى: عموم ما ثبت عن النبي ﷺ من النهي عن الغرر فيما رواه مسلم عن أبي هريرة ؓ أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر»⁽²⁾، وقد سبق أن الجهالة مندرجة في عموم الغرر، وأن عامة أهل العلم على ذلك فتكون داخلة في حكم النهي عنه.

الجهة الثانية: ما ثبت في السنة من النهي عن عقود خاصة كانت رائجة في المجتمع الجاهلي، وقد منع الشارع منها؛ لما تحويه من جهالات، ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

النهي عن بيع الحصاة⁽³⁾، وعن الملامسة والمنازلة⁽⁴⁾، وعن بيع حبل الحبلية⁽⁵⁾، وبيع الثمار قبل بدو صلاحها⁽⁶⁾، وبيع ضراب الفحل⁽⁷⁾. فجميعها بيوع جاهلية جاء في السنة الصحيحة الصريحة المنع منها والزجر عنها، واتفق أهل العلم على أن النهي عنها لم يكن لذاتها، وإنما معنى فيها، يعبرون عنه بالجهالة تارة وبالغرر أخرى⁽⁸⁾.

ثالثاً: الإجماع: فقد أجمع العلماء على تحريم الجهالة الفاحشة في عقد معاوضة وكانت في المعقود عليه أصالة ولم تدع للعقد حاجة⁽⁹⁾، وقد اتفقوا على عدّ العلم شرطاً لصحة البيع⁽¹⁰⁾، وأجمعوا على تحريم بعض البيوع لما تضمنته من جهالة مؤثرة، كبيع حبل الحبلية⁽¹¹⁾، والملاقيح، والمضامين⁽¹²⁾، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبيع الملامسة، والمنازلة، والحصاة⁽¹³⁾، ونحو ذلك من البيوع التي هي من جملة الجهالة الممنوعة⁽¹⁴⁾، والمنصوص عليه منها لا يكاد يختلف أهل العلم في المنع منه، وفيما عدا ذلك خلافٌ عائد إلى تحقيق مناطات الجهالة المؤثرة.

رابعاً: من المعقول: 1- أن الله سبحانه قد نص في كتابه على اشتراط الرضا لصحة البيع حيث يقول: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)⁽¹⁵⁾، والأمر بالرضا لا يتعلق إلا بمعلوم؛ لأنه تكليف،

(1) انظر: المقدمات الممهدة (72/2)، مجموع الفتاوى (471/14) (61/25)، الطرق الحكمية (ص:203).

(2) رواه مسلم في صحيحه (3/ 5)، رقم (1513)، وقد بوّب البخاري في صحيحه (70/3) باباً في النهي عن الغرر فقال: "باب بيع الغرر وحبل الحبلية"، وأورد فيه حديث النهي عن بيع حبل الحبلية، قال العيني: "فإن قلت: لم يذكر في الباب بيع الغرر صريحاً وذكره في الترجمة، لماذا؟ قلت: لما كان في حديث الباب النهي عن بيع حبل الحبلية، وهو نوع من أنواع بيع الغرر، ذكر الغرر الذي هو عام، ثم عطف عليه حبل الحبلية من عطف الخاص على العام؛ لينبه بنوع ممنوع مخصص معلول بعله على كل نوع توجد فيه تلك العلة" عمدة القاري (264/11)، والمقصود أن البخاري وإن لم يرو هذا الحديث لكونه خارجاً عن شرطه، فإنه يحتج به معتقداً ثبوته؛ ولذلك نبه عليه بالترجمة، وهذا من فقهه رحمه الله، وهي طريقة بديعة سلكها في صحيحه في مواضع كثيرة.

(3) رواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، رقم (1513)، (1153/3).

(4) رواه البخاري في صحيحه (70/3) برقم: (2146)، ومسلم في صحيحه (1151/3)، برقم: (1511).

(5) رواه البخاري في صحيحه (70/3)، برقم: (2143)، ومسلم في صحيحه (1153/3)، برقم: (1514).

(6) رواه البخاري في صحيحه (77/3)، برقم: (2194)، ومسلم في صحيحه (1165/3)، برقم: (1534).

(7) رواه البخاري في صحيحه (94/3)، برقم: (2284)، ومسلم في صحيحه (1197/3)، برقم: (1565).

(8) انظر: بدائع الصنائع (139/5)، بداية المجتهد (167/3)، الموافقات (117/5)، الحاوي الكبير (336/5).

(9) انظر: المبسوط (17/13)، المنتقى (41/5)، المجموع (258/9)، المغني (58/4)، القواعد النورانية (ص:121)، الموافقات (17/5)، الغرر في العقود (ص:583)، المعايير الشرعية، معيار الغرر (ص:504).

(10) انظر: بدائع الصنائع (156/5)، الشرح الكبير للدردير (15/3)، تحفة المحتاج (250/4)، (163/3).

(11) انظر: بدائع الصنائع (139/5)، بداية المجتهد (167/3)، الحاوي الكبير (336/5)، المغني (157/4).

(12) انظر: بدائع الصنائع (145/5)، وبقيّة المراجع السابقة.

(13) انظر: بدائع الصنائع (176/5)، بداية المجتهد (167/3)، الحاوي الكبير (336/5)، المغني (156/4).

(14) انظر: المنتقى (41/5)، القواعد النورانية (ص:121)، زاد المعاد (725/5)، الموافقات (117/5).

(15) سورة النساء، الآية: ٢٩.

والتكليف لا بد أن يتعلق بمقدور للإنسان، وتعليق الرضا بالمجهول غير مقدور، فيكون خارج دائرة التكليف فيبطل به العقد، وبيانه: أن الرضا المشترط يصدر من المتعاقدين معبرين عنه بالصيغة، ويجب أن يتعلق بالمعقود عليه وقت التعاقد، فإذا كان المعقود عليه مجهولاً لا يجد الرضا محلاً يقع عليه، فلا يصح العقد حينئذ⁽¹⁾، وقد عبر عن ذلك ابن تيمية بقوله: "البيع يعتبر فيه الرضا، والرضا يتبع العلم"⁽²⁾. 2- أن الجهالة المؤثرة في بيع المجهول تفضي غالباً إلى المنازعة، فتكون مانعة من التسلم والتسليم، فلا يحصل مع ذلك مقصود البيع⁽³⁾.

(1) انظر: المحلى (223/7)، بيع المجهول ص: 40، 42، ملتنى المراجعة بريح متغير ص: 100.

(2) مجموع الفتاوى (103/28).

(3) انظر: بدائع الصنائع (156/5).

المبحث الثالث: أيلولة الجهالة للعلم في عقود المعاوضات والمشاركات والتوثيق والتبرعات

أطلت النفس في رسالتي الدكتوراه في بحث مسائل الجهالات الأيلة للعلم التي تكلم عنها فقهاء المذاهب الأربعة؛ بغية الوصول إلى ما يضبط هذا الباب من كلامهم، ولا يخفى أن المقام هنا لا يتسع لتفصيل القول في تلك المسائل، وقد رأيت أن أختصر الكلام عنها من خلال الجدول الآتي مسلطاً الضوء على ما يفيد في التأصيل معرضاً عن التوثيق حتى لا أطيل، وأحيل القارئ الكريم إلى أصل هذا البحث ففيه البغية والمراد⁽¹⁾.

(1) انظر: الجهالة الأيلة للعلم وأثرها في المعاملات المالية ص: 168-582.

عنوان المسألة ومحل الجهالة فيها ووقت إمكان انجلائها	القائلون باغتفارها	علة الاغتفار أو مستنده
أثر الجهالة الآيلة للعلم في عقد البيع		
أولاً: الجهالة في المبيع:		
أ- العقود الجائزة غير اللازمة:		
بيع الأعيان الغائبة بلا وصف ولا رؤية مع الخيار [وصف المبيع] [يمكن انجلائها قريباً من وقت العقد]	لحنفية والمشهور عند المالكية والشافعية في غير الأظهر، ورواية عند الحنابلة، واختاره ابن تيمية وتلميذه	- آثار الصحابة - جواز العقد ينقل البيع من عقد تقصد به المغابنة والمكايسة إلى عقد تقصد به المكارمة - اشترط الحنفية أن تكون مشاراً إليها أو إلى مكانها.
بيع المرء ما في كفه مع إثبات خيار الرؤية للمشتري [جنس المثلث ونوعه وصفته] [يمكن انجلائها وقت العقد أو قريباً منه]	الحنفية والمالكية على المشهور	حنفية: لأن المعقود عليه هنا مشار إلى مكانه، ومكانه محدود، والإشارة إلى المكان المحدود تكفي لصحة بيع الغائب.. تبقى جهالة يسيرة لا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، المالكية: لأن المعاوضة هنا على وجه المكارمة والمواصلة.. فتصح ولو لم تذكر الصفة والجنس
ب- العقود اللازمة:		
بيع الأنموذج إذا كان بعضاً من المبيع (جزء) [صفة المبيع] [يمكن انجلائها وقت العقد أو قريباً منه]	أجمعوا على اغتفارها في المثليات، واغتفرها المالكية في العدييات المتقاربة مطلقاً كالبيض وفيما عداها من القيميات كالثياب بشرط الحاجة؛ كأن يكون في نشرها إتلافاً لها، وإلا فلا يصح اغتفرها الحنفية والحنابلة مطلقاً ما دامت تقاربة	- يسيرة - الحاجة (يشق رؤية الكل في الكميات الكثيرة أو أنواع من السلع) - العادة جارية بذلك - رؤية البعض تقوم مقام الوصف الكافي
بيع الأنموذج إذا لم يكن بعضاً من المبيع (مثال) [صفة المبيع] [يمكن انجلائها وقت العقد أو قريباً منه]	اغتفرها الحنفية (وقول عند البقية واختاره المرادوي) في المثليات والقيميات المتقاربة مطلقاً والمالكية في المثليات والعدييات المتقاربة	- يسيرة - الحاجة (يشق كثيراً جلب السلع من المستودعات إلى داخل سوق البلد) - العادة جارية بذلك - رؤية المثلث تقوم مقام الوصف الكافي
بيع المسك في فارته [قدر المبيع وصفته] [يمكن انجلائها وقت العقد أو قريباً منه]	اغتفرها الحنفية، وبعض الشافعية والحنابلة، ونصره ابن القيم، ووجهه في الفروع، وقواه في الإنصاف والسعدي واشترط أن يكون المشتري من أهل الخبرة والمذهب عند الحنابلة على الجواز إن كانت مفتوحة فاغتفروا جهالة القدر دون الصفة	الحاجة (فالقارة وعاء للمسك تعد من صلاحه تحفظ رطوبته) - العادة جارية بتبايعها كذلك - معرفة أهل الخبرة حيث يعرفون قدرها بالجزر، وصفتها بالخبرة - شروط (اشترط الحنابلة فتحها)
بيع الحيوان واستثناء حمله [قدر المبيع وصفته] [يمكن انجلائها وقت العقد أو قريباً منه]	خلاف الأكثر (قول عند الشافعية ورواية عن أحمد وقول ابن حزم).	انه استبقاء وليس ببيع، وهو مناقش بالنهي عن الثنيا إلا أن تعلم، وبأنه يعود على المبيع بالخلل والغرر.
بيع الشاة إلا رطلاً من لحمها [قدر المبيع وصفة الرطل المستثنى] [يمكن انجلائها وقت العقد أو قريباً منه]	الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد.	- يسيرة فالرطل 382.5 جرام مقابل 40 كيلو أو 60 الشاة لا تباع بالوزن وإنما مجازفة بالمشاهدة، وإخراج رطلٍ منها لا يؤثر في حكم المشاهدة

<p>- يسيرة؛ فالمبيع معلوم بالمشاهدة والتمن معلوم بالتفصيل - الحاجة ولا سيما في أنواع من السلع يشق العلم بقدرها او يحتاج ذلك الى جهد لكثرتها. - ممكنة الرفع والإزالة، بيد كل منهما إزالتها بجهة لا تتعلق بأحدهما فكما تزول بكيل البائع تزول بكيل المشتري - تزول بمعيار منضبط معلوم لكل منهما حال التعاقد وليس بمعيار يترقبان نتيجته في المستقبل - زوالها بمعيار ثابت مستقر لا يتغير مع تغير أجل الثمن مهما طال أمده انجلاء جهالة جملة الثمن هنا بالحساب لم يكن بالرجوع لمعيار خارجي متغير وإنما بمرجع ذاتي في المبيع نفسه</p>	<p>عامة الفقهاء منهم الصحاب والمفتى به عند لحنفية خلافا لأبي حنيفة وبعض فقهاء المذاهب الأخرى</p>	<p>بيع الثوب أو الصبرة أو القطيع كل ذراع أو قفيز أو شاة بدرهم [قدر المبيع وجملة الثمن وإن علم تفصيلاً] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]</p>
<p>- يسيرة في الصبرة ونحوها من المثليات بخلاف العدييات المتفاوتة كأغنام فالجهالة فيها فاحشة.</p>	<p>قال باغفارها في الصبرة فقط بعض المالكية بعض الحنابلة قال ابن عقيل: هو الأشبه، وذكره لوفق احتمالاً. أما الثوب والقطيع فلا خلاف في المنع فهما حسب بحثي</p>	<p>لبيع من الثوب أو الصبرة أو القطيع كل ذراع أو قفيز أو شاة بدرهم [قدر المبيع وصفته (بعض مهم والسلع قد تتفاوت رداءة وجودة) وجملة الثمن وإن علم تفصيلاً] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]</p>
<p>- شرط بدو صلاحها - اشترط المالكية رؤية المشتري لظاهرها، وأن يقلع شيئاً منها ويراه، وأن يحزرها إجمالاً - أهل الخبرة يرون ظاهر هذه المغيبات عنواناً لباطنها ويستدلون عليها بما يقلعونها منها كالأنموذج - يسيرة مغتفرة لا يمكن الاحتراز منها كباطن الجبة والحيوان اساسات الجدران وما مأكوله في جوفه والصبرة العظيمة جزافاً مسيس الحاجة فقد يتعذر عليهم مباشرة القلع ويخشون معه من فساد المحصول ولاسيما الحقول الواسعة - جريان التعامل العام ببيعها مكانها</p>	<p>لمالكية وقول عند الحنابلة اختاره تيمية وتلميذه (والعقد لازمٌ عندهم) لحنفية (العقد جائزٌ عندهم فأتبوا خيار الرؤية إذا كانت مما تباع عدداً واختلفوا فيما يباع كيلاً ووزناً)</p>	<p>بيع المغيبات في الأرض [قدر المبيع وصفته] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]</p>
<p>- شرط بدو صلاح أولها وأن يرى ما ظهر منها حين العقد، ويحزرها إجمالاً - إلا تكون مغطاة ببيوت محمية لعل متعددة منها طول المدة مما يزيد في الغرر - أهل الخبرة يميزون من نوعية الماء والترية جودة هذه المحاصيل ويحزرون بخبرتهم كميتها - يسيرة مغتفرة لا يمكن الاحتراز منها - حاجة ماسة لا يمكن حبس أولها على آخرها؛ لأنه يؤدي إلى سادها، كما أنه لا يمكن إيقاع العقد على ما ظهر منها لإفضائه إلى النزاع؛ فاللقطة لا ضابط لها، منها الكبار والصغار المشتري يريد استيعابها والبائع يمنعه ويتعذر أو يتعسر على صاحب لقتاة أن يحضر لها كل وقت من يشترى ما تجدد، ويفرده بعقد - جريان التعامل العام، والمانعون احتالوا عليه بحيل للجواز</p>	<p>قول عند الحنفية، وقول المالكية، وقول عند الحنابلة نصره ابن تيمية وتلميذه</p>	<p>بيع المقائي التي يوجد بعضها بعد بعض [وجود بعض المبيع وقدره وصفته] [يمكن انجلاؤها بعد العقد في مدة معينة متقاربة]</p>

<p>- المعدوم هنا فيها كالمعدوم من أجزاء الثمر المباع بعد بدو الصلاح</p>		
<p>- النص يسيرة، والشرع أهدر الالتفات للعاهات النادرة والا فإن الزرع قد يصيبها ما ذكره الله عن أهل الجنة. - الجهالة واقعة في تابع للمعقود عليه. الحاجة ماسة للإباحة: قد يتعذر مباشرة جني هذه المحاصيل التي لا يمكن حبس أولها على آخرها مع طول موسمها في بعض الأنواع، وإن تركوها على أصولها فسد كثير منها ووقع بهم الضرر. - العرف في الثمار تركها إلى وقت الجداد، والشرط إذا كان موافقا للعرف لم يقدح في صحة العقد - وضع الجوائح عند من يقول به</p>	<p>المالكية والشافعية والحنابلة لألا للحنفية فقد منعوا بيعها بشرط التبقية إذا لم يتناه عظمها، واختلفوا فيما إذا تنهى عظمها والمفتي به عندهم الصحة وهو قول محمد استحسانا خلافا لأبي حنيفة والقاضي.</p>	<p>بيع الثمار بعد بدو الصلاح في بعضها، وإن كان بعض أجزائها لم يخلق بعد، أو لما يبدُ صلاحه [قدر المبيع وصفته] [يمكن انجلاؤها بعد العقد في مدة قصيرة يعرفها أهل الخبرة]</p>
<p>النص ولأنه معلوم بالرؤية وللحاجة اشتراط جملة من الشروط</p>	<p>إجماع لكن اشترطوا شروطاً من شأنها تخفيف أثر الجهالة</p>	<p>بيع الجزاف بالنقد أو بما لا يتفق معه في العلة الربوية [يمكن انجلاؤها وقت العقد]</p>
<p>ثانياً: الجهالة في الثمن:</p>		
<p>أ- العقود الجائزة غير اللازمة:</p>		
<p>لثبوت خيار الرؤية للبائع (قيد المالكية والشافعية الحكم باشتراطه وأما الحنفية فيقولون بثبوته على أية حال)</p>	<p>عض الحنفية، والمشهور عند المالكية، وقول عند الشافعية.</p>	<p>الثمن غير المشاهد والمشار إليه لا يحتاج إلى ذكر صفته إذا جعل للبائع الخيار. [قدر الثمن وصفته] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]</p>
<p>حنفية: لأن المعقود عليه هنا مشار إلى مكانه، ومكانه محدود، والإشارة إلى المكان المحدود تكفي لصحة بيع الغائب .. تبقى جهالة يسيرة لا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، المالكية: لأن المعاوضة هنا على وجه المكارمة والمواصلة.. فتصح ولو لم تذكر الصفة والجنس</p>	<p>الحنفية والمالكية على المشهور</p>	<p>شراء السلعة بما في الجيب أو الكم مع إثبات الخيار للبائع. (خيار الكمية عند الحنفية، وخيار الرؤية عند المالكية). [جنس الثمن ونوعه وصفته] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]</p>
<p>ب- العقود اللازمة:</p>		
<p>لأنه معلوم بالرؤية</p>	<p>الحنفية والشافعية والحنابلة</p>	<p>الثمن المشاهد والمشار إليه لا يحتاج إلى ذكر قدره وصفته [قدر الثمن] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]</p>
<p>ثبت ثمن المثل بالعرف قياساً على تفويض المهر وهبة الثواب و...</p>	<p>ابن تيمية وتلميذه ابن القيم</p>	<p>تفويض الثمن مطلقاً (التعاقد من غير ذكر لثمن) وإثبات ثمن المثل حال التعاقد [قدر الثمن] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]</p>
<p>- يسيرة مغتفرة: للتمكن من معرفتها في مجلس العقد ونوقش بأنها فاحشة جداً لغلبة معنى القمار عليها. رقم السلطان يمثل معياراً خارجياً عادلاً مستقراً ينفي الظلم والقمار ويطمئن إلى مثله المسترسل ما لا يطمئن لغيره</p>	<p>خلاف الأكثر (وجه شاذ عند الشافعية، وحكي رواية عن أحمد، رجحها ابن تيمية لكن أثبت لمشتري ثمن المثل وقت العقد). رجح ابن عثيمين</p>	<p>بيع السلعة برقمها [قدر الثمن] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]</p>

	اغتفارها فيما لو كان الراقم للسلعة ولي الأمر أو من ينوبه من الجهات المسؤولة.	
أطيب لنفس العاقدين من المساومة؛ إذ يريان أن لهما بعموم الناس أسوة، وأنه أبعد لهما عن الغبن. - ثمن مستقر معلومٌ في نفس الأمر حال التعاقد. - يمكن معرفته في مجلس العقد. - يمكن الرجوع إليه عند الفسخ وحال التلف. - معيار لا يتعلق بأحدهما من شأنه الاستقرار والثبات. - بالناس حاجةٌ ماسةٌ لإباحته والمانعون لا يكادون يخلصون منه. - الإجماع العملي والعرف العام.	خلاف الأكثر (قول عند المالكية، ورواية عن أحمد اختارها ابن تيمية وابن قيم)	البيع بسعر السوق وقت العقد [قدر الثمن] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريبا منه]
- سهولة الرجوع إلى الثمن الأول، وهو مدفوع ببيع الحصاة المجمع على تحريمه، وكما لو قال بعتك السلعة بما في جيبك، كما أن المعيار الذي تم به ضبط الثمن معيار غير مستقر فيتردد المشتري بين السلامة والعطب وهذا معنى الميسر.	خلاف الأكثر (وجه عند الشافعية، وحكاه ابن تيمية رواية عن الإمام واختاره ونصره).	بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به بائعها والمشتري يجبله [قدر الثمن ووصفه] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريبا منه]
- كالسابق - لإمكان الوقوف على قدر الثمن الذي باع به فلان مدفوع بما سبق وبانه متضمنٌ معنى الميسر والقمار ومترددٌ بين حالين تسره إحداهما وتسوؤه الأخرى.	خلاف الأكثر (قول عند الحنفية وعند الشافعية وعند الحنابلة، ونسب إلى ابن تيمية، وتصحيح العقد بثمان المثل هو الأليق بأصوله في هذا الباب).	البيع بما باع به فلان [قدر الثمن وجنسه ونوعه ووصفه] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريبا منه]
	لا خلاف بين الفقهاء في المنع منه؛ لأنه: معيار خارجي تؤول به الجهالة إلى العلم إلا أنه في حقيقة معيارٌ مضطرب ليس من شأنه الاستقرار معيار لا يقيس سعر السوق، ولا يُعبر عنه، ومن شأنه أن يتأثر بمتغيرات تزيد من اضطراب تقدير الثمن متضمنٌ معنى الميسر والقمار؛ وذلك أن كلاً من البائع والمشتري - بجبله للعاقبة ومخاطرته في تطلب الربح - مترددٌ بين حالين تسره إحداهما وتسوؤه الأخرى	البيع بما ينقطع به السعر في السوم [قدر الثمن] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريبا منه]
- الحنفية استحساناً على خلاف القياس. - اغتفارها في سلع قليلة الخطر كحوائج البقال واللحام و. - يسيرة تدعو الحاجة الماسة إلى اغتفارها. - العرف جارٍ بالتسامح فيها. ربط أثمان هذه السلع بسعرها في السوق حين أخذها معياراً لا يتعلق بأحدهما من شأنه الاستقرار وتحقيق العدل.	بول الحنفية، والغزالي، والمذهب عند الحنابلة (في حوائج البقال و..) نصره تيمية وتلميذه ابن القيم.	بيع الاستجرار أخذ السلع من بائعها شيئاً فشيئاً من غير عرض لثمنها، وإنما يأخذها بثمنها المعتاد، ثم يحاسب عنها بعد مدة بناء على ذلك. [قدر الثمن] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريبا منه]
لا تغتفر في حال البيع؛ لفحش الجهالة	وردها الحنفية واختلفوا في حكمها تبعاً لتوصيفها وبالجملة لا تصح بيعاً لفحش الجهالة.	استجرار سلع - مهمة أو غير مقدرة - من بائعها شيئاً فشيئاً بثمن مقدم [جنس المبيع ونوعه وصفته وقدره]

	والثمن المقدم اما أن يكون وديعة شريطة ألا يستنفقها البائع، أو تكون قرضاً لم يشترط فيه البيع وإنما مجرد مواعدة فتصح	[يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]
- القياس على الإجارة، وهو أصل مختلف فيه، وقياس مع الفارق؛ فالمنافع في الإجارة تنتقل شيئاً فشيئاً. لها عرف يضبطها، ويُرجع إليه عند التنازع، مناقش بأنه عرف لا يستقر بعد، وإنما يستقر فيما بعد (عرف مستقبلي) ولا تزال الجهالة فيها تريبو وتزداد على مَر الزمن - يسيرة، بل فاحشة حيث يجعلان حين الانعقاد جنس هذه النفقة، ونوعها، وقدرها والناس متفاوتون فيها وهذا القدر من التفاوت مثير للنزاع والمخاصمة	المالكية ومتأخرو الحنابلة ولو قيل: بالمنع من المدد الطويلة دون القصيرة كان ذلك متجهاً في البلاد التي لها عرف منضبط في النفقة	البيع بشرط النفقة مدة معلومة [جنس أحد العوضين وقدره] [يمكن انجلاؤها بعد العقد في مدة معينة ربما تطول]
- اشتراط العلم بالثمن الأول الذي اشتراها به البائع - جهالة يسيرة جداً: لإمكان إزالتها بالحساب إثر التعاقد فوراً - إمكان رفع الجهالة في نفس مجلس العقد - ممكنة الرفع والإزالة، بيد كل منهما إزالتها بجهة لا تتعلق بأحدهما - تزول بمعيار منضبط مستقر معلوم لكل منهما حال التعاقد وليس بمعيار يترقبان نتيجته في المستقبل - العلم بالثمن تفصيلاً ينفي الجهالة المؤثرة	المذاهب الأربعة خلافاً لإسحاق وابن حزم	البيع مرابحة في كل عشرة درهم [قدر الثمن] [يمكن انجلاؤها وقت العقد أو قريباً منه]
أثر الجهالة الأيلة للعلم في عقد الإجارة		
أ- العقود الجائزة غير اللازمة:		
- بعدم لزوم العقد فيما عدا الزمن الأول. - يسيرة حيث علما التفصيل. - في المنع حرج مع عدم الدليل المانع.	الحنفية والحنابلة (العقد جائزٌ عندهم فيما عدا الزمن الأول والمرّة الأولى) والمالكية (العقد جائز عندهم مطلقاً إلا إن عجل شيئاً من الأجرة فيلزم العقد بقدره)	إجارة على الخدمة كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة [قدر المنفعة وقدر الأجرة إجمالاً مع العلم بها تفصيلاً ومدة العقد] [يمكن انجلاؤها قريباً من وقت العقد]
- يسيرة فهي من قبيل المشاركات. - بالناس حاجة لهذا النوع من التعاملات. - بعض الحنفية على الجواز بجريان العرف والتعامل.	المذهب عند الحنابلة نصره ابن قيم وقول عند الحنفية أما المالكية فأجازوها على سنن الإجارة فضيقوا من نطاق التعامل ببعض القيود والشروط	قفيز الطحان (الأجرة محددة بجزء مشاع مما يخرج) [قدر الأجرة ونوعها] [انجلاؤها بعد العقد في مدة ربما تطول]
كسابقه واغتفرها المالكية بالضرورة أو الحاجة الماسة إذا عمّت في أمر لا بد للناس منه ولا يوجد العمل إلا به.	لذهب عند الحنابلة نصره ابن تيمية وتلميذه ابن قيم وبعض متأخري المالكية للحاجة الماسة في بعض البلدان	إجارة الدابة لمن يعمل عليها بنصف ما يعود عليه [قدر الأجرة] [انجلاؤها بعد العقد في مدة ربما تطول]
ب- العقود اللازمة:		
يسيرة - إجماع - حاجة	إجماع	الكراء على دخول الحمام مع اختلاف عادة الناس في استعمال الماء وطول اللبث [قدر المنفعة] [يمكن انجلاؤها قريباً من وقت العقد]
يسيرة - إجماع	إجماع	كراء الدار مشاهرة مع احتمال أن يكون الشهر ثلاثين أو تسعة وعشرين

		[قدر المنفعة] [يمكن انجلاؤها قريباً من وقت العقد]
يسيرة - إجماع	إجماع	شرب الماء من السقاء يعوض مع اختلاف العادات في مقدار الري [قدر المنفعة] [يمكن انجلاؤها قريباً من وقت العقد]
لها عرف يضبطها، ويُرجع إليه عند التنازع، مناقش بأنه عرف لما يستقر بعد، وإنما يستقر فيما بعد (عرف مستقبلي) ولا تزال الجهالة فيه تريبو وتزداد على مَر الزمن - يسيرة، بل فاحشة حيث يجهلان حين الانعقاد جنس هذه النفقة، ونوعها، وقدرها والناس متفاوتون فيها وهذا القدر من التفاوت مثير للنزاع والمخاصمة الأثار الواردة تم العقد فيما بنوع من التسامح والمكارمة وعليه فللحاجة الماسة أثر في الحكم.	المالكية والحنابلة وأبو حنيفة في الظئر خاصة وهي رواية رجحها قاضي أبو يعلى، ولو قيل: بالمنع من المدد الطويلة دون القصيرة لكان ذلك متجهاً في البلاد التي لها عرف منضبط في النفقة	استئجار الأجير بطعامه وكسوته [جنس أحد العوضين وقدره] انجلاؤها بعد العقد في مدة معينة ربما تطول
لها عرف يضبطها، ويُرجع إليه عند التنازع، مناقش بأنه عرف لما يستقر بعد، وإنما يستقر فيما بعد (عرف مستقبلي) ولا تزال الجهالة فيه تريبو وتزداد على مَر الزمن - يسيرة، بل فاحشة حيث يجهلان حين الانعقاد جنس هذه النفقة، ونوعها، وقدرها والناس متفاوتون فيها وهذا القدر من التفاوت مثير للنزاع والمخاصمة	المالكية ورواية اختارها ابن تيمية وابن القيم	استئجار الدابة بسقيها وعلفها [جنس أحد العوضين وقدره] انجلاؤها بعد العقد في مدة معينة ربما تطول
	لا تغتفر إجماعاً؛ لأنها جهالة فاحشة جدا وتفضي إلى النزاع	جعل الأجرة نفقة على الشيء المؤجر (الدار بإصلاح ما يهدم منها) [جنس أحد العوضين وقدره] انجلاؤها بعد العقد في مدة معينة ربما تطول
- يسير مغتفر حيث علما بالعقد حقيقة كل نوع وما يقابله من عوض، وتبقى جهالة يسيرة ترتفع فور مباشرة العمل. عدم استحقاق الأجير للأجرة إلا بعد العمل من شأنه عدم إثارة النزاع بين المتعاقدين هنا، وهذا بخلاف البيع يُستحق بالعقد. - فوض فيه خيار التعيين إلى المستأجر فانتفت بذلك الجهالة المفضية إلى المنازعة. - بالناس حاجة لمثل هذه العقود؛ لاختلاف أغراضهم باعتبار الأزمان والأحوال داعي الحاجة موجود هنا بخلاف البيع. التعجيل والتأخير مقصودان في ترديد الأجرة بين زمنين فصار باختلاف الغرض كالتوعين من العمل كما لو قال: خط لي هذا الثوب بدرهم، وهذا القميص بنصفه صح بلا خلاف.	الصاحبان من الحنفية، ورواية عند الحنابلة وأبو حنيفة فيما عدا صورة ترديد الأجرة بين زمنين	تعليق الأجرة وترديدها بين أمرين [قدر الأجرة وربما جنسها وجنس المنفعة] [يمكن انجلاؤها قريباً من وقت العقد]
- يسيرة - أهل الخبرة يتبايعونها بالجس والحزر ويميزون بجسهم للشاة ومعرفتهم لسنها جودة لحمها من عدمه، كما أنهم يميزون بخيرتهم ما فيها من أمراض تؤثر في جودة لحمها. - ثبوت أجرة المثل حين امتناعها أو ظهورها معيبة - التقييد بأن يكون ما يعطاه الأجير قليلاً بالنسبة لما بقي	خلاف الأكثر (قول عند المالكية ووجه عند الحنابلة) قيوده بأن يكون ما يعطاه الأجير من اللحم قليلاً بالنسبة لباقيه	الإجارة على سلخ الشاة أو ذبحها بشيء من لحمها [صفة الأجرة وفي قدرها إن كانت مشاعة] [يمكن انجلاؤها قريباً من وقت العقد]

<p>- يسيرة فالمعقود عليه معلوم بالرؤية التي هي أبلغ طرق العلم تبقى بعد ذلك جهالة يسيرة في صفة الخارج لا تمنع بمثلها العقود</p> <p>- القياس على المضاربة بجزء من الربح.</p> <p>- شرط كون النوع فيها كلها واحداً، والصفة كذلك وينبغي اشتراط الرؤية للحزر.</p> <p>- أدعى لإتقان العمل وتجويده حيث يكون للأجير حظاً في نتاج عمله فيكون ذلك أدعى للتسديد أو المقاربة.</p> <p>- بعض الحنفية على الجواز بجريان العرف والتعامل.</p>	<p>المذهب عند المالكية وقول عند الحنفية ورواية عند الحنابلة اختارها الموفق وابن القيم وقيده المالكية بأن لا يختلف الخارج نوعاً ولا صفةً، فإن اختلف لم يصح العقد</p>	<p>قفيز الطحان (الأجرة محددة بمقدار معين مقطوع مما يخرج) [نوع الأجرة وقدر المنفعة بعد القدر المقطوع] [يمكن انجلاؤها قريباً من وقت العقد]</p>
	<p>لا تغتفر إجماعاً؛ لأنها جهالة فاحشة جدا وتفضي إلى النزاع</p>	<p>ترك تحديد المدة لأحد العاقدين أو للغير [جهالة المدة تعود سلبياً على جهالة الأجرة والمنفعة] [انجلاؤها بعد العقد في مدة ربما تطول]</p>
	<p>تغتفر فيما لو كانت الإحالة للعاقدين أو أحدهما وكذلك لو أحيلت إلى الغير على الراجح للجهالة الفاحشة المثيرة للنزاع ولأنها لم تعتمد معياراً مستقراً بعيداً عن المؤثرات الخارجية</p>	<p>ترك تحديد الأجرة للعاقدين أو للغير [قدر الأجرة] [يمكن انجلاؤها قريباً من وقت العقد]</p>
<p>أثر الجهالة الآيلة للعلم في السلم وعقود المشاركات والتبرعات والتوثيقات</p>		
<p>أ- العقود اللازمة:</p>		
<p>- النص.</p> <p>- دعاء الحاجة إلى حل هذا العقد، فالناس في حاجة ماسة للتعامل بالسلم.</p> <p>- مراعاة حزمة من الشروط الخاصة من شأنها تضيق دائرة الجهالة الفاحشة، بحيث يبقى بعد ذلك جهالة يسيرة لا يمكن أن ينفك العقد منها.</p>	<p>جماعاً بشروط منها: (أن يكون موصوفاً في الذمة ومعلوماً ومؤجلاً إلى أجل معلوم ومما يغلب على لظن وجوده عند حلول الأجل، وتسليم رأس المال في مجلس العقد).</p>	<p>عقد السلم [المسلم فيه معدوم] [انجلاؤها بعد العقد في مدة معينة ربما تطول]</p>
<p>يسيرة؛ مواعيدها متقاربة والتفاوت فيها يسير، ومعلومة بسير النجوم أو التأريخ الشمسي.</p> <p>- القياس الأولوي على السلم إلى إبل الصدقة</p> <p>- للحاجة ولكليهما غرض صحيح فالمسلم يريد ثمر الموسم والمسلم إليه يشق عليه أن يأتي به قبل ميعاد جذاذه أو بعده.</p> <p>- تقييد الجواز بالأجل لسلع تتفاوت أسعارها باليوم واليوميين كنفط ومعادن وجواهر وانما في الحب إلى حصاده والتمر إلى جذاذه والإبل إلى خروج المصدق.</p>	<p>المالكية ورواية على اغتفارها وإن أريد الفعل ولا خلاف إن أريد زمان ذلك</p>	<p>السلم إلى الحصاد والجذاذ [أجل المسلم فيه] [انجلاؤها بعد العقد في مدة ربما تطول]</p>
<p>ب- العقود الجائزة غير اللازمة:</p>		
<p>- الإجماع العملي.</p> <p>- الحاجة الماسة ولاسيما في عصرنا</p> <p>- ضبط العقد بجملة من الشروط النافية للغرر المؤثر.</p> <p>- القول بجوازه عند الحنفية.</p>	<p>الحنفية جائز عند الحنفية حتى الفراغ من العمل فيلزم).</p>	<p>عقد الاستصناع [المصنوع معدوم والعقد على عين وعمل وفي لجمع بينهما نوع جهالة، وتأجيل العوضين يزيد من الغرر] [انجلاؤها بعد العقد في مدة معينة ربما تطول]</p>
<p>- يسيرة جداً فرأس المال معلوم برؤيته وعند الشراء به سيعلم قدره ضرورةً.</p>	<p>الحنفية</p>	<p>المضاربة بالجزاف [قدر رأس المال]</p>

<p>- تؤول إلى العلم قبيل بدء المضارب في عمله.</p>		<p>[يمكن انجلاؤها قريبا من وقت العقد]</p>
<p>- النص (معاملة الأنصار للمهاجرين والنبي ﷺ لأهل خير). - من قبيل عقود المشاركات. - حاجة الطرفين تدعو للحل. - جواز العقد. - التعامل العام. - جواز العقد عند الحنابلة. - زيادة شروط تضييق الغرر عند الجمهور القائلين باللزوم</p>	<p>الصاحبان والمفتى به عند الحنفية والمالكية والحنابلة (العقد جائزة عند الحنابلة فقط ولازم عند الجمهور)</p>	<p>المساقاة بجزء مشاع من الثمرة أو الزرع [قدر العوض وصفته وكونه معدوماً] [انجلاؤها بعد العقد في مدة متقاربة ربما تطول]</p>
<p>كسابقه</p>	<p>الصاحبان والمفتى به عند الحنفية والمالكية والحنابلة واختاره النووي (العقد جائزة عند الحنابلة فقط ولازم عند الجمهور)</p>	<p>المزارعة بجزء مشاع من الثمرة أو الزرع [قدر العوض وصفته وكونه معدوماً] [انجلاؤها بعد العقد في مدة متقاربة ربما تطول]</p>
<p>- يسر الجهالة هنا باعتبار الرهن. - حق المرتين لا يبطل باجتياح الثمرة لثبوته في ذمة الراهن. - الرهن من عقود الاستيثاق. - الرهن كالتابع (الشيخ زكريا)</p>	<p>مشهور من مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة</p>	<p>رهن الثمار قبل بدو صلاحها (العقد جائز للراهن) [بعض اجزاء المحل معدوم وصفته وقدره] [انجلاؤها بعد العقد في مدة متقاربة ربما تطول]</p>
<p>- كسابقه - متحققة الوجود في المستقبل بحسب العادة.</p>	<p>المشهور من مذهب المالكية.</p>	<p>رهن الثمار قبل أن تخلق (العقد جائز للمرتين) [المحل معدوم وصفته وقدره] [انجلاؤها بعد العقد في مدة متقاربة ربما تطول]</p>
<p>- من عقود الإرفاق والإحسان المبنية على الاعانة والمسامحة. تقييد الإطلاق في نحو: (بايع فلاناً وأنا ضامن له) على ما يجري به العرف والعادة كما لو قاله لفاكهي لا يضمن بذلك جواهر ونحوها.</p>	<p>الحنفية، والمالكية، والحنابلة</p>	<p>ضمان ما يؤول إلى العلم من المجهولات (العقد جائز للمضمون له) [جنس وقدر المحل] [انجلاؤها بعد العقد في مدة متقاربة ربما تطول]</p>
<p>- من عقود التبرعات التي مقصودها بذل المال وإهلاكه في البر والمتهب لا يبذل عوضاً فلا يخشى من نزاع</p>	<p>قول المالكية وقول عند الحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم</p>	<p>هبة ما يؤول إلى العلم من المجهولات (العقد جائز قبل القبض..) [جنس وقدر المحل] [انجلاؤها بعد العقد في مدة متقاربة ربما تطول]</p>
	<p>بلا خلاف قاسوها على الإرث الذي لا تضره الجهالة</p>	<p>الوصية بما يؤول إلى العلم من المجهولات [جنس وقدر المحل] [انجلاؤها بعد العقد في مدة متقاربة ربما تطول]</p>

المبحث الرابع: ضوابط⁽¹⁾ ما يغتفر من الجهالات الآيلة للعلم

يمكن للناظر المتأمل فيما مضى من مسائل أن يخرج من كلام الفقهاء بضوابط تضبط هذا الباب، وتحسن الإشارة هنا إلى أنني لم أجد بعد بحث طويل في كتب التراث من اغتفر الجهالة في مختلف العقود بمجرد أيلولتها إلى العلم هكذا كما يفهم من إطلاق البعض، وليس بخاف على من له أقل حظاً من النظر في فقه المعاملات المالية أن كثيراً من الجهالات الواردة على العقود تؤول إلى العلم بعد حين حتى ما فحشت جهالته منها، وهذا في حقيقة الأمر يجعل من إبراز هذا المبحث ضرورة ملحة لضبط هذا الباب، وثمة طرفان في هذا الباب لا نزاع فيهما كما سيأتي، ووسط جرى فيه خلافٌ ونزاع هو حقيقٌ بأن يُضبط، ولا تخفى وعورة الكلام في ضبط هذا الباب وكثيرٌ من مسائله يجري فيها النزاع حتى من داخل أروقة المذهب الفقهي الواحد، وعلى الله قصد السبيل، وهو المستعان، وحسبنا ونعم الوكيل.

الضابط الأول: يغتفر من الجهالات الآيلة للعلم ما كان يسيراً غير فاحش.

كما في كراء الدار مشاهرة مع احتمال أن يكون الشهر تسعةً وعشرين، والكراء على دخول الحمام مع اختلاف العادة في قدر استعمال الماء وطول اللبث، وكالجهالة في شرب الماء من السقاء بعوض مع اختلاف العادات في مقدار الري، وفي بيع الثوب أو الصبرة كل ذراع أو قفيز بدرهم في قول عامة الفقهاء؛ ليسرها فالمبيع معلوم بالمشاهدة والتمن معلوم بالتفصيل ونحو ذلك⁽²⁾. وعليه فلا يغتفر من الجهالات الآيلة للعلم ما كان منها فاحشاً كما في بيع الحصاة والملامسة وحبل الحبلة والملاقيح والمضامين ونحوها مما أجمعوا على عدم اغتفار الجهالة فيها مع أيلولتها للعلم؛ لفحش ما تضمنت من جهالة.

إلا أنه ومع إجماع الفقهاء على اغتفار يسير الجهالة وإبطال العقود بفاحشها نجد أن ثمة مساحة في الوسط بين اليسير المغتفر والفاحش غير المغتفر كانت ميداناً واسعاً للاختلاف في الحكم في عدد من العقود ما بين قائل بجوازها وقائل بمنعها، وخلافهم هذا لم يكن عائداً لاعتبار هذا الضابط من عدمه وإنما لتحقيق المناط في تحديد مقدار الجهالة في تلك العقود هل يلحق بالكثير الفاحش فيبطل به العقد أو باليسير المغتفر فلا يبطل⁽³⁾.

وهنا أمر ينبغي بيانه والوقوف عليه، وهو أن وصف الشيء بالفحش أو اليسر، والقلة أو الكثرة يعد من الأمور النسبية التي تتفاوت فيها الأذهان وتختلف باختلاف الزمان والمكان وباختلاف طبيعة المسائل، وعليه فليس من السهل والميسور أن يضع الباحث حداً فاصلاً بينهما يكون ضابطاً لهما ومعياراً دقيقاً يميزُ به ما يُغتفر منهما مما لا يُغتفر، كيف وقد وقف في هذا الباب جمع من الأئمة كما يقول ابن عبد البر: "ولم يحدوا في ذلك حداً يجعلونه فرقاً بين القليل والكثير"⁽⁴⁾؛ والسبب في وقوفهم عدم ورود أي نص في هذا الباب يكون حداً قاطعاً كما يقول الشاطبي: "الفرق بين القليل والكثير غير منصوص عليه في جميع الأمور"⁽⁵⁾. إلا أنه وإن عسّر وضع حد فاصل بين الكثير الفاحش واليسير المغتفر في مسألتنا فإن من المتعين حينئذٍ بذل الجهد حسب الوسع في تقريب ذلك فإن التقريب خير من التعطيل، وهي جادة نص عليها بعض المحققين كالعز ابن عبدالسلام حيث يقول: "ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله، ويجب تقريبه"⁽⁶⁾، ونص عليها أيضاً تلميذه القرافي بقوله: "ما لم

(1) الضابط في اللغة: اسم فاعل من: ضَبَطَ، ومن معانيه في اللغة: اللزوم، والحبس، والقوة، والحفظ، انظر: تهذيب اللغة (11/ 339)، تاج العروس (19/ 439). وفي الاصطلاح: قضية كلية فقهية تنطبق على جزئياتها التي هي من باب واحد)، انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 137)، الأشباه والنظائر للسبكي (1/ 11)، تيسير التحرير (1/ 15). وقيل: هو (كل ما يحصر جزئيات أمر معين)، أو هو: (ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع واحد، غير ملتفتٍ فيه إلى معنى جامع مؤثر)، انظر: القواعد الفقهية للباحسين (ص: 66).

(2) جاء في حاشية العطار (2/ 72): "لما فهم أن علة النهي الغرُّ صحَّ الاستدلال به على كل ما فيه غرر، لكن لما أفادت الأدلة صحة كثير من بيع الغرر علمنا أن العلة فيها ليس مطلق الغرر بل الغرر الشديد".

(3) انظر في تقرير هذا المعنى: الموافقات (5/ 117-118)، شرح الزرقاني على الموطن (3/ 468).

(4) الكافي في فقه أهل المدينة (1/ 156).

(5) الاعتصام (2/ 644).

(6) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (2/ 12).

يرد الشرع بتحديدده يتعين تقريبه بقواعد الشرع؛ لأن التقريب خير من التعطيل فيما اعتبره الشرع⁽¹⁾. وقد اجتهد بعض الفقهاء قديماً وحديثاً في وضع ضوابط لليسير والكثير من الجهالات⁽²⁾ لا يتسع المقام للكلام عنها⁽³⁾. وكثير منها لا يشفي الغليل في وضع معيار يمكن تحقيق المناط به في كثير من التعاملات القديمة والمعاصرة، إلا أن من أبرزها الآتي:

الأول: ضبط كثير الجهالة بما من شأنه إثارة النزاع والشقاق بين المتعاقدين وضبط يسيرها بما لا يثير ذلك، وهي جادة يسلكها فقهاء الحنفية في هذا الباب، ويعللون ذلك بأن الفاحش المفضي إلى المنازعة هو الذي يمنع من التسلم والتسليم فيمنع منه لعوده على مقصود العقد بالإبطال⁽⁴⁾. ووافق كثير من المعاصرين الحنفية في هذا، بل ينص كثير منهم على جعل ذلك معياراً لما يُغتفر من الجهالات الآيلة للعلم وما لا يُغتفر منها⁽⁵⁾. ونوقش بأنه إخراج لصور النزاع من عام شامل لها بمفهوم علة مستنبطة، وبأن أكثر صور الغرر المؤثرعية عنها كبيع الأبق والثمر قبل بدو صلاحه⁽⁶⁾، ومناقش: بأنه ضبط للجهالة بنتائجها وآلاتها فلا يصلح معياراً، وبأن فيه إناطة للأحكام بحكمها والأحكام إنما تناط بعلمها؛ لأن الحكمة هنا وصف غير منضبط⁽⁷⁾. وبأنه لا يمكن ضبطه؛ فكم عدد الخصومات التي إذا حدثت علمنا أن الجهالة من قبيل الفاحش غير المغتفر؟ كما أن الخصومات قد تكثر في عقود مباحة بالنص كالسلم، وتقل في عقود محرمة إذا سبقت بشرط واتفاق ملزم⁽⁸⁾. وبأن إقراره قد يؤدي إلى تصحيح جميع أنواع الغرر والجهالة في حال ما لو تراضى العاقدان عليها، ولا قائل بهذا⁽⁹⁾.

الثاني: ما قرره د. سامي السويلم من أن المعاوضة إذا ترددت نتيجتها بين حالين: "نتيجة صفرية" يربح فيها أحد الطرفين على حساب الآخر، و"نتيجة إيجابية" ينتفع فيها كلاهما، فإن العبرة في الحكم على العقد تتبع النتيجة الأرجح احتمالاً التي يقصدها الطرفان، فإن كانت النتيجة الإيجابية هي الأرجح وهي مقصودهما كانت المعاملة جائزة واحتمال النتيجة الصفرية من الغرر اليسير، وإن كان احتمال النتيجة الصفرية هو الأرجح يكون الغرر حينئذ فاحشاً والعقد ممنوعاً⁽¹⁰⁾. ويعد هذا الضابط حسناً من حيث التنظير، ويمكن أن يسهم في ردم شيء من الفجوة المشار إليها في مرحلة الوسط بضبطه فاحش الجهالة بما يظهر فيه معنى القمار⁽¹¹⁾ دون ما لم يظهر فيه معناه، إلا أنه مناقش بما يأتي: أنه لم يحسم من النزاع الذي لا تزال تثيره دائرة الوسط في كثير من المسائل الخلافية قديماً وحديثاً، ومما يجلي هذا أنه قد وافق الدكتور في القول به عدد من المعاصرين على رأسهم د. يوسف الشبيلي⁽¹²⁾، ود. حامد ميرة-وقد حشد لهذا الضابط وجعله المعيار الأوحده لاغتفار الجهالات

(1) الذخيرة (341/1)، وانظر: الفروق (120/1).

(2) انظر: بدائع الصنائع (138/4)، فتح القدير (356/3)، المنتقى (41/5)، المقدمات الممهدة (73/2)، ملتقى السلم بسعر السوق يوم التسليم ص: 219، 228، 29، ص: 285، 293، ملتقى المراجعة بربح متغير ص: 25، 57.

(3) أفضت في الكلام عنها سرداً وتحليلاً ومناقشة في رسالتي الجهالة الآيلة للعلم وأثرها في المعاملات (ص: 589-598).

(4) انظر: بدائع الصنائع (156/5)، تبين الحقائق (93/3)، فتح القدير (356/3)، منحة الخالق (116/7).

(5) انظر ملتقى السلم بسعر السوق يوم التسليم ص: 219، 280، 285، 293، 316، المراجعة بربح متغير ص: 25، 57.

(6) انظر: المختصر الفقهي لابن عرفة (5/289)، شرح الزرقاني على الموطأ (3/468).

(7) انظر: التلويح على التوضيح (128/2)، الإحكام (129/1)، البحر المحيط (168/7)، شرح الكوكب المنير (47/4)، ويرى بعض الأصوليين جواز التعليل بالحكمة وإناطة الأحكام بها إذا كانت وصفاً ظاهراً منضبطاً، انظر: المراجع السابقة، وإفشاء التعامل إلى النزاع من عدمه لا يمكن ضبطه على كل حال، وعليه فلا يصح علة.

(8) انظر: فقه الهندسة المالية الإسلامية (ص: 226).

(9) انظر: ملتقى المراجعة بربح متغير، تعقيب د. صالح اللحيان (ص: 167)، وقد سبق بيان وجوب تعلق الرضا المشروط بالمعقود عليه وقت التعاقد، فإذا كان المعقود عليه مجهولاً لا يجد الرضا محلاً يقع عليه أصلاً، فلا يصح العقد حينئذ.

(10) انظر: قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي (ص: 266)، التحوط في التمويل الإسلامي (ص: 81-92).

(11) حينما يربح أحدهما ما يخسر صاحبه أو يخسر ما يربحه وإن كان احتمال انتفاعهما قائماً إلا أنه احتمال مرجوح، فإن كان راجحاً لم يكن قماراً ولا يتضمن معنى القمار، انظر: مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي (ص: 157، 170، 183).

(12) من تقريراته -حفظه الله- في هذا المعنى: "ومن الملاحظ في عقد الغرر أن الغنم فيه مرتبط بالغرم، فبقدر ما يغنم أحد الطرفين يغرم الآخر، وليس ثمة احتمال ثالث وهو السلامة. أما إن كان هناك احتمال السلامة في العقد وذلك بأن يغنم جميعاً أو يغرم جميعاً فالعقد حينئذ يكون جائزاً" نقلاً عن أحكام الأجرة المتغيرة (ص: 111).

الآيلة للعلم: أن تؤول إلى العلم على وجه ليس فيه ربحٌ لأحد العاقدين وخسارةً الأخر⁽¹⁾. إلا أنه ومع اتفاقهم في تقرير هذا الضابط جرى بينهم نزاع في اغتفار عدد من الجهالات الآيلة للعلم في عدد من المسائل؛ فالمنع منهم يرجح احتمال النتيجة الصفرية، والمبيح يرجح احتمال النتيجة الإيجابية، كما في المرابحة المتغيرة والأجرة المتغيرة وغيرها. وبأنه اعتمد القصد معياراً للضبط، ولا يخفى أن القصد من المضمرة الخفية التي يعسر القول باعتبارها إلا بما يحفظها من قرائن تجلها وهي حينئذ بحاجة إلى موازنة تقديرية يدخلها نوع من الاجتهاد من شأنه اختلاف وجهات النظر في الترجيح، ولعل هذا يفسر لنا الاختلاف الحاصل في عدد من المسائل بين من يقولون بنفس هذا الضابط فالمجوزون يرجحون قصد العاقدين للنتيجة الإيجابية ويرون احتمال الصفرية من قبيل اليسير المغتفر ويخالفهم من يقول بالمنع حيث يرجح العكس. كما نوقش بأنه قد ورد في الشرع المنع من عقود تحوي جهالات آيلة للعلم واحتمال النتيجة الإيجابية فيها أرجح من احتمال الصفرية كما في بيع الثمار قبل بدو صلاحها، فالأرجح انتفاع الطرفين من البيع وسلامة الثمار لمشتريها باعتبار أنها محققة الوجود في المستقبل بحسب العادة التي أجراها الله عليها، وفي المقابل نجد أن الشارع أجاز بعض عقود الغرر مع أن احتمال النتيجة الصفرية فيها أرجح من احتمال النتيجة الإيجابية كعقد الجعالة مثلاً⁽²⁾.

الثالث: وهو ما قرره جماعة من أهل التحقيق في القديم والحديث أن يُرجَّح في تحديد يسير الجهالة وكثيرها إلى تقدير أهل العرف⁽³⁾ من ذوي الخبرة والدراية فما عدوه كثيراً فهو الكثير، وما عدوه يسيراً فهو اليسير، ولا ريب أن تقديرهم لذلك إنما يكون بالاجتهاد حسب الطاقة والوسع وبمراعاة الظروف والأحوال واختلاف العصور والأمصار⁽⁴⁾، قال ابن رشد عن الإمام مالك: "المعلوم من مذهبه أنه يكره الحد في مثل هذه الأشياء التي لا أصل للحد فيها في الكتاب والسنة، وإنما يرجع فيها إلى الاجتهاد"⁽⁵⁾.

ويظهر أنه لا مناص من سلوك هذه الجادة في ضبط يسير الجهالة وكثيرها بربط تقديرها باجتهاد أهل العرف ما دام أنه لم يرد فيه نص قاطع يوجب المصير إليه، مع ملاحظة الآتي:

1- أن يتولى التقدير من أهل العرف ذوو الخبرة والدراية من أهل الاختصاص السالمين من الأغراض.

2- أن يتفق أهل العرف في تقديرهم في الحال الواحدة، فلا عبرة لتقديرهم إن اختلفوا.

3- أن من شأن إناطة الحكم بتقدير أهل العرف اختلافه باختلاف الظروف والأحوال، وعليه فقد يكون الكثير في مسألة يسيراً في أخرى، إلا أن ذلك محدود بأن لا تصل الجهالة إلى حدٍ تغلب فيه على العقد حتى يوصف بها؛ فقد تعارف أفراد المجتمع الجاهلي على عقود بهذه الصفة كبيع الحصاة، وجاء النص النبوي بالنهي عنها بصفة خاصة، وعن بيع الغرر بصفة عامة، والتعبير ب(بيع الغرر) يُشعر بأن البيع المنهي عنه هو الذي تمكنت منه الجهالة أو الغرر حتى أصبح العقد يوصف بهما⁽⁶⁾. وتحسن الإشارة هنا إلى أن في ضبط يسير الجهالة وكثيرها بتقدير أهل العرف مرونةً وتوسعةً من شأنها مساندة الحضارات المتطورة في كل عصر مما يعطي للتشريع الإسلامي متانة وقوة تستحق الإشادة⁽⁷⁾.

وهنا مسألة مهمة: إذا شكَّ في محل هل هو من يسير الغرر أو كثيره فما الحكم؟

(1) انظر: عقود التمويل المستجدة (ص: 94-101).

(2) انظر: فقه الهندسة المالية الإسلامية (ص: 226).

(3) انظر: البيان والتحصيل (184/7)، مواهب الجليل (147/1)، الحاوي الكبير (414/7)، زاد المعاد (728/5)، الإنصاف (457/1)، الغرر وأثره في العقود (ص: 592)، الملتقيات الفقهية (ص: 130)، بحوث في الفقه المالكي (ص: 45، 55)، وقال السعدي في إرشاد أولي البصائر والألباب (ص: 176) في معرض كلامه عن أنواع من الجهالة اختلفت فيها أنظار العلماء: "وأولاهم بالصواب فيها من وافق الواقع التي هي عليه في عرف الناس ومعارفهم".

(4) انظر: الغرر وأثره في العقود (ص: 592).

(5) البيان والتحصيل (126/1)، وقال أيضاً في (184/7): "وقد يختلفون فيراه بعضهم يسيراً، ويراه بعضهم كثيراً بالاجتهاد الذي تعبد الله به العلماء من عباده فيما لا نص له فيه؛ إذ ليس في ذلك حد يرجع إليه في الكتاب والسنة ولا في الإجماع".

(6) انظر: الغرر وأثره في العقود (ص: 593).

(7) انظر: مصادر الحق (56/3).

لم أجد من بحثها سوى فقهاء المالكية⁽¹⁾، وذكروا فيها احتمالين: الأول المنع وهو الأرجح عندهم؛ أ- لأنه أسعد بظاهر الحديث. ب- ولأن شرط البيع علم صفة المبيع والغرر يمنع ذلك، فالشك في يسارته شك في الشرط والشك في الشرط قاذح، والقاعدة أن "الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط ضرورة"⁽²⁾، وعليه فالشك في تحقق العلم يوجب الشك في صحة البيع. والاحتمال الثاني الجواز؛ أ- لأنه مانع، والشك في المانع لا يقدر، ورُدَّ: بأن عدم المانع هنا شرط، فالشك في المانع يستلزم الشك في الشرط؛ لأن "الشك في أحد النقيضين يوجب الشك في الآخر ضرورة فإذا شككنا في وجود المانع فقد شككنا في عدمه بالضرورة وعدمه شرط"⁽³⁾. ب- ولأن أكثر البياعات لا تخلو عن يسير غرر، والقاعدة أنه إذا شك في صورة أن تلحق بأكثر نوعها، ورُدَّ: بأن أكثر صور الفاسد، لا تخلو عن كثيره فليس إلحاقه بصورة الجواز أولى من إلحاقه بصورة المنع.

وثمة معالم يمكن أن تفيد من رام الاجتهاد في هذا الباب:

أ- ما سبق من ظهور معنى القمار في معاملة ففحش الجهالة بذلك أو العكس فتكون يسيرة مغتفرة، وعليه تكون الجهالة فاحشة في المعاوضات اللازمة التي ترجح فيها احتمال ربح أحد الطرفين وخسارة الآخر بخلاف ما ترجح فيه احتمال ربح كل منهما، وهذا المعلم مفيد فيما جرى التعامل به وظهرت نتائجه وآثاره على الساحة.

ب- الجهالة في الثمن أفحش منها في المثل، ظهر لي هذا بعد استقراء لكلام الفقهاء في كثير من مسائل الجهالة، فيشترطون لاغتفار الجهالة الآيلة للعلم في الثمن بالمعيار العادل المنضبط أن يكون هذا المعيار معلوماً في نفس الأمر حقيقة لا حكماً، لا خلاف في ذلك بينهم حتى ممن اشتهر تسامحه في الثمن كابن تيمية ومن وافقه ممن يجيزون أن تعرى العقود من ذكر قدر الثمن ويجيزون أن يُفوّضَ كما تفوض المهور فإنهم كما سيأتي يربطون قدر الثمن حينئذ بمعيار يرونه عادلاً منضبطاً وهو ثمن المثل الحالي، أو سعره في السوق حال التعاقد- بخلاف المثلن أو المبيع، فإنهم يكتفون بتقدير العلم به حال التعاقد لا تحقق ذلك، وينزلون المقدر حينئذ منزلة المعلوم تسامحاً. وشواهد ذلك يضيق بها المقام هنا، وما مضى سرده من مسائل في المبحث السابق كفيل بإبراز هذا المعنى لمن تأمله⁽⁴⁾.

وقل مثل ذلك في الأجل، فالجهالة في الثمن أشد فحشاً منها في الأجل، وفي ذلك يقول الشاطبي عن الإمام مالك: "وفرق بين تطرق يسير الغرر إلى الأجل فأجازته وبين تطرقه للثمن فمنعه، فقال: يجوز للإنسان أن يشتري سلعة إلى الحصاد أو إلى الجذاذ، وإن كان اليوم بعينه لا ينضبط، ولو باع سلعة بدهم أو ما يقاربه لم يجز، والسبب في التفرقة، أن المضايقة في تعيين الأثمان وتقديرها ليست في العرف كالمضايقة في الأجل؛ إذ قد يسامح البائع في التقاضي الأيام، ولا يسامح في مقدار الثمن على حال، ويعضده ما روى عمرو بن العاص رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بشراء الإبل إلى خروج المصدق». وذلك لا يُضبط يومه ولا يُعين ساعته، ولكنه على التقريب والتسهيل"⁽⁵⁾.

ج- الجهالة في الجنس والنوع أفحش منها في القدر والصفة، وهذا ظاهرٌ مما مضى لا تجد خلافاً في المنع مما تتضمن جهالة في الجنس والنوع من عقود المعاوضات اللازمة وإن كانت الجهالة فيها آيلة للعلم؛ لفحش الجهالة حينئذ، وأما جهالة القدر والصفة فهي ميدان الخلاف الواسع منذ القدم، وحتى يومنا هذا.

(1) انظر: المختصر الفقهي لابن عرفة (290/5)، التوضيح لخليل (344/5)، إكمال إكمال المعلم للأبي (176/4-177)، شرح الزرقاني على الموطأ (3/469-468).

(2) الفروق للقرافي (1/111).

(3) المرجع السابق (1/112).

(4) ومما يصلح كشواهد إضافة لما ذكر: ثبوت خيار الرؤية عند الحنفية في المثلن لا في الثمن، انظر: فتح القدير (260/6)، وما ذهب إليه كثير من فقهاءهم من اشتراط العلم بالوصف في الثمن دون المثلن، انظر: الدر المختار (529-530/4)، وما ذهب إليه الحنابلة من القول بتفريق الصفقة فيمن باع خمراً وخلاً صفقة بثمن واحد، والمنع منها فيما لو باعه سلعة بمائة ورطل خمراً؛ لأن الجهالة في الأولى بالمثلن، وفي الثانية بالثمن، قال الخلوئي في حاشيته على المنتهى (576/2): "البيع يتعدد بتعدد المثلن، فيأتي تفريق الصفقة فيه، بخلاف الثمن؛ فإن البيع لا يتعدد بتعدد"، وغير ذلك من الشواهد التي تفيد بمجموعها أن جنس الجهالة في الثمن عند الفقهاء أشد فحشاً من جنسها في المثلن.

(5) الاعتصام، للشاطبي (55/3).

د- أن مما يزول به فاحش الجهالات فرض بعض القيود، أو اشتراط بعض الشروط التي من شأنها تضييق دائرة الجهالة الفاحشة، وأوضح مثال لهذا مما هو محل إجماع: اغتفار فاحش الجهالة الآيلة للعلم في عقد السلم بحزمة من الشروط من شأنها تضييق دائرة الجهالة الفاحشة بحيث يبقى بعد ذلك جهالة يسيرة لا يمكن أن ينفك العقد منها، وقل مثل ذلك في بيع الجراف فقد أجمعوا على اغتفار ما تضمنه من جهالة واشتراطوا لذلك شروطاً من شأنها تخفيف فحش الجهالة في هذا البيع، ومن ذلك: اغتفار الحنابلة ما تضمنه بيع المسك في فأرته من جهالة آيلة للعلم شريطة أن تباع مفتوحة، واشتراط المالكية لحل بيع ما المقصود منه مغيب في الأرض: أن يرى المشتري ظاهره ويقلع شيئاً منه ويراه وأن يحزره إجمالاً، وتجوزهم إجارة عسب الفحل بمرات أو زمان فإن أعقت-أي: حملت- انفسخت الإجارة⁽¹⁾، واشتراط الجمهور ممن يرون لزوم عقد المساقاة: أن يكون القبول فيها بلفظ المساقاة لا بغيره، وأن لا يشترط على العامل ما ليس من جنس أعمالها، وضرب مدة معلومة تكمل في مثلها الثمرة، وغير ذلك من الشروط المحججة من دائرة الجهالة الفاحشة التي قالوا بها عندما لحظوا معنى المعاوضة العام في هذا التعامل، وغير ذلك من الشواهد المثيرة لهذا المعنى.

ه- أن الجهالة فيما كان من قبيل المحقرات يسيرة مغتفرة إذا جرى عرف بالتعامل بها، بخلاف التعامل بما يعظم خطره من الأموال فالجهالة فيه من قبيل الفاحش المؤثر، ومن ذلك منع الحنابلة على المشهور من مذهبه من البيع بسعر المثل أو بسعر السوق فيما يعظم خطره من الأموال، واغتفارهم ذلك في بعض صور الاستجرار حينما يتعامل المرء مع بقال يأخذ منه السلع شيئاً فشيئاً دون تعرض لثمنها وإنما بسعرها في السوق حين أخذها ثم يحاسب عنها بعد مدة بناء على ذلك، وللمالكية شواهد كثيرة تؤيد هذا المعنى، منها ما جاء في التاج والإكليل⁽²⁾: "وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر إذا فرغ راضاه بشيء يعطيه..؛ لأن الناس استجازوا هذا كما يعطي الحمام، وفي الحمام، وفي المنع منه حرج وغلو في الدين".

و- أن لتطور الحياة الاقتصادية والاكتشافات العلمية الحديثة أثراً بارزاً في تخفيض مستوى الجهالة⁽³⁾ في كثير من التعاملات ونقلها من الكثير الفاحش إلى اليسير المغتفر، كإباحة السلم في كثير من المصنوعات التي منع الفقهاء قديماً من السلم فيها كالآنية مثلاً؛ لتفاوت ما بينها وفحش الجهالة فيها لكنها في عالم اليوم ومع الثورة الصناعية الهائلة باتت من قبيل المثليات المتجانسة بحيث لا يرد بينها أي تفاوت فانتفت علة المنع بذلك، وصح السلم فيها.

وعلى كل حال فإن ضبط يسير الجهالة وكثيرها بالعرف، وتقريبه بما مضى من معالم لا يعدو أن يكون محاولة في وضع تقدير تقريبي حينما أعوزنا النص بناء على قاعدة: التقريب خير من التعطيل. وما أحسن قول أبي المعالي الجويني في مثل هذه المسائل لما قال: "فهذا منتهى القول، وليس علينا إلا أن نُبلغ كلّ فنّ غايته جهدنا ومن طلب في مواقع التقريب الحد الضابط فقد طلب الشيء على خلاف ما هو عليه"⁽⁴⁾.

الضابط الثاني: يغتفر من الجهالات الآيلة للعلم ما كان في تابع غير مقصود بالعقد أصالةً.

كما في بيع الثمار بعد بدو الصلاح في بعضها دون بعض؛ فإن ما لم يبدُ صلاحه من الثمر مجهولٌ لا يصح العقد عليه منفرداً؛ لفحش الجهالة فيه، لكن صح العقد عليه على وجه التبعية، وقل مثل ذلك في بيع الشاة في بطنها حمل أو في ضرعها لبن، ومن ذلك اغتفار الشافعية-وهم من أشد المذاهب قولاً في باب الغر- ما يروونه من جهالة فاحشة في المزارعة إذا تم عقدها على وجه التبعية لعقد المساقاة⁽⁵⁾، واغتفار جمهور العلماء جهالة رهن الثمار قبل بدو صلاحها مع منعهم من بيعها؛

(1) انظر: مواهب الجليل (364/4)، شرح مختصر خليل، للخرشي (72/5).

(2) (495/7)، وانظر: المنتقى (299/7)، شرح ميارة (172/2).

(3) انظر: بيع المجهول ص: 57.

(4) نهاية المطلب (297/2).

(5) انظر: تحفة المحتاج (109/6)، مغني المحتاج (423/3)، النجم الوهاج (295/5).

لأن "البيع مقصود في نفسه، والرهن مقصود للتوثق فهو كالتابع، ويغترف في التابع ما لا يغترف في غيره"⁽¹⁾. ويستدل على اغتفارها في التابع بحديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»⁽²⁾؛ فجوز النبي صلى الله عليه وسلم للمشتري أن يشترط الثمرة، فيكون قد اشتراها قبل بدو صلاحها، واغترف ما فيها من جهالة آيلة للعلم لما كانت تابعة للنخل⁽³⁾ ومثله: ما ورد في تكملة الحديث: «من ابتاع عبداً وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع»؛ فدخل المال تبعاً، واغترف لأجل هذه التبعية ما تضمنه العقد من جهالة. وكذلك حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين ..»⁽⁴⁾. يدل على جواز بيع الحيوان وفي ضرعه لبن إذا خلا البيع عن التصرية، واغترف ما فيه من جهالة آيلة للعلم؛ للتبعية⁽⁵⁾. وحكى غير واحد الإجماع على اغتفار الجهالة في التابع في صور عديدة⁽⁶⁾، ومن القواعد الفقهية المشهورة، قولهم: "يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً"⁽⁷⁾، وقولهم: "يغترف في التوابع ما لا يغترف في غيرها"⁽⁸⁾.

وهنا مسألتان مهمتان بحاجة إلى تسليط الضوء عليهما:

المسألة الأولى: هل يشترط لاغتفار الجهالة في التابع أن يكون غير مقصود؟

قرر اشتراطه بعض المعاصرين، ونفى أن يكون في ذلك خلاف بين أهل العلم⁽⁹⁾، ولم يذكر لهذه النتيجة دليلاً عدا شواهد مقتطفة من كلام الفقهاء ليست صريحة في صلب مسألتنا، والصريح منها إنما ورد في سياقات مختلفة ليس لها علاقة بموضوعها، كقول ابن قدامة: "لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز إذا كان المال غير مقصود"⁽¹⁰⁾، وعليه فإن كان مقصوداً لم يجز، لكن عدم اغتفار التابع المقصود هنا لعله الربا وليس للجهالة والغرر بدلالة إيراد الموفق لهذا الفرع في كتاب الربا في فصل (إن باع ما فيه الربا بغير جنسه، ومعه من جنس ما يبيع به). والذي يظهر من سياق أدلة اغتفار الجهالة في التابع أنها تشمل بعمومها ما كان مقصوداً منه أو غير مقصود، ولعل من أصرحها حديث: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فقد جوز النبي صلى الله عليه وسلم أن يكون هذا التابع مقصوداً حيث سوغ للمشتري أن يشترطه، والاشتراف فرغ عن القصد بلا ريب. وقد حكى الماوردي الإجماع على الجواز حيث يقول: "الثمره قبل بدو صلاحها يجوز بيعها تبعاً لنخلها ولا يجوز بيعها مفرداً وقد أجمعوا أنها تأخذ من الثمن قسطاً، وكذلك أساس الدار يجوز بيعه تبعاً للدار وإن لم يجز بيعه مفرداً وقد اتفقوا أنه يأخذ من الثمن قسطاً كذلك اللبن في الضرع"⁽¹¹⁾. فتجوز أن يكون للتابع قسطاً من الثمن تجوزاً لأن يكون مقصوداً بالعقد ضرورة؛ لأنه فرع منه؛ إذ لا يتصور أن يجعل لهذا التابع قسطاً من الثمن من غير أن يكون مقصوداً. ولما حكى الموفق إجماع أهل العلم على جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع مع الأصل؛ لحديث ابن عمر قال: "ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها، كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة، والنوى في التمر مع التمر، وأساسات الحيطان في بيع الدار، ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة وفيما إذا باعها مع تدخل الثمرة تبعاً ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز

(1) أسنى المطالب (153/2).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم: (2379)، (169/2)، ومسلم في صحيحه، رقم: (1543)، (1172/3).

(3) انظر: القواعد النورانية (ص: 118).

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم (2150)، (71/3)، ومسلم في صحيحه رقم (1515)، (1155/3).

(5) انظر: أحكام التابع (ص: 272).

(6) انظر: المعلم (244/2)، المجموع (258/9، 326)، المغني (63/4)، القواعد النورانية (ص: 118).

(7) انظر: القواعد، لابن رجب (ص: 322).

(8) انظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: 120)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: 103).

(9) انظر: أحكام التابع (ص: 265).

(10) المغني (30/4).

(11) الحاوي الكبير (124/5-125).

في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما⁽¹⁾. والمتأمل للصور التي حكي الإجماع على اغتفار ما فيها من جهالة لكونها إنما وردت على تابع يجد أن هذا التابع مقصود في العقد وله حظٌ من الثمن لكن قصده في العقد لم يكن على وجه الاستقلال وإنما على وجه التبعية والضمنية: انظر على سبيل المثال الحشو الذي في الجبة اغتفرت جهالته في بيع الجبة المحشوة؛ لكونه تابعاً لها وهو مقصودٌ للمشتري بلا شك بدلالة انتقاص قيمة الجبة بدونه، وكذلك الحمل في بطن الشاة اغتفرت جهالته لما بيع تبعاً للشاة وهو مقصودٌ للمشتري قطعاً بدلالة أن له حظاً وقسطاً من ثمن الشاة، وعليه فليس من شرط اغتفار الجهالة في التابع أن يكون غير مقصود بل تغتفر الجهالة فيه وإن كان مقصوداً ما دام أن العقد عليه كان على وجه التبعية والضمنية، والله أعلم.

الثانية: هل يشترط لاغتفار الجهالة في التابع أن يكون يسيراً؟

ذهب إلى هذا بعض المعاصرين مستشهداً ببعض النقول عن الفقهاء وأكثرها غير صريح بالمقصود، ثم عَقَّب عليها بأن هذا الشرط "أشبه ما يكون ببيان الواقع؛ لأن غير المقصود في الغالب يكون يسيراً بخلاف العكس، فإن اليسير قد يكون مقصوداً"⁽²⁾. وقد سبق بيان أن ظاهر النصوص عدم اشتراط كون التابع غير مقصود، ويقال هنا: إن ظاهرها أيضاً عدم اشتراط كونه يسيراً ولا أن تكون جهالته يسيرة.

فهنا جهتان في يسر التابع وقلته كلتاهما لم يأت في النصوص اشتراطها:

أ- يسره من حيث الجهالة بمعنى أن تكون جهالته يسيرة لا فاحشة: فهذا ليس بشرط ألبتة بل يغتفر بمقتضى التبعية ما فيه من جهالة وإن كثرت، وهذا ما يفيد عموم النصوص السابقة؛ انظر على سبيل المثال ما في الحمل من جهالة فاحشة منعت العقد عليه أصالةً، لكن لما تم العقد عليه تبعاً لأمه جاز بالإجماع كما سبق، واغتفر حينئذ ما فيه من جهالة فاحشة بمقتضى التبعية والضمنية، وقل مثل ذلك في لبن الضرع إذا بيع تبعاً للناقة، والصوف على ظهرها إذا بيع تبعاً لها، والتمر قبل بدو الصلاح إذا كان تابعاً للنخل، ومال العبد إذا كان تابعاً له. وفي الحقيقة أن اشتراط ما ذكر يفرغ كثيراً من كلام الفقهاء في هذا الباب من مضمونه؛ لأنهم أجمعوا قبل على اغتفار الجهالة اليسيرة، فلا معنى لتقريرهم اغتفار الجهالة في التابع إذا قيل بأنهم يشترطون أن تكون جهالته يسيرة!! ولعل السبب في توهم اشتراط هذا أن بعض الصور تجمع أسباباً للاغتفار كالتبعية واليسارة، فيأتي الفقيه معللاً بهما لاغتفار ما في الصورة من جهالة، فيظن الظان أنه وصف مركب للاغتفار فيقيد الحكم به.

ب- يسر التابع مقابلاً بمتبوعه، بمعنى أن يكون أقل من متبوعه: وهذا ليس بشرط أيضاً على ما يقتضيه عموم حديث: «من ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع» فدخل فيه المال تبعاً ودلّ الخبر بعمومه على جواز اشتراط المشتري للمال سواءً أكان معلوماً أم مجهولاً. قليلاً أم كثيراً، مساوياً لقيمة العبد أم أقل منه أم أكثر،

(1) المغني (4/63-64).

(2) انظر: أحكام التابع (ص: 268-269).

وهو المذهب عند الحنابلة⁽¹⁾، وقول مالك في رواية⁽²⁾، وبه قال إسحاق⁽³⁾.

ويمكن أن يُستدل على جواز ذلك أيضاً بعموم النصوص في حل بيع الثمار إذا بدا الصلاح فيها، ولو لم يكن بدو الصلاح إلا في ثمرة واحدة؛ فإن بيع ما لم يبدأ صلاحه من الثمر جائز على وجه التبعية لما بدا صلاحه وإن كان أكثر منه.

الضابط الثالث: يغتفر من الجهالات الأيلة للعلم ما يدعو إلى اغتفاره حاجة⁽⁴⁾ شرعية معتبرة.

كاغتفارها في السلم والإجارة ونحوها والحاجة في اغتفارها عامة ولا خلاف في ذلك وكما في بيع الجراف إجماعاً، وبيع الثوب أو الصبرة كل ذراع أو قفيز بدرهم في قول عامة الفقهاء؛ فإن العلم بالقدر قد يشق في أنواع من المبيعات أو يحتاج إلى جهد يوقع في الحرج لكثرتها، وكاغتفار طائفة من الفقهاء الجهالة في بيع المسك في فارتته، وبيع الأنموذج الذي هو جزء من المبيع؛ فقد يشق رؤية الكل في الكميات الكثيرة أو في أنواع من السلع، وكما في بيع الثمار بعد بدو الصلاح في بعضها، وإن كان بعض أجزائها لم يخلق بعد، أو لما يبدأ صلاحه؛ فقد يتعذر مباشرة جني هذه المحاصيل التي لا يمكن حبس أولها على آخرها مع طول موسمها في بعض الأنواع، وإن تركت على أصولها فسد كثير منها ووقع بأهلها الضرر، وقل نحو هذا في بيع المغيبات في الأرض، وبيع المقاتي التي يوجد بعضها بعد بعض، وغير ذلك مما اغتفرت جهالته الأيلة للعلم بدعاء الحاجة إليها.

ويستدل الفقهاء على ذلك بالإجماع⁽⁵⁾، وبترخيص النبي ﷺ في ابتياع الثمار بعد بدو الصلاح فيها مبقاةً إلى كمال الصلاح، وإن كان بعض أجزائها لم يخلق بعد أو لما يبدأ صلاحه؛ لدعاء الحاجة، وتحقق المصلحة الراجحة⁽⁶⁾، ويستدلون بعموم الأدلة الدالة على رفع الحرج عن هذه الأمة، وهي كثيرة مشهورة. ومن القواعد الفقهية التي قررها أهل العلم في هذا الصدد قولهم: "الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق أحاد الأشخاص"⁽⁷⁾، و"الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"⁽⁸⁾⁽⁹⁾.

(1) انظر: الإنصاف (81/5)، ومما جاء في الشرح الكبير لابن أبي عمر (294/4-295): "وإن لم يكن قصده المال صح شرطه وإن كان مجهولاً نص عليه أحمد... سواء كان المال من جنس الثمن أو من غير جنسه عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر"، ومرادهم بأن لا يكون قصده المال: أي: قصده الأصلي، وهذا لا يمانع أن يكون مقصوداً بالتبعية، وأن يكون له بذلك حظ من الثمن كما تقدم، وقد صرح بذلك ابن رجب حيث يقول: "ومعنى قولنا: غير مقصود أي: بالأصل" القواعد (ص:270). وقال في نفس هذا الموضوع: "ما يقصد تبعاً لغيره وليس أصلاً لمال الربا كيبيع العبد ذي المال بمال من جنسه إذا كان المقصود الأصلي هو العبد... يصح رواية واحدة".

(2) قال ابن عبد البر في الاستذكار (275/6): "قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا: أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يُعلم أو لا يُعلم، وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً". وقال في التمهيد (294/13): "هذا ما لا أعلم فيه خلافاً عن مالك وأصحابه: أنه يجوز أن يشتري العبد وماله بدرهم إلى أجل، وإن كان ماله دراهم أو دنانير أو عروضاً وأن ماله كله تبع كاللغو لا يعتبر إذا اشترط ما يعتبر في الصفقة المفردة"، وفي شرح الزرقاني على الموطأ (384/3): "سواء كان (يعلم أو لا يعلم) عملاً بظاهر الحديث خلافاً لمن قال: لا بد أن يكون معلوماً. (وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به) مبالغاً فأولى إن كان قدره أو أقل".

(3) فقد قال فيمن باع عبداً وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترط المشتري: "قل، أو أكثر، وأخطأ هؤلاء حين قالوا: إذا كان المال أكثر من الثمن، فسد البيع" مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه للكوسج (2659/6).

(4) الحاجة - كما عرفها غير واحد -: "أن يصل المرء إلى حال بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة، ولكنه لا يهلك" انظر: المنتور في القواعد (319/2)، غمز عيون البصائر (277/1).

(5) انظر: المجموع (258/9)، بداية المجتهد (176/3).

(6) انظر: القواعد النورانية (ص:134)، أعلام الموقعين (7-6/2).

(7) انظر: البرهان، للجويني (606/2)، وجاء في المنتور في القواعد (24/2): "الشرع كما اعتنى بدفع ضرورة الشخص الواحد فكيف لا يعتني به مع حاجة الجنس، ولو منع الجنس مما تدعو الحاجة إليه لنال أحاد الجنس ضرورة تزيد على ضرورة الشخص الواحد فربي بالرعاية أولى".

(8) الحاجة العامة: ما يكون الاحتياج فيها شاملاً لجميع الناس؛ كحاجتهم إلى عقد الإجارة والجعل ونحوها من العقود التي يحتاج إليها جنسهم. والخاصة: ما يكون الاحتياج فيها خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد أو حرفه أو تخص فرداً أو أفراداً لا تجمعهم رابطة. انظر: البرهان (602/2)، الحاجة وأثرها في الأحكام (544/2).

(9) انظر: الأنبياء والنظائر للسيوطي (ص:88)، وقد نبه د. أحمد الرشيد في رسالته القيمة الحاجة وأثرها في الأحكام (537/2) إلى أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، وإنما في بعض الصور التي تشتد فيها الحاجة، ويقوى أثرها؛ ولذلك قيدها بعض المحققين بما يمنع عمومها فقالوا:

و"البيع يصح في المجهول عند الحاجة"⁽¹⁾، و"العقد على المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير مدة جائز"⁽²⁾.

هذا، والتميز بين نوعي الحاجة من حيث العموم والخصوص مهم للغاية، وذلك أن ما أباحه الشارع اعتباراً لحاجة الناس العامة، فإنه يتوسع فيه ما لا يتوسع في غيره مما تبيحه أنواع الحاجات الأخرى، ووجه ذلك: أن الحاجة العامة ليس من شرط العمل بها تحققها فيمن أراد العمل بها، بل يجوز أن يُعمل بها على أية حال كمن أراد أن يستأجر أو يُسلم أو يساقى من غير حاجة؛ لأن جنس الناس في حاجة لهذه العقود، وهذا مطرد في كثير من الأحكام التي قيل: إنها على خلاف القياس، وفي ذلك يقول الموفق: "ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة، كأخذ الشقص بالشفعة من المشتري، والفسخ بالخيار أو بالعيب، واتخاذ الكلب للصيد"⁽³⁾. وههنا ملحظ مهم في القياس على الحاجات العامة المؤثرة في كثير من الأحكام التي قيل: إنها على خلاف القياس نبه عليه فضيلة د. يعقوب الباحسين، وهو: أن وصفها بذلك "ليس بمقياس لتعيين ما هو حاجي مما لم يرد نص أو إجماع بشأنه، بل هو وصف لحالة قائمة ثبت حكمها بنص أو إجماع، ولا يصلح للتطبيق على حالات جديدة؛ إذ إن إثبات أحكام هذه الحالات يحتاج من الأدلة إلى ما احتاجت إليه الحالات التي ذكر أنها على خلاف القياس"⁽⁴⁾. ومما يتعين الإشارة إليه هنا أن الفقهاء اشترطوا لجواز العمل بالحاجة: أن تكون متعينة، وأن تبلغ درجة الحرج والمشقة غير المعتادة، وأن تتحقق يقيناً أو ظناً⁽⁵⁾، ومعنى كونها متعينة: "أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول للغرض، سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر"⁽⁶⁾.

وأما ضابط الحاجة التي تغتفر لأجلها الجهالات فهو محل بحث واجتهاد؛ وما ذكر في تعريفها غير كاف لعده ضابطاً ومعياراً في هذا الباب؛ فإنه قد ضبط الحاجة ببلوغ المرء حال الجهد والمشقة، وهذه الحال حقيقة بأن تُضبط؛ لذلك وقف جمع من أهل العلم في هذا، وقطعوا بعدم إمكانية وضع ضابط لها وجنحوا إلى حدها وتقريبها بالمثال⁽⁷⁾. إلا أنه وإن عسر وضع ضابط دقيق للحاجة المؤثرة، فإنه لا يعني أن تترك على عواهنها بل المتعين كما سبق أن يُجتهد في تقريبها بناء على قاعدة "التقريب خير من التعطيل"، وقد صرح بذلك العز ابن عبدالسلام في كلامه عن ضابط المشقة حيث يقول: "لا وجه لضبط هذا وأمثاله إلا بالتقريب، فإن ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله، ويجب تقريبه"⁽⁸⁾.

وقد رأى الشاطبي أن تُضبط الحاجة المغتفرة بالعرف ومعتاد الناس ما لم تخرج عن إطار الشرع⁽⁹⁾.

"الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في صور".

(1) انظر: الشرح الكبير، لابن أبي عمر (8/5)، المبدع (264/4).

(2) المبدع (270/4)، وانظر: المغني (371/4)، كشف القناع (402/3).

(3) المغني (376/4)، وقال في (204/2): "الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليست له حاجة".

(4) قاعدة المشقة تجلب التيسير (ص: 507).

(5) انظر: غياث الأمم في التياث الظلم (ص: 478)، الحاجة وأثرها في الأحكام (812/2).

(6) الغرر وأثره في العقود ص: 604، وقد استشهد على هذا الشرط أيضاً بجملة من الفروع الفقهية، وبيعض النقول عن أهل العلم، وانظر لهذا الشرط كذلك: المعايير الشرعية ص: 505، وتحسن الإشارة هنا إلى أن الجويني ينزل الحاجة منزلة الضرورة عند إطباق الحرام للزمان وأهله، فيقول: "الحرام إذا طبق الزمان وأهله، ولم يجدوا إلى طلب الحلال سبيلاً، فلهم أن يأخذوا منه قدر الحاجة، ولا تشتط الضرورة التي نرعاها في إحلال الميتة في حقوق آحاد الناس" غياث الأمم (ص: 478).

(7) انظر: غياث الأمم (ص: 479-480).

(8) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (15/2).

(9) فقال في الموافقات (268-269): "حيث تكون المشقة الواقعة بالمكلف خارجة عن معتاد المشقات في الأعمال العادية، حتى يحصل بها فساد ديني أو دنيوي، فمقصود الشارع فيها الرفع على الجملة وعلى ذلك دلت الأدلة... وأما إذا لم تكن خارجة عن المعتاد، وإنما وقعت على نحو ما تقع المشقة في مثلها من الأعمال العادية، فالشارع وإن لم يقصد وقوعها، فليس بقاصد لرفعها أيضاً" فظاهراً من ضبطه لها بأنها ما كانت "خارجة عن المعتاد في الأعمال العادية" أنه يرى أن يُرجع في تعيينها إلى عرف الناس وعاداتهم، ومما يؤكد ذلك قوله في شأن ما يبدو لبعض الناس أنه غير معتاد، ولكنه معتاد في الحقيقة: "كثيرٌ مما يظهر ببدائ الرأي من المشقات أنها خارجة عن المعتاد لا يكون كذلك لمن كان عارفاً بمجاري العادات" الموافقات (271/2)، وقال الشيخ عبدالله دراز معلقاً ومحققاً لضابط المسألة: "خلاصة ذلك أن المشقات التي تقتضي التخفيف.. هي المشقات التي تكشف العادات والأعراف عن أنها خارجة عن المعتاد وتلحق بخلافها في العبد أو ماله أو حال من أحواله" وتابعهما

واستشكل القرافي أن يكون العرف ضابطاً للمشقة التي تجلب التيسير فيما لا نص فيه، وذكر أن الفقهاء يحيلون على العرف عند سؤالهم، مع أنهم من أهل العرف، فلو كان ثم عرف قائم لوجوده معلوماً لهم أو معروفاً!! وعليه فلا تصح الإحالة على غير الفقهاء؛ لأنه ليس بعد الفقهاء من أهل العرف إلا العوام، وهم مما لا يصح تقليدهم في الدين⁽¹⁾.

وتعقبه الشيخ محمد رشيد رضا، بأن فيما ذكر نظراً ظاهراً؛ "فإن العلماء الذين ناطوا بعض المسائل بالعرف إنما وقع ذلك منهم أفاذا أثناء البحث أو التصنيف، ويجوز أن يجهل كل فرد منهم العرف العام في كثير من المسائل، وما اجتمع علماء عصر أو قطر للبحث عن عرف الناس في أمر ومحاولة ضبطه وتحديده ثم عجزوا عن معرفته وأحالوا في ذلك على العامة.. فالرجوع إلى العرف فيما يشق على الناس وما لا يشق عليهم ضروري لا بد منه، وهو لا يعرف إلا بمباشرة الناس وتعرف شؤونهم وأحوالهم، وقد كثرت الدواهي في آراء الفقهاء الاجتهادية الذين يجهلون أمر العامة، ورحم الله من قال: "الفقيه هو المقبل على شأنه العارف بأهل زمانه"⁽²⁾، وما ذكره هو عين الصواب، والمتسق مع تقرير العلماء لقاعدة العادة محكمة، وأنها معتبرة فيما لا نص فيه ولا إجماع⁽³⁾.

وعليه فلا مناص من تقدير الحاجة التي تغتفر لأجلها الجهالات الآيلة للعلم وضبطها بعرف الناس المستقر، ما دام أنه لم يرد في ذلك نصٌ يوجب المصير إليه، مع ملاحظة الآتي:

1- أنه وإن قيل باعتماد العرف في ضبط الحاجة فإنه لا بد من إسناد الحكم به، والعمل به إلى أهل العلم؛ لأن الحاجة شروطاً لإعمالها واعتبارها، النظر فيها وتحقيقها على مختلف العقود مُنطاً بأهل العلم⁽⁴⁾، وإلا فإن الناس قد يتواضعون على مسيس الحاجة إلى أنواع من العقود لا تخلو من جهالات، فيوجههم أهل العلم إلى عقود مشروعة تفي بأغراضهم من غير أن تتضمن جهالة وغرراً، فيختل بذلك أحد أبرز شروط إعمال الحاجة: وهو أن تكون متعينة، فلا يعتد بقول أهل العرف حينئذ. 2- أن لا يختلفوا في ضبط المشقة الباعثة على مخالفة الحكم الشرعي بأنها خارجة عما يعتاده الناس أو أوساطهم في المواضع المعتادة بحيث لا تحتل تلك المشاق إلا بضرر شديد لا تأتي الشريعة بمثله.

3- أن لا يصادم إعمال الحاجة نصاً أو حكماً مجمعاً عليه، فإن سلطان الحاجة حينئذ يتقهقر أمام سلطان النص أو الإجماع، كما لو اجتمعوا على مسيس الحاجة إلى عقد لا يخلو من جهالة وربما، فلا عبرة بقولهم ولا أثر لهذه الحاجة في الترخص؛ لأن في إعمالها مصادمة للإجماع المستند إلى النص المحرم للربا.

ومما يصلح شاهداً لإعمال الحاجة واغتفار الجهالة بمقتضاها ما جاء عن طائفة من متأخري المالكية في إجارة الأعيان لمن يعمل عليها بجزء شائع أو حصة نسبية من عوائد العمل عليها وأرباحه، فقد قرروا اغتفار ما تتضمنه من جهالة بحجة مسيس الحاجة إليها في كثير من الأحوال والأماكن والبلدان؛ حيث لا يتعامل أهلها إلا بهذا النوع من العقود⁽⁵⁾، وقد أفتى بذلك ابن سراج الأندلسي لما سئل عن إعطاء السفن بجزء شائع من عوائد العمل عليها، وقد عرض السائل له شيئاً من معاناة أهل القطر الأندلسي ومسيس حاجتهم إلى هذا النوع من التعامل، حيث لا يجدون من يعمل عليها بها بأجرة مقطوعة، فأجاب: "إذا كان الأمر كما ذكر في السؤال فإنه يجوز إعطاء السفينة بالجزء نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً أو غير ذلك من الأجزاء للضرورة الداعية

على ذلك الدكتور يعقوب الباحسين في موضع من كتابه "قاعدة المشقة تجلب التيسير" (ص:74)، وزاد في موضع آخر (ص:508): أنه "يعتبر في تقدير الحاجة حالة الشخص المتوسط العادي في موضع معتاد لا صلة له بالظروف الخاصة به؛ لأن التشريع يتصف بصفة العموم والتجريد"، وهو كما لا يخفى اجتهاداً للتقدير في دائرة العرف.

(1) انظر: الذخيرة (1/341)، الفروق (1/119-120).

(2) تفسير المنار (6/224).

(3) انظر: غمز عيون البصائر (1/295)، قاعدة العادة محكمة د. الباحسين ص: 119، 144.

(4) فلا بد من التحقق من شروط اعتبار الحاجة: بأن تبلغ درجة المشقة غير المعتادة- وهذا يفيد أهل العلم من أهل العرف كما سبق-. وأن تتحقق يقيناً أو ظناً. وأن تتعين بحيث تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول للغرض، سوى ذلك العقد الذي فيه الجهالة، والتحقق من ذلك كله وتحقيقه على أرض الواقع ووظيفة أهل العلم كما ذكر.

(5) انظر: فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي (ص:199-200)، البيهجة في شرح التحفة (2/299).

لذلك؛ لأنه قد عُلم من مذهب مالك رحمه الله مراعاة المصلحة إذا كانت كَلِيَّةً حَاجِيَّةً وهذه منها. وأيضاً فإن أحمد بن حنبل وجماعة من علماء السلف أجازوا الإجارة بالجزء في جميع الإجازات؛ قياساً على القراض والمساواة والشركة وغيرها مما استثنى جوازها في الشرع. وقد اختلف في جواز الانتقال من مذهب إلى آخر في بعض المسائل، والصحيح من جهة النظر جوازها. ويعضد الجواز في هذه المسألة خصوصاً ما تقدّم في أنها تجري على أصل مالك في جواز المصلحة الكلية الحاجية. ووجه آخر مما يدل على الجواز: ما ذكره الشعبي عن أصبغ أنه سُئل عن رجل يستأجر أجيراً على أن يعمل له في كرم على النصف مما يخرج من الكرم أو ثلثه أو جزء منه؟ قال: لا بأس بذلك. قيل له: وكذلك جميع ما يضطر إليه، مثل الرجل يستأجر الأجير يحرس له الزرع وله بعضه؟ قال: يُنظر إلى أمر الناس إذا اضطروا إلى ذلك في أمر لا بد لهم منه ولا يوجد العمل إلا به فأرجو أن لا يكون به بأس إذا عم ولا تكون الإجارة إلا به. ومما يبين ذلك مما يرجع فيه إلى عمل الناس وإلى سنتهم ولا يجدون منه بُدّاً مثل كراء السفن في حمل الطعام انتهى. وهذا نصٌّ في مسألتنا مع ما تقدم فيترجح الجواز في المسألة⁽¹⁾.

وهل يشترط لإعمال الحاجة واعتبارها أن تكون الجهالة يسيرة؟

ذهب إلى اشتراط هذا بعض المعاصرين⁽²⁾، والذي يظهر أن اشتراط يسر الجهالة لاغتفارها بالحاجة يفرغ كلام أهل العلم في تقرير هذا الضابط من مضمونه، وذلك أنهم نصوا على اغتفار الجهالة اليسيرة كما سبق، فما الداعي لأن يسئلوا مدادهم في اغتفارها بالحاجة المعتبرة، ويحشدوا لذلك الأدلة، ويقعدوا لذلك قواعد خاصة، ويبينوا حجم الضرر الناتج عن المنع مما يحتاج الناس إليه من العقود وأنه أعظم من ضرر الجهالة ذاتها فلا يزال أدنى الضررين بأعلاهما؛ لأن قاعدة الشريعة أن يدفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما لا العكس، ما الداعي لذلك كله إذا قيل: إنهم يشترطون لاغتفارها بالحاجة أن تكون الجهالة يسيرة!! ولعل السبب في توهم اشتراط الفقهاء لذلك أن بعض الفروع تجمع أسباباً للاغتفار كأن تكون يسيرة، والناس بحاجة إليها، فيأتي الفقيه معللاً بهما لاغتفار ما في هذا الفرع من جهالة، فيظن الظان أنه وصف مركب للاغتفار فيقيد الحكم به.

وفي الحقيقة أي لم أجد من الفقهاء من نص على هذا الشرط، بل في نصوصهم ما يدل على خلافه، فقد حكى ابن رشد اتفاقهم على أن غير المؤثر من الجهالات والغرر: "هو اليسير أو الذي تدعو إليه ضرورة، أو ما جمع الأمرين"⁽³⁾. وقد ورد عن بعض الفقهاء ما يوهم اشتراط هذا الشرط لكنه كما أسلفت واردٌ في سياقات تبين حكم فروع جمعت بين هذين الوصفين: الحاجة واليسارة، ولم أجد لهم نصاً صريحاً في الاشتراط⁽⁴⁾.

وبناءً على ما سبق يظهر أنه لا يشترط لإعمال الحاجة واعتبارها في العقود المشتملة على جهالات آيلة للعلم: أن تكون الجهالة فيما يسيرة، لكن ذلك مقيد بشروط إعمال الحاجة السابق ذكرها، ولا ريب أن الجهالة إن فحشت في عقد للناس به حاجة أن ذلك يستدعي من المجتهد مزيد نظر في درجة المشقة والضرر الحاصلين من منع هذا العقد هل تربو على الضرر الحاصل من عقد الجهالة؟ فتغتفر بذلك، أم لا؟ فلا تغتفر، كما أنه بحاجة ماسة إلى مزيد نظر في تعيُّنها كما سبق. هذه موازنة لا بد للمجتهد منها، وهي بلا شك تضبط نظره في هذا الباب، وقد نص عليها شيخ الإسلام ابن

(1) فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي (ص: 199-200)، وانظر: المعيار المعرب (8/225).

(2) انظر: الحاجة وأثرها في الأحكام (2/616)، ومما جاء فيها: "ومما ينبغي التنبيه عليه أن الجهالة مراتب متفاوتة. لكل مرتبة منها حكم من حيث تأثير الحاجة فيها، فما كان منها في أعلى المراتب فلا أثر للحاجة فيها، وما كان منها في أقل المراتب فللحاجة أثر فيها..".

(3) بداية المجتهد (3/176)، ولا يعكر على هذا قوله: "تدعو إليه ضرورة" فإن مراده بها الحاجة، كما تفيد الأمثلة التي ساقها بعد قوله هذا، وقد حقق ذلك الصديق الضير في رسالته الغرر وأثره في العقود (ص: 600).

(4) ومما تحسن الإشارة إليه أن المازري من المالكية قيّد في سياق كلام له اغتفار اليسير من الجهالات بأن يكون محتاجاً إليه، حيث يقول: "وذلك دليل على إلغاء ما هو منه يسير غير مقصود دعت الضرورة إليه". فتعقبه ابن عبد السلام التونسي منهم بقوله: "وزيادة القيد الأخير فيه إشكال من وجهين: الأول: أنه إذا كان يسيراً في نفسه غير مقصود إليه من المتبايعين ولا أحدهما فلا معنى للمنع منه؛ لأن المنع من بيع الغرر إنما هو لما يؤدي إليه من المخاصمة والمنازعة. والثاني: أنهم قالوا والمازري فهم: العيان يشهد أن أكثر البياعات لا تخلو عن يسير الغرر فلو اشترطنا مع ذلك في اجازة البيع احتياج المتبايعين إلى ارتكاب ذلك الغرر. ومعلوم أن الذي يباح عند الحاجة، ويمنع منه عند عدمها هو رخصة، فيلزم عليه أن تكون أكثر البياعات رخصة وهو باطل قطعاً" شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة (2/125).

تيمية حيث يقول: "مفسدة الغرر أقل من الربا؛ فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه؛ فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً"⁽¹⁾.

الضابط الرابع: يغتفر من الجهالات الآيلة للعلم فيما عدا عقود المعاوضات ما لا يغتفر منها في المعاوضات.

كما في الآتي: أ- الوصية بما يؤول إلى العلم من الجهولات وإن فحشت بلا خلاف بين الفقهاء، كما لو أوصى بما في بطن ناقته أو بما تلده أو بما يثمر شجره هذا العام.

ب- الهبة بما يؤول إلى العلم من الجهولات، كأن يهبه الثمار قبل بدو صلاحها، أو ما يثمر نخله العام، أو ما تلد أغنامه السنة، أو يهبه ما في بطن هذه الشاة، ونحو ذلك.

ج- ضمان ما يؤول إلى العلم من الجهولات، كما لو قال: أنا ضامن لدينك على فلان، أو لما تقرضه فلانا، أو يقول: بايع فلاناً وأنا ضامن لما بعته.

د- رهن ما يؤول إلى العلم من الجهولات، كأن يرهنه الثمار قبل بدو صلاحها، أو قبل أن تخلق، ولا يخفى أن الجهالة في العقد عليها في البيع فاحشة جداً.

هـ- المساقاة أو المزارعة بجزء مشاع من الثمرة أو الزرع، وكذلك إعطاء العامل عوضه جزءاً مشاعاً مما يخرج من عمله، وإعطاء الدابة لمن يعمل عليها بنصف ما يعود عليه، وغير ذلك من صور المشاركات التي تحوي جهالة تؤول إلى العلم.

والمستند في اغتفار ما تضمنته هذه العقود من جهالاتٍ - لا يُغتفر مثلها في عقود المعاوضات - ما يأتي: 1- أن النص الوارد في المنع من الغرر إنما جاء عن بيع الغرر، أو عن بيوع مخصوصة لا تخلو من جهالة وغرر، والعلة التي لأجلها حرم بيع الجهالة والغرر إنما توجد في غيره من عقود المعاوضات أو ما كان في معناها فيمكن تعديتها إليه، بخلاف ما عدا ذلك من العقود التي لا يمكن تعديتها إليها في الحكم لفارق ما بينهما؛ فالمعاوضات وما في معناها مبنية على المشاحة والضئنة بها بخلاف عقود التبرعات وما في معناها، فمبناها على المسامحة بقياسها على الأولى قياس مع الفارق.

2- أن التصرف في عقود التبرعات وما في معناها لا يراد من ورائه تنمية للمال ولا تريُّح به، وإنما مبناها على الإحسان الصِّرف، فبإذال المال فيها متفضل محسن لا ينتظر مقابلاً من ورائها، فلا ضرر فيها إن تضمنت جهالة وغرراً؛ لأن غاية ما في ذلك أن يغنم الطرف المقابل إن تم له التبرع أو يسلم إن لم يتم له، وفي ذلك يقول القرافي: "ما لا معاوضة فيه في غاية البعد عن قصد التنمية بل هو ممحقة للمال فلا يناقضه الغرر والجهالة؛ فلذلك جوزناهما في ذلك، فإن قاس الخصم على البيع فالفرق عقيم كما ترى فيتعين أن الحق معنا"⁽²⁾.

3- أن النص قد جاء بإباحة المعاملة بالجزء المشاع المعلوم كما في معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر، ومعاملة الأنصار للمهاجرين بإقرار منه ﷺ، والعلة في حل ذلك: خروج هذا التعامل من جنس المعاوضة المالية إلى جنس المشاركات، واغتفار ما تتضمنه من جهالة باعتبار أيولتها إلى العلم على وجه من العدل النافي للغبن، وفي ذلك يقول ابن تيمية: "المساقاة والمزارعة ونحوهما من جنس المشاركة ليسا من جنس المعاوضة المحض، والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة؛ لأنه أكل مال بالباطل، وهنا لا يأكل أحدهما مال الآخر؛ لأنه إن لم ينبت الزرع فإن رب الأرض لم يأخذ منفعة الآخر بل ذهب منفعة بدنه كما ذهب منفعة أرض هذا، ورب الأرض لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذه، والآخر لم يأخذ شيئاً، بخلاف بيوع الغرر وإجارة الغرر؛ فإن أحد المتعاضين يأخذ شيئاً والآخر يبقى تحت الخطر فيفرضي إلى ندم أحدهما وخصومتها، وهذا المعنى منتف في هذه المشاركات

(1) القواعد النورانية (ص: 118). وقال ابن القيم في أعلام الموقعين (6/2): "الغرر إنما نهي عنه لما فيه من الضرر بهما أو بأحدهما، وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ضرر المخاطرة؛ فلا يزال أدنى الضررين بأعلاهما، بل قاعدة الشريعة ضد ذلك، وهو دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما".

(2) الذخيرة (6/244)، ويقول ابن تيمية في القواعد النورانية (ص: 137): "لا يقاس على بيع الغرر كل عقد على غرر؛ لأن الأموال إما أنها لا تجب في هذه العقود أو ليست هي المقصود الأعظم منها وما ليس هو المقصود إذا وقع فيه غرر لم يفض إلى المفسدة المذكورة في البيع، بل يكون إيجاب التحديد في ذلك فيه من العسر والجرح المنفي شرعاً ما يزيد على ضرر ترك تحديده".

التي مبناهما على المعادلة المحضنة التي ليس فيها ظلم ألبتة⁽¹⁾، ثم قرر أن جواز هذه العقود أشبه بأصول الشريعة من جواز كثير من البيوع والإجراءات المجمع عليها؛ لأنها مصلحة محضنة للخلق بلا فساد.

الضابط الخامس: الجهالة الآيلة للعلم مغتفرة في العقود الجائزة⁽²⁾.

وذلك في صور عديدة، منها: أ- في عقود المعاوضات إذا جُعِل للعاقدين أو لأحدهما حق الخيار، كما في الأعيان الغائبة المباعة من غير وصف ولا رؤية إذا أعطي المشتري حق الخيار، وما عليه الحنفية والمالكية من اغتفار الجهالة في بيع المرء ما في كفه أو شرائه سلعة بما في كفه مع خيار الرؤية للمشتري في الأولى وللبائع في الثانية، جاء في فتح القدير لابن الهمام⁽³⁾: "ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك، إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه، فأما إذا أوجبنا له الخيار إذا رآه فلا ضرر فيه أصلاً، بل فيه محض مصلحة؛ وهو إدراك حاجة كل من البائع والمشتري.. فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه؛ لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري، والنهي قطعاً ليس إلا لذلك". ب- الإجارة على الخدمة كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمر، فالجهالة فيها تؤول إلى العلم إلا أنها قد تطول المدة فتفحش الجهالة جداً، فاغترها جمهور الفقهاء حينما قرروا جواز العقد فيما عدا الزمن الأول أو المرة الأولى.

ج- عقود المشاركات فإنها جائزة ليست بلازمة كالمساقاة أو المزارعة بجزء مشاع من الثمرة أو الزرع، والمضاربة، وما تضمن معناها من العقود كإعطاء العامل عوضه جزءاً مشاعاً مما يخرج من عمله، وإعطاء الدابة لمن يعمل عليها بنصف ما يعود عليه، وغير ذلك من صور المشاركات التي اغتفر الفقهاء ما تحويه من جهالة آيلة للعلم، فإن قيل: إن الجمهور على لزوم عقدي المساقاة والمزارعة، أجب: بأن الراجح جوازها، وهو المذهب عند الحنابلة، والجمهور حينما قرروا لزوم العقد ضيقوا من نطاق التعامل بهما، وقيدوا حله ببعض الشروط النافية للجهالة الفاحشة، وهذا المعنى هو ما يراد تقريره هنا؛ فإن من يرى اللزوم ضيق، ومن يرى الجواز وسع واغتر بتجويزه العقد من الجهالات ما لا يغتفره في العقود اللازمة.

د- عقد الاستصناع عند الحنفية، فإنهم لما رأوا ما تضمنه من جهالة -إذ المصنوع معدوم، والعقد على عين وعمل وفي الجمع بينهما نوع جهالة- قرروا لأجل ذلك جوازها، وعدم لزومها ما لم يفرغ الصانع من العمل، كما هو مبسوط في موضعه. ه- رهن ما يؤول إلى العلم من المجهولات، أو ضمائمه، فإن العقد كما لا يخفى جائز في حق المرتهن، وفي حق المضمون له، وجائز لهما أن يعريا العقد من الاستيثاق برمته، وجائز لهما أن يفسخا هذه العقود بعد انعقادها متى شاءا، فاحتمل لأجل ذلك رهن المجهولات الآيلة للعلم أو ضمائهما، ما دام قد ارتضيا ذلك، والعقد في حقهما غير لازم.

والحاصل مما سبق: أن القول بجواز عقد من العقود وعدم لزومه ينقله من عقد تُقصد به المغابنة والمكايسة إلى عقد تقصد به المكارمة، أو الإرفاق والمسامحة، فتغتر بذلك الجهالة الآيلة للعلم، ويحتمل ما فيها من جهالة فاحشة ما لا يحتمل في العقود اللازمة⁽⁴⁾، وأيضاً فإن ما يخشى من مغبة الجهالة في العقود السابقة زائل بالقول بجوازها وعدم لزومها، فيؤول ما

(1) القواعد النورانية (ص:166)، وقال ابن القيم في إغاثة اللهفان (2/43-44): "قاعدة العدل في المعاوضات: أن يستوي المتعاقدان في الرجاء والخوف، وهذا حاصل في المزارعة، والمساقاة، والمضاربة، وسائر هذه الصور الملحقة بذلك؛ فإن المنفعة إن سلمت سلمت لهما، وإن تلفت تلفت عليهما، وهذا من أحسن العدل".

(2) الجواز هنا: ضد اللزوم، والعقود الجائزة: هي التي يملك فيها كلا العاقدين أو أحدهما فسخ العقد من دون رضا الآخر، انظر: بدائع الصنائع (3/5)، التاج والإكليل (7/153)، روضة الطالبين (10/361)، المغني (5/299).

(3) (6/336)، ويقول الباجي: "المعاوضة في العين الغائبة إذا كانت على وجه المغابنة والمكايسة لا تصح إلا بصفتها أو برؤية متقدمة.. أما إذا كانت على وجه المكارمة والمواصلة فتصح ولو لم تذكر الصفة.. ومقتضى البيع المغابنة والمكايسة؛ ولذا لا ينعقد فيما جهلت صفته، فإذا شرط المشتري الخيار لنفسه، فقد صرح بالمكارمة فيصح العقد؛ لأنه لا غرر فيه؛ إذ البائع قد علم صفة ما باع فلا غرر عليه، والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضاً" المنتقى (4/286-287) بتصرف يسير.

(4) ويستثنى مما يفهم من إطلاق هذا الضابط ما يفحش من هذه الجهالات جداً، فإنها لا تغتفر وإن كانت آيلة للعلم في عقد جائز؛ كما لم يغتفر عامة الفقهاء رهن ما تضمن جهالة فاحشة كالسهم في الماء، والجنين في البطن، ورهن الإنسان ما في كفه أو صندوقه؛ لكونه ضرباً من القمار والعبث، ولأن النص على ما فيه جهالة فاحشة دليل على تقصد إتيان الغرر، وتقصد مثل ذلك ممنوع، لكن ينبغي التأكيد هنا على أمر مهم

فيها من جهالة إلى العلم المحقق للعدل، والنافي للظلم، كما يقول ابن تيمية: "والنبي ﷺ نهى عن بيع الغر؛ لما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل، وهذا منتفٍ في هذا الموضوع، فإن العقد لم يلزم المشتري، فإذا رآه فرضيه تم البيع، وإن لم يرضه فلم يأكل ماله بالباطل، وعليه فليس هذا من أكل المال بالباطل في شيء"⁽¹⁾.

الضابط السادس: يغتفر من الجهالات ما يؤول منها إلى العلم بمعيار معلوم منضبط لا يتعلق بأحد العاقدين. ومن ذلك ما يأتي: أ- المعايير الحسابية، كإغتفار الجهالة في البيع مرابحةً في كل عشرة درهمٍ مع العلم بالثمن الأول، وكما في بيع الصبرة أو القطيع كل قفيز أو شاة بدرهم؛ وذلك أن الجهالة في هذه البيوعات تزول بالحساب فوراً إثر التعاقد، وهو معيارٌ منضبط معلوم لكلا المتعاقدين، لا يختص بمعرفته أحدهما، ولا يتعلق بواحد منهما؛ إذ بيد كل واحد منهما إزالة تلك الجهالة بنفسه؛ فكما تزول بحساب البائع تزول بحساب المشتري على حد سواء⁽²⁾، جاء في كشف القناع⁽³⁾: "الثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين، وهو الكيل والعد والذرع". ب- سعر السوق، وهو معيار منضبط على رأي طائفة؛ وذلك أنه سعرٌ مستقر معلومٌ في نفس الأمر، تمكن معرفته في مجلس العقد، والرجوع إليه عند الفسخ وحال التلف، وهو معيار لا يتعلق بأحد العاقدين فتؤول به الجهالة إلى العلم المحقق للعدل، والنافي للظلم⁽⁴⁾.

ج- بيع السلعة برقم ولي الأمر أو من يُنيبه من الجهات المسؤولة؛ لأن رقم السلطان يمثل معياراً عادلاً مستقراً ينفي الظلم والقمار ويطمئن إلى مثله المسترسل ما لا يطمئن لغيره.

د- قول أهل الخبرة: يصلح كمعيار يستند إليه في المعلوماتية ونفي الجهالات المؤثرة على نحو ما قيل في البيع بسعر السوق، ومن شواهد لدى الفقهاء: بيع المسك في فارته؛ فأهل الخبرة يعرفون قدرها بالجزر، وصفتها بالخبرة⁽⁵⁾، وبيع المغيبات في الأرض: فأهل الخبرة يرون ظاهر هذه المغيبات عنواناً لباطنها ويستدلون عليها بما يقلعونها منها كالأنموذج⁽⁶⁾. وبيع المقائي التي يوجد بعضها بعد بعض؛ فأهل الخبرة يميزون من نوعية الماء والتربة جودة هذه المحاصيل ويحزرون بخبرتهم كميتها⁽⁷⁾. ويعلم مما سبق أن الجهالة الآيلة للعلم غير مغتفرة إذا كانت أيلولتها إليه بمعيار متغيرٍ، غير مستقرٍ أو لا ينضبط، أو كان لأحد العاقدين مدخل للتأثير فيه، ولهذا شواهد:

أ- بيع السلعة برقمها غير المعلوم للعاقدين -والراقم لها غير السلطان أو نائبه-؛ فإن المعيار الذي استندنا إليه هنا غير

للغاية وهو أن فحش الجهالة المانع من الإغتفار يراعى في كل عقد بحسبه، فمما تفحش جهالته في المعاوضات ما يكون يسيراً في التبرعات أو التوثيقات، كالثمار قبل بدو صلاحها: تفحش الجهالة في بيعها، وتخف في هبتها ورهنها.

(1) نظرية العقد (ص:437).

(2) انظر: المغني (136/4)، المنح الشافيات (431/1). وتحسن الإشارة هنا إلى أن الجهالة مغتفرة بهذه المعايير الحسابية وإن بُدّت شيئاً، وحصل فيها شيءٌ من الإغماض شريطة إمكان زوال الجهالة بها وقت التعاقد. وفي ذلك يقول الماوردي في الحاوي (345/7-346): "إذا كان نصيب كل واحد من رب المال والعامل معلوماً صح به القراض وإن بُدّ وطال، فإذا قال رب المال للعامل: لك ثلث الربح، وما بقي فلي ثلثه وثلثاه لك صح القراض وكان للعامل سبعة أضعاف الربح، ولرب المال تسعان.. وليس للإغماض في معاوضات العقود وجهٌ يرتضى ولا حال تستحب غير أن العقد لا يخرج به عن حكم الصحة إلى الفساد، ولا عن حال الجواز إلى المنع؛ لأنه قد يؤول بهما إلى العلم، ولا بهجهل عند الحكم".

(3) (175/3).

(4) انظر: فتح العزيز (140/8)، المجموع (333/9)، نظرية العقد (ص:431، 433)، أعلام الموقعين (5/4).

(5) انظر: زاد المعاد (728/5)، الإنصاف (301/4)، جاء في الفروع (148/6) في معرض الاستدلال للجواز: "لأنها وعاء له تصونه وتحفظه، فيشبهه ما مأكوله في جوفه، وتجار ذلك يعرفونه فيها، فلا غر".

(6) انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق (2819/6)، القواعد النورانية (ص:124-125)، زاد المعاد (727/5). وفي ذلك يقول أبو العباس ابن تيمية: "الأصل المتفق عليه بين العلماء في ذلك كون المبيع معلوماً للعلم المعترف في المبيع، فنهي النبي ﷺ عن بيع الغر يرجع في ذلك إلى أهل الخبرة بذلك، وأهل الخبرة يقولون: إنهم يعلمون ذلك.. أكثر مما يعلمون كثيراً من المنفصل" مجموع الفتاوى (492/29-493).

(7) انظر: أعلام الموقعين (312/3)، (5-4/4).

منضبط، وليس من شأنه تحقيق العدل، وإنما يخضع لهوى راقم السعر، فاقتحام المشتري لمثل هذا العقد متضمنٌ معنى القمار المحرم.

ب- بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به بائعها والمشتري يجهله؛ فالمعيار الذي تم به ضبط الثمن هنا معيار غير منضبط⁽¹⁾، وليس بعادل؛ لتعلقه بالبائع دون المشتري، فيتردد المشتري بين الغنم والغرم، وهذا معنى الميسر الممنوع..

ج- البيع بما باع به زيدٌ سلعته؛ فهذا معيار غير منضبط ولو كان زيد ممن يُعتبر بتقديره في الثمن؛ لأن الإحالة هنا إلى بيعة معينة لا تُعبر بالضرورة عن سعر السوق؛ لاحتمال أن يكون زيد قد أعرض عن سعر السوق صعوداً أو هبوطاً لاعتبارات يراها أو أن في سلعته تلك عيباً أو نحوه يمنع من صحة المقايسة، فالإحالة على ثمنه حينئذ لا تخلو من مخاطرة ومقامرة، والمشتري في ذلك مترددٌ بين حالين تسره إحداهما وتسوؤه الأخرى.

د- البيع بما ينقطع به السعر في السوق، فالمعيار هنا معيارٌ خارجي توّول به الجهالة إلى العلم إلا أنه في الحقيقة معيارٌ مضطرب ليس من شأنه الاستقرار ولا تحقيق العدل؛ إذ لا يقيس سعر السوق، ولا يُعبر عنه، ومن شأنه أن يتأثر بمتغيرات تزيد من اضطراب تقدير الثمن، فيكون متضمناً معنى الميسر والقمار، والله الموفق.

وختاماً أشير إلى أمر مهم للغاية: وهو أنه لا بد لاغتفار الجهالة بهذا الضابط أن تكون أيلولتها إلى العلم بالمعيار المستقر حال التعاقد، فلا تغتفر الجهالة بربطها بمعيار مستقبلي بعيد عن زمن التعاقد، وتفصيل القول في هذا في الضابط الآتي. الضابط السابع: الوقت المعتبر لاغتفار الجهالة الأيلة للعلم بالمعايير المنضبطة التي لا تتعلق بأحد العاقدين هو: وقت التعاقد أو ما كان قريباً منه عرفاً.

وأراني لست بحاجة إلى إيضاح هذا الضابط بعدد من الأمثلة؛ فجميع ما مضى من مسائل قيل باغتفار ما تضمنته من جهالة تصلح شواهد لهذا الضابط، فانجلاء الجهالة فيها بالعلم حاصل زمن التعاقد أو قريباً منه عرفاً في زمن لا يتأثر به قدر ثمن العقد، ولا تتغير فيه غالب أجزاء المعقود عليه التي من شأنها أن تؤثر في الثمن. وعموم المسائل لا تخلو بالنسبة إلى هذا الضابط مما يأتي:

أولاً: أن يكون محل الجهالة في الثمن: فلا بد أن يكون المعيار المعتمد لانجلاء الجهالة فيها بالعلم معلوماً مستقراً في نفس الأمر حال التعاقد كالبيع بسعر السوق الحالي، أو برأي الخبير في المعقود عليه، وكبيع الثوب أو الصبرة أو القطيع كل ذراع أو قفيز أو شاة بدرهم، أو البيع مرابحة في كل عشرة درهم، فالمعيار والمرجع لانجلاء الجهالة هنا ثابت مستقر لا يتغير مع تغير أجل القبض مهما طال أمده.

ثانياً: أن يكون محل الجهالة في المثلث: فلا بد أن يُعلم حال التعاقد مجموع أجزاء المعقود عليه وعناصره المؤثرة في القيمة، أو يُقدّر علم ذلك، وتبقى بعد ذلك جهالة يسيرة غير مؤثرة، كما في بيع المقاي التي يوجد بعضها بعد بعض عند من يقول بجوازه، فإنهم لم يقولوا بذلك إلا بعد أن قدروا وجودها بحسب العادة الجارية، والعلم بها باعتبار أن أهل الخبرة يميزون من نوعية الماء والتربة جودتها ويحزرون بخبرتهم كميتها، والمقصود أن ذلك التقدير تم عند التعاقد وعلى ضوءه تم تقدير الثمن، وقيل بنفي الغرر المؤثر.

هذا، ولم أجد -بعد استقراء طويل- خلافاً بين الفقهاء في القول بمضمون هذا الضابط، وعليه فلا تغتفر الجهالة هنا إذا كانت أيلولتها إلى العلم في زمن يختلف به ثمن العقد، أو عاد ذلك بالسلب على العلم بمجموع أجزاء المعقود عليه وعناصره المؤثرة في القيمة.

وتحسن الإشارة هنا إلى أن من المعاصرين من يقرر اغتفار أنواع من الجهالات الأيلة للعلم في الزمن البعيد - كما سيأتي في المراجعة المتغير ونحوها من العقود التي يتم فيها ربط الثمن -بمعايير مستقبلية لا يعلم فيها قدر الثمن إلا بعد مدة من الزمن قد تطول جداً وينسبون- في معرض استدلالهم- القول بجواز البيع بالسعر المستقبلي إلى أبي العباس ابن تيمية، ويُخزجون على ذلك تجويز ما

(1) جاء في الحاوي الكبير (280/5): "لم يعقدها بثمن معلوم وقت العقد ولا بما يصير به الثمن معلوماً بعد العقد، وقد يجوز أن يختلفا في قدر الثمن الذي يذكره بعد العقد، ولا يرجعان إلى ما ينفي الجهالة عنهما، ويمنع من اختلافهما، فصار العقد باطلاً للجهل بالثمن فيه."

مضى من عقود، كما يخرجونه على ما ذهب إليه المالكية ومتأخرو الحنابلة من جواز المعاوضة بالنفقة المستقبلية وفيما يأتي جواباً على ما ذكروا:

أولاً: نسبة القول بجواز البيع بالسعر المستقبلي إلى ابن تيمية:

لم أجد فيما بين يدي من كتب لشيخ الإسلام -أو كتب طلابه المعتنين بنقل فقهه- ما يمكن أن يفيد في صحة نسبة هذا القول إليه، وإنما فيما ما سبقت الإشارة إليه من تجويزه بيع الشيء بسعره في السوق أو بقيمته أو بثمن مثله، ومراده في ذلك كله: السعر وقت العقد وثمن المثل وقت العقد، وهذا ظاهر في جميع ما نقل عنه في هذه المسائل، وما أطلق فيه القول بجواز البيع بالسعر هكذا فإن مراده بذلك ما ذكر، والمعول في تقرير ذلك نفس سياق كلامه في جميع النقول عنه، فإنه لا يسع الناظر في سباقها ولحاقها إلا أن ينتهي إلى ما ذكر⁽¹⁾، كيف وقد صحح - بما لا يدع مجالاً للاجتهاد في فهم كلامه أو تفسيره- بمنعه البيع بالسعر المستقبلي في كتابه نظرية العقد، فقد عقد فيه فصلاً في "بيع الشيء بقيمته وبسعره الذي استقر وبرقمه" حشد فيه للنقول بالجواز وختمه بقوله: "أما إذا كان السعر لم ينقطع بعد، ولكن ينقطع فيما بعد، ويجوز اختلاف قدره فهذا قد منع منه؛ لأنه ليس وقت البيع ثمن مقدر في نفس الأمر، والأسعار تختلف باختلاف الأزمنة، فقد يكون سعره فيما بعد العقد أكثر مما كان وقت العقد، فأما إذا باعه بقيمته وقت العقد، فهذا الذي نص أحمد على جوازه، وليس هذا من الغرر المنهي عنه"⁽²⁾.

ونوقش هذا من بعض الفضلاء بالآتي:

1- أن ما ورد من النقل عنه إنما يجلي مذهب الإمام أحمد في المسألة ولا يلزم أن يكون رأياً له بالضرورة، وعلى فرض كونه رأياً له فهو محمول على الصورة التي لا يحدد فيها الثمن بناءً على معيار عام وإنما بمعيار مستقل بمعرفته أحد العقادين، وهي-على حد قول المعارض- صورة من صور بيوع الأمانة التي يبتاع فيها المشتري بسعر السوق ويأتمن البائع في إخباره بهذا السعر، فكان لا بد لتحقيق ذلك من وجود سعر سوقي مستقر لهذه السلعة، عام العلم به، يمكن الرجوع إليه حال الاختلاف⁽³⁾. ويجاب عنه بأنه تشغيب لا طائل من ورائه، وأن ابن تيمية قد صرح بمراده بما لا يدع مجالاً للاجتهاد فيه من بداية الفصل الذي فيه هذا النقل؛ فقد عنوانه بقوله: "فصل في بيع الشيء بقيمته وبسعره الذي استقر"⁽⁴⁾ ثم حشد فيه للجواز مقروناً بالقيود المذكور، وختمه بذلك النقل، والعجيب أن هذه الصورة التي يريد المعارض أن يحمل الكلام عليها قد نظرها شيخ الإسلام رأيه في معرض الاستدلال حيث يقول: "فصار البيع بالسعر المستقر الذي يعلمه البائع كالبيع بالثمن الذي اشتراه في بيع التولية والمرايحة"⁽⁵⁾. هذا، ولشيخ الإسلام نصوص في المنع من المعاوضة اللازمة بسعر السوق المستقبلي أو بثمن المثل في المستقبل: منها قوله: "ليس للمؤجر أن يخرج المستأجر لأجل زيادة حصلت عليه. ولا يقبل عليه زيادة... ويجب عليه باتفاق الأئمة إذا أجره كذلك أن لا يقبل الزيادة على المستأجر، ولا يُخرجه لأجلها"⁽⁶⁾. وقوله: "وإذا التزم المستأجر بهذه الزيادة على الوجه المذكور لم تلزمه اتفاقاً"⁽⁷⁾. وقال: "أجرة المثل ليست شيئاً محدوداً، وإنما هي ما تساوي الشيء في نفوس أهل الرغبة، ولا عبرة بما يحدث في أثناء المدة من ارتفاع الكراء أو انخفاضه"⁽⁸⁾. وقال أيضاً: "لا يجوز قبول الزيادة إلا حيث لا تكون الإجارة لازمة وذلك حيث يكون المستأجر متمكناً من الخروج ورد العقار إليهم إذا شاء"⁽⁹⁾. ونلاحظ من سياق هذه النصوص أن أبا العباس

(1) انظر على سبيل المثال: نظرية العقد (ص: 431، 434).

(2) نظرية العقد (ص: 436).

(3) انظر: عقود التمويل المستجدة (ص: 120-122).

(4) نظرية العقد (ص: 431).

(5) المرجع السابق (ص: 433).

(6) مجموع الفتاوى (185/30).

(7) الاختيارات الفقهية (ص: 154-155)، المستدرك على مجموع الفتاوى (55/4).

(8) الاختيارات الفقهية (ص: 155)، المستدرك على مجموع الفتاوى (56/4).

(9) مجموع الفتاوى (219/30).

لم يفصح فيها عن رأيه فحسب، وإنما يحكي الاتفاق على عدم صحة إلزام المستأجر بالزيادة في الإجارة بسعر السوق المستقبلي متى ما كان العقد لازماً، فإن كان جائزاً بحيث يحق له أن يفسخه جاز، وعمامة فقهاء المذاهب يقررون مثل هذا المعنى⁽¹⁾.

2- أنه لا فرق بين البيع بسعر السوق وقت العقد، وسعر السوق في المستقبل، والأدلة التي سيقت للبيع بسعر السوق تعم في دلالتها ما كان سعراً مضافاً لسعر السوق في المستقبل إذ لا فرق بين الأمرين، وعليه فمن جَوَّز أحدهما لكونه يؤول إلى العلم على وجه لا نزاع فيه لزمه تجويزه في الآخر لكونه كذلك⁽²⁾. ويجاب عنه بما يأتي: أ- بما جاء في النقل السابق عن ابن تيمية من أن سعر السوق الحالي مقدرٌ ومعلومٌ في نفس الأمر بإمكان كل من العاقدين أن يقف عليه بنفسه، بخلاف سعر السوق في المستقبل فإنه ليس ثمة ثمنٌ مقدرٌ في نفس الأمر، بل هو مجهولٌ لا يمكن علمه، ويجوز اختلاف قدره اختلافاً متبايناً، والأسعار كما لا يخفى تختلف باختلاف الأزمنة، وتضطرب اضطراباً كثيراً، "وطول الزمان فيه من الغرر ما لا يخفى"⁽³⁾ فلا يسلم بنفي الفارق بينهما. ب- أنه لا قائل من الفقهاء بنفي الفارق بينهما، وقد مضى من أقاويلهم ونصوصهم ما يوضح الفرق بينهما، وعليه ففي دعوى نفي الفارق بينهما شنودٌ وخروج عن جادتهم. ج- أن لكل من العاقدين في البيع بالسعر الحالي الحق في تعرفه على سعر السوق حين التعاقد، وله أن يتنازل عن هذا الحق لأي سبب، أما السعر المستقبلي فهو غير قائم وقت التعاقد، ولا يمكن لأبي منهما العلم به⁽⁴⁾. د- أن التعاقد بسعر السوق المستقبلي يحفه غرر فاحش؛ لأنه قد يكون أعلى من ثمن المثل حين التعاقد فيتضرر المشتري، أو العكس فيندم البائع⁽⁵⁾.

ثانياً: جواز المعاوضة بالنفقة المستقبلية وأثره فيما نحن فيه:

سبق بيان حكم هذه المعاوضة في مسائل عدة ينعدم في بعضها الخلاف، وتضيق دائرته في بعضها، وتتسع في بعض آخر، فلم يختلف الفقهاء في المنع منها فيما عدا الأدمي والهائم، كالدور مثلاً؛ لأنه ليس للنفقة عليها ضابط يضبطها ولا عرف يمكن

(1) ويحسن إيراد شواهد من كلامهم في الآتي: جاء في الاختيار(47/3): "المعتبر أجر المثل يوم العقد"، وانظر: البحر الرائق (4/8)، مجمع الأنهر (750/1). وجاء في لسان الحكام(ص:301): "ولا معتبر لما بعده؛ لأن تلك حالات لا تضبط". وجاء في شرح المختصر للخرشي(98/7): "ويعتبر كون الكراء كراء المثل وقت عقد الإجارة"، وانظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل (166/7). وقال ابن حجر الهيتمي في الفتاوى الفقهية الكبرى (247/3): "ليس المراد بأجرة المثل إلا القدر الذي يرغب به في تلك العين حال الإجارة، فلا ينظر فيها للمستقبلات"، وقال: "العبارة بأجرة المثل عند الاستئجار لا بما بعد ذلك"، وانظر: مغني المحتاج (556/3)، تحفة المحتاج (294/6)، الإنصاف (73/7)، كشف القناع (24/4) (269/4)، مطالب أولى النهى (3/663)(340/4).

(2) انظر: عقود التمويل المستجدة (ص:119-120).

(3) انظر: شرح التلقين (469/5).

(4) "لأن العلم به متعذر ابتداءً، والرضا يتبع العلم، فإذا تعذر العلم حين التعاقد انتفى الرضا الذي هو ركن العقد. فأما إذا وجدت وسيلة ميسورة وموثوقة للعلم بالسعر فيرجع الأمر حينئذ إلى اختيار الطرفين ولهذا نهي النبي ﷺ عن تلقي الركبان؛ لكون الركبان لا يعلمون سعر السوق، ولا يؤمن من يتلقاهم أن يخبرهم بحقيقة الثمن. فلو كان البيع بالسعر جائزاً مطلقاً لما نهي النبي ﷺ عن بيع الركبان وعن تلقي الجلب، فعلم أن الجواز مقيد بما إذا كان هناك وسيلة سهلة وموثوقة لمعرفة السعر عند التعاقد، وإلا فللطرف المتضرر الخيار إذا علم السعر؛ كما في الحديث، وإذا ثبت المنع من البيع إذا لم يستطع أحدهما أن يعلم السعر حين التعاقد، مع إثبات حقه في الخيار، فإن يثبت المنع إذا لم يستطع الطرفان من باب أولى، ويكون الخيار حينئذ للطرفين" ملتقى المراجعة بريح متغير (ص:110-112).

(5) وقد أشار إلى هذا المعنى ابن القيم حيث يقول: "فغاية البيع بالسعر أن يكون يبعه بثمن المثل؛ فيجوز، هذا هو القياس الصحيح، ولا تقوم مصالح الناس إلا به. فإن بليت بالقائل هكذا في الكتاب، وهكذا قالوا؛ فالحيلة في الجواز أن يأخذ ذلك قرضاً في ذمته فيجب عليه للدافع مثله ثم يعاوضه عليه بثمن معلوم فإنه بيع للدين من الغريم وهو جائز. ولكن في هذه الحيلة آفة، وهو أنه قد يرتفع السعر فيطالبه بالمثل فيتضرر الأخذ وقد ينخفض فيعطيه المثل فيتضرر الأول، فالطريق الشرعية التي لم يحرمها الله ورسوله أولى بهما" أعلام الموقعين (5/4)، فبين رحمه الله اختلاف سعر المثل وقت الوفاء عن سعر المثل وقت القبض، وأنه حين الوفاء سيوفيه بمثله، فإن كان سعره مرتفعاً عما كان عليه وقت الأخذ تضرر المشتري، وإن كان منخفضاً صار من مصلحة المقترض أن يرد المثل فيتضرر البائع، فتبين بذلك ما في تفاوت الأسعار مع مرور الزمان من غرر فاحش حيث يؤدي إلى تضرر أحد الطرفين ولا بد، فلو كان التعاقد بالسعر المستقبلي مشمولاً بالجواز لدى شيخ الإسلام وتلميذه لما كان في هذه الحيلة آفة، بل لكان الطرفان راضيين بهذا السعر مع التغير الطارئ وقت الوفاء، وهذا ما نفاه ابن القيم، انظر: ملتقى المراجعة بريح متغير (ص:112-113).

أن يرجع إليه، كما أنها تختلف باختلاف الطوارئ التي لا تعلم⁽¹⁾، وذهب أبو حنيفة والمالكية والحنابلة إلى جواز استئجار الظئر بالنفقة المستقبلية عليها؛ للنص، ولأن لها عرفاً مستقراً منضبطاً، وخالفهم الصحابان والشافعية فقالوا بالمنع؛ لأنه ليس لها عرف يضبطها، يمكن الرجوع إليه حال النزاع⁽²⁾، وطرد المالكية والحنابلة ذلك في الأدميين فقررروا جواز استئجار الأجير بالنفقة المستقبلية عليه، والعلة كما سبق: أن للنفقة عليه عرفاً مستقراً ثابتاً يمكن أن يرجع إليه حال النزاع⁽³⁾، وانفرد المالكية بجواز المعاوضة بالنفقة المستقبلية في استئجار الهائم، ووافقهم على ذلك أحمد في رواية اختارها ابن تيمية وابن القيم، وخالفهم في ذلك الجمهور ومنهم الحنابلة على المشهور؛ ومأخذهم في المنع: أنه ليس للنفقة على الدواب عرف مستقر⁽⁴⁾. والغرض من سياق المسألة بالنحو السابق بيان ما يأتي:

1- أن من الجناية على الفقهاء أن ينسب إليهم القول بجواز المعاوضة بالنفقة المستقبلية مطلقاً، فقد رأيت اتفاقهم على المنع في مسألة، وتفاوت آرائهم في مسائل أخرى. 2- أن مناط القول بالجواز عند من يقول به في المسائل السابقة: أن يكون للنفقة عرف مستقر ثابت يمكن أن يرجع إليه عند التنازع، والمراد: أن جملة العوض عند القائلين بالجواز معلومة في الجملة حال العقد، وأنهم لم يقولوا بالجواز إلا بعد أن قدروا علم ذلك حين العقد، فنفقة الأدمي من طعام وشراب معلومة في العادة، وإن قُدِّرَ فيها تفاوت في المستقبل كان ذلك عندهم من قبيل اليسير المغتفر. 3- أن الذي يزيد وينقص في المعاوضة بالنفقة إنما هو قيمة النفقة وليست النفقة ذاتها، والعوض إنما هو النفقة مدة محددة لا قيمتها، وعليه فلا أثر لغلاء أو رخص قيمة النفقة؛ لأن العقد لم يكن عليها، نظيره في ذلك عقد السلم؛ إذ لا أثر لغلاء أو رخص المسلم فيه؛ لأن المعقود عليه هو السلعة⁽⁵⁾. 4- أن الجهالة في المعاوضة بالنفقة في محقرات لا يعظم فيها الخطر، فلا يصح أن يخرج عليها ما يعظم خطره من العقود، وقد مضى أن الجهالة فيما كان من قبيل المحقرات تعد يسيرة مغتفرة، بخلاف ما يعظم خطره من الأموال فالجهالة فيه من قبيل الفاحش المؤثر. 5- أن للحاجة أثراً في القول بإباحة هذا النوع من التعاملات يظهر ذلك جلياً عند استقراء النصوص والآثار الواردة في إباحتها، وأنها واردة في صور معينة تم العقد فيها على وجه من المكارمة والمسامحة وذلك يخرجها من دائرة المعاوضات المبنية على الضنة والمشاحة. والملاحظ أن هذا النوع من المعاملات ليس له حضور في وقتنا الراهن مما يؤكد ما سبق، ثم وقفت بعدد على كلام للشاطبي يقرر فيه معنى ما سبق حيث يقول: "إذا قلَّ الغرر، وسهّل الأمر، وقلَّ النزاع، ومست الحاجة إلى المسامحة فلا بد من القول بها.. ولقد بالغ مالك في هذا الباب وأمعن فيه، فيجوز أن يُستأجر الأجير بطعامه وإن كان لا ينضبط مقدار أكله؛ ليسار أمره، وخفة خطبه، وعدم المشاحة"⁽⁶⁾ فله الحمد على توفيقه، ولو قيل: بالمنع من المدد الطويلة دون القصيرة، لكان ذلك متجهماً في البلاد التي لها عرف مستقر منضبط في أمر النفقة، والله أعلم.

ويحسن في الختام ذكر ضابط لما لا يغتفر من الجهالات الآيلة للعلم يبين به ما يغتفر منها، فيقال: (ما كان منها فاحشاً في عقد معاوضة لازمة، وكان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع لاغتفاره حاجة شرعية معتبرة، وما كانت أيلولته إلى العلم بمعيار غير منضبط أو بما يختص بمعرفته أحد العاقدين، أو كانت أيلولته إلى العلم بالمعيار المنضبط: بعد التعاقد في زمن يختلف به ثمن العقد أو تتغير فيه أجزاء المعقود عليه وعناصره المؤثرة في قيمته)، والله الموفق.

(1) انظر تفصيل ذلك في الجهالة الآيلة للعلم وأثرها في المعاملات المالية (ص: 496).

(2) انظر تفصيل ذلك في الجهالة الآيلة للعلم وأثرها في المعاملات المالية (ص: 418).

(3) انظر: الحاشية السابقة.

(4) انظر تفصيل ذلك في الجهالة الآيلة للعلم وأثرها في المعاملات المالية (ص: 484).

(5) انظر: تغير سعر السوق في التمويل طويل الأجل (ص: 27).

(6) الاعتصام (55/3).

المبحث الخامس: أشهر المنتجات المصرفية الإسلامية التي اعتمدت هذا المفهوم.

والمراد أنها-في الجملة-اعتمدته بإطلاقه من غير مراعاة للضوابط السابقة، ومن أشهرها:

أولاً: ربط الأجرة بمؤشر متغير:

ويمكن تعريفه بأنه: "إناطة العلم بالأجرة أو العلم بجزء منها بمؤشر متغير، تزيد بازدياده، وتنقص بانخفاضه".

والمؤشر: "رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة".

وله أنواع متعددة من أشهرها: مؤشر سعر الفائدة (LIBOR أو SIBOR)، وهو معيار يتم به تحديد سعر فائدة الإقراض

بين البنوك التجارية في كل بلد تحت إشراف البنك المركزي فيه⁽¹⁾⁽²⁾.

واختلف المعاصرون في حكم العقد الذي ربطت فيه الأجرة بمؤشر متغير على قولين:

القول الأول: صحة العقد، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي

التابع لرابطة العالم الإسلامي، والندوة الحادية عشرة لدلة البركة -وأصحابها أول من قرر الجواز في المسألة⁽³⁾ وتبعهم على ذلك

من بعدهم-، ومجلس هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، والهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، والهيئة الشرعية

لمصرف الإنماء، والهيئة الشرعية لبنك البلاد، والمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، وصدرت بذلك فتوى من بيت التمويل

الكويتي، ورجحه جمع من المعاصرين⁽⁴⁾، واشترط جل أصحاب هذا القول: أن تكون الأجرة معلومة المقدار حين العقد لأول

(1) وتختلف تسميته باختلاف اسم البلد الذي يتبعه، وهو يمثل ما يُعرف في مصطلح الصيرفة التقليدية بـ"تكلفة النقد" فالبنك التقليدي يحصل على السيولة بالاقتراض من البنوك الأخرى على ضوئه-يضاف بطبيعة الحال هامشٌ ربحي على عملاء المصارف التقليدية حال إقراضهم على أساس هذا المؤشر وفقاً لملاءة العميل-، ومن أشهر هذه المؤشرات: مؤشر اللايبور (LIBOR) وهو اختصار يرمز للآتي: (LONDON INTER BANK OFFER RATE) وتعني: سعر فائدة الإقراض بين البنوك في لندن -وقل مثل هذا في الساير (SIBOR) وهو سعر فائدة الإقراض بين البنوك في المملكة العربية السعودية، وفي الجملة تأخذ هذه المؤشرات من سعر الفائدة العالمي مرجعاً لها- ويمثل اللايبور مجموعة معدلات أسعار الفائدة على القروض المتبادلة بالعملات الرئيسية بين البنوك الدولية في سوق لندن، ويتم في كل يوم عملٍ رسمي حساباً ١٥٠ معدلاً للايبور، وذلك لعشر عملات رئيسية، وتتولى جمعية الاقتصاديين البريطانيين بالتشاور مع عدد من البنوك البيطانية تشكيل لجنة من ٨ بنوك على الأقل؛ لتكون الجهة المرجعية لتثبيت اللايبور، وتقوم البنوك الثمانية بتسجيل مقترحاتها، وتقوم اللجنة باستبعاد مقترحات الأرقام الأعلى والأدنى، ويجري أخذ متوسط الرقمين، ويكون ذلك المتوسط هو معدل اللايبور لذلك اليوم. انظر: الجهالة الأيالة للعلم وأثرها في المعاملات المالية ص: 687-688.

(2) **وصورة ربط الإجازات به:** أن يُبرَمَ عقدٌ إجارة بأنَّ لازمَ لعين من الأعيان مدةً معلومةً، ويقترن بوعده بالتملك على أن توزع الأجرة على فترات، وتتكون كل دفعة مما يأتي: أ- جزء ثابت: وهو حاصل قسمة قيمة العين المؤجرة على عدد الدفعات. ب- جزء متغير: وهو الذي يحسب وفق مؤشر من المؤشرات السابقة، وينسب إلى ما بقي من قيمة العين بعد خصم ما دُفع من أجزاء ثابتة. ج- هامش ربح يحدد بنسبة مئوية ثابتة ك 2% مما بقي من قيمة العين المؤجرة بعد خصم ما دفع من الأجزاء الثابتة. ولا بد أن تكون أجرة الفترة الأولى من العقد معلومةً حين التعاقد، أما أجرة بقية الفترات فتكون متغيرة بحسب مقدار المؤشر، والذي سيرجع إليه قبل بداية كل فترة لمعرفة مقداره. انظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (988/2)، كيفية تحديد الأجر (ص: 164)، الجهالة الأيالة للعلم وأثرها في المعاملات ص: 689.

(3) جاء في قرارات ندوة البركة الحادية عشرة رقم (2/11) في 1416هـ الآتي: "يتحقق العلم بالأجرة في عقد الإجارة الواردة على الأشياء إذا تم الاتفاق على مدة معلومة موزعة على فترات، مع تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى واعتماد أجرة المثل عن بقية الفترات بشرط أن تكون أجرة المثل منضبطة أو مرتبطة بمعيار معلوم بحيث لا مجال فيه للنزاع، وذلك بقصد استفادة المتعاقدين من تغير مستوى الأجرة مع استبقاء صفة اللزوم لكامل مدة العقد" قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي (ص: 83)، وانظر: الدليل الشرعي للإجارة (ص: 110).

(4) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة عام 1421هـ، رقم القرار (115) (12/9)، ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين عام 1436هـ، المعايير الشرعية (ص: 248) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (989-988/2)، وقرارات الهيئة الشرعية بمصرف الإنماء، القرار رقم (597) في 1436/02/24هـ، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد (ص: 59)، وقرارات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، الدورة الثامنة عشرة، عام 1429هـ، رقم القرار: (18/3)، الفتوى رقم (625) لبيت التمويل الكويتي، وانظر: البيع والإجارة بالسعر المتغير (ص: 16)، الإجارة على منافع الأشخاص أبحاث دراسات المعايير الشرعية (2330/3)، عقود التمويل المستجدة (ص: 255)، أحكام الأجرة المتغيرة (ص: 49).

فترة، وأن تصير معلومة المقدار كذلك قبل بدء كل فترة، وزاد المعيار الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية: اشتراط أن يوضع حدُّ أعلى وحدُّ أدنى لا تتجاوزهما الأجرة حال التغير، ويظهر أن عامة المبيحين قد ركنوا إلى اشتراط هذا الشرط أيضاً⁽¹⁾.

القول الثاني: بطلان العقد. وبه قال عدد من المعاصرين⁽²⁾.

وقد أخذت أدلة كل قول حظها من النقد والمناقشة، وليس هذا محل بسطها، والظاهر أن الجهالة في هذا الربط فاحشة جداً ولاسيما في الأجل المتباعدة؛ حيث لا يمكن لكلٍ من العاقدين أن يعلما وقت العقد بقدر هذا التغير في قابل الأيام، والجهالة لا تزال تربو كلما ترادف الزمان وتباعدت الأعوام، وقواعد الفقهاء قاطبة تأبى دعوى يسر هذه الجهالة ومن ثم اغتفارها، فالأصل في إجارة الأعيان إذا كانت الأجرة فيها ديناً نقدياً أن تكون معلومة المقدار لكامل المدة متى ما كان العقد لازماً لا خيار فيه، ومعلومية الأجرة شرط لصحة العقد باتفاق أهل العلم، والتحديد بسقف أعلى وحد أدنى لا يكفي؛ فهو مع كونه لا يخلو من تحكم، لا يرفع فحش الجهالة عن هذا التعاقد ما دام أن مقدار العوض يضطرب به، ومعلوم أن ارتفاع المؤشر يكون بنسبة مئوية وعليه فكلما زاد مبلغ القسط الإيجاري في السداد زاد مقدار التغير، وواقع التعامل الراهن قد كشف عن خطأ دعوى يسر الجهالة في هذا التعامل وأنها لا تفضي إلى النزاع والخصومة المفضية للبعضاء والشحناء بين المتعاقدين؛ وقد شهدت ساحتنا قبل عام غضبة عارمة من متضرري رفع مؤشر السايبر في بلادنا على الرغم من محدودية ارتفاعه، وأصوات المتضررين كانت تعلو وتتصاعد مستنكرة لما يسمونه ظلماً وخديعة⁽³⁾ حتى استدعى الأمر تدخلاً من أعلى المستويات للمعالجة. والعجيب أن من ابتدأ القول بالجواز بما فهم مجمع الفقه الإسلامي لم يلتفتوا إلى حجم الجهالة في هذا التعامل أصلاً، ولم يعيروه أي انتباه حتى اشترط المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما أشير إليه من وضع حدٍّ أعلى وحدٍّ أدنى لا يجوز تجاوزه، وتبعهم على ذلك من بعدهم، واشترطهم لهذا يعد اعترافاً بوجود الجهالة الفاحشة في مثل هذا الربط إلا أنه ليس له أثر حقيقي في تضيق دائرة الغرر المؤثر حيث أطلقوا الأمر على عواهنه، ولم يقيدوا هذا التغير بقدر معين نسبي أو مقطوع⁽⁴⁾، فطارت البنوك بهذا فرحاً، وبتنا نسمع عن عقود تُحدُّ بنسبة 30% في السقف الأعلى و2% في الحد الأدنى!! ولا غرو فالمتحكم ههنا سيد الموقف بلا شك، والضحية في الأغلب هم العملاء من فئة الأفراد؛ لأنهم الفئة التي يسهل أن تسوّق عليهم مثل هذه العقود المجحفة، وقد مضى في المبحث السابق أن الجهالة في قدر الثمن أو الأجرة

(1) انظر: المراجع السابقة.

(2) منهم: دنزيه حماد في كيفية تحديد الأجور (ص:167)، ود.عبد السلام الشويعر في التعاقد بالسعر المتغير (ص:16)، ود. الصادق الغرياني في البيع والتأجير بالسعر المتغير (ص:38)، ود.سامي السويلم في البيع والتأجير بثمن متغير (ص:49)، وغيرهم.

(3) ولن أراد الوقوف عن قرب على حجم الغرر الفاحش في هذا التعامل وما أحدثه من آثار سيئة فليس عليه إلا أن يكتب في إحدى محركات الشبكة العنكبوتية كلمة (سايبر) ليصطدم بسيل عارم من تظلم كثير من عملاء المصارف ولا سيما من فئة الأفراد، وذلك أن البنوك تنفخ في تسويق منتجاتها عليهم وتفرش لهم الطريق بالورود حتى يقعوا في الفخ، على أن التغير الذي حصل كان بزيادة 0.50% وقد زاد من حنق الناس وغبنهم أن أسعار العقارات لا تزال حينها في هبوط والمؤشر على الخلاف من هذا فهو في ازدياد، ويحسن أن أشير إلى أن نموذج واحد لمواطن ارتبط بعقد تأجير تمويلي مع إحدى المصارف المحافظة في بلادنا، فتفاجأ ذات يوم بارتفاع القسط الشهري الذي يحسم من راتبه، وكتب معاناته في تويتر قائلاً: "صحبت اليوم على هالمصيبة زاد القسط من ٥٨٤٠ إلى ٦٩٣٠ وراجعتم -يعني المصرف- يقولون قدم شكوى" وسم: #ضحايالسايبر يناشدون ولي العيد <https://twitter.com/العيد> فانظر كيف زاد المصرف على هذا المسكين في قسطه الشهري 1090 ريالاً وهذا يعني أن الزيادة عليه كانت بنسبة 66، 18% أي أنها قريبة من الخمس فهل يعقل أن يقال بيسر هذه الجهالة، وحقارة هذه الزيادة!!

(4) بل لم يفصحوا عن موضوع هذا الحد" هل هو مقدار الأجرة بعد التغير؟ أم هو معدل التغير؟ فإن قلنا: إن الأجرة بعد التغير يجب ألا تتجاوز حداً معيناً من رأس المال، مثلاً لا تزيد عن 10% من رأس المال، فهذا يعني أن التغير يتوقف إذا وصلت الأجرة هذا الحد. أما إذا قلنا: إن التغير نفسه له حد أدنى وأعلى، فهذا يعني أنه لا سقف لمقدار الأجرة، فلو فرض أن نسبة الزيادة هي 0.5% كل ستة أشهر، وكانت البداية هي 1% فسوف تصل بنهاية السنة السابعة إلى 8% أي أن الأجرة تضاعفت من 1% إلى 8% أي: ثمانية أضعاف، ولو فرض أن الزيادة هي 1% كل ستة أشهر، فهذا يعني أنه بنهاية السنة السابعة ستصل الفائدة إلى 16% أي ستة عشر ضعفاً، فهل هذا التضاعف من التغير اليسير المقتدر فهو تغيرٌ كبير وفاحش، ولا يمكن أن يقال: إنه يسير". البيع والتأجير بثمن متغير (ص:55).

تعد من قبيل الفاحش المؤثر، وأن النفوس قد جبلت على الضنة بالمال والشح به، وأن اقتحام مثل هذه التعاملات التي يتردد فيها قدر الثمن صعوداً وهبوطاً ضربت من القمار والميسر؛ ولأجل ذا لم تختلف كلمة الفقهاء في اشتراط العلم بقدر الثمن علماً دقيقاً ينفي مثل هذا النزاع، وينأى بالمجتمع الإسلامي عن أخلاق الرأسمالية المثيرة للأحقاد والضغائن، والأعجب مما مضى أن يناط بسر الجهالة في هذا الربط بكون العقد مقسماً إلى فترات معينة تتحدد فيها الأجرة المتغيرة قبل بداية كل فترة بحيث ترتفع الجهالة عن الأجرة قبل بدء ما يقابلها من المدة!! فيا ليت شعري ما يغني الغافل المسكين علمه بهذا التغير قبل بدء كل فترة ما دام العقد لازماً لا يمكن فسخه، وعلمه به حينئذ لا أثر له في تخفيف قدر الجهالة.

ومما يجدر التنبيه إليه أن مؤشر سعر الفائدة لا يعبر عن ثمن المثل، ولا يكشف عنه، وهذا يقودنا إلى محور الإشكال في بحث المسألة وتحقيق المناط في نفي الجهالة المؤثرة عنها، وهو عدم تصور حقيقة هذا الربط تصوراً دقيقاً يقود إلى صحة الحكم وتحقيق مناطه في أرض الواقع؛ وذلك أن كثيراً من المجوزين لهذه الصيغة قد اتكأوا في تجويزهم لها على أنها من قبيل الرجوع إلى أجرة المثل، والواقع أنها لا تعبر عنه؛ يوضحه أن مؤشر السايبر قد زيد فيه في بلادنا في الأعوام القريبة الماضية، ورأينا في المقابل انخفاضاً حاداً في أسعار العقار والإجارات-فضلاً عن أنه لا قائل من الفقهاء بجواز تأجير الأعيان بسعر مثلها في المستقبل، وقد سبق نقل نصوصهم في هذا-، وعليه يكون هذا الاتكاء وهذه الإناطة خطأً في التصور أدى إلى خطأ في إصدار الحكم⁽¹⁾.

وختاماً: يجد الناظر في أبحاث القائلين بالجواز وفتاويهم مَنْ يقر بوجود الغرر أو قدر منه في هذا التعامل إلا أنه يقرر بعد ذلك اغتفاره بدعوى مسيس الحاجة لهذا الربط القياسي، فهل تدعو الحاجة فعلاً إلى هذا الربط؟ وهل يقع الناس في الحرج أو يصيهم شيء من العنت بمنعهم منه؟ وهل قصدوا حاجة عوام الناس وفقرائهم بالدرجة الأولى، أم أنها حاجة المصارف للتحوط من تقلبات الأسعار في مثل هذه التمويلات طويلة الأجل؟ وهل تعينت الحاجة إلى هذا الربط القياسي أم ثمة بدائل عديدة تغني عنه؟ وقد سبق أن وجود الحاجة إلى عقد من عقود الغرر لا يكفي بمجرد اغتفاره، بل لا بد من تعين تلك الحاجة بحيث تنسد جميع الطرق المباحة الموصلة إلى الغرض المنشود سوى هذا الطريق، وقد أحسن المازري حيث قال: "الغرر إنما يسامح به إذا لم يوجد مغدّل عنه"⁽²⁾، وقد أورد بعض المعاصرين بدائل متعددة تتفاوت في قناعة البنوك بها وبجدواها وعائدها عليهم، وبعضها لا يخلو من محاذير، وقد عُقد في بيان هذه البدائل ملتقيات وندوات عدة⁽³⁾ نأمل أن يكون لها أثر في واقع التعامل، ومن البدائل التي يمكن طرحها للمناقشة: عقد إجارة بأجرة معلومة لمدة زمنية قصيرة يلتزم المصرف بعدها بتأجير العين لدورات قادمة بأجرة يراعى فيها أصل المديونية وهامش الربح المضاف للمؤشر المتغير في كل دورة، فيكون الوعد بالتزام الإجارة ملزماً للمصرف دون العميل، وهذا البديل متسق مع القول بصحة الإلزام بالوعد من طرف واحد كما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الوفاء

(1) ثم إننا نرى في قرارات القائلين بالجواز وفتاويهم إطباقاً على أن هذه المؤشرات التي يراد ربط العقود بها منضبطة لا يقع بسبب انضباطها نزاع، فهل تعد هذه المؤشرات معايير منضبطة فعلاً؟ وهل وقفوا عن قرب على حقيقتها؟ هل معنى كونها منضبطة أنها تُعبر عن ثمن المثل؟ وقد سبق لك ما فيه من خلل، أم أنها تعتمد معايير لا تخضع في زيادتها ونقصانها لمؤثر من المؤثرات البشرية غير المنطقية سواء أكانت سياسية أم اقتصادية أم غيرها؟ لم أجدهم حسب بحثي جواباً عن هذه التساؤلات، وقد وجدت في كتابات بعض الاقتصاديين ما ينفي كونها منضبطة، وأنها ليست بمنأى من أهواء ساسة الرأسمالية العالمية، وأن تقارير الأزمة المالية أواخر 2008م رصدت تلاعباً في تحديد مؤشر اللابور الذي تعتمد عليه الصناعة المالية العالمية- بما فيها مصارفنا الإسلامية-، وأنه قد تضرر بسبب ذلك بعض البنوك الصغيرة، وأن الضرر قد وقع بشكل أكبر على قطاع الأفراد ولا سيما من تمولوا لشراء عقارات رُبط فيها العوض بإحدى تلك المؤشرات انظر: البيع والتأجير بثمن متغير (ص:25)، نحو مؤشر إسلامي للتعامل للأجل بديلاً عن مؤشر الفائدة الربوية (ص:11)، نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الأجلة العدد الرابع من حولية البركة (ص:209).

(2) شرح التلخيص (468/5).

(3) انظر على سبيل المثال: المنتقى الثالث للهيئات الشرعية الذي أقامه مصرف الإنماء بعنوان: (تغير سعر السوق في التمويل طويل الأجل، مقترحات وحلول)، وكذلك عقد المجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة ندوة بعنوان "بدائل البيع بالسعر المتغير" بمكة المكرمة، بناء على قرار المجمع في دورته الثانية والعشرين بأهمية عقد هذه الندوة، وقد قدمت فيها أبحاث وأوراق عمل من عدد من المتخصصين، انظر:

بالوعد⁽¹⁾، ومجلس هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك⁽²⁾.

ثانياً: المربحة بربح متغير.

ويمكن تعريفها بأنها: "ما عُلم فيها رأس المال عند التعاقد، وأنيطت معلومية الربح بمؤشر متغير، يزيد بارتفاعه، وينقص بانخفاضه"، وللمصارف طرائق متعددة في المربحة بربح متغير وربطها بالمؤشر، وعامة المعاصرين على المنع منها باختلاف صورها، بهذا صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة، وقرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون، ومجلس هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، وهو قول أكثر المعاصرين من الفقهاء والباحثين⁽³⁾، ولم أجد قائلًا بصحة هذا الربط سوى د. يوسف الشيبلي⁽⁴⁾، وتبعه تلميذه د. حامد ميرة إلا أنه اشترط للصحة وضع سقف أعلى وحد أدنى لمقدار التذبذب⁽⁵⁾. والكلام في قدر الجهالة في هذا الربط وأثرها في حكمه لا يخرج عما مضى في الإجارة؛ لأن كلا منهما يراد ربطه بمؤشر واحد، وعليه يترجح القول بالمنع، إلا أن ثمة أمراً يستدعي الوقوف عنده، وهو أن جمهرة المعاصرين يقررون الجواز في ربط الأجرة بالمؤشر والمنع هنا، فهل ثم فارق بين المسألتين يسوّغ اختلاف الحكم بينهما؟

يجد المستقري لكلامهم أنهم يستندون في منعهم من المربحة بربح متغير على علتين:

الأولى: أن الغرر فيها فاحش، والجهالة فيها كبيرة تفضي إلى المنازعة⁽⁶⁾، الثانية: تحقق علة الربا فيها؛ فإن تأجيل الثمن يجعله ديناً في ذمة المشتري، وتغيّر المؤشر بالزيادة يعني زيادة الدين بعد لزومه، وهذا ربا الديون المجمع على تحريمه⁽⁷⁾، ويفرّقون بين المربحة والإجارة بأنه يغتفر فيها من الغرر ما لا يغتفر في البيع، -لأنها تقوم على بيع منافع تتجدد شيئاً فشيئاً بخلاف عقد البيع الذي يقع على عين قائمة، وقد أجاز الفقهاء استئجار الأجير بطعامه وكسوته بحسب العرف- وبأن عقد الإجارة متغيرة الأجرة يخلو من الربا؛ للمعنى المذكور⁽⁸⁾.

وما ذكره مناقشٌ بالآتي:

أولاً: ما ذكره من فحش الجهالة والغرر في المربحة بربح متغير مسلّم لا مرية فيه، إلا أنه لا يسلم لهم هذا الفارق الذي افترضوه بين المربحة والإجارة؛ لأن الفقهاء لا يفرّقون بين الثمن والأجرة في اشتراط العلم بكل منهما على حد سواء⁽⁹⁾، بل العلم

(1) قراررقم: 41-40 (5/2 و 5/3)، في دورة مؤتمره الخامس المنعقد بالكويت 1409.

(2) انظر: المعايير الشرعية (ص: 253-254).

(3) انظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة في دورته الثانية والعشرين عام 1436هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (6/447-448)، المعايير الشرعية (ص: 213-214، 718)، وبه قال د.عبد السلام الشوبعر في التعاقد بالسعر المتغير (ص: 16)، ود.سامي السويلم في البيع والتأجير بثمان متغير (ص: 21، 25)، وفي تعقيبه في ملتقى المربحة بربح متغير (ص: 84، 98، 133)، ود. فهد اليحيى في البيع والتأجير بالسعر المتغير (ص: 21)، ود. يوسف الشيبلي في رسالته للدكتوراه: الخدمات الاستثمارية في المصارف (2/622)، وبه قال عامة من حضر ملتقى المربحة بربح متغير الذي عقده بنك البلاد عام 1430هـ، انظر على سبيل المثال: التعقيبات على بحث الملتقى من قبل د. محمد القرني (ص: 137)، ود.عبد الستار أبو غدة (ص: 152)، ود.صالح بن عبد الله اللحيان (ص: 166، 179)، وتعليق الشيخ ابن منيع (ص: 202)، ود.عبدالرحمن الأطرم (ص: 244)، ود.سعد الخثلان (ص: 250)، ود.حمزة الفعر (ص: 252)، ود.عبدالله السلمي (ص: 260)، وغيرهم، ومما جاء في المعيار الثامن من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة (ص: 213): "يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المربحة للأمر بالشراء وربحها محدداً ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع. ولا يجوز بأي حال أن يترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل".

(4) انظر: المربحة بربح متغير (ص: 32).

(5) انظر: عقود التمويل المستجدة (ص: 128).

(6) انظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة في دورته الثانية والعشرين، البيع والتأجير بالسعر المتغير (ص: 43).

(7) انظر: البيع والتأجير بثمان متغير (ص: 15-18)، ملتقى المربحة بربح متغير (ص: 95، 246، 250).

(8) انظر: قرار المجمع الفقهي التابع للرابطة في دورته الثانية والعشرين، ملتقى المربحة بربح متغير، (ص: 155-156، 282)، ملتقى السلم بسعر السوق يوم التسليم (ص: 276)، البيع والتأجير بالسعر المتغير (ص: 42-43).

(9) وبعضهم يحكي الإجماع على هذا، انظر: بدائع الصنائع (4/193)، البناية (10/226)، المعونة (ص: 1101)، الذخيرة (5/415)، روضة الطالبين (174/5)، نهاية المحتاج (5/266، 269)، المغني (5/327)، كشف القناع (3/551).

بالأجرة في عقد الإجارة أكد من العلم بالثمن في عقد البيع؛ لأن قيمة العين في البيع أقل اختلافاً من قيمة المنفعة في الإجارة؛ لأنها تتجدد بتجدد الأوقات فتختلف باختلافها غالباً، فيكون اشتراط العلم بعوضها أكد⁽¹⁾، كما لا يسلم إطلاق القول بتجويز الفقهاء استئجار الأجير بنفقتة، ففي ذلك خلافٌ مضى ذكره، والأعجب من هذا الاتكاء في التفريق بين البيع والإجارة في اغتفار قدر من الغرر فيها على تجويز بعض الفقهاء المعاوضة بالنفقة في عقد الإجارة وقد مضى أن من قال بجوازها في عقد الإجارة قد قال به أيضاً في عقد البيع، مما يؤكد نفي الفارق بينهما، ثم إن ما اعتمدوا عليه في التفريق بينهما بأن منافع الإجارة تتجدد شيئاً فشيئاً لا يعد فرقا مؤثراً؛ لأن كلا من العقدين لازم لا يمكن فسخه إلا بالإقالة، وكلاهما من عقود المعاوضات التي مبناهما في الغالب على المشاحة، والشرع المطهر جاء بحسم مادة النزاع والشقاق بين المسلمين، ولأن الأجرة تصبح بالانعقاد ديناً يثبت في الذمة في عقد لازم لا يمكن فسخه إلا بالإقالة، كالثمن في المراجعة⁽²⁾، كما أن المنافع تهلك على ملك المستأجر وإن لم يستوفها ما لم يمنعه المؤجر كما تهلك العين على ملك المشتري بعد قبضها، وكما أن للمشتري حق التصرف في العين التي قبضها للمستأجر الحق في التصرف بالهبة أو المعاوضة في المنافع التي لم يقبضها، ولأن العوض في كلا العقدين يراد له أن يربط بمؤشر واحد كالسايبر، وبهذا وذاك يتضح أن الجهالة التي تذكر في المراجعة المتغيرة ليست بزائدة على ما في الإجارة المتغيرة كماً وكيفاً، وحاصل القول: أن قبض العين مرة واحدة أو تحصيل المنافع شيئاً فشيئاً ليس له أثرٌ في هذا الباب مع لزومية العقد؛ إذ حديثنا عن الثمن والأجرة، لا عن المثلث والمنفعة، والمثلث والمنفعة قد يقبضان حالاً أو مؤجلاً أو على مراحل أو بصفات وأحوال، وإنشاء علاقة جديدة بين الثمن والمثلث أو بين المنفعة والأجرة بأن يقال: إذا كان المثلث (المنافع) يحدث شيئاً فشيئاً جاز ربطه بسعر مستقبلي وإذا كان مقبوضاً مرة واحدة لم يجز ربطه به إنشاء هذه العلاقة لا يمكن قبولها؛ إذ لا دليل عليها ولا مستند لها من كلام الفقهاء، وعليه فما ذكر فرق غير مؤثر؛ إذ هو من جنس قول القائل تختلف المراجعة المتغيرة عن الإجارة المتغيرة بأن العوض في الأولى عين، وفي الثانية منفعة!!⁽³⁾.

ثانياً: لا يسلم تحقق الربا في صيغة المراجعة، وكما لم نسلم لهم الفارق بين العقدين في تأثرهما بالغرر، لا نسلم لهم به هنا أيضاً؛ لأن المبادلة ههنا مبادلة سلعة بنقد، لا مبادلة نقد بنقد، ولأن الثمن لم يثبت بمبلغ معين فيما عدا الفترة الأولى حتى يقال بأنه زاد فيما بعد زيادةً ربوية، فحقيقة الأمر أن هذا الجزء من الدين لم يتحدد أصلاً عند العقد بالمقدار، وإنما حُدد بالمعيار، ويجري تطبيق المعيار عند دفع القسط في المواعيد المحددة، فإذا حل الموعد نُظر إلى المؤشر في حينه، فإن نقصت قراءته عما كانت عليه في السابق نقص الثمن، وإن ثبتت ثبت، وإن زادت زاد، وهذه بلا شك جهالة فاحشة جداً وغرر مؤثر لكنه ليس من الربا في شيء، باستثناء حال واحدة: وهي ما إذا تأخر المشتري أو المستأجر في السداد حتى حل موعد الفترة التالية وزيد في الثمن نظراً لزيادة المؤشر فسيقعان في الربا حينئذ؛ لأن المؤشر ينسب إلى ما لم يتم سداده من أقساط، وقد دخل فيها ما مضى من أقساط حصل التأخر في سدادها، فيدخل الربا في هذه الصيغة من هذا الوجه⁽⁴⁾، والله أعلم.

ثالثاً: المقابلة بسعر السوق وقت التنفيذ.

وصورتها: أن يجري الاتفاق بين رب المال وبين المقاول على ربط استحقاقه بتكلفة شراء السلع وقت التنفيذ، فيعطى نسبة

(1) انظر: بدائع الفوائد (51/4).

(2) وفي هذا يقول الموفق في المغني (72/3): "ولو أجر داره سنتين بأربعين ديناراً، ملك الأجرة من حين العقد، وعليه زكاة جميعها إذا حال عليه الحول؛ لأن ملك المكري عليه تام بدليل جواز التصرف فيها بأنواع التصرفات... ثم إن كان قد قبض الأجرة أخرج الزكاة منها، وإن كانت ديناً فهي كالدين، معجلاً كان أو مؤجلاً".

(3) انظر: ملتنقى تغير سعر السوق في التمويل طويل الأجل مقترحات وحلول (ص:56).

(4) انظر: ملتنقى المراجعة بربح متغير ص:49، 265، ملتنقى تغير سعر السوق في التمويل طويل الأجل ص:49-50، 55.

ربح معلومة بناء على تلك التكلفة⁽¹⁾.

وقد اختلف المعاصرون في حكمها على قولين: الأول: صحة العقد، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي⁽²⁾ واختاره بعض المعاصرين⁽³⁾، وقرروا انتفاء الغرر في هذا العقد؛ لارتباط العوض بأمر لا مجال فيه للمنازعة فمآله إلى العلم الذي لا يؤدي إلى نزاع⁽⁴⁾، والثاني: بطلان العقد وبه قال مجلس هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية في صورة الاستصناع⁽⁵⁾، ولم يتطرقوا لصورة الإجارة، والمنع هو مقتضى قول الفقهاء قاطبة؛ حيث لم يختلفوا في اشتراط العلم بقدر العوض عند العقد في السلم والاستصناع والإجارة⁽⁶⁾، وعليه فلا يصح عندهم هذا العقد؛ لجهالة قدر العوض فيه حين التعاقد، كما أنه لا يسلم بيسر الجهالة في هذا التعاقد فضلاً عن انتفاء الغرر عنه؛ فإن من المعلوم أن أسعار مواد البناء تختلف في زمننا مع مرور الزمن وتتفاوت وتضطرب اضطراباً كثيراً، فإذا أعطي المقاول-بغض النظر عن كونه أجيراً أو مستصنعاً- نسبةً بناءً على تلك الأسعار المضطربة فمن المنطقي أن يضطرب في المقابل نصيبه الذي أسال عرقه في تطلبه، والجهالة في هذا فاحشة جداً لا قائل باغتفارها في عقد معاوضة لازمة⁽⁷⁾، كما أن ربط استحقاق المقاول بسعر المواد وقت التنفيذ يفتح باباً للنزاع والمخاصمة؛ فمن الوارد أن يُتهم المقاول بعدم دقته في كميات المواد المطلوبة، أو أنه قد زاد ما لا حاجة فيه طلباً لزيادة نسبه من ثمن السلع، أو أنه تعمد تأخير التنفيذ تطلباً لزيادة الأسعار، أو العكس بحيث يُتهم رب المال بتعمد تأخير الدفعات تطلباً لهبوط الأسعار، وإثارة النزاع والمخاصمة من شأن عقود الجهالة والغرر.

وتحسن الإشارة هنا إلى أن المنع من هذه الصيغة يشمل ما لو تم عقد المقابلة بصورة الاستصناع أو تم بصورة الإجارة فكلاهما ممنوع منه؛ لأن كلا منهما عقد معاوضة لازمة والغرر مانع من الصحة في كليهما، وقد رأى أحد الباحثين تصحيح هذا العقد بصورة الإجارة قياساً على مذهب الحنابلة في تجويز الإجارة بالجزء المشاع في جملة من العقود؛ كما لو قال احصد زرعٍ ولك ثلثه، أو اصرم ثمري ولك ربعه، أو اعمل على دابتي بنصف العائد، ونحو ذلك مما تضمن جهالة آيلة للعلم قالوا باغتفارها، وكذلك هنا⁽⁸⁾، وهذا كما لا يخفى قياس مع الفارق؛ فالحنابلة إنما قالوا بجواز الإجارة بالجزء في مسائل معدودة قياساً على المساقاة وقد سبق أنها عندهم من قبيل المشاركات وليس من باب المعاوضات اللازمة التي يجب فيها العلم بالعوض، والفارق على كل حال لا يحتاج إلى مزيد بيان؛ فالأجرة في المسائل التي أجازها الحنابلة جزء مما يخرج بعمل الأجير، بخلافها هنا

(1) مما يدعو للتعامل بهذه الصيغة: أنها تعطي للمقاول -في صورة الاستصناع- تحوطاً من تقلبات الأسعار في المواد الخام التي لا يمكنه أن يتنبأ بها، وتشتد الحاجة لهذا التحوط في العقود طويلة المدد.

(2) في دورته الرابعة عشرة 1423هـ، ومما جاء فيه: "يجوز الاتفاق-أي: في المقابلة- على تحديد الثمن بالطرق الآتية: .. ج- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية ونسبة ربح مئوية. ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة وبمواصفات محددة بالتكاليف يرفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها" قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (231/1).

(3) انظر: حماية رأس المال (ص:179).

(4) انظر: حماية رأس المال (ص:179)، التحوط ضد مخاطر الاستثمار (ص:643).

(5) انظر: المعايير الشرعية (ص:301).

(6) انظر: البحر الرائق (174/6)، رد المحتار (214/5)، المنتقى (296/4)، التاج والإكليل (503-505/6)، البيان (409/5) تحفة المحتاج (15-17/5)، المغني (216-211/4)، كشاف القناع (297-292/3)، وانظر لمعلومية الأجرة: بدائع الصنائع (193/4)، البناية (226/10)، المعونة (ص:1101)، الذخيرة (415/5)، روضة الطالبين (174/5)، نهاية المحتاج (266/5، 269)، المغني (327/5)، وانظر في الاستصناع إذا جرى على غير وجه السلم: بدائع الصنائع (2/5)، تبيين الحقائق (123/4)، فتح القدير (114/7).

(7) وبيان هذا بالمثال: عقد مقابلة على بناء عمارة في ثلاث سنوات رُبط فيه استحقاق المقاول بسعر السوق لمواد البناء، فيعطى 10% من سعرها بناء على فواتير الشراء، فلو قدرنا أن بناء العمارة يحتاج إلى 500 طن من الحديد، وأن تكلفة شرائه عند العقد مليون ومائة ألف ريال بناء على أن تكلفة الطن الواحد 2200 ريال، فإن استقرت أسعاره إلى نهاية المشروع وهذا بعيد فإن نصيب المقاول-سواء أكان ثمنياً في استصناع أم أجره إن تم العقد على صورة الإجارة- 110 آلاف ريال، وإن قُدّر أن أسعار الحديد نزلت إلى ما كانت عليه قبل فترة مضت فصار ثمن الطن 1200 ريال، فإن نصيب المقاول من العقد حينها 60 ألف ريال، ولا يخفى أن هذه جهالة فاحشة جداً تصان العقود منها، ويُتأى بها عنها.

(8) انظر: طرق تحديد الثمن في عقود المقاولات (ص:282-283).

فهي مرتبهةٌ بفاتورة شراءٍ لمواد بناء في المستقبل لا يعلم الأجير كيف تكون، ولا يمكنه أن يتنبأ بقدرها. وختاماً، لعل من البدائل التي تطرح للنقاش: أن يجري التعاقد بصيغة الإجارة على العمل بأجرة معلومة مع توكيل الأجير بشراء المواد بدفعات تحت الحساب ولا بأس أن تكون هذه الوكالة يجعل مقطوعاً أو بنسبة مشاعة مبنية على تكلفة شراء المواد، والجهالة هنا مغتفرة؛ لكونها في عقد وكالة جائزة ليست لازمة، وقد مضى اغتفار الجهالة الآيلة للعلم في العقود الجائزة، وهذا الموضوع بحاجة إلى مزيد إثراء، وهو حقيق بأن تعقد لأجله ملتقيات وندوات لاستحداث بدائل مناسبة ليس فيها محذور شرعي، والله أعلم.

رابعاً: الجهالة الآيلة للعلم في عمولات إدارة الخدمات الاستثمارية.

لإدارة الخدمات الاستثمارية في المؤسسات المالية صيغٌ متعددة، وهذه الجهالة تقع في بعض الصور التي تعتمد نسبةً مئوية من الأرباح أو مما تؤول إليه قيمة الأصول مضمنةً الأرباح والحكم فيها يختلف باختلاف صيغ العلاقة بين الإدارة والمستثمر وتفصيلها في الآتي:

أولاً: إذا كانت العلاقة بينهما قائمة على أساس المضاربة: فإن كانت عمولة الإدارة جزءاً شائعاً معلوماً من الأرباح كـ 5%: صحَّ العقد، واغتفر ما فيه من جهالة؛ لأنها في عقد مضاربة جائز. وإن كانت قدرأً مقطوعاً، أو نسبةً شائعة واشترط معها قدر مقطوع: لم يصح العقد؛ لإجماع العلماء على المنع من اشتراط دراهم معلومة في المضاربة⁽¹⁾، ولأنها تؤدي إلى قطع الشركة في الربح؛ إذ يحتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح، ويحتمل أن لا يربحها فيأخذ حينئذ جزءاً من رأس المال، وكل ذلك مخالف لقواعد الشركة⁽²⁾، ولأن العامل ربما تواني في طلب الربح متى شرط لنفسه دراهم معلومة؛ لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح فحسب⁽³⁾ (4).

ثانياً: إذا كانت العلاقة بين الإدارة والمستثمر قائمة على أساس الوكالة بأجر:

أ- فإن كانت عمولة الإدارة مبلغاً مقطوعاً كآلف ريال، أو نسبة شائعة من المبلغ المراد استثماره كـ 2% منه: فالعقد

(1) انظر: الإجماع (ص:140)، الإقناع لابن القطان (2/199)، بدائع الصنائع (6/86)، الشرح الكبير للدردير (3/517)، نهاية المحتاج (5/227)، المغني (5/28).

(2) انظر: بدائع الصنائع (6/86)، المغني (5/28).

(3) انظر: المغني (5/28).

(4) ويستثنى من حكم المنع ما لو كان الأجر المقطوع في مقابلة عملٍ خارجٍ عن عمل المضاربة، فلا مانع حينئذ من أن يجمع للمضارب بينه وبين الربح المشاع؛ لعدم المانع. واستثنى جمع من المعاصرين أجور الاشتراك التي يتم تحصيلها من قبل الإدارة عند استلام المبالغ من المشتركين وتُعرف عند الاقتصاديين بأجور الإصدار، واستثنوا كذلك أجور الاسترداد التي تتقاضاها الإدارة أيضاً عند رغبة العميل في بيع وحداته الاستثمارية أو جزءاً منها انظر: الخدمات الاستثمارية (1/675)، فمنهم من أجاز للإدارة (المضارب) تحصيل هذه الأجور مطلقاً انظر: الفتاوى الشرعية لمجموعة البركة المصرفية (ص:441)، ومنهم من قيد الجواز بقدر التكلفة الفعلية انظر: الخدمات الاستثمارية (1/680)، العمولات المصرفية (ص:448)، وقولهم مناقش بما مضى من حكاية للإجماع على المنع، ومن علل للمنع، ومناقش أيضاً بأنه اعتياضٌ عن ذات المعاقدة التي هي الإيجاب والقبول وهي لا تقبل الاعتياض عنها بأي وجه من الوجوه فلا سبيل لأخذ العوض عنها، فإن قيل: إن لهذه المضاربات كلفة على البنك فمن الطبيعي أن يحملها العميل، فالجواب: أن العميل لا علاقة له بها؛ لأنها حاصلة قبل المشاركة فتحملها على العميل من الظلم؛ فإن مقتضى عقد المضاربة العدالة من الجانبين، فإذا جاز لأحدهما أخذ مال في مقابل العقد جاز للآخر كذلك وهذا مخالف لمقتضى العقد، كما أن العامل يستحق بالشركة جزءاً شائعاً من الربح، فأخذه مع ذلك مبلغاً مقطوعاً من المال فيه جمعٌ بين عوضين على عمل واحد وهو ممنوع انظر: التمويل بالمشاركة (ص:213-214)، وقد أحسن السرخسي لما قال في المبسوط (22/150): "كل من كان شريكاً في مال فليس ينبغي له أن يشترط أجراً فيما عمل؛ لأن المضارب يستوجب حصة من الربح على رب المال باعتبار عمله له، فلا يجوز أن يستوجب باعتبار عمله أيضاً أجراً مسمى عليه؛ إذ يلزم عوضان لسلامة عمل واحد له"، وبالمعنى أخذت الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي في قرارها رقم: (160) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ط1 (2/307).

صحيح؛ لأنها أجرة معلومة حين التعاقد⁽¹⁾.

ب- وإن كانت نسبة شائعة من الأصول المستثمرة حينما تقوم نهاية كل فترة معينة: فالعقد باطل في هذه الصورة؛ للغرر وفحش الجهالة في عوض الإجارة، وقد قال بجواز هذه الصورة جمع من المعاصرين⁽²⁾، ومستندهم في الجواز التخرج على مسائل بعيدة عما نحن فيه، سأسردها إجمالاً في الآتي مبيناً وجه الفارق في كل:

1- استئجار الأرض بجزء شائع مما يخرج منها، والفارق بينها وبين ما نحن بصدده: أن العوض فيها جزء مما يخرج بالعمل، وهو في مسألتنا جزء من أصل المال المستثمر، علاوة على أن بابها باب مشاركة تحقق العدالة للجانبين ويخف فيها الغرر ويحتمل منه فيها ما لا يحتمل في المعاوضات كما سبق تقرير ذلك مراراً، وما نحن فيه بابه باب معاوضة فشتان ما بينهما. ويقال ههنا أيضاً: إن العامل في مسألتنا ربما تواني في طلب الربح؛ لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره مع ضمانه لقدر مجزٍ من رأس المال، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح أو الخارج من العمل فحسب كما في المقيس عليه هنا.

2- الاستئجار على حصاد الزرع، أو جذاذ النخل، أو طحن القمح بسدس ما يخرج، أو نسج الغزل بربع ما يُنسج منه: والقياس على هذه التعاملات أقرب بلا شك من سابقتهما؛ لأجل أن العوض فيها جزء من الأصل محل التعاقد، إلا أن بينها وبين ما نحن فيه فرقاً واسعاً وبنواً شاسعاً؛ من أوجه: الأول: أن العوض فيها كلها من ذات العين التي يربانها جميعاً عند التعاقد بخلاف العوض في مسألتنا فهو ناتج من تقليب المال والمتاجرة به بيعاً وشرأء، وهذا يقودنا للثاني. الوجه الثاني: أن قدر الغرر فيما نحن فيه فاحش جداً لا يمكنهما التنبؤ به؛ لأن العقد فيه مبني على تقليب المال والمخاطرة به، فلا يعلمان حين العقد كم يربحان، ولا يعلمان أيسلم لهما أصل المال المستثمر أم يخسرانه، وحينئذ يقع النزاع والخصام، وهذا بخلاف المقيس عليه هنا فبإمكانهما حزر العين المعقود عليها، وحينها يعلم الخبير المجرب قدر ما يخرج للعامل أو قريباً منه، وهذا غرر يسير جداً إذا قارناه بما نحن فيه. الوجه الثالث: أن ما نحن فيه جارٍ على سَنن المعاوضات، بخلاف الأصل المقيس عليه فهو من جنس المشاركات التي يغتفر فيها من الغرر ما لا يغتفر في المعاوضات.

3- الاستئجار على تحصيل الدين بجزء منه، واستئجار الدلال بجزء من الثمن: وهذا خارج عما نحن فيه؛ إذ المقصود بهذا التعامل معنى الإجارة العام الذي يندرج في مفهومه عقد الجعالة، وهذان الفرعان جاريان على سننها، كما أن مسألتنا مفروضة في المتاجرة بالمال وتقليبه والمخاطرة به، وهذا بخلاف المقيس عليه هنا. ووجه آخر ذكره بعض الباحثين: أن أجرة الدلال لا تجب إلا بالبيع، وهي معلومة حينئذ بخلاف أجر الوكيل في مسألتنا، فإنه واجب بالعقد وهو لازم، والعلم بقدره تحديداً متوقف على التصفية عند انتهاء المدة وذلك مجهول، إضافةً إلى أن تقدير الثمن الذي سيبيع به ممكن فهو شبيه من هذه الجهة بالبيع بسعر السوق الحالي⁽³⁾.

وختاماً، يظهر بعد نقد هذه التخرجات أن القول بجواز هذه الصيغة ضعيف جداً، ولم أجد له سلفاً، ولا أعلم مسألة ذكرها من سلف يمكن أن يُخرَج عليها، إلا أن ثمة صيغةً بديلة مقترحة تغني عنها بأن تكون الأجرة نسبةً من المال قبل استثماره كالصورة الأولى فيقبضه الوكيل ويستثمره مع مال الوكالة، فيكون شريكاً ووكيلاً بالاستثمار في نفس الوقت⁽⁴⁾، ففيها غنية وتحقيق للمراد من غير محذور، والله أعلم.

خامساً: الحوافز التشجيعية للموظف عند زيادة الأرباح.

لهذه الحوافز صورٌ متعددة، والجهالة تقع في بعض الصور التي تعتمد نسبةً مئويةً من الأرباح، أو تتضمن عوضاً مهماً،

(1) انظر: المعايير الشرعية (ص: 1144).

(2) انظر: الخدمات الاستثمارية (1/684-695)، العملات المصرفية (175، 449)، وبالجواز صدر قرار الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي رقم: (426) بشأن الاتفاقية الموحدة لصناديق الأسهم، ومما ورد فيه: "لا مانع من أن تكون أجرة مدير الصندوق نسبة شائعة من إجمالي أصول الصندوق، سواءً كان تقويم الصندوق في بداية كل فترة أم كان التقويم في نهاية كل فترة؛ لأن مآله إلى العلم" قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (637/1).

(3) انظر: الوكالة بالاستثمار ضمن بحوث ندوة البركة 34 (ص: 416).

(4) انظر: المرجع السابق (ص: 417).

والحكم فيها يختلف باختلاف صيغة التعاقد، وتفصيل ذلك في الآتي:

أولاً: إذا جرى التعاقد بينهما على أساس المضاربة: فهنا صورٌ: فإن كان تحفيزه بمبلغ مقطوع مشروط يأخذه إضافة للريح المشاع: فإن كان هذا الحافز لعمل إضافي ليس من أعمال المضاربة فلا مانع منه وإن لا فلا يصح العقد؛ للإجماع المحكي في المنع، ولما سبق من علل، وإن كان تحفيزه بجعل نسبته من الريح تتغير تصاعدياً كلما زادت الأرباح المتحصلة؛ كأن يجعل له الثلث فإن زاد الريح عن مائتين فله النصف فيظهر أن لا مانع من هذه الصيغة ما دام يقتسمان الريح بنسبة شائعة معلومة والجهالة في كونها تتدرج تصاعدياً يسيرة جداً؛ لأيلولتها إلى العلم على وجه من العدل النافي للظلم، كما لا يؤدي ذلك لانقطاع الشركة في الريح، بل فيه مصلحة متحققة لكلا الطرفين لا تأتي الشريعة بالمنع من مثلها، وبالجواز قال عدد من المعاصرين⁽¹⁾، وإن كان تحفيزه بإعطائه ما زاد عن قدر معين من الأرباح؛ كأن يجعل الريح بينهما مناصفة وإن زاد عن مائة ألف فهو للعامل أوله 10% منه والزائد يقتسمانه بينهما مناصفة: فالظاهر أيضاً صحة التعامل بهذه الصيغة، والجهالة فيها مغتفرة كسابقتهما، وقد قال بالجواز جمعٌ من المعاصرين أيضاً⁽²⁾.

ثانياً: إذا جرى التعاقد بينهما على أساس الوكالة بأجرة: فإن كان تحفيزه بمبلغ مقطوع يأخذه نهاية كل عام إضافة للأجرة الشهرية المتفق عليها: فلا غرر ولا جهالة ولا محذور في هذا التعامل، وإن كان بحافز منسوب إلى الأرباح المتحققة أو إلى قدر الإنجاز في العمل إضافة للأجرة الشهرية المتفق عليها: فإن كان هذا الحافز لعمل إضافي ليس من أعمال العقد فلا إشكال في هذه الصورة، وإن لا بأن كان لذات العمل المستأجر عليه، فلا تخلو من إشكال؛ لمنافاتها قواعد الشركات حيث سمي للعامل قدر مقطوع من الريح وهذا مخالف للمقصود الأعظم من الشركة وهو تحقيق العدالة في الريح بين الشركاء ومن شأنه قطع الشركة فيه، كما تنافي قواعد عقود المعاوضات؛ لاشتغال العوض على جزء مجهول جهالة فاحشة، لأجل هذا ذهب الجمهور بما فهم أرباب المذاهب الأربعة إلى القول بمنع هذا التعامل⁽³⁾ إلا أن الناظر في واقع عقود الأعمال في عصرنا يجد أنها لا تخلو من التعامل بهذه الصيغة وأن البلوى بها عمت وطمت ويمكن القول أن المنع منها من شأنه أن يسد باب التعامل في كثير من التجارات وقد مضى أن الحاجة إذا تعينت إلى عقد من العقود لم يؤثر الغرر في حكمه مهما بلغت رتبة الغرر، وعليه فيقوى القول بجوازها⁽⁴⁾، وهو رواية عن أحمد⁽⁵⁾ وقال به بعض السلف⁽⁶⁾ ويمكن أن يتقوى أيضاً بأن القدر المعلوم من هذه الصيغة هو العوض المقصود أصالة الذي يستحقه العامل عن عمله بمضي الزمان، بينما يمثل القدر النسبي المجهول منحةً إضافيةً تهدف إلى حفز العامل على الجد وإحسان عمله وإتقانه، فتغتفر الجهالة بوقوعها في تابع⁽⁷⁾، وقد مضى في علل اغتفار الجهالة الآيلة للعلم وقوعها في تابع للمعقود عليه، هذا، وقد قدر بعض المعاصرين اجتماع عقدين في هذه الصورة: عقد إجارة على عمل وجعلوه بإزاء العوض الثابت المقطوع، والآخر عقد جعلوه بإزاء هذا الحافز؛ ليخرجوا بذلك من محذور الغرر في الأجرة⁽⁸⁾، ولا يخفى ما في هذا من بعد وتكلف؛ فما ثمَّ إلا عقد واحد على عمل واحد جعل له عوضان أحدهما معلوم والآخر متضمن جهالة

(1) انظر: قرارات هيئة الرأعي (139/1)، قرارات وتوصيات ندوات البركة (ص:87)، العمولات المصرفية (ص:451).

(2) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (294/3/13)، المعايير الشرعية (ص:373)، الغرر وأثره في العقود (ص:519)، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة (ص:31)، إدارة الحساب الاحتياطي في هيكل الصكوك (ص:9)، العمولات المصرفية (ص:454).

(3) انظر: الأصل (3/436-437)، المبسوط (89/15)، المنتقى (112/5)، روضة الطالبين (302/4)، المغني (9/5).

(4) ومما ورد في فتوى ابن سراج المالكي التي أشير إليها فيما مضى: "يُنظر إلى أمر الناس إذا اضطرُّوا في أمر لا بد لهم منه ولا يوجد العمل إلا به، فأرجو أن لا يكون به بأس، إذا عمَّ، ولا تكون الإجارة إلا به"، وهذا الوصف منطبق تماماً على ما نحن فيه، فإن الناس في عالمنا المعاصر لا غنى لهم عن التعامل بهذه الصيغة من العقود، فضلاً عما فيها من تحقيق مصلحة كل من الطرفين؛ فالعامل يحصل قدراً من الأجرة يراه مجزئاً وموفياً بالجهد الذي يبذله في عمله، وكذلك رب العمل يحصل في المقابل زيادة في أرباح تجارته، وجوده في أداء العاملين.

(5) انظر: المغني (9/5)، الفروع (104/7-105)، الإنصاف (454/5).

(6) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (199/11)، الإشراف على مذاهب العلماء (311/6)، المغني (9/5).

(7) انظر: كيفية تحديد الأجور (ص:123-124) ومن المتقرر عند الفقهاء أنه يغتفر من المحظورات تبعاً ما لا يغتفر استقلالاً، "ويشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً" بدائع الصنائع (58/6).

(8) انظر: العقود المبتكرة للتمويل بالصكوك الإسلامية (ص:61، 93، 101)، صكوك المضاربة (ص:295، 297).

حين العقد، ولا يوجد عملان حتى نقدر لكل منهما عوضاً يخصه، والله تعالى أعلم.

قائمة المصادر والمراجع

- 1- أثر الجهالة في المعاملات المعاصرة ل: فهد الدهمش، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، 1429هـ.
- 2- الإجماع ل: أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، نشر: مكتبة الفرقان، عجمان، ط: الثانية، 1420هـ.
- 3- أحكام الأجرة المتغيرة ل: د. هشام بن صالح الذكير، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، 1428هـ.
- 4- أحكام التابع في العقود المالية ل: عبدالمجيد بن إبراهيم بن خنين، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من قسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض، 1418هـ.
- 5- أحكام القرآن ل: القاضي محمد بن عبد الله ابن العربي الإشبيلي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الثالثة، 1424هـ.
- 6- الإحكام في أصول الأحكام ل: علي بن أبي علي الثعلبي الأمدي، نشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان.
- 7- الاختيار لتعليل المختار ل: عبد الله بن محمود الموصللي، دار النشر: دار الكتب العلمية- بيروت 1426هـ، ط: الثالثة.
- 8- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، اختارها: علاء الدين علي بن محمد بن عباس البعلبي، المحقق: محمد حامد فقي، نشر: مكتبة السنة المحمدية، مصر، ط: 1369هـ.
- 9- إدارة الحساب الاحتياطي في هيكل الصكوك ل: د. يوسف الشبيلي، نسخة إلكترونية منشورة في فضاء الشبكة العنكبوتية.
- 10- إرشاد أولي البصائر والألباب لنيل الفقه بأقرب الطرق وأيسر الأسباب ل: عبدالرحمن بن ناصر السعدي، نشر: مكتبة أضواء السلف، الرياض، ط: الأولى، 1420هـ.
- 11- الاستذكار ل: أبي عمرو يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1421هـ.
- 12- أسنى المطالب في شرح روض الطالب ل: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، نشر: دار الكتاب الإسلامي، ط: الأولى.
- 13- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ل: زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم المصري، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1419هـ.
- 14- الأشباه والنظائر ل: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، نشر: دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1411هـ.
- 15- الإشراف على مذاهب العلماء ل: محمد ابن المنذر النيسابوري، نشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط: الأولى، 1425هـ.
- 16- الأصل ل: أبي عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، نشر: دار ابن حزم، بيروت، ط: الأولى، 1433هـ.
- 17- إعانة الطالبين حاشية على حل ألفاظ فتح المعين ل: أبي بكر بن محمد شطا الدمياطي، نشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الثانية، 1356هـ.
- 18- الاعتصام ل: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، نشر: دار ابن عفران، السعودية، ط: الأولى، 1412هـ.
- 19- أعلام الموقعين عن رب العالمين ل: محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، نشر: دار الكتب العلمية- بيروت، ط: الأولى، 1411هـ.
- 20- إغائة اللفان من مصائد الشيطان ل: محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، المحقق: محمد الفقي، نشر: مكتبة المعارف، الرياض.
- 21- الإقناع في مسائل الإجماع ل: ابن القطان علي بن محمد الكتامي الفاسي، نشر: الفاروق الحديثة، ط: الأولى، 1424هـ.
- 22- إكمال إكمال المعلم ل: محمد بن خليفة الوشتاني الأبي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 23- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ل: علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، نشر: دار إحياء التراث العربي، ط: الثانية.
- 24- البحر الرائق شرح كثر الدقائق ل: زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم المصري، نشر: دار الكتاب الإسلامي، ط: الثانية.
- 25- البحر المحيط في أصول الفقه ل: بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، نشر: دار الكتبي، ط: الأولى، 1414هـ.
- 26- بحوث في الفقه المالكي ل: د. قطب الريسوني، نشر: دار ابن حزم، بيروت، ط: الأولى، 1435هـ.
- 27- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ل: أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، نشر: دار الحديث- القاهرة، ط: الأولى، 1425هـ.
- 28- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ل: أبي بكر بن مسعود الكاساني، نشر: دار الكتب العلمية، ط: الثانية، 1406هـ.
- 29- بدائع الفوائد ل: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، نشر: دار الكتاب العربي، بيروت.
- 30- البناية شرح الهداية ل: أبي محمد محمود بن أحمد العيني، نشر: دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، ط: الأولى، 1420هـ.
- 31- البيهجة في شرح التحفة ل: علي بن عبد السلام التُّسُولي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1418هـ.
- 32- البيان في مذهب الإمام الشافعي ل: أبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني، نشر: دار المنهاج بجدة، ط: الأولى، 1421هـ.
- 33- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ل: محمد ابن رشد القرطبي، نشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الثانية، 1408هـ.
- 34- بيع المجهول ل: د. ضو مفتاح أبو غرارة، نشر: دار الكتب الوطنية، بنغازي- ليبيا، ط: الأولى، 2010م.
- 35- البيع والإجارة بالسعر المتغير ل: د. يوسف الشبيلي، من أبحاث الدورة 22 للمجمع الفقهي الإسلامي، منشور على الشبكة.

- 36- البيع والتأجير بالسعر المتغير ل: د فهد اليحيى، من أبحاث الدورة 22 للمجمع الفقهي الإسلامي، منشور على الشبكة.
- 37- البيع والتأجير بالسعر المتغير ل: د. الصادق الغرياني من أبحاث الدورة 22 للمجمع الفقهي الإسلامي، منشور على الشبكة.
- 38- البيع والتأجير بثمن متغير ل: د. سامي السويلم، من أبحاث الدورة 22 للمجمع الفقهي الإسلامي، منشور على الشبكة.
- 39- تاج العروس من جواهر القاموس ل: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، نشر: دار الهداية.
- 40- التاج والإكليل لمختصر خليل ل: محمد بن يوسف المواق المالكي، نشر: دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1416هـ.
- 41- تبين الحقائق شرح كثر الدقائق لعثمان الزيلعي الحنفي، نشر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط: الأولى، 1313هـ.
- 42- التحرير والتنوير ل: محمد الطاهر ابن عاشور التونسي، نشر: دار التونسية للنشر- تونس، سنة النشر: 1984هـ.
- 43- تحفة المحتاج في شرح المنهاج ل: أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، نشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ط: الأولى، 1357هـ.
- 44- التحوط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ل: د. حسين الفيضي، دار ابن الأثير، الرياض، ط: الأولى، 1434هـ.
- 45- التحوط في التمويل الإسلامي ل: د. سامي السويلم، نشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، ط: الأولى، 1428هـ.
- 46- التعاقد بالسعر المتغير ل: د. عبدالسلام الشويبر، من أبحاث الدورة 22 للمجمع الفقهي الإسلامي، منشور على الشبكة.
- 47- تغير سعر السوق في التمويل طويل الأجل مقترحات وحلول ل: د. طلال الدوسري، وهو بحث مقدم إلى الملتقى الثالث للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ومنشور في الموقع الرسمي لمصرف الإنماء على الشبكة العنكبوتية.
- 48- تفسير القرآن العظيم ل: أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، نشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط: الثانية، 1420هـ.
- 49- تفسير المنار ل: محمد رشيد بن علي رضا الحسيني، نشر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط: الأولى، سنة النشر: 1990م.
- 50- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ل: أبي عمر يوسف ابن عبد البر النمري القرطبي، نشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.
- 51- التمويل بالمشاركة ل: د. أحمد العمادي، رسالة قدمت لنيل درجة الماجستير من كلية الشريعة بالرياض، عام 1433هـ.
- 52- تهذيب اللغة ل: أبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الأولى، 2001م.
- 53- التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ل: خليل بن إسحاق المالكي، نشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: الأولى، 1429هـ.
- 1- تيسير التحرير ل: محمد أمين البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، نشر: مصطفى البابي الحلبي- مصر، ط: الأولى، 1351هـ.
- 54- جامع البيان في تأويل القرآن ل: أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، نشر: مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1420هـ.
- 2- الجامع لأحكام القرآن ل: محمد بن أحمد الخزرجي القرطبي، نشر: دار الكتب المصرية، القاهرة، ط: الثانية، 1384هـ.
- 3- الجهالة الآيلة للعلم وأثرها في المعاملات المالية ل: عبدالله بن راشد الفضلي، رسالة قدمت لنيل درجة الدكتوراه من قسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض، عام 1440هـ.
- 4- الحاجة وأثرها في الأحكام ل: د. أحمد الرشيد، نشر: دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط: الأولى، 1429هـ.
- 5- حاشية الخلوئي على منتهى الإرادات ل: محمد بن أحمد الهوتي الخلوئي، نشر: دار النوادر، سوريا، ط: الأولى، 1432هـ.
- 6- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ل: حسن بن محمد بن محمود العطار، نشر: دار الكتب العلمية.
- 7- الحاوي الكبير ل: أبي الحسن علي بن محمد الماوردي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1419هـ.
- 8- حماية رأس المال في الفقه الإسلامي ل: د. يوسف بن عبدالله الشبيلي، نسخة إلكترونية منشورة في فضاء الشبكة.
- 9- الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ل: د. يوسف بن عبدالله الشبيلي، ط: الأولى، 1423هـ.
- 10- الخصال الصغير في الفقه المالكي ل: الفقيه أحمد بن محمد العبدى البصري المالكي ويعرف بابن الصواف، نشر: دار البشائر، بيروت، ط: الأولى، 1421هـ.
- 11- الدر المختار شرح تنوير الأبصار ل: علاء الدين محمد بن علي الحصكفي، نشر: دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، 1412هـ.
- 12- دراسات المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، نشر: دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، ط: الأولى، 1437هـ.
- 13- الدليل الشرعي للإجارة، إعداد: د. عز الدين خوجة، من مطبوعات قطاع الأموال بمجموعة دلة البركة، ط الأولى، 1419هـ.
- 14- الذخيرة ل: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي، نشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، 1994م.
- 15- رد المحتار على الدر المختار ل: محمد أمين بن عمر الحنفي الشهير بابن عابدين، نشر: دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، 1412هـ.
- 16- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ل: محمود الألوسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ.
- 17- روضة الطالبين وعمدة المفتين ل: محيي الدين يحيى بن شرف النووي، نشر: المكتب الإسلامي، دمشق، ط: الثالثة، 1412هـ.
- 18- زاد المعاد في هدي خير العباد ل: محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 27، 1415هـ.
- 19- شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ل: قاسم بن عيسى التنوخي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى،

- 20- شرح التلقين لـ محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي، نشر: دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 2008م.
- 21- شرح التلويح على التوضيح لـ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، نشر: مكتبة صبيح بمصر، ط: الأولى.
- 22- شرح الزرقاني على مختصر خليل، لـ عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1422هـ.
- 23- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك لـ محمد بن عبد الباقي الزرقاني، نشر: مكتبة الثقافة الدينية القاهرة، ط: الأولى، 1424هـ.
- 24- الشرح الكبير على المقنع لـ عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة، الشهير: بابن أبي عمر، نشر: دار الكتاب العربي، ط: الأولى.
- 25- الشرح الكبير للدردير لـ أحمد الدردير العدوي، نشر: دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.
- 26- شرح الكوكب المنير لـ محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار، نشر: مكتبة العبيكان، ط: الثانية، 1418هـ.
- 27- شرح مختصر خليل للخرشي لـ محمد بن عبد الله الخرخشي، نشر: دار صادر ببيروت، مصور من طبعة بولاق عام: 1381هـ.
- 28- شرح منتهى الإرادات لـ منصور بن يونس الهوتي الحنبلي، نشر: عالم الكتب، ط: الأولى، 1414هـ.
- 29- شرح ميارة لـ محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، المعروف بميارة، نشر: دار المعرفة، ط: الأولى.
- 30- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لـ أبي نصر إسماعيل الجوهري، نشر: دار العلم للملايين، بيروت، ط: الرابعة، 1407هـ.
- 31- صحيح البخاري لـ الإمام محمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري، نشر: دار طوق النجاة، بيروت، ط: الأولى، 1422هـ.
- 32- صحيح مسلم لـ الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، نشر: دار الجيل، بيروت ترقيم الأحاديث، وفق طبعة: (دار إحياء الكتب العربية- القاهرة).
- 33- صكوك المضاربة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية لـ فيصل الشمري، دار الميمان، الرياض، ط: الأولى، 1435هـ.
- 34- الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، من إصدارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، نشر: دار الميمان، الرياض، ط: الأولى، 1434هـ.
- 35- الطرق الحكمية لـ شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، نشر: مكتبة دار البيان، ط: الأولى.
- 36- طرق تحديد الثمن في عقود المقاولات لـ د.عبدالله بن صالح السيف، مطبوع ضمن أبحاث العدد الثامن والعشرين من مجلة الدراسات الإسلامية، جامعة الملك سعود، ومنشور بصيغة مفتوحة في فضاء الشبكة العنكبوتية.
- 37- عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية لـ د.حامد بن حسن ميرة، نشر: دار الميمان، الرياض، ط: الأولى، 1432هـ.
- 38- العقود المالية المركبة لـ د.عبدالله بن محمد العمراني، نشر: كنوز إشبيليا، الرياض، ط: الثانية، 1431هـ.
- 39- العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية لـ د.خالد الرشود، نشر: كنوز إشبيليا بالرياض، ط: الأولى، 1434هـ.
- 40- عمدة القاري شرح صحيح البخاري لـ بدر الدين محمود بن أحمد العيني الحنفي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 41- العمولات المصرفية لـ د.عبدالكريم بن محمد السماعيل، نشر: كنوز إشبيليا، الرياض، ط: الثانية، 1432هـ.
- 42- العناية شرح الهداية لـ أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود الرومي البابرني، نشر: دار الفكر، ط: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 43- الغرر وأثره في العقود لـ أ.د. الصديق محمد الأمين الضير، نشر: الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ط: الثانية، 1410هـ.
- 44- غمز عيون البصائر لـ شهاب الدين أحمد بن محمد الحموي الحنفي، نشر: دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1405هـ.
- 45- الغيائي = غياث الأمم في التياث الظلم لـ أبي المعالي عبد الملك الجويني، نشر: مكتبة إمام الحرمين، ط: الثانية، 1401هـ.
- 46- الفتاوى الشرعية لمجموعة البركة المصرفية، جمع وتنسيق وفهرست د.عبد الستار أبو غدة، من مطبوعات الأمانة العامة للهيئة الشرعية الموحددة بمجموعة دلة البركة.
- 47- الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي، جمع: تلميذه عبد القادر الفاكهي، نشر: مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني 1392هـ.
- 48- فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي لـ أبي القاسم محمد بن سراج الأندلسي، جمعها وحققها: د.محمد أبو الأحنان، نشر: دار ابن حزم، ط: الثانية، 1427هـ.
- 49- فتح العزيز بشرح الوجيز لـ عبد الكريم بن محمد الراجعي القزويني، نشر: دار الفكر، طبع على هامش المجموع بمطبعة التضامن في مصر، عام: 1344هـ.
- 50- فتح القدير لـ كمال الدين محمد السيواسي، المعروف: بابن الهمام، نشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الأولى، 1389هـ.
- 51- الفروع لـ شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الأولى، 1424هـ.
- 52- الفروق لـ شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي، نشر: عالم الكتب، ط: لم تذكر.
- 53- فقه الهندسة المالية الإسلامية لـ د.مراضي بن مشوح العتزي، نشر: دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط: الأولى، 1436هـ.
- 54- قاعدة العادة محكمة لـ د.يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، نشر: مكتبة الرشد، الرياض، ط: الأولى، 1424هـ.

- 55- قاعدة المشقة تجلب التيسير ل: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، نشر: مكتبة الرشد، الرياض، ط: الأولى، 1424هـ.
- 56- القاموس المحيط ل: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، نشر: مؤسسة الرسالة- بيروت، ط: الثامنة، 1426هـ.
- 57- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ل: القاضي محمد بن عبد الله ابن العربي المعافري، نشر: دار الغرب، ط: الأولى، 1992م.
- 58- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورات من 1 إلى 17، والقرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، تنسيق: أمانة المجمع، مكة المكرمة، ط: الثانية.
- 59- قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، نشر: دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط: الأولى، 1431هـ.
- 60- قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار، نشر: شركة الراجحي المصرفية، الرياض، ط: الأولى، 1419هـ.
- 61- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورات: من الدورة 1 إلى 18، إعداد وتنسيق: الشيخ جميل أبو سارة، ط: الأولى.
- 62- قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي من الندوة 1 وحتى الندوة 30، إعداد: د. عبد الستار أبو غدة، نشر: مجموعة البركة المصرفية، ط: الأولى، 1431هـ.
- 63- قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي ل: د. سامي السويلم، نشر: دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط: الأولى، 1430هـ.
- 64- قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين ابن عبد السلام السلي، نشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ.
- 65- القواعد الفقهية ل: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، نشر: مكتبة الرشد، الرياض، ط: الأولى، 1418هـ-1998م.
- 66- القواعد النوانرية الفقهية ل: أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، نشر: دار ابن الجوزي، الدمام، ط: الأولى، 1422هـ.
- 67- القواعد ل: أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، نشر: مكتبة الكليات الأزهرية، ط: الأولى، 1391هـ.
- 68- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ل: أبي عمر يوسف ابن عبد البر النمري، نشر: مكتبة الرياض الحديثة، ط: الثانية، 1400هـ.
- 69- كشاف الفتن عن متن الإقناع ل: منصور بن يونس الهوتي، نشر: دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1417هـ.
- 70- كيفية تحديد الأجر ل: د. نزيه حماد، نشر: دار القلم، دمشق، ط: الأولى، 1431هـ.
- 71- اللباب في علوم الكتاب ل: سراج الدين عمر بن علي الحنبلي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1419هـ.
- 72- لسان الحكام في معرفة الأحكام ل: أحمد بن محمد ابن الشَّخْنَة الثقفي، نشر: البابي الحلبي، القاهرة، ط: الثانية، 1393هـ.
- 73- لسان العرب، ل: محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، نشر: دار صادر، بيروت، ط: الثالثة، 1414هـ.
- 74- المبدع في شرح المقنع ل: برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1418هـ.
- 75- المبسوط ل: شمس الأئمة السرخسي، نشر: دار المعرفة ببيروت، مصور من طبعة دار السعادة بمصر، ط: الأولى، 1324هـ.
- 76- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - جدة، العدد الرابع، 1408هـ.
- 77- مجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ل: عبد الرحمن بن محمد، المدعو بشيخي زاده، نشر: دار إحياء التراث العربي.
- 78- المجموع شرح المهذب ل: معي الدين بن شرف النووي، نشر: دار الفكر، طبع بمطبعة التضامن في مصر، عام: 1344هـ.
- 79- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن ابن قاسم وابنه محمد، نشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المدينة النبوية، 1416هـ.
- 80- المحصول في علم الأصول ل: محمد بن عمر الرازي، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الثالثة، 1418هـ.
- 81- المحلى ل: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، نشر: دار الفكر، بيروت، ط: لم تذكر.
- 82- المختصر الفقهي ل: محمد بن محمد ابن عرفة الوردغي، نشر: مؤسسة خلف أحمد الجيتور للأعمال الخيرية، ط: الأولى، 1435هـ.
- 83- مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي ل: د. سامي السويلم، نشر: مركز نماء، الرياض، ط: الأولى، 1434هـ.
- 84- المراجعة بريح متغير ل: أ. د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، مطبوع ضمن فعاليات ملتقى المراجعة بريح متغير، نشر: دار الميمان، الرياض، ط: الأولى، 1434هـ.
- 85- مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، نشر: مكتبة ابن تيمية، مصر، ط: الأولى، 1420هـ.
- 86- المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام ل: تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ط: الأولى، 1418هـ.
- 87- مصادر الحق في الفقه الإسلامي ل: د. عبدالرزاق السنهوري، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الأولى، 1997م.
- 88- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ل: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، نشر: المكتبة العلمية، بيروت، ط: الأولى.
- 89- المصنف لابن أبي شيبة ل: أبي بكر بن أبي شيبة، نشر: دار القبلة، جدة، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، ط: الأولى، 1427هـ.
- 90- المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ل: د. حسن الأمين، من منشورات المعهد الإسلامي للتنمية، ط: الثالثة، 1421هـ.
- 91- مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ل: مصطفى السيوطي الرحباني، نشر: المكتبة الإسلامية، دمشق، ط: الثانية، 1415هـ.

- 92- المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، ط: الأولى، 1437هـ.
- 93- المُعلم بفوائد مسلم ل: محمد بن علي التَّمِيحي المازري المالكي، نشر: الدار التونسية للنشر، ط: الثانية، 1988م.
- 94- المعونة على مذهب عالم المدينة ل: القاضي عبد الوهاب ابن نصر المالكي، نشر: المكتبة التجارية، مصطفى الباز، مكة المكرمة.
- 95- المعيار المغرب والجامع المغرب ل: أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي، نشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- 96- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ل: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، نشر: دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1415هـ.
- 97- المغني ل: موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، نشر: مكتبة القاهرة، ط: الأولى، 1388هـ.
- 98- مفاتيح الغيب ل: فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 99- المفردات في غريب القرآن ل: الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، نشر: دار القلم، دمشق، ط: الأولى، 1412هـ.
- 100- مقاييس اللغة ل: أحمد بن فارس القزويني الرازي، المحقق: عبد السلام محمد هارون، نشر: دار الفكر، 1399هـ.
- 101- المقدمات الممهدة ل: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، نشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، 1408هـ.
- 102- ملتنى السلم بسعر السوق يوم التسليم، مطبوع ضمن كتاب الملتقيات الفقهية الصادر من المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي، نشر: دار كنوز إشبيليا، الرياض، الأولى، 1434هـ.
- 103- ملتنى المراجعة بريح متغير، من إصدارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، نشر: دار الميمان، الرياض، ط: الأولى، 1435هـ.
- 104- ملتنى تغير سعر السوق في التمويل طويل الأجل مقترحات وحلول، نشر: المجموعة الشرعية في مصرف الإنماء، 1431هـ.
- 105- الملتقيات الفقهية، من إصدارات المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي، نشر: دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط: الأولى، 1434هـ.
- 106- المنتقى شرح الموطأ ل: أبي الوليد سليمان بن خلف القرطبي الباجي، نشر: مطبعة السعادة بمصر، ط: الأولى، 1332هـ.
- 107- المنثور في القواعد لمحمد بن بهادر الزركشي، نشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، ط: الثانية، 1405هـ.
- 108- المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد لمنصور بن يونس الهوتي، نشر: دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط: الأولى، 1427هـ.
- 109- منحة الخالق على البحر الرائق لمحمد أمين بن عمر الدمشقي، الشهير: بابن عابدين، نشر: دار الكتاب الإسلامي، ط: الثانية.
- 110- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ليحيى بن شرف النووي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الثانية، 1392هـ.
- 111- الموافقات ل: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، نشر: دار ابن عفان، ط: الأولى، 1417هـ.
- 112- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل لمحمد بن محمد الطرابلسي، المعروف بالحطاب، نشر: دار الفكر، ط: الثالثة، 1412هـ.
- 113- النجم الوهاج في شرح المنهاج ل: كمال الدين محمد بن موسى الدُميري، نشر: دار المنهاج (جدة)، ط: الأولى، 1425هـ.
- 114- نحو مؤشر إسلامي للتعامل الأجل بديلاً عن مؤشر الفائدة الربوية، ل: د. عبد الحميد البعلي، نسخة إلكترونية منشورة في النت.
- 115- نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الأجلة د. حسين شحاتة، مطبوع ضمن أبحاث حولية البركة الرابعة، جدة، 1423هـ.
- 116- ندوة البركة الثالثة والعشرون، من مطبوعات الأمانة العامة للهيئة الشرعية الموحدة بمجموعة دلة البركة.
- 117- نظرية العقد = العقود ل: تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، نشر: مكتبة المورد، الرياض، ط: الأولى، 1423هـ.
- 118- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ل: شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نشر: دار الفكر، بيروت، ط: طبعة أخيرة، 1404هـ.
- 119- نهاية المطلب في دراية المذهب ل: أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني، نشر: دار المنهاج، ط: الأولى، 1428هـ.
- 120- الوكالة بالاستثمار ل: د. طلال الدوسري، مطبوع ضمن بحوث ندوة البركة 34، ومنشور بصيغة مفتوحة في فضاء الشبكة.