

تحت رعاية Under the Auspices of



Central Bank of Bahrain

تنظيم Organised by



مؤتمرأيوفي السنوي السابع عشر للهيئات الشرعية

الأحد والاثنين ٢-٣ شعبان ١٤٤٠ هـ يوافقه ٧ - ٨ أبريل ٢٠١٩

فندق الخليج، مملكة البحرين

الراعي الرئيس

بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



مصرف الجفوري
JUMHOURIA BANK



الراعي البلاتيني

alBaraka

NCB الأهلي

الراعي الذهبي

بنك الإثمار
Ithmaar Bank

KHALEEMI COMMERCIAL BANK المصرف
الخليجي التجاري

الراعي الفضي

الصكوك الوطنية
National Bonds

البنك الإسلامي الأردني



بنك البحرين الإسلامي
BisB

الشريك الإعلامي

Banker
MIDDLE EAST

IFN Islamic Finance news
The World's Leading Islamic Finance News Provider



الوطن البلاد

شريك البث الرسمي



الترجمة الفورية برعاية



الشريك المعرفي

REFINITIV



الجلسة الثانية

(إلزم الجهات الرقابية للبنوك الإسلامية)

بالخط من الدين عند السداد المبكر)

البحث الأول

إلزام الجهات الرقابية للبنوك الإسلامية بالحط من الدين عند السداد المبكر

أ.د. عصام خلف العنزي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وأجمعين:

إن مسألة "ضع وتعجل" من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء وهي تعني: "التنازل عن جزء من الدين المؤجل، ودفع باقي الدين في الحال"، وسوف نتناول هذه المسألة في ثلاثة أقسام:

القسم الأول: "ضع وتعجل" من غير شرط بين المتعاقدين:

يقول الإمام ابن حزم -رحمه الله-: "فلو عجل الذي عليه الحق بعض ما عليه بغير شرط ثم رغب إلى صاحب الحق أن يضع عنه الباقي أو بعضه فأجابه إلى ذلك، أو وضعه، أو بعضه، فكل ذلك جائز حسن وكلها مأجور؛ لأنه ليس هنا شرط أصلاً، لكن أحدهما سارع إلى الخيار في أداء بعض ما عليه فهو محسن، والآخر سارع إلى الإبراء من حقه فهو محسن، قال الله تعالى: (وافعلوا الخير) وهذا كله خير".¹

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، يقول الإمام الجصاص -رحمه الله-: "ومن أجاز من السلف إذا قال، عجل لي وأضع عنك فجائز أن يكون أجازوه إذا لم يجعله شرطاً فيه، وذلك بأن يضع عنه بغير شرط ويعجل الآخر الباقي بغير شرط".²

وأجاز الفقهاء "ضع وتعجل" إذا لم يكن ثمة شرط بين الطرفين، لأن الفقهاء أجازوا الزيادة على القرض إذا لم تكن تلك الزيادة مشروطة، لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- "استسلف بكرا فرد خيرا منه وقال: "خيركم أحسنكم قضاء".

وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقهاء الإسلامي في قراره 7/2/66: "الخطيطة من الدين المؤجل

1 المحلى / 83-84 المكتب التجاري.

2 أحكام القرآن للجصاص 467/1.

لأجل تعجيله، سواءً أكانت بطلب الدائن أم المدين (ضع وتعجل) جائزة شرعاً، لا تدخل في الربا الحرم إذا لم تكن بناءً على اتفاق مسبق".

كما جاء في المعايير الشرعية: "يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد".

القسم الثاني: "ضع وتعجل" بالشرط بين المتعاقددين.

اختلف الفقهاء في مسألة "ضع وتعجل" بالشرط بين المتعاقددين إلى قولين:

القول الأول: المانعون لـ"ضع وتعجل" بالشرط، وهم جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وأحد الوجهين للشافعية، وهو قول ابن عمر والمقداد وزيد بن ثابت من الصحابة - رضي الله عنهم - وفي هذا يقول الإمام مالك -رحمه الله-: "والامر المكره الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب، وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريميه ويزيده الغريم في حقه، قال: فهذا الربا بعينه لا شك فيه"¹.

واستدلوا على ذلك بعده أدلة:

1. ما رواه الإمام البيهقي عن المقداد بن الأسود -رضي الله عنه- أنه قال: أسلفت رجلاً مائة دينار، ثم خرج سهيمي في بعث بعثه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقلت له: عجل لي تسعين ديناراً وأحط عشرة دنانير، فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: أكلت رباً يا مقداد وطعمته². إلا أن هذا الحديث ضعفه راويه وهو الإمام البيهقي.

2. روي عن بعض الصحابة -رضي الله عنهم- المنع من ضع وتعجل كابن عمر وزيد بن ثابت المقداد بن الأسود³.

1 المتنقى للباجي 5/64 - 65 دار الكتاب العربي.

2 السنن الكبرى 6/28.

3 المصنف لعبدالرازق 8/71-75 منشورات المجلس العلمي، المتنقى للباجي 5/64.

وأجيب عن ذلك بأن ما روي عن زيد بن ثابت من منعه، روي عنه أيضاً بالجواز كما رواه السرخسي في المبسوط¹. وأما رواية ابن عمر -رضي الله عنه- فليست على إطلاقها²، وأما رواية المقداد فيها، رجل مجهول³، كما أن هذه الروايات عارضها رواية ابن عباس -رضي الله عنها- بالجواز، وسوف يأتي ذكرها.

3. قياس مسألة "ضعف وتعجل" على مسألة "آخرني وأزيدك"، بجامع أن كلاً منهما جعل للأجل ثمناً، أي أنه لما زاد له في الزمان زاد له في العوض، ولما حط عنه من الزمان حط عنه من العوض⁴.

يقول الإمام ابن عبد البر -رحمه الله-: إن من وضع من حق له لم يحل أجله لينتظره، فهو منزلة من أخذ حقه بعد حلول أجله لزيادة يزدادها من غريمه لتأخره، ذلك لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزار الأمد الساقط، والزائد بدلاً وعوضاً يزداده الذي يزيد في الأجل، ويسقط عن الذي يتعجل الدين قبل محله، فهذا وإن كان أحدهما عكس الآخر، فهما مجتمعان في المعنى الذي وصفناه⁵.

ويقول صاحب بداية المجتهد: "ووجه الشبه أنه جعل للزمان ثمناً في كلتا الصورتين، فصورة ضع وتعجل تشبه صورة آخرني وأزيدك"⁶.
وما كان لهذا القياس من أقوى أدلة المانعين، إلا أنه يمكن أن يحاب عنه بالآتي:

أ - إن مسألة "ضعف وتعجل" هي عكس الربا، فإن الربا يتضمن الزيادة في أحد العوضين

1 المبسوط 31/21 دار المعرفة، مصنف عبدالرزاق 8/75-71، المخلص لابن حزم 79-77/8، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لابن حجر 130/4.

2 المبسوط 31/21، فتح القدير 7/395-396، أحكام القرآن للحصاص 1/467، المتنقى 5/64-65، بداية المجتهد 2/155 مكتبة الكليات الأزهرية.

3 الاستذكار 20/256 دار قتبة.

4 المبسوط 31/21، فتح القدير 7/395-396، أحكام القرآن للحصاص 1/467، المتنقى 5/64-65، بداية المجتهد 2/155 مكتبة الكليات الأزهرية.

5 الاستذكار 20/256 دار قتبة.

6 بداية المجتهد 2/155.

في مقابلة الأجل، ومسألة "ضع وتعجل" تتضمن براءة ذمة المدين من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل، فالعوض الذي سقط إنما هو في مقابلة سقوط بعض الأجل، فلم يكن هنا ربا لا حقيقة ولا لغة ولا عرفا، إذا الربا إنما هو الزيادة مطلقا، ومسألة "ضع وتعجل" فيها النقص في الأجل والعوض¹.

وأكده هذا الإمام ابن عبد البر في النقل السابق عندما قال: "...فهذا وإن كان أحدهما عكس الآخر...", مما يجعلنا أن نقول بأن همما حكمين مختلفين.

ب - إن الربا فيه زيادة لشغل ذمة المدين، فقول الدائن: "إما أن تقضي أو تربى"، أو قول المدين: "آخرني وأزيدك" فيه إرهاق للمدين بزيادة الدين الذي يشغل ذمته، أما في مسألة "ضع وتعجل" فإن فيها إبراء لذمة المدين وذلك بإسقاط جزء من الدين مما يتربى عليه مساعدة وإعانة المدين في قضاء دينه.

ج - إن هذا القياس هو من باب قياس الشبه كما صرحت به صاحب بداية المجهود، ووجه الشبه أنه جعل للزمان ثنا في كلتا الصورتين، إلا أنها نقول إن قياس الشبه من الأقىسة المختلف فيها بين العلماء، فلا حجة فيه، لأن الجمهور أنفسهم قد اختلفوا في مدى حجيته. كما أنها لا يمكننا اعتبار هذا القياس قياس علة، لأن الاعتراض عن الأجل لا يصلح أن يكون علة للحكم، لأن الأجل ليس في كل الأحوال لا يجوز الاعتراض عنه، وإلا أدى ذلك إلى منع البيع الأجل والبيع بالتقسيط.

د - مما يؤكّد مخالفة صورة "ضع وتعجل" لصورة "آخرني وأزيدك" ما قاله الإمام الباجي - رحمه الله -: "وقد يفترقان فيما قدمناه من أن الذي لم يحل أجله يجوز أن يأخذ من غير جنس دينه معجلاً ما قيمته أقل من قيمة دينه، والذي يؤخر بعد الأجل لا يجوز أن يؤخره على أن ينقله إلى غير جنسه، سواء أكان في مثل قيمته أم أقل أم أكثر، لأن الذي يتبعجل قبل الأجل من غير جنسه تبرأ الذمّتان ويتحجّر ما بينهما، والذي يؤخر بعد الأجل وينقل

1 إعلام الموقعين 3/359-357 دار الجليل.

دينه إلى غير جنسه تبقى ذمة الذي عليه الحق مشغولة ويتقل ما يشغل به إلى غير الجنس الأول فيصير فسخ دين في دين، وذلك غير جائز".¹

4. إن مسألة "ضع وتعجل" تؤدي إلى جهالة الثمن، فإذا كانت مشروطة بين المتعاقدين فإن الدائن لا يعرف كم سوف يتناقضى من دينه، كما أن المدين بحسب ما يتوفى لديه من سيولة، فإنه لن يعرف مقدار الدين الذي سوف يوفيه للدائن.

وهذا الأمر بدأ يتكرر في أوساط طلبة العلم، ولذلك نقول إن "ضع وتعجل" إذا كانت مشروطة بين الطرفين لا تؤدي إلى جهالة الثمن بين المتعاقدين لعدة أسباب:

أ - إن الثمن في العقد محدد بين الطرفين، وهو معلوم عندهما، فالدائن حدد قيمة الدين، والمدين يعرف تماماً مقدار الدين الذي يجب سداده، وإنما يصبح الثمن مجهولاً إذا كان المدين ملزماً بالسداد المبكر والدائن ملزم بتخفيض قيمة من غير تحديد موعد للسداد، إلا أنه في صورتنا فإن المدين ليس ملزماً بالسداد المبكر، وإنما هو أمر اختياري بالنسبة له متى ما أراد، فالدين ثابت في ذمته وهو محدد ومعلوم.

وهو شبيه بوضع الجواح في الشارع اشترط أن يضع الدائن الثالث من دينه إذا أصابت الجائحة المدين، وهو من الشروط الشرعية، وتوقع حدوث الجائحة مستمر مع استمرار العقد، فهل أدى ذلك على جهالة الثمن.

بل الأمر بالحط من الدين بقدر الثالث يعني أن الدين معلوم، لذلك عرفنا مقدار ثلث الدين. وكذلك في مسألة "ضع وتعجل" فإن انفاق الدائن والمدين من الحط بقدر 10% مثلاً عند السداد المبكر يعني أننا نعلم مقدار الدين، حتى نعرف مقدار 10% منه.

ب - لو اختلف المتعاقدان بسبب إخلال أحدهما في الشروط في العقد، ثم توجهها إلى المحكمة لكي يفصل القاضي بينهما، لا يحكم القاضي بالدين المحدد في العقد لصالح المدين مع وجود شرط تخفيض الدين في العقد، أي أن الدين معلوم للطرفين، وهو أيضاً معلوم

1. المتنى للباقي / 5-64.

للقاضي إذا رفع إليه.

ج - إن الدائن اليوم مثلاً بالبنوك والشركات، وهي تثبت الدين المتفق عليه بين الطرفين في حساباتها، فهو ليس مجهولاً عندهم، وكذا لو كان المدين بنكاً أو شركة فإن الدين يقيد في حساباتهم بحسب ما اتفق عليه في العقد، فهو معلوم لديهم وليس بمجهول بسبب الاتفاق على الحط من الدين عند السداد.

د - إن ذمة المدين مشغولة بمقدار الدين المتفق عليه عند العقد، والدليل على ذلك أن الزكاة تجب على الدائن بمقدار ما ثبت في العقد، كما أن المدين يخفيض وعاءه الزكوي بسبب الدين الذي عليه وهو محدد ومعلوم.

القول الثاني: الجيز لـ"ضع وتعجل" بالشرط بين الطرفين، وذهب إليه الإمام ابن تيمية وابن القيم وهو وجه عند الشافعية وقول عند الحنابلة، وذهب إليه أيضاً الإمام زفر من الحنفية، وهو ما قال به ابن عباس -رضي الله عنهما¹.

واستدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة:

1. ما روى عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: لما أمر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بإخراج بني النضير من المدينة، أتاه أناس منهم فقالوا: إن لنا ديونا لم تحل فقال -صلى الله عليه وسلم-: "ضعوا وتعجلوا"².

أ - وأجيب عن هذا بأن الحديث مداره على مسلم بن خالد وهو ضعيف.
ورد ذلك: بأن مسلم بن خالد الرنجي مختلف فيه، فهناك من وثقه وهناك من ضعفه إلا أنه لم يتم بالكذب، قال ابن حجر: "فقيه صدوق كثير الأوهام"، وعن يحيى بن معين أنه ثقة، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال أحد بن عدي: حسن الحديث وأرجو أنه لا بأس به، وقال

1 الأم للشافعي 344/9 دار الكتب العلمية، المهدب 1/311 دار المعرفة، المجموع 13/172 المكتبة السلفية، الإنصاف 5/236 دار إحياء التراث العربي، الفروع 4/55-56 عالم الكتب، المبدع 4/273-280، الاختيارات الفقهية 134 دار المعرفة، إغاثة اللهفان 14-11/2.359-357/3 الباجي الحلي، إعلام الموقعين

2 رواه البيهقي في السنن 6/27-28، الدارقطني في سننه 3/46 والحكم في المستدرك 5/2

عبدالرحمن بن حاتم: "الزنجبي إمام في الفقه والعلم"، وقال ابن حبان في كتاب الثقات: كان من فقهاء أهل الحجاز منه تعلم الشافعى الفقه، وإياه كان يجالس قبل أن يلقى مالك بن أنس، وكان مسلم بن خالد يخطئ أحياناً، وقال عبدالله بن أحمد بن حنبل: قال أبي: مسلم بن خالد الزنجبي كذا وكذا، وعن يحيى بن معين وأبو جعفر النفيلي وأبو داود: ضعيف، وقال علي بن المدينى: ليس بشيء، وقال البخاري منكر الحديث^١.

ب - إن هذا الحديث قبل نزول آية الربا، حيث إن إجلاء بنى النضير كان في السنة الثانية من الهجرة وذلك قبل نزول حرمة الربا.²
إلا أن أصحاب القول المحيز بأن صورة "ضع وتعجل" ليست من صور الربا، فلا نسخ في هذه الحالة.

2. ما روي عن أبي قتادة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيمة فلينظر معسراً أو ليضع عنه"، كذا روي عن أبي اليسر صاحب النبي - صلى الله عليه وسلم -: "من أحب أن يظله الله في ظله فلينظر معسراً أو ليضع عنه"³. إلا أنه قد يرد عليه: بما إذا لم يكن مشروطاً بين المتعاقدين.

3. أنه ثبت عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه أجاز "ضع وتعجل"، فقد سئل ابن عباس عن الرجل يكون له الحق على الرجل على أجل، فيقول: عجل لي وأضع عنك، فقال: لا بأس بذلك.

وقال ابن عباس -رضي الله عنهمَا- "إِنَّ الْرِبَا أَحَرُّ لِي وَأَنَا أَزِيدُكُ، وَلَيْسَ عَجْلًا لِي وَأَضْعَفُ عَنْكُ".⁴

٤. إن ربا الجاهلية المتفق على حرمته أن يقول "أنظرني وأزيدك"، وهذا يتضمن الزيادة في

1 تقریب التهذیب لابن حجر 245.

2 المسقط للشخص، الاستذكار 265/21، 31/21

3 مصنف عبد الرزاق 8/71-71، شرح مشكلا الآثار .61/11

السنن الكبيرى للبيهقى 4/28

الأجل والدين، وذلك إضرار محض بالغريم ونفع محض للدائن، أما في مسألة "ضع وتعجل" فإن فيها إبراء لذمة الغريم من الدين، كما لا يوجد نفع محض للدائن ، فمسألة "ضع وتعجل" ضد الربا صورة ومعنى، والربا في اللغة الزيادة، وهذا المعنى غير موجود في "ضع وتعجل" ، إذ فيها نقص في الأجل والدين¹.

من هذا العرض السابق يتبيّن أن مسألة "ضع وتعجل" هي من المسائل الخلافية بين الصحابة -رضوان الله عليهم- كما أنها من المسائل الخلافية بين الفقهاء -رحمهم الله-، وهي مما يسوغ فيها الاجتهاد، إذ إن كل دليل يعرضه أحد الفريقين ليس قاطعا في المسألة. ولذلك أقول إن الحط من الدين بالإجمال مرغب فيه بالشرع وذلك عده صور منها:

أ - الوضع من الدين إذ حل الأجل:

والأصل في مشروعية ذلك حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال: إن أبي قُتُل يوم أحد شهيداً وعليه دين، فاشتد الغرماء في حقوقهم، فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - فسألهم أن يقبلوا ثمر حائطي ويحللوا أبي فأبوا، فلم يعطهم النبي - صلى الله عليه وسلم - حائطي، وقال: سنجدون عليك، فغدا علينا حين أصبح، فطاف في النخل ودعا في ثمرها بالبركة، فجددتها وقضيتها وبقي لنا من ثمرها².

فهذا الحديث يدل على وضع الدين، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - سألهم أن يقبلوا ثمر حائطي جابر -رضي الله عنه- وهو لا شك أقل من قيمة الدين بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - دعا له بالبركة فوفاهم جابر الدين كله. ولذلك عنون البخاري -رحمه الله- لهذا الباب بقوله: "إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز".

ب - الوضع عن المشتري في الجواب:

والأصل فيها حديث أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- قال: أصيّب رجل على عهد

1 إغاثة اللهفان 14-11/2، إعلام الموقعين 3/357-359.

2 رواه البخاري في كتاب المناقب بباب علامات النبوة، وفي كتاب الصلح بين الغرماء وأصحاب الميراث.

رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في ثمار ابتعاه، فكثُر دينه، فيقال تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاة دينه، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لغرمائه خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك". وهذا الحديث رواه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين.

ج - إن الحط من الدين موافق لقواعد الشرع من عدة طرق:

1. التجاوز عن المعسر.

2. الصلح بين المسلمين.

3. من حسن الاقتضاء.

4. زيادة الإرفاق بالمستقرض.

يقول الكمال: " وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدانية لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوف بعض حقه وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم فصالحة على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف جياد فصالحة على خمسمائة زيف جاز، وكأنه أبدأه عن بعض حقه، وهذا لا يتحرى تصحيحة ما أمكن، ولا وجه لتصحيحة معاوضة؛ لإفضائه إلى الربا، يجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الأولى، وللبعض والصفة في الثانية"¹.

فالصلح مرغب فيه بالشرع، فقد روي أن كعب بن مالك -رضي الله عنه- تقاضى من أبي حدرد دينا له عليه في عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- في المسجد، فارتقت أصواتهما حتى سمعها النبي -صلى الله عليه وسلم- وهو في بيته، فخرج حتى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالك فقال: يا كعب، فقال: ليك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر، فقال

كعب: قد فعلت، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: قم فاقضه"².

ولذلك اتفق الفقهاء على أن من أقر لآخر بدین کان يكون له عليه ألف دينار فصالحة

1 فتح القدير 7-395-396، تبين الحقائق 41/5

2 رواه البخاري في كتاب الصلح باب الصلح بالدين والعين.

منه على خمسينات أن ذلك جائز، إلا أنهم مع تقريرهم بأن الصلح لا يجري عليه أحکام المعاوضة فإنهم قالوا: لو أنه له ألف مؤجلة فصالحة على خمسينات حالة فإن ذلك لا يجوز (وهي مسألة ضع وتعجل) وعللوا ذلك بأن القدر الذي حطه إنما هو عوض عن تعجيل ما في ذمته فأجرروا عليها أحکام المعاوضة مع أن الصلح مبناه على الرفق والتبرع، ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن الصلح عن بعض المؤجل حالاً جائز، لأن فيه إرفاق وبراءة للذمة¹ وهو مقصود الصلح.

ولو قلنا صورة "ضع وتعجل" بأن صالحه عن ألف حالة بخمسينات مؤجلة فقد ذهب الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة وهو ما اختاره ابن تيمية وابن القيم إلى صحة هذا الخط والتأجيل، بل اعتبروا ذلك من المعروف وحسن الاقتضاء².
وذهب الشافعية وهو الأصح عند الحنابلة إلى أن الخط صحيح والأجل باطل، فيكون عليه خمسينات حالة، لأنه سامح بمحظ البعض عن طيب نفسه³.

مع أن ما قيل في هذه المسألة يمكن أن يقال في مسألة الصلح عن المؤجل ببعضه حالاً.

- حكم اشتراط الخط من القرض:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

الأول: وهو المذهب عند الحنابلة ووجهه عند الشافعية أن شرط النقص كشرط الزيادة، لأنه يؤدي إلى عدم المماثلة فيما هي شرط فيه، فشرط النقصان يخرج القرض عن مقتضاه فلم يجز كشرط الزيادة⁴.

الثاني: وهو وجه عند الشافعية وقول عند الحنابلة أن شرط النقص جائز؛ لأن القرض جعل

1 المبدع 279/4.

2 البحر الرائق 259/7، فتح الديار 401/7، حاشية الخرشفي 289/6، جواهر الإكيليل 107/2، المبدع 280/4، إعلام الموقعين 359-357/3.

3 معنى المحتاج 178/2-179، المبدع 280/4، كشف النقاب 392/4.

4 المغني مع الشرح 363/4، الإنفاق 133/5، المجموع شرح المهدى 172/13.

رفقا بالمستقرض، وشرط الزيادة يخرج القرض عن موضوعه، وهو الإحسان فلم يجز، أما شرط النقص لا يخرج القرض عن موضوعه فجاز¹.

ولذلك صرح المالكية بأمور تشرط في القرض منها: أن لا تجر نفعاً للمقرض كأن يشترط رد شيء عفن بسلام، ومبول بيابس، فإن وجدت القرينة على قصد نفع المقترض فإنه يجوز في جميع المسائل السابقة².

وعلى هذا فإن شرط الحط من الدين المؤجل إذا تم تعجيل سداد إما أن يعتبر من باب صلح الحطيفة فلا نجري عليه أحکام المعاوضات، أو اعتباره كشرط النقص في القرض إذا انتفت تهمة انتفاع الدائن الحصة من تعجيل السداد. وما يجري في المعاملات المعاصرة اليوم تغلب فيه منفعة المدين على منفعة الدائن في مسألة "ضع وتعجل" وفيها إرفاق بهم، وإبراء لذمتهم، بينما يشعر الدائن بأن ذلك يعتبر خسارة له. ولذلك يعتبر منع جمهور الفقهاء من باب سد الذريعة الذي يعتبر من باب تحريم الوسائل وليس من باب تحريم المقاصد، فمقصد الشرع أنه يت Shawf لإبراء الذمة والإحسان بين المسلمين، والصلح وقطع دابر النزاع بينهم، فمتي انتفت التهمة من استفادة الدائن من ذلك فلا مانع منه.

ولذلك يقول الإمام ابن عابدين رحمه الله: "قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول أو مات فحل بموته، فأخذ من تركته، لا يأخذ من المراحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام، وهو جواب المتأخرین. وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندي مفتی الروم، وعلله بالرفق للجانبين". قال ابن عابدين: "إن الدين إذا كان مؤجلاً فقضاه المديون قبل حلول الآجل يجبر الدائن على القبول... والظاهر أن مثله ما لو أقرضه وباعه سلعة بثمن معلوم وأجل ذلك، فيحسب له من ثمن السلعة بقدر ما مضى فقط، وعمل الحانوي ذلك: بالتبعاد عن شبهة الربا، لأنها في باب الربا ملحقة بالحقيقة، ووجه أن الربح في مقابلة الأجل؛ لأن الأجل وإن لم يكن

1 المراجع السابقة.

2 جواهر الإكليل 76/2

مala ولا يقابلها شيء من الثمن، لكن اعتبروه مالا في المراححة إذا ذكر الأجل مقابلة زيادة الثمن، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول كان أخذه بلا عوض¹.

القسم الثالث: إلزام الجهات الرقابية للبنوك الإسلامية بالحط من الدين عند السداد

المبكر:

قامت الجهات الرقابية ممثلة بالبنوك المركزية بإصدار تعليمات لجميع البنوك الإسلامية منها والتقليدية، بأن تلتزم بالحط من الدين إذا قام العميل بسداد التزاماته مبكراً أي قبل حلول أجلها. وألزمت الجهات الرقابية البنوك بأن تضمن ذلك في سياساتها وإجراءاتها، ولم تشرط على البنوك أن ينص على ذلك في العقود التي تبرم ما بين البنوك وعملائها.

- مبررات الجهات الرقابية لهذه التعليمات:

أ. المساواة بين عملاء البنوك، حيث لوحظ من البنوك المحاباة لبعض العملاء دون البعض، فإذا كان هذا العميل لديه معارف في البنك، أو لديه حظوظ عند البنك بأن كان من كبار عملاء البنك، فإن البنك يقوم بالحط من الدين، وإن لم يكن كذلك فلا يوافق البنك على الحط من الدين، كما أنه عند موافقة البنك على الحط من دينهم تختلف نسبة ذلك الحط بمقدار حظوظ المدين.

ب. جاءت التعليمات بالنص على ثلاثة حالات يجب على البنك أن يحيط من قيمة دينهم إذا قاموا بالسداد مبكراً وهم:

1. المتقاعدون: وهو من يتყاعد من عمله بعد أن أمضى مدة في عمله، فعند تقاعده فإنه يحصل على مكافأة نهاية الخدمة، فإذا رغب بسداد التزاماته فإنه يجب على البنك أن يحيط باقي أرباح المعاملة.

2. المتعثرون: وهو من أخذ تمويلاً من البنك وفق اشتراطات البنك المركزي لمنح التمويل إلا أنه لا يستطيع الاستمرار بدفع التزاماته بالشروط الحالية للاقتراض، فمثلاً: يلزم

1 حاشية ابن عابدين 489

البنك المركزي الكويتي البنك بعدم منح العملاء قويلاً بأكثر من 40% من دخل الفرد، فلنفترض أن شخصاً كان قسطه 500 دينار ويرغب بتحفيض قيمة القسط حتى يستطيع الاستمرار بدفع الدين، فإن البنك سوف يوفر له تورقاً يسدد فيه المديونية السابقة، وينشأ عليه دين جديد قدر قسطه 300 دينار، ففي هذه الحالة يجب على البنك أن يسقط باقي أرباح المعاملة الأولى التي قام العميل بسدادها من محصلة التورق، حتى لا يربح البنك من العميل مرتين، مرة من المعاملة الأولى، ومرة ثانية من المعاملة الجديدة.

3. من يرغب بالتحول لبنك آخر: بأن كانت خدمات البنك الحالي سيئة أو تعامل البنك مع العميل لم يكن جيداً، أو لرغبة الحصول على خدمات أفضل من بنك آخر، فيقوم العميل بالحصول على تورق من بنك آخر لسداد جميع التزامات العميل لدى البنك الحالي، فإن هذا البنك ملزم بالحط من الدين.

ولم تلزم البنوك المركزية أن تقوم البنوك بالحط من الدين لعميل لا يكون من تلك الفئات.

أي أن الإلزام لم يكن مطلقاً بحسب التعليمات الصادرة عن بنك الكويت المركزي.

- هل للجهات الرقابية الإلزام بالحط لصالحة راجحة:

قلنا إن مسألة "ضع وتعجل" تعتبر من المسائل الخلافية التي يسوغ فيها الاجتهاد، وعليه هل حكم الحاكم مثلاً بالبنك المركزي يرفع الخلاف؟

نقصد برفع الخلاف، أن المسائل التي اختلف فيها الفقهاء وحكم الحاكم فيها بحكم، فإن حكمه يفصل بالنزاع والخلاف الذي وقع، ويُسد بباب الخصومة، ولا يعني بأن الخلاف ارتفع فلا يسوغ فيها الخلاف.

ووهذه المسألة ذهب فيها الإمام ابن تيمية رحمه الله إلى عدم رفع حكم الحاكم للخلاف يقول رحمه الله: "فعلماء المسلمين الكبار لو قالوا بمثل قول الحاكم لم يكن لهم إلزام الناس بذلك إلا

حجّة شرعية لا بُعدَ حكمهم¹.

إلا أن عامة الفقهاء على خلاف على تفصيل بينهم ما إذا كانت في مسائل القضاء أو العبادات أو الأمور العامة فيما فيه مصلحة. وسوف أنقل بعض النصوص التي تبين أن حكم الحاكم يرفع الخلاف على وجه الإجمال.

يقول الإمام القرافي -رحمه الله- في الفرق السابع والسبعين: بين قاعدة الخلاف يتقرر في مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم، وبين قاعدة مسائل الاجتهاد يبطل الخلاف فيها ويتعين قول واحد بعد حكم الحاكم: "وذلك القول هو ما حكم به الحاكم على الأوضاع الشرعية، اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالف عن مذهب مذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء"².

ويقول الشيخ علیش: (ورفع) أي حكم الحاكم في نازلة فيها أقوال للأئمة بقول منها، فيرفع (الخلاف) أي العمل والفتوى في عين تلك النازلة التي حكم فيها بغير ما حكم به فيها³. كما جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (1801): القضاء يتقييد ويتحصّص بالزمان والمكان، واستثناء بعض الخصومات... وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما رأيه الناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق، فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه.

ويقول الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله-: "والاجتهاد الإسلامي قد أقر لولي الأمر العام من خليفة أو سواه أن يجعّد من شمول الأحكام الشرعية وتطبيقاتها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرح فقهاؤنا، وفقا لقاعدة "المصالح المرسلة" وقاعدة "تبديل الأحكام بتبدل الزمان"، ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد بأن السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي أي قابل

1. مجموع الفتاوى 383/35

2. الفروق 179

3. مع الجليل 352/8

للاجتهداد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعا".¹

ثم قال: "إن ولي الأمر الذي ليس بعلم مجتهد، لا يكون لأوامره وزن شرعي إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم وموافقتهم".²

ومن ذلك يتبين أن حكم الحاكم يرفع الخلاف بشروط:

1. أن لا يعارض الحكم نصا من النصوص القطعية.

2. أن يكون الحاكم من أهل العلم أو أن يصدر بعد مشورة العلماء.

3. أن تكون المسألة من مسائل الاجتهداد.

4. أن يتحقق حكم الحاكم مصلحة معترفة.

وعلى ما سبق ذكره فإن الجهات الرقابية لها أن تصدر تعليمات تحقق المصلحة وفق الشروط السابقة.

- هل يختلف الإلزام من الجهة الرقابية عن الاشتراط العقدي برضاء طرفين المدانية؟

إن التعليمات الصادرة من البنوك المركزية لم تلزم البنوك بتضمين الحط من المديونية عند السداد المبكر في عقودها، وإنما طلبت أن يكون ذلك من ضمن السياسات والإجراءات في البنك.

وأعتقد أن إلزام الجهة الرقابية يختلف عن الإلزام العقدي، أي بوضعه شرطا في صلب العقد بين الطرفين، وذلك أن الإلزام العقدي أي بوضعه شرطا في صلب العقد، يجعل البنك ملتزما بهذا الشرط حتى لو غيرت الجهة الرقابية تعليماتها، لأن تغيير الشرط يجب أن يتم بعد موافقة الطرف الآخر في العقد. بينما طلب الجهة الرقابية تضمين ذلك في السياسات والإجراءات وعدم ذكرها في العقد يجعل البنك غير ملزم بها في حالة أن غيرت الجهة الرقابية تعليماتها.

1 المدخل الفقهي العام 215/1

2 المرجع السابق 222/1

كتبه الفقير إلى عفو ربه

أ.د. عصام خلف العنزي

البحث الثاني

ضـع وـتـعـجـل

فـي العـقـود بـيـن الـمـؤـسـسـات الـإـسـلـامـيـة وـالـعـمـلـاء

إـعـدـاد

أـدـبـ سـيـدـ مـحـمـدـ الطـبـطـبـائـيـ
رـئـيـسـ الـهـيـئـةـ الشـرـعـيـةـ لـبـيـتـ التـموـيلـ الـكـوـيـتيـ
٢٠١٩ـ مـ

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد كانت البنوك الإسلامية والمؤسسات المالية الإسلامية في الكويت منذ تأسيسها لا تلتزم بقاعدة: "ضع وتعجل"، ولا تتنص عليها في عقودها، فمن يعدل بسداد الالتزام المالي تجاه البنك، فلا يحط عنه شيء، إلا بتنازل من البنك أو المؤسسة المالية من غير شرط أو وعد.

حتى أصدر البنك المركزي الكويتي بتاريخ ٢٠١٨/١١/١١ م تعليماته على شكل قواعد وأسس منح البنوك الإسلامية وشركات الاستثمار وشركات التمويل التي تعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، لعمليات التمويل الشخصي للأغراض الاستهلاكية والإسكانية وإصدار بطاقات الائتمان، وقد ورد في الصفحة رقم (١٣) ما نصه:

"في حالة رغبة العميل في الحصول على التمويل الجديد من جهة مانحة أخرى، وفق الشروط أعلاه، تلتزم الجهة المانحة للتمويل القائم بقبول السداد المبكر من الجهة المانحة الأخرى، ويراعى أن يتم التعاقد الجديد وفقاً لصيغ الإقراض/ التمويل المعمول بها لدى الجهة المانحة الجديدة".

- وفي جميع الأحوال المشار إليها في البنود (أ ، ب ، ج) أعلاه، فإنه إذا ما ترتب على هذه العمليات سداد مبكر للتمويل القائم أو جانب منه ، تلتزم الجهة المانحة بالتنازل عن مقدار العائد المستحق عن الفترة المتبقية من أجل التمويل الذي تم سداده، إعمالاً لقاعدة: "ضع وتعجل".

ولما كان الأثر المترتب على القرار، عدة أمور منها:
أولاً: الإلزام بتنازل الجهة المانحة للتمويل عن جزء من الربح:
لما كانت طبيعة القرارات الصادرة من البنك المركزي أنها ملزمة للبنوك وشركات الاستثمار وشركات التمويل التي تعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فيجب على هذه المؤسسات المالية الإسلامية الالتزام بها، وفي حالة عدم الالتزام بها تتعرض للعقوبات من البنك المركزي.

ثانياً: أن هذه التعليمات التي تتناول الديون على العملاء قبل حلول الأجل كما هو في عبارة : "العائد المستحق عن الفترة المتبقية من أجل التمويل".

ثالثاً: إلزام البنوك بالاستجابة لرغبة العميل بالسداد المبكر، وعدم الامتناع عن رغبته في السداد المبكر.

رابعاً: الإلزام بقبول السداد المبكر من مانح التمويل (طرف ثالث).

خامساً: الإلزام بقاعدة : "ضع وتعجل" مع العملاء في حالة السداد المبكر.

سادساً: اعتبار الزمن في الربح على السلع في البيوع بالتقسيط.

سابعاً: اعتماد قاعدة الزمن المتبقى وتقسيمه على المدة للأقساط في اسقاط جزء من الربح، حيث تم اعتبار الربح على السلعة مقسماً على زمن السداد، ووضع الربح عن الزمن المتبقى، ومثال ذلك:
إذا باع البنك الإسلامي سلعاً بالأجل لخمس سنوات بربح خمسينية على قيمة السلعة، فإنه في حالة السداد بعد سنة يخصم أربعينية.

فسوف نناقش هذه التعليمات من الناحية الفقهية ، مع بيان الراجح في المسألة.

والله الموفق إلى كل خير، والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول الخلاف الفقهي في (ضع وتعجل)

أولاً: مفهوم قاعدة: ضع وتعجل

قيل: هي أن يكون عليه دين لم يحل فيجعله قبل حلوله، على أن ينقص منه ومثل ذلك أن يجعل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر، وأن يأخذ قبل الأجل بعضه عيناً وبعضه عرضاً^(١)

وقيل: أن يكون لرجل على آخر دين مؤجل فيقول المديون لصاحب الدين: ضع بعض دينك وتعجل الباقي، أو يقول صاحب الدين للمديون: عجل لي بعضه وأضع عنك باقيه^(٢)

وقيل: أن يكون لشخص على آخر دين إلى أجل فيسقط بعضه ويأخذ بعضه، مثل أن يكون عليه مائة درهم إلى شهر، فيقول له رب الدين عجل لي خمسين وأنا أضع عنك خمسين^(٣).

ثانياً: الخلاف في ضع وتعجل تحرير محل النزع:

قال القرافي: إنما يكون ضع وتعجل إذا حط من صنف ما عليه ويعجل باقيه^(٤).

قال ابن جزي: ويجوز ذلك كله بعد الأجل باتفاق، ويجوز أن يعطيه في دينه عرضاً قبل الأجل وإن كان يساوي أقل من دينه^(٥).

وقال ابن بطال: اتفق العلماء أنه إن صالح غريمه عن دراهم بدراهم أقل منها أو عن ذهب بذهب أقل منه أنه جائز إذا حل الأجل، وإن أخره بذلك؛ لأنه حط عنه وأحسن إليه ولا يدخله دين في دين ، وقد قال - ﷺ - : (من أنظر معسراً أو وضع عنه تجاوز الله عنه)^(٦).

(١) القوانين الفقهية (١٦٧).

(٢) فتاوى السبكي (٣٧٠).

(٣) كفاية الطالب (٢١٣/٢).

(٤) الذخيرة (١١/٥).

(٥) القوانين الفقهية (١٦٧).

(٦) شرح البخاري (١٠٣/٨).

أقوال العلماء في ضع وتعجل:

القول الأول: المنع مطلقاً سواء بشرط أو بغير شرط.

قال مالك: والأمر المكرورة الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل فيضاع عنهطالب ويجعله المطلوب وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريميه ويزيد الغريم في حقه قال: فهذا الربا يعنيه لا شئ فيه قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل فإذا حلت قال له الذي عليه الدين يعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقداً بمائة وخمسين إلى أجل: هذا بيع لا يصلح ولم ينزل أهل العلم بيتهون عنه قال مالك: وإنما كره ذلك لأن الله إنما يعطيه ثمن ما باعه يعنيه ويؤخر عنه المائة الأولى إلى الأجل الذي ذكر له آخر مرّة ويزداد عليه خمسين ديناراً في تأخيره عنه فهذا مكرورة ولا يصلح وهو أيضاً يشنه حديث زيد بن أسلم في بيع أهل الجاهلية أنهم كانوا إذا حلت دينهم قالوا للذى عليه الدين أما أن تقضي وإنما أن تربى فإن قضى أخذوا وإن زادوهم في حقوقهم وزادوهم في الأجل.^(٧)

قال القرطبي: قد بين مالك - رحمه الله - أن من وضع من حق له لم يحل أجره يستعجله فهو بمنزلة من أخذ حقه بعد حلول أجره لزيادة يزدادها من غريميه لتأخيره ذلك لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزاء الأمد الساقط والزائد بدلاً وعوضاً يزداده الذي يزيد في الأجل ويسقط عن الذي يعدل الدين قبل محله فهذا وإن كان أحدهما عكس الآخر فهما مجتمعان في المعنى الذي وصفنا^(٨).

(٧) الموطأ (٦٧٣/٢).

(٨) الاستذكار (٤٨٨/٦).

قال السبكي: قال مالك رحمه الله: هو باطل مطلقاً سواء جرى بشرط أم بغير شرط؛ للتهمة، وذلك قاعدة مذهبها^(٩).

قال الباقي: من له مائة مؤجلة فأخذ خمسين قبل الأجل، على أن يضع خمسين، لم يجز؛ لأنَّه اشتري مائة مؤجلة بخمسين معجلة، فدخله النساء والتفاصل في الجنس الواحد.^(١٠)

وقال محمد المالكي: إنَّ كان الدين غير حال منعت هذه الأربع المذكورة لما فيه من ضع وتعجل المؤدي إلى سلف جر نفعاً، لأنَّ المعجل لما في الذمة مسلف على المشهور، فقد سلف حيث عجل قبل الأجل وانتفع بدفع قليل في كثير أو أرداً عن أفضل.^(١١)

وقال النفراوي: إِنَّمَا امْتَنَعَ لِأَدَائِهِ إِلَى سَلْفٍ جَرَّ نَفْعاً بِيَاهُ أَنْ مِنْ عَجَلَ شَيئاً قَبْلَ وُجُوبِهِ يُعَدُّ مُسَلِّفاً لِمَا عَجَلَهُ، لِيَأْخُذَ عَنْهُ بَعْدَ الْأَجَلِ مَا كَانَ فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ جَمِيعُ الدِّينِ، فَإِنْ وَقَعَ وَنَزَلَ رَدًّا إِلَيْهِ مَا أَخَذَهُ وَيَسْتَحِقُّ جَمِيعُ دَيْنِهِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ وَإِنْ لَمْ نَطْلُغْ عَلَيْهِ حَتَّى أَنْقَضَى الْأَجَلُ وَجَبَ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَنْ يَذْفَعَ لَهُ الْبَاقِي الَّذِي كَانَ أَسْقَطَهُ عَنْهُ صَاحِبُ الدَّيْنِ.^(١٢)

ثانياً: أنه بيع وسلف:

قال الزرقاني: بيع وسلف لأنَّه ابتاع السلعة بمائة معجلة وخمسين مؤجلة ليؤخره التي حلَّت ووجوه من الفساد كثيرة.^(١٣)

(٩) فتاوى السبكي (٣٤٠).

(١٠) شرح الزرقاني (٤٠٩/٣).

(١١) شرح ميارة الفاسي (٥٢٤/١).

(١٢) الفواكه الدواني (٩٠/٢).

(١٣) شرح الزرقاني (٤١٠/٣).

القول الثاني: لا يجوز ضع وتعجل إذا كان بشرط :

قال ابن رشد: ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الأمصار. ^(١٤)

قال السبكي: وقال غيره - يعني غير مالك - إن جرى شرط بطل، وإن لم يشترط بل عجل بغير شرط وأبرا الآخر وطابت بذلك نفس كل منهما فهو جائز وهذا مذهبنا. ^(١٥)

وقال الطحاوي: قد كان الشافعي رحمه الله قد أجاز ذلك مرة كما ذكره لنا المزني عنه قال: ولو عجل المكاتب لمولاه بعض الكتابة على أن يبرئه من الباقي لم يجز ورد عليه ما أخذ ولم يعتق، لأنه أبرأه مما لم يبرأ منه.

قال المزني قد قال في هذا الموضع ضع وتعجل لا يجوز وأجازه في الدين. ^(١٦)

قال الطحاوي: أما إذا كان ذلك الوضع والتعجيل ليس واحد منهما مشروطاً في صاحبه، ولكنه على وضع مرجو به التعجيل لبقية الدين فذلك بخلاف الباب الأول ولا يجوز في المعقول بإبطاله بالحكم ولكنه مكروه غير محظوظ بإبطاله كما يكره القرض الذي يجر منفعة، ولا يحكم بإبطاله، لذلك فهذا وجه هذا الباب بإيقاع الصلح على اشتراط التعجيل في الوضع، وفي الوضع المرجو به تعجيل بقية الدين بغير اشتراط له في ذلك الوضع. ^(١٧)

(١٤) بداية المجتهد (٢/٨٠).

(١٥) فتاوى السبكي (٣٤٠).

(١٦) شرح مشكل الآثار (١١/٦٤).

(١٧) شرح مشكل الآثار (١١/٦٤).

أدلة القول الثاني:

١- روي عن المقاداد بن الأسود قال: أسلفتُ رجلاً مائة دينار، ثم خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله ﷺ فقلت له: عجل لي تسعين ديناراً وأحط عشرة دنانير، فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: أكلتَ ربا مقاداد وأطعنته^(١٨).

٢- وعن ابن عمر أنه سأله عن رجل يكون له الدين على رجل إلى أجل، فيضع عنه صاحبه، ويعجل الآخر فكره ذلك ابن عمر ونهى عنه.

ومن طريق آخر عن الربيع بن سليمان المرادي حدثنا عبد الله بن وهب حدثنا سليمان بن بلال حدثنا جعفر يعني ابن محمد عن القاسم بن محمد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً سأله فقال: إن لي ديناً على رجل إلى أجل فأردتُ أن أضع عنه ويعجل الدين لي فقال عبد الله: لا تفعل.^(١٩)

٣- وصح عن أبي المنھال أنه سأله عن رضي الله عنهما قلت لرجل: على دين، فقال لي: عجل وأضع عنك، فنهاني عنه، وقال: نهى أمير المؤمنين يعني عمر أن نبيع العين بالدين.

وعن ابن وهب أن مالكاً أخبره عن عثمان بن حفص بن عمر بن خلدة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجل له الآخر فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه^(٢٠).

(١٨) قال السبكي: رواه البيهقي بسند ضعيف (فتاوی السبکی ٣٤٠)

(١٩) شرح مشکل الآثار (٦٢/١١).

(٢٠) شرح مشکل الآثار (٦٢/١١).

فـعمر رضي الله عنه اعتبر ضع وتعجل عن بيع عين (نقود حالة) بدین (نقود مؤجلة) بأقل منها، واعتبر ذلك منهـي عنه.

٤- وعن يونس قال أـنبـأـنا ابن وهـبـ أن مـالـكـاـ أـخـبـرـهـ عن أـبـيـ الزـنـادـ عن بـسـرـ بنـ سـعـيدـ عن عـبـيـدـ أـبـيـ صـالـحـ مـولـىـ السـفـاحـ أـنـهـ قـالـ: بـعـتـ بـزـأـلـيـ منـ أـهـلـ دـارـ نـخـلـةـ وـمـنـ أـهـلـ السـوـقـ إـلـىـ أـجـلـ ثـمـ أـرـدـتـ الـخـرـوجـ إـلـىـ الـكـوـفـةـ فـعـرـضـواـ عـلـيـ أـنـ أـضـعـ عـنـهـمـ وـيـنـقـذـونـيـ فـسـأـلـتـ عـنـ ذـلـكـ زـيـدـ بـنـ ثـابـتـ فـقـالـ لـاـ أـمـرـكـ أـنـ تـأـكـلـ مـنـ ذـلـكـ وـلـاـ أـنـ تـوـكـلـهـ وـكـمـاـ حـدـثـنـاـ أـحـمـدـ بـنـ الـحـسـنـ أـنـهـ سـمـعـ سـفـيـانـ يـقـولـ أـبـوـ الزـنـادـ عـنـ بـسـرـ بـنـ سـعـيدـ عـنـ زـيـدـ بـنـ ثـابـتـ أـنـهـ سـئـلـ عـنـ ذـلـكـ فـكـرـهـ وـقـالـ لـاـ تـأـكـلـهـ وـلـاـ تـوـكـلـهـ.^(٢١)

٥- قال ابن رشد: عمدة من لم يجز (ضعف وتعجل) أنه شبيه بالزيادة مع النـظـرةـ المـجـمـعـ عـلـىـ تـحـرـيمـهـاـ، وـوـجـهـ شـبـهـهـ بـهـ أـنـهـ جـعـلـ لـلـزـمـانـ مـقـدـارـاـ مـنـ الثـمـنـ بـدـلـاـ مـنـهـ فـيـ الـمـوـضـعـيـنـ جـمـيـعـاـ، وـذـلـكـ أـنـهـ هـنـالـكـ ما زـادـ لـهـ فـيـ الـزـمـانـ زـادـ لـهـ عـرـضـهـ ثـمـنـاـ، وـهـنـاـ لـمـاـ حـطـ عـنـهـ الـزـمـانـ حـطـ عـنـهـ فـيـ مـقـابـلـتـهـ ثـمـنـاـ.^(٢٢)

٦- لأنـ مـنـ عـجـلـ شـيـئـاـ قـبـلـ وـجـوبـهـ عـدـ مـسـلـفـاـ فـكـأـنـ الدـافـعـ أـسـلـفـ رـبـ الـدـيـنـ خـمـسـيـنـ لـيـأـخـذـ مـنـ ذـمـتـهـ إـذـاـ حلـ الـأـجـلـ مـائـةـ فـفـيـهـ سـلـفـ بـزـيـادـةـ فـإـنـ وـقـعـ ذـلـكـ رـدـ إـلـيـهـ مـاـ أـخـذـ مـنـهـ إـذـاـ حلـ الـأـجـلـ أـخـذـ مـنـهـ جـمـيـعـ ماـ كـانـ لـهـ أـوـلـاـ وـهـيـ الـمـائـةـ.^(٢٣)

(٢١) شـرـحـ مشـكـلـ الـآـثارـ (٦٢/١١).

(٢٢) بـداـيـةـ الـمـجـتـهـدـ (١٠٨/٢).

(٢٣) كـفـيـةـ الطـالـبـ (٢١٤/٢).

القول الثالث: الجواز مطلقاً:

قال ابن رشد: أما ضع وتعجل فأجازه ابن عباس من الصحابة^(٢٤)، وسعيد بن المسيب من التابعين^(٢٥)، وزفر من فقهاء الأمصار^(٢٦).

مناقشة نسبة القول بالجواز لابن عباس وسعيد بن المسيب وزفر:

أولاً: ابن عباس:

ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما كان في غير ما شرط في بداية العقد، وذلك لما ورد عن عمر بن طاوس عن أبيه عن بن عباس أنه سُئل عن الرجل يكون له الحق على الرجل فيقول عجل لي وأضع عنك، قال: لا بأس بذلك^(٢٧).

ثانياً: سعيد ابن المسيب:

روي عن أحمد بن عبد الله بن محمد بن علي قال حدثني أبي وحدثني عبد الله بن محمد بن يوسف قال حدثني عبد الله بن محمد بن علي قال أملى علي أبو عمر بن أبي زيد قال حدثني بن وضاح قال حدثني زيد بن البشر قال حدثني بن وهب عن ليث بن سعد عن يحيى بن سعيد قال:

كان الناس يخالفون سعيد بن المسيب في عشر خصال ذكرها سعيد، قال كان الناس وفيها وكان يقول: لا بأس أن تضع من دين لك إلى أجل فيُعجل لك.^(٢٨)

(٢٤) بداية المجتهد (١٠٨/٢).

(٢٥) الاستذكار (٤٨٨/٦).

(٢٦) بداية المجتهد (١٠٨/٢).

(٢٧) بداية المجتهد (١٠٨/٢).

(٢٨) الاستذكار (٤٨٨/٦).

والم صحيح أنه كان يقول بالمنع فقد قال عبد الرزاق وأخبرنا الثوري وبن عيينة عن داود بن أبي هند قال سألت سعيد بن المسيب عن ذلك
فقال تلك الدرارم عاجلة بأجله.^(٢٩)

وسعيد بن المسيب هو الراوي عن ابن عمر قوله: من كان له على
رجل دين إلى أجل معلوم فعدل بعضه وترك له بعضه فهو ربا.^(٣٠)

ثالثاً: زفر:

وأما زفر بن الهذيل قال: هو المصالحة بعد حلول الدين، فقد ذكر الطحاوي عن محمد بن العباس عن يحيى بن سليمان الجحفي عن الحسن بن زياد عن زفر في رجل له على رجل ألف درهم إلى سنة من متاع أو ضمان فصالحه منها على خمس مائة نقداً أن ذلك جائز.

(٢٩) الاستذكار (٤٩٠/٦).
(٣٠) الاستذكار (٤٩٠/٦).

أدلة القائلين بالجواز:

١- قال ابن رشد : عدمة من أجاز ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ لما أمر بإخراج بنى النضير^(٣١) جاءه ناس منهم فقالوا: يا نبي الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله ﷺ: (ضعوا وتعجلوا).

وفي رواية لما أمر النبي ﷺ بإخراج بنى النضير من المدينة جاءه ناس منهم فقالوا: يا رسول الله إنك أمرت بإخراجهم ولهم على الناس ديون لم تحل فقال النبي: (ضعوا وتعجلوا).

درجة الحديث:

اختلف المحدثون في درجة الحديث فقد ضعفه البهقي^(٣٢)، وقال صاحب إغاثة الهاشمي: هو على شرط السنن وقد ضعفه البهقي وإسناده ثقات: وإنما ضعف بمسلم بن خالد الزنجي وهو ثقة فقيه روى عنه الشافعي واحتج به وقال البهقي : باب من عجل له أدنى من حقه قبل محله فوضع عنه طيبة به أنفسهما، وكأن مراده أن هذا وقع بغير شرط^(٣٣).

مناقشة الدليل:

أن الحديث الوارد ليس فيه دليل على الجواز لضع وتعجل مطلقاً، وذلك لما يلي:

أولاً: أنه قبل تحريم الربا:

قال الطحاوي: فإن قال قائل أفتجعلون حديث ابن عباس الذي ذكرتموه في أول هذا الباب حجة لمن أجاز المعنى المذكور فيه على من كرهه فكان جوابنا له في ذلك:

(٣١) قال أبو جعفر وبنو النضير هؤلاء هم أشراف اليهود وكانوا ينزلون المدينة شرح مشكل الآثار (٦٤/١١).

(٣٢) رواه البهقي في السنن الكبرى (٢٨/٦)، وقال السبكي: ضعفه البهقي وغيره، وقال الحاكم صحيح الإسناد (السبكي ٣٤٠)

(٣٣) إغاثة الهاشمي (١٣/٢).

أنه لا حجة فيه عندنا لمن ذهب إلى إطلاق ذلك على من ذهب إلى كراحته، لأنه قد يجوز أن يكون كان من رسول الله ﷺ ما كان منه من ذلك قبل تحريم الله عز وجل الربا ثم حرم الربا بعد ذلك، فحرمت أسبابه، وهذه مسألة في الفقه جليلة المقدار منه يجب أن تتأمل حتى يوقف على الوجه فيها إن شاء الله وهي حطيطة البعض من الدين المؤجل ليكون سبباً لتعجيل بقيته فكره ذلك من كرهه ومن ذكرنا وأطلقه من سواه ومن وصفنا وكان الأصل في ذلك أن الأمر لو جرى في ذلك بين من هو له وبين من هو عليه بالوضع والتعجيل على أن كل واحد منها مشروط في صاحبه كان واضحاً أن ذلك لا يجوز وأنه كالربا الذي جاء القرآن بتحريمه وبوعيد الله عز وجل عليه وهو أن الجاهلية كانوا يدفعون إلى من لهم عليهم الدين العاجل ما يدفعونه إليهم من أموالهم حتى يؤخرها عنهم ذلك الدين العاجل إلى أجل يذكرون في ذلك التأخير فيكونون بذلك مشتررين أجالاً بمالٍ فحرم الله ذلك وأوعد عليه الوعيد الذي جاء به القرآن فكان مثل ذلك وضع بعض الدين المؤجل لتعجيل بقيته في أن لا يجوز ذلك لأنه ابتياع التعجيل بما يتبعه منه بإسقاط بقية الدين الذي سقط منه فهذا واضح أنه لا يجوز^(٣٤).

ثانياً: قلت: أن ما وقع معبني النظير لم يكن شرطاً عند بداية العقد، وإنما هو بعد العقد، وباتفاق الطرفين فيكون موافقاً للقول بالجواز من غير شرط.

ومن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان لا يرى بأساً أن تقول أعدل لك وتضع عنك.

(٣٤) شرح مشكل الآثار (٦٤/١١).

مناقشة الآخر:

وقد سبق بيان أن قول ابن عباس رضي الله عنهمَا في حال الاتفاق بعد العقد، فهو ليس مشروطاً.

فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث.^(٣٥)

وأن هذا ضد الربا فإن ذلك يتضمن الزيادة في الأجل والدين وذلك إضرار محض بالغريم ومسالتنا تتضمن براءة ذمة الغريم من الدين وانتفاع صاحبه بما يتجلّه، فكلاهما حصل له الانتفاع من غير ضرر بخلاف الربا المجمع عليه فإن ضرره لاحق بالمدين ونفعه مختص برب الدين فهذا ضد الربا صورة ومعنى^(٣٦).

(٣٥) الاستذكار (٤٨٨/٦).

(٣٦) إغاثة للهفان (١٣/٢).

المبحث الثاني قرارات المجامع الفقهية والهيئات الشرعية

لقد ذهبت المجامع ولجان الفتوى إلى تحريم التواطىء والإلزام لقاعدة ضع وتعجل، مع مشروعيته من غير اشتراط عند العقد، ومن ذلك ما يلي:

أولاً: مجمع الفقه الإسلامي:

ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في القرار رقم (٦٤ - ٧/٢) لعام ١٩٩٢م أن ضع وتعجل جائزة بشرط ألا تكون باتفاق مسبق، فقد ورد في نص القرار على أنه: "الخطيئة من الدين المؤجل لأجل تعجيله سواء بطلب الدائن أو المدين ف(ضعف وتعجل) جائزة شرعاً، ولا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق، وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية، فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز، لأنها تأخذ حكم حسم الأوراق التجارية".

ثانياً: الأيوبي:

لقد منعت الأيوبي الاتفاق على اشتراط ضع وتعجل في العقد، فورد في المعايير الشرعية في المعيار الشريعي رقم (٨) ٩/٥ ما نصه: "يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد".

وورد في مستند الجواز من غير اشتراط ذلك على أنه: "مستند الجواز التنازل عن جزء من الثمن بتعجيل السداد أن الوضع مقابل التعجيل مصالحة بين الدائن والمدين على أقل من الدين، وهذا من الصلح المشروع، كما ثبت في حديث أبي بن كعب رضي الله عنه ما نصه: "ضع شطر دينك"، وقد صدر بشأنه قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي (٦٤ - ٧/٢).

ثالثاً: لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف بدولة الكويت:

لقد منعت لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف بدولة الكويت ضع وتعجل إذا كان ذلك مشروطاً، فقد ورد في مجموع الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية لعام ٢٠٠٢م، (٢٢٨/١٨)، سؤالاً نصه:

بعض أصحاب الشركات الموردة يتقدمون إلى جمعيتنا التعاونية طالبين الموافقة على قيام الجمعية باستعمال عملية الدفع للمبالغ المستحقة لهم مقابل توريدهم للبضاعة بالجمعية قبل موعد استحقاقها، مقابل الاتفاق على قيام الجمعية بخصم نسبة مئوية من قيمة الشيك تتراوح بين ٢% إلى ٣% وبرضاء الطرفين، وهو ما يسمى بالنظام المحاسبي الخصم المكتسب.

مع إحاطة لجتكم الموقرة بأنه لا يتم الصرف للشركة حسب النظام إلا بعد إحضار براءة ذمة من جميع الأسواق والأفرع التابعة للجمعية بعدم وجود أي توالف أو رواكد لها من البضاعة.

لذا يرجى التكرم بموافقتنا حول مدى شرعية العمل لنظام الخصم المحاسبي المكتسب للسادة الموردين بالجمعية.

فأجابـتـ اللـجـنةـ بـمـاـ يـليـ:

إذا كان حـطـ الدـيـنـ المؤـجلـ مـشـروـطاـ بـتـعـجيـلهـ فـهـوـ مـمـنـوعـ،ـ لأنـهـ مـنـ قـبـيلـ (ـضـعـ وـتعـجلـ)ـ ،ـ أـمـاـ إـذـاـ كـانـ مـنـ غـيرـ شـرـطـ مـلـفـوظـ وـلاـ مـلـحوـظـ،ـ فـهـوـ جـائزـ فـيـكـونـ حـيـنـئـذـ تـبـرـعاـًـ مـنـ الدـائـنـ إـلـىـ الـمـديـنـ،ـ وـعـلـيـهـ فـلـاـ يـجـوزـ لـلـجـمعـيـةـ الـمـسـتـفـتـيـةـ أـنـ تـخـصـ مـقـابـلـ تـعـجيـلـهـاـ الثـمـنـ لـلـبـائـعـ".ـ

رابعاً: الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي:

لقد منعت الهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي ضع وتعجل إذا كان مشروطاً أو ملحوظاً للعميل، ففي محضر رقم (١١) لعام ١٩٩٦م لبيت التمويل الكويتي ورد سؤال :

عرض السؤال المقدم من الشيخ نور الدين جان، المراقب الشرعي لبيت تمويل الأوقاف الكويتي التركي، ونصه:

سُئلت عن رجل باع بضاعة مرابحة لمدة ستة أشهر مثلاً ثم بعد أربعة أشهر أراد المشتري أن يؤدي دينه، يعني: قبل موعد الدين بشهرين، هل يجوز للمشتري أن يطالب البائع بإسقاط بعض الثمن؟ فأجبته بأنه يجوز للمشتري هذا، ولا يجر البائع على الإسقاط، فإن رضي البائع جاز، وإنما فلا، والله أعلم بالصواب، فما رأيكم؟ شكر الله لكم.

فأجابت الهيئة:

اطلعت الهيئة على السؤال المعروض عليكم والإجابة عليه، فرأت أنه صحيح بإذن الله، وهذه المعاملة جائزة على ألا تكون قاعدة متبعة مستمرة، وألا يكون الشرط ملحوظاً أو ملفوظاً للعميل، وذلك كما في فتوى الهيئة في البند الرابع من محضر اجتماعها رقم (٢٧٧) المؤرخ ١٤١٣هـ والذي وافقه ١٩٩٣، حيث أنيط الموضوع برئيس مجلس الإدارة والمدير العام ورئيس القطاع الذي تتبعه المعاملة.

خامساً: بنك البلاد:

لقد ورد في الضابط (١٢٣) من بنك البلاد ما نصه: "يجوز للبنك أن يتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته، ولا يجوز اشتراط التنازل في العقد، بل بحسب ما يتفقان عليه عند التعجيل".

الراجح:

الذي يترجح هو الجواز في حالة عدم الشرط، أما مع الشرط فلا يجوز لعدة أمور:

أولاً: الأدلة السابقة الواردة في الباب.

ثانياً: لم يصبح للسلعة سرراً محدداً بل ثمن متغير بحسب وقت السداد.

ثالثاً: أن فيه الحد من اجتهاد الفقهاء المعاصرین لاسيما وأنهم قد أخذوا في هذه المسألة بما أخذ به جماهير العلماء عبر العلماء.

وإن التعليمات الصادرة من البنك المركزي في ٢٠١٨/١١/١١ م تخالف قاعدة : ضع وتعجل في الفقه الإسلامي، وذلك لما يلي:

أولاً: استحداث شرط واجب في العقود:

إن التعليمات تتضمن إلزام البائع (البنك) بأن لا يبيع السلعة بالأجل إلا مع شرط "ضع وتعجل"، وإن لم ينص عليه في العقد.

وهو شرط غير مسبوق في العقود في الفقه الإسلامي أو المعاملات المالية الإسلامية منذ الصدر الأول إلى زمننا هذا، وفي الحديث الصحيح:

"**دَعُوا النَّاسَ بِيَرْزُقِ اللَّهِ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ**".^(٣٧)

ثانياً: مخالفة قاعدة (ضع وتعجل) بالشرط:

لقد اعتمدت التعليمات على قاعدة (ضع وتعجل)، وهي لا تتفق مع قاعدة ضع وتعجل التي أقرها بعض الفقهاء، فإن من شروط صحتها توافق البائع والمشتري على الحط من الثمن عند تقديم السداد، فهي

^(٣٧) صحيح مسلم (١١٥٧/٣).

تشترط رضا الطرفين، وفي هذه التعليمات إجبار البائع على الرضا بالحط من الثمن دون اتفاق.

ثالثاً: فيه تنازل البنك عن جزء من الربح من غير مصلحة:

أن الحط من الثمن في حالة التعجيل في السداد فيه تنازل عن الربح، وهو تصرف في مال المساهمين والمودعين، ولا مصلحة لهم في التنازل، بل هو إضرار بحق المساهمين والمودعين، وتصرف الإدارة بما يحقق مصلحة من وكلهم بإدارة الأموال، أو شريك لهم، فلا يحق للإدارة التصرف بوضع جزء من الربح في غير مصلحة المودعين أو المساهمين.

رابعاً: أنه يقطع العمل ببيع المساومة:

قال الشرواني: بيع المساومة : المبادعة العادلة بأن يطلب كل الاسترباح من الآخر مع قطع النظر عن العقد الأول^(٣٨)، وقد اعتبرته **المجلة المبيع الكثير الوقع والمعتاد هو بيع المساومة**.^(٣٩) وإن هذا القرار من شأنه أنه يحول جميع البيوع الصادرة من المؤسسات المالية الإسلامية إلى بيوع مراقبة، التي هي من بيوع الأمانة، بحيث لا تنتفع البيوع للعملاء عن العقد الأول، ويظهر للعميل قيمة السلعة والربح الذي يتحصل عليه البنك على السلعة، متى ما أراد السداد المبكر ولو في نفس اليوم.

(٣٨) حواشى الشرواني (٤٣٧/٤).

(٣٩) درر الحكم (٣١٦/١).

وبذلك تحولت جميع العقود في المؤسسات المالية الإسلامية إلى عقود مراقبة، والتي هي كما قال ابن قدامة: هو البيع برأس المال وربح معلوم ويشترط علمهما برأس المال. (٤٠)

وبعبارة أخرى: **بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ هُوَ الْبَيْعُ الَّذِي يَقْعُ بَعْدَ بَيَانِ الْبَائِعِ ثَمَنَ الْمَبْيَعِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ عَلَى رُبْحٍ مَعْلُومٍ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ الثَّمَنِ** (٤١). وبذلك يتم إلغاء معاملات بيع المساومة من البنوك الإسلامية التي هي إحدى الصيغ الرئيسية في العمليات المالية الإسلامية.

خامساً: أنه نوع من أنواع التسعير:

إن التدخل في إسقاط شيء من الربح نوع من أنواع التسعير، ويخرج على خلاف العلماء في التسعير، وذلك لأنه يحدد الحد الأقصى للربح - الذي تضنه البنوك والشركات الإسلامية - في حالة السداد المبكر.

سادساً: أن فيه المشابهة للنظام الربوي:

لما كان هناك اختلاف بين أنواع التمويل ومفهومه بين البنك الإسلامي عن البنك التقليدي، حيث يقوم البنك الإسلامي في الأساس على مفهوم الاستثمار والتمويل خلال صيغ تمويل تتطلب في معظمها تملك الأصل محل التمويل، ثم إعادة بيعه على العميل، أي: أن عائد التمويل هنا ينتج عن عملية بيع فعلي لسلعة، بخلاف البنك التقليدي الذي يمنح العميل قرضاً نقدياً في حسابه، مقابل فائدة محددة سواء قام العميل باستخدام القرض أو لم يستخدمه.

لذلك فإن اعتبار الزمن في إسقاط جزء من الأرباح فيه مماثلة للنظام الربوي القائم على الزمن.

(٤٠) المغني (١٢٩/٤).

(٤١) درر الحكم (٩٩/١).

إن سعر الفائدة لدى البنوك التقليدية يعبر عن العائد الذي يتطلبه المستثمر (البنك) مقابل ما يقرضه للمستدينيين من أموال، وله مكونات يحتسب على أساسها، والتي تتمثل في:

- أولاً: هامش المخاطرة - الذي يتم احتسابه ضمن مكونات سعر الفائدة - هو العائد الحالي من المخاطرة: (Risk Free Rate) أي: أن مبلغ القرض يمكن استثماره في وديعة ثابتة، والحصول على عائد معين معلوم.

- تأثير عامل التضخم على القوة الشرائية لمبلغ القرض، وبالتالي فإن معدل التضخم (Inflation Rate) هو المكون الثاني لسعر الفائدة، والذي يعرض عن آية تقلبات سلبية في ارتفاع معدل التضخم.

- مخاطر عدم قدرة العميل المقترض على الوفاء بالمبلغ بالكامل، أو في تواريخ استحقاقه، مما قد يترتب خسارة كل أو جزء من المبلغ، والذي يعرف بهامش مخاطرة عدم السداد، (Default Risk) يدخل ضمن الهوامش المكونة لسعر الفائدة.

بما أن التمويل الذي يمنحه البنك التقليدي المستثمر للمستديني يعتبر أحد الأصول المملوكة للبنك، والتي يتم الاصطلاح عليها بحساب العملاء: تحت التحصيل، أو الذمم المدينة، وعلى الرغم من أنها تصنف ضمن الموجودات المتداولة، فإنها تواجه مخاطر عدم قابليتها للتسبييل الفوري، أو على المدى القصير، لذلك يضاف إلى مكونات سعر الفائدة هامش آخر للمخاطرة يعرف بمبلغ هامش السيولة (Liquidity Risk Premium).

الهامش الأخير: والذي يتم احتسابه ضمن مكونات سعر الفائدة، هو هامش مخاطرة فترة الاستحقاق (Maturity Risk Premium) والذي يتمثل عن الخسارة التي يمكن أن يتحملها البنك جراء زيادة درجة حساسية القيمة السوقية للأصل (مبلغ القرض)

لأي تغير في أسعار الفائدة، كلما تم تمديد فترة الاستحقاق، أو تأجيل الدين.

ويمارس البنك الإسلامي نشاط الاستثمار المباشر، ويقوم على شراء سلعة معينة، والاحتفاظ بها كمخزون لديه، ثم يتم إعادة البيع لاحقاً على عملاء التمويل.

وفي هذا المجال، فإن تحديد معدل العائد عند البيع يتأثر بعوامل أخرى - غير سعر الخصم لدى البنك التقليدي - مثل: حالة السلعة الفنية، وسعر السوق للسلعة، وحجم الطلب على السلعة، وتكلفة الإهلاك للسلعة، ومصدر شراء السلعة، وطريقة البيع، وأسلوب السداد ... إلخ.

وأحياناً يتم البيع بسعر التكلفة، أو أقل، وهذه الآلية لا تتوافر لدى البنك التقليدي على الإطلاق^(٤٢).

سابعاً: وجود الرابط بين العقود:

إن الواجب عدم اعتبار عقد البيع الثاني للسلع، مربوطاً بالعقد الأول، وهذا مالا يمكن تتحققه في التعليمات الحالية، حيث أصبح هناك ارتباط نظامي بين العقود في هذه الحالة.

(٤٢) انظر بحثنا في أحكام التسعير.

المصادر والمراجع

- شرح صحيح البخاري ، اسم المؤلف: أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال البكري القرطبي الوفاة: ٤٤٩ هـ ، دار النشر : مكتبة الرشد - السعودية / الرياض - ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م ، الطبعة: الثانية ، تحقيق : أبو تميم ياسر بن إبراهيم.
- صحيح مسلم ، اسم المؤلف: مسلم بن الحاج أبو الحسين القشيري النيسابوري الوفاة: ٢٦١ ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي.
- موطأ الإمام مالك ، اسم المؤلف: مالك بن أنس أبو عبدالله الأصحابي الوفاة: ١٧٩ ، دار النشر : دار إحياء التراث العربي - مصر - - ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي.
- سنن البيهقي الكبرى ، اسم المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي الوفاة: ٤٥٨ ، دار النشر : مكتبة دار البارز - مكة المكرمة - ١٤١٤ - ١٩٩٤ ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا.
- بداية المجتهد ونهاية المقتضى ، اسم المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد الوفاة: ٥٩٥ ، دار النشر : دار الفكر - بيروت .
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، اسم المؤلف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد الوفاة: ٦٢٠ ، دار النشر : دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥ ، الطبعة : الأولى.
- شرح ميارة الفاسي ، اسم المؤلف: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي الوفاة: ١٠٧٢ هـ ، دار النشر : دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ، الطبعة : الأولى ، تحقيق : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، اسم المؤلف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني الوفاة: ١١٢٢ ، دار النشر : دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ ، الطبعة : الأولى.
- الفواكه الدوani على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، اسم المؤلف: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي الوفاة: ١١٢٥ ، دار النشر : دار الفكر - بيروت - ١٤١٥ .

- كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ، اسم المؤلف: أبو الحسن المالكي الوفاة: ٩٩٩٩ ، دار النشر : دار الفكر - بيروت - ١٤١٢ ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد البقاعي.
- الذخيرة ، اسم المؤلف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الوفاة: ٦٨٤ ، دار النشر : دار الغرب - بيروت - ١٩٩٤ م ، تحقيق : محمد حجي.
- حواشى الشروانى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، اسم المؤلف: عبد الحميد الشروانى الوفاة: ٩٩٩٩ ، دار النشر : دار الفكر - بيروت.
- القوانين الفقهية ، اسم المؤلف: محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي الوفاة: ٧٤١ ، دار النشر :
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، اسم المؤلف: محمد بن عبد الباقى بن يوسف الزرقاني الوفاة: ١١٢٢ ، دار النشر : دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ ، الطبعة : الأولى.
- إغاثة اللھان من مصادیق الشیطان ، اسم المؤلف: محمد بن أبي بکر أیوب الزرعی أبو عبد الله الوفاة: ٧٥١ ، دار النشر : دار المعرفة - بيروت - ١٣٩٥ - ١٩٧٥ ، الطبعة : الثانية ، تحقيق : محمد حامد الفقی.
- شرح مشكل الآثار ، اسم المؤلف: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الوفاة: ٤٣٢ هـ ، دار النشر : مؤسسة الرسالة - لبنان / بيروت - ١٤٠٨ - ١٩٨٧ ، الطبعة : الأولى ، تحقيق : شعیب الأرنؤوط.
- الاستذکار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ، اسم المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمری القرطبی الوفاة: ٤٦٣ هـ ، دار النشر : دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٠٠٠ م ، الطبعة : الأولى ، تحقيق : سالم محمد عطا-محمد علي معوض.
- درر الحكم شرح مجلة الأحكام ، اسم المؤلف: علي حيدر الوفاة: ٩٩٩٩ ، دار النشر : دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت ، تحقيق : تعریف: المحامي فهمی الحسینی.

الجلسة الثالثة

(طرق تولي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك)

البحث الأول

طرق تولي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك

بحث مقدم

لمؤتمرأيوفي السنوي السابع عشر

7 و 8 أبريل 2019

المنامة - البحرين

إعداد

د. محمد علي القرى

عضو مجلس الأماناء - أيوفي

بسم الله الرحمن الرحيم

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

مقدمة

تَكاد تتحصَّر المخاطر الخفية بالعمل المصرفي التقليدي على ما يُسمى بالمخاطر الائتمانية، لأن جل عمل هذه البنوك يقوم على الاقراض الذي ينتهي إلى علاقة مدائنة فأضحت الخطر الأساس الذي يواجه البنك هو فشل العميل المدين في سداد الدين الثابت في ذمته في الوقت الحدّ له، وهو ما يُسمى بالمخاطر الائتمانية، أما البنك الإسلامي فإنها تعمل بصيغ تمويل متعددة، ومن أهمها التمويل بطريق عقد الإجارة، وعقد الإجارة بيع للمنافع بينما يحتفظ المؤجر وهو البنك بملكية الأصل المولّد للمنافع طوال مدة العقد أي حتى يجري بيعه أو هبته إلى العميل في نهاية عقد الإجارة الأمر الذي يتربّط عليه تحمل المصرف لنوع جديد من المخاطر غير معهود في عمليات التمويل لدى البنوك التقليدية وهي مخاطر الملكية، وهو موضوع هذه الورقة، ولن ننطّرق في هذه الورقة للخلاف بشأن حكم عقد الإيجار المنتهي بالتمليك إذ أن هذا خارج عن موضوع الورقة، ولكننا نأخذ بما أخذت به الجامع الفقهية والم هيئات الشرعية بإجازة صيغة عقد الإجارة الذي يتضمّن وعداً بالبيع.

وان المتأمل في الأحكام المتعلقة بعقد الإجارة التي تزخر بها المدونات الفقهية يرى أنها مبنية على فتاوى أصدرها العلماء في الزمن القديم وكان مدركاً لها العرف في ذلك الزمان،

وهو عرف لم يعد موجوداً. وكان موضوع عقد الاجارة عندئذٍ يقتصر على الدور والحوائط والدواب والأرض الزراعية إلا أنه قد توسع الآن ليشمل الطائرات والسفن والمعدات والسيارات وبرامج الكمبيوتر والآلات من كل صنف.

وبينما كان عقد الاجارة بين المالك للأصل ومستخدم له صارت شركة التمويل وصناديق الاستثمار اليوم هي أكثر من يعمل في هذا المجال مستخدماً عقوداً مستحدثة تحتاج إلى نظر فقهى مستجد، ولم تختلف كلمة الفقهاء في ان استمرار العمل بالأحكام التي مدركتها العرف والعادة مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهل في الدين⁽¹⁾.

فما احرانا ان نقوم بإمعان النظر وتقليل الأمر على مختلف الوجوه للتوصل إلى حلول معاصرة للمشاكل المعاصرة ضمن نطاق القواعد الشرعية وبما يحقق السلامة المالية للمصارف الإسلامية ويوفر للأفراد والشركات وسيلة نافعة فعالة في تمويل الحاجات الاستهلاكية والانتاجية.

1 - انظر: القرافي، الأحكام في تمييز الفتوى عن الأحكام، ص218. ابن القيم في الاعم الموعين، ج3، ص27. وابن عابدين في نشر العرف، ج2، ص125.

عقد الإجارة المنتهية بالتمليك

عقد الإجارة عقد واقع على المنافع فيمتلك المستأجر المنافع بموجب العقد ويبقى الأصل المولد للمنافع ملكاً للمؤجر وهو في هذه الحالة البنك أو شركة التمويل، وحتى يكون عقد تمويل يتحقق غرض العميل في امتلاك المنزل، يتضمن هذا العقد وعداً ملزماً يصدره المؤجر يعد فيه المستأجر بنقل ملكية العين إليه إذا التزم بشروط العقد وأفهمها دفع الأجرة في تواريخها المحددة بدون تأخير.

وقد اختلفت التطبيقات بشأن انتقال الملك إلى المستأجر في نهاية العقد فمنها ما يكون بالهبة التي تقع بإيجاب وقبول في نهاية العقد أو الهبة المعلقة على شرط الوفاء بالأقساط بحيث يصبح الأصل ملكاً للعميل عند تسديد القسط الأخير من الأجرة أو تكون وهذا هو الأكثر عن طريق البيع بالنقد بشمن رمزي أو بشمن معابر نقداً أو بالتقسيط، وفي كل الأحوال يبقى المصرف محتفظاً بملكية الأصل المؤجر مدة عقد الإجارة التي قد تطول أو تقصير فيعرض خالماً لمخاطر الملكية⁽¹⁾.

-1- الإشكال الأساس:

قام عمل البنوك ونست معاييرها المحاسبية والإشرافية على أن أصولها يجب أن تكون جميعها أصولاً مالية فقط ولا يسمح لها بتملك الأصول الحقيقة كالعقارات إلا ما كان ضرورياً لأداء عملها مثل مبني الإدارة أو الفروع، أو بصورة مؤقتة إذا آل إليها عقار كان هناً لتوثيق دين أو نحو ذلك، ولا يجوز لها تملك أي أصل يتضمن مخاطر ملكية مثل الأسهم أو العقارات⁽²⁾. وسبب هذا المنع هو مخاطر الملكية، ولذلك لا بد للمصارف الإسلامية إذا كان لها أن تمتلك المعدات والعقارات ان تطور عقودها بطريقة تقلل من مخاطر الملكية وهو مدار البحث في هذه الورقة.

1 - من ذلك قرار الجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة في الرياض سبتمبر 2000م.

2 - وفي الدراسات المالية يقصد مخاطر الملكية Equity risk مخاطر تملك أسهم الشركات.

2- معنى مخاطر الملكية:

للخطر في اللغة معانٍ متعددة منها الاشراف على الملاك والرهان والنصيب، أما في لغة المالية فالخطر هو "احتمال وقوع المكروه"⁽¹⁾، والبنك عندما يدخل في عملية تمويل فإنه يقوم بذلك طلباً للربح، والربح ما زاد على رأس المال، والمكروه هو تحقق الخسائر، وفي التمويل التقليدي أهم ما يمكن أن يحول بين البنك وتحقيق الربح هو اخفاقة العميل المدين في سداد ما عليه في الوقت المحدد لذلك ما يواجهه البنك في التمويل التقليدي هو "مخاطر ائتمانية"، وهذه عين المخاطر التي يواجهها المصرف الإسلامي عندما يقدم التمويل على سبيل المراجحة. أما التمويل بصيغة الاجارة المنتهية بالتمليك فإنها تتضمن بالإضافة إلى المخاطر الائتمانية مخاطر الملكية.

فالمقصود إذن بمخاطر الملكية الأمور المحتملة التي يمكن أن تفوت على المصرف تحقيق الربح أو تؤدي إلى تحقق الخسارة في عمليات التمويل التي يحتاج البنك فيها ان يستمر مالكاً لأصل مؤجر طوال مدة العقد⁽²⁾.

3- هل المخاطر بحد ذاتها مطلوبة لتحقيق المشروعية:

نسمع من أخواننا أحياناً القول بأن التمويل إذا خلا من المخاطر لم يعد حلالاً وإن الربا إنما حرم لعدم وجود المخاطرة وان المضاربة جازت لوجود المخاطر.

وإذا نظرنا إلى الخطر بمعناه المالي وهو: "احتمال وقوع المكروه"، انتهىنا إلى ما يلي:
أولاً: القول بأن وجود الخطر (يعني احتمال الخسران) ضروري لتحقيق المشروعية لا يستند إلى دليل من كتاب الله ولا من سنه نبيه محمد صلى الله عليه وسلم ولا من قياس صحيح. والقول بالحرمة يحتاج إلى دليل. أما ما ورد في الحديث عن الرسول الكريم

1 - والمكروه ر بما كان الموت أو الجروح أو الخسارة في الأموال أو عدم تتحقق الربح المتوقع.

2 - يتضمن عقد الاجارة المنتهية بالتمليك المخاطر الائتمانية أيضاً بعدم قدرة المستأجر على دفع الأجرة في الوقت المحدد لكن هذا خارج عن موضوعنا المقتصر على مخاطر الملكية.

صلى الله عليه وسلم في قوله عليه السلام: "الخرج بالضمان"، ونفيه عليه السلام عن "ربح ما لم يضمن"، فإن هذه الأحاديث والآثار لا علاقة لها بالخطر بمعناه المالي.

ثانياً: القول ان صيغة العقد تحدد مقدار الخطر غير سديد، لأن المخاطر بمعناها المالي متعلقة بأمور خارجة عن العقد، ولذلك فإن قريضاً بالفائدة لمدين معسر معاملة عالية المخاطر لأن احتمال إفلاسه عالٍ ومع ذلك فهي محظوظة، بينما إن بيعاً بالمراجعة المؤجلة بدين موثق برهن ذات مخاطر متعددة ومع ذلك فهي مشروعة فدل على ان المخاطر لا علاقة بها بالمشروعية⁽¹⁾.

4 - العلاقة العكسية بين المخاطرة والعائد:

من المسلمات في عالم الاستثمار ان مطلب الربح يقتضي تحمل المخاطر، وإن العلاقة بين معدل الربح ومعدل المخاطر علاقة عكسية وليس هذه قاعدة شرعية ولكنها قاعدة كونية وهذا أمر معروف منذ القديم فالناس يعرفون مثلاً ان الدين الموثق برهن ربحه أقل من دين مماثل غير موثق برهن ولا فرق بينهما إلا في المخاطر، ولذلك فإن تطوير عقد الاجارة المنتهية بالتمليك ليكون ذا مخاطر أقل سيؤدي أيضاً إلى أن يكون قليل الربح وهذا مطلب حسن لصالح المستفيدين من التمويل المصرفي الإسلامي وليس فيه ضرر على المصارف الإسلامية إذ ان القاعدة جارية على ان المستثمر يقبل بربح أقل مقابل مخاطر أقل.

5 - المخاطر الأساسية المنبثقه عن الملكية في عقد التأجير المنتهي بالتمليك:
المخاطر التي هي محل النظر في هذه الورقة هي المخاطر التي لو لم يكن المصرف مالكاً للأصل المؤجر لم يتعرض لها، أما المخاطر الائتمانية وغيرها مما هو موجود في جميع عقود التمويل فليست محل الاهتمام هنا.

1 - وقولهم المذكور يفهم منه ان المخاطر مطلوبة وأن العمل على تقليل المخاطر أمر غير مستساغ من الناحية الشرعية، وهذا أبعد ما يكون من الصواب فركوب المخاطر ليس متطلباً شرعاً بل العكس من ذلك تماماً. ولذلك فإن تطوير عقد التأجير بغرض تقليل المخاطر هو في رأينا أمر مطلوب وموافق لمقاصد الشريعة.

- 1 مخاطر الصيانة.
- 2 مخاطر الدفعية المقدمة.
- 3 المخاطر القانونية.
- 4 مخاطر التوقف المؤقت للمنفعة.
- 5 مخاطر التأمين.
- 6 مخاطر القيمة المتبقية.
- 7 مخاطر تقلب العائد.

١ - مخاطر الصيانة

مضى عرف الناس على تقسيم صيانة الأصول المؤجرة مثل المعدات والمنازل والآلات ونحوها إلى قسمين، الأول ما كان متصلةً بالاستخدام بزيادته وينقص بنقصه^(١)، ويسمى الصيانة التشغيلية فهذا مرتبط بالمنافع التي هي ملك المستأجر ولا خلاف في انه مسئول عن هذا الشق من الصيانة، والثاني متصل بقدرة الأصل المؤجر على توليد المنافع ويسمى الصيانة الهيكيلية أو الأساسية، فهذا من مسؤولية المالك الأصل المؤجر باعتبار ان مقتضى عقد الاجارة حصول المستأجر على المنافع التي هي محل العقد طوال مدة الاجارة بما احتج إلى عمله لتحقيق هذه الاستمرارية كان من مسؤولية المالك المؤجر. والأصل ان الصيانة الهيكيلية من مسؤولية المؤجر جاء ذلك في قرار الجمع الفقهى الدولى الإسلامي، رقم 103 (6/11) حيث نص: "... ان الصيانة إذا كانت من النوع الذى يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم المالك العين المؤجرة من غير شط ولا يجوز اشتراطها على المستأجر".

وقد اختلف الناس قديماً^(٢)، وحديثاً في وضع الحدود بين ما يكون من مسؤولية المالك وما يكون من مسؤولية المستأجر، ولذلك وجدنا ان القوانين تحمل التفريق بينهما راجع إلى العرف^(٣). ولكن الذي لا اختلاف حوله ان الملاك الجزئي والكلي للأصل المؤجر سواء كان سيارة أو منزلاً ... إلخ) يدخل ضمن الصيانة الهيكيلية التي هي من مسؤولية المالك. أما هل تقتصر الصيانة الهيكيلية على ذلك فهو مسألة تحتاج إلى مزيد دراسة.

1 - مثل البنزين للسيارة والزيوت للمعدات والتنظيف للمنازل وما إلى ذلك.

2 - ومن ذلك اختلاف الفقهاء قديماً في تنقية البالوعة والكتيف وما إلى ذلك من المرافق الأساسية للدور فمنهم من قال على المؤجر ومنهم من قال على المستأجر (انظر المغني لابن قدامة مسألة 4184 ج 21).

3 - من ذلك تعريف قانون التأجير التمويل السعودي بقوله: "الصيانة الأساسية: الصيانة التي يتوقف عليهابقاء أصل العين بحسب العرف والصيانة التشغيلية: الصيانة التي تحتاج إليها العين لاستمرار منفعتها بحسب العرف..

وتتضمن بعض التطبيقات لعقد الاجارة المتهيئة بالتمليك قائمة بما يكون من الصيانة الهيكلية وما يكون من الصيانة التشغيلية وهذه الطريقة هي الأسلم لتفادي وقوع الاختلاف بين الطرفين عند وقوع المكروه.

1- طرق معالجة مخاطر الصيانة في تطبيقات المصرفية الإسلامية:

لا ريب ان الصيانة الهيكلية تمثل أعلى المخاطر في هذا النوع من العقود التي – إذا بقيت بدون علاج – تمنع البنوك الإسلامية من التوسع في هذه الصيغة التمويلية المفيدة. الذي اتفقت عليه جميع المصارف الإسلامية هو العمل على التخلص قدر الامكان من مخاطر الصيانة، وقد تعددت الطرق للتوصل إلى هذا الهدف. وليس المقصود بالتخلص إلغاء هذه المخاطر إذ لا سبيل إلى ذلك وإنما المقصود إلغاء آثارها المالية على التدفقات النقدية ونورد أدناه أهم هذه الطرائق:

1-1- الطريقة الأولى:

كتابة العقد بالطريقة الموقعة للمقتضى الشرعي وذلك بأن ينص فيه على تحمل البنك الصيانة الهيكلية باعتباره المالك ثم تأتي المعالجة لمخاطر الصيانة الهيكلية بنقل مخاطر الصيانة إلى المستأجر من حلال واحدة من الصيغتين التاليتين:

أ- توقيع عقد وكالة مع المستأجر يتولى من خلاله القيام بمتطلبات الصيانة الهيكلية عند الحاجة إليها على حساب المالك (البنك) ثم يقدم المستأجر الفواتير للمالك (البنك) الذي يقوم بتسيدها له ثم يعمد البنك إلى إضافة مبلغها إلى الأجرة للفترة التالية. وبهذا يكون قد تخلص من الآثار المالية للصيانة مع الإبقاء على شكلية العقد التي تلزمها بالصيانة الهيكلية، وهذه طريقة كان يُعمل بها كثيراً في بداية تطبيق هذا النوع من العقود ولكنها لم تعد كذلك في الوقت الحاضر (وان كانت لا تزال موجودة).

ومستند القائلين بهذه الطريقة ان العقد قد نص على أن الأجرة متغيرة⁽¹⁾، وقد قبل المستأجر ذلك فما المانع وهي تغير بناء على تغير المؤشر ان تغير بناء على الحاجة إلى الصيانة الميكيلية، وهذا محل نظر إذ ان قرار الجمع الفقهي الإسلامي الدولي والفتاوی المعاصرة قد نصت على جواز ربط الأجرة بممؤشر معتمد يكون خارجاً عن نطاق العقد وليس كذلك الصيانة الميكيلية.

ب- إضافة مصاريف الصيانة الميكيلية إلى ثمن البيع في نهاية العقد: وفي ذلك يقوم المؤجر برصد المصاريف التي ينفقها الوكيل على الصيانة الميكيلية ثم في نهاية العقد عندما يقوم البنك بالوفاء بوعده في بيع الأصل المؤجر للعميل بشمن متفق عليه يقوم البنك بإضافة ذلك إلى ثمن البيع. ومستند القائلين بهذه الطريقة ان الأصل في ثمن البيع ان يتفق عليه في حينه وان الإيجاب والقبول لا يقع إلا في ذلك الحين أي في نهاية مدة عقد الاجارة وإذا كان الأمر كذلك لم يكن في هذا الإجراء أي إشكال شرعي عند القائلين به، بيد أنه ربما دفع المستأجر إلى صرف النظر عن الشراء، وفي مثل هذه العقود يحاطط لذلك بأن يصدر عن المستأجر وعد ملزم بالشراء.

2- الطريقة الثانية:

التفريق بين ما إذا كان الأصل المؤجر قد جرى اختياره من قبل البنك أو من قبل العميل.

والبنوك التي تطبق هذه الطريقة تفرق بين الأصل الذي يشتريه البنك بتوجيه من المستأجر الذي يقوم أيضاً بتسمية المورد وتحديد المواصفات أو تعين المنزل وبين أصل آخر يكون البنك صاحب القرار في كل ذلك⁽²⁾. وفي الحالة الأولى يطلب البنك من المستأجر ان يوقع على خطاب ضمان ينص فيه على ان العميل بما انه هو الذي اختار الأصل ومورده

1- وقد نص قرار الجمع الفقهي الإسلامي الدولي المشار إليه آنفًا على جواز تغير الأجرة بناء على مؤشر منضبط.

2- وفي أغلب الأحيان هذا هو تفريق نظري إذ ان عمل البنك مقتصر على الطريقة الأولى حيث يعين المستأجر الأصل المطلوب بنفسه وبعد باستئجاره.

ومواعصاته وأصدر أمر الشراء إلى البنك قائلاً اشتره وأنا استأجره منك فإن عليه ان يضمن الصيانة الميكيلية.

أما ان كان المصرف يشتري الأصول ثم يعرضها على المستأجرين فإن الضمان يتحمله البنك ويدخل فيه الصيانة الميكيلية. وهذا نموذج من نص موجود في عقد التأجير المنتهي بالتمليك لأحد البنوك والذي وافقت عليه الهيئة الشرعية في ذلك البنك:

"يتحمل الطرف الأول [البنك] جميع تكاليف الأضرار الميكيلية والانشائية حسب الملحق رقم (1) للعقار في حال ما إذا تم شراء العقار من شركة تطوير عقاري / مقاول معتمد من قبل الطرف الأول، أما في حالة شراء العقار من جهة مرشحة من قبل الطرف الثاني وغير معتمدة لدى الطرف الأول فإن الطرف الثاني يتحمل تكاليف الأضرار الميكيلية بناء على التزامه بالضمان المنصوص عليه في الطلب والوعد بالاستئجار".

إلا ان المتأمل لهذا التفريق بين الحالتين يتبين له ان البنك لا تصدر إلا عن رأي وطلب العميل وتعيينه للمورد وتحديد للمواعصات الأمر الذي يدل على ان الحالة الثانية غير موجودة أصلاً فانتهي الأمر إلى ان جميع عقود التأجير المنتهي بالتمليك في هذا المصرف يتحملون الصيانة الميكيلية في جميع الأحوال.

- 3 - الطريقة الثالثة:

تضمين المستأجر بالشرط:

للضمان في لغة الفقهاء معنيان أما الأول فهو ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق وليس هذا موضوعنا والمعنى الآخر هو "رد مثل المالك ان كان مثلياً أو قيمته ان كان قيمياً" وهذا هو المعنى المقصود.

وتحمل المستأجر للصيانة الميكيلية يكاد يكون مرادفاً من حيث المعنى لعبارة ضمان المستأجر محل عقد الإجارة، لأن غرض الصيانة الميكيلية هو ضمان استمرار الأصل قادرًا على توليد المنافع. والأصل في ذلك عدم الجواز كما نص على ذلك قرار الجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم 103 (2/11) بشأن عقد الصيانة وهذا موافق لما كاد ينعقد عليه

الاجماع من أن يد المستأجر على الأصل يد أمانة لا ضمان، إلا ان بعض الم هيئات الشرعية أجازت تضمين المستأجر بالشرط في العقد، والقائلين بجواز جعل يد المستأجر على الأصل المؤجر يد ضمان بحيث يتحمل تكاليف الصيانة الميكيلية لا يد أمانة يستندون إلى مستندات منها:

1- عموم معنى ما ورد في الحديث "المسلمون على شروطهم" لا سيما ان الامام أحمد قد استند إلى هذا الدليل في احازة اشتراط الضمان على المستأجر كما ورد في المغني لابن قدامة "فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد ... وعن أحمد انه سُئل عن ذلك فقال المسلمين على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمين عند شروطهم" ، ولذلك وجدنا قانون التأجير التمويلي السعودي قد نص في المادة السابعة على ما يلي: "أما الصيانة الأساسية فإنها تلزم المؤجر ما لم يتفق الطرفان على التزام المستأجر وتكون حينئذ فيما ينشأ من استخدام المستأجر للأصل دون ما يكون ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر".

2- ما جاء من أقوال لأهل العلم وان كانت ضعيفة بشأن يد المستأجر هل هي يد أمانة أم يد ضمان كما جاء في الذخيرة للقرافي (ج 5، ص 502)، "وفي الجواهر يد المستأجر يد أمانة على المعروف من المذهب ... وقيل ضامن كالقابض في البيع الفاسد".

3- ما ورد في كتب الفقه من آراء كانت مرجوحة في زمنها لكنها اعتبرت اليوم بناء على ان القول المرجوح في زمن قد يجد القبول في زمن آخر لاختلاف العرف، من ذلك ما ذهب إليه أبو ثور وثلة من الفقهاء في قولهم ان المنافع تقبض جملة واحد عند التعاقد فإذا كان الأمر كذلك استحق المؤجر كامل الأجرا والتي تغطي ثمن شراء الأصل وربح البنك وتصبح ديناً صحيحاً ثابتاً في ذمة المستأجر على كل حال حتى لو هلكت العين.

جاء في المغني "إذا استأجر عبداً أو دار مدة معلومة فقبض ذلك ثم مات العبد قبل ان ي العمل شيئاً أو انخدمت الدار قبل ان يسكنها المكتري ولم يمض من المدة شيء فإنه لا يستحق من الأجرة شيئاً وقد بطلت الاجارة وبه قال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما إلا أبا ثور فإنه قال المنافع في هذا الموضوع من ضمان المستأجر لأن تسليم العبد والدار تسليم للمنافع" ، (ص594).

وفي موضع آخر (4178) مسألة قال: (فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر من منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه .. إلا أبا ثور حكى عنه انه قال يستقر الأجر لأن المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه البيع .

وفي الشرح الكبير على متن المقنع للمقدسي (ج6، ص105) "مسألة) (وتفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها) ... الثاني ان تتلف بعيد قبضها فإن الاجارة تفسخ أيضاً ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكى عنه انه قال يستقر الأجر لأن المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه البيع".

وهذا يعني بناء على هذا القول ان الأجرة تثبت ديناً في ذمة المستأجر فإذا هلكت العين بقيت ديناً مستحق الأداء للمؤجر. وان كان المستأجر قد عجل دفعها لم يكن له استردادها.

ووجه الاستدلال ان الأجرة في عقد الاجارة المنتهي بالتمليك يغطي ثمن شراء الأصل وأرباح المصرف لكامل المدة فإذا ضمن المستأجر هذا المبلغ وصار ديناً ثابتاً في ذمته بصرف النظر عن حال الأصل المؤجر فقد ضمن الأصل تبعاً.

4- وقالوا ان أحكام عقد الاجارة الواردة في المدونات الفقهية مدرك أكثرها العرف السائد في زمنهم وقد تبدلت الأعراف واختلفت، ولم تعد عقود الاجارة مقتصرة على الدور والحوانيت والدواب ونحو ذلك وإنما صارت تشمل أموراً بالغة التعقيد، ولم تعد علاقة بين مالك عقار ومستأجر وإنما صارت صيغة تمويل تمارسها المؤسسات المالية، كل ذلك مما لا يمكن تجاوزه في تحري العرف الذي يرجع إليه، فاحتاج الأمر إلى نظر جديد.

5- واستأنسوا بما ورد بشأن العارية من قول بعض الفقهاء ومنهم الإمام أحمد والشافعي ان العارية مضمونة ومعلوم الشبه بين العارية والاجارة إذ المعقود عليه في كليهما منافع تستوفي شيئاً فشيئاً فقد جاء في مسائل الإمام أحمد للميموني في (937) (تحقيق صالح الكلبي)، "سمعت أحمد يقول أذهب في العارية أنها مردودة اليك هنا آخذه وهي خلاف الوديعة وذكر حديث سمه على اليه ...، قال الحق دلت هذه الرواية على ان الإمام أحمد يرى ان العارية مضمونة على المستعير متى تلقت تعدى أو لم يتعدى". ونقل صالح عن أبيه مثل ذلك وقال: "العارية مؤداة خالفة أو لم يخالف فهو ضامن"، وكذا في رواية الكوسج. وجاء في الأم (ج 3، ص 344) والمهدب (ج 1، ص 370) والوجيز (ج 1، ص 204) قول الشافعي رحمه الله ان "العارية مضمونة".

6- ان الذين منعوا تضمين المستأجر الصيانة الميكيلية علوا ذلك بأن هذا الضمان يؤدي إلى جهالة الأجرة. جاء في الموسوعة الفقهية (ج 1، ص 286): "لا يجوز اشتراط صيانة العين على المستأجر لأنه يؤدي إلى جهالة الأجرة ففسد الاجارة بهذا الاشتراط باتفاق المذاهب". إلا أن الأمر في يوم الناس هذا مختلف وبخاصة في عمليات التأجير التي تمارسها المؤسسات المالية حيث يمكن تقدير هذه الصيانة بطريقة ترفع عنها الجهة إذ الصيانة الأساسية هي ما تسميه شركات التأمين الملاك الجزئي أو الكلي والتأمين عليه معروف مشهور ورسومه غير خافية ويمكن معرفتها بدقة عند التعاقد فارتفعت الجهة.

4- الطريقة الرابعة:

العينة الإيجارية:

وهناك طريقة تعمل بها البنوك في ماليزيا لتفادي مخاطر الصيانة وهي ما يمكن تسميته بالعينة الإيجارية حيث يستأجر المصرف الوحدة السكنية من المالك بأجرة معجلة تغطي المدة كاملة (15، 20 سنة) ثم يؤجرها عليه بأجرة مقسضة (شهرية) يزيد مجموعها عن الأجرة المعجلة والفرق هو ربح البنك، والعميل عند قبضه الأجرة المعجلة يدفعها إلى

البائع ثناً للوحدة السكنية، وبهذه الطريقة يتحمل المالك تكاليف الصيانة الميكيلية، والبنوك في ماليزيا تعتمد هذه الطريقة بناء على ما جرى عليه العمل عندهم من جواز بيع العينة. والمتأمل في هذه الصيغة يتبين له أنها ليست العينة التي قال بمنعها جمهور الفقهاء وإنما هي 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 بشمن مؤجل ثم يشتري عنه السلعة بالنقد أما عكس العينة فالبائع قد استوفى حقه من المشتري وانتهت العلاقة الأولى فشراء السلعة ليس معاقدة بين دائن ومددين فاختلت. ومن رأى هذا الفرق مؤثراً قال فيها بالجواز قال المرداوي في الانصاف: "الثالثة عكس العينة مثلها في الحكم ...، على الصحيح من المذهب ونقل أبو داؤود يجوز بلا حيلة"، (الانصاف، ح 11، ص 194)، ومثل ذلك في الروض المربع. وقال ابن تيمية: "لو كانت عكس مسألة العينة من غير توافق فيه روایتان عن أحمد ..."، (ص 167 القواعد النورانية لابن تيمية)⁽¹⁾.

1 - ولقائل ان يقول لا تكاد الصيغة التطبيقية تخلو من التوافق.

2 - مخاطر الدفع المقدمة

انتهت تحليلات المختصين إلى أن أحد أهم أسباب الأزمة المالية التي عصفت بالعالم ابتداءً من 2008م كان توسيع البنوك في تمويل المساكن في الولايات المتحدة الأمريكية بتوفير القروض لشريحة كبيرة لم يكن لديها القدرة المالية للوفاء بالتزاماتها⁽¹⁾، على المدى الطويل، فلما انخفضت أسعار العقارات توقفت هذه الفئة عن السداد وشارفت البنوك على الانهيار لعدم تمكّنها من الاستفادة من الرهن لأنّها لا يحيايأسعار العقارات، وكان من الترتيبات التي تبنّتها المصارف المركزية للحفاظ على سلامة القطاع المصرفي الزام البنوك بعدم تقسيم التمويل السكني إلا من يستطيع أن يدفع دفعه مقدمة قد تصل في بعض البلدان إلى 30% من مبلغ التمويل، والغرض من ذلك تقليل المخاطر على البنوك للتحوط عن انخفاض قيمة الرهون، والتأكد أن العميل لديه الملاعة الكافية وأنه يتسم بالجدية في الوفاء بالالتزامات.

وفي التمويل التقليدي على سبيل القرض بفائدة فإن تطبيق هذه القاعدة يتم باقتصار البنك على تقديم قرض يمثل ما لا يزيد عن 70% من ثمن شراء العقار من قبل العميل، أما في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك فإن الشراء يقع من قبل البنك، وهو الذي يتلقى هذه الدفع المقدمة التي تمثل 30% من قيمة العقار، فلا بد والحال هذه أن تسجل في دفاتر البنك على أنها أجراً مقدمة لأن جميع ما يتلقاه البنك من العميل هو ثمن للمنافع، والأصل أن البنك لا يستحقها إلا بعد استيفاء ما يقابلها من منافع.

الاشكال ان المعايير المحاسبية الدولية التي تتلزم البنوك بتطبيقها في أكثر البلدان تفرق بين مبلغ قابل للرد فتجعله في خانة الخصوم في دفاتر البنك ومبلغ استحقاقه البنك فتجعله في خانة الدخل، فإذا قلنا أن الدفع المقدمة مستحقة للبنك باعتبار أن الأجرا تستحق بالعقد وهي غير قابلة للاسترداد أمكن للبنك أن يعدها دخلاً وإن تحسن من نتائجه المالية وبخاصة أن عمليات تمويل المساكن ذات مبالغ كبيرة، أما إذا قيل بأنها لا تستحق للبنك إلا

1 - والتي اشتهرت باسم Subprime mortegage

باستهلاك العميل للمنافع صارت أشبه ما تكون بالدفعة على الحساب أو بالحساب الجاري بحيث يحفظ البنك الدفعة المقدمة ولا يعودها دخلاً إلا بعد استحقاقاتها أي بعد استهلاك المستأجر للمنافع. مثل هذا يجعل عقد الإيجار غير صالح لعمل البنوك.

هل هذا من مخاطر الملكية:

لم يكن هذا الخطر لينشأ لو كان الأصل العقاري مجرد رهن لتوثيق قرض بالفائدة، لأن نسبة 30% المطلوب دفعها للعميل ستكون مبلغًا نقداً يدفعه العميل مالك العقار ويقتصر مبلغ القرض على 70% فقط. أما في صيغة الإيجار المنتهي بالتمليك فإن مبلغ 30% يدفع على صفة إيجارات مقدمة إذ أن العلاقة بين البنك والعميل هي علاقة مؤجر يملك الأصل المستأجر يشتري منه المنافع⁽¹⁾.

فإذا جئنا إلى هذه الدفعة المقدمة وكذا الإيجارات الدورية التي يدفعها العملاء في عقود التأجير المنتهي بالتمليك وجدنا أن أكثر البنوك تعامل الدفعة المقدمة (وهي جزء من الأجرة) والمدفوع من الأقساط التأجيرية على أنها مبالغ مستحقة وملوكة للبنك ملكاً مستقراً وغير قابلة للاسترداد من قبل المستأجر، وإن الإيجارات التي لم يحن وقت استحقاقها بعد هي مملوكة للبنك وإن كانت غير مستحقة على المستأجر، فهل يتواافق هذا مع الأحكام الشرعية المتعلقة بالأجرة؟ أم أن ملك البنك لهذه المبالغ غير مستقر، فلا يستحق البنك أي منها إلا بعد استهلاك المستأجر للمنافع وإذا كان الأمر كذلك لزم أن تكون الدفعة المقدمة مسجلة في جانب الخصوم إذ أنها قابلة للاسترداد من قبل العميل في حال انفساخ العقد أو انهائه مبكراً.

ان هيكل التأجير المنتهي بالتمليك لا يكون مجدياً للبنوك إلا ان يطبق فيه الحل الأول بمعنى ان يكون ما يقبضه البنك من المستأجر دخلاً (income) للبنك وليس مبلغًا

1 - وربما قيل لم لا يدفع العميل 30% إلى باائع العقار ويدفع البنك 70% فيصبح العميل شريكًا للبنك، هذا ممكن من الناحية النظرية ولكنه بالغ التعقيد في التطبيق وينتج عن موضوع الورقة وهو الإيجار المنتهي بالتمليك.

تحت الحساب قابلاً للاسترداد وبخاصة ان عقود الاجار المتهمي بالتمليك في المنازل تتضمن مبالغ عظيمة ومؤثرة على النتائج المالية للبنوك ومتعد ملدد قد تصل إلى عشرين سنة أو أكثر، فهل لهذا الترتيب مستند شرعي؟

وهذا موافق – في الجملة – لأقوال أكثر أهل العلم في أن الأجرة تملك بالعقد وتستحق بتسليم العين فإن كانت مؤجلة أو منجمة ففي التاريخ المحدد لاستحقاقها، ويستقر ملكه عليها بمضي المدة وإنما الاشكال ينشأ في مسألتين:

الأولى: إذا كانت الدفعـة المقدمة كبيرة، وبما أنها دفعـة ايجارية لزم ان يقابلها منافع إلا ان استيفاء ما يقابلها من منافع يستغرق وقتاً.

والثانية: ما يكون من ايجارات قبضها المؤجر قبل وقت استحقاقها.

والأصل ان هذه المبالغ بما أنها قابلة للرد للمستأجر في حال لم يتمكن من استيفاء المنفعة فيجب عندئـٰ على البنك ان يسجلها في جانب الخصوم في دفاتره لأنها مبالغ غير مستحقة للبنك وهو وان ملكها بالعقد فإن ملكه عليها غير مستقر. ولكن الإجراءات البنكية تقتضي تسجيلها كدخل للبنك وإلا لم يعد هذا العقد صالحـاً لعمل البنوك.

معالجة هذا الاشكال:

الطريقة الأولى:

عمدت بعض البنوك إلى اعتبار ان الدفعـة المقدمة – مهما كانت كبيرة – فإنها أجرة للشهر الأول فإذا انقضـى أصبح ملكـاً تماماً مستقرـاً للبنك لا يمكن للمستأجر استردادها بحال حتى لو كانت تمثل نسبة الربع أو الثلث من أجرة مدة عشرين سنة باعتبار ان ما يقابلها من منافع قد وقع استيفائه.

الطريقة الثانية:

البعض الآخر من البنوك اعتبر الأجرة ملوكـة للمؤجر بالعقد وما كان منها معجلاً يستحقه بتسليم العين وان المؤجر عندئـٰ يملك ما قبض ملكـاً مستقرـاً ولا سـبيل لاسترداده من قبل المستأجر ويــستندون في ذلك إلى أقوال بعض أهل العلم من ذلك قول الشافعي

رحمه الله نقله عنه النووي في المجموع والماوردي في الحاوي الكبير (ج3، ص318): ".. وإنما اختلف قوله هل ملكها بالعقد ملكاً مستقراً مبرماً أو ملكها ملكاً موقوفاً مرعاً فأخذ قوله نص عليه في البوطي وغيره قد ملكها بالعقد ملكاً مستقراً مبرماً كأثمان المبيعات وصادق الزوجات لأنها لما حاز له التصرف فيها حتى لو كانت الأجرة أمة كان له وطئها دل على أن ملكه مستقر عليها ..".

وقال النووي في المجموع شرح المذهب (ج ، ص) : "وان كان معه أجراً دار لم يستوف المستأجر منفعتها وحال عليها الحول وجبت فيها الزكاة لأنها يملكها ملكاً تماماً وفي وجوب الخراج قولان قال في البوطي يجب لأنه يملكها ملكاً تماماً فأأشبه مهر المرأة" (ج5، ص180) والقول الآخر لا يجب.

وما نقل عن أبي ثور كما جاء في المعنى والشرح الكبير وسواء من انه كان يقول ان قبض الأصل المؤجر قبض للمنافع أشبه بالبيع ولذلك تصبح الأجرة ملكاً تماماً مستقراً للمؤجر حتى لو تلفت العين عقب العقد لم يكن للمستأجر المطالبة برد الأجرة (الشرح الكبير على متن المقنع للمقدسي ج6، ص105، المعنى مسألة 4178)، وببناء عليه تبنت هذه البنوك هذا الإجراء الذي يقوم على ان ما يقبضه البنك من العميل غير قابل للرد. ومن ثم يسجل دخلاً للبنك وليس على سبيل الأمانة.

3 - المخاطر القانونية

مع ان صيغة الاجار المنتهي بالتمليك المعهود بها في الوقت الحاضر تستند إلى قرارات مجتمعية وفتاوى فردية وموافقات الهيئات الشرعية إلا ان أكثر القوانين في هذه المنطقة من العالم لا تتضمن مثل هذه الصيغة ولذلك تتجه المحاكم إلى ان تطبق عليه قواعد البيع بالتقسيط. وما أدنى القضاء متأثراً بالنظر القانوني من ان الاجار المنتهي بالتمليك هو في حقيقته بيع مستور بالاجار لا سيما في ظل نظام قانوني يعطي القاضي صلاحية تعديل العقد ليكون موافقاً لنصوص القانون أو قواعد العدالة، وكان لهذا نتيجتان، الأولى ان كثيراً من الخلافات التي انتهت إلى القضاء تحول فيها العقد على يد المحكمة من عقد تأجير إلى عقد آخر فتارة تطبق عليه أحكام عقد البيع وأخرى يعامل على انه قرض بزيادة⁽¹⁾.

وينزع القضاة القانونيين إلى إعطاء أهمية بالغة لقصد المتعاقدين فإذا رجح عندهم قصد جعلوا العقد موافقاً له عند أقرب الأوصاف لذلك، فلما ظهر للقاضي ان قصد العميل التملك لم يرى في القانون سبيلاً إلى التملك إلا عقد البيع ومن ثم أجرى عليه قواعد عقد البيع.

وقد رأينا من أحكام القضاء الشرعي من يبطل العقد برمته ويحكم على البنك بإرجاع ما تسلمه من العميل واسترداد المنزل منه لأنه لما أبطل عقد الإجارة لم يرى في المعاملة المعروضة إلا عقد قرض بزيادة وما المنزل إلا رهن لتوثيقه.

هذه مخاطر تواجهها البنوك التي تقدم التمويل اعتماداً على عقد الإجارة المنتهي بالتمليك.

1 - وهذا نموذج على بعض الأحكام القضائية وهو الحكم الصادر من محكمة التمييز في البحرين رقم 2010102/129/3 بشأن الاجار المنتهي بالتمليك، حيث أطلقت المحكمة على العقد شروط البيع لا الإجارة واعتبرته عقد بيع بالتقسيط كما عرفه القانون، ونص الحكم على ما يلي:

"إن اتفاقهما ان نقل الملكية للشركة موقوف على استيفاء كامل الشمن بسداد آخر قسط وهو ما يتواتر بشأن أركان عقد البيع بالتقسيط كما هي معرفة به في القانون من رضا وبيع وثمن ولا عبرة بما أطلقه الطرفان على العقد بتسميته ايجاراً منتهياً بالتمليك".

طرق معالجة هذا الخطر في التطبيق المصرفى:

الطريقة الأولى: الرهن:

تعتمد البنوك الإسلامية في بعض البلدان لتفادي هذا الخطر إلى إجراء يُستغرب وهو الدخول مع المستأجر في عقد الإجارة المنتهٰ بالتمليك بالطريقة المعتادة وبنفس الشروط والأحكام المعروفة ثم بعد ذلك الدخول معه في عقد رهن يكون هو (أي المستأجر) راهناً والبنك هو المرهن للعقار محل عقد الإجارة. ووجه الاستغراب أن العقار مملوک للبنك وللملك أقوى من الرهن، والمستأجر لا يملك العقار فكيف يكون راهناً لما لا يملك؟⁽¹⁾.

والذين يعملون بهذه الطريقة يقولون: لما كان الرهن من العقود المشتهرة في مجال التمويل وله إجراءات وتنظيمات مستقرة لدى القضاء ويعرفه الخاص والعام ولا سبيل للشك في حقيقته ولزومه إذا اكتملت متطلبات صحته من أجل ذلك اتجهت البنوك لاستخدامه لمعالجة هذه المخاطر.

والطريقة أن يبرم الطرفان عقد الإجارة المنتهٰ بالتمليك كالمعتاد ويبقى الأصل مملوکاً للمؤجر بملكية موثقة بالتوثيقات المعتادة قانونياً. ثم يعمد المؤجر (البنك) إلى الطلب من عميله توقيع عقد الرهن الذي يكون المستأجر راهناً والمؤجر مرتهناً. فإذا ماطل المستأجر في دفع الأجرة بادر البنك إلى التنفيذ على الرهن بكل يسر وسهولة كما تفعل البنوك مع المقترضين.

1 - وقد وجه السؤال التالي للهيئة الشرعية لمصرف الراجحي: وجدنا في بعض الأحيان أنه يرغب العميل في استئجار عن معينة ولكنه يرغب بأن يتم تحويل الملكية إلى اسمه مع رهنها لنا ما في ذلك من فوائد ضريبية بالنسبة للعميل فهل يجوز بعد شرائها للمعدات وبعد تأجيرها أن تحول الملكية إلى المستأجر مع رهنها لنا؟

فأجاب: إذا كانت هذه الطريقة التي تعرضها الشركة لا تعتبر غشاً نحو القانون في البلد الذي تتم فيه العملية وإنما تعتبر مخرجاً قانونياً واستفاده من ثغرة من ثغرات القانون فإن الهيئة لا ترى مانعاً من الدخول في هذه العملية.

(مجموع فتاوى الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار رقم 112).

ورب قائل ما حاجة البنك إلى التنفيذ على الرهن والحال انه يملك التصرف بالعقار باعتباره مالكاً للعقار؟ فالجواب: ان القوانين في كثير من البلدان تمنع اخراج المستأجر من المنزل وليس الأمر كذلك بالنسبة لديون البنك.

أضف إلى ذلك ان المرتمن يستطيع الاتجاه رأساً إلى قضاء التنفيذ دون الحاجة إلى المرافعة لدى قضاء الموضوع.

الطريقة الثانية: الوعد بالهبة لا البيع:

وما اتجهت إليه بعض البنوك تبني صيغة الهبة لا البيع في العقد، لقد لاحظت المصارف في القضايا التي مرت على القضاء ان القضاة أكثر قبولاً للوعد بالهبة منهم للوعد بالبيع إذ لا يرون أن تضمن عقد الاجارة الوعد بالهبة لا يفسده بينما ان الوعد بالبيع خلاف ذلك حتى مع القول بالإلزام في كليهما. ولذلك اتجهت بعض البنوك إلى تبني صيغة انتقال الملكية إلى العميل عن طريق الهبة المعلقة على شرط فإذا أتم العميل دفع كافة الأقساط أصبح الأصل المؤجر ملكاً له.

4 - مخاطر التوقف المؤقت للمنفعة

يتعرض الأصل المؤجر سواء كان معدات أو دوراً ومساكن إلى الحاجة للصيانة وخلال مدة الصيانة تنقطع منافع الأصل المؤجر، فإذا كانت الأجرة ثمناً للمنافع فليس ثم منافع في هذه الفترة ومن ثم لا يستحق المؤجر أجرة عنها، إلا أن البنوك تحرص على ان تكون التدفقات النقدية التي تتلقاها من هؤلاء المستأجرين منتظمة لا انقطاع لها طوال مدة الاجارة.

والقول الراجح لدى أهل العلم ان انقطاع المنافع مدة الصيانة يجب ان يترب عليه توقف استحقاق الأجرة من قبل المؤجر.

جاء في المغني لابن قدامة "4185) فصل وان شرط على مكتري الحمام أو غيره ان مدة تعطيله عليه لم يجز لأنه لا يجوز ان يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها (ج 21). ومنهم من الزم المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة حتى في وقت تعطل الأصل مقابل ان يزيد له في المدة بقدر ما فاته من أيام عند تعطل المنافع إلا ان هذا مظنة ان يحدث جهالة في المدة⁽¹⁾.

ولغرض تفادي هذه المخاطر، عمدت بعض المؤسسات المالية الإسلامية إلى تضمين عقد الاجارة مادة يوافق فيها العميل على الاستمرار في دفع الأجرة خلال فترة الصيانة ما دام ان هذه الفترة لا تزيد مدة محددة كأسبوع أو نحوه فإن زادت أُعفي من دفع الأجرة خلال المدة الزائدة.

1 - قال في المغني لابن قدامة " ولا يجوز ان يستوفي بقدرها بعد انتفاء مدتها لأنه يؤدي إلى ان يكون انتهاء مدة الاجارة مجهاولاً" .(ج 21 مسألة 46859).

5 - مخاطر التأمين

التأمين على الأصل المؤجر جزء مهم من هيكل الإيجار المتهي بالتمليك، وقد أجازت بعض الهيئات الشرعية للمصرف أن يجعل رسوم التأمين جزءاً من الأجرة سواء قام بها المصرف مباشرة أو أذاب عنه المستأجر للقيام بها⁽¹⁾، إلا ان هذا الترتيب وان كان يفي بالغرض في التمويل للمساكن والسيارات، ولكن الأمر مختلف بالنسبة للمعدات الثقيلة والطائرات والسفن ونحو ذلك، إذ ان التأمين نفسه يكتنفه مخاطر إخفاق شركة التأمين في الوفاء بالتزاماتها، ومعلوم ان شركات التأمين تقوم بجهد لا يعرف الكلل في التخلص من الالتزام بالتعويض عند وقوع المكروه وذلك بالبحث عن أي سبب يمكن من خلاله التوصل إلى ذلك.

أضف إلى ذلك ان دفع التعويض في مثل هذه العمليات لا بد ان يكتنفه التقاضي لدى المحاكم لكثرة وقوع الخلاف بين شركة التأمين والمستفيد. وهو على كل حال يستغرق وقتاً يمضي بدون ان يتحقق البنك ربحاً على أمواله.

معالجة هذا الخطر:

تعمد بعض المصارف الإسلامية لمعالجة هذا الخطر إلى توكيل المستأجر للقيام بإنشاء وثيقة التأمين مع تحملها (أي البنوك) للرسوم المقررة على هذه الوثيقة وهذا هو الإجراء المناسب في مثل هذه العقود، ولكن الوكالة هنا تتضمن شروطاً مؤداها – وام لم تكن بهذا الوضوح – ضمان المستأجر لشركة التأمين بالقول بأنه في حالة عدم دفع شركة التأمين التعويض خلال مدة شهر مثلاً من وقوع الحادث فإن هذا يعتبر مخالفه من العميل لشروط عقد الوكالة الذي نص بأنه يجب ان يتخير شركة موثوقة وعدم الدفع الناجز يدل على انه لم يختار شركة التأمين المناسبة وبناء عليه فإنه يكون ضامناً للتعويض المستحق للمالك وعليه

1 - من ذلك ما جاء في الفتوى رقم 3 في ندوة البركة الخامسة حيث نصت: "ويجوز تحويل التأمين للمستأجر إذا كان مبلغه معلوماً لأنه يعتبر جزءاً من الأجرة"، (الفتاوى الشرعية في الاقتصاد مجموعة دلة البركة).

الرجوع على شركة التأمين، ومن المعلوم ان مطالبات التأمين في العمليات الكبيرة مثل تأجير الطائرات والسفن قد تستغرق سنوات حتى تنتهي إجراءاتها فانتهى الأمر إلى تضمين المستأجر.

إذا قيل ان الوكيل لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط والمستأجر وكيف يضمن فشل شركة التأمين في دفع التعويض، وجدنا القائلين بما سبق يستندون إلى اعتبار ان فشل شركة التأمين في دفع المستحقات يعد تقسيراً من قبل المستأجر من جهة سواء اختياره لشركة التأمين ومن ثم يضمن بناء على ان الوكيل بأجر يضمن في حال التعدي والتفريط وهي مسألتنا.

6 - مخاطر القيمة المتبقية

مع ان الأقساط الاجارية قد جرى حسابها لكي تغطي تكلفة شراء البنك للأصل وكذا الربح إلا أن ذلك لا يعني ان القيمة السوقية للأصل لا تعد مصدر مخاطرة تحتاج إلى علاج⁽¹⁾، ويظهر هذا الخطر من جهتين: الأولى: ان العميل إذا توقف عن الدفع أو خالف الشرط فالإجراء الوحيد لدى المؤجر هو استرداد الأصل فإذا كان ذا قيمة سوقية تنخفض بسرعة (مثل السيارات الفارهة) أضحت هذه مخاطرة تحتاج إلى علاج، وفي عقود التمويل للمساكن التي تمت لسنوات طويلة، قد تتغير المعطيات فيجد المستأجر في مرحلة معينة ان ما يجب ان يدفعه من أقساط إلى نهاية المدة أكبر من القيمة السوقية للأصل فيتوقف عن الدفع. ومعلوم ان هذا بالضبط ما أدى إلى حدوث الأزمة المالية العالمية في عام 2008م، والتي بدأت في الولايات المتحدة الأمريكية عندما انهارت أسعار العقار فوجد المتمولون من خلال (subprime mortgage) أنهم سيدفعون 500 ألف (أي ما بقي من أقساط) في منزل لا تزيد قيمته عن 200 ألف، فما كان منهم إلا توافدوا عن التسديد وليس أمام البنك إلا استرداد المنازل التي أصبحت قيمتها أقل مما سبق بكثير.

ومن جهة أخرى، فإذا كان العقد ينتهي بتملك العميل عن طريق البيع في نهاية العقد فإن انخفاض القيمة السوقية ربما يؤدي إلى امتناع المستأجر من الشراء ومن ثم يتعرض المؤجر إلى انخفاض ربحه المتوقع.

ولذلك ينص في هذه العقود على لزومية عقد الاجارة وان العميل لا يستطيع التخلل من التزاماته فيه إلا بموافقة المؤجر وفي حال توقفه عن دفع الأجرة فإن المؤجر سيتصرف باليبيع للأصل ثم يرجع عليه بالفرق بين ثمن البيع والمبلغ الذي كان سيدفعه لو

1 - مخاطر انخفاض القيمة السوقية للأصل المؤجر في نهاية العقد (وتسمى القيمة المتبقية Residual value) أكثر أهمية وتأثيراً في عقود الاجارة التشغيلية حيث لا ينتهي العقد بالتمليك وإنما برد الأصل إلى المؤجر وحيث لا تغطي الإيجارات بشكل كامل تكلفة الأصل وربح المؤجر وكثيراً ما تتضمن هذه العقود بيع القيمة المتبقية لطرف ثالث عند انتهاء العقد، إلا ان هذه الورقة مختصة بصيغة الإيجار المنتهي بالتمليك ومن ثم ليست مسألتنا.

استمر ملتزماً بـأحكام العقد، وبناء على ذلك لم يعد لتدحرج القيمة السوقية للعقار أو الأصل المؤجر تأثير على المؤجر.

7 - مخاطر تقلب العائد

المؤسسات التي تقدم منتج التمويل المتهي بالتمليك في مجال المسكن أو السيارات والمعدات يمكن أن تنقسم إلى نوعين البنوك والشركات المالية غير البنكية، أما الأخيرة فإنها تعمل برأس المال وخطر تقلب العائد يتمثل في احتمال تقلب معدل الأرباح الذي توزعه الشركة على ملاكها.

والنوع الثاني هو البنوك، وتقلب العائد بالنسبة للبنوك مخاطرة لا يقتصر أثراها على معدل الأرباح بل هو أكبر من ذلك من جهة أنه ربما يؤدي إلى انهيار المؤسسة المصرافية إذ أن الإدارة البنكية تقضي أن تكون العائدات على استخدامات أمواله تزيد على العائد الملزם به البنك لمصادر أمواله فإذا انخفض العائد بحيث صار أقل مما يجب دفعه لمصادر الأموال أصبح المصرف مضطراً إلى تعويض الفرق من رأس المال ومن ثم يتوجه إلى الإفلاس. وتعمد المصارف إلى التحوط، بالدخول مع بنوك أكبر منها في عقود تحميها من آثار التقلبات إلا أن هذه العقود تكون قصيرة الأجل وأقصى ما تصل إليه 5 سنوات فلا تغطي مخاطر تمويل المساكن.

ورب قائل أليست هذه العقود ذات عائد إيجابي فما الذي يؤدي إلى تقلب هذا العائد والجواب أن العائد على العقود القائمة لا يتأثر بالتغيرات الخارجية ولكن بالنسبة للبنوك فإن ارتفاع العوائد على التمويل بشكل عام يؤثر على البنك من ناحية ان مصادر الأموال بالنسبة للبنك والتي هي بطبيعتها قصيرة الأجل لا تزيد عن سنة تتأثر بتغير معدل الفائدة وبما أن تمويلات المساكن تمت لسنوات طويلة، فإذا ارتفعت العائدات على الاستثمار اضطر البنك حتى يحافظ على مصادر أمواله لرفع معدل العائد ولكن لن يستطيع ان يفعل ذلك ما دام ان عائدات استخدام الأموال ثابتة لا تتغير.

الطريقة الأولى: الربط بالمؤشر:

اتجهت المصارف إلى الدخول مع عملائها في تمويل المساكن في عقود ذات عائد مرивوط بمؤشر سعر الفائدة بحيث إذا ارتفعت أسعار الفائدة زاد العائد للمصرف فتحصل على الحماية من تقلب العائدات، إلا أن هذا النوع من العقود لم يعد له قبول لدى الممولين لأسباب متعددة ليس هذا مجال التوسيع فيها، ولذلك اتجهت البنوك اليوم إلى تقديم التمويل بالعائد الثابت، وهذا يعني أن تشمل في عقود تمويل المساكن التي يمتد بعضها لربع قرن إلى مخاطر تقلب العوائد.

الطريقة الثانية: التصكيم:

البديل الآخر هو التصكيم وذلك بتبني المصرف برنامجاً لإصدار أوراق مالية تمثل ملكية المساكن المؤجرة وطرحها في الأسواق وذلك للتخلص من هذا الخطر. ولعل صيغة الإيجار المنتهي بالتمليك توفر طريقة مقبولة من الناحية الشرعية للتصكيم إذ أن محل البيع يكون تلك الأصول وتكون التدفقات النقدية تابعة لها وليس محل البيع (بخلاف ما يقع في تصكيم القروض إذ المحل للبيع يكون الديون وهو من نوع)، وفي المملكة العربية السعودية أسست شركة حكومية برأس المال كبير غرضها شراء هذه العقارات المؤجرة ودفع قيمتها للبنوك وشركات التمويل وبذلك تتخلص من مخاطر تقلب العوائد ثم تقوم تلك الشركة بتصكيتها وطرحها في أسواق التداول.

البحث الثاني

حماية الملكية في الإجارة التمويلية

دراسة تأصيلية تطبيقية

د. خالد بن محمد السياري

بسم الله الرحمن الرحيم

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

تعنى هذه الورقة بتأصيل حماية الملكية في الإجارة التمويلية، وتطبيقات توقي مخاطرها لدى المؤسسات المالية الإسلامية، وأبرز دواعي الأخذ بوسائل حماية الملكية وأسبابها، سواء أكان ذلك من جهة الممولين كما في التمويل الجماعي بالإجارة، أم كان من جهة المتمويلين كما في صكوك الإجارة، أم كان من جهة المؤسسات التقليدية المشاركة في تمويلات جماعية إسلامية. حاولت الورقة تتبع العقبات التي واجهت المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيق قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمعيار الشرعي لأيوفي في الإجارة التمويلية، وتعليمات الجهات الإشرافية والرقابية، والبيئة التشريعية الحاكمة، واجتهاد المحاكم المختصة.

أعدت هذه الورقة وقدمت إلى مؤتمر أيوفي السنوي (السابع عشر) للهيئات الشرعية في البحرين في شعبان 1440هـ (أبريل 2019م)، وهي محاولة في هذا السبيل، تحتاج إلى عرضها على نظر العلماء والخبراء والباحثين والممارسين، لتقويمها وإنضاجها حتى تستوي على سوقها.

الدراسات السابقة:

1. بحث بعنوان (المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات) عام 1410هـ (1990م)، للشيخ د. حسين حامد حسان، وهي دراسة جادة ومبكرة في هذا الموضوع، وعالجت المسألة في ضوء ما واجهه البنك الإسلامي للتنمية من عقبات عملية في تطبيق قرار مجمع الفقه الإسلامي في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، وهو مقدم إلى الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، وقد صدرت توصياتها وكان منها موافقة البحث في موضوع صيانة العين المؤجرة، وهذا ما كان في الندوة الثالثة، وقد فتحت بحث كما في الفقرة التالية:

2. بحث بعنوان (الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة وتبعية ذلك على المؤجر والمستأجر) عام 1413هـ (1993م)، للشيخ محمد الأشقر، وبحث آخر بالعنوان نفسه للشيخ عثمان شبير، وقد قدما إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي.

3. بحث بعنوان (مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط) عام 1418هـ (1997م)، للشيخ د. نزيه كمال حماد، وهي دراسة شجاعية متجردة في تأصيل الموضوع، وقد طبع مفرداً ضمن مطبوعات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية، ثم طبع مع مجموعة أبحاث بعنوان (قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد) عام 1421هـ (2001م).
4. دراسة شرعية للكاتب عام 1437هـ (2016م)، مقدمة إلى مقام المجلس الشرعي مرفقة مع تطوير المعيار الشرعي للإيجار والإجارة المنتهية بالتمليك. ومن المسائل التي شملتها الدراسة: تضمين الواجب باستئجار العين، والأجرة التكميلية. وهما من وسائل حماية مخاطر ملكية العين المؤجرة¹.
5. بحث بعنوان (بدائل تضمين المستأجر في الإيجار التمويلي وتطبيقاته في المؤسسات المالية الإسلامية) عام 1439هـ (2018م)، للشيخ د. عبدالله العايضي، وهي دراسة علمية اعتمدت بدراسة العقبات العملية التي واجهتها إحدى المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيقات الإجارة التمويلية مع اقتراح بدائل وحلول لمعالجتها.
6. بحث بعنوان (الأجرة التكميلية) عام 1439هـ (2018م)، للشيخ عبدالحكيم العجاجي، وهو بحث ماجستير في المعهد العالي للقضاء بالرياض.

مشكلة البحث:

1. العقبات العملية التي واجهتها المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيق عقد الإجارة في ضوء ضوابط مؤسسات الاجتهد الفقهى الجماعي.
2. النظر القانوني والمحاسبي والمالي لعقد الإيجار التمويلي يدفع في اتجاه تغليب الجانب التمويلي على جانب عقد الإجارة، وأكثر قوانين الإيجار التمويلي في البلدان العربية والإسلامية تنص على تحمل المستأجر جميع تبعات الملكية أو تسمح بذلك.

¹ تضمين الواجب احتاجت له المؤسسات عند انفراد العميل باختيار عقار أو أصل لغرض تمويله بالإيجار، والأجرة التكميلية انتشرت في صكوك الإجارة والصناديق العقارية والتمويلات الجماعية وتمويلات المشاريع لتغطية مصروفات العين الواجبة على المالك.

تقسيمات البحث:

جعلت هذه الورقة مراعاة لكتاب الاستكتاب، في مقدمة وقسمين وخاتمة:

القسم الأول: تأصيل حماية الملكية في الإجارة التمويلية.

القسم الثاني: تطبيقات حماية الملكية في الإجارة التمويلية لدى المؤسسات المالية الإسلامية.

وبالله تعالى التوفيق.

د. خالد بن محمد السياري

khalid@sayari.sa

في مدينة الرياض

رجب 1440 (مارس 2019)

القسم الأول

تأصيل حماية الملكية في الإجارة التمويلية

المبحث الأول: مقدمات تمهيدية:

1. المقصود بحماية مخاطر الملكية.
2. التخرج الفقهي للإجارة التمويلية وأثره في حماية الملكية.
3. تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة.
4. وسائل الحماية من المخاطر بين المخراج والخيل.
5. مخاطر الملكية في التمويل الإسلامي.

المبحث الثاني: موقف الأطراف الأخرى من تحمل مؤسسة التمويل الإسلامي مخاطر الملكية في الإجارة التمويلية:

1. موقف الجهات الإشرافية والرقابية.
2. موقف المؤسسات المالية التقليدية المشتركة في التمويل الجماعي بالإجارة.
3. موقف القوانين ومعايير المحاسبة والمحاكم المختصة.
4. موقف مؤسسات الاجتهاد الفقهي الجماعي.

المقالة الأولى

المقصود بحماية مخاطر الملكية

أولاً: مفهوم الحماية:

الحماية أو التحوط أو الوقاية، مصطلحات متقاربة، وتناوّلها عدد من الباحثين، ويُمكن الاكتفاء بما جاء في قرار جمع الفقه الإسلامي الدولي وخلاصته:

(التحوط في معناه العام، يعني التغطية والاتقاء، أو الوقاية، وبمعنى الحماية كما ورد عند الفقهاء. وفي الاصطلاح المالي: يعني إجراءات منظمة لإدارة المخاطر بتحييدها أو الحد منها أو إلغائها، من خلال نقلها إلى طرف آخر. وفي المعنى الاصطلاحي فهو الحماية من المخاطر وتخفيف آثارها... فتعرف الحماية بأنها: استخدام الوسائل المتاحة للوقاية من الخسارة أو النقصان أو التلف.

والحماية بهذا المعنى أعم من ضمان رأس المال، من حيث إن الضمان هو الالتزام من جهة معينة بتحمل ما يلحق برأس المال من خسارة أو تلف أو نقصان؛ أما الحماية فهي وقاية رأس المال فيشمل الضمان المباشر وغير المباشر... والتحوط بمعناه العام، يقصد به الوقاية والحماية للمال من المخاطر، وهو بهذا المعنى يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ المال². وقريب منه ما جاء في المعيار الشرعي رقم (45) بشأن حماية رأس المال والاستثمارات، الصادر عام 2010م³.

ثانياً: مفهوم الخطر:

قال ابن القيم: (المخاطرة مخاطرتان: مخاطرة التجارة. وهو أن يشتري السلعة بقصد أن يبيعها ويربح ويتوكل على الله في ذلك. والخطر الثاني: الميسر الذي يتضمن أكل المال بالباطل، فهذا الذي حرمه الله تعالى ورسوله)⁴.

وجاء في قرار جمع الفقه الإسلامي الدولي: (الخطر في الاصطلاح المالي: احتمال هلاك المال أو وقوع الخسارة أو فوات الربح أو كونه دون مستوى المتوقع. والخطر المستهدف بهذا المعنى لا

² قرار جمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن التحوط في المدينة المنورة عام 2018م.

³ وينظر أيضاً: دراسات المعايير الشرعية 4/3065-3069.

⁴ زاد المعاد 5/723.

ينفك عن النشاط الاقتصادي، وقد وردت في الشريعة الإسلامية عقود التوثيقات.. لحماية طرف العقد من مخاطر المعاوضة، والمخاطر إجمالاً غير مرغوب فيها، لأن فيها تعريض المال للهلاك).

ثالثاً: أنواع المخاطر:

عقد الإيجار التمويلي من عقود التمويل والائتمان، ويشتمل العمل المالي والتمويلي والائتماني على عدد من المخاطر، ويمكن بيان المخاطر الرئيسية بحسب معايير بازل على النحو التالي⁵:

1. **المخاطر الائتمانية** (وهي المخاطر الناشئة عن عشر المتمويل)⁶.
2. **مخاطر السوق** (وهي المخاطر الناشئة عن تغير الأسعار، مثل: الفائدة وهامش الربح، الصرف، والأوراق المالية، والسلع)⁷.
3. **مخاطر التشغيل** (وهي مخاطر فشل العمليات الداخلية من الموظفين والأنظمة الإلكترونية والإجراءات الداخلية. ويدخل فيها: المخاطر الناشئة عن حيازة الممول ومتلكه للسلع وتحمّله تبعه هلاكها وعيوبها وصيانتها)⁸.

والورقة تعني بالنوع الثالث المتعلق بمخاطر ملكية العين المؤجرة التي تقع على عاتق مؤسسة التمويل، وتحتاج معها إلى الأخذ بأسباب وأساليب وطرق الحماية والتوقى من مخاطرها بما يجعلها في منأى عن التأثير بها، وتحاول الورقة فحص ودراسة هذه الأسباب وتقويمها من الناحية الشرعية، وأثرها على حكم المعاملة.

رابعاً: مفهوم إدارة المخاطر:

إدارة المخاطر تعنى العمل على تحيئة البيئة الملائمة لرصد المخاطر التي تواجهها المؤسسة المالية وإدارتها وقياسها ووضع الترتيبات الملائمة للتحكم فيها وتحجيم آثارها بتجنبها أو تخفيضها أو

⁵ معيار كفاية رأس المال بازل 3، البنك المركزي الكويتي ص 16 و 45 و 110 و 161 و 170 و 284. وتسمى مخاطر الركن الأول من معدل كفاية رأس المال، أو متطلبات الحد الأدنى لرأس المال. بينما تسمى المخاطر الأخرى: مخاطر الركن الثاني، مثل المخاطر القانونية ومخاطر السمعة ومخاطر السيولة.

⁶ إدارة المخاطر ص 31 و 65.

⁷ إدارة المخاطر ص 31 و 115 و 163.

⁸ إدارة المخاطر ص 79 و 158، المعيار المعدل لكافية رأس المال، مجلس الخدمات الإسلامية ص 152.

نفيها، وعادة ما يكون ذلك من إدارة مختصة في المؤسسة المالية⁹.

وتعنى الورقة هنا بعرض وتقديم أبرز وسائل وأساليب حماية مؤسسة التمويل (المؤجر) من مخاطر ملكية العين المؤجرة بالحماية سواء بتقليلها أو الحد منها أو حتى نفيها عن المؤسسة وإلغائها، وذلك بنقلها إلى طرف آخر، سواء أكان ذلك الطرف هو العميل (المستأجر)، أم مالك العقار، أم شركة التطوير العقاري، أم مورد السلعة، أم شركة المقاولة، أم شركة التأمين، أم شركة الصيانة، ومدى توافق ذلك مع الأصول الشرعية ومتطلبات عقد الإيجار التمويلي وآثاره.

⁹. إدارة المخاطر ص 28.

المسألة الثانية

التخريج الفقهي للإجارة التمويلية وأثره في حماية الملكية

أولاً: الاتجاهات في التخريج الفقهي للإجارة التمويلية:

سأقتصر في تناول هذه المسألة بالقدر الذي نحتاج إليه في هذا البحث، إذ ليس المقصود إعادة البحث في أصل هذا العقد فقد تناوله الباحثون في مخالف مختلفة وصدرت به قرارات جماعية، والذي يعنينا هنا أثر الاختلاف في هذه المسألة على الموضوع محل البحث.

لقد اختلف الاجتهاد الفقهي المعاصر في التخريج الفقهي لعقد الإجارة التمويلية على اتجاهين معروفيين:

الاتجاه الأول: إبطال العقد، على خلاف بينهم في تخرجه:

1. أنه عقد إجارة فاسدة، فيحكم بأجرة المثل، وتعاد العين للممول فله غنمها وعليه غرمها.¹⁰

2. أنه عقد قرض مع رهن العين، فيحكم برد أصل القرض دون فوائده، ويحكم بالعين للعميل فله غنمها وعليه غرمها.¹¹

الاتجاه الثاني: تصحيح العقد، على خلاف بينهم في تخرجه:

1. أنه عقد بيع ناجز بثمن آجل، مع رهن العين. فيحكم بالوفاء بالثمن أصله وربحه، ويحكم بالعين للعميل.¹²

2. أنه عقد بيع معلق على سداد الثمن¹³. فيحكم بالعين للممول عند عدم الوفاء بالثمن.

3. أنه عقد إجارة معهود فقها، ثم عقد تملك منفصل للعين ببيع أو هبة.¹⁴

¹⁰ مقتضى قرار هيئة كبار العلماء في المملكة رقم (198) وتاريخ 29/10/1420هـ.

¹¹ بعض أحکام المحکم المختصة في المملكة وخارجها. ينظر مثلاً: مجموعة الأحكام القضائية، وزارة العدل السعودية، وأيضاً أحکام محکم مختصة في البحرين مذكورة في فتاوى هیئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي ص 180 و 375 و 376 و 377.

وهو قول كل من يمنع عقود التمويل البنكية مثل المراححة والإجارة، ويرى أن دور البنك مجرد وكيل (وسيط) عن العميل في تملك الأصل من المورد أو المالك، ويقتصر دوره على إقرار العميل بفائدة لسداد ثمن البيع للمالك حالاً.

¹² رأي الشیخ محمد بن جبیر في تحفظه على قرار هیئة كبار العلماء رقم (198).

¹³ رأي الشیخ عبدالله البسام في الاختیارات الجلیة في المسائل المخلوقیة 39/3 و 40.

¹⁴ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك في الرياض عام 1421هـ.

4. أنه عقد إجارة من نوع خاص، أو عقد جديد¹⁵.

ثانياً: الموازنة بين التخريجات الفقهية للإجارة التمويلية¹⁶:

يمكن تجاوز التخريجات الفقهية المنشقة من إبطال العقد، بعد وضوح صورة العقد، ووضوح الرأي فيه، وانتشار التعامل به على مستوى الأفراد والشركات والحكومات، وصدور أنظمة فيه، فلم يعد من الملائم أن يكون تصحيح العقد محلاً للخلاف، فإن إبطاله يخالف مقصداً شرعاً في العقود، وهو ثبات التعامل بين الناس واستقراره ولزومه، وتماشياً مع القاعدة الشرعية في تصحيح العقود إذا وقعت ماً لا يمكنه إذا ترتب على إبطالها ضرر.

كما يمكن تجاوز التخريح على عقد البيع عند المصححين لهذا العقد، لقلة من يقول به، ولصدور الأنظمة وتعامل الناس على أنه عقد إجارة.

ويظل الخلاف قائماً ومؤثراً بين القول بأنه إجارة معهودة ثم عقد تمليلك، وبين القول بأنه إجارة من نوع خاص، وسيبِّ الخلاف أن أبرز من أخذ بالقول بأنه إجارة معهودة فقهياً: قرار جمع الفقه الإسلامي الدولي، وقد ذكر القرار ستة ضوابط للعقد، قد أثار أحدها كثيراً من الجدل وحصل توسيع في تفسيره، وهو ضابط: (أن تكون الإجارة فعلية وليس ساترة للبيع)، وهو يحتمل أحد معنيين:

1. إما ألا تراعي مقتضيات عقد التمليل وأحكامه أثناء مدة الإجارة كتحمل تبعه هلاك العين واستحقاق نماء العين.

2. أو ألا يراعي قصد البيع في احتساب الأجرة، فلا تجعل أعلى من أجرة المثل.

وبعض الباحثين يحمل الضابط المذكور على المعنى الأول، ولكن يعكر عليه أن القرار قد ذكر من ضمن الضوابط الستة أنه: (يجب أن تطبق أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة)، وهذا يعني أن الضابطين مختلفان وكل منهما معنى معاير. وما يؤيد أن المقصود هو المعنى الثاني هو عدم مراعاة التمليل عند احتساب الأجرة. وأغلب الظن

¹⁵ مقتضى المعيار الشرعي للإجارة، وعليه عدد من قرارات الهيئات الشرعية كما سيأتي، وبعض الدراسات القانونية، مثل بحث: الطبيعة القانونية لعقد الليزنس للقاضي حبيب مزهر ص 74.

¹⁶ بحث حق التملك في الإيجار التمويلي للباحث.

أن القرار استعار هذه العبارة من قول السنهوري: (الإيجار الساتر للبيع تكون الأجرة
بماوza لأجرة المثل، ويكون ثمن التملك تافها)¹⁷.

- إذا تقرر هذا، فإن تطبيق معنى هذا الضابط متعدد أو متعدد¹⁸. ومهما يكن من أمر، فإن قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي يتفق عليه (نظريا) غالبية الفقهاء المعاصرين، باعتبار تمييز عقد الإيجار عن عقد البيع، وقلما تجد من يخالف فيه.
- وإنما قد يثور الخلاف ويشتدد في آثار القول بأنه عقد إجارة من نوع خاص. فهو يشبه عقد الإيجارة المعهود فقهها، فتغلب أحکامه عليه، لكن لا يلزم من ذلك طرد جميع أحکام الإجارة عليه إذا كان في طردها مخالفة لمقتضيات العدل فيما يتعلق باستحقاق الغنم وتحمل الغرم. وهذا يجعل الضابط المذكور في قرار المجمع (أن تكون الإجارة فعلية وليس ساترة للبيع) محل مراجعة، لأن تنفيذ هذا الضابط سيفرغ القول بجواز الإجارة المنتهية بالتمليك من مضمونه، إذ يتعدد إخفاء قصد التملك في هذا العقد، فلا مناص حينئذ من تأثير الأجرة به، ولو أمكن عدم مراعاة التملك لتوجه المستأجرين لجهات ومؤسسات الإيجار العادي، ولم يكن هناك حاجة لاستحداث هذا العقد من أصله¹⁹.
- ومهما يكن من أمر، فإن هذا القول هو الذي عليه تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية لما واجهته من عقبات قانونية وعملية، وهو الذي جعل بعض كبار فقهاء العصر يرى أن هذه التطبيقات: خروج على قرار مجمع الفقه الإسلامي²⁰.
- وسبب هذا الخروج هو طبيعة عقود التأجير التمويلي التي قال عنها بعض رجال القانون إنه (يكثـر فيها الخروج على القواعد العامة في عقد الإيجار)²¹، و(عقد الإيجار يشكل الركيزة العقدية الأساسية إلا أنه استقل بذاته وأصبح عقدا مستقلا له مميزاته الخاصة وأحكامه التي تميـز عن غيره من العقود، فهو عملية مبتكرة، وعقد ذو طبيعة خاصة)²².

17 الوسيط في شرح القانون المدني 150/4 و 93/6.

18 الملتقيات الفقهية (الشيخ الصديق الضرير) ص 732.

19 مناقشات مؤتمر شورى الفقهى الثاني (مناقشة د.عبد الرحمن الأطراف)، فى الكويت عام 1428هـ.

20 الملتقيات الفقهية (الشيخ الصديق الضرير) ص 732.

21 التأجير التمويلي من الوجهة القانونية ص 50.

22 الطبيعة القانونية لعقد الليرنج ص 74.

- و(عقد التأجير التمويلي ليس عقد إيجار عادي، وإنما هو عقد ذو طبيعة خاصة، لذلك فهو يخرج في الكثير من أحکامه عن القواعد العامة التي تنظم عقد الإيجار العادي)²³.
- وأما من جهة الاجتهاد الفقهي فإن هذا القول هو المفهوم من المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك فيما يتعلق برد الفرق بين أجراً المثل وأجراً التمويل عند فوات التملك الذي قابله الزيادة في الأجرا، فهذا الحكم لا يتفق مع مقتضيات عقد الإجارة التي تستحق الأجرا فيها مقابل استيفاء المنفعة، وإنما رواعي فيه قصد التملك²⁴، ومثله تفريق المعيار الشرعي في الضوابط والأحكام بين إجارة العين لمن باعها إجارة عادية وإجارة تمويلية. وقد صدر بهذا القول عدد من قرارات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في المملكة وخارجها، وبه صدر نظام الإيجار التمويلي في المملكة ولائحته التنفيذية.
- جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (597) عام 2014م: (وبعد التأمل في أبرز المسائل الشرعية التي تضمنها العقد المشار إليه ومنها: حكم اشتراط المصرف دفعه تملك يدفعها العميل في نهاية مدة الإجارة تشمل مجموع التكاليف والمصروفات والنفقات التي تكبدها المصرف فعلاً على العقار، وحكم تمديد عقد الإجارة عند رغبة العميل في تأجيل التملك، وحكم دفع المصرف للعميل ما زاد عما يستحقه المصرف في حالات التلف أو نزع الملكية أو بيع العقار لطرف ثالث أو تقييم العقار لغرض تأجيره لطرف ثالث، وقد استصحبت الهيئة في نظرها تلك المسائل خصوصاً هذا العقد الجديد والقواعد الشرعية لتحقيق العدالة بين طرفي العقد ودرء ما يفضي إلى النزاع).
- وجاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرفيّة الإسلامية في البنك الأهلي التجاري رقم (1/147) عام 2011م: (سيقوم البنك بالتأمين على العقار المؤجر وفي حال حدوث تلف كلي للعقار أثناء سريان عقد الإجارة بسبب لا يرجع للمستأجر أو بأفة سماوية فإن العقد سينفسخ، وفي حال استحق البنك تعويضاً عن الضرر من شركة التأمين فإن

²³ تطورات حديثة في التأجير التمويلي ص 156.

²⁴ مستندات المعايير الشرعية ص 269، المنشآت الفقهية ص 716 و 732 و 738 و 742.

البنك سيقوم بخصم ما يعادل المبلغ الإيجاري لباقي مدة العقد، والتنازل عن باقي مبلغ التعويض للمستأجر تعويضا له عن فوات تحقيق الوعد بالتمليك في نهاية مدة العقد... بعد اطلاع الهيئة لم يظهر لها مانع شرعي).

• وهذا التحرير هو أعدل الأقوال في نظر الباحث، فليس في مراعاة قصد التملك محذور شرعي، إذ (الأصل في المعاملات كلها: أصلها وشرطها وجميع ما تعلق بها، الأصل فيه الحل والإباحة إلا ما دل الدليل الشرعي على منعه)²⁵، وهذا يستدعي من الفقيه والقاضي النظر في شروط العقد وأحكامه بما يتحقق العدالة بين أطرافه، وخلوه من الربا والغرر. ولهذا العقد نظائر في الشريعة كما في الفقرة القادمة.

• وفي تقديري أن سبب استحواذ بعض العقود المعاصرة المستجدة على كثير من الجدل (كعقد الإيجار التمويلي وعقد التأمين) هو ارتباطها بآحاد الناس، وإلحاحهم بالسؤال والاستفتاء، فيحاول الفقيه والمفتى سد حاجة المستفي مع استعجاله الجواب مما قد يترتب عليه خروج بعض الآراء دون نظر وتأمل مكتمل، ولو بحثت تلك المسائل بعيدا عن ضغط المؤثرات الاجتماعية والتجارية، مراعية المحددات العلمية، لوصلت الآراء في ظني إلى نتائج أمن تأصيلا، ولو تأملنا في عقود معاصرة أخرى لوجدناها أشد تعقيدا وأكثر إشكالا، ويشور في ذهن الباحث جملة من الإيرادات عليها، ورغم ذلك لم يحصل عليها جدل علمي لافت، ويعود ذلك فيما يبدو إلى عدم ارتباطها المباشر بآحاد الناس، ويمكن التمثيل لذلك بعقود البوت المشتمل على خلطة عقود.

ثالثا: نظائر فقهية للإجارة التمويلية²⁶:

ثم نظائر فقهية متقدمة ومعاصرة ترددت بين عقد البيع والإجارة، وصححها محققو الفقهاء مع مراعاة العدالة بين الأطراف فيما يتعلق بآثار العقد وأحكامه، بالجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبيهين. ومن تلك العقود:

1. عقد الأرض الخاجية، وهي الأرض المفتوحة عنوة، وبختار الإمام ألا يقسمها بين الغانمين، فيقرها في أيدي أربابها مقابل عوض سنوي يسمى خراجا، لا يسقط بحال ولو أسلم

²⁵ المنازرات الفقهية، ابن سعدي ص 175.

²⁶ ينظر: دراسة شرعية أعدتها الكاتب بتكليف من المجلس الشرعي لعرض تطوير المعيار الشرعي للإجارة.

أربابها أو انتقلت ملك مسلم. فقيل إنه بيع، وقيل إنه إجارة؛ قال ابن تيمية: (وكلا القائلين خرج في قوله عن قياس البيوع والإجارات، والتحقيق: أنها معاملة قائمة بنفسها ذات شبه من البيع ومن الإجارة). وقال ابن القيم: (والخروج وإن شارك الإجارة في شيء؛ فيبينهما فروق عديدة)، وقال ابن رجب: (ليس بأجرة محسنة؛ بل شبيه بالأجرة متعدد بينها وبين البيع، بل هو للبيع، لإطلاق مدة؛ أقرب).

2. عقد الحكر والصيرة: وهو دفع عقار لشخص ينتفع به بلا تحديد مدة، مقابل عوض سنوي يسمى (حكر) أو (صيرة). ففي ذلك شبه بالبيع والإجارة، وقد جرى العمل بهما من غير نكير، وخصت بأحكام آثار متعددة بين البيع والإجارة؛ كما في تبعة الملاك واستحقاق التعويض والتأمين عند نزع العقار للمصلحة العامة²⁷.

3. عقد المصالحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه ونحوها، فليست بإجارة محسنة لعدم تقديره المدة وهو شبيه بالبيع، ولذا قال الحنابلة: (فكان بيعاً تارة وإجارة تارة أخرى).

4. عقد حق الانتفاع العقاري (القانوني): وهو تمليك شخص منفعة عقار مدة طويلة لشخص آخر مقابل عوض، على أن يحتفظ المالك برقبة العقار، ويثبت للمنتفع حق عيني يمكنه من الاستعمال والاستغلال دون التصرف بالرقبة²⁸. وقد ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع وإن لم تنته مدة الانتفاع. كما قد يتحمل المنتفع التزامات المالك؛ كتبعة الملاك والضرائب والصيانة الأساسية والتأمين. وقد اختلف الاجتهاد الفقهي المعاصر فيها، فبعضهم نظر إلى أن العقد مؤقت ووقع على المنفعة فخرجه على عقد الإجارة، وبعضهم خرجه على عقد البيع، وقد انعكس هذا التردد على بعض الاجتهدات الجماعية التي صدرت بشأنها، حتى جاء في تخرججه قوله ثالثاً، ونص المقصود منه: (حق الانتفاع بعوض؛ فيه شبه بعقد البيع، وبعقد الإجارة من وجه آخر، غير أنه لا يمكنه إلحاقه بأحد هما، لوجود فروق له عن كل منهما، وعلى ذلك فإنه يعتبر عقداً مستحدثاً تطبق

²⁷ ينظر مثال على تردد النظر الشرعي والاجتهاد القضائي بشأن هذا العقد في كتاب: المبادئ والقرارات الصادرة من مجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية ص 49-53.

²⁸ فتوى ندوة البركة 1/27، قرار مؤتمر شورى الفقهى 2/4 و 2/5.

عليه قواعد الشريعة العامة في العقود²⁹. وقد جاءت آثار العقد متعددة بين البيع والإجارة في تحمل المنتفع مخاطر ملكية العين واستحقاقه الغنم، وإباحة تداول محل المنفعة وإلهاقها بالأعيان لا الديون.

ومن العقود المتعددة الأخرى:

1. عقد هبة الثواب، فقد جعله الأحناف شبيها بالبيع والمبهة المضضة، وترتيباً على ذلك قال الحنفية في آثاره: (إنه اشتمل على جهتين؛ فيجمع بينهما ما أمكن، عملاً بالشبهين)، وبعض المالكية يرى أنه عقد بيع خفيف فيه شرط معلومة الثمن، فتسامح في جهالة ثواب (عوض) المبهة.

2. عقد الاستصناع، فهو يجمع بين البيع وإجارة الأشخاص. فأأخذ من الإجارة: جواز تأجيل العوض وترديده، ومنع شرط البراءة من العيوب، وأخذ من البيع: خيار الرؤية. ولذا قال عنه الأحناف: (إجارة ابتداء، بيع انتهاء)، وقال عنه بعض المالكية: (هذا من باب البيع، والإجارة في الشيء المبيع).

3. عقد المساقاة، فهو عقد يجمع بين الإجارة والمشاركة؛ فأخذ من الإجارة لزوم العقد وتحديد المدة، وأخذ من المشاركة طريقة تحديد العوض، وعدم استحقاق العامل العوض إلا بتحقق الناتج. ولذا قال بعض الحنفية: (فيها معنى الإجارة والشركة؛ تعقد إجارة ثم تتم شركة). وقال بعض المالكية: (هي دائرة بين الشركة والإجارة ولذا اختلف في لزومها؛ فقيل تلزم تغليباً للإجارة، وقيل لا تلزم تغليباً للشركة، وقيل لا تلزم إلا بالمشروع في العمل قياساً على الجعلة، وقيل شركة مركبة من شركة الأموال والأعمال). وقال بعض الشافعية: (ولا يلزم من شبهها بالإجارة أن تعطى جميع حكماتها).

4. ومنها عقد السمسرة فهي عقد مركب من الجعلة والإجارة، فهي عقد لازم للسمسار إخلاصه، والعوض لا يستحق إلا بتمام العمل.

والغرض مما تقدم أن ثم عقوداً وتعاملاً قد ظهرت استتباعاً لحاجات الناس، ورأى فيها الفقهاء إلهاقاً بأحد العقود، أو تخصيصها بأحكام تراعي العدالة بين الطرفين وتخلو من الربا

²⁹ قرار مؤتمر شورى الفقهى رقم 2/5.

والغرر.

واللتوريج الفقهي لعقد الإجارة المنتهي بالتمليك قريب من هذا، فليس هو قبيل الإجارة المعهودة فقها، وإنما هو عقد خاص فيه من صفات البيع والإجارة، وينظر حينئذ فيما يقتضيه هذا العقد من آثار، مع مراعاة العدالة بين الطرفين، وتجنب محدورات العقود من الربا والغرر.

رابعاً: أثر التوريج الفقهي للإجارة التمويلية في حماية ملكية العين المؤجرة:

يتربّ على التوريج الفقهي المختار للإجارة التمويلية جملة من الآثار والأحكام وصولاً إلى التوازن العقدي المطلوب بين أطراف التعاقد، وتحقيقاً للعدالة في تطبيق قاعدة الغنم بالغرض والخارج بالضمان، ومنها:

1. استحقاق نماء العين المؤجرة، فلا تستحق مؤسسة التمويل أي نماء للعين يزيد على المتبقّي من دين التمويل، سواءً أكان هذا النماء ناتجاً من ارتفاع قيمتها (ربح رأسمالي) أو من تشمّن عقاري أو تعويض تأميني، فإنه حق للعميل المتمول، وهو ما اصطلحت عليه بعض الاجتهادات الفقهية والقانونية المعاصرة بتسميتها (حق التملك في الإيجار التمويلي)³⁰.

2. تحمل تبعات ملكية العين المؤجرة، فلا يلزم مؤسسة التمويل تحمل جميع تبعات ملكية العين المؤجرة، لأن الملك مراعي في هذا العقد الجديد ومقصود للعميل، وهذا بخلاف تحمل تبعات ملكية العين المؤجرة إجارة معهود فقها، فإن المؤجر مسؤول عن جميع تبعات المالك فيها، فليس للمستأجر غرض في تملّكها، وأي إصلاح يضيفه المستأجر في العين، ففيه منفعة للمؤجر، وبناءً على هذا فإن مؤسسة التمويل الأخذ بأسباب ووسائل الحماية من مخاطر ملكية العين المؤجرة ما ليس لمؤسسة الإيجار العادي، وسيأتي مزيد بيان وتفصيل وتوضيح لهذه النقطة في المسألة التالية في هذه الورقة: (تحمل

³⁰ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (597) عام 2014م، ونظام الإيجار التمويلي السعودي ولائحته التنفيذية، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية لخاني دويدار ص 19 و 26، وعقد الليزنس لناصيف ص 39، 137، وعقد التأجير التمويلي للشوابكة ص 84. بعض الاجتهادات الشرعية تتفق في النتيجة مع اختلاف التوريج والمأخذ، وبعضها يجعله عوض عن فوات شرط، وبعضها يجعله من تطبيق بدل الخلو في الإيجار التمويلي، وبعضها يجعله من قبيل المصالحة على عوض، وبعضها يجعله من مقتضيات العدالة، وبعضها يجعله من قبل التنازل من المؤسسة للعميل، ينظر مثلاً: قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي رقم (1/147) عام 2011م، قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (71) عام 2013، وفتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي رقم 55/6 عام 2012.

مخاطر ملكية العين المؤجرة.

3. **أجرة مثل العين المؤجرة**، فإن سوق الإيجار التمويلي يختلف عن سوق 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 عن الخدمات التي تقدمها مؤسسة الإيجار العادي، وهذا الاختلاف ظاهر بين في شروط العقود وأعراف المعاملين والأنظمة الحاكمة وتعامل الجهات الإشرافية، والشروط والأعراف معترفة في التعامل³¹.

³¹ التأجير التمويلي من الوجهة القانونية ص 23 و 44 و 45.

المسألة الثالثة

تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة

أولاً: تحمل (المؤجر) مخاطر ملكية العين المؤجرة:

مطان البحث في هذه المسألة ظاهر، وكلام الفقهاء فيها معلوم في الغالب، فعمامة الفقهاء على أن الأصل أن المؤجر يتحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة؛ لأن المالي والضمان فرع عن الملك ومن أظهر آثاره، ويشمل ذلك ضمان العين من التلف وكذا الإصلاح. وبمنع تحويل المستأجر ذلك؛ لأنه أمين، فيمنع شرط تحمله ضمان العين المؤجرة وصيانتها (عمارتها ورممتها)؛ لخدر الغرر، ولكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه³².

ووجه ذلك أن هذا الشرط يؤدي إلى تحمل المستأجر نفقات (مصاريف) مجحولة، وهذا يؤدي إلى جهالة الأجرا حينئذ لأن "المشروط يصير أجراً وهو مجحول فتصير الأجرا مجحولة" ³³، و"المجحول إذا انضم إلى معلوم صيره مجحولاً" ³⁴، فهو شرط فاسد.

ثانياً: أثر امتناع المؤجر عن تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة:

إذا امتنع المؤجر من صيانتها أو نص في العقد على عدم إصلاحها، فيكون أثر ذلك هو ثبوت خيار الفسخ للمستأجر، وليس إجبار المؤجر على إصلاح العين المؤجرة، ولا إنقاذه الأجرا بقدرها، ولا إصلاح المستأجر لها على حساب المؤجر دون إذنه ورضاه، وهذا حكم متقرر في المشهور من مذاهب الأئمة الأربعة³⁵، خلافاً لما عليه القانون المقارن، والتشريعات العربية³⁶.

ثالثاً: أنواع صيانة العين المؤجرة:

³² بداع الصنائع 194/4 و195 و208 و210، الشرح الصغير 42/4 و62 و63، نهاية المحتاج 5/266 و298 و314، المغني 8/34 و114، كشاف القناع 9/109 و139. وزاد الحنفية علة الربا على أصلهم في منع الشروط الزائدة على مقتضى العقد بأنها "زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال، فيكون ربا أو فيها شبهة الربا" بداع الصنائع 4/195.

³³ بداع الصنائع 4/194.

³⁴ حاشية المغربي الرشيدى على نهاية المحتاج 5/266.

³⁵ المراجع السابقة، عدا ما إذا كانت العين المؤجرة وقنا أو ملك يتيم، وبعض فقهاء الخانبلة يرون إجبار المؤجر في الوقف وفي غيره، مثل ابن تيمية والمداوى؛ جاء في الإنصاف 4/14: (حکى في التلخيص أن المؤجر يجب على الترميم بإصلاح مكسر، وإقامته مائل. قلت: وهو الصواب. قال الشيخ تقى الدين: للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المكان المأجور، فإن كان وقف، فالعمارة واجبة من وجهين: من جهة أهل الوقف، ومن جهة حق المستأجر. انتهى). وليس له إجباره على التجديد. على الصحيح من المذهب. وقيل: بلـ).

³⁶ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1/6/246-296.

صيانة العين المؤجرة (عمارتها ومرمتها) على نوعين مشهورين³⁷:

1. ما يُتمكّن به من الانتفاع، أو ما كانت لأصل الانتفاع، أو ما يسمى الصيانة الأساسية.

2. ما كان لاستيفاء المنافع، أو ما كانت لكمال الانتفاع، أو ما يسمى الصيانة التشغيلية.
وهناك نوع ثالث وهو الصيانة الدورية، وهي مقيدة بآجال محددة وأجزاء معلومة، وبعضها يلحق بالنوع الأول، وبعضها يلحق بالنوع الثاني.

رابعاً: تحمل (المستأجر) مخاطر ملكية العين المؤجرة:

مع تقرير أن الأصل في تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة أنه على المؤجر، إلا أن الفقهاء خرجوا عن هذا الأصل بحسب عدد من الموجبات، وحمل البحث هنا هو تحرير ما يجب على المؤجر في عقد الإيجار، وما يسوغ تحميلاً على المستأجر، وذلك في ضوء الموجبات التالية:

الموجب الأول: التعدي والتفريط:

وهذا الموجب ظاهر لا يحتاج إلى بيان، والتعدي فعل ما لا يجوز، والتفرط ترك ما يجب³⁸، وهذا تعبير فقهاء المذاهب الأربعة، وهو محل اتفاق بينهم³⁹، ويرى القانون المقارن التعبير بالتقصير والإهمال ومخالفة الشروط، والمعنى واحد.

قال ابن تيمية: (يد الأمانة إذا أتلفت شيئاً أو تلف بتفرطيها أو عدواها ضمته، كيد المستأجر والمودع والمضارب والوكيل)⁴⁰.

الموجب الثاني: العرف:

جاء في المبسوط 144/15: (و عمارة الدار وتطيئنها وإصلاح الميزاب وما هي من بنائها على رب الدار؛ لأن به يتمكن المستأجر من سكني الدار، وكذلك كل ستة يضر تركها بالسكنى؛ لأن المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة، فإن أبي أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالعقود عليه؛ إلا أن يكون استأجرها وهي

³⁷ المغني 8/33، المسؤولية عن أعمال الصيانة في إيجار المعدات ص 451 و 453 و 456.

³⁸ الاختيارات الجلدية في المسائل الخلافية مع نيل المأرب للشيخ عبدالله البسام 3/272.

³⁹ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 374-376.

⁴⁰ جموع الفتاوى 29/197.

كذلك وقد رآها، فحيثند هو راض بالعيوب فلا يردها لأجله).

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

وفي الأشيه والنظائر لابن نحيم ص 85: (ورد علي سؤال فيمن آجر مطبخاً لطبع السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها فتل ف ذلك، وقد جرى العرف في المطبخ بضمها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروع، فصار كأنه صرح بضمها عليه)⁴¹.

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

وجاء في كشاف القناع 106/9 و 108: (ويلزم المؤجر مع الإطلاق كل ما يتمكن به المستأجر مما جرت به عادة أو عرف... وقال في الإنفاق: ويتجه أن يرجع في ذلك إلى العرف).

والذي يظهر لي أن اعتبار هذا الموجب واستصحابه له أثره في النظر إلى طبيعة الإجارة العادلة واختلاف سوقها وخدماتها عن الإجارة التمويلية.

الموجب الثالث: التهمة:

حرّجت بعض الاجتهادات الشرعية تحمل المستأجر في إجارة الأعيان المؤجرة إجارة تمويلية على القول بتضمين الأجير المشترك في إجارة الأشخاص، بجمع أن كلاهما من الأمانة، والموجب لتضمينهم: الغياب بالسلعة فيخفى هلاكها، فكانا في محل التهمة، وعلى هذا عمل بعض الهيئات الشرعية⁴².

ولهذا نظائر فقهية مثل: تضمين الحارس⁴³ والراعي⁴⁴ والسجان⁴⁵، لاشتراكيهما في هذا المعنى، ويرون أن أعمال مؤسسات التمويل الإسلامي تشبه هذا.

⁴¹ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 379.

⁴² دراسات المعايير الشرعية 3123/4.

⁴³ اختيارات ابن تيمية ص 195، فتاوى ابن تيمية 29/555، مجلة جمع الفقه الإسلامي 209/11، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 378. خلافاً للجمهور: نهاية المحتاج 311/5، الشرح الصغير 41/4 و 44، بلغة السالك 49/4.

⁴⁴ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 385، دراسات المعايير الشرعية 3076/4.

⁴⁵ مختصر الفتوى المصرية ص 349، فتاوى ابن تيمية 29/556، اختيارات ابن تيمية ص 196، مجلة جمع الفقه الإسلامي 209/11.

حاء في تجربة البنك الإسلامي للتنمية مع الإجارة التمويلية: (البنك مؤسسة تمويلية تمت عملياته في جميع الدول، والأصول التي يؤجرها تختلف مواصفاتها وتتعدد أنواعها وتتبادر أغراضها مما يجعل التزام البنك بضيانتها أمراً عسيراً إن لم يكن مستحيلاً... وهو أمر يفوق طاقة مؤسسات التمويل الإسلامية ويضعف مركزها في مواجهة مؤسسات التمويل غير الإسلامية) ⁴⁶.

ويرد على هذا التخريج أن الفقهاء الذين يرون التضمين بما يغاب عليه من الأعيان (أو ما يسمى الأموال الباطنة عند بعض الفقهاء)، قد خصّوا ذلك بالمنقولات دون العقارات التي لا يخفى هلاكها ⁴⁷.

والذي يظهر لي أن هذا التخريج يصح بقيدين:

1. عدم تضمين العميل عند إثبات عدم تعديه أو تفريطه بأحد وسائل الإثبات المعتبرة شرعاً وقانوناً.

2. أن هذا خاص في الأعيان المنقول المؤجرة إجارة تمويلية دون الأصول الثابتة (العقارات).

الموجب الرابع: الشرط:

الحنفية:

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

ومثله قول ابن نحيم في الأشباه والنظائر ص 357: (اشترط المرّمة على المستأجر يفسدها، والحيلة أن ينظر إلى قدر ما يحتاج إليه فيُضم إلى الأجرة، ثم يأمره المؤجر بصرفه إليها، فيكون المستأجر وكيلاً بالاتفاق).

وهذا نقل واضح في جواز تحويل المستأجر مصروفات الصيانة الأساسية بإحدى صور الأجرة التكميلية التي يجري تطبيقها في بعض المؤسسات المالية الإسلامية لا سيما في صكوك الإجارة، بوضع مبلغ آخر غير الأجرة التمويلية.

المالكية:

⁴⁶ الندوات الفقهية لبيت التمويل الكويتي 2/448.

⁴⁷ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 382.

وحاء في المدونة 3/514: (في الرجل يكري داره سنة على أنها إن احتاجت مرّة رمّها المتکاري من الكراء قلت: أرأيت لو أن رجلاً أكرى داره بعشرين ديناراً سنة على أنها إن احتاجت الدار إلى مرّة رمّها المتکاري من العشرين الدينار؟ قال: سأنا مالكاً عنها فقال: لا بأس بذلك. قلت: فإن أكراه على إن احتاجت الدار إلى مرّة رمّها من العشرين الدينار، وإن احتاجت إلى أكثر من ذلك زاد من عنده؟ قال: قال مالك: لا يعجبني هذا ولا خير فيه). ويفهم من هذا جواز شرط الصيانة على المستأجر إذا كان لها حدّ معلوم.

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

وحاء في بلغة السالك 4/63: (المرمة والتطيين إن كانا مجهولين لا يجوز اشتراطهما على المكتري إلا من كراء وجب لا من عنده؛ كأن يقول: كلما احتاجت لمرّة أو تطيين كالتبسيض فرمّه أو طينه أو بيضه من الكراء. وأما إن كانا معلومين؛ كأن يعين للمكتري ما يرممه أو يشترط عليه التبسيض في السنة مرة أو مرتين فيجوز مطلقاً؛ كان تبرعاً من عند المكتري، أو من كراء وجب). والذي يظهر لي أن المقصود بقوله: (كراء وجب)، أي أن المستأجر إما أن يتحمل مصروفات الصيانة الأساسية المعلومة على حسابه الخاص، أو يقادها من أجراً منفعة سبق استيفاؤها، وذلك احترازاً من مقاصتها مع أجراً منفعة لم تستوف؛ لئلا يكون من فسخ الدين عند المالكية. قال في الشرح الصغير 4/63: (وجاز في كراء الدور... شرط مرّة على المكتري، أي إصلاح ما تحتاج إليه الدار مثلاً من كراء وجب، أو شرط تطيين للدار مثلاً على المكتري من كراء وجب على المكتري، إما في مقابلة سكنى مضت، أو باشتراط تعجيل الأجرا، أو لجريان العرف بتعجيله؛ احترازاً من شرط رمّها أو تطينتها الآن على أن تخسيبه مما سيجب عليك؛ فلا يجوز لفسخ ما في الذمة في مؤخر).

فالذي يظهر أن المالكية يرون جواز شرط تحويل المستأجر تبعه العين المؤجرة عند انتفاء المخذول ونصوا على مخذولين:

1. انتفاء الغرر، بأن يعلم قدر ما قد يتحمله المستأجر، ويكون ذلك بتحديد مبلغ محدد يكون بمثابة أجرة مأجودة في الاعتبار، أو يكون ذلك بوضع حد أعلى يخفف الغرر.

2. انتفاء فسخ الدين بالدين، كما سبق.

الشافعية:

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

وجاء في نهاية المحتاج 266/5 و 267: (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 عينت صحت وإلا فلا).

والذي يظهر لي أن الشافعية على منع إطلاق شرط تحمل المستأجر الصيانة الأساسية، أما إن حدد مقدار الصيانة الأساسية فيجوز لانتفاء المذكور حينئذ وهو الغرر.

الحنابلة:

جاء في المعنى 34/8: (وإن شرط الإنفاق على العين النفقـة الواجبة على المكتري كعمارة الحمام إذا شرطها على المكتري فالشرط فاسد لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه).

وهذا النقل في تحمل الصيانة الأساسية، وأما في تحمل ضمان العين مطلقا، فجاء في النقل التالي:

جاء في المعنى 114/8: (إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد... ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصيّره الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه لا ينافي ضمانه بشرط نفيه. وعن أحمد أنه سُئل عن ذلك فقال: المسلمين على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه).

وهذا المذهب عند الحنابلة في سائر عقود الأمانات، جاء في المعنى 142/7: (وإن قال: خذ هذا المال فاجحر به، وربحه كله لك، كان قرضا لا قرضا... وإن قال مع ذلك: ولا ضمان

عليك. فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان، فلا ينتفي بشرطه... وإن قال: خذه فابخر به، والربح كله لي، كان إبضاعاً... فإن قال مع ذلك: وعليك ضمانه. لم يضمنه؛ لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة، فلا يزول ذلك بشرطه.

وفي كشاف القناع 406/9: (كل ما أصله الأمانة كالرهن والعين المؤجرة والموصى بنفعها ونحوها لا يصح شرط ضمانها، ولا ضمانها).

ومعنى قوله: (لا يصح شرط ضمانها، ولا ضمانها)، أي: لا يصح لا التزام ضمانها من الأمين ابتداء، كما لا يصح اشتراط ضمانها عليه، فالحكم واحد.

الاجتهاد المعاصر:

قال الشيخ د. حسين حامد حسان: (ما يلزم المؤجر من أعمال الصيانة يمكن إلزام المستأجر به بالشرط عند كثير من الفقهاء... شرط أعمال الصيانة بأنواعها المختلفة على المستأجر جائز صحيح... أعمال الصيانة بجميع أنواعها ليست من مقتضى العقد بل من أحکامه التي يجوز تنظيمها بالشرط)⁴⁸.

وقال الشيخ محمد الأشقر: (إن كان قدر الصيانة معلوماً جاز هذا الاشتراط؛ لأن الفقهاء جميعاً قد عللوا بالجهالة، فإن لم تكن جهةلة لم يثبت لأن الحكم دائراً مع علته وجوداً وعدماً)⁴⁹.

وقال د. نزيه حماد بعد أن بين أهمية هذه المسألة في العقود المالية ومنها الإيجارات بأنواعها: (يتوجه في نظري جواز اشتراط الضمان على الأمانة وأنه صحيح ملزم إذا لم يؤد ذلك الشرط إلى تفريح عقد الأمانة من مضمونه وتعريته عن حقيقته واتخاذه ذريعة إلى التعامل بالربا)⁵⁰.

وقال الشيخ تقى عثمانى عن صورة من عقد التأجير التمويلي: (المؤجر في مثل هذه الإجارة لا يقبل أى خطر أو ضمان للعين المؤجرة، بل الضمان على المستأجر في جميع الحالات، فلو هلكت العين أثناء مدة الإجارة، فإن المستأجر يبقى ملزماً بدفع أقساط الأجرة في مواعيدها،

⁴⁸ المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات ص 453 و 460 و 461. لكن قال في ص 481 عن الصيانة الطارئة: (ويبدو أن شرط هذا النوع من الصيانة على المستأجر غير كثير وجهالة فاحشة... وعلى ذلك يكون اشتراط هذا النوع من الصيانة على المستأجر غير جائز إلا على القول بالضرورة ورفع الحرج)، بينما أنهى البحث ص 485 بالتأكيد على جواز اشتراط تحمل المستأجر الصيانة بأنواعها.

⁴⁹ الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة ص 269.

⁵⁰ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 363 و 408.

ولو وقع الملاك بدون تعد أو تقصير منه. وإن هذا الطريق غير مقبول في الشريعة الإسلامية إطلاقا، فإن المؤجر بصفته مالكا للعين، يجب عليه أن يتحمل ضمان العين، وإن يد المستأجر يد أمانة، فلا يضمن الملاك إلا ببعد منه أو تقصير بسوء استخدامه للعين المؤجرة، وكذلك لا معنى لدفع الأجرة بعد هلاك العين وفقدان المنفعة التي كانت مقابلة للأجرة. الواقع أن الإجارة التمويلية بهذا الشكل طريق من طرق الإقراض الربوي⁵¹.

خامسا: الخلاصة والنتيجة في تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة:

- الذي يظهر لي من النقول والاجتهدات السابقة أن مما يلزم المؤجر وليس له التحلل منه في العين المؤجرة ولو بالنظام أو الشرط أو العرف:
 1. تمكن المستأجر من العين المؤجرة وهي في حال صالحة للاستفادة منها حين العقد، واحتياط ما يخالفها ينافي مقصود العقد. وأقول مقصود العقد وليس مقتضاها، فمقصود العقد أخص وأضيق من مقتضى العقد.
 2. تحمل تبعه تلف العين المؤجرة، وهذا هو الحد الفاصل بين الإجارة والبيع، أو الفارق بين العقد على المنفعة والعقد على العين.
- وهذا حكمان متقرران في الفقه الإسلامي، ولدى بعض من كتب في القانون المقارن في الإجارة العادلة والتمويلية⁵².
- وأما ما سوى ذلك فإن تحمل تبعات ملكية العين المؤجرة خاضع للأعراف المستقرة لدى كل من المؤجر والمستأجر، ولذلك فينبغي استصحاب طبيعة عقد الإيجار التمويلي كما سبق التنبيه إليه في بداية البحث، ولا يلزم الفقيه المجتهد طرد قوله في تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة إجارة تمويلية على إجارة الأعيان المعهودة في مدونات الفقهاء.
- وعليه فالذي يظهر لي أن الأصل أن مخاطر ملكية العين المؤجرة تقع على عاتق المؤجر، ويمكن تحميلا المستأجر بالشرط، وهذه الحال لها صورتان:

⁵¹ فقه البيوع على المذاهب الأربع مع تطبيقاته المعاصرة 511/1.

⁵² التأجير التمويلي من الوجهة القانونية ص 46 و 50، عقد الليزنس لناصيف ص 110 و 133 و 281 و 314 و 296، وعقد التأجير التمويلي للشوابكة ص 49 و 162 و 165.

الصورة الأولى: أن يصاغ الشرط في عقد الإيجار التمويلي على هذا النحو:
(علم المستأجر وأدرك بأن العين المؤجرة حين العقد صالحة للاستفادة 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).
فالذي يظهر لي أن هذا شرط صحيح ملزم، وعامة الفقهاء على جوازه، فقد قرروا مع تأكيدهم على أن ضمان العين المؤجرة على المستأجر، إلا أنه لا يجر على تنفيذها كما تقدم⁵³، وله إذن 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 يمنع المؤجر لزوم العقد مع وجود نقص المنفعة أو تعبيها، وهذه مخاطرة لا تزال قائمة⁵⁴ عند مؤسسات التمويل وتحتاج إلى استخدام وسائل للحماية منها، وهذا هو محل الإشكال في الصورة التالية.

الصورة الثانية:

- 1/ أن يصاغ الشرط على أنه التزام على المستأجر، مع تحديد مبلغ محدد أو مع وضع حد أعلى لما قد يتحمله أو كان له عرف يرجع إليه، فيظهر فيه الجواز.
- 2/ أن يصاغ الشرط على أنه التزام على المستأجر، دون تحديد ما قد يتحمله المستأجر، ولا يوجد عرف يرجع إليه، مع إسقاط حق المستأجر في فسخ العقد، وليس له الخيار في ذلك. فالذي يظهر لي أن هذا الشرط بهذا القيد إن كان:
 1. في الإجارة المعهودة فقهاً أو الإجارة العادية أو الإجارة التشغيلية أو التقليدية (بحسب تعبير علم القانون والمحاسبة المعاصرة)، فينظر:

⁵³ المراجع المذكورة سابقاً، وقارن مع بحث: الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة للأشقر ص 270.

⁵⁴ إلا إن قيل إن هذه المخاطرة ضئيلة، فالمستأجر إجارة تمويلية مستفيد من هذه الإصلاحات لأن ملكية العين المؤجرة ستؤول إليه فلن يتطلع حينئذ للفسخ. ينظر: بحث بادائل تضمين المستأجر في الإيجار التمويلي ص 22 و 28.

أ. إن كان الشرط بتحمل المستأجر مصروفات التأمين الإسلامي على العين المؤجرة، ولو بدون تحديد، فذهب بعض المعاصرین إلى الجواز إما لأن مآلها إلى العلم، أو لأن غايتها إلزام المستأجر بعقد تبرع أو عقد تعاون في ضوء التحرير الفقهي لعقد التأمين الإسلامي⁵⁵، والغرر مختلف في عقود التبرعات والتعاون⁵⁶.

ويرد على هذا الرأي جملة من الاعتراضات⁵⁷ :
الأول: أن التأمين في عقود التمويل هو تأمين على الديون وليس تأمينا ضد تلف الأصول، ويؤكد هذا أن مؤسسات التمويل التي تحمل المستأجر تبعة تلف العين، لا تطالبه عند التلف بقيمة العين وقت التلف كما هو مقتضى الضمان، وإنما تطالبه بالمتبقى من دين التمويل.

الثاني: أن المال إلى العلم محل اختلاف بين أطراف التعامل، وإنما يُسلّم ذلك إذا كان له عرف مطرد يرجع إليه، وسوق التأمين على الديون وأسعاره، يختلف كثيراً عن سوق التأمين على الأصول وأسعاره.

الثالث: يجب أن تبقى مسؤولية مؤسسة التمويل قائمة تجاه عجز محفظة التأمين أو امتناع شركة التأمين الإسلامي (مديرية الحفظة) عن الوفاء بشروط الوثيقة، أو ماطلتها في دفع التعويض.

ب. وإن كان الشرط بتحمل المستأجر مصروفات الصيانة الأساسية بدون تحديد، ولا ربطها بعرف أو معيار أو مؤشر معلوم أو يقول إلى العلم؛ فهذا مشكل على قواعد العقود، ولا يصح قياسه على إسقاط المشتري خيار العيب في حقه، لاختلاف بين عقد البيع والإجارة في هذه الحال، لأن هذا يقول إلى الغرر المؤثر الفاحش، وتحمل المستأجر أجرة مجحولة.

2. أما في الإجار التمويلية فيظهر لي أن الحكم مختلف ويمكن القبول بهذا الشرط

⁵⁵ المعيار الشرعي للتأمين الإسلامي، وقرار مجتمع الفقه الإسلامي الدولي في الرياض عام 1435هـ.

⁵⁶ المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات ص 493.

⁵⁷ استفادت هذا من الزميل الشيخ ناصر الداود في جملة مناقشات مفيدة.

في هذا العقد خاصة، وهذا الحكم مأخذان:

أ. طبيعة هذا العقد في ضوء ما تقدم في المسألة السابقة عن التحرير

الفقهي لهذا العقد وأثاره وأحكامه المترتبة عليه.

ب. أن شرط الصيانة والإصلاح في الإجارة المعهودة فقهاً، والتي لا يقصد

المؤجر منها إخراج العين من ملكه، يشتمل على عوض مجھول مقصود

للمؤجر، لأن المؤجر يستفيد من هذا الإصلاح الواقع في ملكه العائد

له، فكان منعه للغرر متوجهًا. وهذا القصد غير حاضر في الإيجار

التمويلي، فالمؤجر لا يقصد انتفاعه بهذا الإصلاح حتى يقال إنه جزء

مجھول من الأجرة، وإنما غرض المؤجر (مؤسسة التمويل) ألا يطالبه

المستأجر بالإصلاح، وألا يفسخ العقد من أجل ذلك.⁵⁸

• عيوب العين المؤجرة الخفية في العين فيها تفصيل:

1. فإن عادت العيوب إلى أصل الانتفاع وتلف العين فهي على المؤجر، 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 العمل⁵⁹.

2. وإن عادت العيوب إلى كمال الانتفاع وخلل في الإصلاح والصيانة، فتأخذ حكمها

في ضوء التفصيل السابق، فلا مانع من هذا الشرط في عقد الإجارة التمويلية دون

الإجارة العادية.

⁵⁸ بدائل تضمين المستأجر في الإيجار التمويلي ص 6.

⁵⁹ معيار المرااحة، ومعيار الإجارة، ومعيار الاستصناع، ومعيار خيارات السلامة. وينظر: بداع الصنائع 195/4 و 208.

المسألة الرابعة

وسائل الحماية من المخاطر بين المخارج الشرعية والحيل الممنوعة

توطئة:

قال ابن تيمية: (ليس كل ما يسمى في اللغة حيلة، أو يسميه بعض الناس حيلة، أو يتوهّم أنه مثل الحيلة المحرمة: حراما، فإن الله سبحانه وتعالى قال في تنزيله: (إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا)... والحيلة مشتقة من التحول... ومعناها نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي هو التحول من حال إلى حال هذا مقتضاه في اللغة).

ثم غلت بعرف الاستعمال على ما يكون من الطرق الخفية إلى حصول الغرض وبحيث لا يتفطن له إلا النوع من الذكاء والفتنة، فإن كان المقصود أمراً حسناً كانت حيلة حسنة، وإن كان قبيحاً كانت قبيحة، ولما قال النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلون محارم الله بأدئن الحيل)، صارت في عرف الفقهاء إذا أطلقت قصد بها الحيل التي يستحل بها المحارم⁶⁰.

وقال الشاطبي: (لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة، كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة؛ فإنما يبطل منها ما كان مضاداً لقصد الشارع خاصة، وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام، ويقع الاختلاف في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة) ⁶¹.

أولاً: تعريف المخارج الشرعية:

الخارج هي التخلص من الحرج كتنفيذ أمر الشارع بما لا يتجاوز أثره ما قصده الشارع منه عندما يكون تنفيذه بالكيفية التي رسمها الشارع يؤدي إلى ضرر لطرف طارئ لا يريده الشارع من هذا الحكم، ومنه قوله تعالى: (وَخَذْ بِيْدَكَ ضَغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تُحْنِثْ)، وهو الذي يسميه الحنفية بالجبا⁶²:

وبين ابن تيمية المقصود بقوله: (أن يظهر قوله: فعلاً مقصود به مقصود صالح، وإن ظن الناس

⁶⁰ بيان الدليل على بطلان التحليل ص 173 و 174 و 175.

61 المواقف 3/3 .

62 معجم لغة الفقهاء ص 386.

أنه قصد به غير ما قصد به إذا كانت فيه مصلحة دينية مثل دفع ظلم عن نفسه، أو عن مسلم، أو دفع الكفار عن المسلمين أو الاحتيال على إبطال حيلة محرمة، أو نحو ذلك فهذه حيلة جائزة⁶³.

ثانياً: الحيل الممنوعة:

الحيلة هي التوصل بما هو مشروع لما هو غير مشروع، أو ما يشبه المشروع وليس بمشروع⁶⁴. وبين ابن قدامة المقصود بقوله: (أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محظوظاً، مخادعة وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوظاته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق، وهو ذلك)⁶⁵. كما بين ابن تيمية المقصود بقوله: (أن يقصد بالعقود الشرعية ونحوها غير ما شرعت العقود له، فيصير مخادعاً لله... ومقصوده حصول الشيء الذي حرمه الله لولا تلك الحيلة، وسقوط الشيء الذي يوجبه الله تعالى لولا تلك الحيلة)⁶⁶.

ثالثاً: وسائل حماية مخاطر ملكية العين المؤجرة بين المخرج والحيلة:

يتأمل وسائل وأساليب حماية مخاطر ملكية العين المؤجرة، سواء بتقليلها أو نفيها، يظهر أنه من الأخذ بالأسباب المشروعة لحماية المال، ويفقى النظر فيما يتربt على تلك الوسائل والأساليب، ولم يظهر لي فيها سوى محدود الغرر، لاسيما إذا كان المتتحمل لهذه المخاطر هو العميل المستأجر، فينبغي أن يكون ذلك في حدود العرف والشرط المعلوم أو الذي يؤول إلى العلم، وبما يتحقق العدالة بين أطراف المعاملة التمويلية. وما كان هذا سبيلاً فهو من الخارج المشروعة، وأما ما ترتب عليه غرر مؤثر فإنه من نوع، فأي وسيلة من وسائل حماية مخاطر ملكية العين المؤجرة تؤول إليه فهي من الحيل الممنوعة.

⁶³ بيان الدليل على بطلان التحليل ص 177.

⁶⁴ معجم لغة الفقهاء ص 168.

⁶⁵ المغني / 6 / 116.

⁶⁶ بيان الدليل على بطلان التحليل ص 177.

المسألة الخامسة

مخاطر الملكية في التمويل الإسلامي

أولاً: مدى قبول معايير المخاطر في التمويل الإسلامي لتحمل الممولين مخاطر الملكية، وقبول الممولين رفع الأجرة في مقابلها:

إذا أرادت مؤسسة التمويل الإسلامي تحمل جميع مخاطر ملكية العين المؤجرة، فإن ذلك يؤثر على ارتفاع العائد الإيجاري في مقابل ذلك، لما هو معلوم من العلاقة الطردية بين العائد والمخاطرة.

ولذلك كان من أصول إدارة المخاطر أن يتأكد المستثمر من حصوله على عائد استثماري يتناسب مع المخاطر التي يتحملها، وهذا الذي يفسر ارتفاع عوائد الأسهم في مقابل الخفاض عوائد الصكوك، رغم أن كلاهما من الأوراق المالية، وذلك لاختلاف مقدار المخاطر التي يتحملها حامل السهم بالنظر إلى مخاطر حامل الصك، وكذا الحال في مقارنة عائد المراجحة بعائد المضاربة.

والأمر نفسه يقال في عائد عقد الإجارة التمويلية، فإن تحمل المزيد من تبعات الملكية على الممول (المؤجر) يعكس على ارتفاع العائد الإيجاري الذي يتوجب دفعه من العميل (الممول)، وهذا يفرضه سوق العرض والطلب بين مؤسسات التمويل الإسلامي نفسها، وبينها وبين مؤسسات التمويل التقليدي.

وهذا كما يقال في عقد الإيجار التمويلي المفرد، يقال في اتفاقيات التمويل الجماعي بالإجارة، وصكوك الإجارة، والصناديق الاستثمارية العقارية المؤجرة، فإن أي مخاطر يزيد تحميلاها على الممول، يرتفع مقابلها العائد الإيجاري الذي يتوجب دفعه من الممول.

والخلاصة أن قد يتعدّر قبول تحمل مؤسسة التمويل الإسلامي جميع مخاطر ملكية العين المؤجرة في ضوء معايير المخاطر في التمويلات الإسلامية لما له من تأثير على المركز المالي للمؤسسات المالية الإسلامية أو قدرتها على المنافسة في السوق.

ثانياً: أثر ارتفاع مخاطر الملكية في التمويلات الضخمة بالإجارة في عدم تحمل المؤسسات المالية الإسلامية لها:

إذاً أمكن تحمل مؤسسة التمويل الإسلامي مخاطر ملكية العين الموجرة في عقد الإيجار التمويلي المفرد في المساكن، كما هو حاصل في بعض تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، فإن ذلك يتعدى في تمويل المشروعات أو التمويلات الجماعية بالإجارة، التي تستهدف منشآت ضخمة أوأصول كبيرة أو ذات طبيعة فنية خاصة مثل المشروعات البتروكيماوية أو مشروعات شركات الكهرباء أو شركات الطيران أو شركات المقاولات، وذلك بسبب ارتفاع مخاطر ملكية هذه الأصول، وتعد إدارة مخاطرها لدى المؤسسات المالية التي لا تتمكن من تحجيمها أو تقليلها إلا بتحميلها على العميل (المتمويل) لا سيما إذا كان العميل من قطاع الشركات التجارية الكبرى.

المبحث الثاني

موقف الأطراف الأخرى من تحمل مؤسسة التمويل الإسلامي مخاطر الملكية في الإجارة التمويلية

أولاً: موقف الجهات الإشرافية والرقابية:

قد تتحفظ الجهات الإشرافية والرقابية مثل البنك المركزي على تحمل مؤسسة التمويل الإسلامي مخاطر ملكية العين المؤجرة في الإجارة التمويلية دون أن ينعكس ذلك على تحمل أعباء إضافية على رأس مال البنك بسبب زيادة مخاطر هذا النوع من التمويل، وما ينبغي تخصيصه من أوزان المخاطر بما يتناسب مع الالتزامات التي قد تتعرض لها، ومن ذلك تحمل مؤسسة التمويل تبعات تلف العين المؤجرة والعيوب والإصلاح وارتفاع تكاليف التأمين.

وهذا ما تمليه معايير متطلبات كفاءة رأس المال، التي تعني نسبة رأس مال البنك إلى مخاطره، وهي معيار ملاءة البنك التجاري ومدى قدرته على الاستمرار ومواجهة المخاطر المختلطة من تعثر أو إفلاس، والبنك المركزي مسؤول عن مراقبة هذه النسبة حماية للمودعين ومحافظة على الثقة في النظام المالي في الدولة.

ثانياً: موقف المؤسسات المالية التقليدية المشتركة في التمويل الجماعي بالإجارة:

قد تتحفظ المؤسسات المالية التقليدية التي تشتراك مع مؤسسة التمويل الإسلامي على تحمل مخاطر أعلى دون أن ينعكس ذلك على الحصول على عائد أعلى، وإن حصل ذلك، فهذا من شأنه تقليل الفرص الاستثمارية وعدم توسيع المحافظ التمويلية بسبب إحجام المتمويلين عن ارتفاع عوائد التمويل، ولن يؤثر كثيراً في الممولين كون أكثر تبعات ملكية العين المؤجرة قد تحملتها مؤسسات التمويل، لخضوع ذلك لسوق العرض والطلب.

ثالثاً: موقف القوانين ومعايير المحاسبة والمحاكم المختصة:

[1] القوانين:

لقد اتجهت أغلب قوانين الإيجار التمويلي في الدول العربية إلى تحويل المستأجر تبعه هلاك العين المؤجرة أو السماح بذلك:

1. فقد جاء في قانون التأجير التمويلي المصري الصادر عام 1416هـ (1995م) المادة

(10) وكان نصها: "يتحمل المؤجر تبعة هلاك المال المؤجر متى كان ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه"، إلا أن القانون عدل عام 2001م بإضافة العبارة الآتية: "وللطرفين الاتفاق على تحمل المستأجر تبعة هلاك المال المؤجر".

2. وجاء في قانون تنظيم عمليات الإيجار التمويلي اللبناني، الصادر عام 1420هـ (1999م) المادة (4): "تقع مخاطر هلاك المال المؤجر على المستأجر حتى لو حصل ذلك نتيجة فعل خارج عن إرادته".

3. وجاء في قانون التأجير اليمني، الصادر عام 1428هـ (2007م) المادة (11): "يتحمل المستأجر كامل المسؤولية عن سلامة الأصل المؤجر، كما يتحمل أي مخاطر متعلقة بفقدانه أو إتلافه أو سوء تركيبه أو سوء استخدامه، بالإضافة لأي مخاطر يكون المستأجر سبباً في وقوعها وذلك منذ وقت استلامه للأصل المؤجر إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك".

4. وجاء في قانون التأجير التمويلي الأردني، الصادر عام 1429هـ (2008م) المادة (14) ونصها:

"أ- يتحمل المستأجر مسؤولية سلامة المأجور وتبيء أي مخاطر متعلقة بهلاكه أو تلفه أو سوء استخدامه أو استغلاله وأي مخاطر أخرى منذ لحظة تسليمه الفعلي له، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

ب- اanhلاك المأجور أو استحالة استعماله وفقاً للغايات المقررة له بعد تسليمه، ولو كان ذلك عائداً لظروف قائمة أو لسبب خارجي لا يد له فيه، لا يعفي المستأجر من التزاماته بموجب عقد التأجير ولا يتبيّن له المطالبة بفسخه، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك".

5. وجاء في قانون التأجير التمويلي الفلسطيني، الصادر عام 1429هـ (2008م)، المادة (13): "تكون تبعة هلاك العين المؤجرة على المستأجر".

6. وجاء في قانون التأجير التمويلي السوري، الصادر عام 1431هـ (2010م) المادة (32): "يتحمل المؤجر تبعة هلاك المال المؤجر متى كان ذلك بسبب يعود إلى المؤجر،

وتقع تبعة الها لا ك على المستأجر باستلام المأجور، وفي حال عدم القدرة على تحديد تاريخ استلامه المأجور تنتقل التبعة للمستأجر من تاريخ توقيع العقد".

7. بينما كان نظام الإيجار التمويلي السعودي الصادر عام 1433هـ (2012م) النظام الوحيد الذي يمنع صراحة تحويل المستأجر تبعة هلاك العين، فجاء في المادة (9) ونص المقصود منها:

- 1- لا يتحمل المستأجر تبعة هلاك الأصل المؤجر ما لم يتعد أو يفوت.
- 2- يتحمل المؤجر تبعة الها لا ك إذا كان بسببه أو بقوه قاهره".

[2] معايير المحاسبة:

اتجهت معايير المحاسبة إلى الاستدلال على أن عقد الإيجار محل الفحص يصنف على أنه عقد مالي إذا كان يحول تقريراً جميع المخاطر والمنافع التي تتبع الملكية. وفي المقابل يصنفه على أنه عقد إيجار عادي أو عقد إيجار تشغيلي إذا كان لا يحول تقريراً جميع المخاطر والمنافع التي تتبع الملكية، ومن آثار الفروق بينهما ما يتعلق بالمحاسبة الركوية والضريبية⁶⁷.

[3] المحاكم المختصة:

أما اتجاه المحاكم المختصة، فالذي وقفت عليه هو التفاوت واختلاف أنظار القضاة، فبعض يحكم على عقد الإيجار التمويلي بأنه عقد بيع، وبعضهم يحكم بأنه إجارة فاسدة، وبعضهم يحكم بأنه قرض مع رهن العين، وبعضهم يحكم في ضوء قرار مجمع الفقه الإسلامي بأنه عقد إجارة معهود فقهاً ثم عقد تملك مستقل عنه بالبيع أو المبة، وهذا الأخير هو الأكثر⁶⁸.

ولكل اتجاه من هذه الاتجاهات آثار مختلفة فيما يتعلق بتحمل تبعات ملكية العين المؤجرة:

1. ففي حال الحكم بأنه عقد بيع أو قرض، فتبعات ملكية العين على العميل.
2. وفي حال الحكم بأنه عقد إجارة فاسدة أو عقد إجارة معهودة فقهاً، فتبعات ملكية العين على مؤسسة التمويل.

⁶⁷ معايير المحاسبة الدولية.

⁶⁸ ينظر مثلاً مجموعة الأحكام القضائية لعام 1435هـ، وزارة العدل، المجلد الثالث ص 226 و 229، ومجموعة الأحكام القضائية لعام 1434هـ، المجلد السادس ص 200.

ولم أقف على حكم قضائي يراعي خصوصية هذا العقد، وأنه عقد إجارة من نوع خاص، كما انتهت إليه الورقة في بداية البحث.

رابعاً: موقف مؤسسات الاجتهاد الفقهي الجماعي:

موقف مؤسسات الاجتهاد الفقهي الجماعي واضح في هذا الأمر، لا سيما قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمعايير الشرعية، وهذا موجز بأبرز ما صدر في ذلك:

1. جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن: استفسارات البنك الإسلامي للتنمية، عام 1407 هـ (1986 م) بخصوص عمليات الإيجار: (إن تبعه الملاك والتعيب تكون على البنك بصفته مالكاً للمعدات ما لم يكن ذلك تبعد أو تقصير من المستأجر فتكون التبعية عندئذ عليه.. إن نفقات التأمين لدى الشركات الإسلامية، كلما أمكن ذلك، يتحمّلها البنك).

2. وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن: عقد الصيانة، عام 1419 هـ (1998 م): (الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر: هذا عقد اجتماع فيه إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عينت تعينا نافياً للجهالة).

3. جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن: صكوك الإجارة، عام 1425 هـ (2004 م): (إذا هلكت الأعيان المؤجرة كلياً أو جزئياً فإن غرمها على حملة الصكوك).

4. وجاء في المعيار الشرعي للإجارة، بند 5/1/5: (لا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو يشترط عدم مسؤوليته عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة).

5. وفي البند 5/1/7: (لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة.. وعلى المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية).

6. وفي البند 5/1/8: (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 للمؤجرأخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحويل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادت على ما كان متوقعاً عند تحديد الأجرة).

7. وفي البند 5/2/4: (يجوز الاتفاق على أن تكون الأجرة مكونة من جزءين محددين أحدهما يسلم للمؤجر، والآخر يبقى لدى المستأجر لتعطية أي مصروفات أو نفقات يقرها المؤجر؛ مثل التي تتعلق بتكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وغيرها. ويكون الفائض من الجزء الثاني من الأجرة تحت الحساب حقاً للمؤجر، وما نقص فعلى المؤجر تحمله).

8. وجاء في معيار الضمانات البند 2/3: (ضمان العين المؤجرة على مالكيها، وهيأمانة في يد المستأجر، فلا يجوز اشتراط الكفالة أو الرهن ونحوهما على المستأجر للاستيفاء عند هلاك العين المؤجرة ما لم يكن الاشتراط مقتضاً على حالات التعدي أو التقصير أو المخالفة، ويترتب على ذلك أن المؤجر يتحمل تبعه الحالك ما لم ينشأ بسبب تعدي المستأجر أو تقصيره، كما يتحمل مصروفات التأمين إن وجد، ومصروفات الصيانة الأساسية التي يتوقف عليها وجود المنفعة).

9. وجاء في توصيات الندوة الفقهية لبيت التمويل الكويتي المشار لها في الدراسات السابقة في موضوع صيانة العين المأجورة ما يأتي:

(أولاً): لا يلزم المؤجر القيام بشيء من الإصلاحات الإنسانية أو التحسينية إلا بشرط في العقد.

ثانياً: يلزم المؤجر القيام بالإصلاحات الضرورية لتمكين المستأجر من الانتفاع، إذا حدث الخلل بعد التعاقد، أو كان موجوداً عند التعاقد ولم يطلع عليه المستأجر، أما ما كان موجوداً قبل التعاقد واطلع عليه المستأجر فلا يلزم المؤجر القيام بإصلاحه إلا بشرط في العقد، فإذا قام المؤجر بالإصلاحات التي تلزمها بمقتضى البند السابق لم يكن للمستأجر حق فسخ العقد، أما إذا لم يقم بها فلا يجبر عليها بل يكون للمستأجر حق فسخ العقد.

ثالثاً: الأصل أنه لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر صيانة العين مما قد يحصل بها

من الخلل فإن وقع العقد بهذا الشرط فسد، للجهالة. ويستثنى من ذلك الحالات التالية:

1) الصيانة التشغيلية: وهي ما يستلزمها استعمال العين المستأجرة لاستمرارية استخدامها (كالزيوت المطلوبة للآلات والمعدات).

2) الصيانة الدورية: وهي ما يتطلبها استمرار قدرة العين على تقديم المنفعة.

3) الصيانة المعلومة بالوصف والمقدار في العقد أو العرف سواء كانت الصيانة مجرد عمل أو مع استخدام مواد أو قطع غيار معلومة، لأن ما كان من هذا القبيل فإنها بمثابة أجرة مأخوذة في الاعتبار.

رابعاً: إن إذن المؤجر للمستأجر في العقد أو بعده بأن يقوم بإصلاحات معينة في العين فله أن يفعل ذلك ثم يكون له أن يرجع على المؤجر بما أنفقه في العين، ما لم يكن المؤجر قد اشترط أن لا رجوع عليه، أما إن قام المستأجر بعمل صيانة للعين المستأجرة بدون إذن المؤجر فليس له أن يرجع عليه بشيء بل يكون متبرعاً.

10. وجاء في معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك:

1) "تقع مخاطر الملك على عاتق حملة الصكوك، بحيث تنتهي الإجارة بالهلاك الكلي للأعيان المؤجرة، وأن يكون للمستأجر الحق في طلب تخفيض الأجرة بالنسبة والتناسب بمقدار ما يلحق الأعيان من تلف جزئي مخل بالمنفعة المقصودة منها بسبب لا يرجع إلى المستأجر.

2) تقع تكاليف وأعباء الملك من أقساط التأمين ونفقات الصيانة الأساسية والضردية على الملك على عاتق حملة الصكوك ويتحملونها بالفعل حقيقة، ولا تحمل على المستأجر بالشرط بطريق مباشر أو غير مباشر".

وهذه الاجتهادات الفقهية المعتبرة، لم تتمكن مؤسسات التمويل الإسلامي من تطبيقها جائياً بسبب ما واجهته من عقبات قانونية وعملية سبق الإشارة لها في الورقة.

القسم الثاني

تطبيقات حماية الملكية في الإيجار التمويلي لدى المؤسسات المالية الإسلامية

لقد تيسر للكاتب العناية والاهتمام بتأصيل عقد الإيجار التمويلي وتطبيقاته في المؤسسات المالية الإسلامية منذ أكثر من عشر سنوات، وقد تيسر لي الاطلاع على العديد من عقود الإيجار التمويلي للعقارات والسيارات والمعدات، ونشرات صكوك الإيجار، ونشرات الصناديق العقارية المؤجرة، واتفاقيات التمويل الجماعي بالإيجار، واتفاقيات تمويل المشروعات بالإيجار، وعقود حقوق الانتفاع.

وقد وقفت على جملة من الشروط والوسائل والأساليب التي قُصد منها حماية المؤجر من مخاطر ملكية العين المؤجرة، حتى لا يتحمل الممول من المخاطر سوى ما يتحمله المقرض في عقود التمويل التقليدية، وأحاول في هذا القسم عرض هذه الشروط وتصويرها مختصاراً مع التعليق الشرعي الموجز لها، إذا إن الورقة لا تسمح بالتوسيع في ذلك. ويمكن تقسيمها إلى نوعين:

النوع الأول: الشروط التي يمكن قبولها في ضوء قرارات مؤسسات الاجتهاد الفقهي الجماعي:

1. التأمين على العين، وتحمّل نفقتها على حساب المؤجر وأخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة.

2. التعاقد مع شركة صيانة، وتحمّل نفقتها على حساب المؤجر وأخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة.

3. اشتراط أن يحسب في ثمن تملك العين المؤجرة جميع نفقات تبعات ملكية العين المؤجرة.

4. وضع أجرة تكميلية (إضافية) مع الأجرة الأساسية (اشتراط جعل قسط التأمين جزءاً من الأجرة دون وضع حد أعلى لغرض تحمّل المستأجر التغير الذي قد يحصل في أقساط التأمين).

5. اشتراط تحمل المستأجر أي ضرائب أو رسوم حكومية تتعلق بالرقبة.

6. ضمان العميل للمورد أو شركة التطوير في مرحلة الوعد.

النوع الثاني: الشروط التي قد يتذرّع قبولها في ضوء قرارات مؤسسات الاجتهاد الفقهي

الجماعي:

1. اشتراط ضمان المستأجر ملكية العين المؤجرة مطلقاً أو عند عدم إثبات تعديه.
2. تضمين المستأجر ملكية العين بصفة تعاقدية أخرى.
3. اشتراط المؤجر البراءة من عيوب العين المؤجرة.
4. تحمل المؤجر تبعه هلاك العين، ثم تغطيتها من شركة التأمين، ثم وضع ضوابط لـإخفاق شركة التأمين تؤول إلى تضمين المستأجر ونقل تبعات الملكية الأخرى إلى المستأجر.
5. توكيل المستأجر بالتعاقد ومتابعة تنفيذ صيانة العين الأساسية والتأمين، مع كفالته لشركة الصيانة وشركة التأمين.
6. اشتراط ما يتعدى أو يعجز المستأجر عن تنفيذه وتطبيقه (بصفته وكيلًا عن المؤجر في صيانة وتأمين العين المؤجرة) لغرض تحميلاه ضمان العين.
7. توكيل المستأجر بالتعاقد ومتابعة تنفيذ إنشاء العين، مع كفالته لشركة المقاولة.
8. التعاقد مع العميل لإنشاء العين باعتباره صانعاً لغرض تضمينه وتحميلاه مسؤولية أي خلل في الأصول.
9. إلزام المستأجر بشراء العين عند الهالك أو الإخلال.

النوع الأول

الشروط التي يمكن قبولها في ضوء قرارات مؤسسات الاجتهد الفقهي الجماعي
الشرط الأول: التأمين على العين على حساب المؤجر:

وصورة هذا الشرط أن يتعاقد المؤجر مع شركة التأمين ويدفع تكفلتها، ثم يراعي ذلك عند احتساب الأجرة عند التعاقد، وقد نص على جوازه المعيار الشريعي للإجارة في البند 8/1/5.

وانتفاء المخدر الشريعي في هذا الشرط ظاهر من أوجهه:

1. معلومة الأجرة.

2. تحمل المؤجر أي زيادة لاحقة في قسط التأمين.

3. تظل مسؤولية المؤجر قائمة تجاه التزامات شركة التأمين بالتعويض.

4. للمؤجر احتساب أي تكاليف تكبدها في احتساب الأجرة.

ويرد على هذا الشرط عدد من تطبيقات المؤسسات المخالفة، يؤجل الحديث عنها عند الكلام على الأجرة التكميلية.

الشرط الثاني: التعاقد مع شركة صيانة على حساب المؤجر:

وصورة هذا الشرط مثل الشرط السابق، فتعمد بعض مؤسسات التمويل إلى التعاقد مع شركات الصيانة على محفظة التمويل بالإجارة، وبصرف النظر عن أحکام عقد الصيانة وما قد يرد عليه، فإن المقصود هنا التزام المؤجر بتحمل مصروفات الصيانة الأساسية، وأنخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ومانخذ الجواز فيها مثل الشرط السابق.

الشرط الثالث: تضمين نفقات الملكية في ثمن التملك:

تعمد بعض الهيئات الشرعية إلى اشتراط تضمين نفقات الملكية (التي لم تؤخذ في الاعتبار في بداية العقد) في ثمن تملك العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإجارة ورغبة العميل في تملك العين. جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (597) عام 2014م: (للمصرف أن يشترط في عقد الإجارة ثمناً لتملك 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 التملك بيعاً بشمن معلوم تالياً لعقد الإجارة،

ووجود هذا الشرط في عقد الإيجار ليس شرطاً في الإيجارة، وإنما هو شرط لإنفاذ الوعود بالتمليك اللاحق الذي التزم به المؤجر، وأن تنفيذ هذا الشرط إنما يكون عند اختيار المستأجر (التمليك).

وهذا تطبيق لإحدى طرق التملك في الإيجارة التمويلية المجازة في المعيار الشرعي للإيجارة وقرار الجمع، وهي الإيجارة مع الوعود بالبيع بشمن يتفقان عليه في حينه، ونص إحدى الصور المجازة في قرار الجمع: (عقد إيجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجراً معلومة في مدة معلومة، واقتربت به وعد بيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرا بشمن يتفق عليه الطرفان).

فهذا بيان بمعادلة احتساب ثمن التملك، وهي أقرب إلى البيان والمعلومة، فإن قبل به العميل اتفقا عليه ونفذوا التملك في وثيقة مستقلة، وإن لم يقبل به العميل فهو حق له قد أسقطه.

الشرط الرابع: الأجرة التكميلية:

وهي أجراً إضافية توضع مع الأجرة الأساسية التي تمثل الأصل والعائد، والتي اصطلاح على تسميتها بالعنصر الثابت والعنصر المتغير، ثم تأتي الأجرة الإضافية. وقد جرى في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية عدة صورة مختلفة في تفصيل الأجرة، وجميعها تعود لتغطية كلفة الصيانة الأساسية التأمين وضرائب الملكية. ومن هذه الصور:

الصورة الأولى:

أن يراعي المؤجر تكاليف الصيانة والتأمين ضمناً في تحديد الأجرة عند توقيع العقد. وهذه سبقت في الشرط الأول والثاني ومجازة في المعيار الشرعي للإيجارة في البند 5/1/8. ويضم معها أحياناً أجراً وكالة الخدمات التي تنظم توكيل المؤجر للمستأجر في متابعة الصيانة والتأمين، فتقع المقاصلة بينهما.

الصورة الثانية:

أن يتافق على جعل جزء من الأجرة أمانة لدى المستأجر لتغطية مصروفات الصيانة والتأمين، وما فاض منه فيعاد للمؤجر، وما نقص فيغطيه المؤجر، ولا يظهر في هذه الصورة محظوظ شرعى معلومة الأجرة، ولتحمل المؤجر ما زاد عليها، وجاء بجوازها المعيار الشرعي للإيجارة في البند

.4/2/5

الصورة الثالثة:

أن يتفق على جعل جزء من الأجرة (يكون له حد أعلى) لتغطية مصروفات الصيانة والتأمين، وما فاض منه فيتنازل عنه المؤجر. ويسمى أحياناً (أجرة تكميلية)⁶⁹، وعادة ما تحدد بداية كل فترة إيجارية لتغطي مصروفات صيانة وتأمين الفترة السابقة. وتكثر هذه الممارسة في الصكوك والتمويلات الجماعية والصناديق الاستثمارية المشتملة على أصول مؤجرة. وهذه فيها تفصيل:

1. فإن كان عقد الإجارة غير لازم طول مدة التمويل وإنما يكون التمويل عبارة عن عقود إيجارة متتالية تتجدد باتفاق الأطراف في حينه، أو كان تعديل الأجرة يخضع لموافقة الطرفين في كل فترة، فيظهر الجواز، جاء في المعيار الشريعي رقم (54) بشأن فسخ العقود عام 2014 بند 11/2: (من تطبيقات الفسخ بالشرط: إذا اشترط المؤجر أنه يحق له عند كل فترة جديدة من عقد الإجارة إضافة أجرة تكميلية لتغطية ما تكبدته 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 مطالبه بتنفيذ ذلك على ألا تضاف الأجرة التكميلية لهذه الفترة إلى ثمن الشراء).

2. وإن كان عقد الإجارة لازماً طول مدة التمويل، فيظهر الجواز أيضاً إذا وضع له حد أعلى، تخفيضاً للغرر، وتحديداً للأجرة بما يجعلها تؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي للنزاع. 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 مبلغًا مقطوعاً لتغطية تلك التكاليف ويعهد المؤجر بآلا يقطع منه إلا ما تكبده فعلاً). وجاء في قرار هيئة بنك البلاد رقم (22) عام 2013: (يمكن أن تكون الأجرة مكونة من جزئين محددين؛ أحدهما يسمى "الأجرة الأساسية" ويكون مستحقة للمؤجر، والآخر يسمى "الأجرة التكميلية"

⁶⁹ ينظر الدليل الشريعي للإجارة، دلة البركة، مطبوع عام 1999م.

أو الإضافية أو المضافة"؛ يستوفي منه المؤجر قدر ما تكبده فعلاً مقابل تكاليف الصيانة الأساسية أو التأمين أو أي رسوم حكومية، وذلك بوجب وثائق معتمدة، فما زاد على ذلك فيتحمّله المؤجر، وما نقص عن ذلك فيلتزم المؤجر بالتنازل عنه للمستأجر).

الصورة الرابعة:

مثل الصورة السابقة لكن دون وضع حد أعلى، وذلك لغرض تحويل المستأجر التغير المتوقع الذي قد يحصل في أقساط التأمين، أو اشتراط تحويل المستأجر أي زيادة تطرأ على أقساط التأمين، وهذه فيها احتمالان:

الاحتمال الأول: المع، لما فيها من الغرر. وهذا ظاهر قرار المجتمع والمعيار الشرعي.

الاحتمال الثاني: الجواز، لأن لها عرفاً يرجع إليه، وهذا يخفف الغرر.

ويظهر لي جواز هذا الشرط في عقود الإيجارة التمويلية خاصة دون عقود الإيجارة العادية، لما تقدم بيانه في تأصيل الموضوع.

الشرط الخامس: تحمل المستأجر الضرائب:

والمقصود اشتراط تحمل المستأجر أي ضرائب أو رسوم حكومية تتعلق برقبة العين المؤجرة، وهذه فيها احتمالان:

الاحتمال الأول: المع، لما فيها من الغرر، والإخلال بشرط معلومية الأجرة.

الاحتمال الثاني: الجواز، وهو أقوى عندي، ومستند له:

1. أن لها عرفاً يرجع إليه، وهذا يخفف الغرر.

2. تخريجاً على ما جاء في المعيار الشرعي رقم (36) بشأن العوارض الطارئة على

الالتزامات، في البند 1/4: (تحمل الرسوم الجمركية أو الضرائب بعد إبرام العقد، فتعدل

آثار الالتزام بالنسبة لمن تحملها بوجب القانون أو بمقتضى الاشتراط).

3. طبيعة عقد الإيجارة التمويلية في ضوء ما تقدم في تأصيل الورقة.

الشرط السادس: ضمان العميل لمالك العين:

وهذا الشرط له صورتان:

الصورة الأولى: ضمان العميل ما يتربّ على اختياره المالك؛ وضمان حسن أدائه لالتزاماته

تجاه مؤسسة التمويل؛ كتسليم العين في الوقت الحد، أو الحفاظ على جودة بمستوى معين، أو مراعاة مقاييس جهة معينة، أو اختيار مواد بمواصفات خاصة. أو ضمان ما يترب على اختيار العين بالأوصاف المحددة؛ كموقع العين، أو سعتها، أو تحملها.

ويظهر الجواز في هذه الصورة، ويستأنس بما جاء في المعيار الشرعي للمراجعة، البند 1/5/2: (يجوز للمؤسسة أن تحصل من العميل (الآمر بالشراء) على كفالة (ضمان) حسن أداء البائع الأصلي لالتزاماته تجاه المؤسسة بالصفة الشخصية للعميل، وليس بصفته آمرا بالشراء، ولا وكيلًا للمؤسسة، وعليه فلو لم يتم عقد المراجحة تظل كفالتة قائمة. ولا تطلب مثل هذه الكفالة إلا في الحالات التي يقترح فيها العميل بائعا معينا تشتري المؤسسة منه السلعة موضوع المراجحة. ويترتب على هذا الضمان تحمل العميل الضرر الواقع على المؤسسة نتيجة عدم مراعاة البائع لمواصفات السلعة وعدم الجدية في تنفيذ التزاماته، مما يؤدي إلى ضياع جهود المؤسسة وأموالها أو يترب عليه الدخول في منازعات ومطالبات باهظة).

الصورة الثانية: ضمان تلف العين وعيوبها.

الذي يظهر أن هذه الصورة متنوعة، لأنه حيلة على التخلص من جميع تبعات الملكية، وتقدم في تأصيل الورقة أن هذا الحد الفاصل بين الإجارة والبيع. وأما العيوب التي تؤدي إلى نقص كمال الانتفاع بالعين لا أصل الانتفاع، فيمكن تحميلا العميل.

النوع الثاني

الشروط التي قد يتعدّر قبولها في ضوء قرارات مؤسسات الاجتهد الفقهي الجماعي

الشرط الأول: تضمين المستأجر:

وهذا الشرط له صور:

الصورة الأول: تضمين المستأجر ملكية العين المؤجرة مطلقاً:

وهذا يأخذ حكم قلب يد الأمانة إلى ضمان بالشرط، وعامة فقهاء المذاهب الأربع على المتع، ورأى الجواز بعض فضلاء المحققين من الفقهاء المعاصرين، وبسط فيه القول ببيان عدد من المسوغات الشرعية والنظائر الفقهية واستصحاب أصل الإباحة في العقود والشروط⁷⁰.

وعامة الفقهاء المعاصرين ومؤسسات الاجتهد الفقهي الجماعي على القول الأول.

ويظهر لي أن التضمين في عقود الأمانات فيه تفصيل:

1. فإن كان في عقود التبرعات مثل الوديعة، فتضمينه بالشرط قوي، ونظيره جواز تضمين

عقد العارية بالشرط عند من يرى أن المستعير أمين.

2. وإن كان في عقود المعاوضات مثل الإجارة، فيرد عليه الغرر، فإن أمكن تخفيف الغرر

عند الشرط جاز وإلا فلا.

3. وإن كان في عقود المشاركات مثل المضاربة، فيرد عليه الربا. وبعض الباحثين المعاصرين

يميل إلى إلحاقي التضمين في عقود التمويل ولو بالإجارة، بورود شبهة الربا فيها إضافة

إلى الغرر⁷¹.

الصورة الثانية: تضمين المستأجر ملكية العين المؤجرة بالتهمة بأن يضمن النقص والتلف

والعيوب عند عدم إثبات تعتديه أو تفريطه:

ونقل عبء الإثبات على الأمين، صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ونص المقصود

منه: (يتنتقل عبء الإثبات في دعوى الخسارة إلى البنك خلافاً للأصل، بشرط وجود قرائن

تناقض أصل دعواه بعدم التعدي. وما يقوى العمل بهذا الأصل:

1. إذا جرى عرف الناس بعدم قبول قول المضارب (البنك) حتى يقيم البينة على صدق

⁷⁰ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط) ص 396-408.

⁷¹ استفادت هذا من الزميل الشيخ ناصر الداود في مجلة مناقشات مفيدة.

ادعائه بعدم التعدي أو التقصير.

2. ثبوت التهمة على الأمين: والمراد بها رجحان الظن بعدم صدقه (المضارب) في ادعائه

عدم التعدي أو التقصير. إذ إن من المتوقع من المضارب حفظ رؤوس الأموال المستثمرة من الخسارة، وتحقيق الأرباح والمكاسب.

3. ثبوت المصلحة لنقل عبء الإثبات إلى المضارب (البنك)، حماية لأموال المستثمرين

من الخسارة عند ادعاء المضارب أو هلاك أموال المستثمرين⁷².

وهذا الحكم من حيث الأصل على الأئمان وجيه، وبسبقت الإشارة في الورقة إلى وجه تخريج بعض الاجتهادات الشرعية تحويل المستأجر في إجارة الأعيان المؤجرة إجارة تمويلية على القول بتضمين الأجير المشترك في إجارة الأشخاص، بجامع أن كلامها من الأئمان، والوجب لتضمينهم: الغياب بالسلعة فيخفى هلاكها، فكانا في محل التهمة، وعلى هذا عمل بعض الهيئات الشرعية، مع ذكر نظائر فقهية في هذا، وبسبق أن أوردت على هذا التخريج أن الفقهاء الذين يرون التضمين في هذه الحال قيدوه بالمنقولات دون العقارات التي لا يخفى هلاكها، وبناء على هذا فيقال بجواز هذه الصورة بضابطين:

1. عدم تضمين العميل عند إثبات عدم تعديه أو تفريطيه بأحد وسائل الإثبات المعترضة شرعا وقانونا.

2. أن هذا خاص في الأعيان المنقوله المؤجرة إجارة تمويلية دون الأصول الثابتة (العقارات).

الصورة الثالثة: تضمين المستأجر ملكية العين المؤجرة بصفة تعاقدية أخرى:

وذلك بأن يشتمل التمويل بالإجارة على عدة عقود مثل عقد الوكالة وعقد المقاولة وعقود توثيق، ويكون منها عقد ضمان يكون العميل المستأجر فيه ضامنا، دون ربط بين عقد الضمان وعقد الإجارة. وهذا فيه اتجاهان:

الاتجاه الأول: الجواز، باعتبار أن الضمان جاء في صفة تعاقدية أخرى مستقلة، ولم يشترط عقد الضمان في عقد الإجارة، بمعنى أن عقد الضمان يسري ولو فسخ عقد الإجارة.

ويستأنس أصحاب هذا الاتجاه بما جاء في معيار الضمانات البند 2/2/2: (إذا كانت الوكالة

⁷² قرار جمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن ضمان البنك مخاطر استثمار أموال العملاء، في الكويت عام 2015م.

غير مشروطة في الكفالة، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل، فإنه يكون كفيلاً لا بصفته وكيلاً، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلاً).

الاتجاه الثاني: المنع، وذلك لأن الضمان بهذه الصورة حيلة على منع، لأن هذا في حكم المشروط، كما أن قياس هذه الصورة على ما ورد في المعيار المذكور، قياس مع الفارق؛ لأن المقصود في الصورة المذكورة في المعيار أن يكون الوكيل بالاستثمار كفيلاً عن مدين عمليات الاستثمار بعقد مستقل، ولا يضمن إلا إذا تخلف المدين عن السداد، وليس ضماناً مطلقاً.⁷³ والذي يظهر أن محل الخلاف بين الاتجاهين هو في حكم المواطأة على العقود، أو حكم الشروط المتقدمة على العقد هل تأخذ حكم الشروط المقارنة للعقد أم لا؟

ومذهب الحنفية والشافعية على أن الشرط المتقدم لا يؤثر فلا يلحق العقد ولا يلزم الوفاء به، فهو في حكم الوعد حينئذ. ومذهب المالكية والحنابلة على أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن له، واختار القول الثاني ابن تيمية وابن القيم وجماعة من الفقهاء المعاصرین.⁷⁴

والقول الثاني هو الأظهر، فإن تضمين المستأجر في عقد الإيجارة نظير تضمينه في عقد الضمان الذي يقع في تاريخ واحد ضمن وثائق صفقة التمويل، فإذا ما أن يقال بالجواز فيما أو المنع فيهما.

الشرط الثاني: اشتراط المؤجر البراءة من عيوب العين المؤجرة:

البحث في شرط البراءة من العيوب في عقد البيع معلوم، وهو محل خلاف بين الفقهاء، والذي عليه المالكية ورواية في المذهب واختيار ابن تيمية: صحة شرط البراءة من كل عيب لا يعلمه البائع دون ما علمه وكتمه؛ لآثار الصحابة، ولما فيه من الغش والخيانة.⁷⁵

قال ابن تيمية: (والصحيح في مسألة البيع بشرط البراءة من كل عيب، الذي قضى به الصحابة، وعلىه أكثر أهل العلم، أن البائع إذا لم يكن علم بذلك العيب؛ فلا رد للمشتري).⁷⁶

وهذا الحكم في عقد البيع، دون عقد الإيجارة، فرغم إجارة المعيار الشرعي للمرابحة لهذا الشرط

⁷³ دراسات المعايير الشرعية 2/985.

⁷⁴ المجموع 9/374، القواعد النورانية ص 302، مجموع الفتاوى 29/336 و 353، إعلام الموقعين 3/107، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 270-273.

⁷⁵ ومنعه الحنابلة والشافعية في غير الحيوان، وأحاجره الحنفية مطلقاً. المغني 6/264-265.

⁷⁶ الاختيارات ص 184.

كما في البند 4/10، فقد منعه في عقد الإجارة كما في المعيار الشرعي للايجارة بند 5/1، والمعيار الشرعي بشأن خيارات السلامة بند 2/4.

وعلة منع البراءة من العيب في عقد الإجارة مثل منع تحويل المستأجر ضمان العين المؤجرة، ومنها العيوب والصيانة الأساسية، لما في تحويلها على المستأجر من الغرر؛ لما تشتمل عليه من جهالة الأجرة⁷⁷.

وذكر الكاساني فرقاً في حدوث العيب بين البيع والإجارة، فذكر من شروط الإجارة: (سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به، فإن حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازماً حتى لو استأجر عبداً يخدمه أو دابة يركبها أو داراً يسكنها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انحدم بعض بناء الدار؛ فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض أنه ليس للمشتري أن يرده، لأن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً، فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقوداً مبتدأ)⁷⁸.

إذا تقرر هذا، فقد سبق أن فرت في الورقة في عيوب العين المؤجرة إجارة تمويلية:

1. إن كانت تعود على أصل الانتفاع وتلف العين، فالملاعنة ظاهر.

2. وإن كانت تعود على كمال الانتفاع وصيانة العين، فالبراءة منها قوي.

الشرط الثالث: تحمل المؤجر تبعية هلاك العين، ثم تغطيتها من شركة التأمين، ثم وضع ضوابط لاخفاق شركة التأمين تؤول إلى تضمين المستأجر ونقل تبعات الملكية الأخرى إلى المستأجر، أو اشتراط ما يتذرع أو يعجز المستأجر عن تنفيذه وتطبيقه (بصفته وكيلًا عن المؤجر في صيانة وتأمين العين المؤجرة) لغرض تحميته ضمان العين أو الفرق بين تعويض التأمين والمتبقي من أقساط الأجرة:

وكثيراً 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 يتذرع تطبيقها، لتؤول هذه الشروط والقيود إلى

⁷⁷ بداع الصنائع 4/210، الشرح الصغير 4/63، خاتمة الحاج 5/298 و 314، المغني 8/34 و 114.

⁷⁸ بداع الصنائع 4/195 على أصل الأحناف في الإجارة.

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 تقسيرا وإهمالا من قبل المستأجر (وكيل الخدمات) في اختيار شركات ذات كفاءة وخبرة وعنابة، ومن المعلوم أن 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.

الشرط الرابع: توكييل المستأجر بالتعاقد ومتابعة تنفيذ صيانة العين الأساسية والتأمين، مع كفالته لشركة الصيانة وشركة التأمين، وكذلك توكييل المستأجر بالتعاقد ومتابعة تنفيذ إنشاء العين، مع كفالته لشركة المقاولة:

وقد رأت بعض الهيئات الشرعية جواز تضمين المستأجر في:

1. عقد وكالة الخدمات بأن يضمن شركة التأمين والصيانة في أداء التزاماتها.
2. عقد وكالة الإنشاءات بأن يضمن شركة المقاولة في أداء التزاماتها.

وذلك استنادا على روایة في مذهب الحنابلة نقلها ابن قدامة، وتقدمت الإشارة لها في الورقة، وهي ما جاء في المغني 114/8: (إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد... ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصيّر الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه. وعن أحمد أنه سُئل عن ذلك فقال: المسلمين على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه).

والكلام في الشرط الأول قريب من هذا الشرط فأغنى عن إعادة تدوينه.

الشرط الخامس: التعاقد مع العميل لإنشاء العين باعتباره صانعا لغرض تضمينه وتحميله مسؤولية أي خلل في الأصول:

وهذا يتكرر في التمويل بالإجارة الموصوفة في الذمة، التي تحتاج فيها العين إلى إنشاء، فبدلا من أن تتعاقد مؤسسة التمويل مع شركة مقاولة، وتتعرض إلى مخاطر تعرضا أو تأخرا أو إخلالها، وبديلا من أن توكل العميل بذلك، فإنها تعمد إلى التعاقد مع العميل مباشرة باعتباره في مقام شركة المقاولة، وتتخلص مؤسسة التمويل بذلك من تبعات ملكية العين الموصوفة المؤجرة، فيما

يتعلق بعيوبها وتأنّر تسليمها.

وبعض الاجتهادات الشرعية تمنع هذا التعامل لشبهة العينة والصورية⁷⁹. وبعضها ترى الجواز وعليه عمل كثير من تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، مع الالتزام بضوابط عقد الإجارة وضوابط عقد المقاولة وعدم ربط العقود مع بعضها، وبهذا تنتفي الصورية، وأما العينة فإنها لا ترد هنا؛ لأن المخل المعقود عليه من الموصوفات التي لا تتغير فيها العين، فلا يرد عليه حقيقة العينة الممنوعة عند الفقهاء.

الشرط السادس: إلزام المستأجر بشراء العين عند الهالك:

وظفت بعض تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية القول بجواز التعهد بشراء الأصول المؤجرة بالقيمة الاسمية⁸⁰، في تغطية مخاطر ملكية العين المؤجرة، وذلك بأن يتلزم المستأجر وحده في عقد الإجارة بشراء العين المؤجرة عند الهالك بالمتبقى من أقساط الأجرة.

وهذا شرط منع من وجهين:

1. أن هذا يفضي إلى تحمل المؤجر من تبعات الملكية عند التلف، وسبق تكرار منعه.
2. أن من شروط تنفيذ التعهد بالشراء أن تكون الأصول قائمة لثلا يكون من شراء المعدوم، وهو منع. جاء في معيار سوق دبي المالي للصكوك: (الوعد بالشراء يلزم الواعد بالشراء في حال وجود الموجودات الموعود بشرائها وقت تنفيذ وعده، فإذا كانت هذه الموجودات قد هلكت أو تلفت فإنه لا يلزم بالشراء؛ لأن شراء المعدوم لا يصح).

هذا ما تيسّر في كتابة هذا الموضوع، وكما تقدم القول بأنها محاولة في فحص ودراسة الحالات العملية وتطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية تجاه وسائل حماية وطرق تولي مخاطر ملكية الأعيان المؤجرة إجارة تمويلية، وما سبق كتابته هو جهد المقل واجتهاد الباحث، وهو عرضة للخطأ والصواب، وهو في حاجة إلى سماع آراء العلماء والخبراء والباحثين وتقويمهم.

وبالله تعالى التوفيق، والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل...

⁷⁹ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (663) عام 2005م.

⁸⁰ المعيار الشرعي رقم (44) بشأن السيولة، آخر البند 5/2/4.

المجلس الخامس

(إدراج الصكوك في الأسواق المالية العالمية ومدى توافق متطلباته
مع هيكلها الشرعية)

البحث الأول



مؤتمر أيوفي السابع عشر للهيئات الشرعية

مملكة البحرين - 3 شعبان 1440هـ الموافق 7/8 أبريل 2019م

الجوانب التقنية لإدراج الصكوك في الأسواق المالية

د. حاتم الحبيب غومة

أستاذ مشارك، جامعة سانت فرانسيس إكزافير كندا

المدير التنفيذي لشركة غولديناريوس



مقدمة: الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية

- بداية، لسائل أن يسأل، كيف يتم التعامل مع الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية؟

سندات

Msg:HELP DESK

Page 1/1 [4.11/4.01] BGN @15:42

SECURITY DESCRIPTION	ON	Additional Sec Info
SUKUK CO LTD	4.715 05/16	4.11/4.01) BGN @15:42
ISSUER INFORMATION	IDENTIFIERS	
Name SUKUK CO LTD	Common 062555483	① Additional Sec Info
Type Commer Banks Non-US	ISIN XS0625554836	② ALLQ
Market of Issue Euro-Dollar	BB Number EI6133603	③ Corporate Actions
SECURITY INFORMATION	RATINGS	④ Ratings
Country KY	Moody's NA	⑤ Custom Notes
Collateral Type Bonds	Fitch BBB+	⑥ Identifiers
Calc Typ(STREET CONVENTION	Composite NR	⑦ Prospectus
Maturity 5/25/2016	ISSUE SIZE	⑧ Sec. Specific News
Series REGS	Amt Issued/Outstanding	⑨ Involved Parties
NORMAL	USD 400,000.00 (M)/	⑩ Pricing Sources
Return 4.715 Fixed	USD 400,000.00 (M)	⑪ Related Securities
S/A ISMA-30/360	Min Piece/Increment	
Announcement Dt 5/18/11	200,000.00/ 1,000.00	
Int. Accrual Dt 5/25/11	Par Amount 1,000.00	
1st Settle Date 5/25/11	BOOK RUNNER/EXCHANGE	
1st Return Date 11/25/11	HSBC,SCB	
Iss Pr	LONDON	
SPR @ ISS 292.25 vs T 2 04/30/16		66) Send as Attachment
HAVE PROSPECTUS		
SUKUK AL WAKALA		

Australia 61 2 9777 8600 Brazil 5511 3048 4500 Europe 44 20 7330 7500 Germany 49 69 9204 1210 Hong Kong 852 2977 6000
Japan 81 3 3201 8900 Singapore 65 6212 1000 U.S. 1 212 318 2000 Copyright 2011 Bloomberg Finance L.P.
SN 859987 GMT+4:00 H450-456-0 14-Jun-2011 15:42:37

عرض شاشة بلومبرغ
لإصدار صكوك إسلامية
(تم إخفاء اسم المصدر)

مقدمة: الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية

عرض شاشة رويتز: إصدار الحكومة البريطانية - سندات 2021

GBR		GBT821= Quote	GBT821=	116.070	+0.023	+0.02%	GBP
TREASURY	8 %			07JUN21	STR	GBP	ISN GB0009997999
Latest	BidChg	Size	Reuters	Yld	B Yld	Cg	Contributor
B↑116.070	A116.113	+0.023	x	0.609	0.591	-0.01	TR COMPOSITE GLB 15:01 28MAR
B↓116.069	A116.116		x	0.609	0.590		TR COMPOSITE GLB 15:00 28MAR
B↑116.077	A116.118		x	0.606	0.589		TR COMPOSITE GLB 14:58 28MAR
Source	<CALCS_EXPLAINED>						
Real Time Calculations		Reference Data		Daily View			
Time/Date	15:01 28MAR	Ticker	GILT	Bid	Bid	Yld	
Latest	B↑116.070 A116.113	Issue Rating	FCH AA	05:00	0 116.048	0 0.618	
Reuters Yld	0.609 0.591	Issuer Dom	GB	08:32	H 116.131	L 0.584	
ISMA Yld	0.61 0.59	Amt O/S	24354	12:44	L 116.019	H 0.63	
Yld		Par Value	0.010	28MAR	C 116.047	C 0.619	
Clean/Gross Prc	116.070 118.532	Pay Freq	SEMI ANN				
Benchmark Spd	-3.20 GB2YT=RR	Issue Prc	98.531				
Int G-Spread	-3.377	Issue Date	29FEB96				
Swap / OAS / z Spd	-33.94 / -33.35 / -33.35	Next Coupon	07JUN19				
ASwp(Std/1M/3M/6M)	-36.42 / -17.85 / -27.47 / -37.59	Ind News	[GVD]				
TED Spd/OISSpd	-10.87	Related Data	<#FIXEDINCOME>				
Int Basis / Int CDS	+45.28 11.94	Issuer News	20:00				
Zero Curve	<GBPSWAP>C	Yield Date					
Swap Point / Curve	+0.948 <GBPIRS>	Asset Status	Re-Opening				
Acc Int / Days Acc	2.46154 / 112	Yld Convtn	CompYield				
Mod Dur / BPV	2.018 / 2.393	Day Count	Act/Act				
Convex	5.302						
Settle Date	29MAR19						

عرض شاشة رويتز: إصدار الحكومة البريطانية - صكوك 2019

GBR		GBSUKRS9816=RRPS Quote	GBSUKRS9816=R	Q	GBSUKRS9816=RRPS	100.376	-0.008	-0.01%	GBP
TREASURY	HM TREASURY UK	2.036 %			22JUL19	STR	GBP	ISN XS1079249816	
Latest	BidChg	Size	Reuters	Yld	B Yld	Cg	Contributor	Loc	Time Date
B↓100.376	A100.407	-0.008	x	0.814	0.715	-0.007	TR PRICING	LON	13:21 28MAR
B↑100.383	A100.414		x	0.792	0.692		TR PRICING	LON	09:20 28MAR
B↑100.381	A100.412		x	0.798	0.699		TR PRICING	LON	07:39 28MAR
Source	RRPSBONDS								
Real Time Calculations		Reference Data		Daily View					
Time/Date	13:21 28MAR	Ticker	HMTRS	Bid	Bid	Yld			
Latest	B↓100.376 A100.407	Issue Rating		04:02	0 100.376	0 0.814			
Reuters Yld	0.814 0.715	Issuer Dom	GB	09:20	H 100.383	L 0.792			
ISMA Yld	0.82 0.72	Amt O/S	200	04:02	L 100.376	H 0.814			
Yld		Par Value	1000.000	27MAR	C 100.384	C 0.821			
Clean/Gross Prc	100.376 100.764	Pay Freq	SEMI ANN						
Benchmark Spd	+5.449 GB3MT=RR	Issue Prc	100.000						
Int G-Spread	+3.941	Issue Date	02JUL14						
Swap / OAS / z Spd	-11.011 / -2.1 / -2.1	Next Coupon	22JUL19						
ASwp(Std/1M/3M/6M)	-1.483 / 9.043 / -1.762 / -14.46	Ind News	[FIN]						
TED Spd/OISSpd	+6.16	Related Data	<#FIXEDINCOME>						
Int Basis / Int CDS	+12.178 10.100	Issuer News							
Zero Curve	<GBPSWAF>ZC	Yield Date							
Swap Point / Curve	+0.925 <GBPIRS>	Asset Status	Issued						
Acc Int / Days Acc	0.388 / 69	Yld Convtn							
Mod Dur / BPV	0.309 / 0.311	Day Count							
Convex	0.191								
Settle Date	01APR19								

مقدمة: الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية

- في السوق الثانوية، لا توجد فروق فيما يتعلق بأحكام وطرق تداول الصكوك مقارنة بالسندات التقليدية:
- امكانية الحصول على تصنيف إئتماني للورقة المالية (صگا كان أو سندا)
- نفس الوسطاء (Market Makers/Dealers)
- وجود العائد و القيمة الإسمية للورقة المالية (Principal & Coupon)
- نفس معايير تقييم الأداء السوقي (على غرار نسبة التحديب و مدى حساسية السعر لتغير اسعار الفائدة Duration & Convexity) وهي معايير تُستعمل في تقييم أداء السندات التقليدية
- استعمال نفس المرجعية الربحية لمقارنة الأداء (نفس منحنى عائد السندات المصدرة سابقا)

مقدمة: الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية

- **الخلاصة:** في السوق الثانوية، يتم التعامل مع الصكوك الإسلامية والتسويق لها على أنها البديل الشرعي للسندات الربوية التقليدية.
- من منظور شرعي ونظري، يُعد هذا إخلالاً كبيراً واجحافاً في حق الصكوك. حيث يتُبُع عن هذا إختزالاً لثراء هيئات الصكوك المختلفة ويُقرّم مختلف هذه الهيئات في هيكل واحد يتلخص في أنه يُدرّ عائدًا ثابتًا ويضمن رأس مال المستثمر.
- النتيجة من الناحية التقنية، و خاصةً خارج حدود الدول الإسلامية: لا يرى المستثمر فرقاً بين الصكوك الإسلامية والسندات التقليدية.

محاور العرض:

- من هذا المنطلق (الغير مرضى لكنه واقعي و حقيقي كما رأينا سابقاً)، سنتناول في هذا العرض المحاور التالية:
 - الإداج في الأسواق المالية وأهدافه
 - واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية (هل كلّ الصكوك مدرجة؟)
 - طبيعة الأسواق التي تدرج فيها الصكوك (أين تدرج الصكوك؟)
 - الغاية من إدراج الصكوك في الأسواق العالمية (مالهدف من إدراج الصكوك؟)
 - تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة
 - الخلاصة و نظرة الباحث لجدوى إدراج الصكوك

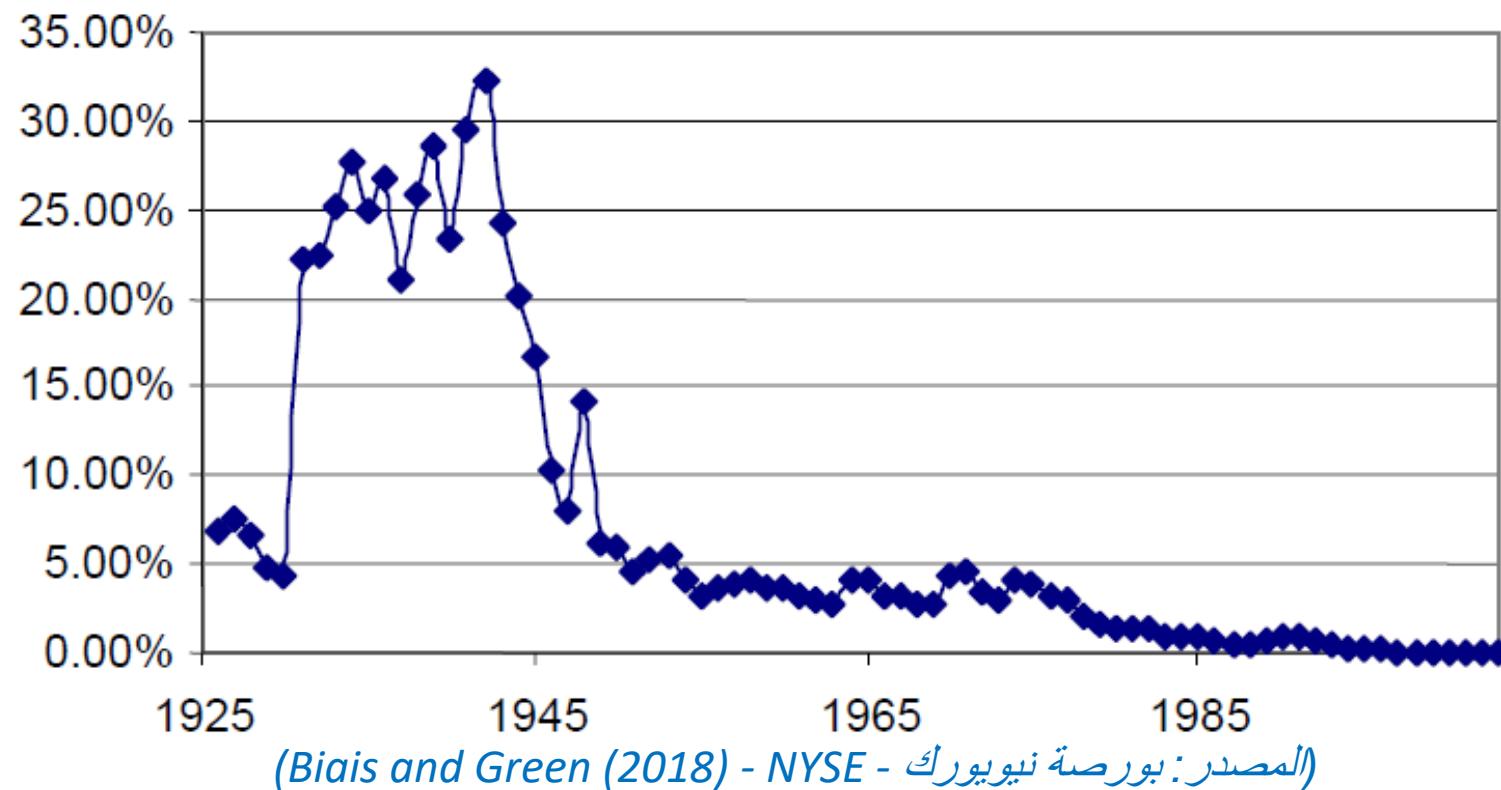
الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- الأسهم والسنداط هي من أكثر الأوراق المالية انتشارا و شيوعا على مستوى العالم.
- عندما تصل الشركة إلى حجم معين ونسبة معينة من النمو، فإن إدراجها في السوق المالية يُعدّ نتيجة حتمية لهذا التطور.
- الملاحظ أن حجم سوق الأسهم العالمي هو أقل من حجم سوق السنداط العالمي.
- حسب تقرير SIFMA FACT BOOK لسنة 2018 فإن سوق السنداط أكبر حجما من سوق الأسهم:

سوق الأسهم	سوق السنداط	حجم السوق سنة 2017
85.3 ترليون دولار	100.1 ترليون دولار	اجمالي الإصدارات لسنة 2017
720.7 مليار دولار	21.1 ترليون دولار	معدل حجم التداول اليومي في أمريكا 2017
270	762.4 مليار دولار	(المصدر: تقرير SIFMA FACT BOOK لسنة 2018)

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- يبيّن الرسم البياني التالي تداول السندات في بورصة نيويورك كنسبة مئوية من تداول الأسهم. هذه النسبة في تنافق مستمر حتى بلغت قرابة الصفر في السنوات الأخيرة



الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- تُظهر دراسة أجراها بنك التسوية الدولي (Nagel, 2018، ص 13) إلى أن حجم تداول سندات الشركات على جميع منصات التداول الإلكترونية ذات سجلات الأوامر المحددة (Limit Order) لا تتجاوز 5% من حجم التداول الإجمالي.
- الخلاصة: رغم كبر حجم سوق السندات مقارنة بالأسهم، فإن (وعلى عكس الأسهم) الأغلبية الساحقة من السندات لا يتم إدراجها في الأسواق المالية على الرغم من كبر و سمعة مصدرها.
- بل يتم تداول جل السندات في إطار صفقات غير منظمة خارج البورصة (Over The Counter-OTC).

فما السبب وراء ذلك ؟

- لنعرف سبب عزوف مصدري السندات التقليدية عن إدراجها في الأسواق المالية، يتوجب علينا التوقف عند الأهداف التي عادة ما يسعى وراءها المصدر عند إدراج الورقة المالية.
- **فما تعريف الإدراج وما هي أهم أهدافه؟**

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

• ما هو الإدراج؟

- يعرّف الإدراج على أنه عملية تسجيل ورقة مالية لدى هيئة رقابية وسوق مالية لتكون بذلك قابلة للتداول بين المستثمرين في ذلك البلد.
- يعتبر هذا المصطلح أكثر إستعمالاً لدى الأسهم حيث أن الشركات، وعند بلوغها مستوى معين من النموّ، يتم إدراجها في البورصة ويمكن بذلك لعموم المستثمرين أن يصبحوا مساهمين ويشاركون أسهم الشركة.
- تختلف عملية الإدراج حسب البلد، السوق المالية، الهيئة الرقابية، طبيعة الورقة المالية، إلخ.

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- لعلّ أبرز مزية لإدراج الأوراق المالية في الأسواق هي التسعير (أو إكتشاف الأسعار / إنتاج الأسعار **(Price Discovery)**)
- هناك مزايا أخرى قيمة للإدراج:
 - زيادة قاعدة المستثمرين
 - القدرة على تعبئة موارد مالية إضافية من المستثمرين مباشرةً من خلال إصدارات جديدة بأقل تكلفة
 - خلق سوق ثانوية نشطة يمكن للمستثمرين من خلالها تداول الورقة المالية (السيولة)
 - امكانية تقديم برامج الخيارات على الأسهم للموظفين (بالنسبة للأسهم)
 - امكانية تقديم الأوراق المالية المدرجة كوسيلة دفع عند الاستحواذ على شركات الأخرى (بالنسبة للأسهم)
 - يوفر للشركة مصداقية متزايدة و سمعة جيدة لدى المستثمرين
 - التعريف بالشركة

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

• ما سبب عزوف مصدري السندات التقليدية عن إدراجها في الأسواق المالية؟

- السبب الأول لعدم إدراج معظم السندات هو كبر حجم هذا السوق الذي يفوق بكثير القدرات التنظيمية واللوجستية لأعنى الأسواق العالمية
- حيث يمثل تنوع السندات (أحجام مختلفة، عملات مختلفة، تواريخ إستحقاق مختلفة، الخ) أكبر عائق حالياً لإدراج كل السندات
- على عكس الأسهم، حيث أنَّ أغلبية الشركات لها سهم واحد لا يتغير.
- مثال:
 - توجد 3604 شركة مدرجة في بورصة اليابان (نهاية 2017)
 - لو أنَّ كل شركة تصدر 5 اصدارات سنوياً
 - بالإضافة إلى امكانية الحكومات و الولايات و البلديات اصدار سندات وإدراجها
- لنا أن نتصور صعوبة التعامل مع هذا الأمر من جهة السوق (الإدارة اللوجستية) و من جهة المستثمر (الذي سيلتبس عليه الأمر أمام هذا التنوع الهائل)

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- ما سبب عزوف مصدري السندات التقليدية عن إدراجها في الأسواق المالية؟
- السبب الثاني: عدم الحاجة الملحة للأسواق المالية لتسعير السندات (Price Discovery)
- التسعير هي العملية التي ينتج عنها إيجاد سعر يقبله البائع و الشاري لتداول سلعة أو ورقة مالية.
- توجد عوامل كثيرة تؤثر في عملية اكتشاف الأسعار بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.
- من تلك العوامل نذكر: حجم العرض و الطلب، المناخ الاقتصادي/الاجتماعي/السياسي، نفسية المستثمرين، مدى قابليتهم للمخاطرة، إلخ.
- لإيجاد سعر التداول في السوق (اكتشاف السعر) ترتكز هذه النظرية على توقيع أو التكهن بأهم مدخلات نموذج التقييم (valuation model) بالإضافة إلى أي عامل يمكنه أن يؤثر على تلك المدخلات.

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- على سبيل المثال، غالباً ما يلجأ خبراء المالية لنموذج التدفق النقدي المخصوم (Discounted cash flow) لتقييم الأوراق المالية :

$$DCF = \frac{CF_1}{(1+r)^1} + \frac{CF_2}{(1+r)^2} + \frac{CF_3}{(1+r)^3} + \dots + \frac{CF_n}{(1+r)^n}$$

تدفقات نقدية مستقبلية
للورقة المالية

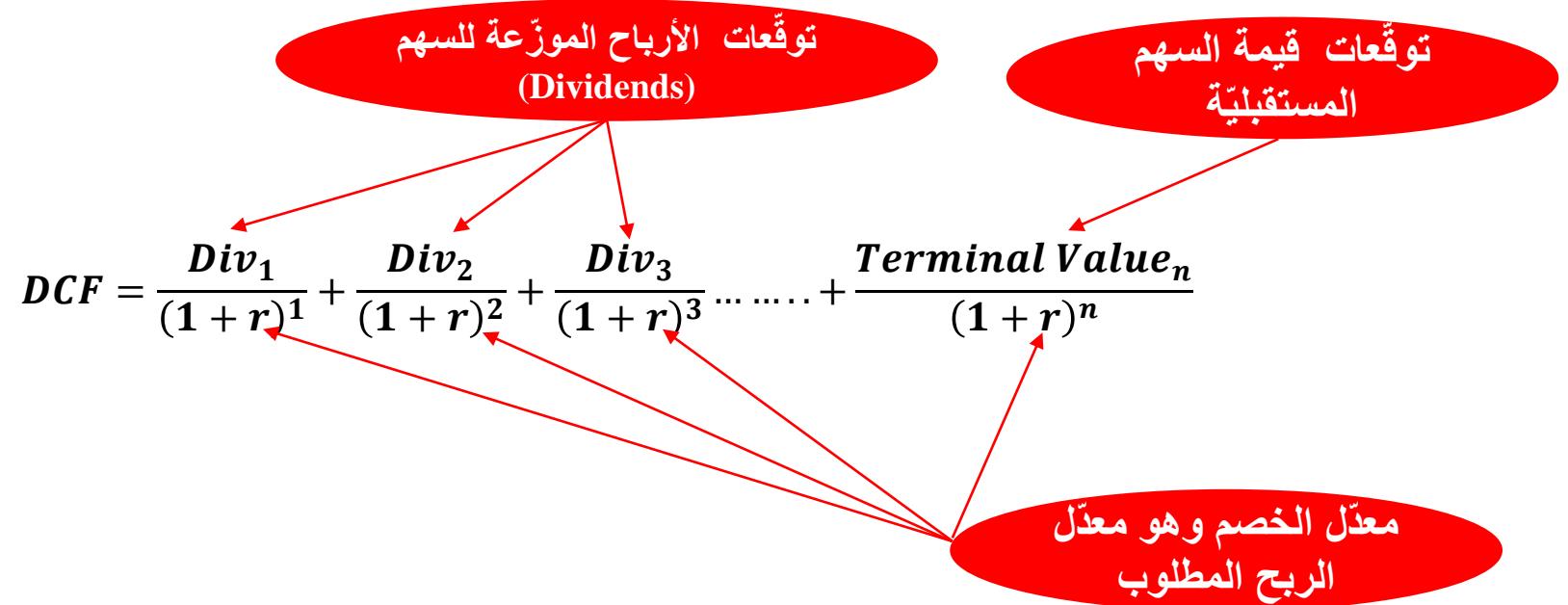
DCF = $\frac{CF_1}{(1+r)^1} + \frac{CF_2}{(1+r)^2} + \frac{CF_3}{(1+r)^3} + \dots + \frac{CF_n}{(1+r)^n}$

معدل الخصم وهو معدل
الربح المطلوب

التدفق النقدي = CF
 r = معدل الخصم (تكلفة رأس المال)

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

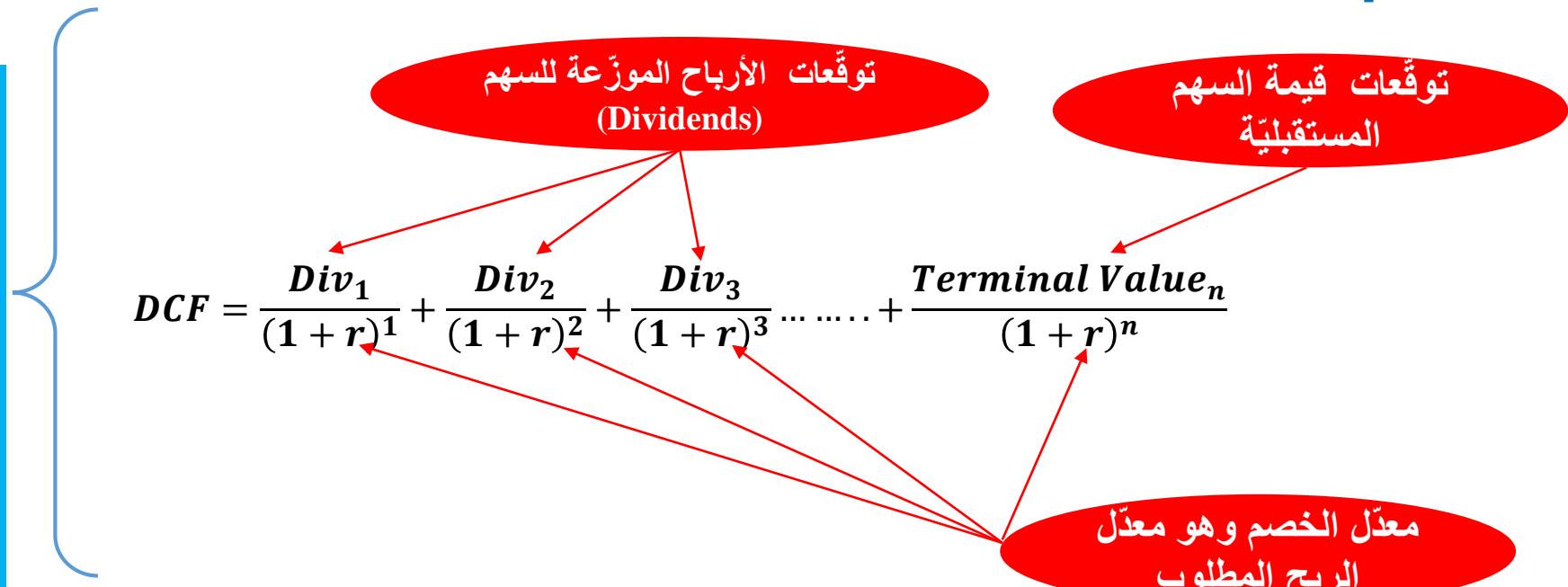
- مثلاً و بطريقة مبسطة، لتقدير سهم شركة معينة، يكتب نموذج التدفق النقدي المخصوم
هكذا :



الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

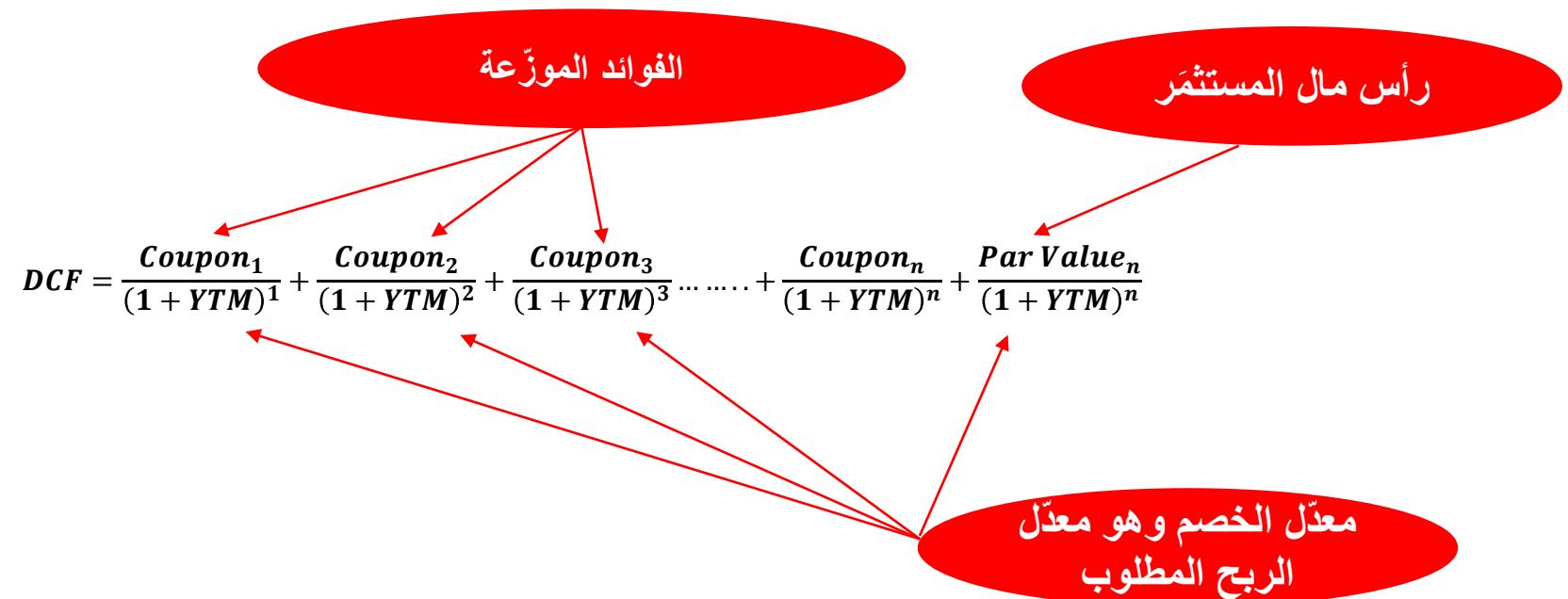
• مثلاً و بطريقة مبسطة، لتقدير سهم شركة معينة، يكتب نموذج التدفق النقدي المخصوم
هكذا :

بالنسبة للأسهم، يحتاج هذا النموذج لسوق مال فعال أين تتكاثر فيه معلومات اقتصادية ومالية و تتقاطع فيه تكهنات وآراء مختلفة تساعد على تحديد:
- توقعات الأرباح الموزعة
- توقعات قيمة السهم المستقبلية
- توقعات معدل الخصم



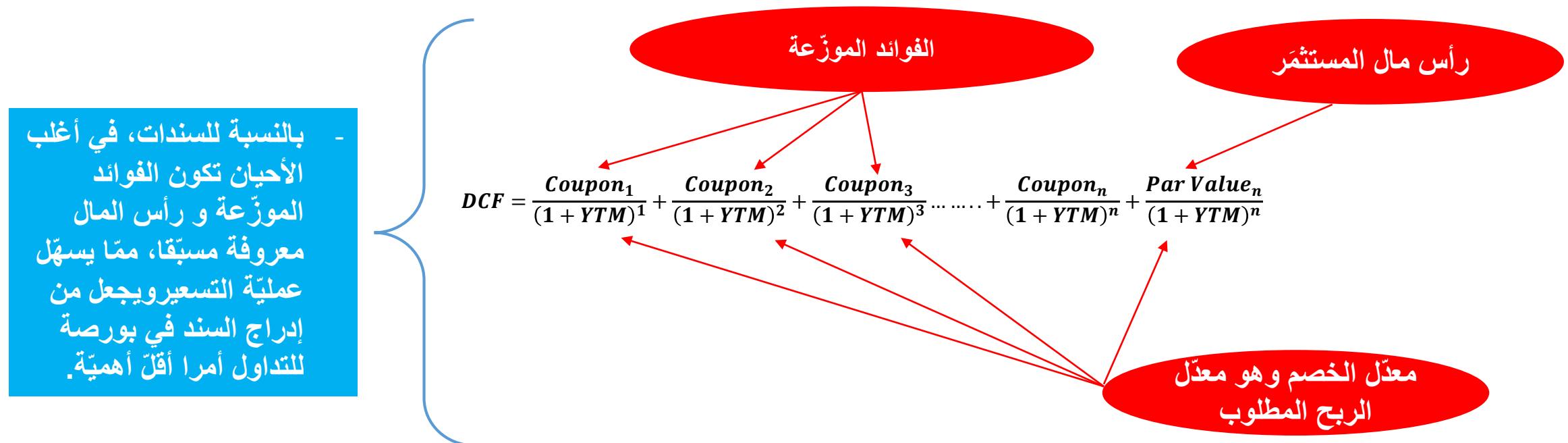
الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- أمّا إذا أردنا تقييم سند شركة معينة، يُكتب نموذج التدفق النقدي المخصوم هكذا :



الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- أمّا إذا أردنا تقييم سند شركة معينة، يُكتب نموذج التدفق النقدي المخصوص هكذا :



واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

- رغم أن الصكوك تُعامل (تقنيا) معاملة السندات كما أسلفنا سابقا، إلا أن نسبة كبيرة من الصكوك يتم إدراجها في أسواق عالمية على عكس السندات.
- فما السبب وراء ذلك؟ لماذا تختلف الصكوك عن السندات (من الناحية التقنية) في الإدراج فحسب؟
- وما طبيعة الأسواق التي يتم إدراج الصكوك الإسلامية فيها؟

وأقِع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

- يبيّن الجدول التالي عدد ونسبة الصكوك (بالدولار الأمريكي) المدرجة في الأسواق المالية حسب قاعدة البيانات رويترز بتاريخ 23 مارس 2019.

النسبة	العدد	الصكوك المدرجة
94.2%	195	الصكوك المدرجة
5.8%	12	الصكوك الغير مدرجة
100.0%	207	الإجمالي

(بيانات مجَمَعة من تمصون رويترز بتاريخ 23 مارس 2019)

وأقِع إِدْرَاج الصُّكُوك فِي الأَسْوَاق الْعَالَمِيَّة

- يبيّن الجدول التالي عدد ونسبة الصُّكُوك (بالدولار الأمريكي) حسب ما إذا كانت مُدرجة في سوق واحدة أو أكثر.

النسبة	العدد	
56.9%	111	صُكُوك أَحَادِيَّة الإِدْرَاج
33.8%	66	صُكُوك ثَانِيَّة الإِدْرَاج
9.2%	18	صُكُوك ثَلَاثِيَّة الإِدْرَاج
100.0%	195	الإِجمالي

(بيانات مجَمَعة من تمصون روبيترز بتاريخ 23 مارس 2019)

وأقِع إدراجه الصكوك في الأسواق العالمية

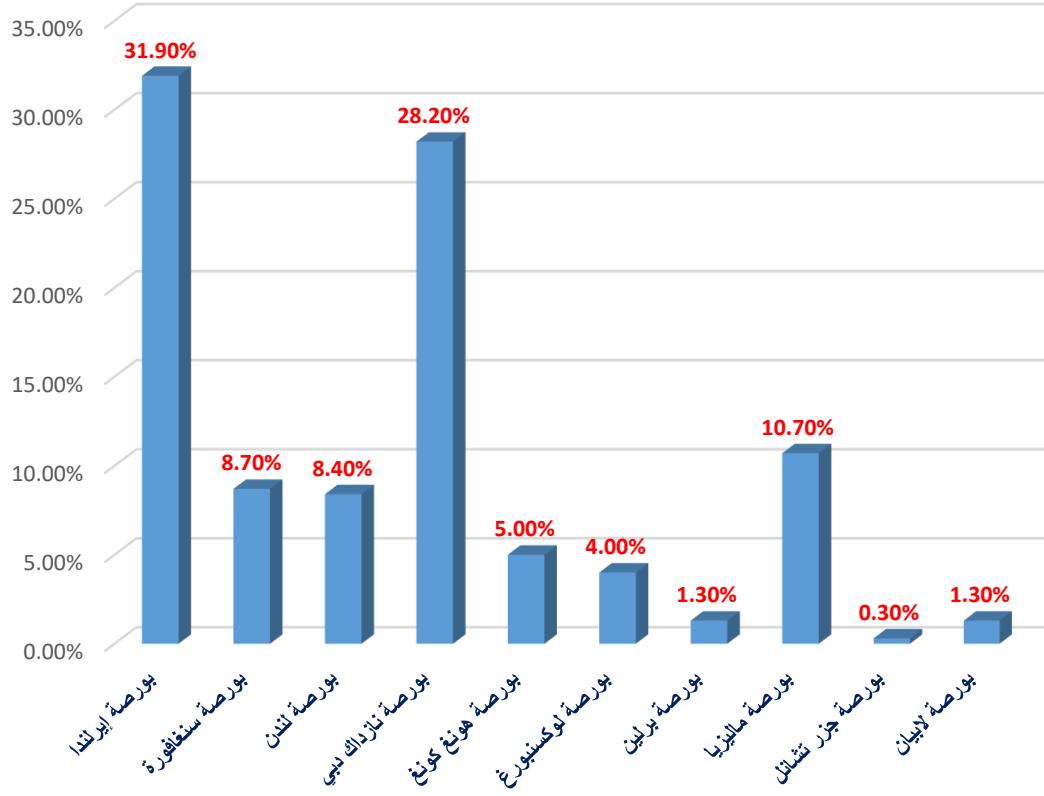
- يبيّن الجدول التالي توزيع نسب إدراجه الصكوك (بالدولار الأمريكي) حسب سوق الإدراج

سوق الإدراج	(البلد)	النسبة باعتبار الإدراجات الأحادية فقط	النسبة باعتبار الإدراجات الأحادية والثانية والثلاثية
بورصة إيرلندا	(Irish Stock Exchange)	47.7%	31.9%
بورصة سنغافورة	(Singapore Exchange)	13.2%	8.7%
بورصة لندن	(London Stock Exchange)	12.7%	8.4%
بورصة نازدак دبي	(Nasdaq Dubai)	9.1%	28.2%
بورصة هونغ كونغ	(Hong Kong Stock Exchange)	7.6%	5.0%
بورصة لوكتسبورغ	(Luxembourg Stock Exchange)	6.1%	4.0%
بورصة برلين	(Boerse Berlin)	1.5%	1.3%
بورصة ماليزيا	(Bursa Malaysia)	1.5%	10.7%
بورصة جزر تشانل	(Channel Islands Stock Exchange)	0.5%	0.3%
بورصة لايبان	(Labuan International Financial Exchange)	0.0%	1.3%

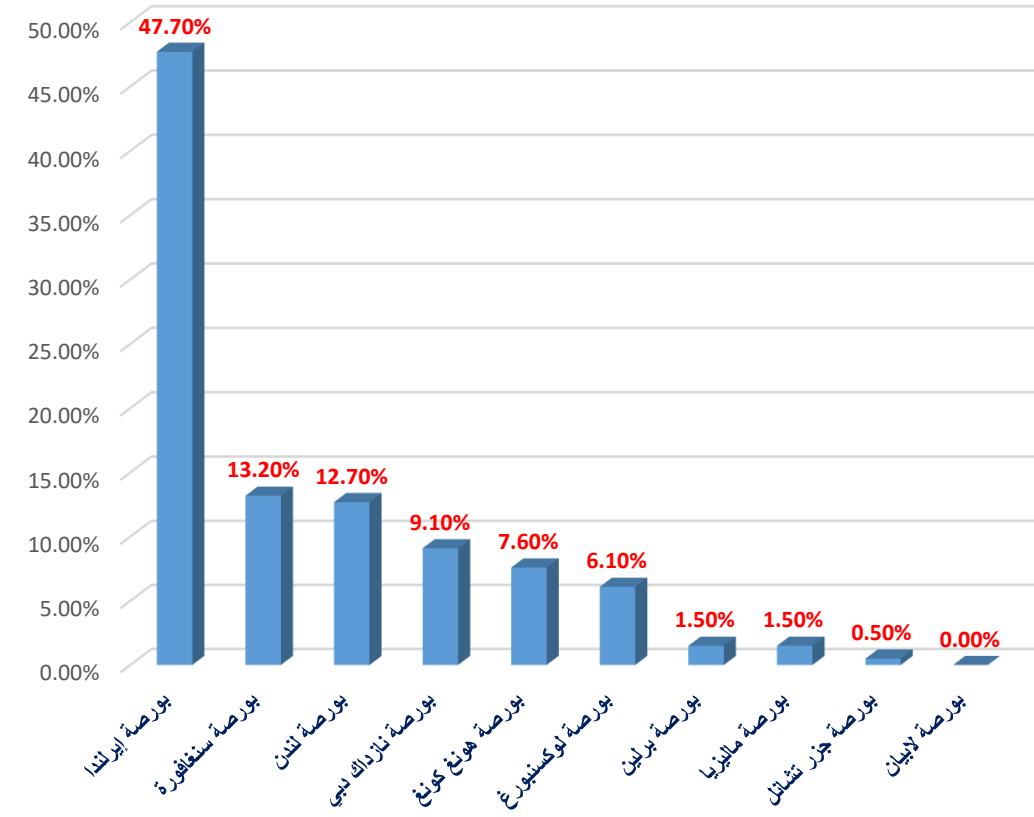
(بيانات مجمّعة من تمصون رويتزر بتاريخ 23 مارس 2019)

واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

نسبة الإدراج حسب السوق باعتبار الإدراجات الأحادية والثانية والثلاثية



نسبة الإدراج حسب السوق باعتبار الإدراجات الأحادية فقط



واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

- رغم أنها تُعامل معاملة السندات، فإنَّ السواد الأعظم من الصكوك، خاصةً تلك التي تستهدف أسواقاً خارجية، يتم إدراجها في بورصات عالمية.
- هذه الظاهرة ليست غريبة، حيث أنَّ مصطلح الصكوك يبقى مصطلحاً جديداً دخلاً على ما تعارف عليه المستثمرون الأجانب خاصةً.
- كما أنَّ هذه الظاهرة ليست جديدة و لا حكراً على مصطلح الصكوك. حيث أنَّ السندات كانت في بدايتها تُدرج في الأسواق، ولكن مع زيادة حجم السوق و تنوع الإصدارات، بدأ منذ ثلثينيات القرن الماضي تراجع إدراجها في الأسواق مقابل زيادة تداولها خارج الأسواق المنظمة.
- أيضاً، أغلب السندات الخضراء عند ظهورها (وهو مصطلح جديد نسبياً يرجع إلى سنة 2007) يتم إدراجها في أسواق مالية حالياً.
- حسب تقرير Climate Bonds Initiative لشهر فبراير 2017، فإنَّ 72% من السندات الخضراء المتداولة نهاية 2016 (حوالي 130 مليار دولار) هي مدرجة في بورصات عالمية أهمها بورصة لوكمبورغ.

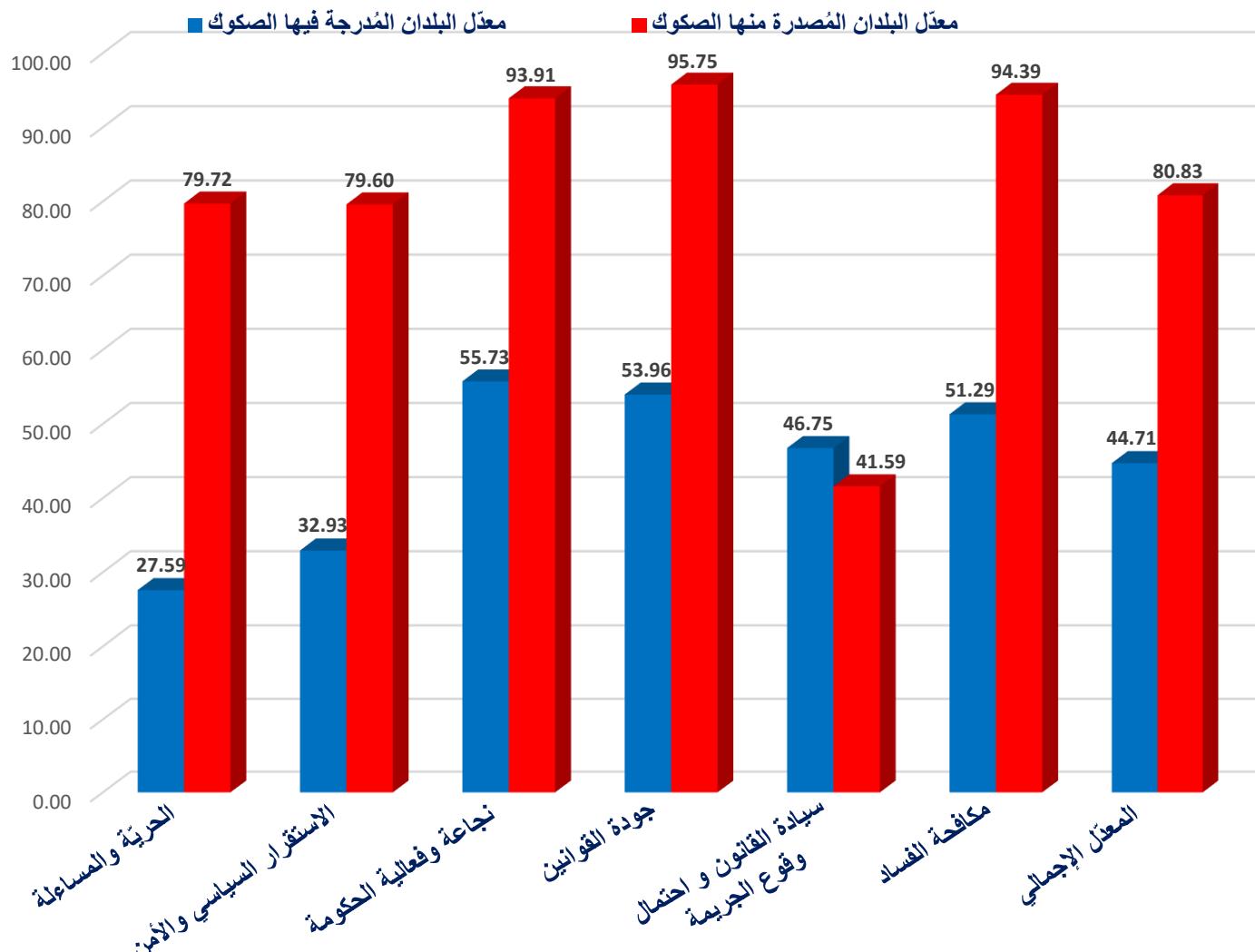
واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

- لنتعرف على السبب وراء إصرار المصدرين على إدراج الصكوك (العالمية) في الأسواق العالمية.
- هل السبب هو خلق أو البحث عن سوق ثانوية نشطة للمستثمرين؟
- أم أنّ الأمر يعود إلى خصائص معينة للبلدان أو البورصات التي يتمّ فيها الإدراج؟
- لا يبدو أنّ الأمر متعلقاً بالسيولة (على الأقل فيما يخص الصكوك العالمية)، لأنّ حجم التبادل في السوق الثانوية يبقى ضعيفاً جدّاً.
- مثلاً: حسب التقرير الشهري لبورصة لندن لشهر يناير 2019، فإنّ حجم التداول اليومي للأوراق المالية التي تمثل ديناً (من ضمنها الصكوك) لم يتجاوز 0.2 مليون جنيه استرليني لسنة 2018 (مقارنة بأكثر من 5 مليارات جنيه بالنسبة للأسهم)

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

- لنرى الآن إن كان للبلدان و الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك خصائص تجعلها الوجهة المفضلة للمُصدرين؟
 - للإجابة عن هذا التساؤل، نستعرض أولاً خصائص الحكومة للبلدان التي يتم فيها إدراج الصكوك و نقارنها بالبلدان التي تصدر منها الصكوك.
 - نعني بالبلد التي تُصدر منه الصكوك بلد الشركة أو الجهة المستفيدة من الإصدار و ليست الشركة ذات الغرض الخاص التي تُستعمل في الإصدار.
 - سنقارن المكونات الستة التي يُصدرها البنك العالمي لمقارنة الحكومة الرشيدة بين الدول، و هذه المكونات هي (تُعطى علامة من 0 إلى 100 لكل صنف و 100 هي أحسن علامة)：
 - الحرية والمساءلة في البلد
 - الاستقرار السياسي والأمن في البلد
 - نجاعة وفعالية الحكومة
 - جودة القوانين
 - سيادة القانون و احتمال وقوع الجريمة
 - مكافحة الفساد

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك



المصدر: بيانات مجتمعة من البنك العالمي

The Worldwide Governance Indicators, 2018

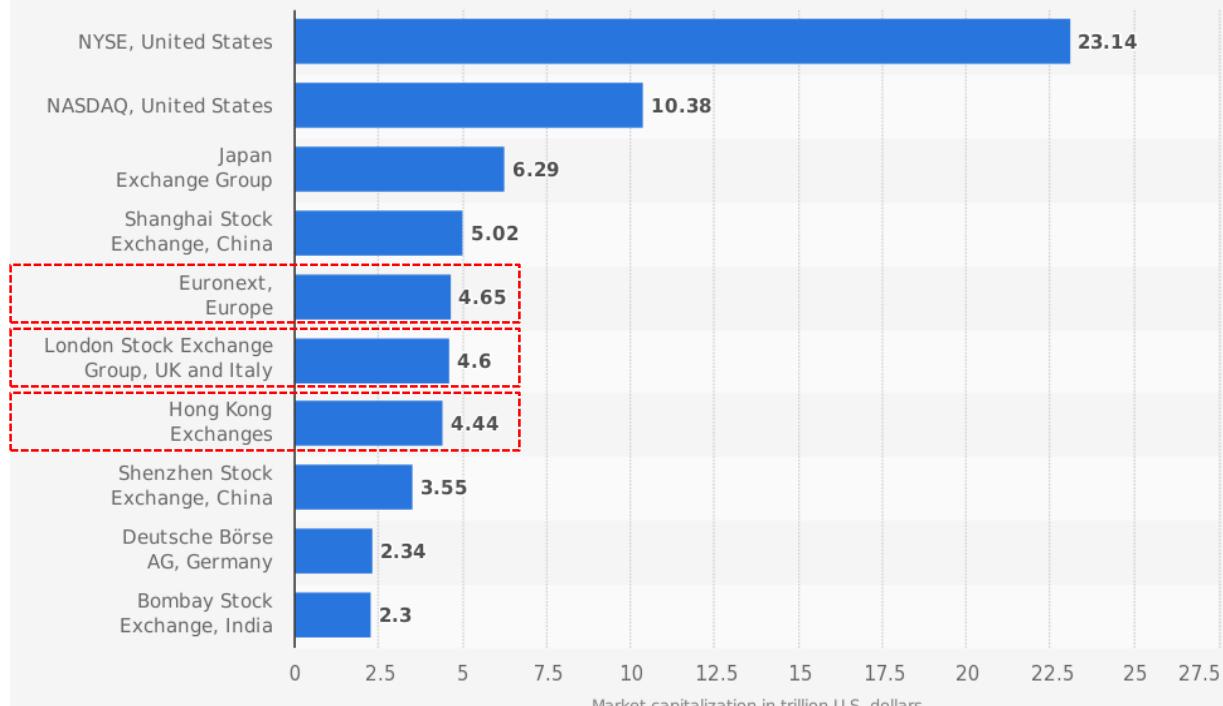
- يبدو جلياً أن الدول التي يتم إدراج الصكوك، هي بالدرجة الأولى دول ذات مستوى عالٍ من الحوكمة الرشيدة ونجاعة القوانين (علامة 80.83 من 100).
- وهذا ليس غريباً لأن المستثمر يبحث أولاً وبالأساس عن المناخ المناسب (الاقتصادي وسياسي واجتماعي) الذي يمكنه من الإستثمار وهو آمن على ممتلكاته.
- هذا المناخ المناسب يتطلب قوانين ناجعة تحمي المستثمرين من أي خطر ممكن.
- ما يعزز هذا الاستنتاج أو أن جل الصكوك المصدرة على الأسواق العالمية هي تحت طائلة قوانين أجنبية (القانون البريطاني).

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

- بالإضافة إلى الحوكمة الرشيدة، يسعى المستثمر إلى الاستثمار في الأسواق المالية التي تمكّنه من تداول الورقة المالية بيعاً و شراء دون عناء (تقنياً، سيولة عالية، شفافية، إلخ)
- من أجل ذلك، يسعى مصدرو الصكوك الإسلامية إلى إنجاح إصداراتهم و ذلك بالتوجه إلى أسواق عالمية ذات سمعة كبيرة، وتاريخ عريق، و حجم تداول ضخم.
- على سبيل المثال، تستحوذ بورصة إيرلندا (المملوكة لـ Euronex) و بورصة لندن و هونغ كونغ مجتمعة على حوالي 68% من الصكوك المصدرة بالدولار و المدرجة في أسواق عالمية.
- ليس غريباً أن نرى هذه البورصات الثلاثة تصنّف من بين أكبر عشر بورصات في العالم من ناحية حجم التداول، قيمة الموارد المالية المعبأة و كذلك من أقدم الأسواق في العالم (حسب ما هو مبيّن في ترتيب الاتحاد العالمي للبورصات World Federation of Exchanges)

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

Largest stock exchange operators worldwide as of April 2018, by market capitalization of listed companies (in trillion U.S. dollars)



• الترتيب العالمي للأسواق المالية
حسب القيمة السوقية بتاريخ
أبريل 2018

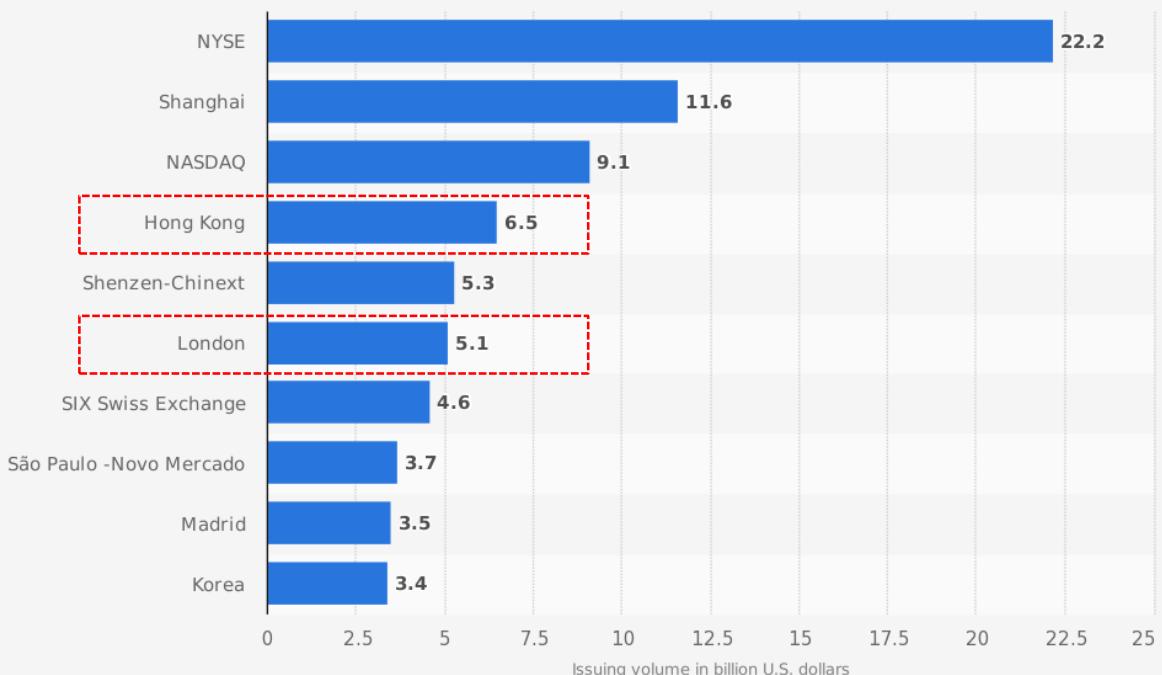
Sources
WorldAtlas; WFE
© Statista 2019

Additional Information:
Worldwide; WorldAtlas; WFE; April 2018

statista

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

Leading stock exchanges worldwide in 2017*, by capital raised (in billion U.S. dollars)



- الترتيب العالمي للأسواق المالية
حسب قيمة الأموال المعبأة
بتاريخ أبريل 2018

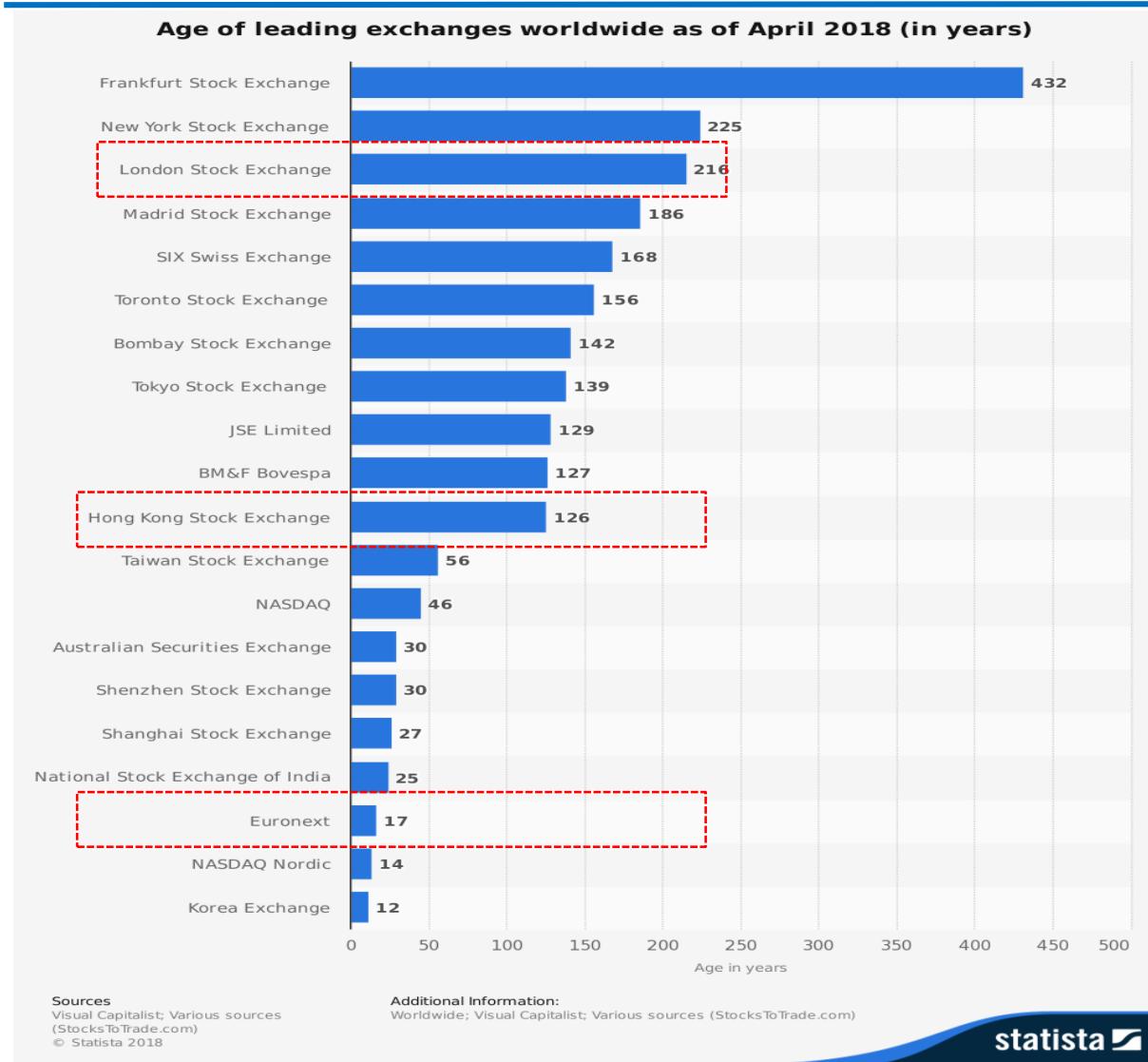
Sources
Dealogic; Quartz
© Statista 2018

Additional Information:
Worldwide

statista

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

• الترتيب العالمي للأسواق المالية
حسب الأقدمية بتاريخ أبريل
2018



الغاية من إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

- هكذا فإنّ الغاية الفعلية من إدراج الصكوك ليس بالأساس إكتشاف أسعار (Price Discovery) و ليس أيضا خلق سيولة (لأنّ حجم تداول الصكوك في هذه البورصات هو أيضا ضعيف جداً كما هو الحال بالنسبة للسندات التقليدية).
- مزايا إدراج الصكوك في هذه الأسواق يتلخص في:
 - من خلال إدراج الصكوك في بورصات عالمية، يقوم المصدر بإرسال رسالة للمستثمرين مفادها أنه يتمتع بصحة مالية وبشفافية عالية يجعله لا يخشى (ويقبل أن يخضع) لرقابة وتدقيق هذه البورصات ذات اللوائح والقوانين الصارمة (حسب نظرية الإشارة – Signaling Theory). وهذا الأمر يكون أكثر فاعلية عندما يكون الفرق في الحوكمة الرشيدة بين دولة المصدر ودولة الإدراج شاسعا.
 - يمكن للمصدر إكتساب شهرة وسمعة جيدة حيث سيرتبط إسم شركة المصدر بالبورصة.
 - على مستوى سوق الصكوك عموما: تساهم كثرة و كثافة الإدراجات في التعريف بهذه الورقة المالية، مما يسهل عملية الترويج لإصدارات جديدة في المستقبل.

الغاية من إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

- يندرج هذا النوع من الإدراج ضمن ما يُسمى بالإدراج التقني (Technical Listing) للأوراق المالية
- عند الإدراج التقني، يطمح المصدر إلى الانتفاع بمزايا أخرى غير المتعارف عليها للسوق المالية (غير التسعير و التداول) على غرار إكتساب الشهرة، منافع ضريبية، إلخ.

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة

- ببّنا سابقاً كيف يتم التعامل مع الصكوك في الأسواق الثانوية عبر ابراز كيفية عرض بياناتها (راجع عرض شاشات بلومبرغ و رويتز لاصدارات الصكوك الإسلامية).
- لنرى الآن كيف يتم الإدراج عملياً وهل تُعامل الأسواق العالمية الصكوك على أنها مختلفة عن السندات أو مشابهة لها عند طلب الإدراج.
- سنأخذ الإدراج في بورصة لندن كمثال حيٌ على ذلك.

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة

- حسب الموقع الإلكتروني لبورصة لندن تمرّ عملية إدراج أي ورقة مالية بمرحلتين أساسيتين:
 - المرحلة الأولى: التسجيل لدى (والحصول على موافقة) الوكالة البريطانية للإدراج (UK Listing Authority). تقوم الوكالة بمراجعة نشرة الإصدار وغيرها من الوثائق المطلوبة وعند قبولها لطلب المصدر، فإنه يتم القبول رسمياً بالورقة المالية ويتم ضمّها إلى قائمة الأوراق المالية الرسمية المsumوح لها بالتداول داخل بريطانيا (The Official List)
 - المرحلة الثانية: التقديم بطلب لتداول الورقة المالية في بورصة لندن
- تُصنّف كلّ من الوكالة البريطانية للإدراج (خلال المرحلة الأولى) و بورصة لندن (خلال المرحلة الثانية) **الصكوك الإسلامية** على أنها ورقات مالية تمثل ديناً على غرار السندات الربوية.

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة

https://marketsecurities.fca.org.uk/officiallist

Search the Official List to locate securities by Company Name or ISIN

Search the List :

Sukuk

Multilateral trading facility (MTF) - a multilateral system, operated by an investment firm or a market operator, which brings together multiple third-party buying and selling interests in financial instruments - in the system and in accordance with non-discretionary rules - in a way that results in a contract in accordance with the provisions of Title II of MiFID (Markets in Financial Instruments Directive).

Regulated market (RM) - a multilateral system operated and/or managed by a market operator, which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments - in the system and in accordance with its non-discretionary rules - in a way that results in a contract, in respect of the financial instruments admitted to trading under its rules and/or systems, and which is authorised and functions regularly and in accordance with the provisions of Title III of MiFID.10 (Markets in Financial Instruments Directive).

1

Company Name	Country of Inc	Description of Listed Security	Listing Category	Market Status	Trading Venue	Home Member State	ISIN	Status
FAB Sukuk Company Limited	Cayman Islands	Trust Certificates due 05/03/2023; fully paid; (Registered in denominations of USD200,000 each and integral multiples of USD1,000 in excess thereof)	Standard Debt	RM	LSE	United Kingdom	XS1772752710	Live
FAB Sukuk Company Limited	Cayman Islands	Trust Certificates due 22/01/2024; fully paid; (Registered in denominations of USD200,000 each and integral multiples of USD1,000 in excess thereof)	Standard Debt	RM	LSE	United Kingdom	XS1938532857	Live
HM Treasury UK Sovereign Sukuk PLC	United Kingdom	UK Sukuk Trust Certificates due 22/07/2019; fully paid	Standard Debt	RM	LSE	United Kingdom	XS1079249816	Live
		Trust Certificates due 13/04/2021; fully paid:						

• الدليل الأول من موقع الوكالة البريطانية للإدراج:
لو بحثنا في موقع الوكالة عن أمثلة لاصدارات الصكوك فسنجد أنها مصنفة على أنها دين كما هو مبين في الصورة

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة

https://www.londonstockexchange.com/exchange/prices-and-markets/debt-securities/debt-securities-search.html#formAndResults

The screenshot shows the London Stock Exchange's website for debt securities. At the top, there is a search bar labeled "Search for quotes, news, documents". Below the search bar, there are several navigation links: Home page, Prices & markets, News & events, Statistics, Products & services, For traders & brokers, For companies & advisers, and For specialist issuers. A red dashed box highlights the "DEBT SECURITIES" section. Another red dashed box highlights the "SEARCH FOR DEBT SECURITIES" form, which includes fields for Trading service (set to Fixed interest (Trade reporting Only)) and Name/code (set to Sukuk), along with a SEARCH button. A third red dashed box highlights the "List debt securities starting with:" dropdown menu, which shows letters from 0-9 followed by A through Z. At the bottom of the page, there is a note stating "All data delayed by at least 15 minutes | as at 21:33" and two download links: "Click to download list of securities available on the Order Book for Fixed Income Securities" and "Click to download full list of debt securities admitted on non-Order Book segments". The main content area displays a table of debt securities:

Code	ISIN	Name	Cur	Price	+/-	%+/-
23GB	XS1772752710	FAB SUKUK 23	USD	- 0.00	+0.00	0.00
60ZV	XS1938532857	FAB SUKUK 24	USD	- 0.00	+0.00	0.00
TC19	XS1079249816	HMT SUKUK	GBP	- 0.00	+0.00	0.00
32GX	XS1382636493	ICDPS SUKUK 21	USD	- 0.00	+0.00	0.00
95TJ	US48266XAC92	KSA SUKUK 29 A	USD	- 0.00	+0.00	0.00
95TI	XS1881581968	KSA SUKUK 29 S	USD	- 0.00	+0.00	0.00
46HF	XS1825879825	NMC HEALTHC.23	USD	- 0.00	+0.00	0.00
94SE	XS1959301471	QIIB SEN 24	USD	- 0.00	+0.00	0.00
43DB	XS0767862914	SAUDI ELE4.211%	USD	- 0.00	+0.00	0.00

• الدليل الثاني من موقع بورصة لندن:

لو بحثنا في موقع بورصة لندن عن أمثلة لاصدارات الصكوك فسنجد أنها مصنفة على أنها دين كما هو مبين في الصورة

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة



22. Please identify the relevant description of the security for which admission is being sought

Shares	<input type="checkbox"/>	n/a	<input type="checkbox"/>
ETFs	<input type="checkbox"/>	n/a	<input type="checkbox"/>
ETCs	<input type="checkbox"/>	n/a	<input type="checkbox"/>
ETNs	<input type="checkbox"/>	n/a	<input type="checkbox"/>
Depository Receipts	<input type="checkbox"/>	n/a	<input type="checkbox"/>
Securitised Derivatives	<input type="checkbox"/>	Interest rate Equity Credit Currency	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
Bonds	<input type="checkbox"/>	Sovereign Bond Other Public Bond Convertible Bond Covered Bond Corporate Bond Other	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>

41. Please state the maturity of the debt security _____ / _____ / _____

42. Please identify if the debt for which admission is being sought is classified as:

Retail Bond
Green Bond
Sukuk

المصدر: الإستمارة رقم 1 لطلب قبول تداول الأوراق المالية ببورصة لندن
(Form 1 – Application for Admission of Securities to Trading)

• الدليل الثالث من استماراة
طلب التداول ببورصة لندن:

- السؤال عدد 22 من
الإستماراة لا يفرد الصكوك
بتصنیف خاص باعتبارها ورقة
مالية مستقلة تختلف عن
الأوراق التقليدية.

- في حين أنّ السؤال عدد 42
يصنّف صراحة الصكوك على
أنّها دين

الخلاصة و نظرية الباحث لجدوى إدراج الصكوك

- واقع الحال يقول أنّ الصكوك تُعامل معاملة السندات في الأسواق العالمية
- الصكوك، على غرار السندات، قليلة التداول في الأسواق العالمية المنظمة
- لا أرى، على المدى القصير، فوائد كبيرة في إدراج الصكوك غير التعريف بهذا المنتج والتسويق له لدى مستثمرين جدد بالإضافة إلى تحسين سمعة المصدر.
- على المدى البعيد، وفي غياب تقنية جديدة تساعد البورصات على حسن إدارة العدد الضخم والمتسايد لإصدارات الصكوك، سيصير سوق الصكوك إلى ما صارت إليه أسواق السندات وتصبح الصكوك تتداول في إطار صفقات غير منتظمة خارج البورصة (Over The Counter-OTC).
- تبقى المعضلة الكبيرة في نظري هي في كيفية تعامل الأسواق المالية مع الصكوك الإسلامية حيث لا يستقيم أن تُباع الصكوك و تُشترى و يُسوق لها على أنها سند يحاكي السند التقليدي في ضمان رأس المال و العائد.
- لا يقع اللوم على البورصات وحدها في هذا الأمر، بل على المصادرين أن يقدموا الصكوك على أساس أنها ورقة مالية مستقلة.

الخلاصة و نظرية الباحث لجدوى إدراج الصكوك

- يمكن للصكوك أن تشبه السندات في بعض الحالات (حال صكوك المرابحة و السلم مثلاً)، أو أن تشبه الأسهم أو وحدات المحافظ الاستثمارية (حال صكوك المشاركة مثلاً). كلّ هذه التصنيفات معمول ومعترف بها لدى الهيأكل الرقابية المعنية بالإدراج (مثل الوكالة البريطانية) وعلى الجميع العمل من أجل هيكلة الصكوك هيكلة سليمة، ثمّ التقديم بطلب لإدراجها بما يعكس طبيعة الهيكلة الحقيقية (وليس ببساطة على أنها سندات).
- وجوب التفكير في إنشاء رقابة شرعية على تداول الصكوك على مستوى الأسواق حيث أنّ السوق الثانوية للصكوك، ورغم محدوديتها، تشهد تجاوزات شرعية على غرار البيع على المكتوف، الشراء باستعمال الهاشم (الإقتراض)، تداول الصكوك التي تمثل ديونا، إلخ.
- هذا الأمر يصعب تحقيقه في الأسواق العالمية، ولكنّه ليس مستحيلاً في الأسواق المحلية أين يكون للدولة دور ريادي في ذلك.

الخلاصة و نظرية الباحث لجدوى إدراج الصكوك

- فيما يخص إصدارات الحكومة من الصكوك على السوق المحلية، يمكن انشاء منصة تداول الكترونية على غرار ما هو معمول به في بلدان أخرى (مثلاً موقع TreasuryDirect لإصدارات سندات الولايات المتحدة).
- ستتمكن هذه المنصة عامة الناس داخل البلد من تداول الصكوك الحكومية مباشرة مما يخلق سوقاً ثانوية نشطة ينفع منها المستثمرون و باقي الشركات و المؤسسات المالية.
- بالإضافة إلى ذلك فإن هذه المنصة ستكون تحت الرقابة المباشرة للحكومة التي يمكن لها أن تضمن توافق التداول مع أحكام الشريعة الإسلامية.

شُكراً عَلَى الْإِهْتَمَام
إِن أَصْبَتْ فَمِنَ اللَّهِ
وَإِن أَخْفَقْتْ فَمِنْ نَفْسِي
حَاتِمُ الْحَبِيبِ غُوْمَةٌ

hghouma@stfx.ca

Ghouma.hatem@gmail.com

البحث الثاني

إدراج الصكوك في الأسواق المالية العالمية

ومدى تواافق متطلباته مع هيكلها الشرعية

محمد عوض الدويله

المدير التنفيذي لسوق النقد في مجموعة بيت التمويل الكويتي

سوف احاول في هذه المقالة المتواضعه الأجابة عن الأسئلة المفروغه من هيئة المحاسبة و المراجعه للمؤسسات الإسلامية بخصوص إدراج الصكوك في الأسواق العالمية و مدى توافق متطلباته مع هيكلها الشرعية. بعض الأوجوبه لن تكون قاطعه حيث ان الصكوك لا تزال حديثة العهد بالمقارنة مع الأصول الأخرى كالأسهم و العقار، و تحتاج الى الوقت والانتشار لكي تكون الأجابات قاطعة. سوف أجيب عن الأسئلة مستعينا بخبرتي المتواضعه في الأسواق الحيه للصكوك وبعض المصادر كما هو مبين باخر المقال.

السؤال الأول: ما هي طبيعة الأسواق العالمية التي تدرج الصكوك فيها؟

الصكوك من الناحية العملية تعتبر البديل الشرعي لأدوات الدين وعلى رأسها السندات التقليدية، وبطبيعة الحال تتبع نفس طرق التداول للسندات. يجب بالبداية التعرف على سوق مهم جدا يطلق عليه OTC Market وذلك لأن اختصار Over The Counter Market، و المعنى الغير حرفي لأسم هذا السوق هو (السوق خارج البورصة).

ولتعريف هذا السوق: هو سوق يتم التداولات بين المستثمرين مباشرة وبدون وجود بورصة أو سوق معتمد مسؤول عن تسوية الصفقات بين المستثمرين ويتم بالعادة تسعير الأوراق المالية المتداولة عن طريق وسطاء.

ما هي مميزات هذا السوق

- 1 سهولة الدخول عليه حيث يحتاج الى توافق طرفين فقط.
- 2 منصة لتداول الأوراق المالية الغير مناسبة للأدراج كما الصكوك و السندات و العملات.
- 3 سرية التداول بين المتداولين، وهي ميزة مناسبة للمستثمرين اللذين يريدون بيع أو شراء كميات كبيرة من الأوراق المالية.
- 4 وجود وسطاء كالبنوك وشركات الاستثمار يسهل تواجد السيولة مما ييسر البيع و الشراء.

ما هي العيوب

- 1 المخاطر الأئتمانية والعملياتية المصاحبة للصفقات وهو أفالس أو فشل أحد طرف الصفقة في الدفع.
- 2 نقص المعلومات العامة عن السوق، بما أنه الصفقات بين الأطراف تكون سرية، لا يوجد مصدر موثوق عن حجم الصفقات أو الأسعار.
- 3 عدم وجود قانون واضح للسوق، البورصات تحكمها قوانين صارمة للتداول لكنها تغيب عنها في هذا السوق.
- 4 السوق غير مناسب لصغار المستثمرين لصغر صفقاتهم.

ويحسب خبرتي فإن الأغلبية العظمى (ولا أستطيع أن أحدد النسبة لنقص الأحصائيات المتوفرة بهذا المخصوص) للصكوك كما السندات يتم تداولها في هذا السوق وهذا يطرح السؤال التالي:
لماذا إذا الكثير من الصكوك يتم إدراجها في الأسواق العالمية كسوق لكسنبورغ و سوق النازدك ؟؟؟
الأدراج مهم للأسباب التالية:

- 1 سوق الأدراج يحرص على أن تكون مستندات الصكوك كاملة وفقاً للمعيير الدولي.
- 2 الأدراج منصة مناسبة للتسويق عن طريق تعريف الصكوك للمستثمرين.
- 3 توفير كامل المستندات للمستثمرين.
- 4 توفير منصة للتداول مع تقديم خدمات التسويات للمستثمرين (غير فعالة).

الأدراج للعامة هو منصة للتداول كما في الأوراق المالية كالأسهم لكن في عالم الصكوك التداول للأسف هو عامل شبه مفقود مع القليل من الأستثناءات.

السؤال الثاني: ماهي الأوراق المالية التي تقبل الأسواق العالمية إدراج الصكوك في فئتها؟
للإجابة على هذا السؤال، يجب فهم نظرة المستثمرين وأسواق الأدراج للصكوك. حيث أنه الأسواق تنظر للصكوك كسوق يافع وله مستقبل كبير في المنظور القصير و المتوسط، و تهدف هذه الأسواق لاستحواذ على هذا سوق الصكوك. يجب الاشارة هنا بأنه كلمة سوق تعني هنا منصات الأدراج وليس التداول فقط، لكن تداول الصكوك في تلك المنصات شبه معهود في أغلبها الا بأسثناء منصات الأسواق المحلية التي تسمح بتداول الصكوك المحلية المقيدة بعملات محلية.

وهنا يأتي السؤال، لماذا هناك تداول بدرجة قليلة للصكوك في الأسواق المحلية وبينما هو شبه معهود في أسواق الأدراج العالمية؟

للإجابة على هذا السؤال ، يجب النظر في الفروقات بين الصكوك المحلية (المقيدة بعملة البلد المحلي) وبين الصكوك العالمية المقيدة بالعادة بالدولار الأمريكي :

1- الصكوك العالمية يكون أمين الاستثمار بالعادة بنك عالمي كبير بينما الصكوك المحلية يكون أمين الاستثمار جهة أو بنك محلي.

2- القوانين المحلية تكون عادة سد في وجه المستثمرين العالميين ومنصوصة آخذتا بعين الاعتبار المستثمر المحلي وليس العالمي.

3- فتح حساب للتداول في سوق محلي يتسم عادة بالصعوبة.

4- الأسواق المحلية المختصة بالصكوك المحلية عادة تكون صغيرة وليس مناسبة لمستثمر عالمي.

5- المستثمرين العالميين بالعادة لا يحبذون الاستثمار في أوراق مالية مقيدة بعملات محلية خوفاً من مخاطر تذبذب العملة.

كم ذكرنا من قبل، الأسواق العالمية تنظر للصكوك كأوراق الدخل الثابت كما السنديات على سبيل المثال و أدراج الصكوك يتم العادة بتلك الأسواق لكن بقطاع خاص فيها مختص بالأوراق المالية الإسلامية.

السؤال الثالث: هل تقبل الأسواق المالية العالمية إدراج الصكوك ضمن أدوات الدين (أدوات الدخل الثابت) وهي تقوم على ملكية حملة الصكوك لموجوداتها؟

وللأجابة على السؤال الثالث، لا تنظر الأسواق العالمية للصكوك من حيث الأصول الموجودة فيها أنها لدرجة المخاطر المتعلقة بها، كالمخاطر الأئتمانية والسوقية وغيرها من مخاطر مصدر الصكوك و ليس لأصول الصك. وهي بالعادة تشبه نظرة المستثمرين العالميين بشكل عام للصكوك.

وهنا يأتي بحسب نظري موضوع جداً مهم، وهو بأن هناك فجوة بين المستثمرين والشريعيين في فهم مخاطر الأفلاس المتعلقة بأصول الصكوك. الصكوك المتواجدة بالسوق حاليا هي صكوك قائمة على الأصول (ملكية نفعية وليس نقل ملكية قانونية كاملة) والمستثمرين ينظرون حاليا فقط للمصدر بدونأخذ مخاطر الأصول بعين الاعتبار وهو شيء جداً مشابه لنظرة المستثمرين للسندات والدليل على ذلك هو تشابه معدل الربح للصكوك وسعر فائدة السندات في حال أصدارهم من نفس المصدر (حكومة أو شركة).

الصكوك القائمة على الأصول للأسف لاتزال غير واضحة بها طريقة وترتيب الأفلاس، من الناحية النظرية هناك الكثير من البحوث التي تغطي هذه النقطة لكن من الناحية العملية هناك القليل جداً من الصكوك التي أفلست أو قاربت على الأفلاس وأغلبها تم الوصول لأنفاقات بين المصدر والمستثمرين قبل اعلان الأفلاس.

السؤال الرابع : ما مدى تأثير متطلبات الإدراج في الأسواق المالية العالمية على الهيئات الشرعية للصكوك ؟

أدرج الأوراق المالية بشكل عام له مميزات، منها ميزة وجود منصة للتداول (وأن كان التداول ضعيف أو معادل)، تداول الصكوك من الناحية الشرعية يجب يراعي الهيكل الشرعي لتلك الصكوك، هناك بعض أنواع الصكوك من الناحية الشرعية محرمة من التداول كصكوك المراححة والأستصناع والسلم بسبب أنها صكوك ديون والدين حرم التداول به باستثناء أن يكون التداول بالقيمة الأساسية أي الأصلية. وللأسف هذا يتعارض مع مبدأ اقتصادي بسيط، نلخصه بمثال:

دولة أصدرت صك مراجحة بقيمة 10 مليون دولار أمريكي لمدة خمس سنوات، لكن بعد بعض الوقت تدهورت الحالة الاقتصادية للصك وزادت مخاطره عن يوم الأصدار الأصلي. في هذه الحالة بعض المستثمرين يرغبون ببيع تلك الصكوك بقيمة 9 مليون دولار لكن الهيكل الشرعي طبعاً يمنعهم من ذلك بسبب التحرير. لذلك من وجه نظري بأن صكوك المراجحة وغيرها من صكوك الديون لا تتناسب مع المستثمرين لعدم وجود مخرج للبيع إلا في حالة الاحتياض بالصك لـكامل المدة ويجب أدراج الصكوك القابلة للتداول فقط.

السؤال الخامس: ماهي معاملة الأسواق المالية العالمية للصكوك في الإدراج إن كانت تختلف في المخاطر عن السندات التقليدية؟

لا تختلف المعاملة بشكل عام حيث أنه متطلبات الإدراج تكون عامة لأوراق الدخل الثابت لكن تزيد عليها الهيكل الشرعي الشارح لطبيعة الأصول و معاملتها .
المتطلبات العامة للأدراج هي :

- 1 نشرة الأصدار وأن تكون وفقاً لمعايير السوق أو المعايير الدولية.
- 2 القوائم المالية لعدد معين من السنوات.

3- يجب أن يكون الأصدار أكثر من قمية سوقية معينة بحسب السوق (أكثر من 100 مليون على سبيل المثال).

4- التوافق على أي شروط أخرى كتطبيق معايير دولية معينة.

السؤال السادس: هل للصكوك الاستغناء عن الإدراج في الأسواق المالية العالمية؟

نعم، بسبب أن أسواق ال OTC لا تزال هي المناسبة للصكوك حتى في حال الأدراج و هو لازال التداول هو أهم عامل للمستثمرين، لازالت نظرة المستثمرين للأدراج كشيء مكمل وليس أساسياً، حيث أن الأدراج يعطي ثقة بأن جميع المستندات القانونية للأدراج متواافقه مع المعايير الدولية وهو شيء مهم لكن يمكن الاستغناء عنه.

المراجع:

1. تقرير الصكوك السنوي الصادر من مؤسسة السوق المالية الدولية الإسلامية.
2. CFA Institute Investment Foundation 2018 Course Study Book .
3. موقع سوق نازداك دبي.
4. موقع تداول(السوق السعودي) قسم الصكوك والسنادات.
5. financirworldwide.com 2015 Sukuk default by Steven Frirel published by

البحث الثالث

The Challenges of Incorporating Sukuk in Global Financial Markets

Introduction

Sukuk and other financial instruments have existed since they were used as commercial tools among the prominent Jewish merchants in the Middle Ages then adopted by Muslim and Arab traders and bankers¹. However, the Western shift of global markets has led to the acceptance and widespread use of interest-bearing financial instruments. Receiving interest payments as profit from the lending of money is *riba* and is forbidden as per the prevailing view in Islamic literature. Therefore, Muslims faced the choice of either integration into the secular, global financial system and accepting the use of interest-generating debt instruments or to develop secondary markets for the trading of Islamic financial instruments. Many Muslim-majority countries chose the latter option, establishing and developing sukuk markets and regulating their trade through national legislation. On the supra-national level, this eventually led to the forming of international organizations of expert scholars in *Fiqh al Muamalat* with the goal of drafting lasting, united Islamic-compliant policies and standards to govern sukuk and their trade and issuance on a global level.

Still, the complete integration of sukuk into global markets remains a goal for some Islamic economists and financial experts who consider the separation between the sukuk market and the secular financial markets as a barrier to the advantages and wealth that could be obtained from better cooperation and coordination with such markets. Others believe that the incorporation of sukuk into global financial markets and their subsequent legal classification could negatively affect their Shariah-compliant nature as scholars adapt sukuk to fit Western legal definitions of debt instruments. Therefore, the current focal point of the debate is how sukuk can be incorporated into

¹ Ariff, Mohamed and Mohamed Shamsher. *The Islamic Debt Market for Sukuk Securities: The Theory of Profit-Sharing and Investment*, 2012.

global financial markets while preserving their Shariah-compliance to the greatest extent possible as demonstrated by the examples of sukuk markets in developed Muslim-majority countries such as Malaysia and the UAE.

The Current State of the Global Sukuk Markets

Global sukuk markets vary from country to country due to several factors, including the legal regulation of sukuk, the extent to which sukuk are recognized as independent financial instruments and the degree of intersection between the Islamic and conventional financial markets within the same territory. Sukuk markets can be classified into three categories: established markets, developing markets, and emerging markets. Strong markets are characterized by separate legislation dedicated specifically to sukuk and other Islamic financial instruments, as well as an environment that engenders banking and consumer confidence in Shariah-compliant alternatives, which ultimately leads to an increase in sukuk issuances.

Indonesia, for example, is a country that has drafted separate legislation for sukuk following the government's recognition of sovereign sukuk as a source of funds for infrastructure development. Indonesia's Law No. 19/2008 includes definitions for both sukuk and Special Purpose Vehicles (SPVs). While legal definitions may seem to be the most basic element of legislation, they actually play a key role in preserving the Islamic character of sukuk and preventing banks and financial institutions from exploiting customers' piety and using Islamic expressions as a marketing tool. In Indonesia, sukuk can be issued by the government or via an SPV. The SPV is a company established exclusively for the purpose of issuing sukuk and has an independent legal personality from that of the originator, although it can also act as a trustee in supervising and managing the sukuk funds. Sukuk are defined as financial instruments issued in accordance with Islamic principles, whether in the local Indonesian currency (IDR) or in foreign currencies, which give

holders beneficial ownership in the assets that are subject to the underlying transaction². Indonesian law doesn't explicitly delineate a set list of approved Islamic financial transactions; rather, the main criterion is that it can be any contract that doesn't contradict Islamic principles. Specifically, this means that an SPV cannot issue sukuk until it has obtained a fatwa permitting the issuance from either the National Shariah Board or the Indonesia Council of Scholars. Another reason for the strength of the Indonesian sukuk market is the imposition of clear requirements for the assets used in sukuk transactions. Sukuk are traded in the secondary market and can be bought and sold among investors because they are not considered debt, but beneficial ownership rights. Consequently, the law doesn't require the registration of real estate sales for the purposes of initiating an Islamic financial transaction. Neither does it impose additional taxes on the transfer of property from the originator to the sukuk holders represented by the SPV. This approach has borne fruit, as Indonesia is now the second-largest sukuk market worldwide.

In contrast, emerging sukuk markets have not yet reached the same level of stability and permanence in their financial and legal structures to facilitate the growth of sukuk issuances. An example of an emerging sukuk market is Egypt, which until now, has failed to take advantage of its geographic proximity to the Gulf's sukuk markets and its strategic position between the East and West, as well as its status as the location of Al Azhar, a center for Islamic fiqh and jurisprudence. While the government attempted the strategy of independent sukuk legislation a few years ago through its issuance of Sukuk Law No.10/2013, it never led to any tangible developments in the local sukuk market. Therefore, the government shifted its approach in 2018 and issued a series of amendments to Capital Markets Law No. 95/1992. These amendments have both advantages and disadvantages for the growth of sukuk in Egypt. One of the benefits is that it

² Law No. 19/2008, Indonesia.

completely integrates sukuk into the Egyptian financial markets and allows the listing of sukuk on the Egyptian Exchange and in foreign stock markets with the permission of the Financial Regulatory Authority (FRA). Amendments to the law also include a tax structure appropriate to the nature of sukuk. However, the law lacks the required flexibility. Underlying Islamic financial transactions are limited to *ijarah*, *mudarabah*, *murabaha*, and *musharakah* contracts³, which hampers positive innovation in the field of Islamic financing mechanisms. The law also imposes restrictions on SPVs such as requiring that the SPV be established in Egypt, which is contrary to the common industry practice of establishing off-shore SPVs to minimize tax exposure. While the sukuk amendments represent a positive step towards developing the Egyptian market, institutional and individual confidence in Islamic financial instruments will not be realized until the government takes a strong position on supporting them through a sovereign sukuk issuance. It is expected that the Ministry of Finance will issue sovereign sukuk in the 2019-20 fiscal year. This is a necessary step because the public sector in Egypt is economically and politically stronger than the private sector. Large private sector sukuk issuances would likely follow a sovereign sukuk issuance. A sovereign sukuk issuance would also increase cashflow for the upgrading of the country's infrastructure and public utilities. Specifically, sukuk could play a key role in developing waqf land. A significant obstacle to the development of waqf land has been the impossibility of transferring its ownership, which could be avoided through the concept of beneficial ownership present in sukuk, as the ownership of the waqf could be returned to the owner upon the sukuk's maturity in a lease-back arrangement.

One can compare the emerging sukuk market in Egypt to its developing counterpart in Nigeria which has not captured the same academic interest among Islamic finance scholars and institutions

³ Capital Markets Law No.95/1992

despite Nigeria's multiple economic accomplishments over the past few years. The issuance of sukuk in Nigeria is governed by executive regulations and standards published by the Securities and Exchange Commission. These regulations specify the requirements and conditions for sukuk issuance through SPVs and apply to both foreign and national companies. Unlike Egypt, foreign companies and their branches can issue sukuk in Nigeria. The law requires that all SPV issuers have a Shariah board of scholars to review the sukuk contracts and publish the corresponding fatwas. Any scholars must be registered with or recognized by the SEC in order to serve on a Shariah board. This condition is not found in most countries due to the scarcity of qualified Shariah scholars and attempts to separate between the state and the religious establishment. From a practical standpoint, government officials are rarely able to assess the qualifications of religious scholars. Additional requirements for Shariah scholars in Nigeria are that they have academic expertise and experience in Shariah and *fiqh*, that they not have been convicted of a crime, that they not have committed a felony, and that they not have been declared bankrupt⁴. The standards for evaluating and qualifying Shariah scholars to issue sukuk-related fatwas and serve on Shariah boards vary widely from country to country. In order to reach clear, unified standards that can be applied on an international level, it's preferable for all states to rely on the standards issued by international organizations such as AOIFFI.

As for sukuk transactions' underlying assets, the Nigerian Securities Commission requires that they adhere to Islamic principles and be invested in a Shariah-compliant manner. It is important to note that the SPV, when acting as the sukuk holders' agent, does not have absolute freedom to invest the sukuk funds. Before investing the funds, the SPV must obtain the approval of both the Commission and the investors. This provision raises the issue of the extent of investors' consent

⁴ Draft Rules for Sukuk Issuance in Nigeria,
<http://www.sec.gov.ng/.../Draft%20Rules%20on%20Sukuk%20Issuance%20in%20Nigeria>

in sukuk transactions. Does reading the sukuk prospectus and signing the agreement to buy sukuk give the SPV carte blanche to invest the funds as it sees fit, as long as the sukuk holders receive their periodic distribution amounts? While the Nigerian government is clearly well-intentioned, excessive restrictions on SPVs' investment of sukuk funds impedes the smooth flow of commercial transactions whereas fewer restrictions allow the SPV to function freely and invest the funds optimally without need for government approval. This point is critical, because some sukuk can have a tenure of more than five years. On a more positive note, the Commission implemented additional measures to prevent the occurrence of *riba* in sukuk transactions and ensure the appropriate pricing of the assets. It is not permitted to purchase the assets for more than a 1.51% increase in their market value. The Committee also aims to protect joint property owners. It is forbidden to use jointly owned or mortgaged assets in sukuk transactions except with relevant owners' express permission. Although Nigerian regulations are similar to Egyptian legislation in that they contain a limited list of sukuk transactions, Nigeria permits the issuance of *istisnaa* sukuk, a type of project-financing sukuk that are ideal for large infrastructure projects in developing countries. *Istisnaa* sukuk used to be controversial, as Islamic principles forbid trading in future assets that do not actually exist. The global solution has been to specify the exact dimensions and characteristics of the future asset and mandate that the asset be delivered as specified. The Nigerian Securities Commission permits trading in future real estate assets if the sukuk contract lists their specifications, the lease value, the lease period, and the method of payment. The issuer is also obligated to publish the sukuk's rating for the entirety of its tenure. While Indonesia, Egypt and Nigeria have different approaches to regulating sukuk as each country is at a different stage of Islamic financial market development, all sukuk markets share common traits such as precise definitions of sukuk and sukuk-specific regulations for trading in primary and secondary markets

that don't apply to traditional securities. However, there are enough legislative and regulatory differences between markets that it is still difficult for an SPV to issue and trade sukuk in more than one state, while following a single set of specifications and procedures.

Sukuk Classification in Global Financial Markets

Sukuk are traded in conventional financial markets under the justification that they are simply "Islamic bonds", a classification that inappropriately implies that only nomenclature and cosmetic differences separate sukuk from conventional bonds, which is absolutely incorrect. There are many substantive differences between conventional bonds and sukuk. First, traditional securities represent the debt of the issuer to the bond holder, which means that the bond holder is not considered to be true investors as they receive fixed interest payments regardless of whether the issuer experiences skyrocketing profits or devastating losses. Furthermore, if the issuer becomes bankrupt, the bond holders are considered priority debtholders, jointly and severally. As such, they are entitled to recover the value of the bond's principal and the unpaid interest from any of the issuer's remaining assets. In contrast, sukuk holders can only recover the sukuk's principal from the assets used to back the sukuk. From a theoretical standpoint, the concept of "debt" shouldn't apply to sukuk at all, in accordance with the Islamic principle of profit and loss-sharing between the originator and the sukuk holders via the SPV. A principal concept in sukuk issuances is that of the "true sale" of assets, which has led to the classification of sukuk into two categories: asset-based sukuk and asset-backed sukuk. Sheikh Muhammad Taqi Usmani issued an important fatwa regarding asset-based sukuk in his work "Sukuk and their Contemporary Applications", in which he said that counting company shares as assets and giving sukuk holders the right to receive interest

without actually granting them full ownership rights was simply “the purchase of returns from shares⁵”. Consequently, he deemed asset-based sukuk to be incompatible with the Shariah.

The nature of sukuk differs in accordance with the underlying Islamic finance contract, which could be *ijarah*, *wakalah*, *musharakah*, *istisnaa*, or *salam*. Sukuk can be long-term or short-term financial instruments. As such, the ease with which sukuk are integrated into global financial markets varies depending on the extent to which they are similar to the conventional securities and transactions available in the market. In this vein, some Western countries have begun to issue sovereign sukuk and permit sukuk listings in the primary and secondary markets. As of February 2019, the value of sukuk listed on the London Stock Exchange had reached approximately USD 5 billion⁶. Additionally, the UK issued sovereign ijarah sukuk with a value of GBP 200 million in 2014⁷. Sukuk are incorporated into the British financial markets as alternative financial investment instruments, which allowed the government to legislate special tax provisions that correspond to the unique nature of sukuk. Even so, the UK still applies the principle of equal treatment between conventional bonds and sukuk so that neither bonds nor sukuk receive preferable treatment. In this respect, the key legislative landmark for sukuk regulation in the UK has been the amendment of the Financial Services and Markets Act in 2010. Before the law's amendment, sukuk were integrated into the market as unregulated collective investment schemes, which meant that marketing sukuk was restricted to certain categories of investors and managing sukuk was not permissible for all trustees and agents. Now, sukuk are treated as debt instruments, a stance that

⁵ Usmani, Muhammad Taqi, “Sukuk and their Contemporary Applications”, <https://kantakji.com/media/7302/b100.pdf>

⁶ London Exchange, 26 February 2019.

⁷ Varriale, Gemma. “UK Sukuk First Explained”, International Financial Law Review, 2 July 2014. <https://www.iflr.com/Article/3357494/UK-sukuk-first-explained.html?ArticleId=3357494>

was confirmed in 2018 when the UK inserted additional amendments changing the definition of alternative investment bonds to allow them to be traded in secondary markets.

Another advantage of the integration of sukuk into secular financial markets in Western countries is the separation of religion and state and the government's reluctance to intervene to evaluate the qualifications of Shariah scholars, which facilitates the entrance of international organizations such as AAOIFI to bridge the gap between legislation and the needs of the Islamic financial market. France is an example of a country that has coordinated with AAOIFI to develop its legislation to allow for the integration of sukuk in its financial market⁸. *Murabaha* sukuk enjoy several tax incentives as compared to other sukuk in the French securities market. This is because France classifies the underlying *murabaha* contract as a sale agreement. The essence of a *murabaha* contract is the sale of assets on a cost-plus basis because the agent (usually a bank) purchases the asset at full price on behalf of the actual buyer who is financially unable to purchase the asset himself. The agent then sells the asset to the buyer on a cost-plus basis, with the additional mark up added to compensate the agent for allowing the buyer to pay for the asset in installments. When assets are sold twice in the context of *murabahah* sukuk, the French government only taxes the sale once to avoid double taxation at resale. Additionally, they are not subject to the withholding tax on profits paid by the agent to sukuk holders residing outside of France. However, the cost-plus element of the agent's profits are subject to the Value Added Tax (VAT) because the law considers the mark-up value to be interest, a concept that contradicts Islamic principles completely. If a legal system classifies profits earned via an Islamic finance contract as interest and not just a sale price increase, does that classification erase the Shariah-compliance of the transaction and the resulting sukuk? In contrast with *mudarabah*, *ijarah*, and *wakalah* sukuk, the only service that the

⁸ International Islamic Finance Report 2016, p. 103.

agent is providing in a *murabahah* contract is the benefit of allowing the end buyer to pay for the assets in installments, which means that the agent is profiting from the length of the payment period and from the debt of the buyer. Therefore, French law is not incorrect in treating cost-plus profits as interest; rather, Islamic financial scholars should not accept *murabahah* contracts and their sukuk as Shariah-compliant financial instruments, simply because they are easy to use in banks as loan-financing alternatives. Rather, the solution should be to devise a new contract that fulfills the same purpose yet is radically different from a conventional loan structure.

Even so, *murabahah* sukuk and other controversial sukuk that may or may not be fully Shariah-compliant will continue to be traded globally due to the variation in scholars' opinions, a diversity that remains one of the noble characteristics of Islamic jurisprudence. Luxembourg, for example, recognizes and acknowledges different Shariah perspectives. Its Financial Sector Oversight Commission (CSSF), which regulates sukuk and Islamic investment funds, retains its secular nature and does not intervene to determine whether sukuk are Shariah-compliant or not. Instead, it requires only that the members of the Shariah board have experience and be reputable, as long as the Committee is notified when the board is formed⁹. Despite Luxembourg's small geographical area, it is one of the largest financial management centers in Europe and was the first member of the International Islamic Liquidity Management Corporation¹⁰. Furthermore, the Luxembourg Central Bank is a member of the Islamic Finance Services Board (IFSB). Similarly to the French approach, profits from debt instruments are considered to be interest; however, in Luxembourg they are not exempted from the withholding tax. Yet, if a deed of sale for real estate property

⁹ Balibek, Emre. "Establishing a Legal Framework for Sovereign Sukuk Issuance: A Public Debt Management Perspective", World Bank Discussion Paper No.18/2017 <http://documents.worldbank.org/curated/en/907001497472893193/pdf/P161573-06-14-2017-1497472889089.pdf>

¹⁰ <http://www.iilm.com/about-us>

mentions the buyer's intent to resell the property for the purposes of an Islamic finance transaction, the second transfer of property is subjected to reduced taxation. Sukuk are integrated into the financial markets under the classification of asset-backed securities or debt instruments, with the primary differentiator between sukuk and traditional securities being the payment of the sukuk's principal and the periodic distribution amounts in accordance with the profits and losses incurred by the assets¹¹. This division reflects the Islamic finance differentiation between asset-based and asset-backed sukuk. In fact, Islamic finance scholars benefit from the integration of sukuk into global financial markets because governments' classification of sukuk is based on financial and economic realities, rather than a desire to preserve the fragile legitimacy of any specific Islamic finance contract or attempt to avoid a fatwa marking a transaction as non-Shariah compliant. In general, the different classifications of sukuk accompanying their integration into existing global securities markets are a useful tool to broaden our understanding of sukuk's Shariah compliance.

Do Global Financial Markets Accept the Incorporation of Sukuk among Debt Instruments (Fixed Income Instruments)?

It is surprising for some scholars that global financial markets classify sukuk among debt instruments even though they are based on the sukuk holders' joint ownership of the underlying assets. This is because the core concept of sukuk is to avoid trading in debt, as profiting from debt is forbidden under the Shariah. This is because the sukuk holders' ownership of the assets is a tangential issue in asset-based sukuk and could become as such in asset-backed sukuk, especially when modern sukuk contracts now guarantee the holders' receipt of periodic distribution amounts and the sukuk's principal regardless of the originator's losses. The primary reason for the inclusion of such provisions in sukuk contracts is that sukuk advocates and stakeholders in both the Islamic

¹¹ "Rules Applicable to Sukuk", Financial Sector Oversight Commission, 26 January 2011.

http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Publications/Communiques/Communiques_2011/C_sukuk_260111_eng.pdf

and conventional financial markets want opportunities for Shariah-compliant investment compatible with Islamic rulings and principles without being exposed to the same level of risk that should naturally occur in true Shariah-compliant investment. In fact, investment in sukuk, if it is truly based on asset ownership, should resemble purchasing a company's shares in the stock exchange, with the result that the company's failure in profitably managing the assets and incurring losses should lead to the sukuk holders' loss as well. Unfortunately, as any individual who has dealt with sukuk knows, the possibility of loss is not truly present in sukuk transactions. Consequently, there's no impediment to classifying sukuk as debt instruments or fixed income securities in global financial markets.

Regardless of their classification in global financial markets, not all sukuk should be characterized as debt instruments if the sukuk holders' ownership of the underlying assets is an essential element of the transaction. The follow-up question is, how can one characterize the nature of that ownership? One can determine and evaluate the importance of asset ownership through analyzing the methodology of calculating the profit rate in sukuk. There are multiple profit rate calculation methods including the fixed rate, the variable rate as per the assets' performance, and rate calculations on the basis of existing interest rates in conventional markets. The first and third methods draw sukuk closer to imitating traditional debt instruments and threaten their Shariah-compliance while the second is the closest practice to the concept of sharing the profits and losses between the parties to an investment.

In this vein, *mudarabah* sukuk are capital instruments that revolve around the relationship between the silent partner who provides the funds (*rab ul mal*) and the managing partner (the *mudarib*) administers the underlying assets to generate profits, while the profits and losses are proportionately split between the parties as per an agreed upon ratio. In sukuk transactions, the

SPV represents the sukuk holders in the role of the silent partner and the originator is in the position of the managing partner, while sukuk holders receive the principal of the sukuk certificates in addition to their share of the profits or losses when the sukuk reach maturity. Still, some companies and financial institutions resort to different methods to guarantee sukuk holders' receipt of a specific profit rate, regardless of the assets' actual gains or losses, often by concluding a purchase undertaking between the originator and the issuer in which the originator makes a binding promise to re-purchase the assets from the issuer for a vastly higher sum than the original purchase price. Such deceptive practices led AAOIFI to issue a standard in 2008 informing the public denying the Shariah-compliance of such sukuk and ruling that it was impermissible to conclude a purchase undertaking for *mudarabah* assets at any price other than the issuer's ownership percentage therein, and that it was also impermissible to value the assets in accordance with the value of the sukuk, as such as valuation contradicts the entire purpose of the *mudarabah* transaction¹². The result of this ruling has been a marked decrease in *mudarabah* sukuk issuances worldwide with the percentage of sovereign *mudarabah* issuances at 4.55% and corporate issuances at 2% in 2017¹³.

Many banks and financial institutions also depend on globally established interest rates when determining the profit rate in a practice that is known as “benchmarking”¹⁴. Benchmarking represents an existential threat to the Shariah compliance of sukuk regardless of the advantages it bestows in facilitating their integration into global financial markets. The justification for matching sukuk's profit rate with existing interest rates is to encourage investment in sukuk by guaranteeing

¹² AAOIFI Shariah Standard No.17/2008 and Addendum.

¹³¹³ “Annual Sukuk Report”, International Islamic Financial Market, April 2018, p. 54-55,
<http://www.iifm.net/system/files/private/en/IIFM%20Sukuk%20Report%202018-compressed.pdf>

¹⁴ Abdullah, Abdul Karim. (2018). “Use of interest rate benchmarks for determining profits on Islamic sukuk”.
https://www.researchgate.net/publication/322959132_Use_of_interest_rate_benchmarks_for_determining_profits_on_Islamic_sukuk

potential sukuk holders' profits comparable with those they would receive were they to invest in conventional bonds or debt instruments. The inherent problem with benchmarking is that there is no relationship or proportionality between the profit generated by the assets and those received by the sukuk holders, and it is an issue that arises whenever the practice occurs, regardless of the sukuk's underlying contract or Islamic finance transaction.

In addition, the potential for default rises when the profit rate is fixed to a specific interest rate before any profits have actually been realized, especially if the assets depreciate significantly in value or are rendered a "total loss", making it impossible for the originator to re-purchase them from the issuer, at which point the sukuk holders become creditors rather than beneficial owners of the assets. Furthermore, benchmarking adds the compounded risk of global interest rate fluctuations which could affect the profit rate. It also relegates sukuk holders' profits to a percentage of their initial investment rather than a profit percentage, converting sukuk from ownership certificates into debt instruments, which would consequently make their trade Islamically prohibited. Of course, some experts in Islamic finance hold the opposite opinion, reasoning that Islamic financial institutions are part of the global financial system of markets, so it would be inadvisable to determine the profit rate using a methodology other than those used in traditional bonds and debt transactions, and that the benchmarked profit rate is still the sale price rather than interest, as intention is more relevant than form¹⁵. The rejoinder to this assertion is that the sale price shouldn't be more than the value of the assets, which could occur with a fixed interest rate for various reasons, and that sukuk holders shouldn't be entitled to an inflated amount that doesn't correspond with the assets' actual performance, regardless of the basis for the rate's calculation.

¹⁵ Al Shubaily, Nizar. "The Benchmark: Why do Islamic Banks Use Interest Rate Benchmarks?", 8 September 2018. <https://islamicmarkets.com/articles/the-benchmark-why-do-islamic-banks-use-interest-rate-benchmarks>

The Extent to which the Requirements of Global Financial Market Integration Affect the Shariah Compliance of Sukuk Structures

There is no doubt that the Shariah compliance of sukuk structures has been affected by global financial markets. This is because of attempts to adjust sukuk structures to ease their entry into those markets but because of competition between the Islamic and conventional financial markets, as conventional securities and financial instruments remain the first choice for most investors who may be neither aware of nor interested in the benefits of Shariah-compliant investment. As such, Islamic finance experts have found means, such as the abovementioned benchmarking, to encourage ordinary investors other than observant Muslims to invest in sukuk and Islamic financial instruments whether in Muslim-majority or Western countries. Also, developing countries' need for foreign direct investment (FDI) has led to a stagnation in the structuring of sukuk, especially those that waiver between Shariah compatibility and the lack thereof, such as *murabahah*. Rather, the solution is more innovation in Islamic finance products. Here, the meaning of innovation is not to find new methods and disguises to insert the consumption of interest (*riba*) into Shariah-compliant transactions with Islamic phrasing, but to avoid its occurrence completely, a feat that is easier in wealthy countries such as Saudi Arabia, which have more leeway to experiment with new sukuk structures such as hybrid *murabahah-mudarabah* sukuk.

It is notable that Saudi Arabia issued hybrid sukuk on 20th April 2017 with a value of USD nine million divided into two tranches: the first with a five-year tenure and the second with a tenure of ten years¹⁶. These sukuk were characterized by a duality of both *murabahah* and *mudarabah* underlying contracts, with 51% of the funds invested in the *mudarabah* agreement and the remaining 49% invested in the *murabahah* agreement. These sukuk are considered sovereign

¹⁶ Sukuk Database, <https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/ksa-sukuk-limited-2-5082/>.

sukuk because they were issued by an SPV owned by the Saudi government. Although the SPV was formed as an offshore entity in the tax haven of the Cayman Islands, the originator is the Saudi Ministry of Finance. The profit rate (3.628% for the ten-year sukuk and 2.894% for the five-year sukuk led to an A+ Fitch rating which expressed confidence in the stability of the sukuk and in the Saudi government as the originator¹⁷. Another reason for the positive rating was the use of the *murabahah* profits to ensure the payment of the principal and any unpaid periodic distribution amounts to the sukuk holders upon the sukuk's maturity. Additionally, the sukuk agreement contained a “no lien” provision, preventing the originator from disposing of its assets in such a way that could jeopardize its ability to fulfill its obligations to the sukuk holders. While the pairing of the *murabahah* and *mudarabah* agreements in an asset-based arrangement may have attracted foreign investors who might otherwise have been anxious about investing in hybrid sukuk, other hybrid sukuk pairings could be on the horizon.

An Alternative Asset-Backed Sukuk Structure

Specifically, a successful future sukuk issuance could involve hybrid *mudarabah-ijarah* sukuk as a means of improving Egyptian public infrastructure through a partnership between the Egyptian governments and a trusted Egyptian corporate entity with a high credit rating. In such a structure, the Egyptian real estate development company would be the originator to guarantee a high credit rating for the issuance and establish an SPV in Egypt meeting the FRA’s capital requirements for issuers. The sukuk transaction would be based on a number of underlying contracts, the first of which would be a sale agreement between the Egyptian government and the development company for public real estate assets (such as schools or hospitals). This agreement would then be followed by a second sale agreement between the company and the issuer, then a *mudarabah* agreement

¹⁷ “Fitch Rates Saudi Arabia’s Sukuk A+”, Reuters, 20 April 2017. <https://www.reuters.com/article/fitch-rates-saudi-arabias-sukuk-a-idUSFit996793>

between the issuer (silent partner) and the company (*mudarib*), after which the development company would sign a management agreement with the relevant Egyptian ministry (i.e. Ministry of Education or Ministry of Health) in which it would pay the ministry to assist it in developing the real estate assets and increasing their value. Simultaneously, an *ijara* agreement would be concluded between the issuer (lessor) and the Egyptian government (lessee), with the value of the lease payments used to pay the periodic distribution amounts to the sukuk holders. These asset-backed sukuk would be fully Shariah-compliant as the underlying assets for both the *mudarabah* and *ijarah* agreements would be the source of the sukuk holders' profits as well. When the sukuk reach maturity, the sukuk holders will receive a return on their original investment when the Egyptian government repurchases the assets at their new market price. The final source of profit for the investors will be the increased value of the assets. Not only would these hybrid sukuk comply with all Shariah requirements, but a profitable end result for sukuk holders would encourage other developing countries to use the model as a tool for infrastructure development.

Basel III Compliance and Sukuk

Another factor affecting sukuk structures has been Basel III compliance. When the Basel III framework was announced at the 2010 Basel conference in an attempt to shore up the liquidity reserves for banks after the 2009 global financial crisis, sukuk issuance became a method to increase Tier I and Tier II capital in accordance with Basel classifications. Tier I sukuk differ from Tier II sukuk in many aspects, among them the perpetuity of Tier I sukuk and the possibility of their conversion into shares. In fact, perpetual sukuk have been issued in the past few years, such as the Bereket One Ltd. sukuk issued last year in Turkey as the first Tier I-compliant sukuk at a value of USD 205 million and a 10% profit rate¹⁸. In contrast Tier II sukuk are characterized by a

¹⁸ Sukuk Database, <https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/bereket-one-ltd-6838/>.

greater risk exposure, among them hybrid sukuk. The Islamic Financial Services Board (IFSB) issued a standard in coordination with Basel III which can be interpreted as classifying perpetual sukuk as Alternative Tier I capital while classifying *mudarabah* and *wakalah* sukuk with a tenure of five years or more as Tier II capital¹⁹. In this case, it is clear that global financial markets have had a positive effect on sukuk structures because Islamic financial institutions confront the same problems as their conventional counterparts, and Shariah compliance does not insulate them from the financial and economic crises that plague global markets. As such, the core Basel III requirement of a minimum 10.5% ratio of capital to risk-weighted assets could incentivize additional Alternative Tier I sukuk issuances, a matter of significant importance in all states, especially those with reduced liquidity reserves.

Market Treatment of Sukuk in Consideration of Different Risks as Compared to Conventional Securities

Although asset-based sukuk have been issued in global financial markets, it would be disingenuous to consider it a true integration of sukuk as the Shariah-compliant benchmark of true asset ownership and profit sharing is not present. Therefore, when discussing the integration of sukuk into secular markets, it's more appropriate to refer to asset-backed sukuk, which are treated as debt instruments despite their closer resemblance to stocks. In conventional markets, debt instruments are classified in accordance with their risk. Upon the integration of sukuk into global financial markets, the question is whether it is appropriate to evaluate sukuk using the same standards employed in the risk evaluation of conventional securities. Sukuk carry a variety of risks including credit risk, inherent risk and risk incurred through external factors.

¹⁹ "IFSB 15: Revised Capital Adequacy Standard for Institutions Offering Islamic Financial Services (Excluding Islamic Insurance [Takaful] Institutions and Islamic Collective Investment Schemes)", 28 January 2014, [https://www.ifsb.org/standard/2014-01-28_eng_IFSB15%20Revised%20Capital%20Adequacy_\(Jan%202014\).pdf](https://www.ifsb.org/standard/2014-01-28_eng_IFSB15%20Revised%20Capital%20Adequacy_(Jan%202014).pdf)

The major credit rating agencies play a fundamental role in reporting the credit risk of sukuk. Among them, there are those that evaluate sukuk using the same criteria used to evaluate conventional bonds, while others incorporate a separate methodology to assess sukuk's credit risk. Standard and Poor's (S&P) uses a methodology for rating sukuk that it developed in 2015 that specifies that sukuk receive the same rating as the originator if the following criteria are met: that the contractual cash obligations between the originator and the issuer suffice to fulfill the issuer's obligations to the sukuk holders, that the originator's sukuk obligation be ranked *pari passu* with its other unsecured obligations, that it be impermissible for the originator to renege on its obligation to pay the issuer, that the originator agree to pay all procedural costs for the sukuk's issuance, and that the ratings agency view the possibility of a "total loss" or a default as remote²⁰. If the sukuk fulfill all of the criteria except for the *pari passu* requirement, they are granted the same rating as the originator's other unsecured obligations²¹. While the methodology is clear and precise, it does not apply to all sukuk, as S&P differentiates between sukuk with a single originator and those with multiple originators. The ratings agency also differentiates between sukuk in which the payments of the originator to the issuer correspond with payments made from the issuer to the investors which usually occurs in *ijarah* or *murabahah* sukuk and those in which the originator's obligations do not necessarily cover the periodic distribution amounts that the issuer must pay to the sukuk holders. S&P does not rate the latter unless the sukuk holders are entitled to demand the full principal if one of the periodic distribution amounts is not paid.

Still there is an inherent risk in sukuk that is not present in conventional debt instruments, and that is the risk that the sukuk could be declared un-Islamic during their tenure. This possibility was realized in the case of the Dana Gas sukuk which were issued in Dubai based on a specific form

²⁰ "Methodology for Rating Sukuk", Standard and Poor's, Section Nine, 15 February 2015.

²¹ *Ibid*, Section Ten.

of *mudarabah* agreement that was deemed un-Islamic following the issuance of revised standards in 2007 and 2013. The end result was that the burden of assessing the Shariah compliance of the sukuk issuance was shifted from the scholars to the courts. When Dana Gas refused to pay the sukuk holders the due amount of USD 700 million when the sukuk reached maturity²², citing the fatwa that the sukuk were no longer Shariah-compliant, it shook the entire Islamic financial market and damaged investor confidence. Some scholars believe that the first fatwa establishing the Shariah compliance of the sukuk that the Shariah board released upon the sukuk's issuance and the contract's execution should remain valid for the duration of the agreement. This opinion is valid because a key Shariah principle is the fulfillment of agreements, and sukuk holders do not expect the sukuk agreement to be invalidated or voided because of new *fiqh* developments.

Additionally, the *mudarabah* agreement that was approved as Shariah-compliant by Dar ul Shariah of Dubai Islamic Bank still remains an Islamic finance agreement used worldwide. The conflict that arose over the Dana Gas *mudarabah* agreement involved a number of intersecting contractual relationships between the sukuk holders and the issuer and between the issuer and the originator, as well as secondary contracts for asset management and maintenance. Dana Gas claimed that the determination of the rate of return in accordance with prevailing interest rates instead of asset profits rendered the sukuk un-Islamic. Eventually, the company reached a settlement with the sukuk holders allowing them to exchange the previous sukuk for new Shariah-compliant sukuk with a three-year tenure²³. The effect of this case is not limited to *mudarabah* sukuk as implied by scholars supporting Dana Gas but rather the case represents a threat to the integration of sukuk in

²² Barbuscia, Davide. "UAE's Dana Gas Leaves Sukuk Unpaid- But No Default Declared", Reuters, 31 October 2017. <https://www.reuters.com/article/dana-gas-sukuk/uaes-dana-gas-leaves-maturing-sukuk-unpaid-but-no-default-declared-sources-idUSL8N1N60IT>

²³ Vizcaino, Bernardo and Torchia, Andrew. "Islamic Finance Feels Heat from 700 mln Dana Sukuk Saga", Reuters, 15 May 2018, <https://www.reuters.com/article/dana-gas-sukuk-implications/islamic-finance-feels-heat-from-700-mln-dana-sukuk-saga-idUSL5N1SM0BW>.

global financial markets overall because the essential condition of securities is that the issuer comply with its financial obligations to the investors and compensate them if the issuance is voided. If a similar situation occurs in the future, it could lead to the exclusion of sukuk from Western markets. The only methods of avoiding such an occurrence are to issue international sukuk standards delineating the responsibilities of the originator and the issuer if the sukuk are declared un-Islamic and consulting with lawyers and Shariah experts to insert contractual provisions protecting investors from the issuer's arbitrary termination of the agreement and fluctuating fatwa trends that could negatively impact investors in the ever-changing field of sukuk.

The Dana Gas dispute also highlights the difficulty of choosing the governing law in sukuk issuances and enforcing its application when multiple jurisdictions are involved. In this case, the assets were located in Egypt and Kurdish territory in Iraq, the sukuk agreement specified English law as the governing law, and the sukuk were issued in Dubai. As such, the High Court of London and the Sharjah courts assumed competing positions with regard to issuing rulings as to whether Dana Gas was obligated to pay the sukuk holders. The conflict of laws issue arose because the *mudarabah* agreement between Dana Gas as the originator and Dana Gas Ltd. as the issuer and the sale agreement for the assets to UAE law, while the purchase undertaking was subject to English law. The purchase undertaking stipulated the issuer's right to demand the originator's purchase of the assets at the agreed upon price in the case of certain occurrences²⁴, and it would be logical that a fatwa of non-Shariah compliance would activate the purchase undertaking. The Dana Gas dispute would not have reached the same magnitude and scale if UAE legislation had imposed complete independence between the originator and the issuer. This is necessary because the subsidiary relationship between the originator and the issuer frustrates the fiduciary

²⁴ Dana Gas Offering Circular 2013. <http://www.danagas.com/en-us/Investors/Tab%20006%20OFFERING%20CIRCULAR.pdf>

relationship between the issuer and the sukuk holders. Debt instruments with agreements subject to different jurisdictions face the same risk as sukuk however, the risk of one jurisdiction issuing a ruling preventing the issuer from fulfilling its obligations to investors is elevated in sukuk because of the dependence on the transfer of beneficial ownership and not simply fixed interest.

Is the Integration of Sukuk into Global Financial Markets a Necessity?

It is disingenuous to suggest that Islamic financial scholars and experts have a choice when integrating sukuk into global financial markets. Regardless of whether countries accommodate sukuk issuances through specialized legislation or treat them as conventional debt securities, sukuk will always be in competition with their traditional counterparts. Neither does the Islamic financial sector exist in a state of isolation from global market risks and concerns. Even so, secular financial market objectives should not compel Islamic financial professionals to sacrifice Shariah compliance for economic gains. The ideal situation is a co-existence between the conventional and Islamic financial markets, with Shariah-compliant adaptations to financial crises and coordination with Western legislatures and ratings agencies to develop sukuk-specific frameworks that recognize the unique risks and characteristics of sukuk.

الجلسة السادسة

(تصحيح العقود الفاسدة وأثره في استقرار التّعاملات
وتطبيقاته المعاصرة)

البحث الأول

تصحيح العقود الفاسدة

وأثره في استقرار التعاملات

وتطبيقاته الفقهية

د. بشير "محمد عزالدين" الغرياني

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، والصلوة والسلام على رسول الله ﷺ.

توضيحة:

يعد استقرار التعاملات المالية مقصدًا من مقاصد الشريعة الإسلامية، نظراً لما يمثله الاستقرار من أهمية في رواج التجارة، وتطور الاقتصاد، ومعرفة كل أطراف العقد بآثاره، المتمثلة في الوفاء بالتزاماتهم وطلب حقوقهم؛ وما يتربّع على ذلك من تجنب للمنازعات الناشئة عن فسخ العقود، وعدم استقرارها.

وقد توسع الفقهاء في اجتهاداتهم لتحقيق هذا المقصد، وأنحدر هذا التوسيع مظاهر متعددة، منها: تصحيح عقود المعاملات المالية الفاسدة في نظر الشريعة؛ إما لعدم توافر شرط من شروط انعقادها وصحتها، أو لأحداث شرط ورد نص بتحريمه، أو شرط مناف للمقصود من العقد، أو مؤدٍ إلى جهالة وغير يفضيán إلى المنازعه والاختلاف، في عقود البيوع، والإيجارات، والشركات.

ويرتكز تصحيح العقود الفاسدة على مبادئ وقواعد أصولية وفقهية، منها:

- 1 - قاعدة أن (إعمال الكلام أولى من إهماله)، ففي تجنب الفسخ وتصحيح العقود والتصرفات إعمالٌ للكلام، وهو أولى من إهماله؛ كما يقول علماء القواعد الفقهية¹.
- 2 - مبدأ تقليل الخصومات والنزاعات بين الناس؛ المقرر بوجود أحكام فقهية كثيرة، مُعللة بتشوف الشارع لتقليل الخصومات وحصرها.

وفي تصحيح العقود الفاسدة وإمضائتها تحصيل لهذا المبدأ؛ ذلك أن نقض العقود الفاسدة وفسخها، وما يتربّع عليه من وجوب رد العوضين إلى أصحابهما بعد الانتفاع بهما، وحوالة سوقهما، وما قد يعرض لهما من تعلق حق الغير بهما: بيع، أو هبة، أو رهن، أو غير ذلك، أو يعرض لهما من زيادة أو تلف، وما يستوجبه كل ذلك من تقويم - فتح باب الخصومات

¹ المنثور في القواعد الفقهية 1 / 103، وأشباه السيوطي 128.

والمنازعات التي قد يصعب الفصل فيها وحلها؛ وفي تصحيحها استقرار للتعامل، وتحقيق للمصالح، مع توازن دقيق بين هذه المقاصد والمصالح.

3 - قاعدة إزالة الضرر الأشد؛ فإن الضرر الناشئ عن فسخ العقود أشدُ من الضرر الناشئ عن فعل المنهي عنه؛ ففي البيع يحصل من فسخ عقده، ورد المبيع بعد فواته من الضرر والظلم بأحد المتعاقدين أشدُ من ضرر ارتكاب النهي؛ فقد تباع سلعة في زمن الغلاء بيعاً فاسداً، ثم يعثر على الفساد في زمن الرخاء، فيظلم البائع في أن يرد عليه عين سلعته وهي لا تساوي في وقت الرد إلا يسيراً، أو قد تباع سلعته في الرخاء بيعاً فاسداً، ثم يعثر على الفساد في الشدائدي، فيظلم المشتري في رد السلعة المبيعة وهي تساوي كثيراً، والله تعالى يقول: ﴿لَا تظلمون ولا ظلمون﴾¹.

وليس هذا خاصاً بالمعاملات المالية؛ ففي عقد النكاح الفاسد - مثلاً - يكون الضرر الناشئ عن فسخه بعد حصول مفوته، وما يتربّع عنه من توطيد استقرار الأسرة، وحصول المودة والرحمة، وشدة الاستثناء بالمفوت، سواء كان المفوت دخولاً، أو طول عشرة، أو ولادة ولد - أشدَ من الضرر الناشئ عن فعل المنهي عنه؛ والضرر إنما إذا تقابل، ولم يمكن الخروج منها، وجوب ارتكاب أحدهما.

4 - دليل النهي أقوى قبل الواقع، ودليل الجواز أقوى بعده؛ لما يقترن به من القرائن المرجحة؛ فقد جاء في الصحيح من حديث عائشة قوله صلى الله عليه وسلم في إعادة تأسيس البيت على قواعد إبراهيم «لولا حداثة قومك بالكفر لنقضت البيت، ثم لبنيته على أساس إبراهيم»². فخشى صلى الله عليه وسلم أن تذكر قلوب قومه أن يدخل في البيت ما لم يعهدوه، فأبقاء على حاله، وجزءٌ من أساس إبراهيم باقي خارج البيت؛ وفي هذا دليل على مشروعية إبقاء المنهي عنه على حاله؛ خوفاً من حدوث مفسدة أعظم من مصلحة إنهائه وإزالته³.

¹ سورة البقرة 279، وانظر المدونة 444/5 والبيان والتحصيل 380/7.

² صحيح البخاري. كتاب: الحج. باب: فضل مكة وبنائها. صحيح مسلم بشرح النووي 9/88. كتاب: الحج. باب: نقض الكعبة وبناؤها.

³ انظر المواقفات 4/204.

- أما القول برد العقود الفاسدة مطلقاً؛ اعتماداً على قاعدة "ما بني على فاسد فهو فاسد"، فهو قول نظري محض؛ لا يوافق حاجات الناس من الناحية العملية، ويوجب مشقة وحرجاً في التعاملات اليومية العديدة، وفيه ابتعاد عن التيسير الذي بنيت عليه الشريعة.

ويتضمن التصحيح عند الفقهاء منظومة كاملة تشمل التصحيح بتحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر، وبحذف مفسده من شرط أو غيره، كما تشمل إمساءه بعد فواته بقيمة السوقية لا بما اتفق عليه عاقداه، وإمساءه بعد فواته بالمعنى إن كان مختلفاً فيه؛ مراعاة للخلاف.

وسيتناول هذا البحث طرق تصحيح العقود الفاسدة التي ذكرها الفقهاء، وتأصيلها، والشروط الواجب توافرها في التصحيح، وبعض تطبيقاتها الفقهية.

المقصود من تصحيح العقود الفاسدة:

يورد الفقهاء مصطلح «تصحيح العقد» ويقصدون به معنيين:

الأول: الحكم على العقد بالصحة ابتداءً من حين انعقاد العقد وإبرامه، ومن ذلك القول: بأن «فقهاء الحنابلة أوسع الفقهاء في تصحيح العقود مع وجود الشرائط الجعلية»؛ ويقصدون أن الشروط الجعلية لا تؤثر فساداً في العقود، بل هي صحيحة ابتداء غير فاسدة؛ وقولهم: العقود الجاربة بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهراً حتى يتبين خلافه، أي الحكم عليها بالصحة ابتداءً فلا تحتاج إلى مراجعة شروطها وأركانها؛ وقولهم: الأصل في العقود الصحة، فمن ادعى الفساد فعليه إثباته.

المعنى الثاني: تحويل العقد من الفساد إلى الصحة، فالمراد تصحيحة هو فاسد ابتداءً ثم صحيحة، أي وقع فساداً، ثم حول صحيحاً، بسبب حذف مفسده، أو بغيره من ضوابط التصحيح التي ذكرها الفقهاء؛ والمعنى الثاني أكثر قرباً لصيغة «التفعيل» التي جاء على وزنها مصطلح التصحيح؛ وهو المقصود بهذا البحث، وعليه يدور الكلام الآتي:

المراد بتصحيح العقود الفاسدة تثبيتها وتقريرها وعدم فسخها؛ ثم ترتيب آثارها الشرعية عليها، فتصير - كما يقول الفقهاء - كالصحيحة ابتداءً؛ فالبيع الفاسد - مثلاً - إذا فات لا يُفسخ، بل يُصحح ويصير كالصحيح ابتداءً، فيُصبح بيعاً لازماً نافذاً، ليس لأحد المتعاقدين

أن يرده بعد تصحيحه، إلا إذا كان رده بسبب استحقاق، أو عيب قائم فيه، أو براضي المتعاقدين على الإقالة.

ويشمل التصحيح العقود المستمرة التي يأخذ تنفيذ التزاماتها وقتاً كالإجارة والمساقة، ويقصد بتصحيح عقودها الفاسدة استمرارها وإمضاؤها، سواء ما تعلق بما مضى من مدتها، أو بما بقي منها، ويكون هذا التصحيح بحذف المفسد، أو بتحويل عقدها الفاسد إلى عقد آخر تتوفّر فيه عناصره، وأركانه.

فإذا صلح عقد الإجارة الفاسدة - مثلاً - بحذف المفسد أصبح كالإجارة الصحيحة ابتداء، تترتب عليه جميع آثار الصلاحية من نفاذ العقد ولزومه، ومن وجوب الأجرة المسممة إلى غير ذلك من الآثار.

أما إذا صلح عقد الإجارة الفاسدة بتحويله إلى عقد آخر صحيح، فإنه لا تجري عليه - بعد هذا التحويل - **أحكام الإجارة**، بل **أحكام العقد المحوّل إليه**، وآثاره:

فإذا حول عقد الإجارة الفاسدة إلى عقد جعالة، أخذ **أحكام الجعالة**: من حيث عدم لزوم عقدها، وكون العامل لا يستحق الجعل فيها إلا بتمام العمل، والحكم بصحتها على عمل بجهول، أو مع عامل غير معين، أو مع عدم حصول قبول من العامل، أو من حيث ما يشترط فيها من عدم تحديد زمن لفعل المتعاقد عليه، إلى غير ذلك من **الأحكام** التي تميز الجعالة عن الإجارة.

وإذا حولت النازلة من إجارة فاسدة إلى عقد قرض، تجري عليها **أحكام القرض**، لا **أحكام الإجارة**; وأهم ما يميز القرض عن الإجارة، ويختلف به عنها دفع الأجرة والضمان، فلا يجوز في القرض دفع أجرة عنه؛ إذ الأجرة زيادة على أصل القرض، وهي من أنواع النفع للمقرض المحرومة شرعاً.

كما يختلف ضمان العين المؤجرة عن ضمان المال المدفوع قرضاً؛ فمتولي العين المؤجرة من مستأجر وأجيرٍ أمينٌ، لا ضمان عليه إن ادعى التلف أو الضياع؛ أما المقرض فيضمن ما أخذته من مال قرضاً، سواء استهلكه أو تلف عنده، فيجب عليه أن يرد مثله.

وإذا لم يمكن تصحيح العقود المستمرة، إذا فسّدت بحذف مفسدتها، أو بتحويل عقدها الفاسدة إلى عقد آخر؛ فتصحيح ما مضى من مدتها، لا ما بقي منها؛ فيصح من عقد الإجارة الفاسدة - مثلاً - ما مضى زمانه، واستوفيت منفعته، ويفسخ منه ما بقي من مدته إن اطلع على الفساد في أثناء مدة الإجارة، ويكون هذا التصحيح بدفع أجراً المثل، أو بدفع الأكثـر من المسمى وأجرة المثل، أو الأقل منها.

اجتهادات الفقهاء في تصحيح العقود الفاسدة، وأسسها:

تعددت اجتهادات الفقهاء في النظر إلى العقود الفاسدة، من حيث وجوب فسخها، وإمساكها؛ وهل تفسخ في جميع أحواها؛ أم أن بعض هذه العقود تصح وتثبت على كل حال وبعضها يصح إن فات؟ وإذا صحيحة فهل يرد إلى صحيحه أو إلى صحيح غيره؟ وهل يكون في عوضه المسمى، أو المثل، أو القيمة؟ وهل يمكن تدارك العقود الفاسدة بحذف مفسدتها، أو بتحويل النازلة من عقد فاسد إلى عقد آخر صحيح؟ للفقهاء في تصحيح العقود الفاسدة - إجمالاً - مذهبان:

الأول منها: لفقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية والأباضية أن العقد الفاسد لا يمكن تصحيحته ولو قبض المبيع - في البيع مثلاً - وفات؛ إذ لا ينقلب الفاسد صحيحاً، ولا يمكن للعقددين أو أحدهما إصلاح ما فسد من غير ابتداء عقد، أو تجديده¹؛ فقد صرّح الإمام الشافعي أن «البيع الفاسد لو مرت عليه الآباد واختار البائع والمشتري إنفاذه لم يجز»²؛ وقال: (ولو باع رجل عبداً بمائة دينار إلى العطاء أو إلى الجداد أو إلى الحصاد كان فاسداً ولو أراد

¹ الأم 96.5/3 والمغني 252/4 وشرح منتهاء الإرادات 2/60.127.647.647 والمحل 564 والإياضاح 285/3 وما بعدها.

² الأم 5/3

المشتري إبطال الشرط وتعجيل الشمن لم يكن ذلك له؛ لأن الصفقة انعقدت فاسدة فلا يكون له، ولا لها إصلاح جملة فاسدة إلا بتجديدها بيع غيرها¹.

وذهبوا إلى أنه لا يترتب على العقد الفاسد أثر من ملك أو حرية تصرف؛ ففي المثل: (كل من باع بيعاً فاسداً فهو باطل)، ولا يملكه المشتري، وهو باق على ملك البائع، وهو مضمون على المشتري إن قبضه ضمان الغصب سواء سواء، والشمن مضمون على البائع إن قبضه، ولا يصححه طول الأزمان، ولا تغير الأسواق، ولا فساد السلعة ولا ذهابها، ولا موت المتابعين أصلاً؛ وفي الأشباه والنظائر السيوطي: "والتصيرات بالشراء الفاسد كلها كتصيرات الغاصب؛ إلا في وجوب الحد عليه"².

ورتبوا على هذا القول وجوب رد عين المبيع في كل وقت، وعلى كل حالة، لا يؤثر في هذا الوجوب عيب، ولا يمنع منه فوت من حركة سوق، أو نماء سلعة أو فسادها، أو تصرف فيها بيع، أو إجارة، أو تبرع من هبة وصداقة أو وقف وغيرها؛ بل يجب نقض ذلك كله، وعدم إنفاذها، ورد جميع ما دفعه البائع والمشتري إلى صاحبه، إضافة إلى أرش نقصه إن تعيب في يده، إلا إذا تلف المبيع بذهاب عينه فالواجب فيه القيمة³.

قلت: ودفع القيمة عند هؤلاء الفقهاء في حال التلف هو من باب الضمان والغرامات؛ لا من باب تصحيح العقد وإمضائه⁴.

ما يترتب على هذا القول:

إضافة إلى وجوب رد عين المبيع في العقد الفاسد، وحرمة التصرف فيه، وعدم إنفاذ كل تصرف أو عقد يطرأ عليه، فإن آثاراً ومتغيرات أخرى تلزم - بناء على هذا الرأي الفقهي - منها: أنه لا أثر ينبع عن قبض المبيع، ولا عن فواته، فلا ينتقل بهما، أو بأحدهما ملك؛ ومنها لزوم المشتري

¹ الأيم /3 .96.

² الأشباه والنظائر للسيوطى / 312.

³ الأيم /3 .96.5 و 6/243 و شرح متنى الإرادات 2/647.127.60 والمغني 4/252 وما بعدها والمثل

564/8 والإيضاح 3/285 وما بعدها.

⁴ انظر نهاية المحتاج 3/376 و شرح متنى الإرادات 2/218

رد زيادة المبيع المتصلة والمنفصلة لأنها جمياً نماء ملك البائع؛ ودفع المشتري أجراً المبيع مدة بقائه في يده، وضمانه له حين تلفه، وأنه لا يرجع بما أنفق عليه، وليس له حبسه إلى حين قبض الثمن؛ إلى غير ذلك من الآثار التي ملخصها أن العقد الفاسد لا يترب عليه شيء من أحكام الصحيح في الجملة.

المذهب الثاني: للحنفية، والمالكية الذين يرون أن العقد الفاسد يمكن تصحيحة، فيرتفع فساده، ولا يفسخ، فالبيع الفاسد - مثلاً - يصبح بيعاً صحيحاً، نافذاً، لازماً، ليس لأحد المتعاقدين أن يرده بعد أن صحيحاً¹.

وقد نص على ذلك مالك، وابن القاسم، وهو رأي جميع أصحاب مالك، كما قال ابن رشد الذي وصف الرواية المقابلة لهذا القول في المذهب بالشذوذ² وقال: قد نص مالك في غير ما موضع من المدونة، وغيرها على أن البيع الحرام إذا فات ترداد المتباعان القيمة بينهما فيه، ولم ترد السلعة المبيعة بعينها، ووصف ابن رشد رد القيمة بأنه تصحيح للعقد الفاسد بالقيمة³.

قلت: ومذهب مالك، وأصحابه هو المعلوم، المنصوص عليه في كتب المقدمين والمؤخرين من أصحاب المختصرات، وغيرهم الذين تدور الفتوى عليهم⁴.

وأقدم من رأيت من الفقهاء أنه يرى إمساء العقد الفاسد، وعدم رده، ربيعة الرأي، فقد روى سحنون في المدونة عن ابن وهب عن ربيعة قال: كل بيع حرام لم يدرك حتى يتفاوت فلا يستطيع رده إلا بظلم فقد تفاوت رده⁵.

¹ انظر البحر الرايق 103/6 والمدونة 5/444.445. وأشباه ابن نجيم 249.

² انظر البيان 9/365. ومسائل ابن رشد 1/648. 202 والمدونة 5/444.

³ انظر مسائل ابن رشد 1/203.

⁴ انظر - مثلاً - التفريع لابن الجلاب 2/186 والكافي لابن عبد البر 356 والمقدمات 6/76 والشرح الكبير 71/3

والرسالة مع شارحها زروق، وابن ناجي 2/122.

⁵ والمدونة 1/148.

أساس هذا الرأي:

يعمل فقهها الحنفية إمضاء عقد البيع الفاسد، وعدم فسخه، بأنه بيع مشروع بأصله؛ فهو منعقد، يتقوى أولاً بقبض المعقود عليه بإذن من البائع الذي سلطه على التصرف في الشيء المبought، ويتحقق ثانياً - فيرفع فساده، ويصبح بيعاً صحيحاً لازماً - بفوات البيع عند المشتري: إما بزيادته في يده بعد قبضه قبضاً صحيحاً بإذن البائع، أو تعلق حق الغير به ببيعه أو هبه أو رهنه، أو غير ذلك من المقوفات¹.

ويقترب الاجتهد المالكي من الحنفي في رؤيته للعقد الفاسد، فيرى أنه بيع منعقد، يمضي بالفوات ولا يرد؛ جاء في المدونة: البيع الحرام بيع، وإن كان المتعاقدان قد أخطأا فيه وجه العمل، فيلزم المشتري قيمة المبيع يوم قبضه إذا فات بناء، أو نقصان، أو اختلاف سوق².

آثار تصحيح العقود الفاسدة:

تترتب على تصحيح العقد الفاسد بعد تصحيحه آثار على صفات العقد، وعلى المعقود عليه، على النحو الآتي:

الأثر الأول: صحة العقد، ولزومه، وانتقال الملك، ونفاد تصرفات المشتري بالبيع، والهبة، وغيرها من العقود³؛ جاء في تبيين الحقائق: "ويجب على كل واحد من العاقدين فسخ العقد الفاسد؛ لأن رفع الفساد واجب عليهم؛ (إلا أن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو يبني) أي إذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منها أن يفسخ؛ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد"⁴؛ وفي المدونة:

¹ انظر أصول السرخسي 1/89.09 والمرئي 6/103.

² انظر المدونة 4/147.

³ إلا عقد الإجارة ففسخ؛ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار، وفساد العقد عذر. انظر المرئي 6/103

⁴ والاحتياط 2/26.27.

⁴ تبيين الحقائق 5/64.

البيع الحرام بيع، وإن كان المتعاقدان قد أحاطا فيه وجه العمل، **فيلزم المشتري قيمة المبيع يوم قبضه إذا فات بناء، أو نقصان، أو اختلاف سوق¹.**

الأثر الثاني: هل يعد الربح الناتج عن الاتجار بالسلعة المشترأة شراء فاسدا - ربحا حلالا طيبا؟

يرى فقهاء الحنفية أنه لو بيعت السلعة المشترأة شراء فاسدا بربح أزيد من الثمن الذي اشتريت به كان ذلك الربح خبيثا غير حلال يجب التصدق به؛ جاء في الدر المختار: (إإن باعه) أي باع المشتري المشتري فاسدا (بيعا صحيحا باتا) (لا) يطيب (للمشتري) ما ربح في بيع يتعين بالتعيين، بأن باعه بأزيد؛ لتعلق العقد بعينه فتمكّن الخبر في الربح فيتصدق به" وفي حاشية ابن عابدين: لأن ما يتعين بالتعيين يتعلق العقد به فتمكّن الخبر فيه، والنقد لا يتعين في عقود المعاوضة، فلم يتعلّق العقد الثاني بعينه فلم يتمكّن الخبر فلا يجب التصدق، وإنما لم يتعين النقد؛ لأن ثمن المبيع يثبت في الذمة، بخلاف نفس المبيع؛ لأن العقد يتعلق بعينه، ومفاد هذا الفرق أنه لو كان بيع مقابضة لا يطيب الربح لهما؛ لأن كلا من البدلين مبيع من وجہ ولو كان عقد صرف يطيب لهما².

أما فقهاء المالكية فلم أر لهم تصريحًا في حكم الربح؛ إلا أنهم نصوا على أن تصحيح العقد الفاسد يتربّ عليه انتقال ملك المبيع إلى المشتري؛ ففي حاشية الصاوي: إنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض، وأما ملكه فإنما ينتقل للمشتري بالفووات بعد القبض³؛ وإطلاق الملك على المبيع يفيد حلية الانتفاع به، والتصريف فيه؛ الأمر الذي يدل على أن الربح الناتج عن التصرف في المبيع الفاسد بعد تصحيحه، هو ربح حلال طيب عند فقهائهم.

¹ المدونة 4/147.

² انظر حاشية ابن عابدين 7/305.

³ انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير 2/38.

تأمل في هذين الأثرين:

يتبع من دراسة هذين الأثرين أمران:

الأول: أن أهم أثر في نظرية الفساد عند الحنفية ليس انتقال ملك المبيع إلى المشتري بالقبض؛ لأنهم نصوا على أن الملك الناتج عن القبض في العقد الفاسد ملك خبيث، حرم شرعاً؛ لوجود النهي عن الفساد، ويترتب على هذا الخبر والتحريم في الملك الآتي:

1 - أنه ملك لا يحل الانتفاع به، فلا يحل أكله لو كان طعاماً، ولا لبسه لو كان ثياباً، ولا ركوبه لو كان مرکوباً؛ لأن الملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرير للفساد¹.

لكن لا يلزم من حرمة الفعل وهو الأكل أن يكون أكل حراماً؛ لأنه قد يكون المأكول حراماً كالمية وملك الغير، وقد لا يكون حراماً كما هنا - أي في المقبوض بعقد فاسد - لأنه أكل ملك نفسه، إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من وجوب الرد للمبيع².

2 - يجب على كل من المتعاقدين فسخ العقد قبل القبض وبعده، ورد ما أخذه كل منهما إلى صاحبه إن قبضه؛ إزالة للخبر، ورفعاً للعصبية والفساد إن لم يفت المبيع بمفوت من المفوئات المعتبرة شرعاً³.

3 - إذا أصر المتعاقدان على إمضاء العقد الفاسد، وعلم به القاضي فإنه يجب عليه الحكم بفسخه ولو بعد القبض جبراً عليهما؛ حقاً للشارع، ما لم يفت المبيع⁴.

4 - أن الربح الناتج عن الاتجار بالسلعة المشترأة شراء فاسداً لا يعد ربحاً حلالاً طيباً؛ فالسلعة المشترأة شراء فاسداً لو بيعت بربح أزيد من الثمن الذي اشتريت به كان ذلك الربح خبيثاً غير حلال⁵.

¹ انظر بدائع الصنائع 304/5.

² انظر حاشية ابن عابدين 7/388.

³ انظر المختار وشرحه الاختيار 2/26 وحاشية ابن عابدين 7/294.

⁴ انظر البحر الرائق 6/103.

⁵ انظر حاشية ابن عابدين 7/305 . 304.

بل أهم نتيجة وأثر في نظرية الفساد هي أن البيع الفاسد قابل للتصحيح إن فات عند المشتري بعد قبضه؛ فيصبح بيعاً صحيحاً، لازماً ليس لأحدهما ردٌّ؛ وهو ما يؤدي إلى استقرار التعامل في العقود؛ وهذا يعني ما يقول به فقهاء المالكية.

الأمر الثاني: توسيع فقهاء المالكية في أثر التصحيح أكثر من فقهاء الحنفية؛ ويتمثل ذلك في أن الربح الناتج عن الاتجار بالسلعة المشترأة شراء فاسداً يعد ربحاً حلالاً طيباً، وهذا ما نص على خلافه فقهاء الحنفية، كما سبق بيانه.

طرق تصحح العقد الفاسد

جُمعت من طرق التصحح التي ذكرها الفقهاء أربعة طرق، هي:
تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر، وحذف الشرط المفسد، وإمساء العقد الفاسد بعد فواته
بقيمة السوقية لا بما اتفق عليه عاقداه، وإمساؤه بعد فواته بالمعنى إن كان مختلفاً فيه؛ مراعاة
للخلاف.

أولاً: تحويل العقد الفاسد:

عرف الفقه الإسلامي قاعدة تحول العقود منذ نشأتها الأولى على يد الفقهاء من أصحاب رسول الله ﷺ؛ ويعد ذكرهم للتحول تأصيلاً لقاعدة التي بني عليها من جاء بعدهم من أئمة الفقه المختهدين الذين طبقوا هذه القاعدة بذكرهم بعض مسائل بنية عليها فأصبحوا كالمؤسسين لها؛ ثم أتى من بعدهم من الفقهاء من أصحاب المذاهب المختلفة من فرع هذه المسائل بالتنظير لها والتخرير عليها.

ولم يذكر هؤلاء الفقهاء – على ما اطلعت عليه – قاعدة التحول باسمها، كما لم يفصلوا في أدلةها، وشروطها، وضوابط التخرير عليها، وعلاقتها ببعض القواعد الأخرى، وأثرها في تصحح العقود الفاسدة، إلى غير ذلك من أحكامها؛ إلا إشارات، أو إيماءات متواترة في أبواب الفقه المختلفة؛ وسيتناول هذا المطلب تأصيل تحول العقود في الفقه الإسلامي، وأثره في تصحح العقود المالية الفاسدة.

التحول في اصطلاح الفقهاء:

الانتقال بالتصرف الذي أنشأه المتعاقدان من عقد مسمى انعقدَ واكتمل، إلى عقد مسمى آخر؛ فهو منحصر في العقود القائمة المنعقدة التي لها وجود مادي فعلاً؛ أما التصرف الذي يكون في مجلس العقد وطور الإنشاء قبل استكمال الإيجاب والقبول: من تغيير للعقد، أو ذكر شروط وتعديلات تؤدي إلى إنشاء عقد آخر في المجلس، فلا تعد تحويلًا للعقد.

مصطلحات مشابهة لمصطلح تحول العقد:

مصطلح: "إسقاط الشرط"، والفرق بينه وبين "تحول العقد":

يعد تحول العقد وإسقاط الشرط، طريقين لتصحيح العقود، يتوصّل بهما إلى تفادي تقرير حالات البطلان والفساد، أو التقليل منهما، والحد من آثارهما؛ لما قد يترتب عليهما من آثار سيئة.

لكن هناك فروقاً بين تصحيح العقد الفاسد بتحويله إلى عقد آخر صحيح، وبين تصحيحة بإسقاط شرطه المفسد، تجعل كلاً منها مستقلاً بمفهومه، وشروطه وأثاره، ومن تلك الفروق:

1 - أن تحول العقد هو: استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم فاسد.

أما إسقاط الشرط فتصحيح للعقد بإبقاءه على العقد الأصلي نفسه، مع إزالة المفسد اللاحق به.

2 - أن حق إسقاط الشرط المفسد ثابت لمنشئه من المتعاقدين، متوقف على إرادته؛ لأن في إجباره على إسقاط شرطه مع إمضاء العقد تخلف لرضاه الذي هو القاعدة في العقود، والأساس فيها؛ لكن في تخierre بين حذف شرطه المفسد مع إمضاء العقد وبين فسخ العقد الفاسد حصول لرضاه؛ إذ خيرته تبني ضرره كما يقول الفقهاء.

أما حق تحول العقد الفاسد فلا يرجع فيه إلى إرادة المتعاقدين؛ لأن التحول يكون لرفع الظلم أو الفساد اللذين ترتبا على العقد الفاسد، مما يعد تحصيله واجباً شرعاً؛ لرفع المعصية عن العقود.

- مصطلح: "إسقاط الحرام" في العقد المشتمل على حلال وحرام، كمبادلة عرض بحيوان وخرم، والفرق بينه وبين "تحول العقد":

إسقاط الحرام في العقد المشتمل على الحلال والحرام يعني إسقاط الجزء الفاسد من العقد، وإبقاء الجزء الآخر الحلال صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً؛ أما في التحول فإلغاء لكامل العقد الفاسد، بتحويله إلى عقد آخر صحيح.

وتشترك قاعدة إسقاط الحرام في العقد المشتمل على الحلال والحرام، مع قاعدة تحول العقد الفاسد على مبدأ أساسه استبقاء التصرف الفاسد الذي أنشأه المتعاقدان، وتجنب فسخه إذا توافرت شروط ذلك؛ استقراراً للتعامل بين المتعاقدين.

ويتميز التحول بأن الفساد في عقده فساد كلي، أما العقد المشتمل على حلال وحرام فالفساد فيه فساد جزئي، يصحح بإسقاط الجزء الفاسد فيه إذا كان باقيه مشتملاً على عناصر عقد قائم بذاته.

أنواع التحول، وأهميته:

تنوع أهمية تحويل العقد تبعاً لأنواعه، على النحو الآتي:

1 - تحويل العقد الفاسد إلى صحيح، وتكمّن أهميته في كونه وسيلة يراد منها تحقيق استقرار التعامل بين الناس، وإمضاء تصراحتهم، وعدم فسخها، أو نقضها.

2 - تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر فاسد، تعالج آثار التصرف بناء عليه، وتأتي أهمية التحويل في كونه أداة لرفع الظلم الواقع على أحد العاقدين، كما في تحويل المغارسة الفاسدة إلى إجارة فاسدة؛ ذلك أن الحكم بفسخ عقد المغارسة الفاسدة يترتب عليه أن الغارس لا يستحق شيئاً على عمله إلا بثبوت الغرس وبلوغه الحد المنشط، وفي الفسخ قبل بلوغ هذا الحد وعدم إعطاء الغارس شيئاً ظلم له؛ أما إذا حولت النازلة إلى إجارة فاسدة يستحق معها الغارس أجراً ملائماً فيما عمله يكون قد رُوِعِيتْ قواعد الشرع في عدم الاستمرار في العقد الفاسد مع ضمان عدم وقوع الظلم على أحد العاقدين.¹

3 - تحويل العقد الصحيح إلى آخر صحيح، وبه تظهر المرونة والسرعة الفقهية واضحة من خلال صحة إحداث التغيير على العقود وجوائزه، المتمثل في إعطاء الخيارات للمتعاقدين في زيادة تصرفات على العقد، أو إنقاذهما، ينتفع بهما أحد المتعاقدين أو كلاهما، تؤدي أحياناً إلى الانتقال إلى عقد آخر، مع عدم التأثير على صحة التصرف الذي أنشأه المتعاقدان، ببراعاتهما في هذه الخيارات لقواعد الشرع، وشروط صحة العقد، وتجنب نواهيه ومفسداته.

وبالتالي فإن العقد لا يكون عرضة لمصالح الناس وقضاء حواجزهم، من حلال الإلزام التام للمتعاقدين بموجبات العقد، وتقيد تصراحتهم، بل هو وسيلة منظمة للوصول لغاية المتعاقدين في تبادل المنافع والأعيان؛ فلهم أن يضيّفوا على العقد ما يعن لهم من تصرفات نافعة، ما

¹ انظر البيان والتحصيل 15 / 404.

دامت هذه الإضافات لا تتعارض مع الأسس الفقهية وضوابطها؛ وإن أدت هذه الإضافات إلى تغيير تكييف العقد، وانتقاله إلى عقد آخر.

وهذا ما عناه ابن رجب وعنون له في قواعده بقوله: "تoward العقود المختلفة بعضها على بعض، وتدخل أحکامها"¹، كما إذا وقع العقد صحيحًا، وبعد مضي فترة رأى المتعاقدان إضافة تصرف جديد في العقد يتحقق حاجة لهما، وينتج على هذا التصرف تغيير العقد إلى عقد آخر صحيح؛ فإذا رهن شئنا ثم أذن له في الانتفاع به" فإنه يصير عارية حال الانتفاع به، ويأخذ أحکام العارية من حيث ضمانه؛ بناء على قول من يرى من الفقهاء ضمان العارية وإن بلا تفريط أو تعد،² كما يترب عليه زوال لزوم الرهن على إحدى الروايتين في الفقه الحنبلي.³.

نشأة قاعدة التحول، وأدلتها وتأصيلها:

نشأة قاعدة التحول:

عرف الصحابة قاعدة التحول، وطبقوها لمعان وفوائد حضرت منها اثنين:

الأولى: الانتقال بالنازلة من عقد غير جائز، إلى عقد جائز تترتب عليه آثار صحيحة. والثاني: حرز أموال اليتامي وحفظها من الضياع.

ويعد الصحابي الحليل عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أول من ذكر - بناء على التتبع التاريخي الفقهي - فكرة تحول العقود حينما اقترح على عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يحول عقد القرض فيجعله مضاربة في قصة تجارة أبني عمر بن الخطاب بمال بيت المال.⁴

¹ قواعد ابن رجب/166.

² وهو مذهب الحنابلة، وعليه جمهور أصحابهم، ونص الإمام أحمد عليه كثير متكرر جدا. انظر الإنصال في معرفة الراجح من المخالف /6 112، وشرح منتهى الإرادات 2/293.

³ بناء على إحدى طرفيتين، والثانية ترى أن إعارة الرهن للمرخصن لا تزييل اللزوم بخلاف الإعارة لغير المرخصن. انظر القواعد لابن رجب/166.

⁴ حكى ذلك ابن داود شارح المختصر، وتبعه القاضي حسين، والإمام الغزالى، وابن الصلاح. انظر تلخيص الحبیر في تخريج أحاديث الرافعى الكبير 3/58.

وقد ذكر الإمام الشافعى أن جليس عمر الذى أشار عليه بالتحول هو من أصحاب رسول الله صلى الله عليه

وتبيّن من هذا الأثر أن الصحابة صلحوا هذا العقد بتحويله من عقد قرض أبرمه أبو موسى الأشعري مع ابني عمر رضي الله عنهم إلى عقد مضاربة، ولم يفسحوا هذا العقد من أصله للمحاباة الواقعة فيه لابني عمر، بل حولوه إلى عقدٍ نتج عنه حفظ حقوق بيت المال بحصوله على جزء من الربح، وحفظ حقوق ابني عمر باستحقاقهما جزءاً من الربح ناتج عن تجارتهما في المال؛ فإن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل.

والمعنى الآخر الذي طبق له الصحابة قاعدة تحول العقود؛ هو حرصهم على حفظ أموال الناس والنصيحة لهم لبلوغ ذلك؛ فقد كانوا ينقلون ما كان في عهدهم أمانة من أموال اليتامي من عقد وديعة إلى عقد قرض ليحفظوها من الملاك؛ فعن ابن عمر أنه كانت تكون عنده أموال اليتامي فيسلفها ليحررها من الملاك¹، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن معاذ قال: سُئل الزهري عن مال اليتيم كيف يصنع؟ قال: كل ذلك كان يفعل، منهم من يتسلفه فيحرره من الملاك².

وتبرز أهمية اجتهاد فقهاء الصحابة في تحول العقود في النقاط الآتية:

- 1 - تفطن الصحابة إلى خصائص العقود وأحكامها، وآثارها، وال الحاجة إليها.
- 2 - يعد ذكرهم للتتحول تأصيلا لقاعدته التي بني عليها من جاء بعدهم من أئمة الفقه المجتهدين.
- 3 - تطبيقهم لقاعدة التحول في حفظ أموال الناس والنصيحة لهم لبلوغ ذلك، المتمثل في نقل ما كان في عهدهم أمانة من أموال اليتامي من عقد وديعة إلى عقد قرض ليحفظوها من الملاك؛ كما في فعل ابن عمر رضي الله عنه
- 4 - إرشادهم الناس إلى العقد الأقرب الذي يحقق لهم حاجتهم، ويقرب مصالحهم، كما صنع الزبير رضي الله عنه.

وسلم، ولم يسمه. انظر الأم 34/4.

¹ أخرجه البيهقي في الوصايا، باب ما يجوز للوصي أن يصنعه.

² المصنف / عبد الرزاق الصنعاني في الركادة، باب: كيف يصنع مال اليتيم

تحول العقد الفاسد إلى عقد آخر، وتطبيقاته الفقهية:

يتفرع تحول العقد الفاسد لتصحّيه إلى فرعين، هما:

الفرع الأول: تحول العقد الفاسد إلى آخر صحيح، ويمثل له بالتطبيقات الآتية:

تحويل عقد الإجارة إلى عقد جماعة، في المعاملة على تحصيل شيء غير معين قدره، بجزء منه: إذا أجر شخص غيره على أن يقتضي له دينه من المدينين بجزء منه كنصفه أو ربعه من غير أن يبين له مقدار الدين كانت تلك إجارة فاسدة؛ عند فقهاء المالكية؛ لجهالة الأجرة فيها؛ ومثل ذلك تأجيره على حصاد زرعه، أو جذ نخله، أو لقط زيتونه بجزء منه، من غير بيان مقدار ما يحصد، أو يجد، أو يلقط.

لكن يمكن تصحيح تلك المعاملات بتحويلها إلى عقد جماعة بزيادة شرط فيها ينص على أن للعامل النسبة المتفق عليها في كل جزء مما يعمل؛ ففي اقتضاء الدين ينص على أن للعامل من كل شيء اقتضاه: نصفه أو ربعه أو غير ذلك مما يتراضيا عليه؛ وكذلك على أن له من كل ما يحصد من الزرع، أو يجد من النخل، أو يلتقط من الزيتون جزءاً يتفقان عليه¹.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

1 - حصول التحول في هذا المُسألة كان عن طريق إضافة تصرف جديد عليها، حصلت به أحكام عقد آخر صحيح وشروطه؛ ذلك أن المعاملة على عمل شيء غير معين قدره لا تجوز إلا على وجه الجماعة؛ لصحة الاكتفاء بمعرفة نسبة الجعل، واغتفار جهالة مقداره عند العقد؛ وهذا أحد الفروق بين الإجارة والجماعية.²

لكن تصحيحتها على وجه الجماعة لا يتم إلا بإضافة شرط فيها يتمثل في استحقاق العامل النسبة المتفق عليها في كل جزء يعمله؛ لأنه بغير هذا الشرط لا يستحق العامل شيئاً من الجعل

¹ انظر البيان 414/8، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 10/4.

² من الفقهاء الذين نصوا على جواز إعطاء نسبة في الجماعة إذا كان العوض مما يحصل من العمل:
- الحنابلة: في قولهم: إذا قال الأمير: "من دل على حصن كذا فله كذا" كانت جماعة صحيحة.

قواعد ابن تيمية 170.

- المالكية: في قولهم: في تحصيل الديون بجزء منها أن ذلك جماعة صحيحة انظر البيان 414/8
والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 10/4.

إلا بإتمام جميع العمل كما هي القاعدة في الجعالة فيضيّع عمله سدى في شيء استفاد منه الجاعل؛ فمثلاً باقتضاء جزء من الدين وترك باقيه انتفاع للجاعل دون العامل، وذلك غير جائز في عقد الجعالة¹.

2 - يترتب على هذا التحويل سريان أحکام الجعالة من حيث عدم لزومها، وعدم جواز تحديد زمن للعمل فيها؛ للضرر الواقع على العامل بذلك؛ لأن العامل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل وقد ينقضي الزمن قبل التمام فيذهب عمله باطلاً²، إلى غير ذلك من أحکامها.

مثال آخر: تحول شركة المفاوضة إلى شركة عنان عند فقهاء الحنفية:

تبني شركة المفاوضة عند فقهاء الحنفية على مشاركة اثنين فأكثر في جميع ما يملكان من نقد، على وجه التفويض العام بينهما، بحيث يكون كل منهما وكيلًا عن الآخر فيما وجب له، وكفليًا عنه فيما وجب عليه؛ كما أنها قائمة عندهم على تمام المساواة وتحقيقها ابتداء وانتهاء. فقد اشترطوا لصحة شركة المفاوضة المساواة في مال الشركة من حيث قدره وقيمة، وأن يدخل كل شريك كل ما لديه من نقد، فلا يصح أن يكون لأحد them مال خارج الشركة مما تخور به الشركة من النقادين.

فلو انعقدت الشركة مستوفية لهذه الشروط، ثم ملك أحد الشركاء مالاً: بإرث أو هبة أو وصية، أو قبض ديناً نقداً كان دائناً به بطلت الشركة؛ لفوات المساواة فيما يصلح أن يكون رأس مال الشركة.

لكن فقهاء الحنفية نصوا على أنه يمكن تصحيحها بقلبها إلى شركة عنان؛ لأن شركة العنان لا تشترط فيها المساواة، بل تصح مع التفاضل والمساواة في رأس المال، وتصح بعض مال الشريك الذي يحق له أن يشارك بما شاء من ماله ويقي ما يشاء³.

¹ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 4/64.

² انظر حاشية الدسوقي 4/10، والشرح الكبير 4/63.62.

³ انظر المختار وشرحه الاختيار 3/14-18 والفتاوي الهندية 2/308، 311 والبحر الرائق 5/182.

.185 وفتح القدير 3/160.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

1 - لم يكن حصول التحول من شركة المفاوضة الفاسدة إلى شركة عنان عن طريق إضافة تصرف جديد يحده الشرككان على عقد الشركة يحمل معنى شركة العنان وخصائصها؛ بل لأن فقدان شرط المساواة التي تبطل به المفاوضة غير مبطل لشركة العنان، الأمر الذي جعل تكييفها على شركة العنان صحيحة مستوفية لأركانها وشروطها، من غير إضافة تصرف جديد من شرط أو غيره.

وإنما تأتي ذلك؛ لتفريع شركة العنان عن شركة المفاوضة - أو كما يقول علماء الحنفية عنها: إنها أخص وأدون¹ من شركة المفاوضة - واستواء أحکامهما، إلا في بعض شروط تجحب في المفاوضة ولا تجحب في العنان؛ فلذلك صاغ فقهاء الحنفية ضابطاً في تصحيح شركة المفاوضة الفاسدة بتحويلها إلى شركة عنان يقول: إن كل موضع فسدت فيه المفاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان صارت عناناً.²

2 - لو اتفق الشرككان برضاهما على تحويل المفاوضة إلى عنان، صح لهم ذلك؛ اعتماداً على عموم ضابط الحنفية في أن "كل موضع فسدت فيه المفاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان صارت عناناً"؛ فلو تراضياً بعد العقد على إسقاط شرط من الشروط الواجب توافرها في صحة شركة المفاوضة والتي لا تشرط في شركة العنان، كإسقاطهم شرط التساوي في رأس مال الشركة أو في ربحها، أو إسقاط الكفالة، أو تقييد أحد الشركاء بنوع من التجارة، أو ما أشبه ذلك مما لا يشترط في العنان ويتحقق مصلحة لهما، فإنها تحول إلى شركة عنان تأخذ أحکامها وشروطها.

3 - لا يعني تحول العقد من شركة مفاوضة إلى شركة عنان سقوط الالتزامات المترتبة عن شركة المفاوضة من عقود وتعهدات وديون؛ بل إن هذه الالتزامات واجبة التنفيذ؛ لتعلق حق الغير بها أولاً، ولأن التحول لا تأثير له في تغير تفاصيل أحکام الشركة؛ وذلك لمساواة العنان للمفاوضة في الأركان والأحكام والشروط والمفسدات، ولا يفترقان إلا في بعض شروط تجحب

¹ انظر البحر الرائق/5192. والمبوسط 11/176

² انظر المختار وشرحه الاختيار 3/14 - 18 و البحر الرائق 5/182. 185.

للمفاوضة ولا تجب للعنان¹؛ فقد نص فقهاء الحنفية أن ما فسدة به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة².

لكن ينبغي تقييد وجوب تنفيذ الالتزامات بالالتزامات المترتبة عن مجالات الشركة وأعمالها، لا الالتزامات المترتبة على كفالة كل منهما عن الآخر لدائنه بسبب لا علاقة له بمال الشركة من تباهة أو إجارة أو استهلاك أو غصب فالآخر غير ضامن له ولا كفيل عنه كما هو الشأن في شركة المفاوضة.

الفرع الآخر: تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر فاسد لتصحيح آثاره عليه:
الأصل تصحيح العقد الفاسد بإرجاعه إلى أصل نفسه: تعالج آثار العقود الفاسدة بناء على العقد الفاسد نفسه؛ لا بناء على عقد آخر فاسد؛ لسببين:

أولاًهما: الأصل أن كل عقد أصل مستقل بنفسه، فوجب أن يرد فاسده إلى فاسد نفسه³.
الثاني: قياسا على عقود البيع والإجارة والنكاح؛ التي يرد فاسدها إلى فاسد نفسها؛ فالبيع الفاسد يرد إلى ثمن المثل، والإجارة الفاسدة ترد إلى أجراة المثل، والنكاح الفاسد يرد إلى مهر المثل؛ فوجب أن ترد سائر العقود الفاسدة إلى فاسد مثلها.

تطبيقات تحويل العقد الفاسد، إلى عقد إجارة فاسدة:

يرجع سبب تحويل النازلة من عقد فاسد إلى عقد الإجارة الفاسدة، فتعالج آثارها بناء على الإجارة الفاسدة، ولا تعالج آثارها بناء على العقد الفاسد نفسه؛ للأسباب الآتية:

السبب الأول: تحقق رضا المتعاقدين:

إذا اشترط أحد المتعاقدين شرطا لإبرام عقده، فإن الأصل وجوب الالتزام بهذا الشرط؛ إذ لو أجبر على تنفيذ العقد من غير مراعاة لشرطه، للزم على ذلك فقدان حصول الرضا المبنية عليه كافة العقود؛ لكن يحدث أحيانا أن يكون هذا الشرط غير جائز وقد جرى تطبيق العقد، الأمر الذي يؤدي إلى إشكال شرعي عند مراعاة آثار هذا الشرط، وإلى فقدان حصول الرضا إذا لم

¹ انظر البحر الرائق 191/5، 182

² انظر الفتوى الهندية 311/2.

³ انظر الشرح الكبير على مختصر خليل 3/540.

تراع آثاره، ويخرج من هذا الإشكال بتحويل هذه النازلة إلى عقد جديد وتكيفها عليه؛ ويتبين
هذا في تحول عقد الإعارة إلى إجارة فاسدة:

إذا اشترط المعيير على المستعير - وإن لم يفرط أو يتعد - ضماناً ما لا يصح اشتراط ضمانه مما
لا يغاب عليه كدابة مثلاً؛ فهذا الشرط غير جائز - عند فقهاء المالكية - في العارية؛ لأنها قائمة
على أمانة المستعير وعدم تضمينه، فيفسخ عقد العارية إن اطلع عليه قبل استيفاء المنفعة¹؛
فإن استوفيت المنفعة أو بعضها تكون أمام إشكال سواء في مراعاة الشرط؛ لفساده، أو في عدم
مراعاته لكون المعيير لم يرض بالإعارة إلا بحصول شرطه.

وقد خرج الفقهاء من هذا الإشكال بتحويل هذا العقد من الإعارة؛ فقالوا: إن اشتراط الضمان
على المستعير يخرج المسألة عن حكم العارية وستتها وأهم خصائصها وهو أمانة المستعير وعدم
تضمينه، يخرجها إلى باب الإجارة؛ لأن هذا الشرط يؤدي إلى أن هذا العقد عقد معاوضة،
إذ يجب على المستعير دفع عوض للمعيير في حال تلف الشيء المعارض بضمان قيمته التي لا
تلزمه شرعاً؛ إذ العارية لا عوض فيها، فخرج هذا العقد عن العارية، ولحق بعقد الإجارة المبنية
على المعاوضة²، لكنها إجارة فاسدة لجهالة العوض فيها؛ لأنه كأنه أجره بقيمتها وهي مجحولة،
فيrid هذا العوض المجهول إلى معلوم وهو أجرة المثل فيما استوفيت منفعته³.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

- لم يكن حصول التحول من العارية إلى الإجارة بسبب إضافة تصرف جديد أحدهه المتعاقدان
بعد انعقاد العقد، بل حصل بسبب أمرين:

أولهما: وجود شرط الضمان المصرح به في العقد؛ الذي أخرج المسألة عن حكم العارية وستتها
وأهم خصائصها وهو أمانة المستعير وعدم تضمينه.

ثانيهما: استيفاء منفعة الشيء المعارض أو بعضها؛ لأنه لو اطلع على عقد العارية قبل استيفاء
المنفعة لوجب فسخه؛ ولم يحول إلى عقد إجارة.

¹ انظر حاشية الدسوقي 436/3.

² إنما لحقت الإعارة بالإجارة لا بغيرها من العقود؛ لتشبهها بما في كونها انتفاعاً مؤقتاً.

³ انظر البيان والتحصيل 15/334. وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير 436/3. والمقدمات 2/252.

- روعي بهذا التحول عدم استمرار فساد العقد بسبب شرطه المفسد، كما روعي المعير عند اشتراطه تضمين المستعير الذي يستلزم حصوله على عوض، وقد تمثل هذا العوض بعد هذا التحول في حصوله على أجراً مثل.

- التعليل لوقوع الإجارة فاسدة بجهالة العوض فيها لا يفهم منه أنه إذا كانت قيمة الشيء المعاشر معلومة أن تكون الإجارة صحيحة؛ استحساناً؛ لأن قيمة الشيء المعاشر قد تكون كبيرة، وفي إلزام المستأجر بدفعها كأجراً مسممة، وهي بعيدة في قيمتها عن أجراً مثل إلحاقي ظلم بالمستأجر تأباه الشريعة.

السبب الثاني: وجود مفسد مخرج للعقد عن حقيقته:

قد ينشأ العقد فاسداً بسبب مفسد ترب عن خروج العقد عن ماهيته وحقيقة إلى عقد آخر، الأمر الذي لا يجوز معه معالجة الآثار بناء على العقد الأول؛ فيتحول حينئذ إلى عقد آخر فاسد يمكن تطبيق تلك الآثار عليه؛ وذلك مراعاة لعدم تداخل العقود واحتفاظ كل عقد بحقيقة التي تميزه عن غيره من العقود، كما في صورة المساقاة الآتية:

اشترط أحد المتعاقدين على الآخرأخذ زيادة من نقد أو عرض على نسبته من الشمار: لا يجوز لأحد المتعاقدين في المساقاة أن يشترط زيادة على نسبته من الشمار نقداً أو عرضاً، فإذا حصل ذلك خرجا عن حقيقة عقد المساقاة، وانتقل تصرفهما إلى عقد إجارة فاسدة؛ لأنَّه إنْ كانت الزيادة من رب الحائط؛ فكأنَّه استأجر العامل على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من عين أو عرض وبجزء من ثرته، وذلك إجارة فاسدة توجب الرد لأجراً مثل، ويحسب منها تلك الزيادة، ولا شيء له من الثمرة.

وإنْ كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عن حقيقة المساقاة إلى بيع الشمرة قبل بدء صلاحها؛ لأنَّ العامل كأنَّه اشتري الجزء المسمى له من الشمرة من ربع أو نصف بما دفعه لرب الحائط وبأجراً عمله، فوجب أن يرد إلى أجراً مثله، ويأخذ ما دفعه ولا شيء له من الشمرة¹.

¹ انظر الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه 2/261.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

- تبين أن سبب الفساد إذا كانت الزيادة من رب الحائط هو جهالة العوض المتمثل في الشمار التي يستحقها العامل التي قد تحصل أو لا تحصل؛ ولا يقال إن أصل المساقاة متصفه بهذا الغرر كذلك؛ لأنه يمكن القول إن هذا العقد بهذا الشرط لم يعد عقد مساقاة بل انتقل إلى إجارة يشترط فيها اكتمال شروط صحتها من انتفاء جهة العوض وغيره من الشروط.
- لم يمض عقد المساقاة بتصحّيده بإعطاء مساقاة المثل، بل فسخ؛ لأن الفساد لم يكن لحصول ضرر أو غرر، أو نحو ذلك من كل ما يفسد عقد المساقاة ولا يخرجها عن حقيقتها؛ بل كان الفساد مخرجاً للمساقاة عن حقيقتها إلى عقد آخر كما هو واضح في عرض المسألة؛ وهذا هو الفارق بين ما يجب فيه أجراً المثل مع فسخ العقد، وبين ما يجب فيه مساقاة المثل مع إمضاء العقد¹.

السبب الثالث: وقوع ظلم على أحد العاقددين:

لا يمكن - أحياناً - التعامل مع نتائج الفاسد نفسه وآثاره، إلا بوقوع ظلم على أحد المتعاقددين، فيليجاً إلى تحويل النازلة إلى عقد آخر فاسد، يمكن تصفية تلك الآثار عليه من غير وقوع ظلم للعاقددين أو أحدهما؛ وتشمل العقود التي تحول إلى إجارة فاسدة؛ رفعاً للظلم العقود الآتية: العقود التي يكون العوض فيه على البلاع لا يستحق العامل فيه شيئاً إلا بالتمام؛ والعقود التي يكون الربح فيها تابعاً للملأ وكان عمل أحد العاقددين فيها أكثر من صاحبه؛ والعقود التي لا يحق للعامل فيها القيام بالجائحة.

أ - العقود التي يكون العوض فيه على البلاع، ولا يستحق العامل فيه شيئاً إلا بالتمام، كما في تحويل المغارسة الفاسدة إلى إجارة فاسدة؛ ذلك أن الحكم بفسخ عقد المغارسة الفاسدة يتربّع عليه أن الغارس لا يستحق شيئاً على عمله إلا بثبوت الغرس وبلوغه الحد المنشّط؛ فإن المغارسة كما يقول الفقهاء على البلاع لا يستحق العامل فيها شيئاً إلا بالتمام²، وفي الفسخ قبل بلوغ هذا الحد وعدم إعطاء الغارس شيئاً ظلماً له، أما إذا حول هذا العقد إلى إجارة فاسدة

¹ انظر الشرح الكبير 3/548.

² انظر التسوبي 2/159.

يستحق معها الغارس أجراً مثلاً فيما عمله يكون قد روعيت قواعد الشرع في عدم الاستمرار في العقد الفاسد مع ضمان عدم وقوع الظلم على أحد.¹

ب - العقود التي ليس للعامل فيها القيام بالجائحة؛ ويتمثل ذلك في:
التحول من المساقاة إلى الإجارة:

يشترط فقهاء المالكية لصحة المساقاة ألا تتعقد بعد بدو صلاح الشمار؛ وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة²؛ لأن في ذلك منفعة لرب الحائط المتمثلة في سقوط الجائحة عنه؛ لأن الشمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن للمساقى "العامل" قيام بالجائحة، وكان بالخيار بين أن يتمادي على مساقاته، أو يخرج عنها.

فإذا وقع هذا العقد فسخ إن اطلع عليه قبل فواته بالعمل؛ فإن فات بالعمل حول عقده من مساقاة إلى إجارة فاسدة يجب فيها أجراً مثل يستحقها العامل فيما عمل³.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

- لم يصحح عقد المساقاة بعد بدو الصلاح بإعطاء مساقاة المثل وإمضائه وعدم فسخه؛ لأن هذا المفسد يخرج المساقاة عن حقيقتها⁴.
- وقع التحول من عقد مساقاة إلى إجارة لسببين:
 - أولاًهما: أن العامل في الإجارة له أن يقوم بالجائحة بعد بدو صلاح الشمار؛ فله أن يرجع بأجراً مثله فيما عمل؛ وفي ذلك رفع للظلم عن العامل، وتجنب لضياع عمله سدي.
 - ثانيهما: أن هذه الأجرا للعامل المستحقة في الإجارة متربة في الذمة؛ أما عوض العامل في المساقاة فمتعلق بالشمار المعينة الناشئة من عمل مساقاته.

¹ انظر البيان والتحصيل 15 / 404.

² انظر المدونة وختصر خليل والشرح الكبير عليه 3/539، وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير أن سخنون أجاز المساقاة بعد بدو الصلاح على حكم الإجارة؛ بناء على مذهبه من انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة.

³ انظر البيان 12/167 .168.

⁴ انظر المصدر السابق نفسه.

ج - العقود التي يكون الربح فيها تابعاً للمال وكان عمل أحد العاقدین فيها أكثر من صاحبه؛ ويتمثل ذلك في تحويل شركة العنان الفاسدة إلى إيجارة الفاسدة:

تفسد شركة العنان عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والظاهرية وزفر من الحنفية باشتراط التفاوت بين نسبة رأس المال المشارك به في الشركة من أحد الشركاء وبين نسبة ربحه¹.

ونص فقهاء المالكية على فسخ عقد الشركة إن اطلع على هذا الشرط قبل العمل، فإن اطلع عليه بعده فللعقد أحکام أخرى تتمثل في شيئين: أن يوزع الربح تبعاً لرأس المال المشارك به، لا على ما اتفقا عليه، وأن يحول عقد الشركة إلى إيجارة فاسدة فيما يتعلق بما زاد به أحد العاقدین من العمل على صاحبه، فيعطي أجراً مثلاً في ذلك؛ لعله يضيع عمله سدى بلا مقابل، وفي ذلك غبن وظلم له².

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

- يلاحظ في هذا التحول أنه لم يتم في كامل العقد؛ بل في جزءه؛ فقد تحول منه فقط ما تعلق بعمل أحد الشركين الزائد على عمل شريكه، ولم يتصل بتوزيع الربح الذي يتبع رأس المال كما هو المقرر في شركة العنان.

. يتضح في هذا التحول رفع للظلم والغبن الذي قد يقع على أحد المتعاقدين؛ وذلك جلياً باتفاق شريكي العنان على أن يسهم أحدهما بثلث المال، مع دخوله على المناصفة في الربح والعمل، مما تفسد معه الشركة؛ وتصحيحها بالاقتصار على إرجاع نسبة الربح إلى نسبة المال المشارك به، من غير معالجة للتباوت الواقع بين نسبة العمل ونسبة المال المشارك به - ينشأ عنه وقوع ظلم عليه.

لكن بإعطائه أجراً ما زاد من العمل على صاحبه، رفع للغبن عنه، مع تطبيق قاعدة الربح تابع للمال المقرر في شركة العنان بتنفيذ توزيع نسبة الربح تبعاً لنسبة المال المشارك به.

¹ انظر ختصر خليل مع الشرح الكبير 354/3 وتحفة المحتاج 389/2 والمخلوي 8 / والاختيار 18/3.

² انظر الشرح الكبير للدردير 354/3، وشرح التسوبي 211/2.

ثانياً: تصحيح العقد الفاسد بحذف المفسد

يعد تصحيح العقد بحذف المفسد أحد طرق تصحيح العقود الفاسدة، وقد أخذ بهذا المصحح الفقهان الحنفي، والمالكي الذي توسع فقهاؤه في الكلام على حذف المفسد، وتأصيله، وذكروا شروط حذفه والتتصحّح به، كما سيتضح فيما يأتي:

ما نص عليه فقهاء المالكية من حذف المفسد:

قرر فقهاء المالكية أن حذف الشرط المفسد يعد أحد طرق تصحيح العقود الفاسدة، التي يمكن أن تقلب صحيحة إذا رضي مشرطها بالتنازل عنه وحذفها؛ وقد نصوا من الشروط المفسدة التي يصحح العقد بحذفها على الآتي:

أولاً: إسقاط الشرط المنافق للمقصود من العقد:

النوع الأول من الشروط المفسدة للعقد، التي يمكن تصحيح العقد بحذفه، هو: الشرط المنافق للمقصود بالعقد، ومنه: الشرط الذي يقتضي التحجّير على المشتري فيما اشتراه، الذي يؤدي إلى نقص في الملك؛ كما يقول الإمام مالك في الموطأ.¹

ويقتضي الملك التام للمباع ذكره الإمام، إعطاء المشتري الحقوق الآتية:
أولاً: القدرة على انتفاع المشتري بالمبيع، على أي وجه أراده، حال من الضرر.

ثانياً: التصرف في المبيع بكل ما أحيازته الشريعة من تصرفات وعقود: كالبيع والإجارة والرهن والتبرع والإعارة.

ثالثاً: إقامة العلاقة – بهذه العقود والتصرفات – مع من يشاء من له أهلية التصرف.

رابعاً: استمرار ملك المشتري للمباع؛ حتى انتقاله لورثته في حال موته، إلا إذا أراد المشتري إنهاءه، بنقله للغير بالتبرع به أو بيعه.

وبالاستقراء للأمثلة التي ذكرها فقهاء المالكية للشرط المنافق للمقصود من العقد تتبين الأوجه الآتية:

¹ المؤطأ 616/2

أن اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أو يهبه - مثلاً - تقييدٌ لحقه في التصرف. أو على أنه إن باع السلعة فهو أحق بها بالثمن الذي تباع به، أو اشتراها به منه؛ أو لا يبيعها إلا لفلان أو جهة معينة؛ تقييدٌ للمشتري في إقامة العلاقة مع من يشاء. والشرطُ عليه ألا يزرع الأرض التي اشتراها أو يبني عليها، أو ألا يخرج بالمبيع من البلد تحجِّر عليه في الانتفاع به.

كما أن الاشتراط عليه أن يبيع المبيع بعد زمن أو يهبه، تقييدٌ زمنيٌّ للملك.¹ ويمكن أن نلخص تلك الأوجه كلّها فيما قاله - العالمة التسولي - أن المؤثر في هذه الشروط هي كونها من باب (اشتراط ما يوجب الحكم خلافه؛ لأن الحكم يوجب جواز تصرف المشتري في مشتراكه على أي وجه شاء).²

تصحيح العقد بحذف الشرط المناقض للمقصود بالعقد:

المشهور عند فقهاء المالكية أن العقد الفاسد بسبب شرطه المنافي للمقصود من العقد إذا عُلم به قبل فوات السلعة، يمكن تصحيحة، فينقلب من الفساد إلى الصحة؛ إذا رضي مشترطه (بائع) بالتنازل عنه وحذفه؛³ مع إلزامه بقبول الثمن نفسه المتعاقد عليه.⁴ وقد نص على هذا النوع من التصحيح من أئمة المالكية: مالك، وابن القاسم، وغيرهما؛⁵ وهذه بعض نصوص فقهائهم حول صحة العقد إذا تم حذف الشرط المحجَّر المنافي للمقصود من العقد:

ففي المدونة: (عن علي بن زياد عن مالك بن أنس فيمن ابْتَاع جارية على ألا يبيعها ولا يهبهَا فباعها المشتري، أنه ينقض البيع وترد إلى صاحبها إلا ألا يرضى أن يسلّمها إليه ولا شرط

¹ انظر بعض هذه الأمثلة في: المقدمات لابن رشد 64/2، وشرح التسولي 2/7.

² شرح التسولي على العاصمية 2/7.

³ انظر المدونة 4/319 والمقدمات لابن رشد 2/65 وإكمال الإكمال 5/296 والشرح الكبير على مختصر خليل 3/66 وتحذيب البراذعي 2/657.

⁴ انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3/67.

⁵ لم ير هذا التصحيح من فقهاء المالكية: أشهب، كما في التوضيح 5/353.

فيها)¹. وجاء في مقدمات ابن رشد عند كلامه على صور الشرط الذي يقتضي التحجير على المشتري، إذا وقع شيء منها: (أنه يفسخ ما دام البائع متمسكاً بشرطه، وإن ترك الشرط صحيحاً، وهو المشهور في المذهب)²؛ وفي مختصر خليل مع الشرح الكبير: (وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة أو حذف شرط التدبير ونحوه من كل شرط ينافي المقصود)³.

ومن أمثلة الشرط الفاسد المنافي لمقتضى العقد في باب الإجارة، التي يمكن تصحيح عقد الإجارة بحذفها:

1. شرط ضمان الأجير المستأجر: يرى فقهاء المالكية أن متولي العين المؤجرة من أجير كراع للغنم ومستأجر للدار أمينٌ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع والتلف، ولا يضمن إلا إذا حصل منه تفريط، فلو شرط عليه ضمانها بغير تفريط، فالشرط فاسد مفسد للعقد، مخالف لمقتضاه في ألا يضمن متولي العين المؤجرة إلا بالتعدي والتفريط.
لكن إذا سقط الشرط قبل فوات العقد بانقضاء مده، فتمضي الإجارة وتصح بالأجرة التي تراضياً عليها حال العقد⁴.

2 - شرط عدم استفادة المستأجر من العين المؤجرة بكامل مدتها إن خرج منها: حوز فقهاء المالكية استئجار العقار شهراً - مثلاً - على شرط أنه إن سكن مستأجره يوماً فأكثر من الشهر لزمه الأجرة بتمامها ولو خرج منه، لكن بشرط أن يملك المستأجر الانتفاع ببقية المدة بالسكنى أو الإسكان أو غير ذلك من وجوه الانتفاع.

فإن دخلا على خلاف ذلك، واشترط على المستأجر أنه إذا خرج من العقار في أثناء المدة فإنه لا يتصرف فيه بسكنى ولا غيرها، كان العقد فاسداً؛ مخالفته لمقتضى العقد؛ لأن مقتضاه أن

¹ المدونة/319.

² المقدمات/2.65.

³ مختصر خليل مع الشرح الكبير للدردير/3.67.

⁴ نفس المصدر/4.24.

يستفيد المستأجر بكمال المدة المتفق عليها؛ لكن إن أُسقط هذا الشرط قبل انقضاء المدة صح العقد¹.

الإمام ربيعة بن أبي عبد الرحمن (ربيعة الرأي)، أقدم من نص على تصحيح العقد بحذف الشرط الممحور:

ينبغي أن تنسب نظرية حذف المفسد في الفقه الإسلامي إلى الإمام ربيعة بن أبي عبد الرحمن؛ فإنه أول من نص - بناء على ما اطلعت عليه - على تصحيح العقد الفاسد بسب الشرط المحجر إذا رضي مشترطه بالتنازل عنه وتركه؛ فقد ورد في المدونة عن سحنون قال: (وآخرین ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ربيعة بن عبد الرحمن أنه قال: كل شرط احتجز به على رجل في جارية يبتاعها، يمنع به هبتها وبيعها، أو ما يجوز للرجل في ملكه، أو يشترط عليه أن يلتمس ولدها ولا يعزلاها؛ فلا يحل له أن يطأها على شيء من هذه الشروط).

وإن اشترط ذلك عليه فأهل الجارية أحق بجواز البيع إن تركوه من الشروط وخلوا بينه وبين الجارية بغير شرط، وإن أبوا تناقضوا البيع؛ وذلك أنه لا يحل له من الجارية ما اشتراها له به من أن يمسها والحاجة له إليها والشرط الذي اشترط عليه فيها؛ فأهل الجارية بالخيار إن شاءوا وضعوا عنه الشرط، وإن شاءوا نقضوا البيع، إن لم يطأها؛ فإن وطأها كان في ذلك رأي الحكم².

فقد صر الإمام ربيعة بأن البائع بالخيار إن شاء وضع الشرط عن المشتري، أي: أُسقطه؛ وإن أبي نقض البيع، وفي قوله: "لا يحل له أن يطأها على شيء من هذه الشروط" موافقة لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، الذي رواه مالك في الموطأ، وفيه: "أن عبد الله بن مسعود ابتعاجارية من امرأته زينب الثقافية، واشترطت عليه أنك إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به؛ فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، فال عمر بن الخطاب: لا تقربها وفيها شرط لأحد"³.

¹ انظر حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير 4/44.

² المدونة 4/319.

³ الموطأ 2/616.

وفي قول عمر في هذا الأثر إشارةً لنظرية حذف المفسد في الفقه الإسلامي؛ بناء على تأويل بعض الفقهاء لقول عمر: "لا تقربها وفيها شرط لأحد"، أنه قصد به أنه "لا يجوز للمبتعث أن يطأ حتى يوقف البائع فيترك الشرط ويقضي البيع"¹; قال ابن رشد: وهو أظهر التأويلات؛ لأن ظاهر الأثر أنه إنما سأله بعد أن اشتراها؛ لا قبله مستشيرا له في شرائها؛ راجا بذلك على تأويل ابن حبيب لقول عمر: لا تقربها وفيها شرط لأحد؛ أي: لا تشتريها وفيها شرط لأحد².

لمن الحق في الخيار بين إسقاط الشرط مع إمضاء البيع، وبين فسخ العقد؟

أعطى الفقهاء الحق في الخيار بين إسقاط الشرط والتنازل عنه مع إمضاء البيع، وبين عدم التنازل عنه وفسخ العقد - أعطوا هذا الحق لمشترطه وهو البائع؛ فهو أحق بإجازة عقد البيع - كما قال الإمام ربيعة الرأي - إن ترك شرطه وخلقي بين المشتري وبين سلطته بغير شرط، وإن أبي نقض البيع³.

وإنما أُعطي حق الخيار للبائع؛ لأن البيع قد وقع بانقضاض من الشمن المعتاد؛ لأجل الشرط؛⁴ فعولج هذا النقص بتخييره بين إمضاء البيع بالشمن نفسه المتعاقد عليه، وبين فسخ البيع إن أراد التمسك به؛ وتخييره يرفع الضرار عنه.

شبهة على تصحيح العقود بحذف الشرط المناقض للمقصود من العقد:

قد يقال: إن في تصحيح عقد البيع بإسقاط الشرط الحجر ظلم للبائع؛ ذلك أنه لم يرض بانعقاد العقد إلا بوجود شرطه؛ فكيف جاز العقد بإسقاط الشرط، مع وجود هذا الظلم؟! يحاب عن ذلك، بأن في إعطاء الخيار لمشترط الشرط المناقض للمقصود من العقد: إما بالتنازل عن شرطه وإمضاء البيع، أو بعدم التنازل عنه وفسخ العقد - إعطاؤه هذا الخيار رفع للظلم الواقع عليه؛ إذ خيرته تنفي ضرره كما يقول الفقهاء.

¹ البيان والتحصيل 7 / 265.

² انظر المصدر السابق نفسه.

³ انظر المدونة 4/319. ومقدمات ابن رشد 2/65.

⁴ انظر الشرح الكبير على مختصر خليل 3/67. ومقدمات ابن رشد 2/65.

فتعوج الظلم على البائع عند التصحيح بإسقاط الشرط بتحييره؛ كما عوّل ضرر الإخلال بالثمن – عند فوات السلعة وعدم تحييره بالإسقاط – باستحقاقه الأكثـر من الثمن والقيمة يوم القبض؛ لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعاد؛ لأجل الشرط؛¹ فارتفاع بذلك ما قد يُحدثه الشرط من الإخلال بالثمن.

¹ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 3/67. ومقدمات ابن رشد 2/65.

إسقاط شرط القرض مع عقد البيع

النوع الثاني من الشروط المفسدة للعقد، التي يمكن تصحيح العقد بحذفه، هو: شرط السلف مع البيع:

دليل النهي عن شرط السلف مع البيع، وعلته:

ذهب الفقهاء إلى منع اجتماع القرض مع البيع في عقد واحد، وأنه إذا اشترط أحد المتباعين قرضاً من العاقد الآخر في عقد البيع، فإنه يقع فاسداً¹ وحکى بعضهم الإجماع على هذا المنع.²

وقاس الفقهاء على عقد البيع عقوداً أخرى، فمنعوا كل ما قارن السلف من إجارة أو شركة أو قراض أو نكاح؛ لاشتمالها على علة النهي الوارد في الحديث³؛ وهو ما ورد في الموطأ وسنن النسائي والترمذمي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف.⁴

تصحيح العقد بحذف شرط السلف مع البيع:

المشهور في مذهب مالك أن عقد البيع الفاسد بسبب شرط سلف أحد المتباعين من الآخر يصحح إن حذف شرط السلف، بالثمن المسمى نفسه الذي وقع البيع به؛ ويفسخ العقد إن أبي مشترط السلف ترك شرطه⁵ وهذه نصوص أقوال فقهائهم:
حاء في الموطأ: قال مالك – بعد تفسيره لحديث النهي عن بيع وسلف – «إإن ترك الذي

¹ انظر البحر الرائق 6/93 وتحفة الحاج 2/138 والمغني 4/260 والمحلى 8/552.

² انظر شرح ابن ناجي وزرور على الرسالة 2/124.

³ انظر شرح ابن ناجي على الرسالة 2/125.

⁴ روى مالك بлагاؤ: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف. ووصله النسائي، والترمذمي وقال: حديث حسن صحيح. انظر: الموطأ 2/657 كتاب: البيوع. باب: السلف وبيع العروض ببعضها بعض.

⁵ وسنن الترمذمي 3/534 كتاب البيوع، باب: كراهة بيع ما ليس عندك. وسنن النسائي 7/288 كتاب: بيع. باب: بيع ما ليس عند البائع.

⁶ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 3/67. والبيان والتحصيل 7/215، والمقدمات 2/65.

ومقابل المشهور أن العقد يفسخ ما دامت السلعة قائمة؛ فإن فاتت السلعة وجبت فيها القيمة بالغة ما بلغت؛ كانت أقل من الثمن أو أكثر. انظر البيان والتحصيل 7/265، والمقدمات لابن رشد 2/66.65.

اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائز». ¹

وفي البيان والتحصيل: أن البيع على السلف يفسخ على القول "المشهور ما دام البيع متمسكاً بشرطه؛ فإن ترك السلف صح البيع"²; وفي مختصر خليل مع الشرح الكبير: (وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة أو حذف شرط التدبير ونحوه من كل شرط ينافق المقصود). ³.

الشبه على تصحيف العقد الفاسد بحذف شرط السلف:

قد يقال: إن في تصحيف عقد البيع بإسقاط شرط السلف ظلم لشرطه؛ ذلك أنه لم يرض بانعقاد العقد إلا بوجود شرطه؛ فكيف جاز العقد بإسقاط الشرط، مع وجود هذا الظلم؟
يجاب عن ذلك، بأن في إعطاء الخيار لشرط السلف: إما بالتنازل عن شرطه وإمضاء البيع، أو بعدم التنازل عنه وفسخ البيع - إعطاؤه هذا الخيار رفع للظلم الواقع عليه؛ إذ خيرته تنفي ضرره كما يقول الفقهاء.

فتعوج الظلم على البائع عند التصحيف بإسقاط الشرط بتحييره؛ كما تعوج ضرر الإخلال بالثمن - عند فوات السلعة وعدم تحييره بالإسقاط - باستحقاقه الأكثر من الثمن والقيمة إن كان المشترط للسلف هو المشتري؛ وإيجاب الأقل من الثمن والقيمة إن كان مشترط السلف هو البائع⁴، فارتفاع بذلك ما قد يحدنه الشرط من الإخلال بالثمن.

هل يجبر صاحب الشرط الفاسد على إسقاط شرطه، أم أن ذلك يرجع إلى رضاه واختياره؟

الأظهر فتها أن صاحب الشرط يختار بين إسقاط شرطه مع إمضاء العقد، وبين التمسك بشرطه مع فسخ العقد؛ وأن الأمر راجع إليه؛ للأتي من الأدلة:

1 - يتضح من تعبير الفقهاء إلى أن الاختيار يعود لصاحب الشرط؛ ففي الموطأ قال مالك:

¹ الموطأ/2/657

² انظر البيان والتحصيل /7/265

³ مختصر خليل مع الشرح الكبير للدردير/3/67.

⁴ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه/3/67. ومقدمات ابن رشد/2/65.

«فإن ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا»¹؛ وفي التمهيد لابن عبد البر: "إذا طاع الذي اشترط السلف بترك سلفة"²؛ وفي مقدمات ابن رشد: "يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكا بشرطه"³

2 - أن في إجبار صاحب الشرط على إسقاط شرطه مع إمضاء العقد، إكراراً له على عقد لم يرضيه؛ لأنه قد يقول بأنه إنما اختار العقد ورضي به بسبب الشرط المصاحب له؛ ومبني العقود وشرعيتها على الرضا.

أما إذا خير بين إسقاط شرطه مع إمضاء العقد، وبين التمسك بشرطه مع فسخ العقد؛ فقد رفع الظلم عنه؛ إذ خيرته تبني ضرره، كما يذكر ذلك الفقهاء.

المفسدات التي لا تصحح بحذف المفسد:

يتناول هذا المطلب ما نص عليه فقهاء المالكية من الشروط المفسدة التي لا يصحح العقد بحذفها؛ بل يجب فسخها، ولو رضي مشترط الشرط بحذفه؛ وهي:

1 - البيع الفاسد بسبب وجود الشرط الحرام لذاته:

إذا شرط في عقد البيع شرط حرام فإنه يبطل العقد ولا يصحح بحذف الشرط المفسد، والمقصود بالشرط الحرام، الحرام لذاته؛ كبيع محل وشروط أن بياع فيه الخمر أو أن يكون مجمعا لأهل الفساد، أو نحو ذلك من المحرمات.⁴

وذلك احترازا من الشيء المشروط إذا كان في أصله حلالا جائزا، كاشتراك البائع على المشتري أن يحتفظ بما اشتراه ولا يبيعه ولا يهبه، فهذا الفعل المشروط مما يجوز للمشتري فعله؛ والمنع إنما هو اشتراطه في العقد، ويندرج هذا النوع من الشروط تحت الشروط المحرجة على المشتري فيما اشتراه والمنافية لمقتضى العقد، والتي سبق بيان أنها قابلة للتصحيح بحذف الشرط المفسد المحرج المنافي لمقتضى العقد.

¹ الموطأ 657/2

² التمهيد 12/193.

³ مقدمات لابن رشد 2/65.

⁴ شرح التسوبي على العاصمية 8/2.

2 - البيع الفاسد بسبب وجود شرط يؤدي إلى الغرر:

إذا شرط في عقد البيع شرط يؤدي إلى حصول صورةٍ من صور الغرر والجهالة في البيع؛ فسد عقده ولا يصح ولو رضي مشترطه بالتنازل عنه؛ ففي مقدمات ابن رشد أن (الشرط إذا آل به البيع إلى الغرر أو الجهلة في الشمن أو المثمون، فالبيع فاسد مفسوخ على كل حال، ولا خيار في إمضائه لأحد المتباعين)؛¹ وأنه (إذا باع الرجل السلعة بثمن مجھول أو إلى أجل مجھول، أو ما أشبه ذلك فسخ على كل حال في القيام والفوائد، شاء المتباعيان أو أبيا).²

وفي باب الإجارة اشترط فقهاء المالكية لتصحيح عقد الإجارة بحذف الشرط المفسد ألا يوجب الشرط المفسد غرراً شديداً، فإن أوجب ذلك فسخ عقد الإجارة ولو أسقط الشرط، كما إذا أجر شخص داراً مدة شهر، على أنه إن خرج منها في أثناء المدة رجعت الدار المستأجرة لربها، ولزمه الأجرة كاملة، فإن هذا يوجب غرراً في أصل العقد؛ إذ معنى رجوعها لربها انفساح العقد، فهو غرر أشد من غرر اشتراط ألا يتصرف في الدار المستأجرة بسكنى ولا غيرها.³.

3 - اجتماع السلف مع بيع الصرف:

سبق بيان أن اشتراط عقد السلف مع عقد البيع أو مع غيره من عقود المعاوضة، هو شرط فاسد مفسد للعقد، لكن يمكن تصحيحه إن رضي مشترط السلف بحذف شرطه. واستثنى فقهاء المالكية عقد الصرف من هذه القاعدة، فذكروا أنه إن اجتمع السلف والصرف في عقد واحد فسد عقد الصرف وفسخ عقده ولو رضي مشترط السلف بتركه؛ وعللوا ذلك بأن عقد الصرف أضيق العقود، فيتشدد فيه أكثر مما يتشدد في سائر البيوع.⁴

وتتمثل مظاهر تشدد الفقهاء في الصرف في أنهم يشترطون فيه المناجزة الصحيحة التامة للعواضين؛ بحيث لا يفارق أحدهما صاحبه إلا سلمه كل العوض المعقود عليه؛ وهذا فإنهم لا يحيزون في الصرف البيع بالأجل: مقططاً أو لا، ولا التأخير في جزء من المتصروف، ولا المعاودة

¹ المقدمات لا بن رشد 66/2.

² المقدمات 2/64.

³ انظر شرح الزرقاني على مختصر خليل 44/7 والشرح الكبير على مختصر خليل 44/4.

⁴ انظر البيان والتحصيل 7/38.

بعقده، ولا الحوالة بعوضه، كما لا يجيزون فيه شرط الخيار أو الكفالة أو الرهن، ولا التصديق في جنس المصروف ولا عدده ولا وزنه، ولا أن يوكل غيره في القبض بغير حضوره؛ إلى غير ذلك من دلائل التشدد.¹

4 - العقد الفاسد بعد فواته:

يشترط الفقهاء لتصحيح العقد الفاسد بحذف المفسد أن تكون السلعة قائمة عند المشتري، لم تفت بما يفوت به المبيع الفاسد،² من حالة سوق فاعلى، كتغير في ذات المبيع، أو تلفه، أو نقل ملكيته ببيع أو تبرع: من هبة أو وقف، أو تعلق حق الغير به برهنه أو إجارته، أو غير ذلك من مفوّتات البيع الفاسد.³

إإن فاتت السلعة، وكان الشرط المفسد مناقضاً للمقصود من العقد فإن العقد يصح بالدفع للبائع الأكثـر من الثمن والقيمة يوم القبض؛ لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعتمـد؛ لأجل الشرط؛⁴ ففي المدونة: (عن علي بن زياد عن مالك بن أنس فيمن ابـتاع جارية على ألا يبيعها ولا يهـبها فباعها المشـتري أنه ينقض البيع وترد إلى صاحبها إلا أن يرضـي أن يسلـمها إليه ولا شـرط فيها، فإنـ كانت قد فـاتـتـ فـلـمـ توـجـدـ أـعـطـيـ البـائـعـ فـضـلـ ماـ وـضـعـ لهـ منـ الشـرـطـ).⁵

وحـكـىـ ابنـ رـشـدـ قـوـلاـ آخرـ فيـ طـرـيقـةـ تعـويـضـ الـبـائـعـ بـسـبـبـ إـسـقـاطـ شـرـطـهـ،ـ فـائـلاـ:ـ (ـوـقـيلـ إـنـ يـرـجـعـ الـبـائـعـ عـلـىـ الـمـشـتـريـ إـذـاـ فـاتـتـ بـمـقـدـارـ مـاـ نـقـصـ مـنـ ثـمـنـ بـسـبـبـ شـرـطـ عـلـىـ كـلـ حـالـ،ـ وـلـاـ يـنـظـرـ فـيـ ذـلـكـ إـلـىـ الـقـيـمـةـ كـانـتـ أـقـلـ مـنـ ثـمـنـ أـوـ أـكـثـرـ،ـ وـوـجـهـ الـعـمـلـ فـيـ ذـلـكـ عـلـىـ هـذـاـ القـوـلـ أـنـ تـقـومـ السـلـعـةـ بـشـرـطـ وـبـغـيرـ شـرـطـ،ـ فـمـاـ كـانـ بـيـنـ الـقـيـمـيـنـ مـنـ الـأـجـزـاءـ رـجـعـ الـبـائـعـ عـلـىـ الـمـبـاعـ بـذـلـكـ الـجـزـءـ مـنـ ثـمـنـ).⁶

وـإـنـ فـاتـتـ السـلـعـةـ،ـ وـكـانـ شـرـطـ المـفـسـدـ هوـ:ـ اـشـتـرـاطـ السـلـفـ مـعـ الـبـيعـ؛ـ فـإـنـ الـعـقـدـ يـصـحـ

¹ انظر المقدمات لابن رشد 17.14/2، والموافقات للشاطبي 3/201.

² انظر البيان والتحصيل 264/7. والشرح الكبير على مختصر خليل 67/3.

³ انظر مفوّتات البيع الفاسد في مختصر خليل مع الشرح الكبير 3/72. وما بعدها.

⁴ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 3/67. ومقدمات ابن رشد 2/65.

⁵ المدونة 3/319.

⁶ المقدمات 2/65.

بالأكثر من الثمن والقيمة يوم الفبس إن كان البائع هو مشترط السلف، فإذا باع السلعة بعشرين وقيمتها ثلاثة أو بالعكس لزمه ثلاثة؛ ويصح بال أقل من الثمن والقيمة إن كان المشتري هو مشترط السلف، فإذا اشتري السلع بعشرين وقيمتها ثلاثة أو بالعكس لزمه ¹عشرون.

تصحيح حذف المفسد عند فقهاء الحنفية:

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن العقد الفاسد ينقلب صحيحاً إذا زال المعنى المفسد للعقد قبل تقرر الفساد وثبوته؛ وتقرر الفساد يحصل إما بانقضاء المجلس، أو بمرور ثلاثة أيام، أو بأكثر من ذلك على حسب اختلاف المفسد؛ ونصوا من ذلك على مسائل:

1 - عقد بيع، جهل فيه أحد العوضين:

إذا حصل عقد بيع، مع جهالة في الثمن أو المبيع فحكمه الفساد، إلا إذا علم العوضان بتسمية الثمن وتحديد المبيع قبل تقرر الفساد وثبوته بانقضاء المجلس فينقلب صحيحاً؛ فإذا زالت الجهالة بعد انقضاء المجلس لم يصح العقد؛ لثبتوت الفساد حينئذ وتقرره.

2 - شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام:

إذا شرط في عقد البيع خيار الشرط لأكثر من ثلاثة أيام فهو عقد فاسد؛ إذ لا يجوز عند فقهائهم اشتراط الخيار لمدة تزيد على ذلك؛ وينقلب العقد صحيحاً إذا أحاز من له الخيار البيع في أثناء الثلاثة الأيام، ولو في ليلة الرابع، لارتفاع المفسد قبل تقرره؛ لأن الفساد إنما يحصل باليوم الرابع.

وبإحازة من له الخيار إمساء البيع قد زال المعنى المفسد قبل مجبيه، فينقلب العقد صحيحاً.

3 - الجهالة اليسيرة في أجل تسليم الثمن:

قسم فقهاء الحنفية الجهالة في أجل تسليم الثمن إلى جهالة يسيرة متقاربة، وجهالة كبيرة متفاوتة، على النحو الآتي:

¹ انظر المدونة 319، والمقدمات لابن رشد 65، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 3/67.

الجهالة اليسيرة، ومثلوا لها بتأجيل الثمن إلى الحصاد، والقطاف، والجذاذ، وقدوم الحاج، وخروجهم، ونحو ذلك مما يكون الأجل فيه متقارباً¹، ورأوا أنه إذا أبطل المتعاقدان هذا الأجل قبل حلوله انقلب العقد صحيحاً؛ لأن الفساد كان للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقرره، وهي جهالة في شرط زائد لا في صلب العقد، فيمكن إسقاطها؛ وإن مضت المدة قبل حذف هذا الأجل وإبطاله تأكيد فساده.

الجهالة الكبيرة: ومثلوا لها بتأجيل الثمن إلى الميسرة، وإلى أن تطر السماء، ونحو ذلك مما يتفاوت فيه الأجل، فيينقلب معه العقد صحيحاً، بشرط إلغاء المتابعين للأجل في مجلس العقد قبل التفرق ونقد الثمن.

وخالف الإمام رُفر فقهاء الحنفية؛ حيث ذهب إلى أنه لا ينقلب العقد جائزاً بعد أن انعقد بوصف الفساد، ولو أبطل الأجل في المجلس².

¹ ذهب المالكية إلى جواز التأجيل بهذه الأجال ونحوها مما فيه جهالة يسيرة؛ لأنها معلومة عند الناس، وحدوها بوسط ما ذكر من القطاف، والصاد، ونحوها. انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 3/117.

² انظر البحر الرائق 5/303 و 6/97 والاختيار 2/30.

ثالثاً: تصحيف العقد الفاسد، بالقيمة السوقية

إذا وقع العقد فاسداً ولم يمكن تصحيحته بتحويله إلى عقد آخر صحيح، ولا بحذف مفسده؛ لعدم توافر شروط التصحيح بهما؛ فإنه يصحح - إذا فات وقت فسخه - بالقيمة السوقية التي يقوم بتقديرها المختصون المزاولون للتقويم من أهل سوقها؛ سواءً كانت سلعة، أم منفعة، أم خدمة؛ ولا يمضي العقد بالعوض المسمى المتفق عليه في العقد؛ لأن العوض المسمى ملغى تبعاً لفساد العقد، ويقوم التقويم من المقومين مقام الرضا من العاقدين¹.

والغالب عند فقهاء المالكية على المشهور الأظهر عندهم أن كل عقد فاسد يرد إلى صحيح نفسه في إعطاء القيمة السوقية؛ فالبائع الفاسد يعطى فيه ثمن المثل، والإجارة الفاسدة تعطى فيها إجارة المثل؛ والجعالة الفاسدة جعل المثل، والقراض الفاسد قراض المثل؛ والمساقاة الفاسدة تستحق فيها مساقاة المثل؛ أما غيرهم من الفقهاء فلا يوجبون في الإجارة والجعالة والقراض والمساقاة إلا أجراً المثل.

ووجه ما ذهب إليه فقهاء المالكية الأدلة الآتية:

الأول: أن هذه العقود أصول في نفسها جوزتها السنة، فوجب أن يرد فاسدتها إلى صحيحتها.
الثاني: قياساً لها على سائر العقود الجائزة من البيع والإجارة؛ فالبائع الفاسد يرد إلى ثمن المثل، والإجارة الفاسدة ترد إلى أجراً المثل، فوجب أن ترد هذه العقود إلى أصول نفسها.
الثالث: أن ذلك أدنى إلى العدل، وأقرب إلى ما تراضى عليه العاقدان؛ فالردد إلى جعل المثل في الجعالة الفاسدة - مثلاً - اقترب إلى ما تراضى عليه المتعاقدان في الجعل المسمى؛ إذ أن عوض الجعل يكون أكثر - غالباً - من عوض الأجرا؛ لارتباط الجعالة بالغرر والمحاطرة؛ فالعامل في الجعالة إنما آثارها على عقد الإجارة - مع علمه بأن عمله وعناءه وتعبه قد يذهب سدى فيها - لأن عوض عمله فيها أكبر من عوض الإجارة.

وتختلف أحکام القيمة السوقية تبعاً لاختلاف العقود الفاسدة، من البيوع والإجارات والشركات، ولنأخذ مثلاً لذلك عقد البيع الفاسد؛ وتفاصيل تصحيحة بإعطاء القيمة السوقية.

¹ انظر بداية المحدث 540.

مذاهب الفقهاء في تصحیح عقد البيع الفاسد بالرجوع إلى القيمة السوقية:

سبق بيان أن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية والأباضية يرون أن عقد البيع الفاسد لا يمكن تصحیحه ولو قبض المبيع وفات؛ إذ لا ينقلب الفاسد صحيحاً، ولا يمكن للعاقدين أو أحدهما إصلاح ما فسد من غير ابتداء عقد، أو تجديده¹.

ويرى فقهاء الحنفية والمالكية تصحیح العقد الفاسد بإعطاء القيمة السوقية للمبيع إن كان عرضاً، أو مثله إن كان مثلياً²؛ جاء في تبین الحقائق: (ولو تصرف فيه المشتري ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشتري من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه، إذا كان تصرفه بعدما قبضه بإذن البائع، وليس للبائع إبطاله، وعلى المشتري القيمة أو المثل إن كان مثلياً)؛ وفي شرح الخرشي: فإن فات المبيع بيعاً فاسداً كله، أو أكثره بمفوت ضمن المشتري في المقوم القيمة حين القبض وفي المثل مثلياً³.

ويطلق الفقهاء مصطلح «القيمة»، وييريدون به - أحياناً - بدل المبيع ليشمل المثل إذا كان المبيع مثلياً، والقيمة إذا كان مقوماً⁴.

شروط تصحیح عقد البيع الفاسد بالقيمة:

نص فقهاء الحنفية والمالكية على أن عقد البيع لا يصح بالقيمة السوقية إلا بتوافر شرطین، هما: حصول قبض للمعقود عليه، وحدوث مفوت يمنع رده⁵؛ وتفصيل أحكام الشرطين في الآتي:

الشرط الأول: القبض:

يتفق المذهبان الحنفي والماليكي على أن القبض شرط لتصحیح العقد الفاسد وإمضائه بالقيمة؛ لكنهما اختلفوا في الأثر الذي يتربّع على القبض في العقد الفاسد؛ على النحو الآتي:

¹ الأم 96.5/3 والمغني 4/252 وشرح منتهى الإرادات 2/647.127.60 والمحل 564 والإيضاح 285/3 وما بعدها.

² انظر المختار وشرحه الاختيار 27/2

³ انظر شرح الخرشي على مختصر خليل 4 / 86.

⁴ انظر البحر الرائق 6/101

⁵ انظر أصول السرخسي 1/89.90 والبحر الرائق 6/103 . والمدونة 4/147.

يرى فقهاء الحنفية أن عقد البيع الفاسد يفيض الملك بالقبض¹؛ جاء في مختصر القدوري: (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بإذن البائع - وفي العقد عوضان كل واحد منهما هو مال - ملك المبيع بقيمتها)؛ وقد اختلف فقهاء الحنفية في مقدار هذا الملك؛ فيرى العراقيون منهم أن المشتري يملك التصرف في المبيع دون عينه، واستدلوا على ذلك بعدم حل أكله لو كان طعاماً، وعدم حل لبسه لو كان ثياباً، وعدم وجوب الشفعة فيه لشفيعها.²

ويرى أهل بلخ من الأحناف أن المشتري يملك المبيع عينه؛ وهو المختار المنصوص عليه في كلام محمد الشيباني، وصححه مؤلفو المذهب، ومشوا عليه؛ ودللوا على ملكية المشتري له بأنه هو الخصم من يدعيه؛ وأنه إذا أعتقه بعد قبضه صح العتق، وكان الولاء له؛ ولو باعه كان الثمن له؛ ولو بيعت دار إلى جنب المبيع فالشفعة له؛ ولو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قطع؛ ولو أعتقه البائع لم يعتقد، وهذا كله دليل على ملكية المشتري للمبيع.

وأجابوا عما استدل به العراقيون من عدم حل المبيع لو كان طعاماً، بأن ذلك لا يدل على عدم الملك بدليل أن ريح ما لم يضمن مملوك، ولا يحل؛ كما أجانوا عن عدم وجوب الشفعة في السلعة المبيعاً؛ بأن حق البائع لم ينقطع عنها، والشفعة إنما تجحب بانقطاع حق البائع عن المبيع.³

أما فقهاء المالكية فلا يرون انتقال ملك المبيع في البيع الفاسد بالقبض، بل لا يزال المبيع على ملك باعه يجب ردہ إليه، وفسخ العقد الفاسد⁴؛ ويترتب على استمرار ملك البائع للمبيع؛ أنه يجوز له التصرف في المبيع بالهبة وغيرها؛ فقد ورد في المدونة أن للبائع بيعاً فاسداً حواز هبة ما باعه لرجل أجنبي قبل فواته⁵؛ الأمر الذي يدل على أن البيع الفاسد لا ينفل قبل الفوات ملکاً.

¹ انظر المختار وشرحه الاختيار 26/2.

² انظر البحر الرائق 6/101.

³ نفس المصدر والصفحة.

⁴ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 3/71 وشرح زروق على الرسالة 2/122.

⁵ انظر المدونة 4/329.

وما ينتقل بقبض المبيع في الفقه المالكي هو الضمان خاصة، فالمشهور في المذهب أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد ضمه¹، من وقت قبضه إلى حين الحكم بردہ²؛ لأنّه قبضه على وجه تملكه³.

الشرط الثاني: الفوات:

كما اشترط فقهاء الحنفية والمالكية لتصحيح العقد الفاسد، حصول مفوّت يمنع فسخ العقد ورد المعقود عليه؛ ويتمثل المفوّت في زيادة المبيع في يد المشتري، أو نقصه، أو تعلق حق الغير به ببيعه أو هبته أو رهنـه، أو اختلاف سوقـه، أو غير ذلك من المفوّتـات⁴؛ على اختلاف بين المذهبـين في بعض المفوّتـات؛ جاء في تبيين الحقائق: "ويجب على كل واحد من العاقدين فسخ العقد الفاسد؛ لأن رفع الفساد واجب عليهم؛ (إلا أن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو يبني) أي إذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منها أن يفسخ؛ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد"⁵.

وجاء في الشرح الكبير: (ورد) المبيع بيعاً فاسداً لربه إن لم يفت وجوباً ويحرم انتفاع المشتري به ما دام قائماً (إإن فات) المبيع فاسداً بيد المشتري (مضى ...)؛ وورد في شرح تنقیح الفصول للقرافی «البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة، وهي حوالـة الأسواقـ، وتلفـ العـينـ، ونقصـانـهاـ، وتعلـقـ حقـ الغـيرـ بهاـ؛ على تفصـيلـ في ذلكـ في كـتبـ الفـروعـ»⁶.

وإنما وجـب فـسـخـ العـقدـ الفـاسـدـ، وـردـ الـعـوـضـينـ إـلـىـ أـصـحـابـهـماـ، إـنـ اـطـلـعـ عـلـيـهـ قـبـلـ فـواتـهـ؛ لما ورد في صحيح مسلم عن أبي سعيد قال: «أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمرة، فقال:

¹ انظر المدونة 37/4 والبيان والتحصيل 8/80.80/489 وشرح زريق على الرسالة 2/122.

² انظر حاشية الدسوقي 3/71.

³ انظر القوانين الفقهية لابن جزي 249.

⁴ انظر أصول السرخسي 1/89.90 والبحر الرائق 6/103. والمدونة 4/147.

⁵ تبيين الحقائق 5/64.

⁶ انظر ختصر خليل مع الشرح الكبير 3/72.

⁷ شرح تنقیح الفصول للقرافی 77 وانظر حاشية الدسوقي 3/71 وما بعدها.

ما هذا التمر من تمرنا، فقال الرجل: يا رسول الله، بعنا تمرنا صاعين بصاص من هذا؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هذا الربا فردوه، ثم بيعوا تمرنا، واشتروا لنا من هذا»¹.

ففيه دليل على أن المقبوض ببيع فاسد يجب ردّه على باعه، واسترداد المشتري ثمنه، إذا كان قائماً بعينه لم يفت؛ بناء على توجيه المذهبين: الحنفي والمالكي.

وقد روى مالك في الموطأ من حديث يحيى بن سعيد مرسلاً أنه قال: أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعديين أن يباعوا آنية من المغام من ذهب أو فضة، فباعا كل ثلاثة بأربعة عيناً، أو كل أربعة ثلاثة عيناً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أربيتما فرداً»².

تفصيل للملكية في التصحيح بالقيمة السوقية:

سبق بيان أن المذهب المالكي يتافق مع المذهب الحنفي في التصحيح بإعطاء القيمة السوقية للمبيع إن كان عرضاً، أو مثله إن كان مثلياً؛ إلا أن لفقهاء الملكية تفصيلاً في الرجوع إلى القيمة لم أره في الفقه الحنفي؛ ملخصه أنهم يصححون عقد البيع الفاسد - أحياناً - بالقيمة باللغة ما بلغت، وأحياناً بإعطاء الأكثـر من الثمن والقيمة، أو الأقل من الثمن والقيمة، وذلك تبعاً لنوع المفسد، ويتبين ذلك مما يلي:

اشترط فقهاء الملكية لتصحيح عقد البيع الفاسد بقيمة السوقية باللغة ما بلغت، توافر الشروط الآتية:

1 - أن يفوت العقد الفاسد بمفوت يمنع فسخه؛ فإن كان قائماً لم يفت فيجب فسخه؛ لعدم حصول ضرر على العاقدين من الفسخ؛ ومنعاً من الاستمرار على الفساد، ويقول بهذا الشرط الحنفية أيضاً، كما سبق بيانه.

2 - أن يكون عقد البيع متفقاً على فساده³، داخل المذهب وخارجه، فإن كان مختلفاً في فساده فإنه يمضي بالثمن بعد فواته؛ مراعاة للخلاف⁴.

¹ صحيح مسلم بشرح النووي 22/11 . 23 كتاب: المساقاة والمزارعة. باب: الربا.

² الموطأ 632/2 . كتاب البيوع. باب: بيع الذهب بالفضة تبرأ، وعيناً.

³ انظر ختصر خليل مع الشرح الكبير 71/3

⁴ انظر فتاوى علیش 125/2 والشرح الكبير للدردير 71/3 .

3 - ألا يتضمن عقد البيع اشتراط سلف أحد المتابعين من الآخر، فإن تضمن هذا الشرط فهو عقد فاسد في فقه المذاهب الأربعة¹، بل إن ابن قدامة قال: لا أعلم في فساده خلافاً². ومع كونه متفقاً على فساده، فإنه لا يصح بالقيمة إن فات، كما هي القاعدة في المتفق على فساده عند المالكية، بل بالأكثر من الثمن الذي وقع به البيع والقيمة إن كان مشترط السلف هو البائع؛ لأن المشتري لما أسفل البائع أخذ السلعة بالرخص، فعوْن بنقِيس قصده، بإلزامه دفع الأكثر من الثمن والقيمة.

وإن كان مشترط السلف هو المشتري فيصح عقد البيع بدفع الأقل من الثمن والقيمة؛ لأن البائع لما أسفل المشتري أعطى السلعة بزيادة على ثمنها، فعوْن بنقِيس قصده بإعطاءه الأقل من الثمن والقيمة³.

قال ابن رشد الحفيد: «ومالك في هذه المسألة أفقه من الجميع»⁴؛ أي لأنه لم يفسح عقد البيع المشترط فيه سلف، كما فعل فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية والأباضية، ولم يصححه بالقيمة، كما حكم بذلك فقهاء الحنفية، بل صححه بالأكثر من الثمن والقيمة إن كان مشترط السلف البائع، وبالأقل من الثمن والقيمة إن كان مشترط السلف المشتري؛ تفادياً للربا المتمثل في السلف بزيادة، وتحقيقاً للعدل بين المتعاقدين، وتأدبياً للعقد المشترط للسلف بمعاملته بنقِيس قصده.

5 - ألا يتضمن عقد البيع شرطاً يقتضي التحجير على المشتري⁵ في السلعة التي اشتراها، كأنه يتصرف فيها ببيع أو هبة أو إجارة، أو لا يخرج بها من البلد، أو أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، أو غير ذلك من الشروط التي تفيد نقصاً في الملك؛ فإن تضمن هذا الشرط كان عقداً

¹ انظر البحر الرايق 6/93 والمغني 4/260 وتحفة المحتاج 2/138 والمقدمات 2/65.

² انظر المغني 4/260.

³ انظر حاشية الدسوقي 3/67 والمقدمات 2/65 والكافي 356.

⁴ بداية المجتهد 552.

⁵ أما إذا كان التحجير على البائع من المشتري فالبائع حائز صحيح، مع بطلان الشرط. انظر شرح التسوبي 7/2.

fasdaً عند المالكية والشافعية¹، ويراه الحنفية والحنابلة وغيرهما عقداً جائزاً مع بطلان الشرط². ومع كونه عقداً مختلفاً في فساده فإنه لا يمضي بالثمن، كما هي القاعدة في المختلف في فساده؛ لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعتاد لأجل الشرط؛ ولا يمضي بالقيمة، بل يمضي بالأكثر من الثمن والقيمة؛ لأن الثمن إن كان أكثر فقد رضي المشتري بدفعه عند إنشاء العقد، مع علمه بالشرط؛ وإن كانت القيمة أكثر كان ذلك دليلاً على أن الثمن المسمى أنفق من المعتاد؛ لأجل اشتراط الشرط³.

ومثال ما توافرت فيه الشروط للتصحيح بالقيمة ما كان فساده بسبب الإخلال بشرط من شروط صحته: كحصول الغرر في العقد، أو في أحد العوضين، أو كليهما، أو في الأجل فيها، أو في أحدهما.

فمثال الغرر الحاصل في العقد ما نهي عنه من يعيتين في بيعه، وبيع المكيل والجزاف في صفقة واحدة مما لا يجوز اجتماعهما؛ وما أشبه ذلك مما يكون الغرر في عقده.

وأما الغرر في الثمن والثمن، أو في أحدهما فيحصل إما بالجهل في صفتهم: كبيع جنين في بطنه أمه، وبيع الطعام بكيل مجهول، وبيع سلعة بجزاف من الدنانير؛ أو بعدم القدرة على تسليمهما: كالطير في الهواء، والسلعة بيد غاصبٍ منكرٍ للغصب ولا بينة عليه، أو مقرٍ به ممتنعٍ من دفعها وهو مما لا تأخذه الأحكام.

وأما الغرر بالأجل في الثمن والثمن، فمثل أن يبيع سلعة بثمن مؤجل مجهول: كنزول المطر، أو موت شخص، أو كان المسلم فيه مؤجلاً بأجل فيه جهالة واضحة؛ إلى غير ذلك من وجوه الفساد الراجعة إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، التي تصحيح إذا فاتت بالقيمة إذا كان مقوماً، أو بالمثل إذا كان مثلياً⁴.

¹ انظر بداية المجتهد 524 والشرح الكبير على مختصر خليل 3/66 والبيان 7/264 والجموع للنبووي 9/453.

² انظر الاختيار 2/29 والمغني 4/251.112 وشرح منتهى الإيرادات 2/31.32.

³ انظر الشرح الكبير للدردير 4/67.

⁴ انظر المقدمات 2/73-76 و مختصر خليل والشرح الكبير عليه 3/71.

القيمة تحل بالفوات، ولو كان الثمن مؤجلًا:

إذا صحيـع البيـع الفـاسـد عـنـد فـوـاتـه بـالـقـيـمة، فـإـنـا تـحـلـ بـالـفـوـاتـ، وـيـجـبـ تـعـجـيلـهاـ، وـقـدـ نـصـ عـلـىـ ذـلـكـ الإـمامـ مـالـكـ فـيـ المـدوـنةـ بـقـولـهـ: مـنـ باـعـ إـلـىـ أـجـلـ مـجـهـولـ فـالـقـيـمةـ فـيـهـ حـالـةـ إـنـ فـاتـتـ السـلـعـةـ.¹ وـقـدـ ذـكـرـ هـذـاـ الـحـكـمـ أـيـضـاـ فـيـ الـبـيـانـ وـالـتـحـصـيلـ²، وـفـيـ شـرـوـعـ الرـسـالـةـ³، وـلـمـ تـذـكـرـ عـلـةـ -ـ فـيـماـ اـطـلـعـتـ عـلـيـهـ -ـ لـوـجـبـ تـعـجـيلـ الـقـيـمةـ.

ويـظـهـرـ أـنـ وـجـوبـ تـعـجـيلـ الـقـيـمةـ، وـحـلـوـلـهاـ بـالـفـوـاتـ إـنـماـ شـرـعـ لـمـعـ حـصـولـ مـفـسـدـ «ـفـسـخـ الدـينـ فـيـ الدـينـ»ـ.

ذـلـكـ أـنـ الثـمـنـ المـتـرـبـ عـلـىـ الـمـشـتـرـيـ فـيـ الـعـقـدـ فـاسـدـ إـذـاـ أـسـقـطـ وـفـسـخـ فـيـ قـيـمةـ يـتأـخـرـ قـبـضـهاـ عـنـ وـقـتـ الـفـسـخـ كـانـ ذـلـكـ مـنـ بـابـ فـسـخـ الدـينـ فـيـ الدـينـ، بـشـرـطـ أـنـ تـكـوـنـ الـقـيـمةـ أـكـثـرـ مـنـ الـثـمـنـ المـسـمـىـ.

وـإـذـاـ صـحـ هـذـاـ التـعـلـيلـ إـنـ الـقـيـمةـ إـذـاـ كـانـتـ مـثـلـ الـثـمـنـ المـسـمـىـ فـيـ الـعـقـدـ، أـوـ أـقـلـ مـنـ فـلاـ مـانـعـ مـنـ تـأـخـيرـهـ؛ـ لـأـنـ مـنـ شـرـوـطـ حـصـولـ مـفـسـدـ فـسـخـ الدـينـ فـيـ الدـينـ أـنـ يـكـوـنـ الـمـفـسـوخـ فـيـهـ أـكـثـرـ مـنـ الـدـينـ الـأـصـلـيـ،ـ إـنـ كـانـاـ مـنـ جـنـسـ وـاحـدـ⁴ـ كـمـاـ هـوـ الشـأـنـ فـيـ الـثـمـنـ وـالـقـيـمةـ غالـبـاـ.

مـنـ تـلـزـمـهـ أـجـرـةـ الـمـقـومـ؟ـ

إـذـاـ وـجـبـ الـقـيـمةـ فـيـ الـبـيـعـ فـاسـدـ فـأـجـرـةـ الـمـقـومـ عـلـىـ الـعـاـقـدـيـنـ:ـ الـبـائـعـ وـالـمـشـتـرـيـ؛ـ لـأـنـهـماـ دـخـلـاـ الـبـيـعـ بـعـنـيـ وـاحـدـ،ـ فـلـيـسـ أـحـدـهـماـ أـوـلـىـ بـالـدـفـعـ مـنـ الـآـخـرـ⁵.

هـلـ الـقـيـمةـ مـتـعـيـنـةـ،ـ أـوـ أـنـ لـلـعـاـقـدـيـنـ أـنـ يـتـصـالـحـاـ بـدـلـهـاـ بـمـاـ شـاءـاـ:

إـذـاـ صـحـ الـعـقـدـ فـاسـدـ بـالـقـيـمةـ فـهـلـ يـجـوزـ لـلـبـائـعـ أـنـ يـصـالـحـ فـيـ الـقـيـمةـ الـتـيـ وـجـبـتـ لـهـ،ـ فـيـأـخـذـ بـدـلـهـاـ مـاـ شـاءـ مـنـ الـعـرـوـضـ وـالـحـيـوانـ أـوـ عـمـلـةـ أـخـرىـ أـوـ غـيرـ ذـلـكـ؟ـ

¹ انظر المدونة 232/2.

² انظر البيان والتحصيل 87/7.

³ انظر - مثلاً - شرح زروق على الرسالة 122/2.

⁴ انظر حاشية الدسوقي 62/3.

⁵ انظر شرح زروق على الرسالة 122/2.

لم أر نصاً للفقهاء في ذلك، ويظهر أن الصلح بذلك عقد بيع، فيشترط لجوازه شروط:

1- أن يكون ذلك بعد معرفة القيمة؛ لئلا يكون بيعاً بثمن مجهول، ولنصل الفقهاء على أن الصلح قبل معرفة القيمة فاسد على الأصح¹.

2- أن يعجل البائع أخذ ما تصالحاً عليه بدل القيمة من عروض وحيوان وعملة أخرى؛ لأن قيمة المبيع الفاسد قد صارت ديناً في ذمة المشتري بمجرد فوات المبيع، فلا يفسخه في مؤخر؛ بل يجب على المشتري أن يعجل إقاضى البائع ما تصالحاً عليه؛ لأن تأخيره وإنظاره يوجب فسخ الدين في الدين.

وفسخ الدين في الدين محظوظ، مفسد للعقود، سواءً أكان المفسوخ فيه - وهو المصالح به - ديناً في الذمة، أم معيناً: كحيوان وعرض وعقار تأخر انتقال ضمانه لحصول قبضه؛ لكونه غائباً عن مجلس الفسخ، وهو ما نص عليه فقهاء المالكية في مفسد فسخ الدين في الدين². كما أن تأخير قبض ما تصالحاً عليه بدل القيمة يوجب صرفاً مؤخراً إن كان المصالح به عملة أخرى.

فإن كان من العملة نفسها حاز تأخيره إذاً كان قدر القيمة فأقل؛ لأنَّه من حسن الاقتضاء، وليس من باب فسخ الدين المنوع، فإنَّ كان أكثر من القيمة منع، لأنَّه سلف جر نفعاً.³

هل تصحيح العقود الفاسدة بالقيمة السوقية، اتفافي أو قضائي؟

الأصل أن العقد الفاسد يصح بمجرد الفوات من غير الحاجة إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي؛ ويجب على كل من المتعاقدين القبول بتصحیحه، ويصير لازماً بمجرد فواته، لا يتحقق لأيٍّ منهما فسخه ولا رد المعقود عليه بعد فواته، إلا إذاً كان رده بسبب استحقاق، أو عيب قدسيم فيه، أو وجود خيار شرط، أو بتراتسي المتعاقدين على الإقالة؛ وأنه لا يلحاً للقضاء إلا إذاً امتنع أحد العاقدين على القبول بذلك؛ للأدلة الآتية:

¹ انظر شرح التسوبي على العاصمية 1/222.

² انظر شرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 3/61.62.

³ انظر مسألة المصالحة بمتأخر عن شيء مستهلك في الشح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 3/323.324.

1 - نصوص الفقهاء في أن حق فسخ العقد الفاسد، ورد المعقود عليه، ينقطع بمحرد حصول مفوت عليه، من غير اتفاق على إرادة التصحح؛ ومن ذلك قولهم في بيع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد أنه نافذ، وأن حق استرداد البائع الأول ساقط؛ لتعلق حق الغير به؛ جاء في تبيين الحقائق: "ويجب على كل واحد من العاقددين فسخ العقد الفاسد؛ لأن رفع الفساد واجب عليهما؛ (إلا أن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو يبني) أي إذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ؛ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد".¹

وفي البحر الرائق ما نصه: (قوله إلا أن يبيع المشتري) أي فليس لكل منهما فسخه، وإنما نفذ بيعه لأنه ملكه بملك التصرف فيه، وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول إنما كان لحق الشرع، وحق العبد مقدم لحاجته².

2 - تخريج تصحح العقود على فسخها؛ فقد نص الفقهاء على أن ولاية فسخ العقود الفاسدة قبل فواتها للعاقددين؛ ولا يشترط إذن القضاء في فسخها ولا تنفيذ الفسخ؛ إذ هي ليست من ولاية القضاء إلا في حالتين:

أ - إذا استمر العاقدان في العقد الفاسد ولم يفسخاه، فيجب على القاضي الحكم بفسخه إذا علم بالفساد؛ حقا لله تعالى؛ لأنه من المنكر الذي يجب تغييره، جاء في البحر الرائق: (وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسدا؛ وعلم به القاضي له فسخه حقا للشرع، مالم يفت المبيع).³

ب - أو إذا اقتضت الإجراءات القانونية تنفيذ التصحح قضاء، في حالات خاصة كبيع العقار ونحوه.

¹ تبيين الحقائق 5/64.

² انظر البحر الرائق 6/103.

³ انظر البحر الرائق 6/103.

ما لا يمكن تصحيحة، من عقود البيع الفاسد بالقيمة:

هناك أنواع من عقود البيع الفاسد لا يمكن تصحيحها بالقيمة، ويجب ردتها ولو فاتت حتى في الفقه الحنفي والماليكي، اللذان يصححان العقد الفاسد، ويحضيانه؛ وهذه الأنواع وأحكامها تتمثل في الآتي:

يرى فقهاء الحنفية أن البيع الباطل - وهذا من ثمرات تفريق الاجتهاد الحنفي بين الباطل وال fasd - غير منعقد، ولا يترب عليه شيء من أحكام أو التزامات؛ فلا يحصل به ملك، ولا ينعقد فيه تصرف، ولا تتحقق الإجازة، ولا يصحح ولو فات، ويجب فيه رد العوضين إلى أصحابها، ولو حصل قبض أو فوت¹؛ لأن محل تصحيح البيع في الفقه الحنفي إنما هو عقده الفاسد الذي يعد عقداً مشروعاً، منعقداً، لكنه مشتمل على وصف زائد نهى عنه الشرع، يمكن تداركه بإسقاطه، أو تصحيحة بالقيمة كاتصافه بالريا، أو جهالة في الثمن أو الأجل.

والباطل من البيوع هو ما فقد شرطاً من شروط انعقاده المتعلقة بصيغته التي هي ركنه، أو بالتعاقددين، أو بالعقود عليه على النحو الآتي:

1 - من شروط الصيغة موافقة القبول للإيجاب في البيع والثمن، فإن خالقه لم ينعقد البيع، كأن يقول له: بعثك هذا الشوب بدینار، فيقول له المشتري: قبلت شراء هذه الدابة بدینار، أو قبلت شراء هذا الشوب بدینارين.

2 - وأن يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد؛ فلا ينعقد إذا فارق أحد المتعاقددين المجلس قبل تمام العقد.

3 - وأن يحصل الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، أو المضارع المرد به الحال، بأن يقصد العاقد ذلك، أو كان المضارع مستعملاً عرفاً للحال، أو اقترب به ما يعينه للحال؛ كقول البائع: أبيع الآن.

فلا ينعقد البيع إذا كان بصيغة الأمر، أو بالمضارع غير الدال على الحال، أو المتمحض للاستقبال بأن اقترب بالسين أو سوف مثل: سأيعك أو سوف أيعك؛ لأنه لا يفيد العقد،

¹ انظر المختار 2/27. والبحر الرائق 6/75 - 77 و 5/281. وحاشية ابن عابدين 7/18 وبدائع الصنائع .305/5

- بل الوعد بإنشاء العقد في المستقبل، كما لا ينعقد بالمضارع بصيغة الاستفهام، كهـل تبيـعـي.
- 4 - من شروط العاقد العقل؛ فلا ينعقد بيع من فقد الأهلية كالمجنون، والصبي غير المميز الذي لا يعقل معنى العقد، ولا يقصده.
- 5 - والتعدد في الوكـلـاءـ؛ فلا ينعقد بيع وكيل واحد عن العـاـقـدـيـنـ، يتولـيـ طـرـيـ العـقـدـ، إـلاـ إـذـاـ كانـ وـلـيـاـ، أوـ وـصـيـاـ، أوـ قـاضـيـاـ.
- 6 - من شروط المعـقدـ عليهـ المـبـيـعـ أـنـ يـكـوـنـ مـوـجـودـاـ؛ فلا يـنـعـقدـ بـيـعـ المـعـدـوـمـ كـنـتـاجـ النـتـاحـ، والـشـمـارـ والـزـرـوـعـ قـبـلـ ظـهـورـهـماـ وـانـعـقـادـهـماـ.
- كـمـاـ لـاـ يـنـعـقدـ مـاـ لـهـ خـطـرـ الـعـدـمـ كـبـيـعـ اللـبـنـ فـيـ الـضـرـعـ، وـالـحـمـلـ فـيـ الـبـطـنـ، وـالـزـيـتـ فـيـ زـيـتونـهـ، وـعـصـيرـ الـعـنـبـ فـيـ جـبـهـ، وـغـيـرـهـماـ مـاـ فـيـهـ غـرـرـ فـيـ حـصـولـهـ.
- وـلـاـ مـاـ فـيـهـ غـلـطـ فـيـ الـجـنـسـ كـبـيـعـ يـاقـوـتـهـ إـذـاـ هـيـ زـجاجـ، أوـ هـذـهـ الـخـنـطـةـ إـذـاـ هـيـ دـقـيقـ، أوـ هـذـاـ الدـقـيقـ إـذـاـ هـوـ خـبـزـ؛ لأنـ المـبـيـعـ مـعـدـوـمـ.
- 7 - وـكـوـنـهـ مـالـاـ؛ فلا يـنـعـقدـ بـيـعـ الـمـيـتـةـ الـتـيـ مـاتـتـ حـتـفـ أـنـفـهـاـ إـلـاـ مـيـتـةـ السـمـكـ وـالـحـرـادـ، كـمـاـ لـاـ يـنـعـقدـ بـيـعـ الـجـوـسـيـ وـذـيـحـتـهـ، وـجـلـدـ الـمـيـتـةـ قـبـلـ الـدـبـغـ، وـجـلـدـ الـخـنـزـيرـ مـطـلـقاـ.
- 8 - مـتـقـوـمـاـ؛ فلا يـنـعـقدـ بـيـعـ مـاـ لـهـ شـرـعـاـ، كـبـيـعـ الـحـمـرـ، وـالـخـنـزـيرـ فـيـ حـقـ الـمـسـلـمـ؛ أـمـاـ فـيـ حـقـ الـذـمـيـ فـيـنـعـقدـ بـيـعـهـ؛ كـمـاـ لـاـ يـنـعـقدـ بـيـعـ آـلـاتـ الـمـلاـهـيـ عـنـدـ أـبـيـ يـوـسـفـ وـمـحـمـدـ، خـلـافـاـ لـأـبـيـ حـنـيفـةـ.
- 9 - مـلـوـكـاـ فـيـ نـفـسـهـ؛ فـخـرـجـ بـيـعـ الـأـمـوـالـ الـمـبـاـحةـ قـبـلـ إـحـراـزـهـاـ، كـبـيـعـ الصـيـدـ فـيـ الـهـوـاءـ، وـالـسـمـكـ فـيـ الـمـاءـ، وـالـكـلـاـيـنـ فـيـ مـرـعـاهـ، وـالـمـاءـ فـيـ نـهـرـهـ.
- 10 - مـقـدـورـاـ عـلـىـ تـسـلـيمـهـ؛ فلا يـنـعـقدـ بـيـعـ مـعـجـوزـ التـسـلـيمـ كـبـيـعـ حـيـوانـهـ الشـارـدـ الـذـيـ لـاـ يـقـدـرـ عـلـيـهـ، فـيـ ظـاهـرـ الرـوـاـيـةـ، وـبـيـعـ دـيـنـهـ لـغـيـرـ مـنـ عـلـيـهـ الـدـيـنـ، وـيـجـوزـ بـيـعـهـ لـلـمـدـيـوـنـ؛ لـعـدـمـ الـحـاجـةـ إـلـىـ التـسـلـيمـ، وـلـاـ بـيـعـ الـمـغـصـوبـ لـغـيـرـ غـاصـبـهـ إـذـاـ كـانـ مـنـكـراـ لـهـ، وـلـاـ بـيـنـةـ تـثـبـتـ الغـصـبـ¹.

¹ انظر البحر الرائق 5/278 وما بعدها و 6/77 وحاشية ابن عابدين 7/13.14 ودور الحكم المواد 205.

.208.170.

.171

11 - يشترط في الثمن لينعقد البيع به شرط واحد، وهو وجود المالية فيه؛ فالماليّة، والدم المسفوح، وحبة الخطة، وغيرها مما لا يعد مالاً شرعاً، إذا كانت ثناً لا ينعقد البيع بها؛ سوا في ذلك أكان المبيع مالاً، أم لا؛ لأن البيع مبادلة بمال، وهنا مبادلة مال بغير مال، فبطل العقد لفقد ركن منه¹.

ولا يشترط في الثمن لينعقد البيع بقية ما يشترط في المبيع؛ لأن عقد البيع وإن كان مبناه على البذلين - كما يقول ابن نحيم - لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن؛ فالثمن غير مقصود بل وسيلة إلى المقصود؛ إذا الانتفاع بالأعيان، لا بالأثمان؛ ولذا يشترط لانعقاد البيع وجود المبيع دون الثمن، والقدرة على تسلیم المبيع دون تسلیم الثمن، وينفسخ العقد بحالك المبيع لا بحالك الثمن؛ كما يشترط التقويم في المبيع لا في الثمن، فلو باع شيئاً وجعل ثمنه خمراً فإن البيع ينعقد فاسداً؛ ويصح بإعطاء قيمة المبيع².

ما لا يمكن تصحيحة من البيوع في الفقه المالكي:

1 - بيع من فقد الأهلية: لا ينعقد بيع إذا كان أحد العاقدين، أو كلاهما غير مميز لصغر أو إغماء أو جنون؛ أو غياب عقل بسبب مسكر أو مخدر أو مرقد ولم يبق عنده شيء من التمييز بحيث إذا كلام بشيء من مقاصد العقلاة لم يفهمه، ولم يحسن الجواب عنه؛ لأن بفقد التمييز فقد ما يدل على الرضا³، فلم توجد حقيقة العقد، ولا ماهيته⁴.

2 - بيع اليتيم المولى عليه: إذا باع يتيم مولى عليه سلعة ما، وفات عقده بزيادة المبيع أو بتعلق

¹ انظر البحر 6/77. ومجلة الأحكام وشرحها: درر الحكم مادة 210

² انظر البحر 5/278. 277. وحاشية بن عابدين 7/8. ومجلة الأحكام وشرحها: درر الحكم مادة: 212

³ ورد هذا التعليل في حاشية الدسوقي، ناقلاً له عن البناني، وأصله للمرقري في قواعده. قلت: لكن الأولى في التعليل أن يقال: لم ينعقد بيع غير المميز لأن بفقد التمييز فقد ما يدل على قصد إنشاء العقد، لا فقد ما يدل على الرضا؛ إذ حصول الرضا ليس من شروط انعقاد العقد، ولا من شروط صحته عند المالكية، بل هو شرط للزوم العقد فقط؛ فعقد المكره على بيع سلعته عقد صحيح، غير لازم، فله الخيار في إمضاء العقد أو رده.

انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 6/3.

⁴ انظر شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه 5/7 وحاشية الرهوني على الزرقاني 5/19. 20 والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 5/3.

حق الغير به: بأن باعه المشتري لغيره، أو وبه له، فإن هذا العقد يفسخ؛ جاء في المدونة «قال ابن القاسم: وبيع اليتيم عندي بمنزلة ما لم يبع»¹.

3 - عقد على ما لا يصح بيعه على أي حال، أي: ما لا يصح بيعه لذاته - لا لغرض فيه، ولا لجهل به، ولا لاتصافه بالربا - كبيع الحر، وأم الولد، وجحود الميتة، ولحوم الأضاحي، وما أشبه ذلك مما لا ينعقد بيعه، ولا يصح بحال.

أما ما لا يصح بيعه من أجل ما دخله من ربا، أو غرر، أو فساد يكون في ثمنه، أو مثمنوه: كالجهل بهما أو بأجل تسليمهما، أو عدم القدرة على تسليمهما، وكبيع الشمرة قبل بدو صلاحها وبيع حبل الحبلة، وما أشبه ذلك مما يرجع الفساد فيه إلى الغرر، والجهالة فإنه قابل للتصحيح بالقيمة إذا فات.²

مقارنة بين المذهب الحنفي والمالكي فيما لا يمكن تصحيحة من عقود البيع:
يتبين مما سبق أن الفقه المالكي أوسع تصحيحاً لعقود البيع الفاسد من الفقه الحنفي الذي لا يصح من عقود البيع ما كان منها باطلأً غير منعقد:

فلا يصح بيعاً كان المبيع فيه معيناً، أو له خطر العدم، أو كان غير مال، أو غير متقوم، أو غير مملوك في نفسه، أو غير مقدر على تسليمه، أو كان الثمن غير مال شرعاً، أو كان العاقد فيه متحداً، أو فقدا لأهلية عقد البيع، أو كان الإيجاب غير موافق للقبول، أو لم يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد، أو حصل بصيغة الأمر، أو بالمضارع غير الدال على الحال، أو التمحض للاستقبال؛ وقد مر بيان ذلك كله والتمثيل له.

أما الفقه المالكي فيستثنى من تصحيح عقود البيع ثلاثة أنواع فقط لا يمكن تصحيحتها، بيع فقد الأهلية، وبيع اليتيم المولى عليه، وبيع ما لا يصح بيعه لذاته؛ ويصح ما عداها مما فيه جهالة في الثمن، أو المثمن، أو الأجل، أو غير منتفع به شرعاً، أو غير مقدر على تسلمه، أو ما أشبه ذلك من وجوه الغرر، أو دخله ربا، أو حرام بين متفق عليه، أو مختلف فيه، الذي يأتي بيانه في المبحث الآتي:

¹ المدونة 453/4.

² انظر مسائل ابن رشد 1/200 - 203.

رابعاً: تصحيح العقود الفاسدة بالعوض المسمى؛ مراعاة للخلاف

يعد إمضاء العقد الفاسد بالعوض المسمى مراعاة للخلاف، من طرق تصحيح العقد الفاسد، والأصل أن يمضي العقد الفاسد بعد فواته بقيمتها السوقية، لا بالمسمى المذكور في العقد؛ لأن الشمن المسمى ملغى لكونه وقع في عقد فاسد؛ ولكن فقهاء المالكية حكموا بإمساء العقد الفاسد بعد فواته بالعوض المسمى، إذا كان الحكم بالفساد محل خلاف بين الفقهاء، ولو كان الخلاف خارج المذهب؛ مراعاة للخلاف فيه؛ جاء في حاشية الخرشي: فإن فات المبيع بيعا فاسدا كله؛ أو أكثره بمفوت مما يأتي مضى بالشمن، إن كان مختلفا فيه بين الناس ولو كان الخلاف خارج المذهب¹.

واستثنى فقهاء المالكية عقوداً مختلفاً في فسادها لا تمضي بالشمن؛ لأن إمساءها بالشمن يؤدي إلى ظلم المشتري، أو وقوع منهي عنه؛ أو انتفاء الرضا، وهي:

- إن اطلع على عيب قديم في المبيع بيعاً فاسداً مختلفاً في فساده، فيصح العقد بالقيمة أو المثل، لا بالشمن؛ لثلا يتضرر المشتري؛ لأن الشمن الذي جعله في المبيع إنما هو لاعتقاد سلامته من العيوب².

- إن أدى الإمساء بالشمن إلى من نوع، كبعض صور بيع العينة مختلف في فسادها تصح بالقيمة لا بالشمن؛ لتأدية إمسائتها بالشمن إلى من نوع، وهو سلف جر نفعا.

- ألا يتضمن عقد البيع الفاسد شرطاً يقتضي التحجير على المشتري في المبيع، كألا يتصرف فيه ببيع أو غيره، ومع كونه عقداً مختلفاً في فساده فإنه لا يمضي بالشمن، كما هي القاعدة في المختلف في فساده؛ لوقوع البيع بأنقص من الشمن المعتاد لأجل الشرط؛ ولا يمضي بالقيمة، بل يمضي بالأكثر من الشمن والقيمة؛ لأن الشمن إن كان أكثر فقد رضي المشتري بدفعه عند إنشاء العقد، مع علمه بالشرط؛ وإن كانت القيمة أكثر كان ذلك دليلاً على أن الشمن المسمى أنفق من المعتاد؛ لأجل حصول الشرط³.

¹ انظر شرح الخرشي على مختصر خليل 4/86.

² انظر فتاوى عليش 2/126 وشرح الزرقاني على مختصر خليل 5/142.

³ انظر الشرح الكبير للدردير 4/67.

الأثر الرجعي لتصحيح العقود الفاسدة:

إذا صلح العقد الفاسد وترتب عنه آثار الصحيح فهل يكون تأثير تصحيحه رجعياً من وقت انعقاد العقد الفاسد إلى ما بعده، أو يكون تأثيره مقتصرًا من حين تصحيحه، لا قبله؟ لم أر من الفقهاء من ذكر هذه المسألة سوى صاحب المواقفات الذي حكى فيها الاحتمالين، من غير ترجيح لأحدهما¹.

ويترتب على هذا الخلاف أحكام منها:

1 - لو حال الحول على المبيع في عقد بيع فاسد، وهو في يد المشتري قبل تصحيحه ثم صلح، فهل تجب زكاته على البائع؛ بناء على أنه عقد بيع فاسد لم يزل ملكه عنه ولم يصح حتى حال عليه الحول.

أو أن زكاته تجب على المشتري؛ بناء على ملكه له الثابت بتصحيح العقد بأثر رجعي يصل لوقت إبرام العقد.

2 - يوجب فقهاء الحنفية فسخ عقد البيع الفاسد ونقضه إذا اطلع عليه قبل فواته، ووجوب رد المبيع إلى البائع، مع وجوب رد زيادته المنفصلة، سواء كانت متولدة عنه كالولد، أو غير متولدة عنه كالكسب، والغلة، والريع.

فإذا صلح عقد البيع الفاسد فهل يسقط وجوب رد الزيادة المنفصلة إلى البائع، بناء على أن لتصحيح عقد البيع الفاسد أثراً رجعياً، أم يجب رد هذه الزيادة؛ بناء على اقتصار تأثير التصحيح من وقته.

3 - يثبت فقهاء المالكية في بيع الخيار الفاسد غلة المبيع وأجرته للبائع؛ لأن الضمان منه ولو قبض المشتري المبيع، فلا يتنتقل الضمان في بيع الخيار الفاسد بالقبض. لكن إذا صلح عقد بيع الخيار الفاسد، فهل تصحيحه يوجب أثراً رجعياً، تجب معه غلة المبيع وأجرته للمشتري، أم لا.

¹ انظر المواقفات للشاطبي 1/295.

4 - يحكم المالكية للمشتري بإرجاع ما أنفقه على المبيع بيعاً فاسداً، إذا كان المبيع لا غلة له؛
لارتباط أحكام الرجوع بالنفقة، بوجود الغلة للمبيع.

فإذا أنفق المشتري على المبيع الذي لا غلة له، ثم صلح العقد، فهل يحق للمشتري الرجوع
بأنفقة؟ بناء على أن تصحيح عقد البيع الفاسد تصحيح له من حينه لا من أصله؛ أم لا.

الخاتمة

1 - يعد تصحيح العقود الفاسدة من وسائل استقرار التعامل بين الناس، عن طريق إمضاء تصرفاتهم، وعدم فسخها، أو نقضها؛ ويشمل تصحيح العقود الفاسدة تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر، وحذف مفسده من شرط أو غيره، كما يشمل إمضاءه بعد فواته بقيمتها السوقية لا بما اتفق عليه عاقداه، وإمضاءه بالمسمي المتفق عليها؛ مراعاة للخلاف.

2 - المراد بتصحيح العقود الفاسدة ثبيتها وتقريرها وعدم فسخها؛ ثم ترتيب آثارها الشرعية عليها، فنصير - كما يقول الفقهاء - كالصحيحية ابتداء؛ فالبيع الفاسد - مثلاً - إذا فات لا يفسخ، بل يُصحح ويصير كالصحيح ابتداء، فيُصبح بيعاً لازماً نافذاً، ليس لأحد المتعاقدين أن يرده بعد تصحيحة، إلا إذا كان رده بسبب استحقاق، أو عيب قائم فيه، أو بترافي المتعاقدين على الإقالة.

ويشمل التصحيح العقود المستمرة التي يأخذ تنفيذ التزاماتها وقتاً كالإجارة والمساقة، ويقصد بتصحيح عقودها الفاسدة استمرارها وإمضاؤها، سواء ما تعلق بها مضى من مدتها، أو بما بقي منها، ويكون هذا التصحيح بحذف المفسد، أو بتحويل عقودها الفاسدة إلى عقد آخر توفر فيه عناصره، وأركانه

كما تصحح آثار العقود الفاسدة المستمرة، إذا لم يمكن تصحيحتها، فتصحيح ما مضى من مدتها، لا ما بقي منها؛ ويفسخ منه ما بقي من مدتها إن اطلع على الفساد في أثناء مدة العقد.

3 - أهم أثر في نظرية الفساد عند الحنفية ليس انتقال ملك المبيع إلى المشتري بالقبض؛ لأنهم نصوا على أن الملك الناتج عن القبض في العقد الفاسد ملك خبيث، محروم شرعاً؛ لوجود النهي عن الفساد؛ بل أهم نتيجة وأثر في نظرية الفساد هي أن البيع الفاسد قابل للتصحيح إن فات عند المشتري بعد قبضه؛ فيُصبح بيعاً صحيحاً، لازماً ليس لأحدهما رده؛ وهو ما يؤدي إلى استقرار التعامل في العقود؛ وهذا يعنيه ما يقول به فقهاء المالكية.

4 - توسيع الفقه المالي في تصحيح عقود البيوع الفاسدة:

على الرغم من اشتهر أن نظرية الفساد نظرية حنفية، وأنها قائمة عندهم على التفريق بين البطلان والفساد في الأسباب والآثار، وأن من آثار هذا التفريق تصحيح العقود الفاسدة؛

وعلى الرغم من اشتهر أن جمهور الفقهاء ومنهم المالكية لا يفرقون بين البطلان والفساد في الأسباب والآثار؛ إلا أنه يمكن أن نقر أن الفقه المالكي قد شارك الفقه الحنفي في تصحيح العقد الفاسد، بل مضى أبعد منه في إعمال العقد الفاسد، وعدم إلغائه وإهماله، وزاد عليه خطوات كبيرة في التوسيع في تصحيحه، وأيّه هذه الدعوى الأدلة الآتية:

أ - توسيع الفقه المالكي في طرق تصحيح العقد الفاسد.

ب - وفي المفوّتات التي يصحّح بها العقد الفاسد.

ج - وأن الملك الناتج عن القبض في العقد الفاسد ملك طيب، مباح شرعا.

د - وأن فقهاء المالكية يستثنون ثلاثة أنواع فقط من البيوع لا يمكن تصحيحتها بالقيمة السوقية؛ أما الفقه الحنفي فيستثنى أحد عشر نوعاً لا يمكن تصحيحتها.

5 - تأتي أهمية تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر فاسد في كونه أدلة لرفع الظلم الواقع على أحد التعاقددين.

أما في تحويل العقد الصحيح إلى آخر صحيح فتظهر المرونة والسعة الفقهية واضحة من خلال صحة إحداث التغيير على العقود وجوائزه، المتمثل في إعطاء الخيارات للمتعاقددين في زيادة تصرفات على العقد، أو إنقاذهما، ينتفع بهما أحد المتعاقددين أو كلاهما.

6 - عرف الفقه الإسلامي قاعدة تحول العقود منذ نشأته الأولى على يد الفقهاء من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ ويعد ذكرهم للتتحول تأصيلاً لقاعدته التي بني عليها من جاء بعدهم من أئمة الفقه المحتهدين الذين طبقوا هذه القاعدة بذكرهم بعض مسائل بنيت عليها فأصبحوا كالمؤسسين لها؛ ثم أتى من بعدهم من الفقهاء من أصحاب المذاهب المختلفة من فرع هذه المسائل بالتنظير لها والتحريج عليها.

7 - يعد الإمام ربيعة بن أبي عبد الرحمن (ربيعة الرأي) أقدم من تكلم على تصحيح العقد بحذف الشرط المحرر.

والحمد لله أولاً وآخراً.

البحث الثاني

تصحّح العقود الفاسدة

وأثره في استقرار التعاملات

وتطبيقاته الفقهية

الشيخ أفلح بن أحمد الخليلي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على أشرف الخلق أجمعين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على دري ودعا بدعوه إلى يوم الدين.

أما بعد فقد تلقيت بيد التقدير دعوة كريمة من الأخ الكريم عمر مصطفى أنصارى القائم بأعمال الأمين العام لجنة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حفظه ربى للمشاركة ببحث حول: "تصحيح العقود الفاسدة" في مؤتمر أιوبي وتقبلتها بقبول حسن؛ وسلطت هذه السطور وأسئلة الله التسديد في القول والفعل؛ وأسئلته جل وعلا أن يتقبلها بقبول حسن منه وفضله، وأسئلته أن يثيب قليلها بكثيره؛ إنه سميع قريب مجيب الدعاء.

وقسمت الموضوع إلى النقاط التالية:

مفهوم تصحيح العقود:

مقدمات بين يدي تصحيح العقود:

مدى الحاجة إلى تصحيح العقود: أهمية تصحيح العقود
نماذج لتصحيحات وقعت في عهد النبي صلوات الله وسلامه عليه
طرق تصحيح العقود الفاسدة وتطبيقاتها الفقهية.

العقود التي تقبل التصحيح:

أثر تعارف الناس في تصحيح بعض الشروط الفاسدة.

هل تصحيح العقود الفاسدة اتفاقي أو قضائي؟

تطبيقات معاصرة لتصحيح العقود الفاسدة. "المراجحة نموذجا".
خاتمة.

ومن الله أستمد العون والتوفيق.

مفهوم تصحيح العقود:

جاء في تاج العروس: "وَصَحَّحَهُ: أَزَالَ مَرْضَهُ" فالتصحيح هو إزالة الفساد والبطلان عن العقد؛ ولا يكون ذلك إلا بإلباسه رداء الصحيح.

وزن فعل يحتمل اثنين عشر معنى منضبطاً فضلاً عن المعاني غير المنضبطة؛ وقد جمعها الححقق الخليلي في قوله:

كثُرَ بـ"فَعَلَ" غالباً، وسلب، وعد
 صيرٌ كأصله، وللمصير
 كأصله جاء، وكالتفكير

ومن مكان القصد، أو وقت العمل جاء كهجَر، ومرادفاً فعل¹

وفي هذا السياق يحتمل التصيير والتعدية؛ وهي الأظهر؛ لأنَّ صَحَّ لازم بنفسه.

ويمكن تعريفه بأحد تعريفين: "تحويل العقد الفاسد إلى عقد صحيح بطرق شرعية"؛ وهو التعريف الأخص للتصحيح.

ويمكن أن يعرف بتعريف أعم: "هو التعامل مع آثار العقد الفاسد بمقتضى قواعد الشرع"، وهو يشمل رد المظالم وأداء الحقوق، والتأثيرات المالية كأجرة المثل أو مهره أو ثمنه في بعض الصور - وسيأتي بعضها بإذن الله - وما يتعلّق بذلك، وسنام الأمر التوبة إلى الله من التورط في العقود المحرمة - إن كان العقد الفاسد محرماً، وهو الأصل -.

وغالب البحث يتعلق بالتعريف الأول؛ لكنَّ أشير إشارات إلى التعريف الأعم؛ وهو مقتضى التوبة من الربا.

وحتى يكون التصحيح منضبطاً نوضحه بالمثال التالي:

- زواج الرجل بأخته وسائر محارمه نسباً أو رضاعاً باطل، وتصحيح الأمر بفارقه لها، ولا يمكن تجديد نكاحهما، وليس هو التصحيح المقصود.

1. سعيد بن خلفان الخليلي، *مقالات التصرييف*. سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة.
 .54-53/1

- زواج الرجل بامرأة بدون رضاها ثم رضيت قبل الدخول بها؛ فقد قال بعض الفقهاء بجواز إتمام العقد الأول.

مقدمات بين يدي تصحح العقود:

يقوم النظر في الموضوع على بحث الركائز التي يعتمد عليها؛ فلا يمكن أن يرفع شاهق البيان إلا ثابت الأركان، والأركان التي سنعتمد عليها ما يلي:

1. الوساطة بين الصحة والبطلان وأثرها على العقود:

لا يهمنا في هذا السياق تفصيل أحكام الصحة والبطلان وآثارهما على العقود بأنواعها، وإنما الذي يهمنا مناقشة وجود وسيط بينهما وأثر ذلك على العقود؛ وقبل بيان المسألة يحمل تعريفهما:

الصحيح: هو ما ترتب عليه آثاره الشرعية، وهو ما استكملا أركانه واستوفى شروطه وانتفت موانعه، ويدل في العبادات على الإجزاء على الأصح.

والفاسد والباطل بمعنى عند جمهور أهل العلم، وهم متغيران عند الحنفية¹؛ وإليك بيانهما عندهم.

الباطل: "هو ما تختلف فيه ركن من أركان العقد أو شرط من شروط انعقاده" أو هو "ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه"؛ وهو شامل لما تقدم ذكره من الزواج بالحرام وبيع عين حمرة العين كالميتة والدم².

¹ الفصول في الأصول؛ للعلامة أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق د. عجيل النشعبي (الكتاب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط 2، 1414هـ / 1994م)، 2/182، المستصنفي، للإمام أبي حامد الغزالى (بيروت: المكتبة العصرية وغيرها، 1433هـ / 2012م)، 130، البحر المحيط ل الإمام الرزكشى، (دولة الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الدينية، ط 2، 1413هـ / 1992م)، 321/1 وما بعده، القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلّق بها من الأحكام الفرعية، لابن حام، ضبط محمد شاهين (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1416هـ / 1995م)، ص 97، طلعة الشمس، للإمام السالى، تحقيق عمر حسن القيام. (سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالى، ط 1، 2008م)، 329/2، الموسوعة الفقهية الكويتية (الكتاب: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية؛ ط 5، 1425هـ / 2004م)، 8/106 وما بعدها "بطلان" 317/26 وما بعدها "صحة" 116/32 وما بعدها "فساد".

² قد يقال بتحقق البطلان إن كانت العين غير قابلة للتحول إلى لحم الميتة ولحم الخنزير؛ فقد جوز بعض الفقهاء بيع الميتة إن قصد بها جلدتها، وهو بعيد.

الفاسد: هو: "ما تختلف فيه شرط من شروط صحة العقد" أو هو "ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه"، كالمبيع بشرط فاسد مثل الشرط الريسي؛ لأن العقد يمكن تجريده من هذا الشرط والصحة والفساد من خطاب الوضع أو من آثاره على الأقرب، لأن توفر الأركان والشروط وارتفاع المowanع يقتضي الصحة، وزوال ركن أو شرط أو وجود مانع – حال كونه ركناً أو شرطاً أو مانعاً – ينفي الصحة ويقتضي البطلان.

ولا ينفي ذلك تأثرهما بخطاب التكليف؛ لأن خطاب الوضع يتفرع على خطاب التكليف في كثير من الأحيان¹.

واستثنى كل مذهب من قاعده بعض الصور، ولا تعيني الإشارة إليها هنا، وإنما أمثل بقول السيوطي في الاستثناءات على قول الشافعية حيث يقول: "الباطل والفاسد عندنا متادفان إلا في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض وفي العبادات في الحج.."².

وأحكام الصحة والبطلان شهدت بها كثير من الأدلة من كتاب الله وسنة نبيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وطبقته الأمة تطبيقاً عملياً في مختلف حقبها؛ فليس من حق أحد أن ينقض غزواً غزلته الشريعة بتجريد الباطل من ثوبه وإلباسه قهراً ثوب الصحيح.

والذي يعني في هذا السياق هو إمكان تصحيح العقد الفاسد بتجريده من أسباب فساده؛ بخلاف الباطل فلا يمكن تصحيحه إلا بالمعنى الثاني للتصحيح.

2. الفساد في حق طرف أو في حق الطرفين:

العقد إما أن يكون صحيحاً في حق كلاً طرفيه أو إما أن يكون فاسداً في حقهما، وأما أن يكون فاسداً في حق أحدهما باطلًا في حق الآخر فلا؛ وحتى نتصور الأمر لابد من النظر في الآتي:

¹ طلعة الشمس 330/2

² الأشباه والنظائر للعلامة السيوطي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ) المكتبة الشاملة ص 286.

اختلاف الحكم التكليفي بين العاقدين:

الأصل أن يتماثل الحكم التكليفي بين العاقدين؛ فإذا حرم في حق طرف حرم في حق الطرف الآخر، وهذا الأصل تعرّض عليه بعض العوارض التي تفرّق بين العاقدين في الحكمين؛ والعوارض هي ما يلي:

1. الضرورة؛ فإذا اضطر أحد العاقدين لما سوّغت له الشريعة ساغ له تناوله ولو بالعقد الفاسد؛ فمن اضطر لأكل ميّة وما شابها فيسوغ له شراؤها؛ فالله تعالى يقول: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَحَمَّ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهْلَكَ بِهِ لَغْيَرُ اللَّهِ فَمَنِ اضطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ البقرة: ١٧٣ فـإـما أن يقال بشمول الآية للشراء إن قلنا بعموم المقتضى وهو مذهب جماعة من الأصوليين، وأـما أن يـقال بالإذن بالشراء بدلالة الالتزام إن لم نـقل بـعموم المـقتـضـى؛ فإـلاـذـنـ بـالـأـكـلـ يـسـتـلـزـمـ الإـذـنـ بـالـشـرـاءـ إنـ تعـذرـ الحصولـ عـلـيـهـ بـدـونـهـ، وـفـيـ الـضـرـورـةـ أـشـيـرـ إـلـىـ مـسـأـلـةـ مـهـمـةـ وـهـيـ الـضـرـورـةـ إـلـىـ عـقـدـ الـرـبـاـ بـالـنـسـبـةـ لـلـمـقـتـضـىـ؛ فـقـدـ اـخـتـلـفـ الـفـقـهـاءـ فـيـ جـواـزـهـ بـالـنـسـبـةـ لـهـ فـقـيلـ بـجـواـزـهـ وـقـيلـ بـمـنـعـهـ وـعـلـيـهـ مـعـولـ بـعـضـ الـإـبـاضـيـةـ¹، وـلـعـلـ الـأـوـلـ أـقـرـبـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ.

2. الحاجة: ولأجله أجاز بعض الإباضية والشافعية دفع الرشوة بشروط صعبة التحقق، وفصل العـلـامـ السـبـكـيـ القـوـلـ فـيـهـ وـشـرـوـطـهـ بـمـاـ يـشـعـجـ الصـدـرـ؛ فـهـيـ مـحـرـمـةـ مـطـلـقـاـ فـيـ حـقـ الـآـخـرـ جـائـزةـ فـيـ وـقـتـ الـحـاجـةـ لـلـآـخـذـ².

ولذلك نماذج أخرى.

ولـكـنـ لاـ يـعـنيـ ذـلـكـ صـحـةـ هـذـهـ الـعـقـودـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ؛ إـنـماـ جـازـ الدـخـولـ فـيـهـ لـلـضـرـورـةـ أـوـ لـلـحـاجـةـ، وـذـلـكـ لـاـ يـمـنـعـ فـسـادـ الـعـقـدـ، وـهـذـاـ لـاـ يـقـالـ بـشـبـوتـ تـمـلـكـ مـشـتـريـ الـمـيـةـ وـلـاـ بـإـلـزـامـ الـمـقـتـضـىـ وـلـاـ الـرـاشـيـ دـفـعـ الرـشـوةـ إـنـ أـجـلتــ بلـ الـعـقـدـ باـطـلـ، وـلـاـ يـتـحـقـقـ بـهـ نـقـلـ مـلـكـيـةـ الـشـمـنـ وـلـاـ المـشـمـنـ،

¹ زيادات أبي سعيد الكدمي على كتاب الإشراف لابن المنذر اليسابوري، 269/3.

² ينظر فتاوى السبكي للعلامة علي السبكي، تحقيق حسام الدين القدسي (بيروت: دار الجليل، ط1، 1412هـ/1992م)، 1/203 ومعيد النعم وميد النعم؛ للإمام ابن السبكي، (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1407هـ/1986م). ص48-49، وينظر المدونة الكبرى للإمام أبي غانم الخراساني، بتعليق القطب، تحقيق د. مصطفى باجو (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ط1، 1428هـ/2007م)، 282/3.

وقد سبق الكلام عن حرمة الدخول في العقود الفاسدة في الأصل؛ لكن تستثنى الضرورة أو الحاجة في الحكم التكليفي لا في الفساد، والله أعلم.

ويوجد إشكال متكرر، وهو اختلال ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه بعلم أحد طرف العقد دون علم صاحبه؛ فقد يطلب العميل تمويلاً لشراء بيت من زوجه ويختفي حقيقة ملكيته للبيت، فالعقد كله صوري؛ وإذا علم المصرف بحقيقة المعاملة حرم عليه التعاقد، وقد نصت عليه المعايير¹، والمصرف معذور إن خفية عليه الحجة؛ لكن إن اكتشفت الحقيقة فلا يخلو إما أن تكشف بحجة شرعية ثبتت ملكيته للبيع وبطلان الصفقة من أصلها؛ وهي تقضي بطلان العقد أصلاً وتحنيب الأرباح.

وأما أن يقر العميل بکذبه بعد إتمام العقد² فلا يلزم المصرف شيء إلا من باب الاحتياط والورع؛ لأن إقرار العميل حجة قاصرة؛ لا تتعداه، وهي بالنسبة للمصرف دعوى؛ لا يلزمها قبولها إلا ببينة.

والأصل إن صدقه الطرف الآخر فالواجب عليه التخلص من رفع الصفقة؛ وهذا جلي في الأصيل؛ لأن مطالب بالتورع في ماله؛ لكن ينبغي للوكيل أن يستأذن الأصيل قبل التخلص من ربحها؛ لأن الأصيل قد لا يصدق الدعوى، وهذا جلي في المصارف لأنها لا تمثل المؤسسات، وإنما تمثل المودعين، وإن كنت تؤكد أهمية التأكيد على تورع العقود وضرورة انضباطها.

2. دلالة النهي على الفساد:

وتجذور الفساد والبطلان يرتبطان بدلاله النهي على الفساد؛ وقد أولاهما أهل العلم عناية بالغة حتى أفردت بوسائل خاصة؛ وكلامهم طويل السيل عظيم الذيل، ولم أستطع أن أحجز في بحار معارفهم لتلاطم أمواجها؛ ولا يكاد يوجد مذهب من المذاهب الفقهية التزم أتباعه قولًا مطردًا؛ بل تجد التطبيق ينقض التأصيل أحياناً كثيرة، بل نجد الخلاف جلياً في نسبة الأقوال إلى المذاهب؛ فالخلاف وارد في عند الإباضية حتى صعب تحديد النسبة إلى المذهب³، والخلاف

¹ المعايير الشرعية ص 205.

² أما إن أقر أثناء عقد الإجارة المنتهية بالتمليك مثلاً فشراء المصرف صحيح،

³ ينظر جامع ابن بركة 321/2 - 322 طلعة الشمس 1/196-197.

أشد في النسبة إلى الحنفية؛ فقد عزا بعض أصولي الحنفية إلى أئمتهم القول بدلالة النهي على الصحة؛ بينما قال إليهم الجصاص بتعوييلهم على الفساد¹؛ وثمَّ وسط بين ذينك القولين، وهو أنه لا يدل على الفساد ولا على الصحة، وعند المالكية نجد الأمر لا يختلف عن سابقيهم؛ فقد قال ابن العربي: "أرباب الأصول من المالكية جهلوا مالك رحمة الله فقالوا إن له قولين حسبما تقدم تفسيره، وال الصحيح من مذهبه أن النهي على قسمين: نهي يكون لمعنى في المنتهي عنه ونهي يكون لمعنى في غيره فإن كان لمعنى في المنهي عنه دل على فساده، وإن كان لمعنى في غير المنهي عنه فذلك يختلف إلا أن الأغلب فيه أنه لا يدل على الفساد"²، وعزا الزركشي إلى القرافي نسبة القول بشبه الفساد إليهم³.

والأمر ذاته عند الشافعي فحكي عنه القولان⁴.

ولهذا فالقاعدة —على أي قول من هاتيك الأقوال والله أعلم— غالبي؛ وقد عبر عن ذلك الإمام السالمي بقوله: "حاصل المقام أن القائلين بأن النهي لا يدل على فساد المنهي عنه إنما ينفون دلالة على ذلك عند عدم القرينة الدالة على ذلك، فأما إذا قامت قرينة على شيء من أفراد النهي أنه يدل على فساد ذلك المنهي عنه؛ فإنهم يُسلِّمون دلالته على ذلك لتلك القرينة، ويجعلونه كالمستثنى من قاعدة النهي، وكذا القائلون بأن النهي يدل على فساد المنهي عنه؛ فإنه يقولون بذلك عند عدم المانع عن دلالته على ما ذُكر، فإن وُجد المانع لذلك في شيء من أفراد النهي سَلَّمُوا أن ذلك الفرد بعينه لا يدل على فساد المنهي عنه، لذلك المانع، وجعلوه كحكم المستثنى من قاعدتكم في النهي، هذا تحرير المقام، فاشدد به يدك، فإنه مهم جدًا، ولا تقاد بتجده"⁵.

ومن الأقوال الوجيهة أن النهي يدل على الفساد إن كان النهي لذات المنهي عنه، وأما إن كان لغيره فلا يدل على الفساد.

¹ ينظر الفصول في الأصول؛ 171/2، وينظر المستصفى، 80/2

² الحصول للعلامة ابن العربي، تحقيق: حسين علي اليدري، (الأردن: دار البيارق، ط 1، 1420هـ-1999م)، (المكتبة الشاملة) ص 71.

³ ينظر البحر الخيط 445/2.

⁴ ينظر المستصفى، 2/78 وما بعدها والبحر الخيط 2/443.

⁵ طلعة الشمس 189/1-190.

والذي يعني هنا أن حرمة الشيء لا تستلزم فساده؛ فقد يصح العقد الملتبس بمحرم كالبيع إبان نداء الجمعة والتصرية وغيرها عند كثير من العلماء؛ فليس كل نهي يقتضي الفساد؛ وإنما كثير من المنهي دلت الأدلة على صحتها وعلى أثم أصحابها، ولصاحب الحق تعويض شرعي ثابت حق النقض.

والخلاف شهير في الشرط الباطل هل ينسحب بطلاً على أصله أم لا، والخلاف شهير بين فقهاء المذهب الواحد، وقد بحثه بتوسيع أخي الأستاذ عبدالله السليمي في بحثه القيم "الشرط الباطل المقترن بعقود المعاوضات: أثره وتطبيقاته الفقهية"^١.

3. حكم الدخول في العقد الفاسد:

ما يظهر للناظر أول الأمر أن الإقدام على العقود الفاسدة محظوظ؛ لأنه يستلزم أكل المال بالباطل؛ والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِحْمَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَّحِيمًا﴾ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدُونًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْبِلُهُ نَارًا ۚ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾ النساء: ٣٠ - ٢٩ وحدرت من ذلك كثير من الآيات والأحاديث، وهو من نوع من ذلك حتى لو نوى تصحيح العقد بعد ذلك؛ فذات التورط بالعقد الفاسد حرام^٢.

على أن الغالب الأعم أن فساد العقد أثر من آثار حرمته؛ والشريعة جعلت العقد مطية إلى تحقيق مبتغاه؛ فإذا لم يتحقق مبتغاه سقط اعتباره؛ فكل وسيلة لم تحقق غايتها سقط اعتبارها. وتردد فيه بعض الشافعية^٣.

والقائلون بالجواز يعلون على حديث صيغة من صيغ حديث بريدة؛ وفيه: "خذيها واشتري لها الولاء"؛ فقد أذن النبي صلوات الله وسلامه عليه لعائشة رضي الله عنها بالاشترط الباطل بناء على هذه الرواية، بيد أن الحديث روい بصيغ مختلفة؛ وفي بعضها لم تذكر هذه الصيغة

^١ بحث مقدم للتخرج من كلية العلوم الشرعية (غير مطبوع عند الباحث نسخة منه).

^٢ ونية التوبة حينما يقدمها الإنسان قبل معصيته تكون من خطوات الشيطان لإيقاعه في المعصية، وقد جرأت نية التوبة الكاذبة إخوة يوسف عليه السلام حتى شجع بعضهم بعضاً على قتلها بقولهم: ﴿إِذْ أَفْتَلُوا يُوسُفَ أَوْ اطْرُحُوهُ أَرْضًا يَحْلِمُ لَكُمْ وَجْهٌ أَيْكُمْ وَتَكُونُوا مِنْ بَعْدِهِ قَوْمًا صَالِحِينَ﴾ يوسف: ٩ فعلينا الحذر من شرك الشيطان.

^٣ ينظر الأشيه والنظائر؛ لإمام ابن السبكى، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١ هـ ١٩٩١ م)، 1/245.

أصلًا؛ ولهذا تصورها الإمام الشافعي غلطًا حيث قال: "وحدث يحيى عن عائشة أثبت من حديث هشام، وأحسبه غلط في قوله: "واشتري لهم الولاء" وأحسب حديث عمرة: "أن عائشة كانت شرطت لهم بغير أمر النبي وهي ترى ذلك يجوز فأعلمها رسول الله أنها إن اعتقتها فالولاء لها وقال: لا يمنعك منها ما تقدم فيها من شرطك، ولا أرى أمرها أن تشترط لهم ما لا يجوز؛ قال الشافعي وبهذا نأخذ¹.

وقد اختلف أهل العلم كثيرا في تأويل الصيغة على افتراض ثبوتها؛ فلا يلزم من ثبوتها صحة المدعى.

لكن فرق بعض أهل العلم بين نوعين من أنواع الفاسد؛ أي فساد تناقض وفساد حرمة؛ وقبلوا في فساد التناقض المتأمرة؛ وهو مذهب بعض الإباضية؛ وقد أجرروا تطبيقه على بعض مسائل المساقاة عند منعها مطلقاً منهم وهم قليل، أو منعها في بعض الصور. المصنف م 12 ج 458 ص 21.

ولا يسوغ إتمام الفاسدة عموماً، وقد نص أهل العلم على القاعدة بصيغة عامة في كل العقود، كابن السبكي والسيوطى وغيرهما أو في عقود محددة كقول ابن بركة: "والإجارات الفاسدة التي ورد النهي عنها لا يجوز إتمامها، ولا الحل فيها وتراضي الناس بذلك". وستأتي بإذن الله التعرض له في ا

وقال العلامة ابن دقيق العيد في رد النبي صلى الله عليه وسلم ما الغنم: "وبذلك يتبين ضعف عذر من اعتذر من الفقهاء عن بعض العقود الفاسدة بأن المتعاونين تراضياً وأذن كل منهما للآخر في التصرف، والحق أن الأذن في التصرف مقيد بالعقود الصحيحة".

[فتح الباري - ابن حجر 12 / 142] ولا أدرى هل يشمل كلامه بيوغ الغر إن أتمها العاقدان بعد أن ازاح الغر وانكشفت حقيقة العقد وحمله، وكذا في الضر إن رضي المتضرر، والغبن بعد إذن المغبون.

¹ اختلاف الحديث الإمام الشافعي، تحقيق: عامر أحمد حيدر (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط١، 1405هـ 1985م)، (المكتبة الشاملة)، ص520، وينظر خلاف أهل العلم في تأويل الحديث فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام ابن حجر (بيروت: دار المعرفة)، 190/5 هـ 1379.

ابن بركة 395/2 المسعودي ص 173.

وليس بعيداً عن ذلك نص الإمام الخليلي رحمه الله: "بيع الجزر والبصل قبل قلعه قال الشيخ ابن يوسف: "لا يصح"; فهو من قبيل بيع الحرام، والوالد سعيد بن خلفان يقول: "منتقض؛ فإن أتموه تم"، وبه يقول جماعة من العلماء، وقول الشيخ ابن يوسف أحب إلى"¹ بيد أن مصطلح النقض مفتقر إلى البيان؛ فكأنه لا يعني البطلان، ولهذا عده مقابلاً للقول بنفي الصحة، وإنما يعني توسيع إبطاله؛ فهو —والله أعلم— قريب من مصطلح موقوف.

4. بين تصحيح الفاسد وإنفاذ الموقف:

وقد توسع دائرة التصحيح لتشمل تحويل العقود إلى نافذ واجائز إلى لازم؛ لأن العقود تقسم باعتبارات متعددة؛ فقد أوجز الدكتور وليد بن هادي التقسيمات في عبارة موجزة حيث قال: "وتنقسم العقود من حيث الصحة إلى صحيح وباطل، ومن حيث اللزوم إلى لازم وجائز، ومن حيث النفاذ إلى نافذ وموقف، ومن حيث العوض إلى تبرع ومعاوضة، ومن حيث الصيغة إلى منجز و沐لى على شرط ومضارف إلى المستقبل، ومن حيث المعرفة إلى مسماة ومستحدثة، ومن حيث موضوعها إلى تمليلات كالمعاوضات والتبرعات، وإلى إسقاطات كإباء الدين، وإلى إطلاقات كالوكالة، وإلى تقييدات كعزل الوكيل ومنع المحجور، وإلى توثيقات أو ضمانات كالرهن والكفالة، وإلى استحفاظات كالإيداع والحراسة، وإلى عقود المشاركات بأنواعها".²

والخلاصة أن ثمة طرق شرعية لإنفاذ العقد الموقف؛ وليس مما يتعلق ببحثنا إلا عرضها، وسننشر إليها لما ماماً؛ لأن جملة من العقود التي يحكم عليها بعض الفقهاء بالفساد أو البطلان يحكم عليها آخرون بأنها موقوفة حتى يتمها أو يرفضها صاحب الحق، كالغرر في العقود والغش والنجاش وقبل الرؤية والفضولي والمريض مرض الموت والوصية بأكثر من الثالث والوصية لوارث. والترخيص أولى في العقود التي لا يمكن أن تتم إلا مشابهة بغير مثل حفر بئر؛ فالأراضي تتفاوت رخواة وصلابة، ويمكن أن نمثل لذلك بالحراسة في وقت الفتنة والخوف وال الحرب —أجارنا الله

¹ الفتح الجليل ص 431.

² أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور وليد بن هادي (ط 1، 1432هـ 2011م)، ص 36، ويراجع مقدمات في المال والملكية والعقد ضمن حقيبة طالب العلم الاقتصادية، للدكتور القره داغي (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط 2، 1434هـ 2013م)، 4 / 224 وما بعدها.

منها - وما يلحق بذلك من نظائر، وقد سوغ بعض أهل العلم للأجير نقض العقد؛ وقد رخصت المعايير في بعض العقود التي تتوقف عليها الحاجة العامة^١؛ ولعل الحراسة منها، والله أعلم.

وقد قرر ابن بركة (ت 362 تقويميا) ثبوت الخيار للمتضارر بتلقي الركبان والنجاش والتصرية وغيرها بقوله: "ويعجبني أن يكون كل غرر يذهب له مال هذا طريقه"^٢، وقال أيضاً: "ويعجبني أن يكون الخيار للمشتري إن شاء قبل البيع وإن شاء نقض"^٣، وقيل بثبوت البيع، ولا خيار للمشتري، وهو قول بعض الإباضية، وهو بعيد؛ لأن الضرر مرفوع شرعا.

مدى الحاجة إلى تصحيح العقود: أهمية تصحيح العقود:

إصلاح الفاسد أمر ضروري، لأن آثار العقد السابق لم تتحقق شرعا، وبناء على ذلك فكل التصرفات أو العقود التي تجرى على محل العقد فاسدة، وهو مواصلة لعمل محظوظ؛ فالإشكال عقدي بعدم ترتيب الآثار الشرعية على العقد، والإشكال الأكبر منه هو مخالفة وأكل أموال الناس بالباطل؛ فالله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِإِلَيْكُمْ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِحَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدُوًّا نَّا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا ۚ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾ النساء: ٢٩ -

٣٠ ولوعيد شامل لأكل المال الباطل.^٤

والله تعالى يقول في الربا: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا كَمَا يَقُولُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ۚ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ۖ وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا ۖ فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةً مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَمَّا مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ ۖ هُمْ

^١ المعايير الشرعية ص 782.

^٢ جامع ابن بركة 323/2

^٣ جامع ابن بركة 324/2، وينظر ص 325.

^٤ اختلف المفسرون في عود اسم الإشارة "يفعل ذلك"؛ فقيل بقتصره على قتل النفس وقيل بأنه ولأكل المال بالباطل، وقيل بأنه وعيid لكل حرم وراد من أول السورة، وقيل هو وعيid للحرمات الواردة بعد قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُ لَكُمْ أَنْ تَرْبُوَ السَّنَاءَ كَرِمًا ۖ وَلَا تَعْصُلُوهُنَّ لِتَدْهِبُوا بِعَضِيٍّ مَا آتَيْتُهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَ ۖ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۖ فَإِنْ كَرِهُوكُهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكُرُهُوْهُ شَيْئًا وَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ النساء: ١٩ وهو رأي الطبراني، والقول الثاني وجيه، ينظر تفسير الطبراني،... تفسير الك Kia المarsi... تيسير التفسير... تفسير ابن عاشور

فِيهَا حَالِدُونَ ﴿١﴾ يَمْحُقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِيبِ الصَّدَقَاتِ ۖ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴿٢﴾ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الرِّكَاهَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴿٣﴾ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقَىٰ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ ﴿٤﴾ إِنَّمَا تَفْعَلُونَ فَإِذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٥﴾

البقرة: ٢٧٥ - ٢٧٩ "ولكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون" قاعدة كلية تعني العدالة في أجمل صورها.

والمال عظيم الخطورة؛ ولهذا يسأل العبد يوم القيمة عن كسبه وعن إنفاقه؛ عن أبي بربعة الأسلمي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تنزل عبد يوم القيمة حتى يسئل عن عمره فيما أفاده، وعن علمه فيما فعل، وعن ماله من أين أكتسبه وفيما أنفقه، وعن حجمه فيما أبلأه"، وتواترت الأحاديث تؤكد هذا المفهوم فعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال القليل من أموال الناس يورث النار، ورواه الريبع عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ردوا الخيط والخيط، وإياكم والغلول؛ فإنه عار على أهله يوم القيمة" ورواه ابن ماجه وابن حبان بصيغة: "فأدوا الخيط والخيط وإياكم والغلول؛ فإنه عار على أهله يوم القيمة"^١، وبالجملة فإن العناية بالمال في الإسلام عظيمة؛ وتضمنت الشريعة حدان للحفاظ على المال بما حد السرقة وحد الحرابة؛ والحرمة شاملة أكل أموال الناس بالباطل والغش وضروب السحت والرشوة والربا والغرر وما شابهها؛ فلا بد للواقع فيها أن يصلح ما بينه وبين الله وما بينه وبين الناس؛ فالله تعالى فتح لعباده أبواب التوبة وإن بلغت ذنوبهم عنان السماء؛ لكن لابد للتوبة من رد المظالم؛ فعن أبي عبيدة قال سمعت ناسا من الصحابة يروون عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الذنوب على وجهين: ذنب بين العبد وربه وذنب بين العبد وصاحبه؛ فالذنب الذي بين العبد وربه إذا تاب منه كان كمن لا ذنب له، وأما ذنب بينه وبين صاحبه فلا توبة له حتى يرد المظالم إلى أهله".

والخلاصة من ذلك كله أن التصحيح لغاية إعانته تتحقق حقيقة عبوديته لربه واستسلامه لأوامره ونواهيه، وهي أهم من المصالح المادية كلها، ومع ذلك فلتتصحّح آثار على المعاملات المالية

^١ رواه الريبع كتاب

ففيها ترب الآثار المطلوبة من العقد، وقد تشتمل بالإضافة إلى ذلك تطيب النفوس وإصلاح ذات البين، والألفة والمحبة بين أفراد المجتمع المسلم.

فإن أنكر منكر أصل تصحيح العقود؛ وقال بأن الشريعة منعت تصحيح العقود مطلقاً؛ فالله تعالى يقول: ﴿فَلَمَّا أَلْقُوا قَالَ مُوسَىٰ مَا جِئْتُمْ بِهِ السَّحْرُ إِنَّ اللَّهَ سَيِّطِنُهُ إِنَّ اللَّهَ لَا يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ﴾^{٨١} يونس: ٨١؛ فأني يصلح أحد ما نفى الله إصلاحه؛ والفاشدون هم العاملون للعمل الفاسد؛ ويؤكد هذا المدلول قوله سبحانه: ﴿يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُبَطِّلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ﴾ الأنفال: ٨ فإذا أبطله الله فلا مناص من الحكم الكلي بطلانه، ويقول النبي صلوات الله وسلامه عليه: "من علم عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"؛ فلا قول بعد قوله، ولا حكم مع حكمه.

ولا شك أن التمسك بظواهر النصوص الشرعية واجب مع عدم المعارض الأقوى؛ فأني يسوغ العمل بها وقد قابلها ما هو أصدق بالمدلول منها؟ والله يبطل الباطل ولا يصلح الفساد؛ لكنه يأمر عباده أن يصلحوا ما أفسدوا ويطهروا أنفسهم من أدراهم حتى يحظوا بالزلفى، وليس كلامنا في إصلاح الفساد مع بقائه على فساده، وإنما كلامنا في تنقيته قدر الاستطاعة من الفساد.

نماذج لتصحيحات وقعت في عهد النبي صلوات الله وسلامه عليه:
نصت الشريعة على بطلان جملة من العقود؛ كتحريم ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وما شابهها.

وبين يدي مناقشة الموضوع أجد من المناسب أن أجمع بعضًا من التطبيقات^١ النبوية على أصحابها أفضل صلاة وأذكر سلام لتبصرنا بعض العقود الفاسدة ووسائل التعامل معها، ولا أتبعها بالتعليق هنا إلا ملماً، وسأستعين ببعضها في موضوعها بإذن الله تعالى.

عن عبد الله بن بريدة، قال: جاءت فتاة إلى عائشة فقالت: «إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بها خسيسته، وإنى كرهت ذلك» فقالت عائشة: "اقعدني حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذكري ذلك فجاء النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له فأرسل إلى أبيها،

^١ اقتصرت في الغالب الأعم على التطبيقات لأهميتها البالغة؛ لأنها تجمع بين التأصيل والتطبيق في آن واحد.

فلما جاء أبوها جعل أمرها إليها، فلما رأت أن الأمر قد جعل إليها قالت: إني قد أجزت ما صنع والدي، إنما أردت أن أعلم هل للنساء من الأمر شيء أم لا¹.

قال البيهقي في سننه الكبرى بعد الرواية: "وهذا مرسل ابن بريدة لم يسمع من عائشة رضى الله عنها".

وظاهر الرواية أن العقد أقر بتوفير شرطه؛ إذ رضا المرأة من شروط النكاح.
عن نافع أن ابن عمر تزوج وقال في موضع آخر: عن ابن عمر أنه تزوج ابنة خاله عثمان بن مطعمون قال: فذهبت أمها إلى النبي صلى الله عليه وسلم: فقالت: إن ابنتي تكره ذلك، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يفارقها وقال: "لا تنكحوا اليتامى حتى تستأموهن، فإذا سكتن فهو إذنن" فتزوجها بعد عبد الله المغيرة بن شعبة²،

وقد أبطل النبي صلوات الله وسلامه عليه جملة من العقود الباطلة أو يحتمل أنه أبطلها؛ ومن ذلك:

- الافتداء من الحد: وهو جلي في قول أب العسيف للنبي صلوات الله وسلامه عليه في قضية الزنى المعروفة: "..إن ابني كان عسيفاً على هذا فزن بأمراته فقالوا لي على ابني الرجم فبدت ابني منه بمائة من الغنم ووليدة ثم سألت أهل العلم فقالوا إنما على ابني جلد مائة وتغريب عام فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لأنقضين بينكم بكتاب الله: أما الوليدة والغنم فرد عليك.." ³، وعلق عليه ابن دقيق العيد بقوله: "وبذلك يتبيّن ضعف عذر من اعتذر من الفقهاء عن بعض العقود الفاسدة بأن المتعاونين تراضياً وأذن كل منهما للآخر في التصرف، والحق أن الأذن في التصرف مقيد بالعقود الصحيحة"⁴، ولا أدرى أتم العقد حقيقة بين الأطراف عليه؛ فنقض النبي صلوات الله وسلامه عليه العقد؛ ولا أدرى الضمير في "فبدت ابني منه" أعاد إلى الرجم إلى "هذا"

¹ رواه البيهقي في السنن الصغرى؛ كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة، برقم 2395 (الرياض: مكتبة الرشد)، 1422هـ/6/122هـ.

² رواه البيهقي في السنن الصغرى؛ كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة، برقم 3289، 6/119.

³ رواه البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، برقم 2549 تحقيق البغا.

⁴ فتح الباري 142 / 12

أي زوج المرأة؛ أو أنه كان يعرض الفداء وليس خبرا عنه، أي فعلى الاحتمال الأول فهو خبر، وعلى الثاني في إنشاء، والأول أظهر وأقوى، وعلى التسليم بالخبرية لا يلزم تمام الصفقة؛ ويحتمل أنه عرض الصفقة أي تم الإيجاب، ولا تتم الصفقة إلا بقبولها، والأظهر والأقرب تمام الصفقة؛ وقد أورد ابن حجر رواية وعلق عليها تعليقاً مهما حيث قال: " وفي رواية عمرو بن شعيب "أما ما أعطيته فرد عليك"؛ فان كان الضمير في أعطيته لخصمه تأيدت الرواية الماضية¹، وإن كان للعطاء فلا"²، والتعبير بالرد في قوله: "فرد عليك" إن تمت الصفقة يقتضي نقضها، وعلى غيرها فهو محمل على المعنى اللغوي في الرد، وكلام ابن دقيق مبني على تمام الصفقة، والله أعلم، وبغض النظر عن دلالة الحديث فلا شك في بطلان كل مساومة في حد من حدود الله تعالى،

• ربا الجاهلية، فقد روى جابر بن عبد الله رضوان الله عليه: "وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضع ريانا: ربا عباس بن عبد المطلب؛ فإنه موضوع كله"³، وهو منسجم مع دلالة آيات الربا في سورة البقرة.

• الخداع سواء كان فعلياً أو قولياً: عن الأعرج قال أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "...ولا تصرروا الإبل والغنم؛ فمن ابتعها بعد ذلك فهو بخیر النظرين بعد أن يخلبها؛ إن شاء أمسك، وإن شاء ردّها وصاعا من تمر" ، وربما قيل بأن الحديث ليس في تصحیح الباطل، وإنما في إنفاذ الموقف، وفي تفصیل الحديث خلاف بين أسطین العلم، وقد رواه الإمام الربيع: "...ولا تصرروا الإبل والغنم" دون زيادة.

• الغرر: عن سعيد بن المسيب قال: قلنا له: شيء بلغنا عنك في المزارعة، قال: كان ابن عمر لا يرى بها أساساً حتى بلغه عن رافع بن خديج، فأتأهله، فأخبره رافع: (أن رسول الله ﷺ أتى بني حارثة، فرأى زرعاً في أرض ظهير فقال: ((ما أحسن زرع ظهير)) قالوا:

1 الظاهر أنه يقصد بالرواية الماضية رواية صالح بن كيسان وفيها "أما الوليدة والغنم فردها".
2 فتح الباري 140/13.

3 رواه مسلم، الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم 3009.
4 رواه مالك، باب ما يُنْهَى عَنْهُ مِنَ الْمُسَاوَةِ وَالْمُبَايَعَةِ، برقم 1383.

(ليس لظهير) قال: ((أليس أرض ظهير؟)) قالوا: (بلى؛ ولكنّه زرع فلان) قال: ((فخذلوا زرعكم، وردو على النفقه)) قال رافع: فأخذنا زرعنا، ورددنا إلى النفقه، قال سعيد: أفتر أخاك أو أكره بالدرهم¹ وحديث ابن أبي نعيم، قال: حدثي رافع بن خديج (أنه زرع أرضاً، فمر به النبي ﷺ وهو يسقيها فسألته: ((من الزرع؟ ومن الأرض؟)) فقال: (زرعي بيذري وعملي لي الشطر ولبني فلان الشطر) فقال: "أريتاما فرد الأرض على أهلها وخذ نفتك² والظاهر والله أعلم أن النهي مقيد بما كانوا يتعاملون به، فقد كانوا يؤاجرون الأرض على الماذيات، وأقبال الجداول، ولم يكن لهم كراء إلا ذلك، وهذا الضرب من العلاج حول المعاملة إلى باب آخر،

عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال خرج عبد الله وعبد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق فلما قفلوا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكم على أمر أنفعكم به لفعلت. ثم قال: بلى هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه

فتبعاً عن متابع العراق ثم تبعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكم. فقالوا: وددنا ذلك. ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منها المال فلما قدموا باعوا فاربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما. أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت وأما عبد الله فقال ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمانه. فقال عمر أديا. فسكت عبد الله وراجعته عبد الله. فقال رجل من جلسات عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضة. فقال عمر قد جعلته قراضة. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال.³.

¹ رواه أبو داود، باب التشديد في ذلك، برقم 3401.

² رواه أبو داود،

³ رواه مالك في الموطأ، القراض، باب ما جاء في القراض، برقم 1389.

عن مالك بن أنس، عن حميد الأعرج، وغير مالك يقول: عن مجاهد، أن رجلاً أحيا أرضاً مواتاً، فغرس فيها وعمر، فأقام رجل البينة أنها له، فاختصما إلى عمر بن الخطاب، فقال صاحب الأرض: إن شئت قومنا عليك ما أحدث هذا، فأعطيته إياه، وإن شئت أن يعطيك قيمة أرضك أعطاك.

عن سليمان بن داود الخولاني، أن عمر بن عبد العزيز كان يقضي في الرجل إذا أخذ الأرض، فعمراها وأصلحها، ثم جاء صاحبها يطلبها، أنه يقول لصاحب الأرض: «ادفع إلى هذا ما أصلح فيها، فإنما عمل لك»، فإن قال: لا أقدر على ذلك، قال للآخر: «ادفع إليه ثمن أرضه» قال أبو عبيد: فهذا غير الحكم الأول، ألا ترى أنهم لم يأمروا الغارس بالقلع، ولكنهم خيروا رب الأرض بين أن يعطي قيمة العمارة مبنية غير منقوضة، وبين أن يأخذ ثمن الأرض براحا؟ وأما الوجه الثالث: فإن يختصر الرجل الأرض، إما بقطيعة من الإمام، وإما بغير ذلك، ثم يتركها الزمان الطويل غير معمرة. قال أبو عبيد: وقد جاء توقيقه في بعض الحديث عن عمر أنه جعله ثلاثة سنين ويكتفى غيره، من عمارتها ل مكانه، فيكون حكمها إلى الإمام.

609 - قال: حدثنا أحمد بن عثمان، عن عبد الله بن المبارك، عن معمر، عن ابن أبي نجيح - قال أبو عبيد: أحسبه - عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقاماً أرضاً، فجاء آخرون في زمن عمر فأحيوها، فقال لهم عمر حين فزعوا إليه: تركتموهما يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم، لو لا أنها قطيعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئاً، ثم قومها عامرة، وقومها غامرة، ثم قال لأهل الأرض: إن شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك، وخذلوا أرضكم، وإن شئتم ردوا عليهم ثمن أديم الأرض هي لهم قال: قال معمر: ولم أعلم أنهم علموا أنها لقوم، حين عمروها.

وقد قيل عن الشيباني عن أبي قيس الأودي أن امرأة من عائذ الله يقال لها سلمة زوجتها أمها وأهلها فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقال أليس قد دخل بها؟ فالنكاح جائز، أخبرنا أبو حازم الحافظ أنبا أبو الحسن بن حمزة أنبا أحمد بن نجدة ثنا سعيد بن منصور ثنا هشيم أنبا الشيباني فذكره رواه أبو عوانة وابن إدريس عن الشيباني عن بحرية بنت هانئ بن قبيصة أنها زوجت نفسها بالقعقاع بن شور وبات عندها ليلة وجاء أبوها فاستعدى علياً رضي الله عنه

فقال أدخلت بها؟ قال: نعم فأجاز النكاح. وهذا الأثر مختلف في إسناده ومتنه ومداره على أبي قيس الأودي وهو مختلف في عدالته وبحرية مجهولة، واشترط الدخول في تصحیح النکاح إن كان ثابتاً والدخول لا يبيح الحرام، والإسناد الأول عن علي رضي الله عنه في اشتراط الولي إسناد صحيح فالاعتماد عليه وبالله التوفيق \ 13417 .

البيهقي في سننه الكبرى ج 7/ص 112 ح 13427 قلت وهو ضعيف.

وهو الذي عول عليه موسى بن علي من فقهاء الإباضية، وهو مبني فيما يبدو على قاعدة مراعاة الخلاف؛ أي التفريع على قول آخر عند الاحتمالية.

طرق تصحیح العقود الفاسدة وتطبیقاتها الفقهية.

لتصحیح العقود بالمعنى العام طرق متعددة؛ منها ما یلي:

التردد: وهو الأصل الأول في العقود الفاسدة والباطلة؛ وهو أصل رفع الظلم عن النفس وعن الغير؛ فقد قال رب العزة جل جلاله: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۚ وَإِنْ تُبْثِمُ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ﴾ البقرة: ٢٧٩، وهو تصحیح العلاقة مع الله وإنابة إليه.

وهذا الأصل سهل إن بقیت العین؛

قال ابن بركة: "والذي توجبه الشريعة من الحكم في ذلك أن السلعة إن كانت قائمة ردت إلى صاحبها لعدم صحة البيع عليها، وإن كان قد استهلكها كان عليه مثلها إن كان لها مثل يضبط بكيل أو وزن، وإن كانت مما لا تضبط بالكيل والوزن وليس مثلها عین معلومة كان عليه قيمتها يوم استهلكها، والقول قول الضامن لها مع يمينه، والله أعلم"¹.

ودللت عليه أدلة كثيرة؛ فمنها ما سبق من حديث العسیف ونقض افتداء والد العسیف لولده بقوله عليه الصلاة والسلام: " أما الوليدة والغنم فرد عليك.." ، وأبطل النبي صلوات الله وسلامه عليه هبة بشير لابنه النعمان دون بقية إخوته، وفي روایة موطاً مالك: "فَازْبَحْعَةٌ" ، وهو رغبة الفاروق في تعامل والديه مع واليه أبي موسى الأشعري قبل أن يحول الأمر إلى المضاربة؛

¹ جامع ابن بركة 321-322.

فقال لهما: "أديا المال وربحه"، وهو شامل للنكاح فعن ابن عمر أنه تزوج ابنة خاله عثمان بن مظعون قال: فذهبت أمها إلى النبي صلى الله عليه وسلم: فقالت: إن ابنتي تكره ذلك، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يفارقها.

وهو معول عليه في العقود الموقوفة أيضاً، فالنبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يتلقى الجلب، فإن تلقاه إنسان فابتاعه، فصاحب السلعة فيها بالخيار، إذا ورد السوق"

ويستثنى من ذلك تلف العين أو تأثيرها أو كانت العين محمرة العين كالميتة قال أبو ستة: "إإن الرد إنما يظهر من جانب البائع فقط، وقد يقال الأولى أن يبقى على ظاهره فياخذه ليدفنه مثلاً".¹

والتراد وارد في جميع عقود المعاوضات والتبرعات الفاسدة بأنواعها المختلفة، وهو وارد في النكاح لكنه ترد عليه إشكالات لا سيما في البيع إذا تلفت العين وفي الإجارة والمساقاة والمزارعة والغارسة إذا عمل العامل فلا بد فيها من عوض، وهو ما سيأتي في الوجوه الأخرى بإذن الله، والإشكال في النكاح إذا وقع الوطء فلا بد فيه من المهر.

التنامم: وهو إتمام العقد الأول بعد تنقيته من سبب الفساد.
إذا كان السبب الغرر فإتمام العقد بإزالة الغرر والتراضي بعده؛

وإن كان السبب دينا فقبضه والتراضي على إتمام العقد بعده.
وإن كان غير مقدور على تسليمه فالتضارسي بعد القدرة على تسليمه.

وإن أوصى الميت بأكثر من الثلث ورضي الورثة عند بعض أهل العلم، وهكذا.
وإن كان البائع فضولياً وبعد إتمام المالك.

وهذا كله بناء على أن العقد السابق فاسد؛ وهو ما قد يلمح في حديث عمران بن حصين أن رجلاً أعتقد ستة أعبد عند موته ولم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال له قولاً شديداً ثم دعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء فأقرع بينهم فأعتقد اثنين وأرق أربعة".
وفي كل الصور السابقة خلاف.

إذا تراضى الطرفان على محل واضح ترتبت عليه آثار العقد الصحيح؛ لأن العقود الـ

¹ الإيضاح 3/285، ثم تناول هل عليه أن يرد مثلها إلى الفقراء توبية أو لا.

وإذا نقضوه انتقض.

وأمام حل التتمام نقف أمام إشكاليين لابد من حلهما؛
أولهما: هل التتمام يشمل السكوت عن العقد؟

يشعر كلام بعض الإباضية بأن السكوت عن نقض العقد يقتضي الإتام؛ ولعلهم يغولون على أن السكوت في مقام البيان بيان؛ وقد عولت الشريعة على الصمت فيما هو أشد خطبا وخطورة من ذلك كإذن البكر في النكاح، وهذا القول عندي بعيد واقعيا؛ لأن التراضي مشاب بتصور ثبوت العقد الأول؛ فقد قيل لا ينسب إلى ساكت قول؛ وقد يسكت المغبون من الطرفين لا للرضى؛ لكنه مكبل بقيود العقد الأول؛ سواء توهم صحته أو علم بفساده، لكنه وجد حرجا في نقضه، وأخذ المال بحرج من صور أكل المال بالباطل؛ فما لم يكن عن تراض فهو من الباطل والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَنَّكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِحَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۝ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۝ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَّحِيمًا﴾ النساء: ٢٩، وشهدت بذلك كثير من الأدلة إلا ما استثناه الشارع.

ولا شك أن إتام الولي للنكاح –إن تم دون علمه أو دون رضاه– لا يتم بمجرد السكوت؛ فلا بد من النطق أو ما يقوم مقامه، والله أعلم.

قال ابن السبكي: "ومنها: المقبوض بعقد المعاطاة على المذهب له حكم المقبوض بعقد فاسد على الصحيح؛ فيطالب كل من المتعاطيين صاحبه. بما دفعه إن كان بقايا وبضمائه عند التلف فإن ماثل الثمن القيمة خرجه الغزالي على مسألة الظفر، وقال الشيخ أو حامد: لا مطالبة لواحد منهما وتبرأ ذمتهما بالتراضي واستشكله الرافعي بسائر العقود الفاسدة؛ فإنه لا براءة وإن وجد التراضي"¹.

ثانيهما: هل التتمام عقد جديد أو هو إتام للعقد سابق؟

تحrir هذه المسألة هي جذر القضية كلها؛ وسائر فروعها ثمرة من ثمارها؛ وستأتي الإشارة إلى فروعها تبعا بإذن الله، ولا أجد بين يدي تأصيلا يروي الغليل فيه؛ وإنما الذي وجدته تعبيرات تشعر باجتماع العاقدين كقول الإمام السالمي في بيع عين بها خيار: "هذا عيب في البيع ولم

¹ الأشيه والنظائر لابن السبكي، 1/295.

نقضه بهذا العيب، وإن تتماه، والله أعلم¹. لا سيما أنه عبر أن لهم — بالجمع — نقضه؛ ولا يصدق المثال على المطلوب؛ لأن السؤال متضمن لجهل الطرفين بالخيار.
وتعبرات كثيرة من أهل العلم تشعر بإتمام المتضرر فقط أو صاحب الحق عموماً، وهي تقتضي أنه إتمام للعقد السابق، ومبني هذا القول أن الطرف الآخر لا ضرر عليه في ذلك؛ لا سيما أنه عالم بحقيقة المعقود عليه وتفاصيله.

لكنني أستعين الله وأقول:

نعود إلى التأصيل الأول لمفهوم الفاسد، وهو ما لا تترتب عليه آثاره الشرعية؛ وهو أكبر فارق بين العقد الصحيح والعقد الفاسد؛ وإذا كانت لا تترتب عليه آثاره الشرعية بذاته فلا شك أن التعويل — في ترتيب الآثار الشرعية — على التمام تجري علي؛ فهو إنشاء عقد جديد؛ وهذا الأصل الذي ينبغي أن يكون، وعلى قياد هذا الأصل فللعاقددين تغيير محل العقد فضلاً عن شروطه التفصيلية.

لكن إدراك الأصل لا يعني عن إدراك ما سواه؛ لأن إنشاء العقد مرة أخرى يتوقف على توفر جميع شروطه؛ وهي غير متوفرة في جملة من الصور إما لفقدان أحليمة أحد العاقددين أو لتلف محل العقد، وقد تكون متوفرة لكن تغيرت الأسعار تغيراً فاحشاً، وهو يؤدي إلى ضرر بالغ. ولذا حولت استجمام صورها التطبيقية حتى تساعدنا على دقة تكييفها، وهي صور متعددة لأنها مركبة من فوات محل العقد "قد يفوت كل الحلين لا سيما إن كان مبادلة عين بعين" أو فوات أحد العاقد ثم بيان نوعية العقد؛ لكن أحبيت ذكر بعض الصور فقط؛ وهي:

● قد يغير العاقدان محل العقد (الثمن أو السلعة أو شروطهما)؛ وفي هذه الحال لا يتصور إلا أن يكون عقداً جديداً.

● قد يبقى العقد على حاله دون أي تعديل بتراضي الطرفين، وهنا يرد السؤال عن إمكانية إتمام العقد على صورته السابقة، ولا يخلو من إشكال؛ فالإعلان أن العقد الأول فاسد؛ وليس العاقدان مضطرين لإتمامه؛ لكن قد يستدل المرخص له "فلما جاء أبوها جعل

¹ كما في الأصل الظاهر أن في الجواب نقصاً؛ والصواب: "إن تتماه تم".

أمرها إليها، فلما رأت أن الأمر قد جعل إليها" قالت: إني قد أجزت ما صنع والدي ؟؛ فلم يجدد نكاحها؛ ولم يشترط إقرار ولديها إبان موافقتها، قلت ينبغي أن نحرر فاعل "جعل أمرها" أهوا النبي صلوات الله وسلامه عليه، أو هو والدها؟ وهو أقرب مذكور؛ فإذا جعل والدها لها الخيار؛ فالولي حاضر موافق، لكن عمر رضوان الله عليه ومن أشار عليه جددا العقد بعد فوات وقته.

- قد يفوت محل العقد فيختلف المبيع في يد المشتري، وهو ضامن له؛ لأنّه أحذه بنية التملك، وهي تستبع الضمان، أي تمنعه من مطالبة الطرف الآخر برد الثمن دون رد للعين بدعوى تلفها الذي لم يتسبب فيه، ويتعين في هذه الصورة إتمام العقد الأول دون إنشاء عقد جديد؛ لأنّه لا يتسمى إنشاء عقد جديد، واستساغة الإنعام هنا لتطبيق قواعد العدالة فقط؛ فهي الحاكمة الكلية على العقود؛ فالله تعالى يقول: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ ۚ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ۚ وَأَئْنَوْ اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ البقرة: ١٩٤ .
وأما إنفاذ العقد الموقوف فهو أرخص، ويكتفى بإتمام من له الحق، كالمحشوش وما شابه؛ لأن العقد موقوف على موافقته، والخلاف في تفاصيله شهير؛ والأصل فيه ما رواه الأعرج قال أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تصرروا الإبل والغنم؛ فمن ابتعاهما بعد فإنه بخیر النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك، وإن شاء ردّها وصاع تمر"، ومثله أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى أن يتلقى الجلب، فإن تلقاه إنسان فابتاعه، فصاحب السلعة فيها بالخيار، إذا ورد السوق" وما صدق عليه يصدق على بقية الخيارات، وقد أطال بسطها الدكتور عبدالستار أبو غدة في بحثه القيم الخيارات¹.

¹ ينظر الخيار وأثره في العقود للدكتور عبدالستار أبو غدة (سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية: دلة البركة؛ إدارة التطوير والبحوث، ط 2، 1405هـ/1985م).

● إتمام غير العاقد:

الأصل أن يتم العاقد لكن قد يفتقر العقد إلى إتمام غير العاقد إن تعلق به حق الإتمام، وهو جلي في جملة من الصور كإتمام المالك في بيع الفضولي، ومنه إتمام الأصيل إن تجاوز الوكيل حدود الوكالة، وإتمام المرأة إن زوجها ولديها دون إذنها أو إتمامه إن تزوجت دون إذنه، وإتمام السيد زواج عبده، -ولعله مثله إتمام الوالد زواج ابنه- وهذا كله قبل الدخول، وفي المسألتين خلافات وإشكالات، أو أتم ولي الصبي عقوده، وإتمام الوارث إن أوصى الميت "المورث" لوارث أو أوصى بأكثر من الثالث، وهذه الصورة تختلف عن سابقتها لأن الإتمام فيها بعد الوفاة لكن ورد في رواية.

وقد يتم العاقد عقده بعد تمام أهليته كإتمام الصبي لما عقده في صباه من قسمة.¹

الأرض: أي جبر النقص:

وهو خيار جلي في تلف العين قبل الرد سواء أكان التلف كلياً أم جزئياً؛ وقد لا يتيسر نقض البيع لأن المشتري لتصرف المشتري فيما اشتراه بيعاً أو هبة أو بناء وما شاكل ذلك.

وقد نص الفقهاء على مشروعية الأرض من حيث الجملة فقد قال العلامة ابن بركة: "واختلف أصحابنا في الأمة إذا وطئت ثم ظهر بها عيب كان بها في ملك البائع؛ فقال أكثرهم: ليس له ردها، وله أرض العيب، وقال الباقيون: له ردها"²، وقال البسيوي بأن الغش الذي لا يجوز في البيع ويكون البائع خائناً فهو ضامن للفضل في ذلك، والظاهر أنه يقصد ضمان الفرق بين السعرين³، ولا أظن القول بذلك إلا عند تعذر رد الصفقة أو وقوع ضرر بالرد؛ وإلا فهذا الخيار وراد عند وقوع الضرار بالرد فيما يبدو سوءاً على البائع كالأمة الموطدة أو السلعة المستهلكة وما شابهها أو على المشتري بتغيير الأسعار أو بعمارته للأرض وما شابه ذلك.

¹ اختلف الفقهاء إذا قسم الشركاء سهامهم ولا ولـي للصبي فقيل ليس لهم نقض القسمة حتى يبلغ الصبي ويرضي –والظاهر مثله لو رضي ولـيه منهج الطالبين

² جامع ابن بركة 2/324.

³ مختصر البسيوي ص 296.

وقد فصل العلامة ابن رجب الأقوال في المسألة حيث قال: "واختلفوا في البيع، فمنهم من قال: إنه فاسد، وهو روایة عن أَحْمَدَ، اختارها طائفة من أصحابه، ومنهم من قال: إنَّ كَانَ الناجش هو البائع، أو من واطأه البائع على النجاش فسد؛ لأنَّ النجاش هنا يعود إلى العاقد نفسه، وإنَّ لم يكن كذلك، لم يفسد، لأنَّه يعود إلى أجنبي. وكذا حكى عن الشافعي أنَّه علل صحة البيع بأنَّ البائع غير الناجش، وأكثر الفقهاء على أنَّ البيع صحيح مطلقاً وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وأَحْمَدَ في روایة عنه، إلا أنَّ مالِكَا وأَحْمَدَ أثبَتاً للمشتري الخيار إذا لم يعلم بالحال، وغبن غبناً فاحشاً يخرج عن العادة، وقدره مالك وبعض أصحاب أَحْمَدَ بثلث الثمن، فإنَّ اختار المشتري حينئذ الفسخ، فله ذلك، وإنَّ أراد الإمساك، فإنه يحيط ما غبن به من الثمن، ذكره أصحابنا".¹

ولا يحضرني دليل مباشر على ذلك؛ لكن تدل عليه جملة كبيرة من الأدلة غير المباشرة؛ وانتزع الكلام أولاً من بسط العلامة ابن حزم الظاهري الأدلة الشرعية المؤكدة لحق الانتصار – وإن كان كلامه فيما يخص مالاً وما شابه، وذات الأدلة تثبت ما قلناه – حيث قال: "بُرْهَانُ دَلِيلِكَ: قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَوْقِبْتُمْ بِهِ} وَقَوْلُهُ تَعَالَى {وَلَمَنْ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ}. وَقَوْلُهُ تَعَالَى {وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَتَنَصَّرُونَ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَّا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ}. وَقَوْلُهُ تَعَالَى {وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ}. وَقَوْلُهُ تَعَالَى {فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ}. وَقَوْلُهُ تَعَالَى {إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيرًا وَأَنْتَصَرُوا مِنْ بَعْدِ مَا ظُلِمُوا}. وَمِنْ طَرِيقِ أَبِي دَاوُدَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ يُونُسَ حَدَّثَنَا زُهَيْرُ بْنُ مُعاوِيَةَ حَدَّثَنَا هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّ هِنْدَأُمَّ مُعاوِيَةَ جَاءَتْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيفٌ، وَإِنَّهُ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَبَنِي، فَهَلْ عَلَيَّ مِنْ جُنَاحٍ أَنْ أَخْدُ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا قَالَ: خُذْهِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعُرْمَاءِ الَّذِي أُصِيبَ فِي ثَمَارِ ابْنَائِهَا: خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ وَهَذَا إِطْلَاقٌ مِنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِصَاحِبِ

¹ جامع العلوم والحكم في شرح حسين حديثاً من جوامع الكلم، للعلامة ابن رجب.

الْحَقُّ عَلَى مَا وَجَدَ لِلَّذِي لَهُ عَلَيْهِ الْحَقُّ. وَمِنْ طَرِيقِ الْبُخَارِيِّ، حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ يُوسُفَ، حَدَّثَنَا الْلَّيْثُ، -هُوَ ابْنُ سَعْدٍ- حَدَّثَنِي يَزِيدُ - هُوَ ابْنُ أَبِي حَيْبٍ - عَنْ أَبِي الْحَيْرَ هُوَ مَرْثُدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْيَزِينِيِّ، عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ الْجَهَنَّمِيِّ [قَالَ]: "قَلَنا لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّا نَبْعَثُنَا فَنَنْزِلُ بِقَوْمٍ لَا يَقْرُونَا، فَمَا تَرَى فِيهِ فَقَالَ لَنَا عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنْ تَنْزَلُنَا بِقَوْمٍ فَأُمِرَ لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ فَاقْبِلُوا فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا فَخُذُوهُمْ مِنْهُمْ حَقَّ الضَّيْفِ".¹

ويتأكد ما قاله بالأدلة الشرعية المؤكدة لرفع الضرر؛ وقد نقشتها الشريعة بحروف من نور في تفاصيل الحياة البشرية؛ وصورة الضرر تظهر إن اشتري إنسان سلعة غبن فيها وتعذر عليه ردها لغيرها مثلاً، فلا بد من إنصافه، ويمكن أن يستوحى من حديث أنس رضوان الله عليه؛ ففيه: أن أبا بكر رضي الله عنه كتب له فريضة الصدقة التي أمر الله رسوله صلى الله عليه وسلم (من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة، وليس عنده جذعة وعنده حقه؛ فإنها تقبل منه الحقة، ويجعل معها شاتين إن استيسرنا له أو عشرين درهما، ومن بلغت عنده صدقة الحقة، وليس عنده الحقة، وعنده الجذعة؛ فإنها تقبل منه الجذعة، ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين، ومن بلغت عنده صدقة الحقة، وليس عنده إلا بنت لبون؛ فإنها تقبل من بنت لبون ويعطي شاتين أو عشرين درهما ومن بلغت صدقة بنت لبون وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين. ومن بلغت صدقته بنت لبون وليس عنده بنت مخاض فإنهما تقبل منه بنت لبون وإنما بنت مخاض ويعطي معها عشرين درهما أو شاتين).².

تحويل إلى عقد آخر:

والأصل في تحويل العقد الفاسد إلى دائرة أخرى ما رواه أبو جعفر الخطمي قال يعني عمي أنا وغلاما له إلى سعيد بن المسيب قال فقلنا له شيء بلغنا عنك في المزارعة قال: كان ابن عمر لا يرى بها أساسا حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث فأتاه فأخبره رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بني حارثة فرأى زرعا في أرض ظهير (بضم الظاء صاحب الأرض) فقال: "ما أحسن زرع ظهير" قالوا: ليس لظهير قال "أليس أرض ظهير؟" قالوا بلى ولكنه

¹ المخلقي، للعلامة ابن حزم،

² رواه البخاري كتاب الركبة، باب من بلغت عنده صدقة بنت مخاض وليس عنده، برقم 1385.

زرع فلان قال " فخذوا زرعكم وردوا عليه النفقه " قال رافع فأخذنا زرعنا وردنا إليه النفقه .
قال سعيد أفتر أخاك (أفتر أخاك أي أعطه أرضك عارية ليزرعها) أو أكره بالدرهم .
وقد عول عليه الفاروق رضوان الله عليه بإشارة أحد جلسائه حينما حول العقد مع عقد القرض
مع ولديه إلى عقد مضاربة ، والظاهر أن قصد العدالة من ناحية الاحتياط من ناحية أخرى ،
وإلا فلو أخذ بظاهر العقد السابق لكان له وجه ظاهر ؛ لكن همة الفاروق رضوان الله عليه لا
تقبل بغير الأعلى .

وقد يستلهم ذلك من حديث: " من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله
نفقته "¹ . ييد أن الحديث فيه مقال ففي سنته شريك بن عبد الله قال عنه ابن حجر : (صدوق
يحيط به كثيراً ، تغير حفظه منذ ولـي القضاء بالكوفة ...) ² علاوة على ذلك فهو مدلس قال
عبد الحق الإشبيلي : كان يدلـس . وقال ابن القطان : وكان مشهوراً بالتدليس ³ وأورده ابن حجر
في المرتبة الثالثة من المدلسين .

قلـت : وقد روـي الحديث عند أبي داود وأبي عـبيد بالعنـعة .
وهوـ على التسلـيم بشـوـته ، وهوـ معـول بـعـض أـهـل الـعـلمـ لمـ يـثـبـتـ الأـجـرـةـ ، وإنـماـ أـثـبـتـ النـفـقـةـ .
واللهـ أـعـلـمـ .

وأـجـدـ منـاسـباـ فيـ مقـامـيـ هـذـاـ أـذـكـرـ قـاعـدـةـ أـرـاهـاـ مـهـمـةـ؛ـ وـهـيـ أـنـ كـثـيرـاـ مـنـ أـهـلـ الـعـلمـ لـجـأـ إـلـىـ
تـحـوـيلـ كـثـيرـ مـنـ الـعـقـوـدـ الـفـاسـدـ كـالـمـسـاقـةـ وـالـمـضـارـبـ وـالـمـزـارـعـةـ وـالـمـغـارـسـةـ وـالـجـمـالـةـ إـنـ التـبـسـتـ بـماـ

¹ رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها رقم 3403 ص 610، وأبو عبيد الأموال، كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها وإحيائها وحماها، باب إحياء الأرضين واحتجارها والدخول على من أحياها رقم 708 ص 122، والترمذى /3 648 برقم 1366) وقال عنه: حسن غريب . وذكر أن العمل عليه عند بعض أهل العلم، وهو قول أحمد وإسحاق وذكر تحسين البخاري له .

² تقرـيبـ الـهـذـيبـ، حـجـرـ الـعـسـقـلـانـيـ، تـحـقـيقـ عـبـدـ الـوهـابـ عـبـدـ الـلطـيفـ (ـدارـ الـعـرـفـ، طـ2:ـ 1975ـ،ـ 351/ـ1ـ).

² تـحـذـيـبـ الـهـذـيبـ، اـبـنـ حـجـرـ الـعـسـقـلـانـيـ، (ـبـيـرـوـتـ:ـ دـارـ إـحـيـاءـ التـرـاثـ، طـ1:ـ 1991ـ) 296/ـ4ـ.

² تـنـظـرـ الـأـشـيـاءـ وـالـنـظـائـرـ، لـلـسـيـوطـيـ، صـ363ـ.

² يـنـظـرـ الـمـسـاقـةـ مـشـروـعيـتهاـ وـشـروـطـهـاـ وـأـحـكـامـهـاـ، لـلـبـاحـثـ، (ـمـطـابـعـ الـنـهـضـةـ)، صـ186ـ-ـ192ـ.

² كـذـاـ فـيـ الأـصـلـ وـلـعـلـهـ (ـتـكـنـ)ـ بـالـتـاءـ.

² كـذـاـ فـيـ الأـصـلـ وـالـصـوـابـ (ـالـمـسـاقـيـ)ـ وـهـوـ الـذـيـ ذـكـرـ فـيـ عـقـدـ لـلـعـلـامـةـ اـبـنـ حـجـرـ الـعـسـقـلـانـيـ، تـحـقـيقـ عـبـدـ الـوهـابـ عـبـدـ الـلطـيفـ (ـدارـ الـعـرـفـ، طـ2:ـ 1975ـ) 351/ـ1ـ.

³ تـحـذـيـبـ الـهـذـيبـ، اـبـنـ حـجـرـ الـعـسـقـلـانـيـ، (ـبـيـرـوـتـ:ـ دـارـ إـحـيـاءـ التـرـاثـ، طـ1:ـ 1991ـ) 296/ـ4ـ.

يفسدها إلى إيجارة، وأعطوا العامل –إن عمل– أجراً المثل، وأجراً المثل هي حل حتى لا يستباح عمل دون عرض، ولذلك صور متعددة.¹

وقد طبق ذلك الإباضية والحنفية والشافعية والحنابلة، وهو قول عند المالكية، ولكل مذهب تفصيات في قولهم لا تعني هنا، وذهب بعض المالكية إلى التعوييل على العقد نفسه كمساقاة المثل ومضاربته إن أتم العامل العمل، وهم في ذلك تفصيات مهمة، وقد ذكرت بعض كلامهم في بحث المساقاة².

قال القرافي مبيناً لها: "ففي "الجوهر" المساقاة الفاسدة إذا أدركت قبل الشروع فسخت، أو بعد الفراغ ففي الواجب أربعة أقوال: أجراً المثل، مساقاة المثل مطلقاً ما لم نكن³ أكثر من المشترط إن كان للشرط للمساقى، أو الأقل إن كان الشرط للمساقى⁴ التفصيل لابن القاسم: أجراً المثل إن خرجا إلى الإيجارة الفاسدة، أو بيع الثمار قبل بدو صلاحها، كاشتراض أحدهما زيادة من عين أو عرض أو غيرهما، فالمالك مستأجر بأجراً فاسدة، والعامل مشتر لثمرة بما زاده، وإلا فمساقاة المثل إذا لم يخرجها عن حكمها بل عقدها على غير الحائط على النصف وأآخر على الثالث، واشتراض من العمل ما لا يلزم مما لا يبقى مؤبداً.

قال الشيخ أبو الوليد: الذي وجد فيه لابن القاسم مساقاة المثل أربع مسائل؛ اثنان في "المدونة": إذا ساقاه –وفي الحائط ثمر – أطعم، أو اشترط المساقى العمل معه، واثنان في "العتيبة": اجتماعها مع البيع في عقد، أو ساقاه سنة على النصف وسنة على الثالث.

الحال الثالثة: أن يعثر عليها في أثناء العمل، فيفسخ الواجب فيه أجراً المثل –إذا انتهى على ما تقدم من تفصيل ابن القاسم– وله أجراً مثلاً فيما عمل إلى حين العثور، ولا يفسخ ما الواجب فيه مساقاة المثل، بل يمضي وله مساقاة مثلاً، ولو كانت أعواماً وبقي بعضها بعد

1. تنظر الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص363.

2. ينظر المساقاة مشروعيتها وشروطها وأحكامها، للباحث، (مطبع النهضة)، ص186-192.

3. كما في الأصل ولعلها (تكن) بالتاء.

4. كما في الأصل والصواب (للمساقى) وهو الذي ذكر في عقد الجوهر عقد الجوهر الشمية في مذهب عالم المدينة، جلال الدين بن نجم بن شناس. تحقيق: د. محمد أبو الأفغان. وأ. عبدالحفيظ منصور. (بيروت: دار الغرب الإسلامي ط:1:1415هـ/1995م). 824/2.

العثور، بني على مساقاته فيها مساقاة المثل، فهذه ثلاثة أحوال لمساقاة الفاسدة¹ وعليه معيول الظاهرية.

والذي يبدو لي أن نقل العقد من باب إلى باب خلاف الأصل؛ ويطرأ عليه إشكال آخر حسب رأي الحنفية والشافعية² لأنهم لا يقولون بتبعيته للبذر، وهو خلاف روایة الخطمي السابقة، وذكر في بذل المجهود بأنهم قد يتأنلون الحديث بأنه ثبت للنبي ﷺ أن البذر لأصحاب الأرض³، وهذا التأويل ضعيف لأن النبي ﷺ لم يستفصل، وتركه دليل العموم عند كثير من الأصوليين⁴، وما ذكره في بذل المجهود تكلف واضح؛ لأنه قائم على دعاوى وإن لم يصرح بتفصيلها-؛ الأولى في تشخيص الواقع بأن البذر منهم، والثانية علمه صلوات الله وسلامه عليه بذلك، والثالثة قيام الحكم على الدعاوى السابقة، ولا دليل -حسب علمي- على شيء من هذه الدعاوى.

والأشد من ذلك أن الرضا المشروط في العقود لا يتحقق في كثير من الصور؛ بل قد يقع الضرر البالغ؛ فرب الشجر والأرض في المساقاة والمزارعة والمغارسة قد لا يجد غير أرضه وشجره؛ ففي إلزمـه بالأجرة مشقة بالغة لا يلتزمـها بمقتضـي العقد الفاسد؛ وقد تكون أكثر بكثير من أجراً مثلـ؛ بل قد تريـ على أضعاف المسمـى، ولا تطيب نفسه بدفع أكثر مما اتفـقا عليهـ في عقدـهما، وأخشـى أن يندـج ذلك تحتـ أكلـ الإنسانـ بغيرـ طـيبـ نفسهـ.

علىـ أنـ أجـرةـ المـثلـ قدـ تكونـ أقلـ بـكـثـيرـ ماـ يـتـطـلـعـ العـاـمـلـ الـذـيـ كـدـ فيـ أـرـضـهـ منـ نـتـائـجـ المـسـاقـةـ والمـزارـعـةـ لاـ سـيـماـ إـنـ كـانـ أـمـيـناـ فيـ عـمـلـهـ؛ فـلاـ تـقـنـعـ نـفـسـهـ بـغـيرـ المـسـمىـ؛ فـلاـ يـرـضـيـ بـأـجـرـةـ يـتـصـورـهـاـ دونـ المـسـمىـ.

والخلاصة أن العدالة أن يلتزم العقد كما هو، وهذا يقتضي أيضاً أن لا يعول على مساقاة المثل ولا مزارعته ولا مغارسته إلا في صور عارضة، سيأتي ذكر ما تيسر منها بإذن الله؛ لأن المثلية متوقفة على العرف؛ ومن المعلوم بأن العرف لا يعول عليه إن صرخ العقادان بخلافه، وقد نص

1 الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، (دار الغرب ط 1: 113-114/6) 1994م.

2 إرشاد الساري شرح صحيح البخاري، للعلامة القسطلاني، (دار الفكر والطباعة والنشر والتوزيع)، 178/4.

3 بذل المجهود في حل أبي داود للعلامة خليل أحمد السهانفوري، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون) 67/15.

4 ينظر المساقاة للباحث، ص 190.

على ذلك الأصوليون، وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي، بل من المقرر أن العرف الخاص أقوى من العرف العام؛ والدلالة بين شخصين (أي العرف الخاص بينهما) أقوى من العرف العام وإن لم يصرحا به لفظا؛ فكيف يلغى التصريح الذي تراضى عليه العقدان؟ وكيف يمنعان مما تراضيا عليه ويلزمان بما لم يتراسيا عليه؟

فإن قيل بأن فساد العقد حرم العقددين أثره؛ إذ الفارق بين الصحيح وبين الفاسد ترتب الآثار على العقد الصحيح وعدم ترتيبها على العقد الفاسد؛ وهو منطق يسلم به الجميع، ولهذا لو علم الفساد من أول الأمر لما طلبه أي واحد من العقددين بإتمام العقد، ولكن بما أن العامل بذل جهده في عمله فلا يباح عمله دون عوض، وأجره المثل هي العوض العادل.

فالجواب بأن المنطق الأول مسلم به اتفقا؛ لكن لا تسلم النتيجة المترتبة عليه؛ فغاية العوض تحقيق العدالة والمقاربة من الرضا؛ لأن الشريعة قائمة على العدالة بأجمل صورها؛ وهي من أهم وأظهر خصائص الشريعة الكلية، ولا تتحقق العدالة بنقض ما اتفقا عليه وإلزامها بغيره. ولا يقال بأن الخسارة المتضمنة في العقد الفاسد هي أثر الحرمة؛ لأننا قد قدمنا أن التلازم بين الفساد والحرمة مخلوش؛ فقد يتحقق الفساد دون حرمة، وقد تثبت الحرمة دون فساد، ويتأكد ذلك بأن أحد العقددين مستفيد من هذا التغيير على حساب صاحبه.

وهذا المثال يجري على مهر المثل؛ إذ اختلفت كلمة أهل العلم في النكاح الفاسد؛ وقد لخص في الموسوعة الكويتية: **وَاخْتَلَفَ الْفُقَهَاءِ فِي الْوَاجِبِ مِنَ الْمَهْرِ، هَلْ هُوَ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْل أَوِ الْأَقْلَ مِنْهُمَا؟ فَعِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَزُرْفَرِ مِنَ الْحَنَفِيَّةِ لَهَا مَهْرُ الْمِثْل. وَعِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ - غَيْرَ رُثْرَ - لَهَا الْأَقْلَ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا وَمِنَ الْمُسَمَّى. وَعِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ لَهَا الْمُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسَمَّى كَنِكَاحِ الشَّعَارِ فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْل. وَعِنْدَ الْحَنَابِلَةِ لَهَا الْمُسَمَّى فِي الْفَاسِدِ (وَهُوَ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ) وَلَهَا مَهْرُ الْمِثْل فِي الْبَاطِلِ (وَهُوَ مَا اتَّفَقَ عَلَى فَسَادِهِ)**¹.

وجميع تلك الأقوال لا تخلو من إشكال إلا القول ببقاء المسمى كما هو، والدليل عليه أن العقددين تراضيا عليه؛ فأنى يلغى ما اتفقا عليه قولهما وتراسيا عليه قليلا؟ ويعول على ما لم يتفقا

1 الموسوعة الفقهية الكويتية، 123/8.

عليه ولا تراضيا عليه؟ وقد يكون صداق المثل أكثر بكثير من المسمى؛ فلماذا يلزم الزوج بأكثر مما اتفقا عليه؟

وقد ثبت صداق المثل فيما إذا لم يسم؛ فصدق المثل هو أقرب الحلول إلى العدالة؛ فلا يحمل ما إذا سمي لوجود ما هو أولى بالاعتبار، فلا يحمل أحدهما على الآخر لفارق المؤثر بينهما. ويستبعد أن تحصل المرأة في نكاحها الباطل على أكثر من العقد الصحيح؛ إذا كان مهر المثل أكثر؛ بطلان عقدها كان أفعى لها، كما يستبعد أن ينتفع الرجل ببطلان نكاحه حتى يعفى من بعض تبعاته ما دام حصل على بغيته من وطء امرأته¹.

وهذا كله لا ينفي أجراً ولا مهر ولا ثمن المثل مطلقاً؛ فهي معتبرة في صور لا بد منها؛ وذلك إذا كانت محمرة العين أو مجھولة أو غير منضبطة أصلاً أو وقع الإجبار عليها؛ أي أن الخلل في الثمن والمهر والأجرا، وقد لخص الإمام الحضرمي الصور التي تجب في المسمى في المهر فقال: "...أن يكون مجھولاً أو حراماً أو يشترط فيه شرطاً فاسداً، فذلك باطل فكأنه لم يسم لها صداقاً، فإن دخل بها كان لها مهر مثلها، وكذلك إن سمي لها في العقد أقل من ربع دينار، أو أقل من درهمين على قول".

وي يمكن أن نتصور أجراً للمثل إن ثبت بطلان المساقاة والمزارعة والمغارسة والمضاربة قبل إتمام العمل، فالعامل يستحق أجراً للمثل؛ لتعذر حصوله على الشمر أو الزرع أو الريع؛ لأنه لم يتحقق بعد، وقد يقال بحصوله على الناتج بنسبة عمله، أي إذا اتفقا على أن للعامل نصف الشمر مثلاً فعمل نصف المدة فله ربع الناتج؛ لكن ضبط ذلك يصعب؛ لصعوبة ضبط مقدار العمل وهي يقاس بالمدة أو بالجهد أو بالأجرا المعتادة على ذلك العمل بمفرده وتحويله إلى نسبة من العمل الكلي، وكل ذلك غير منضبط؛ فالأعمال المجردة تختلف عن الأعمال المجتمعة، وأجراً للمثل أولى في مثل هذه الاعتبارات جميعاً.

العقود التي تقبل التصحیح:

1 مع ملاحظة أن المهر أشد من ثمن المثل وأجرته؛ لأن الابضاع لا تباح بالبذل ينظر المغني للعلامة ابن قدامة المقدسي، (بيروت: دار الكتاب العربي 1392هـ/1972م)، 563/5-564.

سبق الكلام أن تصحّح العقود إما أن يكون بتحويلها إلى عقد جائز شرعاً، وهو يتصرّف في بعض العقود دون بعض، وأما أن يكون بمعنى التعامل الشرعي مع العقد الفاسد، وهو سائع في جميع العقود لرد الحقوق ودفع المظالم؛ بناء على التعريف الثاني للتصحّح؛ فلإليك بيانه: لا يخلو العقد الباطل أو الفاسد أن يكون فساده لذاته محل العقد؛ كالعقد على الميّة والدم ولحم الخنزير؛ أو عقد النكاح على أمّه أو أخته أو على ذكر مثله فالعقد لا يقبل التصحّح باتفاق.

وإن كان الخلل لوصف عارض من عوارض المخل أو وصف من أوصافه؛ فإن زال العارض كبيع مجهول ثم يعلم أو يجسّد فيزول ويصبح إتمام العقد بينهما، ويصبح نقضه. والخلاصة من ذلك كله أن نضبط العقود التي لا تقبل التصحّح حتى يتسرّى لنا ضبط التي تقبله؛ فلإليكم:

- الربا: وهو لا يقبل التتمام؛ وإنما يتحول إلى قرض دون زيادة كما قال تعالى:
- فوات أهلية أحد العاقدين: وهو شامل لموته أو جنونه أو الحجر عليه لسفه أو غيره؛ والظاهر أن الحجر عليه لا يحول دون إكمال عقود المعاوضات، لأن لولي إتمام العقد؛ فإذا كان له ابتداء العقد فإتمامه من باب أولى؛ لاسيما إن اقتضيته مصلحته، وإن كانت مصلحته في خلافه نقض العقد؛ لأن صلاحية الولي في النظر في مصالح وليه، وفوات الأهلية يحول دون إتمام عقد المتبوع؛ لأن الولي غير مخول بالتبوع.
- فإن كان الوقت يسمح بإلغاء العقد الأول وإنشاء عقد آخر بتراضيهما، وهو يتم بتراضي الطرفين فحسن؛ فالله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِحَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۝ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۝ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ النساء: ٢٩
- ويترادا حسب عبارة الشمامخي واستشكل الشيخ أبو ستة رد المحرمات العينية كما سبق^١، أما الخمر فالإتلاف ولا يطالب بردده، ولكن إن استهلكها المشتري ثم عاد يطالب بشمنها.

١. الإيضاح 285/3

- لكن ورد في رواية عن ابن عباس قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم: « من الكلب خبيث». قال: فإذا جاءك يطلب ثمن الكلب فاماً لا كفيه تراباً ولا أدرى هل القول الأخير من الحديث أو من ابن عباس رضوان الله عليه أو من دونه من الرواية؛ لأن جملة من الروايات خلت من هذه الزيادة.
- يتباين خلل العقود بين خلل يقع في الربا وبيع ميته ودم وآخر لا ينفك عن الغر وثالث يدفع إلى الضرر؛ على أنها من ناحية أخرى تقسم إلى خلل مقصود وغير مقصود أو مقصود من طرف دون غيره؛ وثم خلل يكتشف قبل استكمال العقد أو بعده وقبل انتقال العين للمشتري أو بعد انتقالها أو بعد تلفها.

أثر تعارف الناس في تصحيح بعض الشروط الفاسدة.

عولت الشريعة في كثير من أحكامها على الأعراف؛ حتى عده جماعة من الأصوليين دليلا شرعاً مستقلاً، بيد أن العرف الذي تعرف به الشريعة وتحكم به على أهلها هو العرف الصحيح؛ وقد نص أهل العلم أن شروط التعويم على العرف أن لا ينافق شرعاً؛ وإلا فالعرف المناقض للشريعة لا تعرف به الشريعة اعترافاً شرعاً؛ ونص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي؛ وسيأتي نصه بإذن الله بعد قليل.

وإن كانت تعرف به كواقع لابد لها من مراعاته في الأحكام، ويقع الخلط بين هذين البابين، ولابد من التفريق بينهما.

وحجيته تتوقف على توفر شروطه؛ وقد أجملت في قرار مجمع الفقه الإسلامي:

"أولاً": يراد بالعرف ما اعتاده الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، وقد يكون معتبراً شرعاً أو غير معتبر.

ثانياً: العرف، إن كان خاصاً، فهو معتبر عند أهله، وإن كان عاماً، فهو معتبر في حق الجميع.

ثالثاً: العرف المعتبر شرعاً هو ما استجتمع الشروط الآتية:

أ - أن لا يخالف الشريعة، فإن خالف العرف نصاً شرعاً أو قاعدة من قواعد الشريعة فإنه عرف فاسد.

- ب - أن يكون العرف مطرداً (مستمراً) أو غالباً.
ج - أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف.
د - أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه، فإن صرحاً بخلافه فلا يعتد به¹.

والعرف المعول عليه هو العرف الخاص في التعامل المصرفي على أن يكون مشهوراً أمام الجماهير؛ أما إذا كان الناس لا يعرفونه فلا يلزمون بمقتضاه، والتعويم على العرف الخاص لا يلغى العرف العام ككلية، وإنما يلغيه عند التعارض والتناقض.

ولا يقلل ذلك أهمية العرف في هذا الأمر؛ لأن تصحيح العقود الفاسدة يفتقر أحياناً إلى ثمن المثل وأجرة المثل ومهر المثل ومساقاة المثل ومنازعة المثل ومضاربة المثل، ولا قائمة لها إلا بالعرف؛ فهو عمدتها.

وقد سبقت الإشارة إليه.

هل تصحيح العقود الفاسدة اتفاقي أو قضائي؟

الأصل أن التصحيح لا يفتقر إلى تدخل قضائي، وأما إن اختلف الطرفان فالمرجع القضاء، وليس مهمة القضاء تصحيح الباطل، وإنما مهمته إحقاق الحق، وليس دائمًا بتصحيح العقد فالباطل لا يصح كتزوج محمرة وبيع ميتة ودم؛ فلا عبرة بالعقد؛ فلا بد من نقض الباطل.

لا يخلو العقد أن يتطرق العقود على تصحيحه وهو الأولى والأجدى.

ييد أن من الواضح أن حكم القاضي لا يحل حراماً؛ وهو ما دل عليه قول النبي صلوات الله وسلامه عليه: "وأحكم على نحو ما أسمع.." ولا شك أن بقية القضاة لا يخلون ما لا يحل على لسان محمد صلوات الله وسلامه عليه؛ ولذلك أدلة كثيرة، وإن خالف الحنفية في ذلك حتى قال الجصاص في تحرير رأي الإمام أبي حنيفة: "إذا حكم الحاكم ببيبة بعقد أو فسخ عقد مما

1 قرار جمع النقده الإسلامي رقم 47 (5/9)، وهو كلام نص عليه الحقوقيون سابقاً؛ ينظر أحجوبة الحقائق الخليلي.

يصح أن يبدأ فهو نافذ ويكون كعقد نافذ عقداً بينهما وإن كان الشهود شهود زور¹، وقد أطّال الاستدلال لذلك؛ لكن رأي الجمهور أقوى، والشاهد عليه أقوى².

ومن ناحية أخرى هي أن القاضي إذا حكم بصحة ما المختلف في حكمه أخذ بحكمه؛ لأن التفريق بين ما اتفق عليه وما اختلف فيه جليٌ؛ وقد نص عليه أهل العلم من كافة المذاهب³ وأضاف أصوليو المالكية لذلك قاعدة أخرى؛ فقالوا ببراءة القاضي للخلاف؛ أي أن القاضي يفرّع على أقوال الخصمين؛ ولو تم العقد وهو مختلف فيه فقيل بفساده وقيل بصحّته فللّقاضي أن يفرّع على الصحة وإن كان بري الفساد في خاصة نفسه ما دام الخلاف ظنياً⁴.

وهل يجبر على التمام؟

أهم شروط العقد الرضا؛ فالإجبار ينفي أهم شروط العقود؛ وليس التمام أمراً صورياً؛ وإنما هو سعي لإصلاح العاقدين لما أفسدا؛ لكن يجبر المنتفع منها بجبر ضرر الطرف الآخر؛ فعليه ما غرم ما أتلف؛ وقد سبق أن دفع الضرر قد يكون بأجرة المثل أو ثمن المثل أو مهر المثل، وما إلى ذلك.

هل لتصحيح العقد الفاسد أثر على عوائده في الفترة قبل التصحيح؟

سبق الكلام عن مدلول إتمام العقد وهو مظاهر من مظاهر تصحيحه، والأصل أن يتم بإنشاء عقد جديد؛ لأن العقد السابق فاسد؛ وآثار العقود تتحقق بعد صحتها لا قبل صحتها، وكان العقد قبل ذلك فاسداً؛ وهذا هو الأصل؛ فلا تمتد آثار العقد لتشمل الماضي، وبناء على ذلك فإلتمام بعقد جديد مقتصر أثره على المستقبل، ولا يمتد إلى الماضي،

بل لا ينبغي أن يحتال لإثباته للماضي؛

لكن هذا الإطلاق له مقيد؛ ونشرير إلى تقييدين:

أولهما فوات الحال: إذا فات محل العقد فلا يتّأتى مع فواته إنشاء عقد بشروطه الشرعية، ولهذا لا بد من تطبيق قواعد العدالة حتى يرفع الظلم عن العباد، وقد سبق الاستشهاد بحديث: "فلم

1 أحکام القرآن للإمام الحصاص تحقيق: محمد الصادق قمحاوي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ)، 1/314.

2 ينظر الأصول القضائية في المراغعات الشرعية، للقاضي علي قراعة، (ط2، 1344هـ 1925م)، ص306.

3 ينظر الفصول في الأصول /2/ 182 والقواعد والقواعد الأصولية، ص97.

4 المواقفات

حاء أبوها جعل أمرها إليها، فلما رأت أن الأمر قد جعل إليها" قالت: إني قد أجزت ما صنع والدي" ، وهو يشعر بأنها أتمت العقد السابق، وهو وارد لكنه ليس بمعين، وقد أشار جليس عمر على عمر رضوان الله عليه أن يجعله قراضًا؛ فشمل القراض المتأخر المدة المتقدمة، وإن أبرم أول أمره على أنه عقد قرض.

وفوات المحل إما حقيقة وإما حكما؛ فحقيقة يعني التلف الحقيقي محل العقد أي العين التي وقعت عليها الصفة، وحكمها يشمل ما إذا تعذر الوصول إليه بأي عارض من العوارض؛ وأشار هنا إلى بعض العوارض:

- تناقل محل العقد بين الأيدي بالبيع والشراء المتوالي وفي نقض تلك البيوع حرج شديد؛ والشريعة جاءت برفع الحرج؛ والله تعالى يقول: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَكُنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرُكُمْ وَلَيُنِيمَ نِعْمَةَ اللَّهِ الَّتِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ المائدة: ٦ ويقول سبحانه: ﴿هُوَ اجْتَبَأَكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ الحج: ٧٨، وقد مال جماعة من الفقهاء إلى نقض تلك البيوع جميعاً؛ وهو المتافق مع الأصل.
- استحالة العين إلى عين أخرى: وهذا مبحث طويل اختلف الفقهاء قديماً وحديثاً في كثير من تفصياته¹، وليس المقصود في هذا المبحث التغيير الكلي؛ وإنما يشمل التغيير الجزئي؛ فطعن البر والشعير مؤثر والله أعلم عليه؛ لأن إلزام البائع بإخذه مطحونة ضرر عليه، والشريعة لاحظت بقاء أوصاف العين بدقة في حفظها للحقوق؛ فعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إِنَّمَا رَجُلَ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرَّجُلَ مَا لَهُ بَعْنَاهُ فَهُوَ أَحْقَ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ"²

وبناء على إتمام العقد قال جماعة من أهل العلم بأن المرأة إن لم ترض بتزويج ولديها ثم رضيت قبل الدخول لا بأس بنكاحها، وهكذا أن زوجت نفسها فأقر ولديها النكاح قبل الدخول.

1 شددني مناقشة أخي وشيخي الدكتور باهتم ارفيس في كتابه القيم: "الأطعمة المصنعة حديثاً"، للشيخ باهتم بن محمد ارفيس، (قسنطينة: جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، 1430هـ 2009م)، مرقوم. ص 447.

2 رواه الريبع في مسنده، كتاب البيوع، باب في الربا والأنفاسخ والغش برقم 586

وقد سبق في قصة ابن عمر قول رجل من جلساء عمر: "يا أمير المؤمنين لو جعلته قرضاً. فقال عمر: قد جعلته قرضاً. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال".

ثانيهما: أن الإتمام يحتمل إتمام العقد السابق دون إنشاء عقد جديد، وهذا قوي جداً في إنفاذ الموقف، وليس قوياً في إصلاح الفاسد حسبما يظهر لي الآن، لكنه وجه محتمل وذكره بعض أهل العلم.

تطبيقات معاصرة لتصحيح العقود الفاسدة. "المراجحة نموذجاً":

حاولت أن أجده بعض التطبيقات المعاصرة للتطبيقات لا سيما في الصيرفة الإسلامية، وقبل البداية أود التنبيه بأن عامة عقود الصيرفة بعيدة عن وصف البطلان حسب تقسيمات الحنفية، ويستثنى من ذلك الأسماء المختلطة التي تمتلكها البنوك، وأتنى أن تسعى المصارف للتخلص منها عاجلاً، وهي تشتمل على ما يمكن أن يسمى البطلان الجزئي وكتبت في ذلك جواباً مطولاً مدعوماً بأدلة من الأسماء المختلطة وشهادتها، وتسعى المصارف للتخلص من أرباحها بما يعرف بـ"التطهير"، ويمكن أن يتصور شيء من ذلك في بيع سلعة غير موجودة أصلاً، وهو محتمل في المراححات الدولية أكثر من ورده في التحارات المحلية.

وإنما يطرأ عليها الفساد وهو على ضروب كثيرة:

وملخصها أن المصرف قد يبيع المراجحة قبل تملكه أو قبل قبضه وضمانه، أو يكون المشتري هو المورد أو وكيله – أي تكون المعاملة عينة – أو قد تكون السلعة وهمية أصلاً فضلاً عن وجود شرط مبطل أو كانت السلعة محظوظة، وهو نادر الواقع؛ لكنه متصور حينما يكون الشراء بالبطاقة بأنواعها، وفي هذه الصور جميعاً يخالد شراء المصرف للسلعة من العميل فلا تدخل ملكه أصلاً، ويستثنى من ذلك بيعه السلعة قبل قبضه؛ فقد تتحقق فيه الملكية لكن لم يتحقق شرط استحقاق الربح، ولهذا أجاز له بعض الفقهاء التولية: أي بيع السلعة بنفس قيمتها¹، ولا أحذر له ذلك، وفي تفصيات مسائل القبض خلاف طويل.

¹ ينظر مدونة أبي غانم الخرساني، بتعليق القطب، تحقيق د. مصطفى باجو (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ط 1، 1428هـ 2007م)، 380/2، وهو الذي نص عليه الإمام الخليلي رحمه الله. الفتح الجليل، (المطبعة العربية بدمشق، 1385هـ 1965م)،

ويمكن أن يفسد العقد بين المصرف والعميل؛ بفساد العقد الأول أو بنفس موجبات الفساد في العقد الأول، وأضيف هنا أمراً ورداً في السلع الدولية وهو تلف العين قبل استلام العميل لها، وهو وارد في الاستيراد المتكرر كالمواد الغذائية التي يسرع إليها التلف¹.

وإليك بعض النماذج:

- أن يبيع المورد للعميل مباشرة سلعة المراجحة قبل LBO – وهو إيجاب المصرف - من المصرف، ثم يبيع المصرف سلعة هو لم يتملكها أصلاً للعميل – وهو المالك الحقيقي لها.
- أن يقبض العميل السلعة من المورد بعد LBO مباشرة قبل دخول السلعة قبض المصرف وضمانه، وقبل الإذن بتسلیم السلعة له SRD، وهو بيع للسلعة قبل قبضها، وفيه خلاف طويلاً.
- أن تكون السلعة وهية؛ وهو ربما يقع في السلع الدولية، وارد أن يقع في السلع المحلية. وجميع صور الفساد السابقة إما أن يكتشف قبل الدخول في العقد أو بعد إتمامه وقبل تلف العين أو بعد تلف العين حقيقة أو حكماً.

ومالصرف مطالب بجملة من الواجبات أشار إلى الآتي منها، وأركز على خاتمتها: والواجب الأول: اتخاذ وسائل تحول دون الخطأ بالتحقق من السلعة والتثبت من ملكيتها وقبضها وحليتها، وضبط البطاقات حتى لا تقبل شراء المحرمات كالخمور والدخان وما شابهها²؛ إذ لكل سلعة رقم "كود" محدد؛ فإذا أمكن صيانة البطاقة عن شراء المحرمات الأرقام فلا بد من اتخاذ هذه الوسيلة.

ص 447، اختلف أهل العلم في اشتراط الضمان في التوكيل والشركة إذا لا يتوفّر فيهما عنصر الربح فقيل بالمنع وقيل بالجواز، ينظر ريح ما لم يضمن: دراسة تأصيلية تطبيقية للدكتور مساعد بن عبد الله الحقيل (السعوية: دار الميامن للنشر والتوزيع، بنك البلاد، ط 1، 1432هـ 2011م)، ص 113 وما بعدها، وأجوبة الحق الخليلي 166/4.

1 تطلب بعض الحالات التجارية تمثيلاً متكرراً ويوكلاً المصرف بالشراء له، ثم حينما تصل البضائع إلى المينا مؤمنة يصرف المصرف LBO للمحل؛ لكن قد يفاجأ بتلف بعض البضائع؛ فلا بعد أن يتحملها المصرف بنفسه أو بتأمينه.

2 بل يعني أن تكون للبنك سياسة في ترك بعض الشبهات احتياطاً، لا سيما مع قوة الشبهة، وهذه السياسات لها أثر في رد الناس إلى الجادة.

الواجب الثاني: حسن اختيار العاملين سلوكاً وعلماً؛ ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ **القصص: ٢٦**.

الواجب الثالث: تدريب العاملين في المجال المصرفي تدريباً شرعياً ببيان الأحكام الشرعية والسعى لتهذيب الأخلاق حتى لا يسلل لعاب بعض العاملين لدرهم معدود ويسيعون دينهم بمعاملة محنة؛ وكتابة طرق تنفيذ العاملين بوضوح حتى تضبطهم لائحتهم الإرشادية بوضوحها ودقتها وسهولة تطبيقها.

الواجب الرابع: تقوية الرقابة الشرعية على المعاملات؛ حتى يتسع ضبط المخالفات وإدراكتها المبكرة.

الواجب الخامس: السعي قدر الاستطاعة لبيان الأحكام للعملاء؛ لأن كثيراً من العملاء لا يتصورون المبادئ الأولى للصيغة، وقد يقعون في خطأ يفسد المعاملة من حيث لا يشعرون، وهو واجب مشترك ينبغي أن تشتهر فيه الجهات الإعلامية والتربوية والشرعية حتى تكشف للمجتمع حقيقة المعاملة الشرعية بضوابطها.

الواجب السادس: وهو بيت القصيد هنا؛ تصحيح المعاملة الفاسدة؛ وقد التقيت بالأخوين الكريمين عيسى الريامي والأزهر ثم التقيت بالدكتور منصور القضاة فاستفدت من لقائي بهم كثيراً في الناحية العملية التي تحررها بعض المصارف، وملخص كلامهم في إصلاح العقود ممزوجاً بتعليقاني يمكن رجعه إلى ثلاثة مع طريق رابعة هي تطهير الأرباح؛ وأشار إلى الطرق ثم أتبعها بالطريق الرابعة:

- تحديد العقد: تحديد العقد أول أمره سهل جداً لا سيما قبل استلام العين سواء بقيت في اليد أو لا؛ لكن تتعقد بالقبض وما يتبعه من مظاهر الملكية؛ لا سيما إن تلفت العين، وخلاصة الأمر أن المصرف إن اتضح له شراء العميل لسلعة المراجحة حرم عليه إتمام الصفقة، وقد نصت المعايير على ذلك؛ فقد جاء فيها: "إذا صدر من العميل جواب بالقبول على إيجاب البائع الموجه إليه خاصة أو الخالي من أي توجيه فإن البيع يكون قد تم مع العميل؛ فلا يجوز للمؤسسة إجراء عملية المراجحة في تلك السلعة" وجاء بعد ذلك: "يجب إلغاء أي ارتباط عقدي سابق بين العميل الآخر بالشراء والبائع

الأصلّي إن وجد، ويُشترط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقة، وليس صوريّة، ولا يجوز تحويل العقد المبرم بين العميل والمورد إلى المؤسسة¹، لكن إن اكتشف المصرف تورطه في الدخول فلا يصح إتمام المعاملة؛ والعمل مع بعض المصارف فسخ المصرف المعاملة الأولى – وهي غير منعقدة شرعاً – ويطلب عمليّه أن يفسخ شراءه لسلعة المراحة مع بائعها "المورد"، ويوقع العميل والمورد وثيقة على الفسخ؛ إذ شراء العميل من المورد صحيح؛ وتبقى السلعة أمانة في يد المشتري؛ ثم يشتري المصرف السلعة من المورد – بائع المراحة – ويعيد بيعها للعميل بالمراحة مرة ثانية.

وأحب أن أضع بين يدي الموضوع ما خطر بيالي تجاه هذا الحل:

الإشكالات من الناحية النظرية:

■ أن تجديد العقد وارد إذا كانت السلعة باقية في يد العميل، وجملة من السلع كالملاجئ والسيارات تكون مرهونة لصالح المصرف²؛ لكن ثمة سلع لا ترهن أصلاً كالهواتف وما شابهها، وقد يكتشف الأمر بعد تلف السلعة.

■ أن العميل والمورد قد يمتنعان عن تجديد العقد؛ لا سيما في المراحيات الدولية والاعتمادات المستندية، وقد أكد الأخوين الكريمين أن الغالب الأعم من العملاء يسألون عن الحل الشريعي؛ والحمد لله، وأن المصالح التي تربط المورد بالمصرف تدفعه إلى الاستجابة لطلبه، وأن العميل يحتاج إلى سد الدين عنه، لا سيما أن المورد والعميل لن يتغير عليهما الثمن ولا الأجرة.

الإشكالات من الناحية الشرعية:

■ أن النبي صلوات الله وسلامه عليه نهى عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه؛ والظاهر أن هذا النهي معلل بالضرر، وإذا طابت نفوس أطراف العقد كلها فلا إشكال فيه، والرخصة فيه تطل بوجهها؛ فلا يعتبر هذا إشكالاً كبيراً إلا عند رفض العميل أو المورد نقض العقد، وهنا يملك المصرف الطريق الثاني.

1. المعايير الشرعية ص 204.

2. قد يكون الاكتشاف بعد فك الرهن وسداد القسط كله.

■ أن العقد تتباهه الصورية أكثر من المراجحة للأمر بالشراء بصورتها المباشرة؛ لأن السلعة قد انتقلت إلى العميل، والخلاف بين الفقهاء في المراجحة للأمر بالشراء شهير، وهذه أشد منها؛ لا سيما إن استهلكت العين ولو جزئيا حتى تغيرت قيمتها في السوق تغيرا مؤثرا، وقد شرطت المعايير أن تكون الإقالة حقيقة في جاء فيها: "ويشترط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقية، وليس صورية".

■ أن العقد لا يصح إن تلفت السلعة أو خرجت من ملكية العميل، والظاهر أن تحديد العقد غير وارد في هذه الصيغة في المصرف نفسه.

وأذكر أني رأيت في شيء من صيغ بعض المصارف تحديد منصوص لطريق التخارج إن ظهرت الأرض -مثلا- مستحقة، ولا أذكر طريقتها، ولم يتيسر لي سبل الوصول إلى طريقة التعاقد، وسمعت أحد الإخوة بأن للمصرف أن يشترط على عميله إن ثبت بطلان العقد بسبب من العميل أو بسبب خارجي فللمصرف أن يجدد العقد بصورةه بذاته بنود وشروط العقد السابق، والعميل متبعه سلفا بتحديد الصفقة بذلك، وهذا يحول دون تلاؤ العميل دون تحديدها.

● التنصل والتغدر عن إكمال المعاملة: وهو خيار سهل لا سيما أن المصرف لا يحول الثمن إلا بعد أيام من الصفقة حتى يتحقق من تبعاتها؛ فإذا تبين له تملك العميل للعين قبل دفع الثمن تنصل من المعاملة كافية، وهذا وجه وجيه، وقد نصت المعايير على وجوب إلغاء الارتباط العقدي بين العميل والمورد إلغاء حقيقة كما سبق، وهذا الوجه وارد حتى لو دفع المصرف وتبيّن له فساد المعاملة؛ فالمبلغ المدفوع يتحول تلقائيا إلى قرض، ويجب ردّه فورا؛ لأن الأجل مربوط بالعقد الظاهر؛ فإذا بطل العقد فلا اعتبار بالأجل المحدد فيه، ومثاله لو أن العميل اشتري سيارة من الوكالة "المورد" وأخفى شراءها وطلب من المصرف تمويلا فبادر المصرف إلى شراء السيارة من الوكالة فاكتشف قبل

شرائه أو بعده أن السيارة ملك للعميل فشراوه فاسد؛ ولو نصل نفسه ورفض إقام المعاملة برأت ذمته واستبرأ لدينه وعرضه.

- تحويل المعاملة من باب إلى آخر، وهو شامل لما سبق ذكره من تحول المعاملة إلى قرض، لكن هذا التحول لا يتحقق للمصرف بغية؛ لأن القرض ليس محلاً للتربح في الشريعة؛ وعلى المصارف الإسلامية أن تلتزم تعاليمها، لكن التعامل الوراد أن معاملة لم تتحقق فيها شروط المراجحة لأن العين تحتاج إلى تركيب فبحثت الهيئة الشرعية في تحويلها إلى استصناع؛ لكنها أبقيت العقد على صورته الأولى، وقد سبق أن تحويل العقد إلى عقد آخر وارد شرعاً، ولا مانع منه إن كان يتحقق العدالة المنشودة شرعاً، ولا يمنع منأخذ الربح على المعاملة البديلة بشروطها على أن تلتزم قواعد التخريح على ذلك الباب؛ مع ملاحظة أن "الخروج بالضمان".
- التطهير: وهو تجنب أرباح الصفقة، وهو الكي بالنسبة للمصرف؛ ولا يلتجأ إليه إلا عند إلزام الهيئة الشرعية، وقد أخبرني الأخوان الكريمان عيسى والأزهر أن الهيئة تفرق بين حال تعمد موظف المصرف وحال خطأ العميل أو خطأ الموظف دون قصد؛ ففي الحال الأولى يلزمون بتجنب الأرباح، وفي الحال الثاني يتخصصون بتجديد العقد كما سبق، وأقول بأن التفريق بين العمد والخطأ له وجه في الجملة؛ مع أن الصحة والفساد من خطاب الوضع أو من آثاره –ولا يمنع ذلك تأثيرهما بخطاب التكليف–، وهو لا ينفي وجود خلاف طويل بين الأصوليين في إدراجهما تحت أي القسمين "التكليفي أو الوضعي"؛ لكن الأقرب مع قدمنا، والخلاصة أن سد الذرائع يسوغ منع تلاعب الموظفين في الصيرفة الإسلامية حتى يستقيموا على الصراط السوي، و"قد يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن"¹؛ القوانين لها دور في تصحيح العقود.

¹ وهذا المثال صادق على من أعرض عن القرآن، وإن فالقرآن هو أعظم ما توزع به النفوس عن الشر وتدفعه به إلى الخير؛ فهو الهدى والرشد والنور والخير والرحمة وما إلى ذلك.

الخاتمة

بحمد الله وتوفيقه تم تحبير هذه الورقات فإن كان ما فيها حقا فالحمد لله أولا وآخرا، وما توفيقني إلا بالله، وإن كان خطأ فما أكثر زلات اللسان والجنان؛ وأسأل الله المغفرة والعفو، وألتمنس منك أخي الكريم النصح والتوجيه والدعاء، وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

أهم المراجع

- أوجبة الحق الخليلي.
- أحكام القرآن للإمام الحصاص تحقيق: محمد الصادق قمحاوي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ).
- اختلاف الحديث الإمام الشافعي، تحقيق: عامر أحمد حيدر (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1405هـ 1985م)، (المكتبة الشاملة).
- إرشاد الساري شرح صحيح البخاري، للعلامة القسطلاني، (دار الفكر والطباعة والنشر والتوزيع)
- الأشباء والنظائر للعلامة السيوطي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ) المكتبة الشاملة
- الأشباء والنظائر؛ للإمام ابن السبكي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ 1991م).
- الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، للقاضي علي قراعة، (ط2، 1344هـ 1925م).
- أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور وليد بن هادي (ط1، 1432هـ 2011م).
- الإمام ابن بركة، ودوره في المدرسة الإباضية، للشيخ زهران المسعودي.
- الإيضاح.
- البحر المحيط للإمام الزركشي، (دولة الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الدينية، ط2، 1413هـ 1992م).
- بذل الجهد في حل أبي داود للعلامة خليل أحمد السهانفوري، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون).

- تقرير التهذيب، للعلامة ابن حجر العسقلاني، تحقيق عبدالوهاب عبد اللطيف (دار المعرفة، ط2: 1975 م 351/1).
- تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، (بيروت: دار إحياء التراث، ط1: 1991 م).
- جامع العلوم والحكم في شرح حسين حديثا من جوامع الكلم، للعلامة ابن رجب.
- الخيار وأثره في العقود لدكتور عبدالستار أبو غدة (سلسة صالح كامل للرسائل الجامعية: دلة البركة؛ إدارة التطوير والبحوث، ط2، 1405 هـ 1985 م).
- الأطعمة المصنعة حديثا، للشيخ باحمد بن محمد ارفيس، (قسنطينة: جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، 1430 هـ 2009 م).
- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، (دار الغرب، ط1: 1994 م).
- ريح ما لم يضمن: دراسة تأصيلية تطبيقية لدكتور مساعد بن عبد الله الحقيل (السعودية: دار الميامن للنشر والتوزيع، بنك البلاد، ط1، 1432 هـ 2011 م).
- زيادات أبي سعيد الكندي على كتاب الإشراف لابن المنذر النيسابوري.
- سعيد بن خلفان الخليلي، مقاليد التصريف. سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة.
- الشرط الباطل وتطبيقاته الفقهية للأستاذ عبد الله السليمي، بحث مقدم للتخرج من كلية العلوم الشرعية (غير مطبوع عند الباحث نسخة منه).
- طلعة الشمس، للإمام السالمي، تحقيق عمر حسن القيام. (سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالمي؛ ط1، 2008 م).
- عقد الجواهر الشمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين بن نجم بن شاس. تحقيق: د. محمد أبو الأحفان. وأ. عبدالحفيظ منصور. (بيروت: دار الغرب الإسلامي ط1: 1415 هـ 1995 م).
- فتاوى السبكي للعلامة علي السبكي، تحقيق حسام الدين القدسي (بيروت: دار الجليل، ط1، 1412 هـ 1992 م).
- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام ابن حجر (بيروت: دار المعرفة، 1379 هـ).

- الفصول في الأصول؛ للعلامة أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق د. عجيل النشمي (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط2، 1414هـ 1994م).
- قرارات مجمع الفقه الإسلامي
- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، لابن حام، ضبط محمد شاهين (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ 1995م).
- ليه الإمام الخليل الفتح الجليل، (المطبعة العربية بدمشق، 1385هـ 1965م).
- المحصل للعلامة ابن العربي، تحقيق: حسين علي اليدري، (الأردن: دار البيارق، ط1، 1420هـ-1999م)، (المكتبة الشاملة).
- المحلي، للعلامة ابن حزم،
- مختصر البسيوي، للعلامة البسيوي.
- مدونة أبي غانم الخراساني، بتعليق القطب، تحقيق د. مصطفى باجو (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ط1، 1428هـ 2007م).
- المدونة الكبرى للإمام أبي غانم الخراساني، بتعليق القطب، تحقيق د. مصطفى باجو (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ط1، 1428هـ 2007م)
- المساقاة مشروعاتها وشروطها وأحكامها، للباحث، (مطبع النهضة).
- المستصفى، للإمام أبي حامد الغزالي (بيروت: المكتبة العصرية وغيرها، 1433هـ 2012م).
- معيد النعم ومبيد النقم؛ للإمام ابن السبكي، (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1407هـ 1986م).
- المغني للعلامة ابن قدامة المقدسي، (بيروت: دار الكتاب العربي 1392هـ/1972م).
- مقدمات في المال والملكية والعقد ضمن حقيقة طالب العلم الاقتصادية، للدكتور القره داغي (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط2، 1434هـ 2013م).
- الموافقات

- الموسوعة الفقهية الكويتية؛ (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط٥، 1425هـ 2004م).