

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira -
Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett -



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أكلي محمد أولحاج
- البويرة -

Faculté des Sciences Sociales et Humaines

كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية
قسم الشريعة

نظرية التيسير في عقود المعاملات المالية -دراسة تطبيقية استقرائية-

أطروحة مقدّمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د.)
تخصص: الفقه وأصوله

إشراف:

-أ.د: عزيزة عكوش

إعداد الطالب:

- عزوز الواسع

لجنة المناقشة:

الرقم	الاسم واللقب	مؤسسة الانتماء	الصفة
01	أ.د/ مداح نور الدين	جامعة أكلي محمد أولحاج - البويرة -	رئيسا
02	أ.د/ عكوش عزيزة	جامعة أكلي محمد أولحاج - البويرة -	مشرفا ومقررا
03	د/ عوادي زبير	جامعة أكلي محمد أولحاج - البويرة -	ممتحنا
04	د/ بن عيسى رشيدة	جامعة أكلي محمد أولحاج - البويرة -	ممتحنا
05	د/ أوهاب سعاد	جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر 1 -	ممتحنا
06	أ.د/ همال الحاج	جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر 1 -	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023-2024



قال الله-تعالى:-

" يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ " [البقرة: 185].

وقال- صلى الله عليه وسلم:-

"إن الدين يسر" [صحيح البخارى].

إِهْدَاء

إلى من عَظَّم اللهُ حَقَّهُما ورفع قدرهما:

-الوالد العزيز-رحمه الله وأكرم مثواه-

-والوالدة الكريمة حفظها الله ومتعها بدوام العافية.

إلى كلِّ من كان لي سببا وسندا على طول هذا المسلك الشريف-مسلك الطلب-:

أساتذتي المبجلين، وأحبتي المخلصين، وأهل بيتي الطيبين.

إلى أرواح الشهداء الأبرار، والمجاهدين الأوفياء الأخيار، والعلماء العاملين الصادقين أهل المجد

والفخار.

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

راجيا من الله -تعالى- كرم القبول وحسن الجزاء

سُرَّةُ الشُّكْرِ وَتَفْهِيمُهُ

بعد حمد الله -تعالى- على التوفيق في إتمام هذا البحث - وهو أهل الفضل والطَّول والإِنعام- أتقدّم بجزيل الشُّكر والامتنان وخالص التقدير والعرفان للأستاذة الدكتورة: عزيزة عكوش التي تفضّلت بقبول الإشراف على هذه الرسالة دون تردّد، فأمدتني بتوجيهاتها الدقيقة، وأفادتني بملاحظاتها القيّمة العميقة. فأسأل الله-تعالى- أن يمدّها بحسن الجزاء، وأن يكرمها بوافر الكرم يوم اللقاء.

وأزفّ أسمى عبارات الشكر والثناء لكل من شدّ أزرِي وأسهم في بلوغي هذه الغاية الحميدة من القائمين على هذه الكلية العامرة- أساتذة وإداريين وطلبة زملاء- فلهم مني خالص الشكر والتقدير، وأحلّص الدعاء بالتوفيق والتيسير.

مقدمة

الحمد لله الذي هدانا للإسلام، فأتَمَّ به علينا نعمته، وأسبغ علينا رحمته، ويسر لنا مسالك الفوز بجنته، ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنْ هَدَانَا اللَّهُ﴾ [الأعراف:43]، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، أحكم شريعته بالسَّماحة والتيسير، فقال -تعالى-: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾ [النساء:38]، ونزَّهها عن الإعنات والحرص والتعسير، فقال -تعالى-: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة:6]، والصلاة والسلام التَّامان الأَكملان على نبيِّنا محمَّد، عبد الله ورسوله، وصفيِّه من خلقه وخليِّه، الرَّحمة المهداة، والنَّعمة المسداة، والسَّراج المنير، وعلى آله الطَّيِّبين، وأزواجه الطَّاهرين، وأصحابه الغرِّ الميامين، وعلى من تبع هديه، واقتفى أثره إلى يوم الدين، وبعد:

فإنَّ من تجلِّيات رحمة الله تعالى على عباده -بعد نعمة الإيجاد وما يحيط بها من مظاهر التكريم والإمداد- أن خصَّهم بشريعة مباركة، تنظِّم حياتهم، وتضبط علاقاتهم، وترعى مصالحهم، وأودع فيها من الخصائص السَّنِيَّة، والقيم العليَّة، ما يؤهِّلها للتطبيق والتحقيق. وتعدُّ صفة التيسير من أظهر وأشهر الخصائص التي انطبعت بها أحكام الشريعة الإسلامية، والتحم بها نسيجها، وانتظم فيها نظامها، فكانت شريعة" ينطق بلسان التيسير بيانها، ويُعرَّف أن الرِّفق خاصِّيَّتها، والسَّماح شأنها، فهي تحمل الجماء الغفير ضعيفا وقويا، وتهدي الكافة فهيمًا وغيبًا، وتدعوهم ببناء مشترك دانيا وقصيا، وترفق بجميع المكلفين مطيعا وعصيا، وتقودهم بخزائيمهم^[1] منقادا وأبيا، وتسوي بينهم بحكم العدل شريفا ودنيا، وتبوي حاملها في الدنيا والآخرة مكانا عليا، وتدرج التَّوبة بين جنبه وإن لم يكن نبيا، وتلبس المتَّصف بها ملبسا سنيا، حتى يكون لله وليا، فما أغنى من والاها وإن كان فقيرا، وما أفقر من عاها وإن كان غنيا^[2].

وتتجلَّى ملامح الحكمة الربانية من هذا الرِّفق الظاهر والتيسير الباهر في التمكين لأحكام الشريعة الإسلامية بسرعة القبول والانقياد، والتمهيد لتحقيق مقاصدها العظيمة بين العباد؛ إذ الخلق موصوفون بالضعف المقتضي للتخفيف والرِّفق، ومجبولون على التَّسليم للسهولة والسَّماحة، والنفور من الشدَّة والإعنات. ثم إن هذا الوضع هو الأليق بخلود الشريعة وعمومها،

^[1] الخزائم: جمع خزامة، وهي حلقة من شعر تجعل في وثرة أنف البعير يُشدُّ فيها الزمام [انظر: الرازي، محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ط1986م، مادة (خ ز م)، ص:73].

^[2] انظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللّخمي: الموافقات، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الجزيرة، مصر، ط1، 1431هـ، ج1، ص:6.



وانتشار آثارها، وشيوع أنوارها؛ فلولا أنّ الله -تعالى- قدّر فيها هذا القدر من السّعة والتيسير؛ لضاقت بها النفوس، وضغفت عن حمل تكاليفها العزائم، وراغمتها تحدّيات الظروف وعوارض الأحوال، ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم:64]. يقول الشيخ الطّاهر بن عاشور -رحمه الله-: "وقد أراد الله -تعالى- أن تكون شريعة الإسلام شريعة عامّة ودائمة، فاقضى ذلك أن يكون تنفيذها بين الأمّة سهلا، ولا يكون ذلك إلا إذا انتفى عنها الإعنات، فكانت بسماحتها أشدّ ملاءمة للنفوس..، وقد ظهر للسّماحة أثر عظيم في انتشار الشريعة وطول دوامها"^[1].

ومن هنا كانت ملامح التيسير السّارية في تكاليف الشريعة الإسلامية، ومعالمه البادية في أصولها وفروعها، جديرة بالبحث والاهتمام، حقيقة بالدّرس والتفقه والإلمام، حتى يتسنى لأهل النظر استصحابها في مسالك التشريع على الوجه الأكمل، وتقدير آثارها في مواضع التفرّيع وفق المنهج الأمثل.

وإن أرحب ما يتبدّى فيه مقصد التيسير، وأظهر ما تستحكم فيه معانيه بالتوجيه والتقدير والتغيير، عقود المعاملات المالية، حيث أدارها الشّارع الحكيم على تحقيق المصالح وتكميلها، ودرء المفساد وتقليلها، فجاءت أحكامها معلّلة بجليل الحكم والمقاصد، معلّقة بأسمى الأغراض والعوائد، وبدا فيها مقصد التيسير أصلا مسدّدا، ومرجعا تشريعا مؤكّدا.

وفي هذا السّياق جاءت هذه الدراسة لتجلّي القيمة المرجعية للتيسير، وتستكشف مكانته بين كليات التشريع ومبادئه، وتستقرئ آثاره وتطبيقاته في عقود المعاملات المالية، ووُسمت بـ: "نظرية التيسير في عقود المعاملات المالية-دراسة تطبيقية استقرائية-".

أهمية البحث:

يشكّل البحث في موضوع التيسير في عقود المعاملات المالية أهمية بالغة للاعتبارات الآتية:

- 1- التيسير من أهم وأعظم الخصائص التي تحلّى بها الإسلام، وتجلّت فيها سماحته ورحمته، وتجسّدت بها واقعيته وشموليته وخلوده.
- 2- التيسير إحدى الكليات التشريعية، والمبادئ المرجعية، التي تبرز صلاحية الشريعة للتطبيق على اختلاف الأحوال وتغيّرات الزمان والمكان.
- 3- يمثّل التيسير معلما هاديا على طريق الاجتهاد الصحيح-فهما وتكييفا وتنزيلا-

^[1]انظر: الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ط5، 1433هـ-2012م، ص:67-68.

4- للتيسير أثر بالغ في توجيه أحكام التكاليف الشرعية، وهو أبلغ أثراً في أحكام المعاملات المالية بالنظر إلى معقولية معانيها، ومن ثمّ كان مرجع النظر في تكييف صورها، وتخريج أحكامها، والانسجام مع مستجداتها وتطوراتها بما يحقق مقاصدها، ويرصد ثمارها وعوائدها.

5- البحث في يسر الشريعة الإسلامية وتيسيرها إظهار لمحاسن الإسلام، وترغيب في الانسواء تحت لوائه، وهو وسيلة لتغيير الصور النمطية التي رسمتها ممارسات المتكافين، وكرستها تصرفات المتعسفين.

6- للتيسير أثر حيوي في تسهيل المعاملات المالية، وفتح آفاق النظر لمواكبة تطوراتها، ومرافقة مستجداتها، وما يترتب على ذلك من استقرارٍ وازدهارٍ في حياة الناس.

-أسباب اختيار الموضوع:

1- الميل الذاتي إلى خطّ النظر المقاصدي الذي يُعنى برصد القضايا الكلية النازمة لجزئيات التشريع، وملاحظة المبادئ العامة الحاكمة لمسالك التفريع، وتفعل دورها في تحقيق الانسجام بين الأحكام الشرعية ومقاصدها المرعية.

2- الأهمية القصوى التي يحظى بها مبدأ التيسير بين مبادئ الشريعة الإسلامية، وما يقتضيه من ضرورة البحث الدقيق في محدّداته الشرعية، وقيّمته التشريعية، وتطبيقاته الواقعية، قصد الإسهام في إخراجها من دائرة التوظيفات المتعسفة.

3- الوعي بضرورة إسهام الدراسات الشرعية في إبراز النظريات التشريعية الكبرى التي يقوم عليها صرح الفقه الإسلامي، ورصد امتداداتها في مقارنة الحلول الشرعية لمستجدات الواقع وتطوراته اللامتناهية، قصد إخراج البحث الفقهي من دائرة النظر الجزئي، حيث يغلب تجاوز القيم التشريعية، وإهمال المقاصد الشرعية.

4- الرغبة في دعم الجهود العلمية الهادفة إلى بناء نظرية اقتصادية متكاملة وفق المنظور الإسلامي.

-أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

1- ضبط مفهوم التيسير المشروع وإخراجه من دائرة التجاذبات النظرية والاختلالات التطبيقية، وبيان مكانته التشريعية، وقيّمته المقاصدية.

2- تفعيل منهج التنظير في البحث الفقهي، من حيث استحضار العلاقات العالية، وملاحظة المعاني الكلية التي تشدّ نسيج الأحكام الفرعية وتجمع شتاتها، وتصوغ النظريات الجامعة لقضايا الفقه والتشريع.

3- إبراز مبدأ التيسير كنظرية من النظريات الكبرى التي يقوم عليها صرح الفقه، وينبسط أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث.

4- التنبيه على الأثر البالغ لنظرية التيسير في صياغة نظام المعاملات المالية، وتوجيه أحكامها، ومدى الحاجة إلى استصحابها في مواجهة تحديات الحالة الاقتصادية والاجتماعية، والتعامل الأمثل مع تعقيداتها.

5- تقوية شعور الاعتزاز بالشريعة الإسلامية، وترسيخ الفناعة بقدرتها على مواكبة تطورات الحياة، وغناها بالحلول المفعمة بالسماحة والتيسير والرفق.

- إشكالية البحث:

ينطلق البحث من مسلمة التلازم الحتمي بين أحكام الشريعة الإسلامية وصفة التيسير، وبداهة الارتباط الوثيق بينهما، ليثير إشكالية القيمة التشريعية لهذا المبدأ (التيسير)، ومدى امتداد آثاره في أصول التشريع المالي، وأحكامه الفرعية. ويتوسّل إلى تحليلها بالإجابة عن السؤال المركزي:

- هل يرقى مبدأ التيسير إلى مصافّ النظريات التشريعية ذات القيمة الاستدلالية الملزمة؟ وما تجلياته التشريعية في قواعد ومقاصد وأحكام عقود المعاملات المالية؟
وتحت هذا الإشكال تثار الأسئلة الفرعية الآتية:

1- ما هي معالم ومحدّدات النظرية التشريعية؟ وهل تنطبق على مبدأ التيسير؟

2- ما هي الحدود والضوابط النظرية للتيسير المشروع؟

3- ما هي أسس ومرتكزات نظرية التيسير في عقود المعاملات المالية؟

4- ما مظاهر نظرية التيسير وتطبيقاتها في عقود المعاملات المالية؟

- الدراسات السابقة:

رغم أن التيسير من أكثر الموضوعات تداولاً بين الباحثين في الدراسات الإسلامية، إلا أنني لم أعرّ في حدود اطلاعي -على دراسة أكاديمية تناولت موضوع التيسير باعتباره نظرية من النظريات الكبرى ذات الأثر البالغ في عقود المعاملات المالية، حيث اكتفى قسم من تلك الأبحاث بالتركيز على تأصيل الجانب النظري للتيسير دون العناية بتطبيقاته، وتوجّهت طائفة

أخرى إلى تقريب أثره ضمن تطبيقات محدودة على بعض القضايا العامة، وبعض الأبواب المتفرقة من الفقه. ومن أهم تلك الدراسات:

1- التيسير في المعاملات المالية -دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الفقه الحنفي والفقه الحنبلي-. وهي رسالة دكتوراه بكلية دار العلوم، جامعة القاهرة، عام 2011م، للدكتور هشام يسري العربي. عُني بالكشف عن مظاهر التيسير وتطبيقاته في المعاملات المالية، في إطار المقارنة بين المذهب الحنفي والمذهب الحنبلي.

وقد قسم المؤلف رسالته إلى مقدمة وتمهيد وبابين وخاتمة. خصّص التمهيد لتحديد مفهوم مصطلحات العنوان، فبيّن الحقيقة اللغوية والاصطلاحية للتيسير، وعرّج على تأصيل مكانته من خلال طائفة من النصوص الشرعية، ثم ذكر مجموعة من أهداف التيسير، وخلص إلى أن معنى التيسير-الذي يقصده- يتّسع لرفع كلّ ما أدّى إلى رفع حرج ومشقة وضيق عن الناس، أو تلبية ضرورة من ضرورات الحياة، أو حاجة من حاجاتها، أو تحقيق مصلحة معتبرة لجماعة المسلمين، أو مراعاة مآل مما يصلح شأنهم في مستقبل حالهم، أو يكون مما عمّت به البلوى وظهر وانتشر بين الناس، أو ما يعتبر فيه العرف السائد لدى جماعة من الناس، شريطة ألا يناقض شيء من ذلك نصًا، ولا قاعدة شرعية مقررة، ولا يؤدي إلى الإخلال بمقاصد الشريعة. ونبّه على أن الدراسة في سياقها النظري والتطبيقي تركز على المقارنة بين مذهب الحنفي ومذهب الحنابلة.

وخصّص الباب الأول للحديث عن أسباب التيسير وضوابطه في الفقه الحنفي والفقه الحنبلي، ضمن فصلين:

تتاول في الفصل الأول أسباب التيسير في المعاملات المالية في الفقه الحنفي والفقه الحنبلي ممثلة في أصول المذهب، والاطلاع على آثار سلف الأمة، وتعدد الروايات والأقوال في المذهب، والحيل الشرعية. وبيّن في الفصل الثاني بأن من أهم ضوابط التيسير: عدم مخالفة الأصول المتفق عليها، وعدم مخالفة النصوص والإجماع، وعدم مخالفة القواعد الشرعية، وعدم الإخلال بمقاصد الشارع.

وأما الباب الثاني فتعرض فيه إلى بيان مظاهر التيسير وتطبيقاته في المذهبين، فبيّن في الفصل الأول مظاهر التيسير في المعاملات المالية من خلال المقارنة بين موقف المذهبين من قاعدتين كبيرتين تتصلان بتوجيه كثير من فروع المعاملات المالية، أولاهما: سلطان الإرادة العقدية، وثانيتها: قاعدة البطلان والفساد. واستنتج بأن توسيع الحنابلة لسلطان الإرادة العقدية،



يقابله تقرير الحنفية للتمييز بين مرتبتي الفساد والبطلان في عقود المعاملات المالية، وكلاهما مظهر من مظاهر التيسير.

وخصّص الفصل الثاني لعرض تطبيقات التيسير الفقهي ضمن جملة من الفروع الفقهية المنتخبة والموزعة على مختلف أبواب المعاملات المالية، مقارنا فيها بين مختلف المذاهب الفقهية مع التركيز على المذهبين الحنفي والحنبلي.

ويمكن أن يستخلص بأن البحث اتّجه إلى بيان أهم المقومات النظرية التي يقوم عليها مبدأ التيسير في المذهبين الحنفي والحنبلي بصفة خاصة، كما أنه اقتصر في القسم التطبيقي على استظهار وجوه التيسير من خلال انتقاء أيسر الآراء من بين الاجتهادات الفقهية المختلفة-مركزاً على المذهبين الحنفي والحنبلي- ضمن مسائل فرعية متفرقة في أبواب المعاملات المالية، دون التعرّض إلى استقراء آثار التيسير وتطبيقاته في بعض المبادئ العامة والأسس التشريعية التي تؤطر عقود المعاملات المالية.

2- نظرية التيسير في المعاملات المالية المعاصرة، أطروحة دكتوراه. إعداد: الديحاني أحمد عبيد. جامعة المنيا- كلية دار العلوم- قسم الشريعة الإسلامية، عام 2013م.

وقد جاء البحث-حسبما أتّيح لي الاطلاع عليه- موزعاً على تمهيد وأربعة فصول:

تتاول في التمهيد: تعريف نظرية التيسير والألفاظ ذات الصلة(التخفيف، والرحج، والرخصة، والمشقة).

وتتطرق في الفصل الأول إلى أدلة اعتبار التيسير ومجالاته وضوابطه وأسبابه، ضمن أربعة مباحث:

المبحث الأول: أدلة اعتبار التيسير في الشريعة الإسلامية(وهي الكتاب والسنة وآثار الصحابة والتابعين ومن الإجماع والمعقول).

المبحث الثاني: مجالات التيسير(تيسير أصلي، وتيسير عارض)

المبحث الثالث: ضوابط التيسير في الشريعة الإسلامية(أن يكون التيسير مبنياً على دليل شرعي، وأن يكون لأجل مشقة زائدة، وأن لا يكون معارضا لنص شرعي، وأن يكون مقيداً بزمان الحاجة إليه).

المبحث الرابع: أسباب التيسير(السفر والمرض والإكراه والنسيان والخطأ والجهل وعموم البلوى والنقص الطبيعي والضرورة والحاجة).

وجاء الفصل الثاني تحت عنوان: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيسير، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف القواعد الفقهية وما يشابهها (الضابط الفقهي والنظرية الفقهية).
المبحث الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيشير (قاعد المشقة تجلب التيسير، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع).

وتناول في الفصل الثالث: حقيقة المعاملات المالية المعاصرة ومبادئها وضوابط التيسير فيها، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة المعاملات المالية المعاصرة.

المبحث الثاني: مبادئ في المعاملات المالية المعاصرة (الأصل في المعاملات الإباحة، واعتبار المقاصد في المعاملات المالية، وتحقيق العدل بين أطراف المعاملة المالية، وأن يكون تيسير المعاملة المالية مقيدا بوقت الحاجة).

وتعرض في الفصل الرابع إلى التطبيقات التيسيرية في المعاملات المالية المعاصرة، وبعض دعاوى التيسير، ضمن مبحثين:

المبحث الأول: التطبيقات التيسيرية في المعاملات المالية المعاصرة.

المبحث الثاني: بعض دعاوى التيسير في المعاملات المالية المعاصرة.

ويظهر من خلال عناوين فصول الرسالة ومباحثها أن الباحث ركّز على تحديد وتحليل المقومات المفاهيمية والتأصيلية التي تبنى عليها نظرية التيسير، لكن بدا كأنه اقتصر في ذلك على التيسير الطارئ فقط، كما أنه اكتفى ببيان الأثر التطبيقي للنظرية ضمن نماذج من عقود المعاملات المالية المعاصرة.

3- مظاهر التيسير في الشريعة الإسلامية، وهي رسالة أعدها الدكتور كمال جودة أبو المعاطي لنيل شهادة الدكتوراه بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بالقاهرة سنة 1975م. وقد اشتملت على مقدمة وثلاثة أبواب؛ حرّر الباحث في مقدمتها مفهوم التيسير، وعرّج على تحليل معاني بعض المصطلحات ذات الصلة، كالرخصة والحيل والمخارج والتلفيق، ثم بيّن أهداف التيسير عامّةً، وأهدافه الخاصة بالمعاملات المالية.

وتعرّض في الباب الأول إلى تفصيل أوجه التيسير في عموم التكليف، وخصّص الباب الثاني لاستقراء مظاهر التيسير في العبادات، والباب الثالث للتيسير في المعاملات، إلا أنه اقتصر منها على ما يوصف عند طائفة من الفقهاء بأنه من "المشروع على خلاف القياس"، فتحدّث عن التيسير في السلم، والاستصناع، وتضمين الصناع، والمساقاة، والمزارعة، وأضاف إليها التيسير في درء الحدود بالشبهات. ويظهر من خلاصة مضمون هذه الرسالة أنها لم تقصد

النقيد ببيان الأثر التشريعي لمبدأ التيسير ضمن باب معين من الأبواب الفقهية، بقدر ما عُيّنت بإبراز التيسير كقيمة من قيم الإسلام الكبرى؛ ولذلك اكتفت ببعض التطبيقات الفقهية في أبواب من العبادات، مشفوعة بتطبيقات محدودة في عقود المعاملات المالية، وهي في الحقيقة من العقود التي جوّزها الشرع بالنصّ دفعا للمشقة والحرَج وإن كانت على خلاف القياس كما يقولون-.

4- مظاهر التيسير ورفع الحرَج في الشريعة الإسلامية، للدكتور فرج علي الفقيه حسين، مكتبة كلية دار العلوم، القاهرة، وهي رسالة دكتوراه، نوقشت سنة 1999م. استهلّها المؤلف بتمهيد تحدّث فيه عن أنواع المشاق، والرخص وأقسامها، وتطرق إلى أنواع التخفيفات الشرعية وأسبابها، وعرّج على تعريف القواعد الفقهية وأهميتها ونشأتها وبعض ما أُلّف فيها.

ثم قسم الرسالة إلى أربعة أبواب؛ خصّص الأول منها لعرض بعض مظاهر التيسير في العبادات، والثاني للتيسير في الكفارات، والثالث للتيسير في المعاملات، حيث تطرق في فصله الأول إلى آثار التيسير في البيوع الجائزة والبيوع المحرمة، وتعرض في الفصل الثاني للتيسير في العلاقات الزوجية، وخصّص الفصل الثالث للتيسير حال الإكراه والاضطرار، والرابع لمظاهر التيسير في التعامل مع أهل الكتاب، والخامس للتيسير المشروع في حال الحرب. وتحدث في الباب الأخير عن التيسير عن المذنب، من خلال تشريع التوبة عامة، والتوبة من الحدود والكبائر بصفة خاصة.

وظاهر أنّ الرسالة بهذا المضمون لم تتطرق إلى مظاهر التيسير في المعاملات المالية إلا في الفصل الأول من الباب الثالث، وبشكل عام ومختصر، لم يستقص أثر التيسير في جزئيات الصور المطروحة وفروعها، مكثفيا بالتدليل على تيسيرها من خلال مشروعية تلك المعاملات المذكورة.

5- قاعدة المشقة تجلب التيسير-دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية-، للدكتور يعقوب بن عبد الوهّاب البأحسين، وهو كتاب ضمّنه مؤلّفه تفصيل هذه القاعدة الفقهية الكبرى، في أربعة أبواب، مهّد لها ببيان معنى القواعد الفقهية، وأهميتها وأثرها في التشريع، وبين أهمية قاعدة المشقة تجلب التيسير بصفة خاصة. ثم حلّل مفهوم القاعدة (المشقة تجلب التيسير)، وحدّد أركانها وشروطها.

وتناول في الباب الأول المشاق الجالبة للتيسير، ضمن قسمين، أولهما: مشاق لم يرد بشأنها ضبط ولا تحديد من قبل الشارع. وثانيهما: مشاق ضبطها الشارع وربطها بأسبابها. ثم

عدّد أنواع التيسيرات الشرعية، وهي تخفيف الإسقاط، وتخفيف التقْيِص، وتخفيف الإبدال، وتخفيف التأخير، وتخفيف التقديم، وتقديم الترخيص، وتخفيف التخيير. وبيّن بأن مجال التيسير يشمل أحكام التكليف كلها، فحيثما كانت المشقة أوجد الشرع منفذا للخروج منها، كما يشمل الأدلة والقواعد الشرعية. وتعرّض في الباب الثاني إلى تأصيل القاعدة، ودفع الشبهات الواردة حولها، وتناول في الباب الثالث مظاهر القاعدة في الأدلة والقواعد الأصولية، وبيّن في الباب الرابع بعض القواعد الفقهية المتفرعة عن هذه القاعدة. والملاحظ أن الدراسة وإن استوعبت جوانب التنظير لمبدأ التيسير الطارئ من خلال هذه القاعدة الفقهية الكبرى، إلا أنها لم تُعن بدراسة التيسير كمبدأ عام في الشريعة الإسلامية، ولم تركز تطبيقاتها على عقود المعاملات المالية.

6- القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير. وهي رسالة دكتوراه، قدمها الدكتور عبد الرحمن بن صالح إبراهيم آل عبد اللطيف، لكلية الشريعة، بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، عام 1415هـ. جمع فيها القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ومهد لها بتعريف القاعدة الفقهية، والضابط الفقهي، والتيسير، ثم خصّص القسم الأول منها للقواعد، والثاني للضوابط، يذكر نص القاعدة أو الضابط ثم يشرحهما، ويستدل لهما، ويمثّل بعد ذلك بذكر الفروع المندرجة تحتها، مع بيان وجه التيسير فيها.

7- مظاهر التيسير في أدلة التشريع وآثارها في الفقه المعاصر، رسالة للدكتورة سعاد عبد العزيز فيصل المطوع، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2008م.

اشتملت على تمهيد حلّلت فيه مفاهيم مصطلحات عنوان البحث، ثم ذكرت في الباب الأول مظاهر التيسير في أدلة التشريع المتفق عليها، وتناولت في الباب الثاني مظاهر التيسير في الأدلة المختلف فيها، فتحدّثت عن التيسير في العمل بالمصلحة المرسلّة، والتيسير في العمل بالعرف، والتيسير في الأخذ بالاستحسان، والتيسير في إعمال الاستصحاب. وأما الباب الثالث فتطرقت فيه إلى تطبيقات التيسير في قضايا مختلفة من الواقع المعاصر، كالتيسير الظاهر في أن "حقوق الإنسان مكفولة في الدين الإسلامي"، و"توخي التيسير في نشر الإسلام"، و"التوسعة على المسلمين". وتحدّثت عن الرفق واللين كسِمَتَيْن من سمات المجتمع المسلم. والرسالة بهذا المحتوى لم تتعرّض لمظاهر التيسير في عموم جوانب التشريع، وإنما اكتفت ببيان مظاهره في بعض الأدلة التشريعية، مشفوعة بتطبيقات مختصرة على بعض القضايا المعاصرة بعيدة الصلة عن البحث في فروع المعاملات المالية.

8-المبالغة في التيسير الفقهي، للدكتور خالد بن عبد الله المزيني، وهو كتاب صدر عن مركز التأصيل للبحوث والدراسات، بجدة، سنة 2015م.

والكتاب عبارة عن دراسة نقدية رام صاحبها تقويم منهج التعامل مع تطبيقات مبدأ التيسير في الفقه والإفتاء، من خلال التأصيل النظري الدقيق الذي يبعد الدرس الفقهي عن دائرة التجاذب بين ثنائية التشدد والتساهل.

وقد اشتمل الكتاب على تمهيد وأربعة مباحث، تعرّض في الأول منها إلى تفصيل أنواع التيسير الفقهي عند المعاصرين - التيسير المنضبط والتيسير المبالغ فيه-.

وتناول في المبحث الثاني مظاهر المبالغة في التيسير الفقهي، وعدّ منها المبالغة في اعتبار مقاصد الشريعة، وتتبع الرخص، وتطويع الفقه للواقع. أما المبحث الثالث فقد تطرق فيه إلى أسباب المبالغة في التيسير الفقهي، حيث أرجعها إلى الجهل بالشريعة، والرغبة في مواجهة التشدد، والخضوع لضغط الواقع، والتشوّف إلى الشهرة. وخصّص المبحث الأخير لبيان آثار المبالغة في التيسير الفقهي، وهي الإخلال بصورة الشريعة، والتقليل من أهمية الجزئيات، والإخلال بمقاصد الشريعة. وخلص إلى أن أحسن السبل لفهم الشريعة والوعي بأحكامها هو سلوك منهج الوسط والاعتدال، دون غلو ولا تقصير.

ومن خلال استعراض مضامين هذه الأبحاث يتبيّن بأنها وإن اشترك جميعها في دراسة مبدأ التيسير نظرياً، إلا أنها- في معظمها- لم تستهدف بلورته ضمن نظرية تشريعية محددة المعالم، ولم تتعمق في استقراء مظاهر التيسير وتطبيقاته في أسس ومقومات عقود المعاملات المالية وفروعها، رغم أهمية هذا المنحى وضرورته في فتح مسالك الاجتهاد لتيسير المعاملات المالية، وتجسيد وتأكيد سعة الشريعة الإسلامية، وقدرتها على الوفاء بحاجات الناس ومصالحهم، ومواكبتها لتطورات الحياة الاقتصادية والاجتماعية في ظل التحديات الاقتصادية المعاصرة.

-منهج البحث:

اعتمد البحث في طريق معالجة هذه الإشكالية المعرفية، والوصول إلى الأهداف المتوخّاة منها، على المناهج العلمية التالية:

1- المنهج الوصفي: وذلك باستقراء المعاني المنثورة، وتتبع الجزئيات المنتشرة في ثنايا النصوص والقواعد الشرعية المرتبطة بنظرية التيسير، ورصد تجلياتها التطبيقية في فروع المعاملات المالية، ثم عرضها ووصفها وتنسيقها على نحو يحقق الغاية من البحث.

- 2- **المنهج التحليلي:** وذلك بتحليل عناصر المادة العلمية المستقرأة-ومنها الأقوال والاجتهادات الفقهية- من أجل الوقوف على مآخذ الفقهاء فيها، وتقدير موقعها في نسق بناء نظرية التيسير.
- 3- **المنهج المقارن:** وتبرز آثاره في القسم التطبيقي بشكل خاص، من خلال المقارنة بين آراء المذاهب الفقهية الواردة في المسائل التطبيقية المنتخبة؛ قصد النفاذ إلى مداركها التشريعية، وملاحظة مدى اندراجها تحت نظرية التيسير.

-منهجية البحث:

- 1- اعتماد المصادر الأصلية في استقراء وجمع المادة العلمية، مع الاستعانة ببعض المؤلفات المعاصرة حسب اللزوم والإمكان.
- 2- عزو الأقوال الفقهية والنقول الاستشهادية إلى مظانها الأصلية، مع التزام التعريف الكامل بالمرجع في موضعه الأول من الهامش.
- 3- الاكتفاء بآراء المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة في بحث المسائل المطروحة، وترتيبها (المذاهب) وفق تسلسلها التاريخي-مذهب الحنفية ثم المالكية ثم الشافعية ثم الحنابلة-، وكثيرا ما أورد أكثر من مرجع في المذهب الواحد، زيادة في الدقة، وتيسيرا للبحث.
- 4- توثيق المعاني اللغوية من المعاجم اللغوية المعتمدة.
- 5- تخريج النصوص القرآنية في موضع النقل، بوضع اسم السورة ورقم الآية بين معكوفين برواية حفص عن عاصم.
- 6- تخريج الأحاديث والآثار من كتب السنة المعتمدة، بذكر اسم المرجع، ثم اسم الكتاب، ثم اسم الباب، ثم رقم الحديث، ثم الجزء والصفحة.
- 7- الترجمة لجلّ الأعلام المذكورين في متن الرسالة، عدا أعلام الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة والمعاصرين، اكتفاء بشهرتهم.
- 8- تفصيل أهمّ المفاهيم المتّصلة بسياق الدراسة وتوثيقها في الهامش، زيادة في الفائدة وتعميقا للفهم.

- 9- وضع فهرس توضيحية لتسهيل الإفادة من البحث:

أ- فهرس الآيات

ب- فهرس الأحاديث والآثار

ج- فهرس الأعلام

د- فهرس المصادر والمراجع

هـ - فهرس المحتويات

-خطة البحث:

قسمت خطة البحث إلى مقدمة وتمهيد وبابين، وخاتمة، وما يتلوهما من ثبت المصادر والمراجع والفهارس التفصيلية، وجاءت مفصلة على النحو الآتي:

المقدمة، تناولت فيها تعريف عامًا بموضوع البحث، وأهميته، وأسباب اختياره، وأهدافه، وإشكالية الدراسة، والدراسات السابقة فيه، ومنهج البحث، والخطة المعتمدة فيه.

الفصل التمهيدي، تناولت فيه تحليل مصطلحات عنوان البحث-النظرية، العقد، المعاملات المالية-، التيسير، وفق التفصيل الآتي:

المبحث الأول: نظرية التيسير - المفهوم والعلاقة-

المطلب الأول: مفهوم النظرية

المطلب الثاني: مصطلح "نظرية التيسير" - مناهج استشكله ومسوغات استعماله-

المبحث الثاني: مفهوم العقد ومقوماته الشرعية

المطلب الأول: مفهوم العقد

المطلب الثاني: مقومات العقد

المبحث الثالث: المعاملات المالية، مفهومها وخصائصها التشريعية

المطلب الأول: مفهوم المعاملات المالية

المطلب الثاني: الخصائص التشريعية لعقود المعاملات المالية ومقاصدها الشرعية

المبحث الرابع: مفهوم التيسير وأقسامه وأحكامه

المطلب الأول: مفهوم التيسير والألفاظ ذات الصلة به

المطلب الثاني: مشروعية التيسير وأقسامه وأحكامه

ثم خصّصت الباب الأول لـ: مرتكزات نظرية التيسير وأثرها في عقود المعاملات المالية

وتضمّن فصلين، خصّص الأول منها لذكر طائفة من الأدلة الشرعية، وتضمّن الفصل

الثاني بعض القواعد الشرعية، مركزًا في القسمين على تحليل المفهوم وبيان علاقة الارتكاز بين

التيسير وتلك الأدلة والقواعد الشرعية، وفق التفصيل الآتي:

الفصل الأول: الأدلة الشرعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية،

وفيه خمسة مباحث، موزعة على المطالب الآتية:

المبحث الأول: القياس وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية



وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم القياس

المطلب الثاني: حجية القياس

المطلب الثالث: أثر القياس في ايسير المعاملات المالية

المبحث الثاني: الاستحسان وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية
وتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الاستحسان

المطلب الثاني: حجية الاستحسان

المطلب الثالث: أثر الاستحسان في تيسير المعاملات المالية

المبحث الثالث: الاستصلاح وأثره في تيسير المعاملات المالية
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة الاستصلاح

المطلب الثاني: حجية الاستصلاح

المطلب الثالث: أثر الاستصلاح في تيسير المعاملات المالية

المبحث الرابع: العرف وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم العرف

المطلب الثاني: حجية العرف

المطلب الثالث: أثر العرف في تيسير المعاملات المالية

المبحث الخامس: الاستصحاب وأثره في التيسير
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الاستصحاب

المطلب الثاني: حجية الاستصحاب

المطلب الثالث: أثر الاستصحاب في تيسير المعاملات المالية

وجاء الفصل الثاني تحت عنوان: القواعد الشرعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية
وتضمن خمسة مباحث، موزعة كالآتي:

المبحث الأول: قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم مراعاة الخلاف

المطلب الثاني: حجية مراعاة الخلاف

المطلب الثالث: أثر قاعدة مراعاة الخلاف في تيسير المعاملات المالية

المبحث الثاني: قاعدة الحيل وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

وتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم قاعدة الحيل

المطلب الثاني: حجية قاعدة الحيل

المطلب الثالث: أثر قاعدة الحيل في تيسير المعاملات المالية

المبحث الثالث: قاعدة الفساد والبطان وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم قاعدة الفساد والبطان

المطلب الثاني: حجية قاعدة الفساد والبطان

المطلب الثالث: أثر قاعدة الفساد والبطان في تيسير المعاملات المالية

المبحث الرابع: قواعد التبعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم قواعد التبعية

المطلب الثاني: مشروعية الاستدلال بقواعد التبعية

المطلب الثالث: أثر الاستدلال بقواعد التبعية في تيسير المعاملات المالية

المبحث الخامس: قواعد وسائل المقاصد وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم قواعد الوسائل

المطلب الثاني: حجية الاستدلال بقواعد وسائل المقاصد

المطلب الثالث: أثر قواعد وسائل المقاصد في تيسير المعاملات المالية

وتتأول الباب الثاني: مظاهر التيسير وتطبيقاته في عقود المعاملات المالية

حيث تطرّق في الفصل الأول إلى مظاهر التيسير من خلال مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد،

مستشهداً بنماذج من عقود المعاملات المالية، وتعرض الفصل الثاني إلى مظاهر التيسير في

مقتضيات العقود، وفي طرق انقضائها، مع التمثيل لتطبيقاتها في بعض عقود المعاملات المالية، وذلك حسب التفصيل الآتي:

الفصل الأول: مظاهر التيسير وتطبيقاته من خلال سلطان الإرادة في عقود المعاملات المالية
وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الحرية التعاقدية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية
وتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لإنشاء عقود المعاملات المالية

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لاستحداث عقود المعاملات المالية

المطلب الثالث: أثر الحرية التعاقدية في تطوير واستحداث عقود المعاملات المالية

المبحث الثاني: حرية الاشتراط التعاقدية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الاشتراط التعاقدية

المطلب الثاني: مشروعية الاشتراط التعاقدية

المطلب الثالث: أثر الاشتراط التقييدي في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الثالث: الاشتراط التعليقي وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الاشتراط التعليقي

المطلب الثاني: مشروعية الاشتراط التعليقي في عقود المعاملات المالية

المطلب الثالث: أثر حرية الاشتراط التعليقي في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الرابع: الإضافة وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية
ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الإضافة في العقود

المطلب الثاني: مدى مشروعية اشتراط الإضافة في عقود المعاملات المالية

المطلب الثالث: أثر حرية اشتراط الإضافة في تيسير عقود المعاملات المالية

الفصل الثاني: مظاهر التيسير وتطبيقاته في مقتضى عقود المعاملات المالية وطرق انقضائها، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: اللزوم والجواز وأثرهما في تيسير عقود المعاملات المالية
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم اللزوم العقدي

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لمبدأ اللزوم العقدي

المطلب الثالث: تطبيقات التيسير من خلال "اللزوم والجواز" في عقود المعاملات المالية

المبحث الثاني: مبدأ الخيار في العقود وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الخيار ومشروعيته

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لمبدأ الخيار

المطلب الثالث: مظاهر التيسير في تطبيقات مبدأ الخيار

المبحث الثالث: الإقالة وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الإقالة ومشروعيتها

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الإقالة وأثره في تيسير المعاملات المالية

المبحث الرابع: الفسخ بالأعذار الطارئة وأثره في تيسير العقود

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم العذر الطارئ ومشروعيته

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لمبدأ العذر الطارئ في العقود

المطلب الثالث: أثر العذر الطارئ في تيسير المعاملات المالية.

ثم خاتمة دونت فيها أهم نتائج البحث.

الفصل التمهيدي

تحليل مصطلحات عنوان البحث:

النظرية، العقد، المعاملات المالية، التيسير

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: نظرية التيسير - المفهوم والعلاقة -

المبحث الثاني: مفهوم العقد ومقوماته الشرعية

المبحث الثالث: المعاملات المالية، مفهومها وأصولها التشريعية

المبحث الرابع: التيسير، مفهومه وأقسامه وأحكامه

المبحث الأول

نظرية التيسير - المفهوم والعلاقة -

تمهيد:

برز مصطلح "النظرية" ضمن سياقات التجديد المنهجي في مسار الدراسات الشرعية، تعبيراً عن مقارنة منهجية وعلمية جديدة، تتناول قضايا الفقه الإسلامي وتبحث مسأله الجزئية وفق رؤية كلية، ونسق منسجم، يعتمد المبادئ العامة للشريعة الإسلامية وتصوراتها الكلية. وقد أسهم احتكاك ثلة من الفقهاء المعاصرين بالثقافة القانونية الغربية في استخلاص نظريات تشريعية كثيرة^[1]، وعياً منهم بضرورة بعث الفقه الإسلامي وفق صياغة ثلاثم التحولات التي طرأت على إنسان العصر وواقعه، حتى يتمكن -الفقه- من مواكبة دوره في إدارة مستجدات الحياة في مختلف جوانبها. وفي هذا السياق يتناول البحث تحليل مفهوم النظرية في الدراسات الشرعية، وتقييم علاقتها بالتيسير.

^[1] ومنهم فقهاء الصحوة العلمية والتجديد في مجال الفقه الإسلامي التي بزغت أنوارها منذ مطلع القرن العشرين للميلاد، ومن بينهم- على سبيل المثال-: الأستاذ: أحمد إبراهيم بك، والأستاذ: محمد زيد الإيباني، والشيخ أبو زهرة، والشيخ علي الخفيف، والأستاذ: مصطفى الزرقا، والدكتور: محمد يوسف موسى، والدكتور: وهبة الزحيلي، وغيرهم من الفقهاء الذين استوعبوا أصول الثقافتين الشرعية والقانونية، فأسسوا مستوى راقياً من البحث في التنظير الفقهي الذي أثبت قدرة الفقه الإسلامي على مواكبة التطور والتجديد في التفكير الإنساني والحياة القانونية، والوفاء بحاجة المجتمعات الحديثة[انظر: محمد سراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م، ص:9].

المطلب الأول: مفهوم النظرية

الفرع الأول: مفهوم النظرية في اللغة

كلمة "النظرية" مصدر صناعي من الفعل الثلاثي: "نَظَرَ"، ويطلق في اللغة على معان عدة، منها^[1]:

- حِسُّ الْعَيْنِ، يقال: نظرت إلى كذا وكذا، من نظرت العين ونظر القلب.

- الانتظار، يقال: نظرت فلانا وانتظرته.

- الفكر في الشيء، تقدّره وتقيسه.

- الرّؤية والتأني، يقال: نَظَرْتَ فلم تنظر، أي: لم تتأمل ولم تتروّ.

-العقل باعتباره آلة الفكر والتأمل والتدبر^[2].

وقد أشار بعض أهل اللغة إلى أن الفعل "نظر" إذا ورد متعدّياً بـ"إلى"، كقولنا: نظرت إلى الشيء، فإنه يدلّ على النظر بالعين. وإذا تعدّى بـ"في"، كقولنا: نظرت في الأمر، احتمال أن يكون تفكيراً وتدبراً بالقلب^[3].

وقد جاء لفظ "النظر" في آيات عديدة من القرآن الكريم بمعنى تقيب البصر والبصيرة لإدراك الشيء ورؤيته، وتأمّله وفحصه، ومنها قوله - تعالى -: ﴿قُلْ أَنْظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ [يونس: 101]، أي: تبصّروا وتدبّروا وتأملوا^[4].

واستعمال النَّظَرِ فِي الْبَصْرِ أَكْثَرُ عِنْدَ الْعَامَّةِ، وفي البصيرة أَكْثَرُ عِنْدَ الْخَاصَّةِ^[5]؛ ولهذا قيل: النظر " كالفكر، فعل صادر عن النفس لاستحصال المجهولات من المعلومات، والمجهول

^[1]انظر: جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ط، د.ت، المجلد 5، ج50، ص: 4465-4467، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1432هـ-2005م، ص: 484، ومجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط4، 1425هـ-2004م، ص: 931-932.

^[2]انظر: أبو الطيب عبد الواحد بن علي اللغوي: معجم: شجر الدر، تحقيق: محمد عبد الجواد، دار المعارف، القاهرة، ط2، 1968م، ص: 129.

^[3]انظر: ابن منظور: لسان العرب، المجلد5، ج50، ص: 4467.

^[4]انظر: محمد رشيد رضا: تفسير القرآن الحكيم، دار المنار، القاهرة، مصر، ط2، 1366هـ-1947م، ج11، ص: 486.

^[5]انظر: الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، مكتبة نزار مصطفى الباز، د.ط، د.ت، ج1، ص: 642-643.

لا يكتسب من كل معلوم على أي وجه كان، بل لا بد له من معلومات مناسبة، وترتيب معين فيما بينها، وهيئة عارضة لها بسبب ذلك الترتيب"^[1].

هذه أهم المعاني اللغوية لكلمة "نظر"، والشائع في الاستعمال منها معنيان:

- 1- المشاهدة والإبصار بالعين، وهي الدلالة الوضعية الأصلية (الحقيقية).
 - 2- التأمل والتدبر والتفكير والتقدير، وهي معاني مرتبطة بالقلب فيما يشبه "انزياحاً دلالياً من حيز المشاهدة بالعين إلى المشاهدة بالقلب"^[2]، وهي دلالة مجازية.
- وسيظهر بأن المفهوم الاصطلاحي لـ "النظرية" يرتبط بالمعنى الثاني.

الفرع الثاني: مفهوم النظرية في الاصطلاح

أولاً: مفهوم النظرية في العلوم الإنسانية

تُعرّف مختلف المعاجم الفلسفية والعلمية "النظرية" بأنها: بناء معرفي عقلي، مؤلف من تصورات متنسقة، تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ"^[3].

وضمن هذا المفهوم الاصطلاحي العام، يتردد معنى النظرية-حسب سياق إطلاقه- بين المعاني الآتية:

- 1- ما يقابل الممارسة العملية في الواقع، فتدل على المعرفة الخالية من النفع، المتجردة من الغرض.
- 2- ما يقابل المعرفة العامية، فتدل على ما هو موضوع تصور منهجي متناسق، تابع في صورته لبعض القرارات والمواصفات العلمية التي يجهلها عامة الناس.
- 3- وإذا أطلقت النظرية على ما يقابل المعرفة اليقينية، دلت على مذهبٍ أو رأيٍ لعالمٍ أو فيلسوفٍ حول مسألةٍ مشكّلة.
- 4- وقد تطلق النظرية على القانون أو النظام الذي يتقوم به الحق المحض والخير الكامل.

^[1] انظر: جميل صليبا: المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية، دار الكتاب اللبناني ومكتبة المدرسة، بيروت، لبنان، ط1982م، ج2، ص:473.

^[2] انظر: ناظم عودة: تكوين النظرية في الفكر الإسلامي والفكر الغربي المعاصر، دار الكتاب الجديد، طرابلس، ليبيا، ط1، 2009م، ص:27.

^[3] انظر: أندريه لالاند: موسوعة لالاند الفلسفية، منشورات عويدات، بيروت- باريس، ط2، 2001م، ص:1454، وجميل صليبا: المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية، ج2، ص:477، ووهبة مراد: المعجم الفلسفي، دار الثقافة الجديدة، القاهرة، ط3، 1979م، ص:447، ويوسف خياط: معجم المصطلحات العلمية والفنية، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، ط1، ص:676.

5- وتطلق النظرية على ما يقابل الحقائق العلمية الجزئية، فتدل في هذا السياق على تركيب عقلي واسع يتوسل به إلى تفسير عدد كبير من الظواهر.

ولا يخرج استعمال مصطلح النظرية عن أحد هذه المعاني في مختلف مجالات العلوم^[1].

ثانياً: مفهوم النظرية في الدراسات الشرعية

يرى بعض الباحثين^[2] بأن مفهوم النظرية في الدراسات الشرعية المعاصرة لا يحدد عن سياق المفهوم الاصطلاحي العام بوصفها تصوّراً شاملاً وبناءً متكاملًا يحكم موضوعاً معيناً، ممكّن الوجود في الشريعة الإسلامية، وأن بناء هذا التصور الشامل-الذي هو النظرية- يعتمد على استقراء جزئيات موضوع معين من النصوص الشرعية، واجتهادات العلماء القدامى وتفرعاتهم، ثم التنسيق بينها بهدف الوصول إلى بناء النظرية العامة التي تنتظم فيها تلك الجزئيات.

ووفق هذا المسلك صاغت الأبحاث والدراسات الشرعية المعاصرة جملة من النظريات، بعضها نظريات عامة تتعلق ببيان التصور الإسلامي العام لقضايا الحياة ونظمها، كالنظام السياسي والنظام الاقتصادي والنظام الاجتماعي وغيرها من نظم الحياة الإسلامية ومناشطها^[3]، وبعضها نظريات أصولية^[4] تهتم ببناء تصورات أصولية كلية جامعة لجزئيات أصولية، وبعضها نظريات فقهية^[5] تُعنى بكشف التصورات والأنساق الكلية لبعض الموضوعات الفقهية.

وقد اشتهر في الدراسات الإسلامية المعاصرة تركيز البحث على كشف وصياغة النظريات الفقهية أكثر من غيرها؛ ولذلك وقع التركيز عليها في أكثر التعريفات، ومن أشهرها:

1- تعريف الشيخ مصطفى الزرقا: "النظريات الفقهية هي تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثات أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل

^[1] انظر: اسماعيل الحسيني: نظرية المقاصد عند الإمام الطاهر بن عاشور، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ط1، 1995م، ص:27.

^[2] انظر: وسيلة خلفي: مصطلح النظرية في الدراسات الشرعية المعاصرة، دار الوعي، الجزائر، 2011م، ص:27-33.

^[3] ومما ألفت على هذا المنوال: كتاب "النظرية الاقتصادية في الإسلام" لأحمد فكري، دار القلم، دبي، و"النظريات السياسية الإسلامية" لمحمد ضياء الدين الريس، مكتبة دار التراث، القاهرة.

^[4] كـ "نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي"، لمحمد عبد اللطيف صالح الفرفور، مطابع الشام، دار دمشق للطباعة والنشر، ط1، 1987م.

^[5] ومنها-مثلاً:- "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي" لوهبية الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1433هـ-2012م.

بموضوعه من شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه^[1].

2- تعريف الدكتور وهبة الزحيلي: " النظرية الفقهية: مفهوم عام يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة"^[2].

3- تعريف الدكتور فتحي الدريني: " النظرية الفقهية: مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة، يتصل بموضوع عام معين بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه"^[3].

4- تعريف الدكتور جمال الدين عطية: " النظرية الفقهية: تصوّر مجرد جامع للقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية والجزئية"^[4].

5- النظرية الفقهية: "نظام جامع للأحكام الشرعية العملية المجردة المتعلقة بمبدأ تشريعي واحد، تستمد من قواعد الفقه وفروعه، وتُرتَّب ترتيباً منهجياً يظهر العلاقة بين مكوناتها، والصلة التي بينها وبين ما استمدت منه"^[5].

والملاحظ أن جميع هذه التعريفات تشترك في تحديد مجموعة من الخصائص والمعاني الضابطة لمفهوم النظرية الفقهية، ومن أهمها:

أ- النظرية الفقهية فكرة عامة ومفهوم كلي يؤطر موضوعاً محدداً، ينقح في الذهن من خلال المدارس الدائبة للتشريع أصولاً وفروعاً.

ب- النظرية الفقهية تتضافر على بناءها الكثير من الأحكام الفقهية والقواعد الشرعية من مختلف الأبواب الفقهية.

ج- النظرية الفقهية لها "قيمة استدلالية ملزمة؛ لأنها تتضافر على إثباتها وتشبيدها أحكام تفصيلية لا تحصى كثرة، فارتقت أحكامها إلى مستوى القطعية أو غلبة الظن على الأقل، وكتلتاهما توجب الإلزام ووجوب العمل"^[6].

^[1] انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1435هـ-2004م، ج1، ص:329.

^[2] انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، 1984م، ج4، ص:7.

^[3] انظر: فتحي الدريني: النظريات الفقهية، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق، 1982م، ص:140.

^[4] انظر: جمال الدين عطية: التنظير الفقهي، مكتبة الإسكندرية، مصر، ط1، د.ت، ص:9.

^[5] انظر: رواس قلعة جي، وحامد صادق قنبيبي، وقطب مصطفى سانو: معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط1416هـ - 1996م، ص:453.

^[6] انظر: فتحي الدريني: النظريات الفقهية، ص140.

د- النظرية الفقهية أشمل موضوعاً وأوسع نطاقاً من القاعدة. فالقاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، ترتبط به مجموعة من الفروع التي تدرج تحتها وتدخل في نطاقها، بخلاف النظرية، فهي مفهوم نظري عام، ولا تتضمن حكماً فقهياً. حتى إن القاعدة لتنزل إلى مرتبة الضابط الفقهي^[1] بجانب النظرية^[2].

المطلب الثاني: نظرية التيسير - مناط الاستشكال ومسوغات الاستعمال -

الفرع الأول: موقف العلماء من توظيف مصطلح النظرية في الدراسات الإسلامية

قبل التطرق إلى تقييم علاقة مصطلح النظرية بمبدأ التيسير، تجدر الإشارة إلى أن توظيف هذا المصطلح في الدراسات الشرعية كان في الأصل محلّ استشكال وتحقّق من قبل بعض الباحثين^[3] لعدة أسباب، أهمها:

- إن المرجع في تأسيس النظرية هو العقل البشري الصرف، وهو ما يجعلها عرضة للاحتمال بسبب ما يفضي إليه تطور العلوم والمعارف من استدراك وتصحيح وتقويم، بل ومن تغيير للنظرية ذاتها^[4]. ومستند المسائل الشرعية نصوص الوحي وما يرجع إليها من أصول التشريع المعتمدة، فلا يمكن اندراجها في معنى النظرية^[5].

- إن مصطلح النظرية ينطبق على "التصورات العقلية التي ترتبط فيها النتائج بمقدماتها ارتباطاً لا تضمن حتميته وإطراده"^[6]. وقضايا الشريعة الكلية ومبادئها العامة تتسم بالثبوت والقطع والعموم والاطراد^[7].

^[1] الضابط الفقهي أخص من القاعدة الفقهية، ودونها في استيعاب الفروع، فهو يجمع فروعاً من باب واحد. وأما القاعدة الفقهية فتجمع فروعاً من أبواب شتى [انظر: تاج الدين بن السبكي: الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ-1991م، ج1، ص:11].

^[2] انظر: محمد الروكي: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1414هـ-1994م، ص:54، ويعقوب بن عبد الوهاب الباعين: القواعد الفقهية، مكتبة الرشد وشركة الرياض للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1418هـ-1998م، ص:149، والقره داغي: مقدمات في المال والمكالية والعقد، ج4، ص:206.

^[3] انظر: محمد صدقي آل بورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1416هـ-1996م، ص:90-93، وعلي أحمد مذكور: نظريات المناهج التربوية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1427هـ-2006م، ص:51-54.

^[4] انظر: الحسيني: نظرية المقاصد عند الإمام الطاهر بن عاشور، ص:24.

^[5] انظر: عمر سليمان الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1402هـ-1982م، ص:208.

^[6] انظر: الروكي: نظرية التقعيد الفقهي، ص:22.

^[7] علّق الشيخ عبد الله دراز على قول الإمام الشاطبي في المقدمة الأولى من الموافقات: "إن أصول الفقه في الدين قطعية لا ظنية"، بقوله: "إن الأصول تطلق -أيضاً- على الكليات المنصوصة في الكتاب والسنة كنفى الضرر عن الشريعة، ورفع الحرج في الدين وغيرها، وهي قطعية بلا نزاع" [انظر: الموافقات، ج1، (هامش ص:17)].

- إن مصطلح النظرية مصطلح دخيل، وليس نابعا من صلب الفقه الإسلامي الذي يجب أن يكون خالصا من كل شائبة تقليد للغير^[1].

ويمكن إجمال الردّ على هذه التحفظات في كونها صادقة على مدلول النظرية في المجالات العلمية الوضعية، وهو يختلف عن مفهوم النظرية في الدراسات الشرعية، سواء من حيث البناء المنهجي، أو من حيث المنطلقات والأصول^[2].

وتفصيل ذلك: أن دور العقل في مجال الدراسات الشرعية ينحصر في اكتشاف النظرية، من خلال استجلاء ملامحها، واستقراء جزئياتها، وبناء كيائها، وصياغة عباراتها، متقيّدا بالمنهج العلمي الحاكم على عملية النظر في المسائل الشرعية. فالنظريات الشرعية دراسات علمية منصبة على أصول الشريعة ومقاصدها، وهي بهذا المعنى لا تختلف عن بحثها في كتب الفقه الإسلامي، إلا في طريقة ترتيب وتنظيم موضوعها وإطلاق اسم "نظرية" عليها. والشريعة الإسلامية لا يضيرها أن تدرس مضامينها في إطار نظريات علمية محكمة^[3].

الفرع الثاني: مسوغات استعمال مصطلح "نظرية التيسير"

الثابت في النصوص الشرعية أن للشريعة الإسلامية خصائص وأوصافا عامة تميّز نظامها، وتحكم بناءها، وأن هذه الخصائص العامّة تمثّل معالم المرجعية العليا للتشريع الإسلامي، وأطراً نظرية حاکمة على قواعده ومقاصده وفروعه^[4].

ولما كان مبدأ "التيسير" أحد المعالم التشريعية البارزة في الشريعة الإسلامية، بدلالة النصوص الشرعية القطعية، وتصاريف الأقوال والأفعال النبوية، لم يتردّد العلماء في عدّه من أعظم وأهم المبادئ الواجب اعتبارها في مسالك التشريع تقعيّدا وتفرّيعا^[5].

من هنا تبرز مكانة التيسير كقيمة تشريعية وسلوكية عظيمة، تشكّل بحدودها وضوابطها مبدأ عاما، وتصوّرا كلياً، يؤلّف نظاما تشريعيّاً، تدرج تحته جميع قواعد ومقاصد وفروع التشريع. وهذا هو مدلول النظرية كما سبق بيانه. ثم إن ممّا يؤكّد المشروعية المنهجية لبناء

^[1] انظر: صدقي آل بورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص: 92.

^[2] انظر: الحسيني: نظرية المقاصد عند الإمام الطاهر بن عاشور، ص: 28.

^[3] انظر: الروكي: نظرية التقعيد الفقهي، ص: 22، والباحسين: القواعد الفقهية، ص: 148-151.

^[4] انظر: عمر سليمان الأشقر: خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1982م، ص: 63.

^[5] انظر: جماعة من العلماء: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1408هـ-1988م، ج14،

ص: 213، ومحمد الخضري: تاريخ التشريع الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1414هـ-1994م، ص: 13.

نظرية التيسير-في تقديري- اتصافها بالشمولية والعموم والاطراد في مختلف أبواب التشريع، وتجاوز مضمونها لما تدل عليه القواعد الشرعية المتعلقة بالتيسير^[1].

إضافة إلى ما سبق، فإن دراسة موضوع التيسير الفقهي في التشريع المالي وفق منهج "التنظير"²، يتسق مع جملة الرؤى والأهداف التي تتبناها الدراسات الإسلامية المعاصرة، ومنها^[3]:

- 1- الاستجابة لمطالب العصر في تداول صياغة فقهية جديدة، تتاسب تعقيداته وتعالج إشكالاته، وتستجيب لمستويات البحث المعاصر.
- 2- مواكبة التجديد المعرفي والمنهجي للعلوم. والفقهاء الإسلامي أخرى بذلك لتأثره بعوامل الزمان والمكان.
- 3- الرغبة في تقديم البديل الإسلامي من الثروة التشريعية في صيغة كليات نظرية، تكون مصدرا لتقنين النشاط الإنساني في كل مجالات الحياة.
- 4- بيان المنطق التشريعي الذي تقوم عليه منظومة الأحكام في الفقه الإسلامي.
- 5- تفعيل وظيفة النظريات الفقهية في الاجتهاد واستحضار سلطانها على الأحكام.
- 6- إبراز النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله، ويصادف أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث.

^[1]سيأتي البيان بأن القواعد الفقهية الخاصة بالتيسير يقتصر مدلولها على التيسير الطارئ فقط، بينما تشمل نظرية التيسير النوعين معا: "التيسير الأصلي، والتيسير العارض".

^[2]التنظير هو: "الاجتهاد في الكشف عن نظرية ما، من مظانها المتعلقة بموضوعها، وترتيب جزئياتها في نسق يعكس التصور الكلي الذي تقوم عليه النظرية[انظر: وسيلة خلفي: مصطلح النظرية في الدراسات الشرعية المعاصرة، ص:45].

^[3]انظر: باقر بري: فقه النظرية عند الشهيد الصدر، ص:25.

المبحث الثاني

مفهوم العقد ومقوماته الشرعية

تمهيد:

تمثل بنية العقد في الفقه الإسلامي نظريةً راسخة الأركان، واضحة المعالم، تستوعب بنظامها وإحكامها مختلف دوائر العلاقات الإنسانية، وترتبط في سياقها بلحمة من القيم العليا، والمقاصد الشرعية، الراعية لصلاح الإنسان وانتظام العمران.

ومجال المعاملات المالية من أهم دوائر النشاط الإنساني التي انضبطت بأحكام هذه النظرية القويمة، وارتبطت بغاياتها الحكيمة.

وفيما يأتي عرض لأهم معالم هذه النظرية، واسكناه لمقومات بنيتها التشريعية، بما يتيح - من بعد - استقراء مظاهر التيسير وتطبيقاته في بعض جوانبها وأحكامها.

المطلب الأول: مفهوم العقد

الفرع الأول: مفهوم العقد لغة

يُعبّر بالعقد في اللغة عن الجمع بين أطراف الشيء وربطها وشدها. فالعين، والقاف، والدال: أصل واحد يدلّ على شدّ، وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها. وضده: الحلّ والنقض، وجمعه عقود. والعقدة: موضع العقد، وهو ما عُقد عليه، والعقد القلادة. ومن معانيه - أيضا -: إحكام الشيء وتقويته^[1].

وتستعمل كلمة "العقد" على سبيل الحقيقة في الربط المادي (الحسي) كعقد الحبل، وعلى سبيل الإعارة في الربط المعنوي، كعقد البيع، والعهد. فيقال: عقد الحبل والبيع والعهد يعقده، أي: شده. وإذا استعمل في المعاني أفاد بأنه شديد الإحكام، قويّ التوثيق^[2].

وقيل: إن المراد بالعقود جميع التكاليف التي عقدها الله - تعالى - على عباده، وما ألزمهم به من الأحكام. وخصّها بعضهم بما يجري بين الناس من عقود المعاملات. والأولى شمول

^[1]انظر: ابن منظور: لسان العرب، مادة (ع ق د)، مج5، ص:3030-3033، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص:300.

^[2]انظر: الراغب الأصفهاني: المفردات، مادة (ع ق د)، ص:443، وأحمد بن محمد الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ص:160.

المعنى للأمرين جميعاً، ولا وجه لتخصيص بعضها دون بعض^[1]. قال صاحب التاج: "والذي صرح به أئمة الاشتقاق أن أصل العقد نقيض الحلّ، عقده يعقده عقداً وتَعَقَدًا، وعقّده، وقد انعقد وتَعَقَّد. ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم"^[2]. وفي هذا السياق أكد الزركشي^[3] بأن العقد في الأصل "مصدر عقدت الحبل، إذا جمعت أجزاءه جمعاً خاصاً، ثم نُقِلَ إلى الشيء المعقود عليه مجازاً، وهو تلك الأجزاء المجموعة، من تسمية المفعول باسم المصدر، كقولهم: درهمٌ ضرب الأمير، ثم نقل شرعاً إلى ارتباط الإيجاب والقبول الالتزامي، كعقد البيع والنكاح وغيرهما"^[4].

الفرع الثاني: مفهوم العقد اصطلاحاً

يدور مفهوم العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين: معنى عامّ، ومعنى خاص.

أولاً: العقد بالمعنى العامّ: ويدلّ على كلّ التزام تعهّد الإنسان بالوفاء به، سواء التزم في مقابل التزام آخر كالبيع ونحوه، أم لا، كاليمين، والطلاق، والنذور. وسواء كان التزامه التزاماً دينياً، كأداء الفرائض والواجبات، وترك المحرمات، أم كان التزاماً دنيوياً^[5]. والعقد بهذا المعنى (العام) لا يقتضي وجود طرفين له في جميع حالاته، بل قد يكون من طرف واحد. وبهذا المعنى ورد تفسير العقد في قوله -تعالى-: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، حيث ذهب بعض المفسرين إلى أن العقود تشمل: عقود الأيمان، والنكاح، والعهد، والحلف، والبيع،

^[1] انظر: محمد بن علي الشوكاني: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط4، 1428هـ-2007م، ص: 349.

^[2] انظر: محمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد العزيز مطر، مطبعة حكومة الكويت، ط2، 1414هـ-1994م، ج8، ص: 394.

^[3] هو: محمد بن عبد الله بن بهادر، بدر الدين، الزركشي، من أعيان المذهب الشافعي، مشهود له بالرسوخ في علوم الفقه والأصول، والتفسير والحديث. من أشهر مؤلفاته: "البرهان في علوم القرآن"، و"الأشباه والنظائر"، و"المنثور في القواعد"، و"البحر المحيط في أصول الفقه"، وغيرها. توفي -رحمه الله تعالى- سنة (794هـ) [انظر: ابن عماد الحنبلي: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: الأرنؤوطين-عبد القادر ومحمود-، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، 1413هـ-1992م، ج8، ص: 572-573، وخير الدين الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002م، ج3، ص: 44].

^[4] انظر: بدر الدين الزركشي: المنثور في القواعد، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ-2000م، ج2، ص: 122.

^[5] انظر: عز الدين محمد خوجة وعبد الستار أبو غدة: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، إدارة التطوير والبحوث - مجموعة دلة البركة-، ط1، 1414هـ-1993م، ص: 13، والقره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص: 209.

كما تشمل الفرائض والواجبات والمحرمات^[1]. قال ابن العربي^[2]: "إذا ثبت هذا؛ فربط العقد تارة يكون مع الله-تعالى-، وتارة يكون مع الآدمي، وتارة يكون بالقول، وتارة يكون بالفعل"^[3]. ويؤيد ذلك -أيضا- قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمْ الْأَيْمَانَ﴾ [المائدة:89]، فعقدتكم بمعنى عقد اليمين كعقد العهد^[4].

وفي هذا السياق جاء في تعريف العقد -بمعناه العام- بأنه: كل تصرف قولي، ينشأ عنه حكم شرعي، سواء أكان من طرفين أم من طرف واحد^[5]. ومفهوم العقد بالمعنى العام أقرب إلى معناه اللغوي، الذي هو مطلق الربط والشد والإحكام والتوثيق والعهد. فلا مانع من إطلاق مصطلح العقد عليه، خصوصا وأن القرآن يؤيد ذلك في مثل قوله-تعالى-: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:1]. والعقد بهذا المعنى العام يرادف كلمة (الالتزام). وهذا التعرف هو الشائع عند فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة^[6].

^[1] انظر: ابن تيمية: نظرية العقد، مركز الكتاب للنشر، القاهرة، ص: 94-95، وعبد الحق بن عطية الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ-2001م، ج3، ص: 144، والحافظ عماد الدين بن كثير: تفسير القرآن العظيم، المكتبة القيمة، القاهرة، د.ط، د.ت، ص: 411، وأبو بكر بن العربي: أحكام القرآن، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1425هـ-2004م، ج2، ص: 4-5، وعبد الرحمن بن ناصر السعدي: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، الدار العالمية، القاهرة، ط2، 1437هـ-2016م، ص: 208.

^[2] هو: محمد بن عبد الله بن محمد الإشبيلي، أبو بكر، المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي، علم من أعلام المذهب المالكي. من مؤلفاته: "القبس شرح موطأ مالك بن أنس"، و"عارضه الأحوذى شرح جامع الترمذي"، و"المحصل في علم الأصول"، و"أحكام القرآن"، وغيرها. توفي-رحمه الله تعالى- سنة (543هـ) [انظر: ابن فرحون، إبراهيم بن علي اليعمري: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث، القاهرة، د.ط، د.ت، ج2، ص: 252-256، وأحمد بن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، د.ط، د.ت، ج4، ص: 296-297].

^[3] انظر: ابن العربي: أحكام القرآن، ج2، ص: 5-6.

^[4] انظر: عثمان شبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1423هـ-2004م، ص: 200-201.

^[5] انظر: عبد الحميد البعلي: ضوابط العقود-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي-، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1998م، ص: 44.

^[6] انظر: عز الدين خوجة: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص: 13.

ثانياً: العقد بالمعنى الخاص: ويطلق على الالتزام الصّادر من طرفين متقابلين، الناشئ من إيجاب وقبول^[1]. وهذا المعنى هو المراد في الغالب لدى معظم الفقهاء عندما يطلقون لفظ العقد^[2]. وفي هذا السياق نقل الآلوسي^[3] عن الطبرسي^[4] بأن "العقد فيه معنى الاستيثاق والشّد، ولا يكون إلا بين اثنين"^[5]. وأكّد الفقيه الحنفي ابن نجيم^[6] بأن العقد: "هو مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر"^[7]. وقال الفقيه المالكي أحمد الدردير^[8]: "ولا يكون العقد إلا بين اثنين"^[9].

ومن العبارات الواردة في تعريف العقد بمعناه الخاص:

^[1]انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1999م، ص:290، وجلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ-1983م، ص:275 وما بعدها، وأحمد العدوي: الحاشية على حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1997م، ج5، ص:262.
^[2]انظر: القره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص:212-213، وابن قدامة المقدسي: المغني، دار ابن الجنزي، القاهرة، ج3، ص:487.

^[3]هو: شهاب الدين السيد محمود أفندي، أبو الثناء، الشهير بالشهاب الآلوسي. أحد أعلام بغداد في القرن الثالث عشر. من أبرز مؤلفاته: "روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني"، و"شرح السُّلم في المنطق"، وغيرها. توفي -رحمه الله تعالى- عام (1270هـ) [انظر: السيد محمود شكري: المسك الأذفر في نشر مزايا القرنين الثاني عشر والثالث عشر، الدار العربية للموسوعات، ص:147، ومحمد بهجت الأثري: أعلام العراق، المطبعة السلفية، ص:91-111].

^[4]هو: الفضل بن حسن الطبرسي، أبو علي، المعروف بأمين الإسلام. من أبرز علماء الشّعبة الإمامية في القرن السادس الهجري. من مؤلفاته: "مجمع البيان في تفسير القرآن"، و"الكافي الشافي في تلخيص الكشاف للزمخشري". توفي -رحمه الله تعالى- سنة (548هـ) [انظر: منير البعلبكي: معجم أعلام المورد، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1992م، ص:274].
^[5]انظر: الآلوسي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، ج3، ص:222.

^[6]هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نُجيم المصري، الفقيه الأصولي الحنفي. من أشهر مصنّفاته: "الأشباه والنظائر"، و"البحر الرائق شرح كنز الدقائق"، و"الرسائل والفتاوى الزينية". توفي -رحمه الله تعالى- سنة (970هـ) [انظر: تقي الدين الغزي: الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، دار الرفاعي، الرياض، ط1، 1403هـ-1983م، ج3، ص:275-276].

^[7]انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ومعه حاشية منحة الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م، ج3، ص:139.

^[8]هو: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، العدوي، أبو البركات. أحد فقهاء المالكية المبرزين. من أشهر مؤلفاته: "شرح مختصر خليل"، و"أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك"، و"الشرح الصغير على أقرب المسالك". توفي -رحمه الله تعالى- عام (1201هـ) [انظر: محمّد مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ-2003م، ج1، ص:516-517].

^[9]انظر: أحمد الدردير: الشّرح الصغير على أقرب المسالك مع حاشية الصاوي، دار المعارف، القاهرة، د.ط، د.ت، ج3، ص:12.

- 1- تعريف الجرجاني^[1]: "العقد: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا"^[2].
- 2- تعريف مجلة الأحكام العدلية^[3]: "العقد: تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما"^[4].

وإيراد قيد المشروعية في تعريف المجلة للعقد هو ضابط معتبر، يفيد في الاحتراز من إدراج العقود الباطلة في مسمى العقد، ويميّز مفهوم العقد عند علماء الشريعة عنه عند فقهاء القانون، حيث يُعد عندهم (فقهاء القانون) واقعة مادية، يمثلها اتفاق إرادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه^[5]، دون تقدير للقيمة الاعتبارية (الشرعية) للعقد^[6].

ويستخلص من التعريفات السابقة أن العقد -بمعناه الخاص- يُحدّد بالقيود الآتية:

- 1- وجود طرفين للعقد، فلا يدخل في معناه سائر التصرفات والالتزامات الصادرة من طرف واحد؛ كالطلاق، والإبراء^[7]، واليمين، وغيرها.

^[1] هو: علي بن محمد بن علي، المعروف بالسيد الشّريف الجرجاني. من أكابر العلماء بالعربية والفلسفة. أخصي له نحو خمسين مصنفًا، منها: "التعريفات"، و"شرح مواقف الإيجي"، و"شرح مختصر ابن الحاجب الأصولي". توفي -رحمه الله تعالى- سنة (816هـ) [انظر: جلال الدين السيوطي: *بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة*، تحقيق: محمد أبو الفضل، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة، مصر، 1384هـ-1965م، ج2، ص 196، والسخاوي: *الضوء اللامع لأهل القرن التاسع*، دار الجيل، بيروت، د.ط، د.ت، ج5، ص328].

^[2] انظر: الجرجاني: *التعريفات*، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ، ج1، ص:196.

^[3] *مجلة الأحكام العدلية*: عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي على المذهب الحنفي، تشتمل على مجموعة من أحكام المعاملات والدعاوى والبيانات. ألفتها لجنة علمية مكونة من ديوان العدلية بالأساتنة ورئاسة ناظر الديوان سنة (1286هـ)، وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة، لتيسير الإفادة منها، والإحالة عليها. وقد جاء مجموعها في (1851مادة)، ورُتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة، وأولها: كتاب البيوع، وآخرها كتاب القضاء. صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شهر شعبان سنة (1293 هـ-1882م) [انظر: مقدمة *مجلة الأحكام العدلية*، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ-2011م، ص:38-47].

^[4] وقد رُكّب هذا التعريف من المادتين (103، 104) [انظر: *مجلة الأحكام العدلية*، ص:100].

^[5] انظر: عبد الرزاق السنهوري: *الوسيط في شرح القانون المدني*، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، د.ط، 1952م، ج1، ص:137-138.

^[6] انظر: الزرقا: *المدخل الفقهي العام*، ج1، ص:382-384.

^[7] *الإبراء* في اصطلاح الفقهاء هو: إسقاط شخص حقاً له في ذمة آخر. وحيث إن انعقاده -عند عامة الفقهاء- لا يتوقف على إرادة الطرف الثاني؛ فإنه يدخل ضمن تعريف العقد بالمعنى العام. لكنّ ظاهر المذهب المالكي -كما ذكر القرافي- يشترط القبول لصحة الإبراء. وهو على هذا الرأي يدخل في مسمى العقد بالمعنى الخاص لكونه يفتقر إلى إرادة القابل أيضاً. وفي هذا السياق أورد الإمام القرافي تعليل مذهب المالكية بأن الإبراء تملك يفتقر إلى الرضا كالهبة. ثم أيد ذلك، وقال: بل فيه (أي: الإبراء) قد تعظّم المنن، وذوو المروءات والأنفات يضرّ ذلك بهم لا سيّما من السّفلة. فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو

2- ارتباط قول كل منهما مع الآخر لإحداث التزام متبادل.

3- موافقة العقد لقواعد الشرع ومقاصده. فكلّ ارتباط يقع بين عاقلين على وجه يخالف أحكام الشرع في التعاقد يُعدّ لغواً، ولا يترتب عليه أثر شرعي. إذ العقد في الإسلام هو الارتباط المشروع الذي ينسجم مع النظام العام الذي وضعه الشارع لضبط الالتزامات، وما على الأفراد إلا التقيّد التام بأحكام الشرع الذي نظم لهم هذه العقود^[1].

المطلب الثاني: مقومات العقد

المقصود بمقومات العقد: أركانه وشروطه وضوابطه التي تتكون منها حقيقته، ويترتب عليها وجوده.

وقبل التطرق إلى تفصيلها، تجدر الإشارة إلى أن السادة الحنفية يعدّون الصيغة- الإيجاب والقبول- هي الركن الوحيد للعقد، وما عداها من عناصره كالعاقد والمعقود عليه لا يتحقّق فيهما معنى الركنية، باعتبارهما خارجين عن الماهية. بينما يذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن العقد ينبنى على ثلاثة أركان، هي: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه؛ لأن ماهيته (العقد) لا تُتعلّق في الخارج إلا بهذه الثلاثة. والفقهاء يُصدر عن الواقع لا عن حقائق ذهنية مجردة. لكن النظر العلمي الدقيق يفيد بأن هذا الخلاف هو في الحقيقة خلاف شكلي لا أثر له في أحكام التعاقد، من حيث إن القول بأن الصيغة وحدها هي ركن العقد يتفق في النتيجة مع قول الجمهور؛ لأن الصيغة ذاتها تتوقف على وجود عاقد ومعقود عليه، فلا إيجاب

ردّه، نفيًا للضرر الحاصل من المن من غير أهلها، أو من غير حاجة[انظر: شهاب الدين القرافي: الفروق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1435هـ-2014م، ج2، ص:208].

^[1]وهبة الزحيلي: **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، ط3، 1409هـ-1989م، ج4، ص:82. وهذا قيد دقيق في ضبط مرجعية التعاقد. فالعقد في الشرع ليس هو ارتباط الإرادتين نفسه، بل هو الارتباط الذي يعتبره الشرع حاصلًا بهذا الاتفاق؛ إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين على نحو لا ينسجم مع مقتضى نظام التشريع العقدي، فيكون لغواً لا ينتج أثراً، ولا يقَرّ التزاماً. أما في نظر القانون فالعبرة في العقد باتفاق الإرادتين، بغض النظر عن مجال الاتفاق وآثاره-إلا فيما استثنته بعض التشريعات من مراعاة الحق العام والأعراف والآداب العامة وغيرها-؛ ولذلك كان المرجع في تقييم اعتبار التعاقد عند القانونيين وجود العقد نفسه، بناء على القاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين". وهي قاعدة لا تتلاءم مع فلسفة التشريع الإسلامي في التعاقد إلا في حدود التعبير بها عن القوة الملزمة شرعاً للعاقدين، وكذا إلزامية الشروط العقدية المشروعة، كما سيأتي بيانه. يقول الشيخ أبو زهرة: "إن آثار العقد في النظر القانوني تنشأها إرادة العاقدين الحرة بناء على القاعدة القانونية القائلة: "إن العقد شريعة المتعاقدين"، فكل ما يرتضيه العاقد من أحكام يكون صحيحاً واجب الوفاء. أما في الشريعة الإسلامية فالإرادة إنما تنشئ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد"انظر: أبو زهرة: **الملكية ونظرية العقد**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1416هـ، 1996م، ص:216-217].

ولا قبول دون موجب وقابل ومحل، وهذا ما أشار إليه ابن الهمام الحنفي^[1] -جانحاً إلى رأي الجمهور- "وأما ركنه: فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما، الدالّ على الرضا بتبادل الملك فيهما، وهذا مفهوم الاسم شرعاً"^[2].

الفرع الأول: الصيغة

الصيغة هي: التعبير الدالّ على إرادة المتعاقدين لإنشاء العقد وإبرامه، وتتضمن: إيجاباً وقبولاً^[3]. وقد أوجب الفقه الإسلامي ظهور الإرادتين بشكل واضح وصريح يحقّق مقصد الشرع في وضوح المعاملات وقطع أسباب الخصام والنزاع.

ومع أن اللفظ هو الأداة الطبيعية الأصلية في التعبير عن الإرادة الخفية لسهولة وقوة دلالاته ووضوحه، إلا أنه يمكن - عند جمهور الفقهاء بتفاصيل محدّدة- أن يقوم مقامه كلّ ما يعبر عن إرادة العاقد، سواءً كان فعلاً وبذلاً، أو إشارة، أو كتابة^[4]. بل لقد واكب البحث الفقهي

^[1] هو: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، السيواسي، كمال الدين، المعروف بابن الهمام، أحد أئمة الحنفية الأعلام. من مؤلفاته: كتاب "فتح القدير" شرح الهداية في الفقه، و"التحريير" في أصول الفقه، و"المسايرة في العقائد المنجية في الآخرة". توفي -رحمه الله تعالى- عام (861هـ) [انظر: محيي الدين بن أبي الوفاء القرشي: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد، الهند، ط1، ج2، ص: 86-87، والشوكاني: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن التاسع، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج2، ص: 201-202].

^[2] انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير على الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ج6، ص: 230.

^[3] انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص405، وعبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1998م، ج1، ص: 237. وللفقهاء في التمييز بين الإيجاب والقبول مسلكان: مسلك الحنفية، ويعتبر أن الإيجاب هو أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف، وأما القبول فهو ثاني كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتمّ العقد. وأما عند الجمهور فالإيجاب هو الكلام الصادر ممن يكون منه التمليك، بغض النظر عن كونه الأول صدوراً أو الثاني، كالبائع في عقد البيع. وأما القبول فهو ما صدر ممن يؤول إليه الملك، وإن صدر أولاً، فيعدّ المشتري هو القابل في عقد البيع [انظر: مجلة الأحكام العدلية، المواد (101)، و(102)، ص: 100، والقره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص: 215، وعدنان التركماني: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، جدة، ط1، 1401هـ-1981م، ص: 33-34].

^[4] انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص: 95 وما بعدها. وقد ضبطت مجلة الأحكام العدلية بعض هذه الأنواع من الصيغة، كما جاء في المادة (69): "الكتاب كالخطاب"، والمادة 70: "الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان". بل، ويمكن أن يقوم "لسان الحال" مقام الصيغة في الاعتقاد، كما لو ترك شخص متاعه بين يدي شخص وانصرف، ولم يتصل الآخر من مسؤولية حفظه، فإنه ينعقد بينهما عقد إيداع بدلالة الحال، فيصير الشخص الذي وُضع هذا المتاع أمامه مودعاً مكلفاً بالحفظ ومسؤولاً عنه إذا قصر فيه. لكن لا يعدّ السكوت تعبيراً عن الإرادة الباطنة كما نصت عليه المادة (67): "لا ينسب إلى ساكت قول"، إلا في حالات استثنائية أحصاها الفقهاء، ومنها: تجدد عقد الإجارة بالسكوت إذا عقد الطرفان الإيجار كل شهر بأجرة معينة، حيث ينعقد على شهر واحد، ثم كلما دخل شهر جديد، وهما ساكتان دون فسح،

المعاصر تطوّر أساليب التواصل عبر الوسائط والتقنيات المختلفة، وأقر مشروعيتها في التعاقد وفق ما يحقق المقصود بضوابطه الفقهية المقررة^[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي قد أحكم هذا الركن (الصيغة) بمجموعة من الشرائط والضوابط^[2]، منها: ورود القبول على إيجاب قائم، وتوافقهما وتطابقهما على محل واحد، واتحادهما زماناً - ومكاناً باعتبار حالة العاقدين وطبيعة العقد وكيفية التعاقد-، وحصول العلم بالإيجاب والقبول من العاقدين^[3].

الفرع الثاني: محل العقد^[4]، أو المعقود عليه: وهو ما يقع عليه العقد، وتظهر فيه أحكامه وآثاره. وقد يكون عيناً، أو منفعة، أو سلعة، أو خدمة. ففي البيع هو: الثمن، والمبيع. وفي الإجارة: هو الأجرة، والمنفعة. وفي المشاركة هو: الأموال المقدّمة من كل شريك. وفي المضاربة^[5] هو: المال المقدّم من ربّ المال، والعمل من المضارب. وفي الاستصناع^[6] هو: الثمن، والشئ المصنوع وهكذا..، وفي عقود التبرّعات هو: المال المتبرع به فقط^[7].

تجددت الإجارة بينهما. ومنها: لو أنذر المؤجر المستأجر بزيادة الأجر اعتباراً من الشهر القادم فاستمر في السكنى حتى دخل الشهر وهو ساكت اعتبر قبولا، ولزمته الأجرة الزائدة. ومنها: سقوط حق الشفعة بالسكوت عن الطلب مدة معينة [وينظر لزيادة تفصيل: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:463].

^[1]انظر: وهبة الزحيلي: المستدرك على الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، طبعة1، 1417هـ-1996م، ج9، ص: 244 وما بعدها، والقره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص:346 وما بعدها.

^[2]تحت هذه الشروط تفاصيل دقيقة وكثيرة تناولها الفقهاء والباحثون ضمن مباحث نظرية العقد، وقد رأيت أن أتجاوزها لعدم علاقتها المباشرة بموضوع البحث. على أن أتناول منها -لاحقاً- بعض ما يقتضيه التأصيل أو التمثيل في تصاريف البحث.

^[3]انظر: المرجع السابق، ج4، ص:363، وما بعدها.

^[4]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1426هـ-2005م، ج5، ص: 138-152، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط، د.ت، دار شريفة، الجزائر، ج2، ص:170-171، والنووي: المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د.ط، د.ت، ج9، ص:149، و226 و261 و284، وابن قدامة المقدسي: المغني، دار ابن الجوزي، القاهرة، ط1، 1436هـ-2015م، ج4، ص:7-39.

^[5]المضاربة في اللغة: مفاعلة من الضرب: وهو السير في الأرض. وتطلق في الاصطلاح الفقهي: على دفع مال معين لمن يتجر فيه بجزء مشاع معلوم له من ربحه. وأهل العراق يسمون هذه المعاقدة مضاربة، وأهل الحجاز يسمونها قراضاً [نزبه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1، 1429هـ-2008م، ص:422].

^[6]الاستصناع: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة [انظر: وهبة الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق، ط3، 1427هـ-2006م، ص:56].

^[7]انظر: القره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص:438.

والشرائط الخاصة بمحلّ العقد تختلف حسب مجاله وموضوعه، غير أنها تشترك في ضوابط عامّة تجعل المعقود عليه قابلاً لحكم العقد وأثره. ومن أهم تلك الضوابط: كون المحلّ طاهراً منتفعاً به شرعاً، وكونه مملوكاً، معلوم الوجود، والصفة، والقدر، والأجل إن أُجّل، وأن يكون مقدوراً على تسليمه، وأن يكون سالماً من الغرر والربا، ومن كل شرط مفسد^[1].

الفرع الثالث: العاقدان، وهما طرفا كلّ عقد؛ فالبائع والمشتري في عقد البيع، والمؤجر والمستأجر في عقد الإجارة، والراهن والمرتهن في عقد الرهن، وهكذا.. ويشترط فيهما أهلية التصرف العقدي حسب موضوع المعاملة ومجال التعاقد. ومدار الأهلية -أساساً- على وجود العقل التمييزي في الانعقاد، والطّوع (الاختيار)، والبلوغ، والرشد، في النفاذ واللزوم^[2].

^[1] هذه شروط عامة في العقود، وهناك عقود خصّها الفقه الإسلامي بشروط إضافية زيادة على هذه الشروط العامة، كتسليم العوضين في مجلس العقد عند تبادل الأصناف الربوية، وكعدم تعليق العقد على شرط مناقض لمقاصده وغاياته النوعية في المعاوضات، وغيرها من الضوابط الواردة في تفاصيل نظرية العقد.

^[2] انظر: فتحي الدريني: **النظريات الفقهية**، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1417هـ-1997م، (نظرية العقد)، ص: 434 وما بعدها.

المبحث الثالث

المعاملات المالية، مفهومها، خصائصها التشريعية ومقاصدها الشرعية

تمهيد:

تُعَدّ المعاملات المالية إحدى أهم مجالات النشاط الإنساني، التي تتقاطع فيها العلاقات، وتتدافع الرغبات، طلباً لأسباب الحياة، وتلبيةً لدواعي الفطرة في تحصيل المال والاستئثار به؛ ولذلك، كان من رحمة هذه الشريعة المباركة وحكمتها ضبط المعاملات المالية بنظام تشريعي دقيق، يهدّب مسالك الكسب والتحصيل، ويرعى مصالح الخلق بالرفق والتيسير.

المطلب الأول: مفهوم المعاملات المالية

الفرع الأول: تعريف المعاملات المالية باعتبارها مركباً إضافياً

أولاً-تعريف المعاملات لغة واصطلاحاً

أ-المعاملات لغة: جمع معاملة، مصدر عَامَلَ، على وزن فَاعَلَ، وهي صيغة تدل على المشاركة كثيراً. مثل: ضَارَبَ، وَقَاتَلَ ونحوها. والتعاملُ بمعنى المعاملة أيضاً. والمعاملة مشتقة من عمل. والعمل: المهنة والفعل. يقال: عمل عملاً، وأعمله غيره واستعمله، واعتمل الرجل: عمل بنفسه. وعاملته في كلام أهل الأمصار يُرادُ به التّصرف من البيع ونحوه، كما تطلق على المساقاة^[1]، باعتبار أنها تقوم على العمل الصادر من الإنسان^[2].

ب-تعريف المعاملات في الاصطلاح:

تطلق "المعاملات" في اصطلاح الفقهاء على معنيين:

الأول: معنى عام -ورد عند الشاطبي^[3] وابن عابدين^[1]- وينطبق على الأحكام الفقهية الراجعة إلى قضاء مصالح الإنسان مع غيره، ويشمل أحكام المعاملات المالية، والأحكام المتعلقة بالعلاقات الأسرية، والأحكام المتعلقة بالمخاصمات والأقضية والتركات وغيرها^[2].

^[1] المساقاة: هي أن يدفع الرجل شجرة لمن يخدمها وتكون غلتها بينهما[انظر: محمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ-2005م، ص:224].

^[2] انظر: الفيومي: المصباح المنير، ج2، ص:163، وابن منظور: لسان العرب، مادة(ع م ل)، مج4، ص:3108، والمعجم الوسيط، ص:628، والكفوي: الكليات، ص:616.

^[3] هو: إبراهيم بن موسى بن محمد، اللخمي الغرناطي المالكي، المعروف بالشاطبي، الأصولي الفقيه العلامة المحقق، صاحب القدم الراسخة في كثير من الفنون والمعارف. من مؤلفاته: "الموافقات"، و"الاعتصام". توفي-رحمه الله تعالى- عام(790هـ)[انظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص:331-332، وأحمد بابا التنبكتي: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس، ليبيا، ط2، 2000م، ص:48].

ومصطلح "المعاملات" بهذا المعنى يُعدّ قسيماً لمصطلح "العبادات" الذي يدل على الأحكام الفقهية التي تتعلق مقصود الشرع فيها بما هو مشروع للتقرب إلى الله -تعالى- وابتغاء ثوابه في الدار الآخرة، كالصلاة والصيام والحج والجهاد وغيرها من العبادات^[3].

الثاني: معنى خاص، وينطبق على الأحكام الفقهية المتعلقة بتعامل الناس في الأموال والمنافع والحقوق المقدره بها، وفصل منازعاتهم بغير القضاء كالصلح ونحوه^[4].

وقد يطلق مصطلح "المعاملات" على "ذات الفعل" الذي يقع فيه التعامل بين الناس، لكن الغالب في الاصطلاح إطلاقه على "الأحكام" المتعلقة بهذه الأفعال^[5].

ويحسن التنبية في هذا السياق إلى أن الغرض من تقسيم الفقه الإسلامي إلى عبادات ومعاملات، وتمييز أبواب المعاملات فيما بينها، هو غرض فني منهجي، يقصد به تمييز الأبواب الفقهية وترتيب صياغتها بشكل يسهل على الباحثين والدارسين تناول مسائلها، والوصول إلى أحكامها. ولا يعني هذا التقسيم قَصْرَ التعبد على التكاليف الشعائرية التعبدية المحضه، وإخراج المعاملات عن دائرته. فأحكام المعاملات المالية تشريع رباني واجب الامتثال، والتزامه مسلكٌ لطلب مرضاة الله -تعالى-، وابتغاء الفوز بالنعيم المقيم. فالتكاليف الشرعية كلها-عبادات ومعاملات- راجعة إلى تحقيق مصالح العباد في دنياهم وأخراهم،

^[1] هو: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، أصولي وفقه حنفي مبرز. من أشهر مصنفاته: "رد المحتار على الدر المختار على تنوير الأبصار" المعروف بحاشية ابن عابدين، و"العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية" و"نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف"، وغيرها. توفي-رحمه الله تعالى- سنة(1252هـ) [انظر: الزركلي: الأعلام، ج6، ص:42].

^[2] انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، الدار العالمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1433هـ-2012م، ج6، ص:367، والشاطبي: الموافقات، ج2، ص:20.

^[3] انظر: محمد مصطفى الشلبي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ط10، 1405هـ-1985م، ص:33، ومحمد موسى: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، د.ت، ص:115، ومحمد سلام مذكور: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط2، 1996م، ص:47-51.

^[4] انظر: عبد الستار أبو غدة: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، بيت التمويل الكويتي، 1413هـ-1993م، ص:11، و أحمد أبو الفتح: كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مطبعة البوسفور، مصر، د.ت، 1332هـ-1913م، ج1، ص:25.

^[5] انظر: عبد الستار فتح الله سعيد: المعاملات في الإسلام، دار الطباعة والنشر الإسلامية، القاهرة، ط2، 1406هـ-1985م، ص:12.

ومصالح الآخرة لا تتم إلا بمعظم مصالح الدنيا، والمعاملات وسائل لتحصيل مصالح الدنيا والآخرة ودرء مفسدهما^[1].

ويبدو أن تعريف "المعاملات" بالمعنى الخاص هو الذي يتفق مع توجه الأبحاث العلمية المعاصرة في اعتماد منهجية الدراسات الجزئية المتخصصة بدلا من الدراسات الكلية العامة. وهذا التعريف هو الذي اختاره كثير من الباحثين المعاصرين^[2].

ثانيا- تعريف المال لغة واصطلاحا

أ- تعريف المال في اللغة: المال مشتق من مادة (م و ل)، يُذكر ويؤنث، يقال: هو المال، وهي المال. ومعناه: ما مَلَكَته من جميع الأشياء، وجمعه أموال^[3]. وقيل: إن "المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على ما يفتنى ويملك من الأعيان. وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم"^[4]. جاء في المعجم الوسيط: "المال كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع، أو عروض تجارة، أو عقار أو نقود، أو حيوان"^[5].

والاحتراز بقيد "المالك" يفيد بأن الشيء غير الداخل في حيازة الإنسان لا يسمّى مالا في اللغة، كالصيد في الفلاة، والطير في الهواء، والسماك في الماء، والمعادن في باطن الأرض، والأشجار في الغابات، وغيرها^[6].

ب- تعريف المال في الاصطلاح: سلك الفقهاء في تعريف المال اتجاهين، هما:

^[1]انظر: عز الدين بن عبد السلام: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار ابن حزم، ط1، 1424هـ-2003م، ص:343-348، وسليمان بن محمد البجيرمي: حاشية البجيرمي على الخطيب-تحفة الحبيب على شرح الخطيب-، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ج3، ص:275.

^[2]انظر: سعد الدين محمد الكبي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ-2002م، ص:16.

^[3]انظر: ابن منظور: لسان العرب، مادة (م و ل)، مج6، ص:4300-4301، وأبو القاسم الزمخشري: أساس البلاغة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1973م، ج2، ص:406.

^[4]انظر: المبارك ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: علي بن حسن بن علي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1421هـ، مادة (م و ل)، ص:887-888.

^[5]انظر: المعجم الوسيط، ص:892.

^[6]انظر: عبد الستار حامد: نظرية الحق في الفقه الإسلامي، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ديوان الوقف السني، بغداد، ط1، 1429هـ-2008م، ص:154.

أولاً: اتجاه الحنفية^[1]: وعرفوا المال بأنه" ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة، منقولاً كان أو غير منقول"^[2]. وجاء في تعريف آخر: "المال اسم لغير الآدمي، خُلق لمصالح الآدمي، وأمّن إحرازه والتّصرف فيه على وجه الاختيار، ويجري فيه الشح والضّنة"^[3].

وعلى هذا المعنى دارت تعريفاتهم مركّزة على أن وصف المالية يثبت بأمرين^[4]:

1 - إمكان الحياة والادّخار: بمعنى أن يكون الشيء ذا كيان مادي، ووجود خارجي حسي، يمكن معه إحرازه والسيطرة عليه، وبقاؤه؛ فليس من المال ما لا يمكن إحرازه كالمنافع والحقوق، والديون حال تعلقها بالذمة. ومن مقتضى ذلك ما تقرّر عندهم أنه" لا قطع على سارق الخبز واللحم والفاكهة والرمان والعنب والبقول والرياحين والحنّاء والوسمة، سواء سرق من شجره أو من غير شجره..؛ لأن في مالية هذه الأشياء نقصاناً، فلا مالية إلا بالتمول، وذلك بالصيانة والادّخار لوقت الحاجة، ولا يتأتى ذلك فيما يتسارع إليه الفساد، فيتمكن النقصان في ماليتها، وفي النقصان شبهة العدم"^[5].

2 - إمكان الانتفاع به عادة: فكل ما لا يمكن الانتفاع به في جنسه؛ كالم الميته والأشياء التالفة الفاسدة، ومثله ما لا ينتفع به في ذاته لقلّته؛ كحبة القمح أو قطرة الماء، لا يعدّ مالاً^[6]. وحاصل ما أخذ على هذه التعريفات أن طبائع الناس تختلف، وقد تتناقض؛ فما يميل إليه طبع قوم، فيكون مالا عندهم، قد لا يكون كذلك عند غيرهم، بل إن الواقع يثبت بأن من الأموال الثمينة ما تنفر منه الطبائع وتعافه النفوس، كبعض الأدوية التي لا تستساغ إلا كرها.

^[1] ويرجع اختلاف الحنفية عن غيرهم في تعريف المال إلى تمايز الأعراف في اعتبار مالية الأشياء؛ لأن المال ليس له حدّ في اللغة، ولا في الشرع، فُرّج في تحديده إلى العرف[انظر: نزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:388].

^[2] انظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص:430، وابن عابدين: رد المحتار، ج6، ص:369، وعلي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ-2003م، مادة (126)، ج1، ص:115.

^[3] انظر: ابن عابدين: حاشية منحة الخالق على البحر الرائق، ج5، ص:431.

^[4] انظر: علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص:115-116. مادة 126، وديبان بن محمد الديبان: المعاملات المالية- أصالة ومعاصرة-، ج1، ص:115.

^[5] انظر: السرخسي: المبسوط، ج9، اعتنى به: سمير مصطفى دياب، دار إحياء الكتاب العربي، بيروت، ط1، د.ت، ص:153-154.

^[6] انظر: أحمد إبراهيم بك: المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، القاهرة، د.ط، 1355هـ-1936م، ص:4-5.

ثم إن حصر المال فيما يُحرز ويُدخّر، يؤدي إلى نفي صفة المالية عن المنافع والحقوق والديون^[1]، ناهيك عن كونه مُخرجا لأنواع من الأموال التي تتلف وتفسد بالادخار كـ بعض أنواع البقول والخضر والفواكه.

ويلاحظ أن السادة الحنفية لم يجعلوا من شروط المالية إباحة الانتفاع بالشيء، فاضطروا إلى تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم، كما صرحت به المادة(127) من المجلة: "المال المتقوم يستعمل في معنيين: الأول: ما يباح الانتفاع به. والثاني: بمعنى المال المحرز؛ فالسك في البحر غير متقوم، وإذا اصطيد صار متقوما بالإحراز"^[2].

ثانيا: **اتجاه الجمهور**: وقد اتسم باستيعاب وصف المالية للأعيان والمنافع والحقوق، مع بعض الاختلاف الوارد بين المذاهب في بعض الضوابط، وتفصيله كالآتي:

- **تعريف المالكية**: المال: "هو ما يقع عليه الملك، ويستبدّ به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه"^[3]. ويظهر من قيود التعريف أن عبارة (ما يقع عليه الملك) تفيد بأن المال يشمل الأعيان والمنافع والحقوق؛ لأنه يقع عليها الملك جميعا. كما تفيد عبارة (يستبدّ به المالك عن غيره) أن

^[1] ما يقع تحت ملك الإنسان إما عين أو دين أو منفعة أو حق. فالأعيان: هي الأشياء (الذوات) التي لها مادة وجُرم. والحقوق: هي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع، وتكون متعلقة بمال؛ كحق الشرب والمرور والتعلّي، وقد لا تكون متعلقة بمال؛ كحق الحضانة، وحق الولاية على القاصر وغيره. والدين: عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما، أو هو لزوم حق في الذمة. والمنفعة: هي الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها؛ كسكنى الدار وركوب السيارة ولبس الثوب، وعمل العامل ونحو ذلك. قال السرخسي: "المنفعة عرض يُقوّم بالعين، والعين جوهر يُقوّم به العرض" [انظر: السرخسي: المبسوط، ج11، ص:77، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:305، والموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1404هـ-1983م، ج21، ص:142، وعز الدين بن زغبة: مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، دار النفائس، بيروت، ط1، 2010م، ص:42]. والمقصود بالديون هنا الحقوق المالية الواجبة في الذمة؛ إذ لا خلاف بين الفقهاء أن الحق الواجب في الذمة إذا لم يكن ماليا، فإنه لا يعتبر مالا، ولا يترتب عليه شيء من أحكامه [انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج36، ص:33، ونزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ-2001م، ص:36].

^[2] انظر: علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص:116، ونزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:388. أما عند الجمهور فالمعتبر في التقويم: إباحة الشارع الانتفاع بالشيء. جاء في "شرح الرصاع على حدود ابن عرفة": "المعتبر في التقويم إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن الشارع فيها، وما لا يؤدّن فيه فلا عبرة به، فلا تعتبر قيمته؛ لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا" [انظر: أبو عبد الله الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجناف، والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م، ج2، ص:651].

^[3] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:32. وقد ذكر المحقّق بأن التعريف ينبني على كون المال محلّ الملك، والملك -الذي هو في حقيقته اختصاص- لا يتعلّق إلا بما له قيمة عند الناس، وإلا فلا معنى للاختصاص به، فأساس المالية هو العلاقة التي تقوم بين الناس والشيء، وذلك لحاجة الانتفاع به بوجوه الانتفاع المشروعة.

ما لا قيمة له بين الناس لا يعدّ مالا. وتُعقَّب هذا التعريف بأنه تجاوزَ شرط إباحة الشارع الانتفاع بالعين أو المنفعة التي تعدّ مالا، رغم أن المالكية نصّوا على أن "ما لا منفعة فيه لا يجوز العقد به ولا عليه، بل لا يصح ملكه. ومثّلوا له بالخشاش والخفّاش وبعض العصافير التي لو جمع منها مائة لم يتحصل منها أوقية لحم، وفي حكمه ما كان جميع أو جلّ منافعه محرمة^[1]".

- **تعريف الشافعية: المال:** "هو ما له قيمة يباع بها، وتلزم مُتلفه وإن قلّت، وما لا يطرحه الناس كالفلس وما أشبه ذلك"^[2]. وهو كتعريف المالكية في إثبات شموليه المال للأعيان والمنافع التي لها قيمة بين الناس. وأضافوا قيد المنفعة -أيضا- فلا يصح بيع ما لا منفعة فيه؛ لأنه لا يعدّ مالا، فأخذُ المال في مقابلته ممتنع؛ للنهي عن إضاعة المال. ومثّل ذلك في الحكم عندهم ما كانت منفعته مقيدة بالحاجة أو الضرورة، فإذا أثلفه أحد لم تلزمه قيمته^[3].

- **تعريف الحنابلة: المال:** "هو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"^[4]. فتتدرج فيه جميع الأعيان والمنافع والحقوق والديون، عدا ما لا نفع فيه كالحشرات، وما فيه نفع محرم كالخمر، وما لا يباح نفعه كالنجاسة، وما استثناه الشرع إلا في حال الحاجة، فصارت إباحته ثابتة بطريق الضرورة، بخلاف غيره^[5].

ويستخلص من مجموع هذه التعريفات أن حقيقة المال عند الجمهور تنضبط بالقيود التالية:
القيد الأول: أن يكون قابلا للتملك والإحراز والانتفاع. وينطبق ذلك على جميع الأعيان والمنافع والحقوق المملوكة، أو التي يمكن تملكها وإحرازها، كجميع المباحات مثل السمك في البحر، والطير في الهواء، والصيد في الفلوات وغيرها. ولا يعدّ من المال ما لا يمكن حيازته وإن انتفع به، كالشرف والصّحة والذكاء والعلم وضوء الشمس وحرارتها^[6].

^[1]انظر: الحطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1428هـ-2007م، ج6، ص:64-65.

^[2]انظر: السيوطي: الأشباه والنظائر ص:327.

^[3]انظر: الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: محمد علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1425هـ-2004م، ج2، ص:275، والنووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412هـ-1991م، ج3، ص:352.

^[4]انظر: منصور البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض، ط. خاصة، 1423هـ-2003م، ص:1382.

^[5]انظر: ابن قدامة المقدسي: المغني، ج4، ص:208.

^[6]انظر: علي الخفيف: أحكام المعاملات المالية الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2008م، ص28.

القيد الثاني: أن يتضمن قيمة مادية ومنفعة مقصودة لغير ضرورة أو حاجة؛ فليس من المال ما لا وجه للمنفعة فيه، ولا ما حرّمه الشرع، وليس منه ما أبيح بحكم الضرورة أو الحاجة، كالخمر والميتة والخنزير والكلب وغيرها.

القيد الثالث: أن يجري فيه التصرف، ويتعلق به البذل والمنع بين الناس؛ فليس من المال ما لا تمتد إليه الأطماع ولا تتجذب إليه الرغبة، ولا يتموله الناس، كحبة قمح. فمالية الشيء متوقفة على إذن الشارع في تملكه، وحاجة الناس ورغبتهم في تداوله. وما نهى الشارع عن بيعه فقدّ ماله، وإذا هجر الناس الانتفاع بعين، ولم يعتادوا تداولها فقدت ماليتها^[1].

والظاهر أن تعريف الجمهور هو الجامع للمعنى من حيث إن المنافع والحقوق تابعة في الحياة لأعيانها، وإن الناس تعارفوا على جعلها بدلا في الإجارة، بل إنما تراد الأعيان لمنافعها^[2]؛ ولذلك اشترط الفقهاء في المبيع أن يتضمن منفعة مباحة.

وقد "أصبحت المنافع ذات أهمية كبيرة، بدليل أن أغلب الاستثمارات توجهت إليها، مما يدل على أن لها قيمة واعتبارا بين الناس لا تقلّ عن المال. وهذا ما أقرّ به فقهاء الحنفية، حيث ذكروا أن المنفعة شيء موجود باعتبار الشرع، حتى صحّ الاعتياض عنه بالمال"^[3].

وعلى هذا أدرجت الدراسات الفقهية المعاصرة في مسمى المال كلّ ما يتموله الناس مما فيه منفعة معتبرة شرعا، مثل الحقوق المعنوية^[4]، والطاقة الشمسية والهوائية والذرية، ونحوهما، وكذلك السموم والجراثيم المستخدمة في صناعة الأدوية والأمصال لمقاومة الأمراض، والدم الذي يؤخذ من الإنسان ليحفظ في بنوك الدم من أجل الانتفاع به انتفاعا مشروعاً، واعتبروها أموالاً لها قيمتها، وحرمتها^[5].

^[1]انظر: محمد عثمان شبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، دار النفائس، الأردن، ط2، 1430هـ-2010م، ص:68.

^[2]وبهذا صرح العز بن عبد السلام فقال: إن المنافع هي المقصود الأظهر من جميع الأموال [ينظر: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ص:423].

^[3]انظر: قذافي عزات الغنائيم: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 1428هـ-2008م، ص:27-28.

^[4]الحقوق المعنوية: هي سلطة الشخص على الأشياء المعنوية التي لا تدرك بالحواس، وإنما تدرك بالفكر والعقل، كحق التأليف وحق الاختراع، وغيرها [انظر: علي الخفيف: الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1416هـ-1996م، ص:14].

^[5]القره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص:25-31.

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي (رقم: 5/5)^[1] في دورة مؤتمره الخامس ونصّ على أن:

1 - الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموّل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعا، فلا يجوز الاعتداء عليها.

2 - يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا.

3 - حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعا، ولأصحابها حقّ التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.

ومن خلال هذا يترجّح مسلك الجمهور في تعريف المال وتوسيع مدلوله ليشمل كلّ ما استجدّ من أنواع المال وصار موضوعا للتداول بين الناس على سبيل التموّل والانتفاع. ووفق هذا المعنى الجامع عرفه بعض الباحثين بأنه " ما كان له قيمة مادية بين الناس، وأباح الشرع الانتفاع به في حال السّعة والاختيار ولو مآلا"^[2].

الفرع الثاني: تعريف المعاملات المالية باعتبارها مركّبا وصفيا

يفيد التأمل فيما سبق عرضه وتفصيله في تعريف كلمتي "المعاملات" و"المالية" في السياق اللغوي والاصطلاحي، أنهما تدلّان بالوضع التركيبي -"المعاملات المالية"- على منظومة القواعد والمقاصد والأحكام الشرعية التي سنّها التشريع الإسلامي لتنظيم مختلف العلاقات والمبادلات والتصرّفات المالية بين الناس.

وحول هذا المعنى دارت تعريفات الفقهاء للمعاملات المالية -بالاعتبار اللقبى-، ومنها:

1- المعاملات المالية: " هي تبادل الأموال والمنافع بواسطة العقود والتصرّفات"^[3].

^[1]انظر: المجمع الفقهي الدولي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1409هـ-1998م، ج3، ص:2581.

^[2]انظر: عبد السلام العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية، دار البشير للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، 2000م، ج1، ص:179، وأحمد الدريويش: أحكام السوق في الإسلام، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 1409هـ-1989م، ص:59، هامش، وقلعه جي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، دار النفائس، عمان، ط2، 1423هـ-2002م، ص:18.

^[3]انظر: أحمد أبو الفتوح: المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مطبعة البوسفور، مصر، د.ط، 1323هـ-1913م، ج1، ص: 25.

2- المعاملات المالية: هي الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال^[1].
3- المعاملات المالية: هي علم ينظم تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والالتزامات^[2]. وجملة هذه التعريفات تفيد بأن "مصطلح المعاملات المالية" ينطبق على مجموع العقود والتصرفات المالية التي تكون بين طرفين أو أطراف، وما يترتب عليها من حقوق والتزامات.

ويقسّم الفقهاء عقود المعاملات المالية إلى عدة أقسام باعتبارات متعددة^[3]، ومن أهمها اعتبار غايتها والغرض منها، وموضوعها، حيث تنوزع على أساسه إلى سبعة أقسام^[4] هي:

1 - عقود التملكيات^[5]: وهي عقود المعاملات المالية التي يقصد بها تملك شيء، عينا كان أو منفعة. فإن كان التملك بعوض فهي المعاوضات^[6]، كالبيع والإجارة والصرف والجمالة. وإن كان التملك بغير عوض فهي التبرعات^[7]، كالهبة والوقف والقرض والعارية. وقد يكون التملك بطريق الاستيلاء الشرعي^[8] كإحياء الموات واللّقطة. ومن هذه العقود ما يكون تبرعا في الابتداء معاوضة في الانتهاء، كالقرض والعارية والكفالة بالدين وغيرها^[9].

^[1]انظر: عثمان شبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص: 12.

^[2]انظر: علي فكري: المعاملات المالية والأدبية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأاده، مصر، 1938م، ج1، ص: 7.

^[3]انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص: 49، وابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص: 124، 174، وأحمد إبراهيم بك: الالتزامات في الشرع الإسلامي، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط1، 2013م، ص: 48، وعبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط16، 1420هـ-1999م، ص: 365، ومحمود بلال مهران: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1422هـ-2001م، ص: 353-354.

^[4]انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص: 244 - 245.

^[5]التملكيات جمع تملك، ومعناها: جعل الشيء لآخر، يحوزه وينفرد بالتصرف فيه[انظر: قلعة جي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص: 111].

^[6]المعاوضات جمع معاوضة، وهي: المبادلة بين طرفين[انظر: شبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص: 44].

^[7]التبرعات جمع تبرع، وهو في اصطلاح الفقهاء: بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المال بلا عوض، بقصد البر والمعروف غالبا[انظر: نزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، ص: 127].

^[8]انظر: عادل بن عبد القادر قوته: العرف-حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة-، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ط1، 1418هـ-1997م، ج1، ص: 285.

^[9]انظر: الموسوعة الفقهية، ج14، ص: 24.

2 -الإسقاطات^[1]: وهي المعاملات التي يقصد بها إسقاط حق من الحقوق. فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض، كالعفو عن القصاص، والتنازل عن حق الشفعة. وإن كان الإسقاط ببديل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة، كالصلح عن الدين، والعفو عن القصاص بالدية.

3 -الإطلاقات^[2]: وهي معاملة يفوض فيها شخص لآخر القيام بعمل، وإطلاق يده في تصرف لم يكن له فيه حق سابق، كالوكالة، والإيصاء، والإذن للمحجور عليه بالتصرف، ونحوها.

4 -التقييدات^[3]: وهي معاملة تقضي بمنع شخص من تصرف كان مباحا له، كعزل الوكيل والوصي، وحجر الشخص عن التصرف بسبب من أسباب الحجر.

5 -التوثيقات والحفظ: والمراد بها العقود التي يكون موضوعها ضمان الحقوق لأصحابها، وتأمين الدائن على دينه. وتشمل: الكفالة والحوالة والرهن والضمان.

6 -المشاركات: وهي العقود التي يقصد بها المشاركة في المال والعمل والربح، كعقود الشركات بأنواعها، ومنها: المضاربة والمزارعة والمغارسة والمساقاة.

7 -الاستحفاظات: وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه، كعقد الإيداع، والحراسة، وبعض خصائص الوكالة، وغيرها^[4].

وتقسيم عقود المعاملات المالية بهذا الاعتبار يفيد الباحث في رصد المعاني التشريعية المشتركة بين هذه الأقسام، واستيعاب الخصائص التي تحكم كل زمرة منها، قصد التأسيس عليها في دراسة مسائل المعاملات المالية.

^[1]الإسقاطات جمع إسقاط، وحقيقتها: إزالة الملك، أو الحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به؛ لأن الساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل[انظر: حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:60].

^[2]الإطلاقات جمع إطلاق، ويراد به: تخلية يد الشخص في شيء لم يكن له التصرف فيه قبل العقد[انظر: محمد سلام مذكور: المدخل للفقهاء الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط2، 1996م، ص:504].

^[3]التقييد هو: منع الشخص غيره من تصرف كانت يده قد أطلقت فيه[انظر: محمد سلام مذكور: المدخل للفقهاء الإسلامي، ص:504].

^[4]انظر لزيادة في تفصيل هذه الأقسام: جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، ص:275 وما بعدها، ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:640، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص:245، والتركماني: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص:267-268، ودبيان: المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة، ج1، ص:57.

المطلب الثاني: الخصائص التشريعية لعقود المعاملات المالية ومقاصدها الشرعية

الفرع الأول: الخصائص التشريعية لعقود المعاملات المالية

1- الأصل في المعاملات الجواز والصحة

هذه قاعدة من مهمّات القواعد المعتمدة في أحكام المعاملات المالية^[1]، ومفادها أن كلّ ما يجري بين الناس من معاملات، وما ينشئونه من عقود وتصرّفات هو في الأصل واقع ضمن إذن الشارع وفي نطاق عفوه، ما لم يدلّ دليل على منعه وتحريمه، بخلاف العبادات؛ فإن الأصل فيها المنع حتى يأذن الشّرع بها^[2]. يقول ابن تيمية^[3] -رحمه الله-: "والعادات الأصل فيها العفو؛ فلا يحظر منها إلا ما حرّمه، وإلا دخلنا في معنى قوله -تعالى-: "قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَلًا قُلْ ءَأَلَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفَتَّرُونَ" [يونس:59]..، وهذه قاعدة عظيمة نافعة..، وإذا كان كذلك؛ فإننا نقول: البيع والهبة والإجارة وغيرها من العادات التي يحتاج إليها الناس في معاشهم، كالأكل والشرب واللباس، فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت ما فيه فساد، وأوجبت ما لا بدّ منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبّت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها..، فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا، ما لم تحرم الشريعة، كما يأكلون

^[1] من العبارات المتداولة بين الفقهاء في صياغة هذه القاعدة:

- الأصل الصحة وحمل العقود عليها [السرخسي: المبسوط، ج20، ص:135].

- الأصل في العقود الصحة [تاج الدين السبكي: الأشباه والنظائر، ص:253].

- الأصل في العقود عموماً وفي البيع خاصة الصحة [أبو عبد الله المقرئ: قواعد الفقه، تحقيق: محمد الدردابي، وكتبة دار الأمان، الرباط، 2012م، ص:398].

- الأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان [ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، القاهرة، ط1، 1433هـ-2012م، ج1، ص:274].

^[2] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج1، ص:513، ومحمد المدني: وسطية الإسلام، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، د.ت، ص:77-78، ويوسف القرضاوي: القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، الدار الشامية، تركيا، ط1، 1438هـ-2018م، ص:13.

^[3] هو: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن القاسم، الحراني الحنبلي، أبو العباس تقي الدين بن تيمية، الإمام المشهور له برسوخ القدم في علوم النقل والعقل. ترك ثروة هائلة من المؤلفات الرصينة من أشهرها: فتاواه التي جمعها عبد الرحمن بن قاسم، و"درع تعارض العقل والنقل"، و"اقتضاء الصراط المستقيم مخالفة أصحاب الجحيم"، و"السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية"، و"رفع الملام عن الأئمة الأعلام"، وغيرها. توفي -رحمه الله تعالى- عام (728هـ) [انظر: ابن رجب الحنبلي: الذيل على طبقات الحنابلة، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، د.ط، د.ت، ج2، ص:387-408، ومحمد بن علي الشوكاني: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.ط، د.ت، ج1، ص:63-72].

ويشربون كيف شاعوا ما لم تحرم الشريعة"^[1]. وقد وردت كثير من النصوص الشرعية في إثبات هذا الأصل وتأكيدده، منها قوله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]. قال السعدي-رحمه الله-: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، أي: لما فيه من عموم المصلحة وشدة الحاجة، وحصول الضرر بتحريمه. وهذا أصل في حلّ جميع أنواع التصرفات الكسبية حتى يرد الدليل على المنع"^[2].

2- مدار فقه المعاملات المالية على مراعاة العطل وتحقيق المصالح

ترتبط عموم أحكام التشريع الإسلامي بمقاصد وغايات منوطة بتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل.

ويبرز أثر هذا التعليل المصلحي بصورة جلية في مجال المعاملات المالية باعتبار أن أحكامها راجعة -كما يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور^[3] - إلى "كليات ومعان مشتملة على حكم ومصالح، صالحة لأن تتفرّع منها أحكام مختلفة الصور متّحدة المقاصد"^[4]. ثم إن هذا المسلك ظاهر في حرص الشارع الحكيم على ربط أحكام المعاملات المالية بمصالح تدور معها حيث دارت^[5]. وهذا الأصل (التعليل) يؤكّد سابقه في بيان صبغة المرونة والسّعة والانفتاح التي يختص بها النظام التشريعي للمعاملات المالية، حيث يكون التعليل مسلّكاً ناجعاً في مقارنة الحلول لقضايا المعاملات المالية وتخريج أحكامها على مقصد التيسير.

الفرع الثاني: مقاصد الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية

تمهّد مما سبق أن أحكام المعاملات المالية دائرة في فلك المقاصد الشرعية^[6] المنوطة بتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل. وقد دلّ الاستقراء على أن جملة المعاني المصلحية

^[1]انظر: ابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، دار المعرفة، بيروت، ص: 112-113.

^[2]انظر: السعدي: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص: 100.

^[3]هو: محمد بن الطاهر بن عاشور، من علماء تونس البارزين، كان رئيس مفتي المالكية فيها، وشيخ جامع الزيتونة. من مؤلفاته: "مقاصد الشريعة الإسلامية"، و"أصول النظام الاجتماعي في الإسلام"، و"التحرير والتنوير في تفسير القرآن الكريم"، وغيرها. توفي-رحمه الله تعالى- سنة (1393هـ) [انظر: عمر رضا كحالة: معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ-1993م، ج3، ص: 363، والزركلي: الأعلام، ج6، ص: 174].

^[4]انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 105.

^[5]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص: 520.

^[6]مقاصد الشريعة: هي الغايات والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها. أو هي: المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة [انظر:

التي تشوّفَ الشارع إلى تحقيقها في مختلف أبواب المعاملات المالية^[1] ترجع إلى خمسة أمور، هي: "حفظ الأموال، ورواجها، ووضوحها، وثباتها، والعدل فيها"^[2]. وهي في حقيقتها تدابير عملية خادمة للمقصد الضروري الكلي في حفظ الأموال من جانب الوجود بضبط نظام نمائها، وكيفيات تداولها وإدارتها، وكذا من جانب عدم بصونها عن الأضرار والمفاسد، وتأمينها من الضياع والتلف، وتفصيل ذلك كالآتي:

أ- حفظ المال من جانب عدم: ويتحقق بدرء كل صور الفساد ومظاهر الإضرار بالأموال، وفي سبيل ذلك اعتمدت الشريعة الإسلامية جملة من الوسائل، أهمها:

1 - دفع الضرر عن الأموال: بحسم مادة الضرر في التصرفات المالية، ومنع الإضرار بأموال الغير، وجبر الضرر الحاصل بالأموال.

2 - منع أكل الأموال بالباطل: بسدّ أبواب تحصيله من غير جهد يبذل، ومن غير عوض يقابله، ومن غير طيب نفس راضية؛ لأن اكتساب المال إذا تجرد من هذه المعاني خرج عن المشروع.

3 - منع إضاعة المال: بمجاوزة الحد في إنفاقه ووضعه في غير حقه، وحبسه عن حقه بالتقصير عن الذي لا بد منه.

4- تحقيق أمن الأموال وقطع مادة الخصومات والنزاعات فيها.

ب - حفظ المال من جانب الوجود ويتحقق بالمقاصد الآتية:

1 - وضوح الأموال: بإبعاد التصرفات المالية عن مواطن المنازعات والخصومات، وصيانتها بوسائل التوثيق كالكتابة والإشهاد والرهن والكفالة.

2 - رواج الأموال وتداولها: بمعنى تبادلها وانتقالها بين أيدي أكثر ما يمكن من الناس بوجه حق^[3]، ومنع احتكاكا واكتنازها.

علال الفاسي: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط5، 1993م، ص:7، والطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:55، وأحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1416هـ-1995م، ص:19.

^[1] ويصطلح عليها العلماء بـ"المقاصد الخاصة"، وهي: الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة، كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة، إبطالا عن غفلة أو عن استنزال هوى و باطل شهوة. ويدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس[انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:63].

^[2] المرجع السابق، ص:196.

^[3] المرجع نفسه، ص:197.

- 3 - ثبات الأموال: بإقرار ملكيتها لأصحابها، وتقرر لها لهم بوجه لا يتطرق إليهم فيه خطر إذا أخذوها من وجهها الشرعي. وذلك بأن يختص المالك الواحد أو المتعدد بما تملكه بوجه صحيح، بحيث لا يكون في اختصاصه به وأحققته له تردد ولا خطر^[1].
- 4 - العدل في الأموال: ويتمثل في "المساواة بين الناس أو بين أفراد أمة في تعيين الأشياء لمستحقها وفي تمكين كل ذي حق من حقه دون تأخير، فهي مساواة في استحقاق الأشياء وفي وسائل تمكينها بأيدي أربابها"^[2].

^[1] انظر: ابن زغيب: مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، ص: 273.

^[2] انظر: ابن عاشور: التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، دط، دت، ج5، ص: 94.

المبحث الرابع

مفهوم التيسير وأقسامه وأحكامه

تمهيد:

يمكن القول بأن الحضور البارز لمصطلح "التيسير" في مجال الخطاب الديني والدراسات الشرعية، وما يرتبط بذلك من شدة الحاجة إليه في التطبيق والممارسة، جعله من أكثر المصطلحات عرضة للتأويلات المتعسفة، والتوجيهات المتكفئة.

ولا شك أن "التيسير" الذي تتعلق به المعاني والأحكام المقررة له شرعا، هو حقيقة شرعية، ينضبط مفهومها بمحددات دقيقة، تضاهي حكمة الشريعة وعدلها وتوازنها.

وفي هذا السياق يتناول البحث تحليل مفهوم التيسير وبيان ضوابطه الشرعية.

المطلب الأول: مفهوم التيسير والألفاظ ذات الصلة به

الفرع الأول: مفهوم التيسير

أولاً: مفهوم التيسير لغة

التيسير لغة: مصدر يَسَّرَ من اليسر، وهو: اللين والانقياد، وقد يَسَّرَ يَبْسِرُ، وبأسره: لايته وساهله، واليَسْرُ: السهل. والأمر اليسير: الخفيف الذي لا مشقة فيه، وتيسر لفلان الخروج واستيسر له: تهيأ له وتسهل، وهو ضد ما تعسر والتوى^[1]، ومنه قوله -تعالى-: ﴿فَسَنِّيَسِرُهُ وَلِيُيَسِّرَ﴾ [الليل:7]، أي: نهيته ونوقه للعودة إلى العمل الصالح^[2].

واليسر يدل على انفتاح الشيء وخفته. يقال: رجل يَسْرٌ وَيَسْرٌ، أي: حسن الانقياد. واليسار: الغنى^[3].

ويمكن إجمال مفهوم التيسير لغةً في المعاني الآتية:

1- السهولة واللين، ومنه قوله -تعالى-: ﴿وَلَقَدْ يَسَّرْنَا الْقُرْآنَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِنْ مُدَكِّرٍ﴾ [القمر:17]، أي: سهلناه وجعلنا الاتعاض به ميسورا^[4].

2- الانقياد، ومنه قولهم: ياسر الرجل شريكه، أي: انقاد له وطأوعه.

^[1] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج6، ج55، ص: 4957-4960.

^[2] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج6، ج55، ص: 4957-4960.

^[3] انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1399هـ-1979م، ج6، ص: 155-156.

^[4] انظر: السعدي: تيسير الكريم الرحمن، ص: 894، والموسوعة الفقهية الكويتية، ج 14، ص: 211.

3- التهيئة والتوفيق، ومنه قوله-تعالى-: ﴿فَسَنِّيْسِرُهُۥٓ وَلِيْسِرَىٰ﴾ [الليل:7].

4- الغنى والسعة، ومنه قوله-تعالى-: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة:280].

5- القلة، ومنه قولهم: الشيء اليسير، أي: القليل.

وكل هذه المعاني تعود إلى السهولة واللين والتخفيف. و ضد اليسر العسر، وهو الشدة والصعوبة والضيق^[1].

وقد أضفى تقارب مبنى الكلمتين وتطابقهما البلاغي بعدا جماليا في الاستعمال، فوردتا بهذا التقابل في كثير من النصوص الشرعية والسياقات العلمية، فمن القرآن، قوله-تعالى-: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة:185]، وقوله: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح:5]. ومن السنة قوله-صلى الله عليه وسلم-: ﴿يسرّوا ولا تعسرّوا﴾^[2]. وفي قواعد الفقه: "الميسور لا يسقط بالمعسر"^[3].

وبين "اليسر" و"التيسير" علاقة اشتقاق، ف"التيسير": مصدر للفعل "يسرّ، يُيسرّ"، المشتق من كلمة "اليسر"، وهو يدلّ على تفعيل معاني التيسر واستحضرها في واقع التحقيق والتطبيق.

ثانيا: مفهوم التيسير اصطلاحا

تفيد مجمل التعريفات بأن "التيسير" يتفق في معناه الاصطلاحي مع المعاني اللغوية التي تدور حول التسهيل والتخفيف ورفع الحرج، ودفع المشقة عن العباد، وعدم تكليفهم بما لا يطيقون، ومراعاة ظروفهم وأحوالهم...، ومن العبارات الواردة في تعريفه:

1- التيسير هو: "تشريع الأحكام على وجه روعيت فيه حاجة المكلف وقدرته على امتثال الأوامر واجتناب النواهي، مع عدم الإخلال بالمبادئ الأساسية للتشريع"^[4].

^[1]انظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 439.

^[2]متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم-: "يسرّوا ولا تعسرّوا"، وكان يحب التخفيف واليسر على الناس، رقم(5660)، [3/241]. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير، رقم(1732)، [3/1358].

^[3]صيغة مشهورة لقاعدة من أهم قواعد الفقه الإسلامي، عبّر العلماء عن معناها بصيغ مختلفة، وقال فيها إمام الحرمين أبو المعالي الجويني (ت: 478 هـ) -رحمه الله-: "هي من أصول الشريعة الشائعة التي لا تكاد تُنسى ما أقيمت الشريعة" [انظر: أبو المعالي الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، ط3، 1411هـ-1990م، ص:302].

^[4]انظر: كمال جودة أبو المعالي: مظاهر التيسير في الشريعة الإسلامية، دار الفاروق، ط1، 2007م، ص:7.

2- "المراد بالتيسير في الشريعة -غالبا- هو كون الأمر بحيث يمكن امتثاله دون حرج أو مشقة"^[1].

3- التيسير هو: سنّ التكاليف الشرعية على ما يلائم قدرة المكلفين في حال السّعة والسهولة، لا في حال الضيق والشدة^[2]. والملاحظ أن هذا التعريف تضمن ضابطا دقيقا يشي بأن التيسير الذي اتّصفت به الأحكام الشرعية لا يقتضي من المكلف بذل غاية جهده في القيام بالتكاليف الشرعية، وإنما يطالب ببذل ما لا تلحقه فيه المشقة والحرج، وفيه ردّ على ما ذهب إليه ابن حزم^[3] -رحمه الله- بأن اليسر هو كل ما يستطيع المكلف فعله ولو ببذل غاية الجهد، والعسر والحرج ما لا يستطاع^[4]. وقد نوقش هذا الرأي بأن استقراء معنى التيسير في إطلاقات الشرع يدلّ على أن هناك أمورا يستطيع المكلف القيام بها مع لحوق شيء من المشقة والحرج، ومع ذلك جاء التخفيف فيها إلى ما هو أيسر، ولو بذل المكلف غاية جهده وطاقته لقام بها، فدلّ على أن عدم الاستطاعة ليس معيارا شرعيا للعسر الجالب لليسر، وأن التيسير دون ذلك^[5]. ويؤيد هذا المعنى ما ذهب إليه الإمام الزّمخشري^[6] بأن الوسع هو ما يسع الإنسان ولا يضيق عليه ولا يحرج فيه؛ فالله -تعالى- لا يكلف النفس إلّا ما يتّسع فيه طوقها، ويتيسّر عليها

^[1]انظر: عبد الرحمن بن صالح آل عبد اللطيف: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1423هـ-2003م، ج1، ص:44.

^[2]انظر: فخر الدين الرازي: التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، دار الفكر، بيروت، ط1، 1401هـ-1981م، ج14، ص:84.

^[3]هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، أبو محمد، إمام حافظ أصولي وفقه وفيلسوف وأديب وشاعر، من أكابر علماء الأندلس. من مؤلفاته: "المحلّى بالآثار"، و"الإحكام في أصول الأحكام"، و"الفصل في المأل والأهواء والنحل"، وغيرها. توفي -رحمه الله تعالى- عام(456هـ) [انظر: شمس الدين الذهبي: تذكرة الحفاظ، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1419هـ-1998م، ص:1146، والذهبي: سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1405هـ-1984م، ج18، ص:188، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج3، ص:325].

^[4]انظر: ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق أحمد شاکر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م، ج4، ص:466.

^[5]انظر: صالح بن عبد الله بن حميد: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية -ضوابطه وتطبيقاته-، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط1، 1403هـ، ص:46-48.

^[6]هو: محمود بن عمر بن محمد بن أحمد، الخوارزمي الزمخشري، جار الله، أبو القاسم. إمام من أئمة العلم بالفقه والتفسير واللغة والآداب. له تصانيف كثيرة، من أشهرها: "الكشاف في تفسير القرآن"، و"أساس البلاغة"، و"المفصل في صنعة الإعراب". توفي -رحمه الله تعالى- سنة(538هـ) [انظر: ابن خلكان: وفيات الأعيان، ج5، ص:168، والزركلي: الأعلام، ج7، ص:178].

دون مدى غاية الطاقة والمجهود، فقد كان في طاقة الإنسان أن يصلّي أكثر من الخمس ويصوم أكثر من شهر ويحج أكثر من حجة^[1].

والحق أن ابن حزم-رحمه الله تعالى- له منطلق آخر في تحديد معنى اليسر، فهو يرى أن جميع أوامر الله -تعالى- التي كلفنا بها يسر وتخفيف ورفع حرج؛ "لأنه لا يسر ولا تخفيف ولا رفع حرج أعظم من شيء أدّى إلى الجنة، ونجّى من جهنم، وسواء كان حظراً أو إباحة"^[2]، وإنما يقع الحرج إذا عرض للمكلف موانع حسية أو معنوية، أخرجته إلى دائرة العجز؛ لأن الاستطاعة هي صحة الجوارح مع ارتفاع الموانع، وتوفيق من عنده -تبارك وتعالى-، وفي هذا يقول-رحمه الله تعالى-: "وكلّ فرض كلفه الله -تعالى- الإنسان، إن قدر عليه لزمه، وإن عجز عن جميعه سقط عنه، وإن قوي على بعضه وعجز عن بعضه، سقط عنه ما عجز عنه، ولزمه ما قدر عليه منه، سواء أقله أو أكثره"^[3].

ولكن المعنى الأول -وهو كون التكليف متاحاً للامتثال دون مشقة أو حرج- هو الغالب^[4]؛ لأن المكلف يطبق أكثر مما كلف به، ولأن الرخص لم تُعلّق بعدم القدرة على امتثال الأصل- غالباً- كرخصة قصر الصلاة في السفر، وإباحة الفطر، والمسح على الخفين، وغير ذلك. وهذا ما يدلّ عليه تفسير أغلب العلماء للتيسير في القرآن الكريم.

وحاصل المعنى أن التيسير صبغة ربانية اصطبغت بها رسالة الإسلام، وهي "القاعدة الكبرى في تكاليف هذه العقيدة كلّها، فهي ميسرة لا عسر فيها، وهي توحى للقلب الذي يتذوّقها بالسهولة واليسر في أخذ الحياة كلها، وتطبع نفس المسلم بطابع خاص من السّماحة التي لا تكلف فيها ولا تعقيد، سماحة تُؤدّي معها كل التكاليف، وكل الفرائض، وكل نشاط الحياة الجادة وكأنما هي مسيل الماء الجاري، ونمو الشجرة الصاعدة في طمأنينة وثقة ورضاء، مع الشعور الدائم برحمة الله-تعالى- وإرادته اليسر لا العسر بعباده المؤمنين"^[5].

^[1]انظر: الزمخشري: الكشاف، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط3، 1430هـ-2009م، ص:159.

^[2]انظر: ابن حزم: الإحكام، ج2، ص:41.

^[3]انظر: ابن حزم: المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الرحمن الجزيري، دار ابن الجوزي، القاهرة، ط1، 1436هـ-2015م، ج1 ص:58، مسألة:106.

^[4]انظر: عبد الرحمن اللطيف: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ج1، ص:44.

^[5]انظر: سيد قطب: في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، ط10، 1402هـ-1982م، ج1، ص:172.

الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة بمصطلح التيسير

أولاً: الألفاظ اللغوية العامة ذات الصلة بالتيسير

أ- التوسعة: وهي مصدر وسَّع، أي: صيَّر الشيء واسعاً، والسَّعة ضد الضيق، والسعة الغنى والرفاهية. ووسَّع الله على فلان: أغناه ورقَّهه. ووسَّع فلان على أهله: أنفق عليهم عن سعة، أي: بما يزيد على قدر الحاجة^[1]. يقول الإمام الرازي^[2] -رحمه الله-: "ما يسع الإنسان ولا يضيق عليه ولا يحرج فيه... وقال بعضهم: الوسع دون المجهود في المشقة، وهو ما تتسع له قدرة الإنسان"^[3]. فالتوسعة من التيسير، بل هي أيسر منه^[4].

ب- التوسُّط: التوسُّط في الأمر أن لا يذهب فيه إلى أحد طرفيه. والتوسط في الشريعة من هذا الباب؛ فلا غلو فيها ولا تقصير، ولكن هي وسط بينهما. والتوسط في الأحكام الشرعية يعني أن لا تميل إلى جانب التفريط والتشديد على العباد، ولا إلى جانب التيسير الشديد الذي يصل إلى حد التحلُّل من الأحكام. وهذا هو الغالب على أحكام الشريعة^[5]. فالتوسط قسم من التيسير وليس قسيماً له؛ لأن الذي يقابل التيسير هو التعسير والتشديد، أما التوسط ففيه اليسر؛ لأنه ليس فيه مشقة خارجة عن المعتاد، ومثاله: يسر الصلاة والصوم؛ إذ فيهما مشقة ولكنها معتادة^[6]. والتشديد والتثقل ضد التخفيف، وأصل التشديد في اللغة من شدَّ الحبل، والشدَّة الصلابة والقوة^[7].

ج- السَّهولة: من السَّهل، وسهَّله تسهيلاً: يسَّره وصيَّره سهلاً. وفي الدعاء: سهَّل الله عليك الأمر. أي: حمل مؤونته عنك وخفَّف عليك^[8]. قال الراغب^[1]: "السهل ضد الحزن، وجمعه:

^[1] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج6، ص:4835.

^[2] هو: محمد بن عمر بن الحسين الرازي القرشي التيمي، فخر الدين، أبو عبد الله. أصولي ومفسر ومتكلم وفقه من كبار فقهاء الشافعية. من أبرز تصانيفه: "مفاتيح الغيب"، و"المحصول"، و"مناقب الشافعي"، و"أساس التقديس". توفي -رحمه الله تعالى- سنة(606هـ) [انظر: ابن الصلاح: طبقات الفقهاء الشافعية، تحقيق: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م، ج1، ص:866، وابن كثير: طبقات الفقهاء الشافعيين، تحقيق: أحمد عمر هاشم ومحمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1413هـ-1993م، ج2، ص:354].

^[3] انظر: الرازي: تفسير الفخر الرازي (مفاتيح الغيب)، ج8، ص:151.

^[4] انظر: الموسوعة الفقهية، ج14، ص:212.

^[5] وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "والخروج إلى الأطراف خارج عن العدل، ولا تقوم به مصلحة الخلق. أما في طرف التشديد؛ فإنه مهلكة، وأما في طرف الانحلال؛ فكذاك أيضاً" [انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:277].

^[6] المرجع نفسه، ج2، ص:163، وج4، ص:259-260.

^[7] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج4، ص:2214.

^[8] انظر: الزبيدي: تاج العروس، ج29، ص:234.

سهول، قال الله -تعالى-: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْ سُهُولِهَا قُصُورًا﴾ [الأعراف:84]^[2]. فالسهل على هذا التعريف مرادف لليسر بمعناه السابق، إذ هو اللين وعدم الشدة والمشقة والخشونة، وبهذه المعاني يتعلّق مدلول "التيسير".

د- السّماحة: وتعني سهولة المعاملة فيما اعتاد الناس فيه المشادّة، فهي وسط بين الشدة والتساهل. ولفظ السّماحة هو أرشق لفظ يدل على هذا المعنى. يقال: سمح فلان إذا جاد بمال له بال^[3]. والسّماحة من أعظم صفات الإسلام الواقعة وسطا بين طرفي إفراط وتفريط. وفي الحديث: "أحبّ الدين إلى الله الحنيفية السمحة"^[4]. وقد ذكر الشيخ الطاهر بن عاشور بأن معنى السّماحة يرجع إلى التيسير المعتدل، وهو التيسير الموصوف به الإسلام، مستوحيا ذلك من إشارة الإمام البخاري إلى اتّحاد هذين الوصفين أو تلازمهما في ترجمة باب من أبواب صحيحه، حيث قال: "باب الدين يسر"، وقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: ﴿أحبّ الدين إلى الله الحنيفية السمحة﴾، ثم أخرج فيه أحاديث اليسر^[5].

ثانيا: المصطلحات الشرعية ذات الصلة بمصطلح التيسير

أ- رفع الحرج: الحرج في اللغة: هو الضيق وما لا مخرج له، والمكان الضيق الكثير الشجر الذي لا تصل إليه الراعية^[6]. وقال بعضهم: هو أضيّق الضيق. سئل ابن عباس عن الحرج، فدعا رجلا من هذيل، فقال له: ما الحرج فيكم؟ فقال: الحرجة من الشجر ما لا مخرج منه، فقال

^[1] هو: الحسين بن محمد بن المفضل الأصبهاني الشهير بالراغب، أبو القاسم. من أشهر الأدباء والحكماء. له مؤلفات عديدة منها: "الذريعة إلى مكارم الشريعة"، و"المفردات"، توفي -رحمه الله تعالى- عام (502هـ) [انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج18، ص: 120-121، والزركلي: الأعلام، ج2، ص: 255].

^[2] انظر: الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، مكتبة نزار مصطفى الباز، دط، دت، ج1، ص: 324.

^[3] انظر: ابن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ط4، 1437هـ-2016م، ص: 22.

^[4] رواه البخاري في صحيحه معلّقا بصيغة الجزم: كتاب الإيمان، باب الدين يسر، [16/1]، ووصله في الأدب المفرد: باب حسن الخلق إذا فقهوا، رقم (287)، [ص81]، عن ابن عباس مرفوعا. وأخرجه أحمد -موصولا- في مسنده عن أبي أمامة الباهلي -رضي الله عنه-، رقم (22291)، [624-623/30]، والترمذي في سننه: كتاب المناقب عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، باب مناقب معاذ بن جبل، وزيد بن ثابت، وأبي بن كعب، وأبي عبيدة بن الجراح -رضي الله عنهم-، رقم (3793)، [ص856]، عن أبي بن كعب بلفظ: "إن ذات الدين عند الله: الحنيفية المسلمة". وقال الترمذي: هذا حديث حسن. وأخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب التفسير، رقم (2889)، [244/2]، وقال: صحيح.

^[5] انظر: ابن عاشور: أصول النظام الاجتماعي، ص: 23-24.

^[6] انظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 183.

ابن عباس: هو ذلك، الحرج ما لا مخرج منه^[1]. والحرج في الاصطلاح: ما فيه مشقة فوق المعتاد^[2]. والحرج المرفوع شامل لكل ما يشقّ على الأمة، مما يترتب عليه فوات مصلحة مشروعة -دينية كانت أم دنيوية- أو تقصير في أداء الواجبات واستيفاء الحقوق الأساسية بالنسبة للفرد والمجتمع^[3].

ورفع الحرج: إزالة ما في التكليف الشاق من المشقة برفع التكليف من أصله، أو بتخفيفه، أو بالتخيير فيه، أو بأن يجعل له مخرج، كرفع الحرج في اليمين بإباحة الحنث فيها مع التكفير عنها، أو بنحو ذلك من الوسائل. فرفع الحرج لا يكون إلا بعد الشدة، خلافا للتيسير^[4].

ب- التخفيف، وهو في اللغة: ضد التثقل، سواء أكان حسياً أم معنوياً. والخفة ضد الثقل، ومنه قوله-تعالى-: ﴿وَأَمَّا مَنْ حَقَّ مَوَازِينُهُ﴾ [القارعة:8]؛ أي: قَلَّتْ أعماله الصالحة حتى رجحت عليها سيئاته. والخفة خفة الوزن وخفة الحال^[5]. والتكليف الخفيف هو الذي يسهل أدائه، والتثقل هو الذي يشقّ أدائه. وقد عرّف ابن الجوزي^[6] التخفيف في الاصطلاح، فقال: "هو رفع مشقة الحكم الشرعي، بنسخ، أو تسهيل، أو إزالة بعضه أو نحو ذلك"^[7]. أي: التكليف الذي كان في الأصل حرجاً ومشقة، وعلى هذا يكون التخفيف أخصّ من التيسير؛ لأنه تيسير ما كان فيه عسر في الأصل، ولا يدخل فيه ما كان في الأصل ميسراً^[8].

ج- الترخيص: وهو في اللغة: التيسير والتسهيل، والاسم الرخصة. يقال: رخص له في الأمر، وأرخص له فيه: إذا أذن له فيه بعد النهي عنه^[9]، ومنه ما جاء في الأثر: "وأرخص في

^[1]انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج2، ص:822، والشاطبي: الموافقات، ج2، ص:272.

^[2]المرجع نفسه، ج2، ص:273.

^[3]انظر: عمر كامل: الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، ص:47.

^[4]انظر: الموسوعة الفقهية، ج14، ص:213.

^[5]انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج2، ص:1212.

^[6]هو: عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي الدمشقي أبو الفرج. الواعظ، المفسر. له تصانيف كثيرة، منها: "زاد المسير"، و"صيد الخاطر". توفي-رحمه الله تعالى-سنة(597هـ) [انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج21، ص:365، وتذكرة الحفاظ، رقم(1098)، ص:1342، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج3، ص:140].

^[7]انظر: ابن الجوزي: زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1384هـ، ج2، ص:60، تفسير قوله-تعالى-: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾ [النساء:28].

^[8]انظر: الموسوعة الفقهية، ج14، ص:211.

^[9]انظر: المعجم الوسيط، ص:336.

السلم^[1]. أي: أذن فيه. وأصله في اللّغة: من الرخاصة، وهي في النبات هشاشته ولينه، وفي المرأة نعومة بشرتها وليونتها، ومنه الرخص لانخفاض السعر، ضد الغلاء؛ لما في الرخص من السهولة، وفي الغلاء من الشدة^[2].

والترخيص في الاصطلاح: التسهيل في الأمر والتيسير فيه^[3]. والرخصة تستعمل بمعنيين: أحدهما: الحكم النازل باليسر بعد العسر، لعذر المشقة والحرَج.

والثاني -وهو أخصّ منه-: ما استبيح مع قيام المحرّم. فالإذن في السلم^[4] مع انعدام المبيع، رخصة من بيع المعدوم على التعريف الأول، وليس رخصة على التعريف الثاني، إلا أن يكون مجازا. وكذا ما نُسخ عنا من الآصار والأغلال التي كانت على من قبلنا، رخصة على الأول لا على الثاني؛ لأن التحريم لم يبق علينا^[5].

^[1]صيغة الأثر: "تهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيع ما ليس عند الإنسان وأرخص في السلم": أورده الزيلعي في نصب الرأية بصيغة زوي " أن النبي -صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم"، ثم قال: حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، أخرجه أصحاب السنن الأربعة-(الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم(1232، 1233، 1234، 1235)، [ص293]، وأبو داود، كتاب التجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم(3503، 3504)، [ص629]، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، رقم(2187، 2188)، [ص376]، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم(4611، 4612، 4613)، [ص703]، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا يبيع ما ليس عندك﴾. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وأما الرخصة في السلم، فقد أخرج الأئمة الستة في كتبهم عن ابن عباس-رضي الله عنهما- قال: "قدم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- والناس يستلفون في الثمر السننين والثلاث، فقال: ﴿من أسلف في شيء، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم﴾[انظر: جمال الدين الزيلعي: نصب الرأية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، ج4، ص:45-46].

^[2]انظر: الموسوعة الفقهية، ج14، ص: 212.

^[3]انظر: الفيومي: المصباح المنير، ص:85.

^[4]السلم في اللغة: الإعطاء والترك والتسليف. وفي الاصطلاح: بيعُ موصوفٍ في الذمة ببديل يعطى عاجلا[انظر: نزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:248].

^[5]انظر: محب الله ابن عبد الشكور: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، المطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1324هـ، ج1، ص:116.

المطلب الثاني: مشروعية التيسير وأقسامه

الفرع الأول: مشروعية التيسير

أولاً: التيسير في القرآن الكريم

تواترت نصوص القرآن الكريم على التصريح بأن التيسير صبغة عامة في التكليف الشرعية، ومن ذلك ما ورد في الآيات الآتية:

-الآية الأولى: قوله -تعالى-: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة:184].
واليسر هو السهل الذي لا عسر فيه. قال الإمام الشوكاني^[1]: "وفي الآية أن هذا (اليسر) مقصد من مقاصد الرب سبحانه، ومراد من مراداته في جميع أمور الدين"^[2]. وجاء في تيسير الكريم الرحمن: "يريد الله أن ييسر عليكم الطرق الموصلة إلى رضوانه أعظم تيسير، ويسهلها أبلغ تسهيل؛ ولهذا كان جميع ما أمر الله به عباده في غاية السهولة في أصله، وإذا حصلت بعض العوارض الموجبة لثقله، سهله تسهيلاً آخر، إما بإسقاطه، أو تخفيفه بأنواع التخفيفات"^[3]. وفي الآية دليل واضح على أن التيسير معنى مقصود للشارع الحكيم في وضع الشريعة، والتعبير بلفظ "الإرادة" في قوله -تعالى-: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ﴾ أبلغ في بيان ذلك، ثم زاده تأكيداً بأن العسر مناقض لإرادته سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة:184].

-الآية الثانية: قوله -تعالى-: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج:78]. والحرَج هو: الضيق وما لا مخرج منه^[4]. ونفي الحرَج في هذه الآية جاء مؤكداً بعدة مؤكِّدات، أولها: أن (حرج) وردت نكرة في سياق النفي؛ فتعم، فكل حرج في الدين مرفوع، وإن كان قليلاً. كما تأكد ب(من) الزائدة؛ فلا يوجد أي حرج، بل ولا جزء منه. وجاءت بأسلوب خبري، وهو يفيد أن

^[1] هو: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، الشوكاني. فقيه مجتهد، اشتغل بالقضاء والإفتاء، واشتهر بالدعوة إلى الإصلاح والتجديد. من أشهر مؤلفاته: "نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار"، و"فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير"، و"إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول"، وغيرها، توفي -رحمه الله تعالى- بصنعاء سنة (1250هـ) [انظر: محمد صديق خان: التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1428هـ-2007م، ص:436، والشوكاني: البدر الطالع ج2، ص:214-226].

^[2] انظر: الشوكاني: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من التفسير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط4، 1428هـ-2007م، ص:118.

^[3] انظر: السعدي: تيسير الكريم الرحمن، ص:84.

^[4] انظر: ابن العربي: أحكام القرآن، ج2، ص:219.

هذا أمر مسلّم لا شك فيه، وإلا كان وقوع الحرج مناقضا لإخبار الله - تعالى - بنفي أدنى شيء منه، وهذا محال. والآية وإن كانت واردة في شأن الجهاد، إلا أن العبرة - كما يقول الأصوليون - بعموم اللفظ لا بخصوص السبب^[1]. وفي هذا دلالة على أن نفي الحرج مقصد من مقاصد التشريع، وهو ظاهر من صريح الآية الأخرى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة:6]، إذ إن إثبات الحرج مضاد لإرادته ومقصده؛ لما ظهر من حكمة الشارع من هذا العموم^[2]. بل إن الحرج المنفي في هذا الموضع من الآية يعم - كما ذهب الشيخ الطاهر بن عاشور - الحرج الحسي والحرج النفسي معاً^[3].

- الآية الثالثة: قوله - تعالى -: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ [النساء:28]. وأغلب العلماء على أن هذا التخفيف عام في كل أحكام الشرع، وفي جميع ما يسره الشارع لنا وسهّله. ووجه الدلالة من الآية على رفع الحرج واضح؛ لأن التكليف بما فيه الحرج يناقض إرادة التخفيف، ويكذب خبر الباري - سبحانه وتعالى - فيكون باطلاً^[4]. وفي تذييل الآية بقوله تعالى: ﴿وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ [النساء:28]، بيان لسبب التخفيف وإظهاراً لمزية هذا الدين، وأنه أليق الأديان بمراعاة حدود طاقات الناس في كل زمان ومكان^[5].

- الآية الرابعة: قوله - تعالى -: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة:286]. والوسع هو ما يسع الإنسان ولا يضيق عليه ولا يجرح فيه. والآية صريحة في نفي تكليف ما لا يطاق. بل هي من أبلغ وأجمع الآيات في التخفيف عن الأمة ورفع الحرج عنها، ويؤخذ منها قاعدة التيسير ورفع الحرج في أمور الدين كلها^[6].

- الآية الخامسة: ما جاء في وصف الرسول - صلى الله عليه وسلم - عند أهل الكتاب: ﴿يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف:157]. والإصر في اللغة هو: الثقل، والمراد به في هذا السياق التكاليف الشاقة غير المعتادة، وهذا هو الحرج في الدين، وهو تشبيه تمثيلي؛

^[1] انظر: يعقوب الباحسين: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الرشد، الرياض، ط6، 1437-2015م، ص: 61-62.

^[2] انظر: عبد الرحمن الكيلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1421هـ-2000م، ص: 280.

^[3] انظر: ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، ج6، ص: 131.

^[4] انظر: الباحسين: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص: 65.

^[5] انظر: ابن عاشور: التحرير والتنوير، ج5، ص: 22.

^[6] انظر: الرازي: تفسير الفخر الرازي (مفاتيح الغيب)، ج7، ص: 151، والسعدي: تيسير الكريم الرحمن، ج1، ص: 104.

حيث شبه الله -تعالى- حال المزال عنه ما يجرجه من التكاليف، بحال من كان محملاً بثقل فأزيل عن ظهره ثقله^[1]. والأغلال جمع غل، وهو إطار من حديد يجعل في رقبة الأسير والجاني، ويمسك ببسير من جلد، أو سلسلة من حديد بيد الموكل بحراسة الأسير، ويستعار الغل للتكليف الذي يؤلم ولا يطاق^[2]. وفي هذا إشارة واضحة إلى نفي الحرج عن الشريعة؛ ولولا ذلك لبقى الإصر والأغلال التي كانت على من قبلنا.

ثانياً: التيسير في السنة النبوية

أفاضت السنة النبوية في بيان سماحة الإسلام ويسره وتيسيره. ومن الأحاديث الواردة في ذلك:

-الحديث الأول: قوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿وضع الله الحرج﴾^[3].

-الحديث الثاني: قوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه﴾^[4].

-الحديث الثالث: قوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿يسرّوا ولا تعسّروا﴾^[5].

-الحديث الرابع: قول عائشة -رضي الله عنها-: ﴿ما خير رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بين أمرين قط إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً فإن كان إثماً كان أبعد الناس عنه﴾^[6].

-الحديث الخامس: قوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿إنما بعثم ميسرين، ولم تبعثوا معسرين﴾^[1].

^[1]انظر: الزمخشري: تفسير الكشاف، ص:390.

^[2]انظر: الأصفهاني: المفردات، ص:610.

^[3]أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الطب، باب في الرجل يتداوى، رقم(3855)، [ص693]، والترمذي في جامعه: كتاب الطب، باب ما جاء في الدواء والحث عليه، رقم(2048)، [ص461]، وابن ماجه في سننه: كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، رقم(3457)، [ص575]. وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

^[4]أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الإيمان، باب الدين يسر، رقم(38)، [ص16/1]، وابن حبان في صحيحه: كتاب البر والإحسان، باب ما جاء في الطاعات وثوابها، رقم:(351)، [ص63/2]، والنسائي في السنن الصغرى: كتاب الإيمان وشرائعه، باب الدين يسر، رقم(5037)، [ص:691].

^[5]سبق تخريجه.

^[6]متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب إقامة الحدود والانتقام لحرمت الله، رقم(6288)، [ص393-394]، وأخرجه مسلم في كتاب الفضائل، باب مباحة النبي -صلى الله عليه وسلم- للإثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه الله عند انتهاك حرمانه، رقم(2327)، [ص4/1813]، من حديث عائشة -رضي الله عنها-.

-الحديث السادس: قوله-صلى الله عليه وسلم-: ﴿أحبّ الدين إلى الله الحنيفية السمحة﴾^[2].

وقد تضافرت الآثار بأنه -صلى الله عليه وسلم- كان حريصا على ترجمة يسر الإسلام وتيسيره بالمعالجة التطبيقية لمواضع الحرج، ومواقف العنت والمشقة؛ ف" ما خُير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما"^[3]، وكان يتجوّز في الصلاة كراهية أن يشقّ على الناس، ويترك بعض العمل خشية أن يُفرض على أمته، ويحمل على من يشدّد على الناس ويضيّق عليهم، ويردّ الغلو والتكلف^[4]، ويبتّ بين الناس نفحات رحمة الإسلام وسماحته، على نحو ما وصفه به القرآن الكريم: ﴿عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ﴾[التوبة:128].

ولئن كانت هذه النصوص وغيرها قد بيّنت بأن التيسير صفة متأصلة في الدين، وقانون حاكم على شرائعه؛ فإن نصوصا أخرى دلّت على تشريع الرخص في موارد المشقة والحرج^[5]؛ لينتقّر القطع بأن أحكام الشريعة الإسلامية منزّهة عن المشقة والعنت، وأن تطلّب المشاق، وتكفّل الأعمال بالحرج، مسلك مناقض لقصد الشارع في وضع شريعته، وكل قصد يخالف قصد الشارع باطل، فالقصد إلى المشقة باطل^[6]. وتحت هذه الأدلة تقرّرت قواعد شرعية كثيرة تجسّد مبدأ التيسير، وتوطّر أحكامه، ومن أشهرها: "المشقة تجلب التيسير"^[7]، التي هي مرجع جميع الرخص المشروعة.

^[1] رواه البخاري في صحيحه: كتاب الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد، رقم(213)، [62/1]، وفي كتاب الأدب، باب قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: "يسرّوا ولا تعسروا"، وكان يجب التخفيف واليسر على الناس، رقم(5663)، [241/3].

^[2] سبق تخريجه.

^[3] سبق تخريجه.

^[4] مواقف التيسير والرفق في سيرته -صلى الله عليه وسلم- أشهر من أن تذكر، وأكثر من أن تحصر، ويكفي في بيان ذلك تزكية القرآن له-صلى الله عليه وسلم- ووصفه إياه بأنه رحمة سابعة، ونعمة بالغة. قال-تعالى-: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[الأنبياء:107].

^[5] وهي جملة الآيات والأحاديث الدالة على تشريع الرخص، وتيسير التكاليف الشرعية في مواضع المشقة والحرج.

^[6] وقد قرّر الشاطبي هذا المقصد بقوله: "إن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالمشاق والإعانات"الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:210.

^[7] وهي إحدى القواعد الفقهية الكبرى، المعبّرة عن التيسير[انظر: السيوطي: الأشباه والنظائر، ص:160 وما بعدها، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ج1، ص:77 وما بعدها، والزرکشي: المنثور في القواعد الفقهية، ج3، ص:169، وأحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط6، 1422هـ-2001م، (ق16)، ص:157].

الفرع الثاني: أقسام التيسير وأحكامه

أولاً: التيسير الأصلي

والمقصود به ما اتّسمت به أحكام الشريعة الإسلامية من اليسر والتخفيف والسهولة في أصل وضعها، من حيث الكمّ والنوع والضوابط والشروط، ولم يتوقّف على سبب عارض. وهذا النوع من التيسير يسري على جميع أحكام الشريعة، من عبادات ومعاملات وأحوال شخصية وجنایات وغيرها. ودليل ذلك ما قطعت به النصوص الشرعية^[1] بأنّ الشارح الحكيم الرحيم لا يقصد إيذاء الناس وإعنائهم بما شرع عليهم من الشرائع، فهو لا يأمر بالمأمورات لما فيها من المشقّات، بل لما يترتب عليها من المصالح الراجحات، كما أنه لا ينهى عن المنهيات للحرمان من المتعة واللذة، بل لما فيها من المضرّة^[2].

وتأكيداً لهذا المعنى، جرى العلماء في تقرير مركزية التيسير في جميع التكاليف الشرعية، وبيّنوا بأنه أصل أصيل في هذه الشريعة الغراء، تُدار عليه الأحكام، وتستوفى به مصالح الأنام. يقول الشاطبي -رحمه الله-: "والوسط هو معظم الشريعة وأمّ الكتاب، ومن تأمل موارد الأحكام بالاستقراء التامّ، عرف ذلك"^[3]. ويقول ابن العربي: "وقد أعطى الله هذه الأمة من المسامحة واللين ما لم يعط أحداً قبلها في حرمة نبيها، ورحمة نبيّه -صلى الله عليه وسلّم- لها"^[4].

وهنا ينبغي إيراد أهمّ المعالم التي تضبط حقيقة هذا القسم من التيسير، ومنها:

1- لا منافاة بين التيسير والتكاليف ذات المشقة العادية، أو الأحكام المتضمنة مشقة حقيقية، ولكنها بما تحمله من المصالح تصبح راجحة، فتُحتمل المشقة في سبيل تحقيقها.

فالتيسير الشرعي هو التيسير الجاري على وفق الشرع والعدل، لا على وفق الأهواء؛ إذ لو كان كذلك لما كان ثمة تكليف أصلاً؛ لأنّ التكليف يتضمن معنى الكلفة، وهي المشقة المعتادة في التكليف، وما سمّي التكليف تكليفاً إلا لما فيه من الكلفة والمشقة^[5]. ولو لم يكن فيه إلا

^[1]قال الطاهر بن عاشور: "وكثرة ظواهر الأدلة الواردة في التيسير تفيد القطع [نظر: الطاهر بن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ص: 24]."

^[2]انظر: صالح بن حميد: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص: 101.

^[3]انظر: الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج 4، ص: 259.

^[4]انظر: ابن العربي: أحكام القرآن، ج 2، ص: 220.

^[5]التكليف في اللغة يتضمّن معنى المشقة؛ لأنّ العرب تقول: "كلفته تكليفاً"، إذا حملته أمراً يشق عليه وأمرته به، وتكلفت الشيء، إذا حملته على مشقة، وحملت الشيء تكلفته، إذا لم تطلقه إلا تكلفاً. فمثل هذا يسمى مشقة بهذا الاعتبار؛ لأنه إلقاء بالمقاليذ، ودخول في أعمال زائدة على ما اقتضته الحياة الدنيا [انظر: الشاطبي: الموافقات، ج 2، ص: 209].

مخالفة الهوى لكان كافيا. فهذا القدر من المشقة ليس مناقضا لما تقرّر من ابتناء الشريعة على التيسير، كما أنه ليس مانعا من التكليف؛ لأن الكلفة والمشقة التي في التكليف الشرعية في الأحوال والظروف العادية هي كلفة معتادة لا يمتنع التكليف معها، وهي داخلة في حدود الاستطاعة والوسع المذكور في قوله-تعالى-: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن:16]، وقوله -تعالى-: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 286]^[1]. بل إن الأعمال الدنيوية المجردة بما فيها طلب التحرف وسائر الصنائع فيها نوع كلفة، بل كلف لا تخفى، لكنها لا تخرج بأي حال عن حدود المعتاد، ولا يتقاعس الناس من أجلها عن العمل، فأحوال الإنسان كلها كلفة في هذه الدار، في أكله وشربه وسائر تصرفاته، ولكن جعل له قدرة عليها بحيث تكون تلك التصرفات تحت قهره، لا أن يكون هو تحت قهر التصرفات، فذلك التكليف، فعلى هذا ينبغي أن يفهم يسر التكليف مع ما تضمنه من مشقة معتادة^[2]. وهذه المشاق المعتادة-المرتبطة بطبيعة التكليف الشرعية- لا تجري على وزن واحد، بل تخضع لنوع العمل وحال المكلف والظروف الزمانية والمكانية؛ ففي مجال العبادات -مثلا- ليست المشقة في صلاة الفجر كالمشقة في صلاة الظهر، ولا المشقة في الصلاة كالمشقة في الصيام، ولا المشقة في الصيام كالمشقة في الحج، ولا المشقة في ذلك كالمشقة في الجهاد، وقل نحو ذلك في جميع أعمال التكليف؛ ذلك أن كل عمل في نفسه له مشقة معتادة توازي مشقة مثله من الأعمال العادية؛ فلم تخرج عن المعتاد في الجملة^[3].

2- إن اليسر الذي اتّصفت به أحكام الشريعة ليس غاية في ذاته، وإنما هو وسيلة واقعة في طريق الامتثال لأوامر الله-تعالى- تُعين على تحقيق الغاية. والمطلوب من المكلف أن يسعى في التحقق بطاعة الله-تعالى- بتنفيذ أحكامه، وتحقيق مراده منها في جلب المصالح ودرء المفسد^[4]. فالله-تعالى وضع الشريعة على أن تكون النفوس تابعة لمقصود الشارع فيها^[5]، والذي يلتمس التخفيفات ويتتبع مواطن الرخص بعيدا عن الغاية الحقيقية من تمام العبودية وخالص الخضوع والطاعة لله-تعالى- والسعي في جلب المصالح ودرء المفسد، وإنما غايته أن يأخذ بالسهل من الأمور، بجانب للحق، ومناقض لمقصد الشارع في وضع الشريعة لإخراج

^[1] انظر: صالح بن حميد: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص: 30-31.

^[2] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص: 214.

^[3] المرجع نفسه، ج2، ص: 269.

^[4] انظر: صالح بن حميد: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص: 13-14.

^[5] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج3، ص: 24.

المكلف عن داعية هواه^[1]. فلا يصح أن ينقلب التيسير غايةً تُبَرَّر التخلي عن تكاليف الشريعة، والتملص من التزاماتها.

ثانياً: التيسير العارض

يمكن القول بأن هذا النوع من التيسير - الطارئ أو العارض- يُعدّ دليلاً آخر على تجذّر هذه الصفة العظيمة في الشريعة الإسلامية، كما يُعدّ تجسيدا لإرادة الشارع في تخفيف التكليف، ومراعاة عوارض الضعف والمشقة التي تعترض قدرة المكلف على الامتثال في مختلف الظروف والأحوال، كما قال-تعالى:- ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ [النساء:28].

فالتيسير الطارئ تخفيف استثنائي، منبثق من رحم التيسير الأصلي الذي اتّصفت به الشريعة الإسلامية، ومؤكّد لقصدتها في ملازمة وضعها ووصفها بالسماحة واليسر، ومنافاة المشقة والعسر. وفي هذا المعنى يقول الشيخ الطاهر بن عاشور-رحمه الله-: "لقد حافظ الإسلام على استدامة وصف التيسير لأحكامه؛ فقدّر إن عرض لها من العوارض الزمنية أو الحالية^[2] ما يُصيرها مشتملة على شدة أن يفتح لها باب الرخصة^[3] المشروع بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة:173]"^[4].

^[1]المرجع السابق، ج2، ص:289.

^[2]المقصود بها مراعاة أحوال المكلفين من حيث قدراتهم العقلية والمادية، ومن حيث الظروف والملابسات التي تكتنف التكليف؛ إذ إن إهمال أعمار الخلق مناف للحكمة التي اتصف بها الباري سبحانه، وتجاوز لصفة التيسير والسماحة التي اتّسمت بها الشريعة، وهذا ما فصله الإمام الشاطبي تحت عنوان: إن الرخص إضافية لا أصلية[انظر: الموافقات، ج1، ص:484].

^[3]الرخصة في اللغة: السهولة واليسر واللين. وفي الاصطلاح هي: الحكم الشرعي المتغير -عذر- إلى سهولة ويسر مع قيام السبب للحكم الأصلي، كأكل الميتة للمضطر، أو هي: "اسم لما تغير عن الأمر الأصلي -لعارض- إلى تخفيف وتيسير ترفيها وتوسيعا على أصحاب الأعدار". فهي بذلك حكم شرعي جاء على خلاف الحكم الأصلي استثناء، ويرجع إلى أصله بزوال العذر الذي أنيط به حكم الرخصة الشرعية[انظر: تاج الدين السبكي: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1419هـ-1999م، ج2، ص:26، والتجديد الأصولي، مؤلف جماعي بإشراف أحمد الريسوني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ط1، 1436هـ-2015م، ص:467].

^[4]انظر: ابن عاشور: أصول النظام الاجتماعي، ص:24.

والتيسير العارض ينطبق على جميع الترخيصات الشرعية^[1] الواردة في مختلف أحوال المشقة والحرَج؛ لأن ابتناء الحكم المخفف على العذر دليل واضح على التيسير؛ ولذلك تقرّر في كبرى القواعد الفقهية أن: "المشقة تجلب التيسير"، و"الأمر إذا ضاق اتسع"^[2].

وهذا القسم من التيسير يؤكد صلة التشريع الإسلامي بواقع الإنسان، وحرصه على صياغة بدائل وحلول تشريعية تراعي أحوال المكلف وظروفه، وبلورة أحكام استثنائية للأوضاع الخاصة، فمتى ما خرج التكليف عن المعتاد، قوبل بتشريع خاص يجلب التيسير ويدفع المشقة والحرَج.

وهذه قاعدة الشريعة في عموم التكليف، وفي معناها يقول الشاطبي-رحمه الله-: "إن الأصل الذي أدى القول بحمله على عمومته إلى الحرَج أو إلى ما لا يمكن عقلا أو شرعا، فهو غير جارٍ على استقامة ولا أطراد، فلا يستمر على الإطلاق"^[3].

ومقتضى ذلك، لزوم استثناء كل فرع أو جزئية يؤول إدراجها تحت الأصل العام إلى وقوع المكلفين في مشقة غير معتادة. وأصل القول بالاستحسان مبني على هذا الملحظ^[4]. وهذا مدرك النظر الأصولي والفقهية في بلورة القواعد التشريعية، وابتكار الحلول الملائمة للتيسير على عموم الأمة في مواطن العسر والحرَج. فإن ما تقتضيه أحوال المشاق العامة أولى بالاعتبار في تقرير الرخص؛ ولهذا كانت الأمة الإسلامية بحاجة إلى علماء أهل نظر سديد في فقه الشريعة، وتمكّن من معرفة مقاصدها، وخبرة بمواضع الحاجة في الأمة، ومقدرة على إمدادها بالمعالجة الشرعية لاستبقاء عظمتها، واسترفاء خروقتها، ووضع الهناء بمواضع النقب من أديمها^[5]. كما أن هذا النوع من التيسير يمكن التأسيس عليه في التصدي لأنواع المشاق

^[1] للإمام الشاطبي في هذه الجزئية تحقيق دقيق، أفاد فيه بأن مدلول الرخصة لا ينطبق على ما شرع استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مطلقا، كالقراض والمساقاة والقرض والسلم وما شاكلها. فلا يعتبر مثل هذا من قبيل التيسير العارض-الرخصة-؛ لكونه داخلا تحت أصل الحاجيات الكليات، والرخص لم تشرع كليات في الحكم، بل شرعيتها جزئية يقتصر فيها على موضع الحاجة[انظر: الموافقات، ج1، ص:467-468].

^[2] هذه القاعدة الفقهية بعبارتها منسوبة للإمام الشافعي-رحمه الله-كما ذكره الإمام الماوردي وغيره[انظر: علي أحمد الندوي: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، ج1، ص:134]. ومعنى القاعدة: أن التكليف إذا أصبح شاقا، لسبب من الأسباب، كضعف الإنسان، وضغط الحياة ومتطلباتها، كان سببا في التخفيف عنهم؛ لأن شارع هذا الدين رؤوف رحيم، لا يريد بعباده رهقا ولا عنتا. وعليه؛ فمهما حصل العجز في التكليف لسبب ما، انتقل الشارع بالمكلف إلى المقدار الذي يزول معه العجز، وتعود القدرة من جديد.

^[3] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج1، ص:159.

^[4] انظر: الكيلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص:296. وسيأتي تفصيل وجه الارتباط بين الاستحسان والتيسير.

^[5] انظر: الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:155-156.

والضرورات التي تتبع وتتوَع باخْتِلاف الأزمان وتباين المجتمعات، وتغيّر الظروف والملابسات. فقد تنشأ مشاق وضرورات لجيل لاحق لم تكن معروفة أو لم تكن معدودة في المشاق لجيل سابق، وتقتضي حلولاً شرعية على قاعدة التيسير الطارئ، ولا يُعدّ هذا نزولاً بالإسلام ولا تمييعاً لأحكامه، ولكن تيسيراً على الناس ورحمة وسماحة، وتجاوباً مع الأوضاع والتطورات التي تكتنف حياة الناس^[1].

الفرع الثالث: أحكام التيسير العارض

أولاً: مناط التيسير العارض

سبق القول بأن المشقة المعتادة الملازمة للتكليف، ليست مقصودة لذاتها^[2]، وليس لها أثر في رفع التكليف ولا في تخفيفه^[3]. ومفاد ذلك أن مناط التيسير العارض هو المشقة الزائدة على طبيعة التكليف، وهي المشقة التي لا يتحملها الإنسان عادة، وتُفسد على النفوس تصرفاتها، وتخلّ بنظام حياتها، وتعطل عن القيام بالأعمال النافعة غالباً^[4]. فهذه المشقة الخارجة عن معتاد المشقات، هي التي يكون مقصود الشارع فيها الرفع على الجملة^[5]. وليس من هذه المشقة ما يُتوهم بأنه منها وإن ارتفعت درجته لتتناسب عظم بعض التكاليف الشرعية، وتلائم

^[1] انظر: جمال البنا: قضية التيسير في الإسلام، دار الفكر الإسلامي، د.ط، د.ت، ص 47-48.

^[2] إنما مقصود الشارع من التكليف تحقيق مصالح العباد، والمشقة غير مقصودة. وفي هذا قال العز بن عبد السلام -رحمه الله تعالى-: "لا يصح التقرب بالمشاق؛ لأن القربات كلها تعظيم للرب سبحانه وتعالى، وليس عين المشاق تعظيماً ولا توقيراً... وقد علمنا من موارد الشرع ومصادره أن مطلوب الشرع إنما هو مصالح العباد في دينهم ودنياهم، وليست المشقة مصلحة" انظر: ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ص: 41-42. وقال الإمام الشاطبي: "إن الشارع لا يقصد نفس المشقة، بل يقصد ما في ذلك من المصالح العائدة على المكلفين، فليس للمكلف أن يقصد المشقة في التكليف نظراً إلى عظم أجرها، وله أن يقصد العمل الذي يعظم أجره لعظم مشقته من حيث هو عمل" انظر: الموافقات، ص: 215، وص: 222.

^[3] صاغ الإمام المقرئ هذا المعنى ضمن القاعدة (100) من قواعده الفقهية، فقال: "الحرص اللازم للفعل لا يسقطه، كالتعرض إلى القتل في الجهاد؛ لأنه قُدّر معه، والمنفك عنه إن كان غالباً فكذلك على المختار" انظر: المقرئ: قواعد الفقه، ص: 126.

^[4] انظر: وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 5، 1418هـ-1997م، ص: 199.

^[5] انظر: الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج 2، ص 268-269. وقد يكون الرفع بالزام المكلف بالترخص إذا كان بقاؤه على أصل الحكم يفرض إلى حرج شديد، أو فوات مصلحة، أو حصول مفسدة. وقصد الشرع بهذا التيسير -كما قال الإمام الشاطبي-: درء آثار المشقة ومفاسدها الدينية والدنيوية، المتمثلة في الخوف من الانقطاع في الطريق، وبغض العبادة، وكراهة التكليف، والخوف من الفساد على المكلف في جسمه أو عقله أو ماله أو حاله، وخوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعباد، مثل قيامه على أهله وولده، فربما كان التوغل في بعض الأعمال شاغلاً عنها، وقاطعاً بالمكلف دونها انظر: الموافقات، ج 2، ص: 233.

مقدار اهتمام الشرع بها، فالتيسير العارض لا يتعلق إلا بمواضع الحرج المعتبر شرعا، وهو "كل ما أدى إلى مشقة زائدة في البدن أو النفس أو المال حالا أو مآلا"^[1].

وقد ضبط التشريع الإسلامي حالات المشقة المعتبرة في جلب التيسير بأوصاف ظاهرة منضبطة، وشرع لها من التيسير ما يرفعها، أو يحفف من وطأتها. وتتلخص هذه الأوصاف على سبيل الإجمال في الآتي^[2]:

أ - السفر: وقد جعله الشارع سببا لكثير من الرخص والتخفيفات، التفاتا منه للمشقة التي تلازم المكلف بسببه في الغالب.

ب- المرض: والمعتبر منه في التيسير هو المرض الشديد الذي يسبب ضررا يشق احتماله أو يؤخر من شفاؤه.

ج- الإكراه: وهو حمل الغير على أمر يمتنع عنه، يقدر الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفا فانت الرضا بالمباشرة.

د- النسيان: ويعني عدم القدرة على استحضار الشيء عند الحاجة إليه.

هـ- الجهل: وهو عدم العلم بما من شأنه أن يكون عالما به.

و- عموم البلوى: ما يعسر الاحتراز أو الامتناع عنه، إلا بمشقة بالغة؛ نظرا لنزارته وخفائه، أو كثرتة وانتشاره.

ز- النقص: ومنه، نقص الصبي عن البالغ في العقل، ونقص المرأة عن الرجل في الطبيعة.

ح- الخطأ: وهو ما يصدر عن المكلف من غير عمد، سواء كان خطأ في القصد، أم في الفعل^[3].

كل هذه الأوصاف المذكورة ارتبط بها تشريع تخفيفات استثنائية مناسبة لجلب التيسير، ودفع المشقة والحرج.

^[1]انظر: صالح بن حميد: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص:57.

^[2]انظر: الكيلاني: قواعد المقاصد، ص: 343-349، والباحسين: قاعدة المشقة تجلب التيسير، ص:80.

^[3]وقد يأتي التفصيل -عند بعض العلماء- بزيادة أسباب أخرى. يقول الدكتور محمد صدقي آل بورنو: "ومع أن أصل الشريعة مبناه على التيسير ورفع الحرج، فقد شرعت إلى جانب ذلك رخص التسهيل، تابعة للعوارض التي تصيب الإنسان، سماوية كانت أو غير سماوية. فمن العوارض السماوية المسببة للتخفيف: الصغر، والجنون، والعتة، والنسيان، والنوم، والإغماء، والرق، والمرض، والموت، والحيض، والنفاس. وأما العوارض المكتسبة: فمنها الجهل، والسفه، وكذلك من أسباب التخفيف السفر، والخطأ، والإكراه[انظر: محمد صدقي آل بورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص:225-227]."

وجدير بالتتويه أن التيسير العارض يستوعب-إضافة إلى هذه الحالات-مواطن المشقة الحاصلة بسبب الضرورة، أو الحاجة، أو خوف فوات المصلحة المعتبرة، أو مراعاة مآل مقصود الدفع، أو اعتبار عرف سائد، وغيرها من الأوضاع الطارئة التي تستلزم التيسير^[1]، إلا أنه (التيسير العارض) لا يكون أبداً شريعة عامّة، وإنما يقتصر تنزيله على تحقق مناطه في الأشخاص والوقائع^[2].

وفي هذا السياق بيّن العلماء بأن ما لم يأت فيه الشرع بتحديد المشقة الجالبة للتيسير، يتعيّن تقريبه بقواعد الشرع؛ لأن ما لا يحدّ ضابطه لا يجوز تعطيله^[3]. وهذا التقريب يُفرّق بين المشقة المتعلّقة بالعبادات وتلك المتعلقة بالمعاملات، فإن كانت في العبادات اشترط لها أعلى المراتب، وإن كانت في المعاملات اكتفي بأدناها. ووجه ذلك أن العبادات تشتمل على مصالح العباد وسعادة الأبد، ورضا رب العالمين؛ فلم يجز تفويتها بأدنى المشاق مع خفّتها ويسارة احتمالها. بخلاف المعاملات التي تحصل مصالحها التي بذلت الأعيان فيها بمسمّى حقائق الشرع مهما قلّت، والتزام غير ذلك يؤدّي إلى التنازع والاختلاف وكثرة الخصام^[4]. يقول العز بن عبد السلام-رحمه الله:- "وإنما حملنا في المعاملات على الأقل، تحصيلاً لمقاصد المعاملات ومصالحها؛ فإن الحمل على الأعلى يؤدي في السّلم إلى عزة الوجود، وهي مبطلّة للسّلم. والحمل في الصفات المشروطة في البيوع على الأعلى يؤدي إلى كثرة التنازع والاختلاف، والحمل على ما بينهما لا ضابط له ولا وقوف عليه، فتعدّر تجويزه لعدم الاطلاع عليه"^[5].

ثانياً: التسبّب إلى التيسير

إذا كان الشارع الحكيم قد ربط التيسير العارض بمظان المشقة، وسنّ لها من التخفيفات ما يناسبها؛ فإنه في المقابل لم يبيح للمكلف تعاطي الأسباب قصداً للترخّص، ولم يسمح له أن يتساهل في طلب التيسير بما ليس من أسبابه، ف"أسباب الرخص أكثر ما تكون مقدّرة ومتوهمة

^[1]انظر: هشام يسري العربي: التيسير في المعاملات المالية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1433هـ-2012م، ص:56.

^[2]انظر: عبد الرزاق الكندي: التيسير في الفتوى-أسبابه وضوابطه-، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1439هـ-2008م، ص:108.

^[3]انظر: وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص:214.

^[4]انظر: الباحسين: قاعدة المشقة تجلب التيسير، ص:64 - 65، وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص:217-218.

^[5]انظر: ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ص:266، والزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص:214-215.

لا محققة، فريما عدّها المكلف شديدة وهي خفيفة في نفسها، فأدّى ذلك إلى عدم صحّة التعبد، وصار عمله ضائعاً، وغير مبني على أصل. وكثيراً ما يشاهد الإنسان ذلك، فقد تُتوهم الأمور صعبة، وليست كذلك إلا بمحض التوهم، ولو تتبع الإنسان الوهم لرمى به في مهاوٍ بعيدة، ولأبطل عليه أعمالاً كثيرة، وهذا مطّرد في العادات، والعبادات، وسائر التصرفات^[1]؛ ولذلك لم يُشرع للمكلف أن يقصد تحصيل سبب التيسير، ولا أن يتوسل بالأوهام قصد التملّص من عزائم التكليف. ومن تأمّل موارد الشريعة في الترخيص، علم أنّ شرعية الرخص جزئية، يُقتصر فيها على موضع الحاجة. فالمكفّف في الأصل محكوم بالعزائم، فإذا ما عرضت له المشقة في طريق التكليف، اندفعت بالتيسير المشروع؛ وصار البقاء على العزيمة في موضع الرخصة تنطعا^[2].

^[1]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج1، ص:508-509. وفي الحاشية من هذا الموضوع أورد المحقق لفتة تريبوية دقيقة، قال فيها: "كل من يهاب المصاعب وتساور فكره الأوهام، لا يرتفع شأنه في عمل الخير، ولا يبعد شأوه في مجال الصلاح والتقوى. وكم من إنسان يقضي حياته الطويلة دون أن يقوم فيها بعمل ذي بال، ولا علّة لوقوعه في هذا الخسران سوى تغلب الوهم وانحلال العزم عندما يلاقي مشقة أو تتمثل أمامه المخاوف، وكذلك الجماعات لا تقع في خزي وخمول أو يضيع من يدها استقلالها إلا أن تلقي أمرها إلى رأي من أسلمه فساد النشأة وقلّة التجارب إلى خور العزيمة والانقياد إلى الأوهام".

^[2]انظر: محمد عبد الرؤوف المناوي: فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط1، 1356هـ، ج1، ص:293.

الباب الأول

مرتكبات نظرية التفسير
وأثرها في عقود المعاملات المالية

تمهيد:

تقرّر البيان بأن التيسير والسّماحة هما أبرز أوصاف الشريعة الإسلامية وأعظم مقاصدها، وأن الله - تعالى - لما أراد لهذه الشريعة أن تكون عامّة ودائمة، قضى بأن ينتفي منها الإعنات فيكون تنفيذها سهلاً بين الأمة، وتكون بتلك السّماحة أشدّ ملائمة للنفوس^[1].

وقد تبلور مبدأ التيسير ضمن نظرية تشريعية، واضحة المعالم والحدود، تُسندها أصول الشريعة وقواعدها، وتوسّع امتدادها في فروع التشريع.

وفي هذا السياق يستعرض البحث نماذج من الأصول والقواعد التشريعية التي تركز عليها نظرية التيسير، مع بيان وجه علاقتها بالتيسير، وإبراز أثرها ضمن تطبيقات من فروع المعاملات المالية، من خلال الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: الأدلة الشرعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

الفصل الثاني: القواعد الشرعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

^[1]انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:67.

الفصل الأول

الأدلة الشرعية وأثرها في تفسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

المقصود بالأدلة الشرعية: المصادر التي تُستمد منها الأحكام، ويعبر عنها بأدلة الأحكام، وأصول الأحكام، ومآخذ الأحكام، وأصول الشريعة، ومصادر الشرع، ومصادر التشريع، وغيرها من المصطلحات الشائعة بين علماء الأصول، وأشهرها تداولاً: مصطلح "الأدلة الشرعية"^[1]. ويختلف حصر هذه الأدلة الشرعية حسب المناهج التشريعية التي تفرقت بين مختلف المدارس الفقهية، إلا أن الاتفاق واقع على أن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة هما المصدران الأصليان المنشئان للأحكام الشرعية، والمتضمنتان لها ابتداءً واستقلالاً، وأن غيرهما من أدلة التشريع إنما هي مصادر تبعية راجعة إليهما في كشف الأحكام وإثباتها^[2]. ويجدر التنبيه إلى أن البحث لا يُعنى بإيراد جميع الأدلة الشرعية ذات الصلة بالموضوع، ولا بتكرار ما حرّره المصنفات الأصولية في تأصيلها وتفصيلها، وإنما يكفي منها بما يحقق الغرض في بيان دور أصول التشريع في دعم نظرية التيسير، وتنزيل أثرها في عقود المعاملات المالية. ويتضح ذلك من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: القياس وأثره في تفسير المعاملات المالية

المبحث الثاني: الاستحسان وأثره في تفسير المعاملات المالية

المبحث الثالث: الاستصلاح وأثره في تفسير المعاملات المالية

المبحث الرابع: العرف وأثره في تفسير المعاملات المالية

المبحث الخامس: الاستصحاب وأثره في تفسير المعاملات المالية

^[1]انظر: التجديد الأصولي، ص: 147.

^[2]ليس المقصود بالتبعية هنا ما هو في مقابل "الأصلية" التي يعينها التقسيم المشهور عند الأصوليين للأدلة الشرعية؛ حيث يدرجون الإجماع والقياس ضمن المصادر الأصلية بعد الكتاب والسنة، ويعدّون ما سواهما مصادر تبعية. وإنما المراد تبعية هذه الأدلة للكتاب والسنة من حيث استمداد حجيتها ومصدريتها منهما، وباعتبار أن الأحكام المستفادة منها (الأدلة التبعية) لا بد أن تستند -ولو على نحو عام أو غير مباشر- إلى ما تقرر في الكتاب والسنة؛ فلولا الاستناد إلى الكتاب والسنة، لما كانت لهذه المصادر حجية وإلزامية في الدلالة على الأحكام الشرعية [انظر تفصيل هذا المعنى: التجديد الأصولي، ص: 148، وما بعدها].

المبحث الأول

القياس وأثره في تفسير عقود المعاملات المالية

يتفق جمهور الأصوليين على أن القياس دليل من الأدلة الشرعية ذات الأثر البالغ في إثراء الفقه الإسلامي عموماً، وفي فقه المعاملات المالية بصفة خاصة.

ومن هذا المنطلق يحاول البحث رصد تجليات التيسير-نظرياً وتطبيقياً-من خلال العلاقة التشريعية بين "القياس" وأحكام "المعاملات المالية"، وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم القياس

القياس في اللغة: تقدير الشيء بالشيء، يقال: قاس الشيء بغيره وعلى غيره فانقاس، أي: قدره على مثاله، وقايستُ بين شيئين، إذا قدرت بينهما، ومنه سُميَ المعيار مقياساً^[1].

والقياس في الاصطلاح هو: "طلب أحكام الفروع المسكوت عنها من الأصول المنصوص عليها، بالعلل المستنبطة من معانيها؛ ليلحق كل فرع بأصله، حتى يشركه في حكمه"^[2]. وعرفه البيضاوي^[3] بأنه: "إثباتُ مثلِ حكمٍ معلوم في معلوم آخر، لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت"^[4].

وحاصل عبارات الأصوليين أن القياس أصل من أصول التشريع، تتمثل حقيقته في التسوية في الحكم بين فرعين، أحدهما منصوص عليه، والآخر مستجدّ، بجامع اشتراكهما في العلة. ويقوم على أربعة أركان، هي: الأصل، والفرع، والحكم، والعلة. ولكل منها شروط وضوابط، مفصلة في مظانها من كتب الأصول.

^[1]انظر: أبو بكر الرازي: مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1415هـ-1995م، مادة(ق و س"، و "ق ي س")، ص:232، وإسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح "تاج اللغة وصحاح العربية"، إعداد وتصنيف: نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، دار النفائس، بيروت، 1974م، ج3، ص:967.

^[2]انظر: أبو الحسن الماوردي: أدب القاضي، تحقيق: محي هلال سرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ-1971م، ج1، ص:555، وأبو إسحاق الشيرازي: اللّمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ-1985م، ص:56.

^[3]هو: عبد الله بن عمر بن محمد بن علي، ناصر الدين، أبو الخير، الشهير بالبيضاوي، الفقيه المفسر النحوي الأصولي. من مؤلفاته: "الغاية القصوى في دراية الفتوى" في الفقه، و"منهاج الوصول إلى علم الأصول" وهو من أشهر كتب الأصول، و"أنوار التنزيل وأسرار التأويل" وهو المعروف بتفسير البيضاوي. توفي-رحمه الله تعالى- سنة(685هـ)على الراجح[انظر: تاج الدين السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي، ط2، 1413هـ، ج8، ص:157-158، وابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب، ج7، ص:685-686].

^[4]انظر: البيضاوي: منهاج الوصول إلى علم الأصول، تعليق: مصطفى شيخ مصطفى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2006م، ص:91.

المطلب الثاني: حجية القياس

يمكن القول بأن خلاصة ما استند إليه الأصوليون في إثبات حجية القياس أن تنهيه النصوص الشرعية التفصيلية، وعدم إحاطتها بأحكام الوقائع اللامتناهية، مقابل ما تقرّر قطعاً من أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله-تعالى-^[1]، يقتضي ضرورة النظر في إبداع مناهج أصولية تستثمر قواعد الشريعة العامة ونصوصها الجزئية في تقرير الأحكام الشرعية للمسائل والنوازل اللامتناهية^[2].

وأولى مقتضيات هذا النظر هو اعتماد الأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع وهو القياس^[3] القائم على رصد المعاني والعلل التي لها تأثير في تشريع الأحكام المنصوص عليها لمعرفة حكم ما لم يُنصّ عليه؛ إذ إن كثيراً من الأحكام الشرعية وردت معلّلة بأوصاف ظاهرة منضبطة، تنبئها على ارتباط الأحكام الشرعية بهذه الأوصاف وجوداً وعدمها، فإذا ما لاحظ المجتهد الوصف المنصوص عليه في نازلة لا نص فيها، طبّق عليها الحكم المنصوص عليه، بجامع الاشتراك في الوصف المؤثّر في الحكم.

وقد جرى الإمام الشاطبي على هذا المسلك العقلي في إثبات حجية القياس، وبيان أهميته وضرورته في الاجتهاد، فقال: "فلأن الوقائع في الوجود لا تتحصر، فلا يصحّ دخولها تحت الأدلة المنحصرة؛ ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره، فلا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوصاً على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد، وعند ذلك؛ فإما أن يترك الناس فيها على أهوائهم، أو ينظر فيها بغير اجتهاد شرعي، وهو-أيضاً-اتباع للهوى، وذلك كله فساد، فلا يكون بُدّ من التوقف لا إلى غاية، وهو معنى تعطيل التكليف لزوماً، وهو مؤدّ إلى تكليف ما لا يطاق، فإذا، لا بد من الاجتهاد في كل زمان؛ لأن الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان"^[4]. وعلى هذا الأساس أجمع جمهور الأصوليين على حجية القياس^[5]، واعتبروه أكثر أدلة الشريعة وأغزرها أثراً في إثبات الأحكام الشرعية للحوادث^[1].

^[1]انظر: محمد بن إدريس الشافعي: الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، المكتبة العلمية، بيروت، 1309هـ، ص: 212، والجويني: البرهان في أصول الفقه، ج2، ص: 3.

^[2]انظر: ابن العربي: المحصول في أصول الفقه، دار البيارق، الأردن، ط1، 1420هـ-1999م، ص: 125.

^[3]انظر: الجويني: البرهان في أصول الفقه، ج2، ص: 3.

^[4]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص: 38-39.

^[5]ولم يشدّ عن هذا الإجماع إلا الظاهرية وفقهاء الشيعة الإمامية[انظر: سيف الدين الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، مراجعة: عدد من العلماء، دار الحديث، القاهرة، د.ت، ج4، ص: 172، ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1،

المطلب الثالث: أثر القياس في تيسير المعاملات المالية

تقرّر مما سبق بأن القياس أصل تشريعي يجسّد شمولية الشريعة وثراءها، وهو ميدان سعتها التشريعية، ومجال النظر في تحقيق مصالح الناس^[2].

وتتجلى علاقة القياس بالتيسير من حيث كونه أصلاً تشريعياً يكفل حاجة الخلق إلى أحكام دينهم التي تناط بها مصالح دنياهم وآخرتهم؛ فلو عُدّ القياس في مظانّ الحاجة إليه لَلحِق بالناس عسر ومشقة بسبب البعد عن أحكام الله التي أنزلت لسعادة البشر والتيسير عليهم في الدنيا والآخرة؛ ولهذا نُقل عن الإمام أحمد -وهو ممن يؤخذ عليه التّشدد في الأخذ بالقياس- قوله: " لا يستغني أحد عن القياس"، وفي فقد ما لا يستغني عنه ضيق وعسر^[3].

وفي مجال المعاملات المالية يبرز دور القياس في استيعاب مسائلها بالأحكام المقيسة على مدلولات النّصوص والقواعد الشرعية المعلّلة بالتيسير، وما يرتبط بها من تحقيق المقاصد المعتبرة في المعاملات المالية. وفي هذا السياق نوّه كثير من العلماء بأن غلبة التعليل وإطراده في أحكام المعاملات المالية-بصفة خاصّة-، يجعلها أقرب إلى القبول، وأبعد عن الحرج^[4]، ويوسّع الباب إلى اعتماد القياس المبني على الحكم والمصالح^[5] الملحوظة في قواعد وأحكام المعاملات المالية، واعتبارها دليلاً في تقرير أحكام المسائل المستجدة، من حيث إن جميع

ص:86]. وفي السياق قرّر ابن العربي أن الدليل على صحة القول بالقياس لا يحصى عدّه، وجملته إجماع الصحابة، وإنكاره بُهت [انظر: ابن العربي: المحصول في أصول الفقه، ص:125].

^[1] انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:80.

^[2] عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص:169.

^[3] انظر: صالح بن حميد: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ص:292.

^[4] انظر: ابن العربي: المحصول في أصول الفقه، ص:132، والشاطبي: الموافقات، ج2، ص:520، وابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:50.

^[5] المقصود أن القياس قد يكون برد فرع لأصل، لمساواته في علة حكمه-وهو القياس الأصولي-. وقد يكون لغير ذلك، بأن يبحث المجتهد في الحادثة المستجدة عن معنى مصلحي يصلح مناطاً لحكم شرعي، فيحكم به بناء على ذلك المعنى [انظر: هشام بن سعيد أزهري: مقاصد الشريعة عند إمام الحرمين وأثارها في التصرفات المالية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1431هـ-2010م، ص:113، و129]. والقياس على الحكم والمقاصد مسلك اعتمده المناهج الأصولية الحديثة قصد تقريب الحلول الشرعية لما فرضته تطورات الحياة الاقتصادية من وقائع بعيدة عن الاشتراك في علة حكم الأصل. ويطلق على هذا النوع من القياس: القياس الكلي، أو القياس المرسل، أو القياس الإجمالي، وغيرها من الأسماء التي تعبّر عن محاولة التحرر من الشروط التقليدية للقياس، خصوصاً العلة، ليستعاض عنها بالحكمة، ولكن دائماً في إطار نقل حكم الأصل الجزئي إلى الفرع الجزئي. وقد عبر عنه ابن عاشور بقوله: "أحكام الشريعة قابلة للقياس عليها باعتبار العلل والمقاصد القريبة والعالية" [انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:119، والسعدني: استحداث العقود في الفقه الإسلامي، ص:400].

العلل ترجع إلى تحقيق مصالح الخلق، بجلب المنافع ودفع المضار، ورفع الحرج. وقد نصّ الحنفية على أن كل مصلحة اعتبر الشارع جنسها تصلح علة لحكم شرعي اعتبر الشارع جنسه، فإذا أباح الشارع عقداً من العقود لحاجة الناس إليه، صحّ أن يقاس عليه عقد آخر ثبت حاجة الناس إليه؛ لاشتراك العقدين في علة التيسير ورفع الحرج. ووجه ذلك أن الله -عز وجل- ما شرع الأحكام إلا لنفع الناس أو دفع الضرر والحرج عنهم، ومن عدل الله -سبحانه- وحكمته أن تستوي أحكام الوقائع التي استوت في عللها وأسبابها، وأن لا يبيح تصرفاً لأن في إباحته رفعا للحرج، ويحرّم تصرفاً مثله^[1].

وقد تجلّى أثر التيسير من خلال هذا النوع من القياس في تسهيل أشكال التعاقد، وتوسيع مجالاته، وتجاوز التعقيدات التي لا ترتبط بالأسس والغايات النوعية التي تقررت فيما نصّ عليه الشارع من أحكام العقود. فاقتضى اعتبار مقصد رواج الأموال وتداولها -مثلاً- تسهيلات المعاملات المالية بقدر الإمكان، وترجيح جانب ما فيه مصلحة على ما عسى أن يعترضها من خفيف المفسدة؛ ولذلك لم يشترط في التبایع حضور كلا العوضين^[2]، وشرعت البيوع على الأوصاف، واغتفر ما في ذلك من احتمال الضرر، قصداً لتسهيل المبادلة، وتيسيراً لحاجات الناس^[3].

وتأسيساً على القول بأن العلل الشرعية للأحكام هي أوصاف راجعة إلى القوانين الفقهية الكلية، وأنه ما من علة من العلل الشرعية، والأوصاف المؤثرة في تشريع الأحكام إلا هي راجعة إلى أحد الأصول العامة في الشريعة، وأن الأحكام الشرعية كلها يجمعها نظام واحد، تقضي فيه جزئياتها إلى أصول عامة وقواعد كلية، تبرز فكرة أنه ليس في الشريعة حكم جزئي مشروع

^[1] انظر: عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص: 196. وفي السياق يوضّح بعض الباحثين بأن التعليل بالمقاصد ليس مطروحاً كبديل عن التعليل بالعلل الظاهرة المنضبطة، وإنما هو توفيق لمغزى التعليل وتوسيع لمفهومه. فالأصل أن يكون التعليل بالعلل الظاهرة المنضبطة، ولكن سعة الإسلام وشموله وعقلانية منهجه التشريعي تلزم المجتهدين أن يوسعوا دائرة القياس لتشمل التعليل بالمقصد إذا غلب على الظن أنه هو المصلحة التي شرع الحكم لأجلها. وهذا التوسيع لدائرة القياس عن طريق التعليل بالمقاصد يتيح للفقهاء الإسلامي مرونة أكثر في استيعاب تغير الأحوال وتطور الأعراف انظر: جاسر عودة: الاجتهاد المقاصدي من التصور الأصولي إلى التنزيل العملي، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ط1، 2013م، ص: 83.

^[2] باستثناء ما يشترط فيه تقابض البديلين في مجلس العقد، ويشمل عقد الصرف، ومبادلة الأصناف الربوية.

^[3] انظر: السعدني: استحداث العقود في الفقه الإسلامي، ص: 426.

على خلاف سنن القياس^[1]، أو وقع التكليف به مخالفا للأصول الكلية للشريعة؛ فإنه ما من حكم شرعي مما وصفه بعض الفقهاء بأنه شرع على خلاف قياس أصل ما من الأصول، إلا وجدته بعد التأمل مشروعا على وفق قياس أصل آخر، هو به ألصق، وهو بمعناه أولى^[2]؛ ولذلك فإن قول بعض الفقهاء بأن هذا الحكم خارج عن القياس، ليس المراد منه أنه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس، بل المراد منه أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي. ومن أمثلة ذلك أن القياس يقتضي عدم جواز بيع المعدوم، لكن جاز في السلم والإجارة وغيرهما من العقود، توسعةً وتيسيرا على المكلفين^[3].

واعتماد هذا الأصل (ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس) من شأنه أن يثير القياس الفقهي في المعاملات المالية؛ ذلك أن الأصوليين اشتروا في الأصل المقيس عليه في باب القياس أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس^[4]، والقول بهذا الأصل (إثبات المعدول به عن سنن القياس) يؤدي إلى تعطيل عدد كبير من النصوص من أن تجري في القياس أصلا، ثم إن لازم هذا القول أن جميع العقود المشروعة على خلاف سنن القياس لا تصلح للقياس عليها، ولا يعتد بها في تخريج مشروعية العقود المستجدة المشتركة معها في أخص وضعها التشريعي، ولا يخفى ما في هذا المسلك من المشقة والحرَج.

^[1] ليس المقصود هنا القياس الأصولي، بل القياس الذي هو بمعنى القاعدة العامة والأصل الكلي. وإنما يتحقق الجريان على سنن القياس بانضواء المعاملة تحت القواعد المرجعية، والأصول الكلية، والتزامها بالضوابط والشروط الأساسية الحاكمة للعقود، كانتفاء الجهالة والغرر من محل العقد، وغيرها من الضوابط المقيدة لمشروعية العقود المالية، وعلى هذا يكون معنى عدول الحكم عن القياس بأن يرد (الحكم) نقضا على قياس معتبر شرعا بالاتفاق [انظر: أبو حامد الغزالي: شفاء الغليل، تحقيق: محمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ، ص: 650].

^[2] انظر: التجديد الأصولي، ص: 339. والقول بأنه ليس في الشريعة حكم على خلاف القياس مذهب كثير من العلماء، كابن تيمية وابن القيم والشاطبي وغيرهم [انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج 1، ص: 307، وابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، ص: 167، و ص: 183]. وهذا رأي جدير بالتقدير؛ لأن من ثماره اعتبار حرمة النصوص الشرعية، ومراعاة أولويتها في الاحتكام والالتزام، ومنع مصادمتها بالاجتهاد على أساس القول بمخالفتها للقياس، فالمنصوص عليه أصل بنفسه.

^[3] انظر: ابن بدران الدمشقي: المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1401هـ-1981م، ص: 313.

^[4] انظر: الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج 4، ص: 397. والقول بمرور بعض الأحكام على خلاف القياس هو مذهب جماهير أهل العلم من الأصوليين والفقهاء [انظر: عماد محمد أبو صفط: المعدول به عن سنن القياس-دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة ماجستير، سنة: 2006م، كلية الدراسات العليا، عمان، الأردن، ص: 23]. ولكن ليس عدم عدول الأصل المقيس عليه عن القياس شرطا مطلقا في صحة القياس عليه، كما سيأتي بيانه.

بيد أن المتأمل في مقتضى الموقفين، يستنتج-في تقديري- بأن مؤداهما معاً إلى تأكيد القيمة المرجعية للقياس في تيسير التشريع عموماً، وتيسير المعاملات المالية بصفة خاصة؛ إذ إنَّ القول بورود بعض العقود على خلاف القياس معلل عند أصحابه بالحاجة^[1] الجالبة للرفق والتيسير، ومن ذلك قول العز بن عبد السلام^[2]-رحمه الله-: "اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وأجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربي على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفسد الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة، أو مصلحة تربي على تلك المفسد، وكل ذلك رحمة بعباده، ونظر لهم، ورفق بهم، وعبر عن ذلك كله بما خالف القياس"^[3].

والمعدول به عن القياس إذا عُقل له معنى يصلح أن يكون مقصوداً للشارع لكونه مناسباً لتحصيل مصلحة، أو دفع مفسدة، ووُجد ذلك المعنى في محل آخر، وغلب على ظن المجتهد جواز القياس، فلا مانع^[4]. وقد ذهب الحنفية إلى جواز القياس على أصل مخالف في نفسه للأصول، إذا ورد به الشرع ودل عليه الدليل^[5]. وهذا المذهب عزاه الإمام المقرئ^[6] إلى المالكية،

^[1] وما شرع من الأحكام للحاجة غايته الرفق والتيسير [انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:21، وابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:91، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:1005، وأحمد كافي: الحاجة الشرعية-حدودها وقواعدها-، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ-2004م، ص:33].

^[2] هو: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي، المغربي أصلاً، الدمشقي مولداً، الملقب بسُلطان العلماء. صاحب قدم راسخة في الفقه والأصول والتفسير والعربية. من أشهر تصانيفه: "الغاية في أصول النهاية" في الفقه، و"قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، توفي-رحمه الله تعالى- سنة(660هـ) [انظر: تاج الدين السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: عبد الفتاح محمد الطلو ومحمد محمود الطناحي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ط1، 1338هـ-1964م، ج8، ص:209 وما بعدها، وعبد الرحيم الأسنوي: طبقات الشافعية، تحقيق: عبد الله الجبوري، دار العلوم، الرياض، ط1401هـ، ج2، ص:197-198].

^[3] انظر: ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص:440.

^[4] انظر: نجم الدين الطوفي: شرح مختصر الروضة، ج3، ص:303. ويؤيد هذا المعنى ما قرره مصطفى الزرقا بأن ما ثبت على خلاف القياس يمكن أن يقاس عليه في العلة التي خالف فيها القياس، كدفع الحرج، وسد الذرائع، حيثما دعت الحاجة إليهما [انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:1017].

^[5] انظر: منصور بن عبد الجبار السمعاني: قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج2، ص:119.

^[6] هو: محمد بن أحمد القرشي التلمساني، أبو عبد الله، الشهير بالمقرئ، أصولي وفقهه، من محققي المذهب المالكي وأكابر فحوله. له مصنفات كثيرة منها: "قواعد الفقه"، و"عمل من طب لمن حب"، و"الحقائق والرقائق"، وغيرها. توفي -رحمه الله

حيث أكد بأن التوسعة العامّة -عندهم- توجب الاستثناء من الأصول، قياساً على ما وردت به النصوص^[1].

أما القول بعدم وجود حكم مشروع على خلاف القياس، وأن ما شرع بالنص هو أصل بنفسه، فيظهر أثره في تيسير المعاملات المالية، من خلال اعتبار التيسير علة مشروعية العقود التي دلت النصوص على مشروعيتها رغم تجاوزها لبعض القواعد والضوابط الحاكمة على العقود^[2].

وحاصل القول أن هذا النوع من العقود سواء اعتبرت أصلاً بنفسها، أو استثناء من القواعد العامّة للتعاقد، إنما غايتها مراعاة حاجة عامة الناس إليها. وحاجة الناس أصل في شرع العقود؛ فتشريع على وجه ترتفع به الحاجة، ويكون موافقاً لأصول الشرع^[3].

وقد جسّد الفقه الإسلامي هذا النوع من الاجتهاد-المستند إلى القياس- بإضفاء الرفق والتيسير على كثير من مسائل المعاملات المالية، اعتباراً لمعنى تيسيري يجمعها بالمنصوص عليه. ومن جملتها -مثلاً- ما عدّه بعض فقهاء المالكية من مسائل قيست على رخصة العرايا بجامع الرفق والمعروف؛ كمسألة السفاتج^[4]؛ وهي سلف الخائف من غرر الطريق، يعطي بموضع ويأخذ حيث يكون متاع الآخذ، فينتفع الدافع والقابض.

ومسألة المُسلف طعاماً مسوّساً أو معفوناً أو مبلولاً في الشدة يأخذ جديداً عند الرخص، وفي معناه مسلف الأخضر يأخذ يابساً، فإن لم تكن مسغبة مُنع بلا خلاف. وينخرط في هذا السلك مسألة دار الأشقالة؛ وهي: المعاصر، يأتيها من معه زيتون، فيقدّر ما يخرج، فيأخذه

تعالى-سنة(756هـ)[انظر: صديق حسن خان: التاج المكلل من جواهر الطراز الآخر والأول، ص: 316-318، ومحمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص:334].

^[1]انظر: المقري: قواعد الفقه، ق(884)، ص:419

^[2]فقد جاءت النصوص بتقرير مشروعية كثير من المعاملات المالية، رغم عدم انضباطها مع شروط التعاقد، ومنها: عقد السلم، وعقود الإقالة، والحوالة، والرهن، والقرض، والشركة، والصلح، والوكالة، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والمضاربة، والإعارة، والإيداع، ومنها ثبوت الخيار في البيع، وتشريع الاستصناع، والاستحقاق بالشفعة، وغيرها[انظر: وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص:161-162].

^[3]انظر: السرخسي: كتاب المبسوط، ج15، ص:76.

^[4]السفاتج لغة: جمع سُفْتَجَة، وهي في الأصل كلمة فارسية معربة، أصلها(سفتة)، وهي: الشيء المحكم. وفي الاصطلاح الفقهي: عبارة عن رقعة أو كتاب أو صلح يكتبه الشخص لنائبه أو مدينه في بلد آخر يلزمه بدفع مبلغ من المال لشخص أقرضه مثله. وقد سميت هذه المعاملة سفتجة لما فيها من إحكام الأمر وتوثيقه وتجنب الغناء والخطر[انظر: حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:244].

زيتا، ويعطيهم الأجرة^[1]. فلا شك أن مدرك الحكم في هذه المسائل وأمثالها القياس على الرخص.

ومن التطبيقات التي تجلّى فيها أثر القياس المعلّل بالتيسير: عقد الجعالة، وهو: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول يعسر ضبطه. وصورتها: أن يجعل الرجل جعله على عمل يعمل له إن أكمل العمل. وإن لم يكمله لم يكن له شيء وذهب عناؤه باطلا. وهو في القياس (الأصل) غرر، إلا أن الشرع قد جوّزه. فقد كان موجودا في معاملات الناس جاهلية وإسلاما، فأقرّ النبي -صلى الله عليه وسلم- فعله ولم يتعرّض لإبطاله، مع علمه بذلك. وهو أصل في نفسه كالقراض والمساواة، لا يقاس على الإجارة، ولا تقاس الإجارة عليه وإن أخذ شبهة منها. ومحل الرخصة في عقد الجعالة هو الجهل بالعمل وعدم تقديره؛ إذ لا يشترط في الجعالة العلم بالعمل والمدة، بل من لوازمه جهالة مقدار العمل ومدته، وهذه الجهالة ملازمة للجعالة وتفرضها طبيعة العقد^[2].

وقد اتّجهت الاجتهادات الفقهية المعاصرة إلى اعتماد عقد الجعالة أصلا في استلحاق مشروعية الكثير من صور المعاملات الحديثة التي يتعذر فيها ضبط مدة العمل ومقداره، من قبيل: شركات التنقيب عن المعادن واستخراج المياه، وعمليات السمسة، وتحقيق الاكتشافات والاختراعات والتصاميم، ومسابقات التصميم والتطوير للأبنية والمنتجات الصناعية والاكتشافات الطبية، إضافة إلى إمكانية استخدامها في استصلاح الأراضي واستخراج الموارد الطبيعية بتخصيص مبلغ ما لشركات التنقيب عليها^[3]. فهذه الفروع وأمثالها تدل على أن علة القياس الكبرى الراجعة على ما يعارضها هي التيسير ودفع المشقة والحرص من أجل تحقيق مصالح الناس في معاملاتهم. فما تخلف عنه هذا الوصف من الأحكام هو الخارج عن القياس الصحيح حقا، أما ما خالف حكم أصله تحصيليا لمصالح المكلفين، أو دفعا للمشاق عنهم، فهو الجاري حقا على وفق القياس، الملائم لمقاصد الشارع في جملة من التكاليف^[4].

^[1]انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص: 81-82، والحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص: 152.

^[2]انظر: ابن رشد: المقدمات الممهدة، ج2، ص: 205-206.

^[3]انظر: إلياس دردور: تطبيقات الواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة، دار المازري، تونس، ط1، 1440هـ/2018م، ص: 105-106.

^[4]نخبة من العلماء: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، طبع مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1434هـ-2013م، ج5، ص: 523.

المبحث الثاني

الاستحسان وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

الاستحسان من الأدلة التشريعية المعتبرة في استنباط الأحكام الشرعية بين أغلب المدارس الفقهية، ويتجلى أثره في فقه المعاملات المالية بصفة خاصة، من خلال تجسيد صلة التشريع بالتيسير، واستحضار مقاصده الكبرى في التحقيق والتطبيق.

المطلب الأول: تعريف الاستحسان

الاستحسان لغةً: من الحُسن، ضد القبح. والحسن عبارة عن كل مبهج مرغوب فيه، وذلك على ثلاثة أضرب: مستحسن من جهة العقل، ومستحسن من جهة الهوى، ومستحسن من جهة الحسّ. يقال: فلان يستحسن كذا؛ أي: يعده حسناً، ويعتقده حسناً^[1].

تعريف الاستحسان اصطلاحاً:

أ- تعريف الحنفية:

من أشهر تعريفات الحنفية للاستحسان، قولهم: "الاستحسان هو: العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه"، وقولهم: "العدول في مسألة عن حكم بمثل حكمه في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى"^[2].

ب- تعريف المالكية:

عرف ابن الحاجب^[3] الاستحسان بأنه: "العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه"^[4].

^[1] انظر: الكفوي: الكليات، ص: 107، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مادة (ح س ن)، ج 2، ص: 57، وابن منظور: لسان العرب، مادة (ح س ن)، مج 2، ص: 877، والأصفهاني: المفردات، ص: 155.

^[2] انظر: سراج الدين الأرموني: التحصيل من المحصول، تحقيق: عبد الحميد علي أبو زيد، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط 2، 1432هـ-2001م، ج 2، ص: 318، والغزالي: المستصفي من علم الأصول، ج 1، ص: 414.

^[3] هو: جمال الدين، أبو عمرو، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، الشهير بابن الحاجب، الفقيه المالكي، المقرئ الأصولي. كان رأساً في العربية وعلم النظر. من مؤلفاته: "الكافية" في النحو، و"مختصر الفقه" استخرجه من ستين كتاباً في فقه المالكية ويسمى "جامع الأمهات"، و"منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل" في أصول الفقه. توفي رحمه الله تعالى سنة (646هـ) [انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 23، ص: 264-266، وابن فرحون: الديباج، ج 2، ص: 86-89].

^[4] انظر: ابن الحاجب: مختصر ابن الحاجب مع شرحه الردود والنقود للبابرتي، تحقيق: ترحيب ربيعان الدوسري، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1426هـ-2005م، ج 2، ص: 674.

وقال ابن العربي في تعريفه: "الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخُّص بمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته..، وقد تتبَّعناه في مذهبنا وألفيناه أيضا منقسما أقساما: فمنه ترك الدليل للمصلحة، ومنه ترك الدليل للعرف، ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة، ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق، ومثَّل له بإجازة التفاضل اليسير في المراطلة^[1] الكبيرة، وإجازة بيع وصف في اليسير^[2]."

وبين الإمام الشاطبي بأن الاستحسان في مذهب مالك هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل^[3] على القياس^[4]، ونقل عن ابن رشد-الجد^[5] - قوله: "الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس: هو أن يكون طرد القياس يؤدِّي إلى غلو في الحكم أو مبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به في ذلك الموضوع"^[6].

ج- تعريف الحنابلة: قال الطوفي^[7]: "وأجود ما قيل فيه" - "أي: في الاستحسان-: هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص"^[8].

^[1] المراطلة هي: بيع ذهب به وزنا، أو فضة كذلك [انظر: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص: 341].

^[2] انظر: ابن العربي: المحصول، ص: 132. وقد أشاد الدكتور يعقوب الباحسين بهذا التعريف، وقال: إنه فهم جيد لدليل الاستحسان، حيث صرح بأنه رخصة يؤخذ بها استثناء من مقتضى الدليل [انظر: الباحسين: الاستحسان، حقيقته، أنواعه، حجيته، وتطبيقاته المعاصرة، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1428هـ-1007م، ص: 35].

^[3] الاستدلال المرسل عبارة عن ربط الحكم بالمعنى المناسب الذي لا يستند لأصل معين [انظر: علال الفاسي: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ص: 164].

^[4] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص: 194.

^[5] هو: محمد بن أحمد بن محمد المالكي القرطبي، المكنى بأبي الوليد، والمعروف بابن رشد الجد. من مصنفاته: "المقدمات الممهدة"، و"البيان والتحصيل"، و"توازل ابن رشد" أو كما عرفت: "فتاوى ابن رشد". توفي-رحمه الله تعالى- سنة (520هـ) [انظر: ابن فرحون: الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث العربي، القاهرة، ط1، ج2، ص: 248-249، ومخلف: شجرة النور الزكية، ج1، ص: 190].

^[6] انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص: 139.

^[7] هو: نجم الدين، سليمان بن عبد القوي الطوفي، أحد الأصوليين المبرزين في المدرسة الحنبلية. من مصنفاته: "الإكسير في قواعد التفسير"، و"الرياض النواضر في الأشباه والنظائر"، و"شرح مختصر الروضة". توفي-رحمه الله تعالى- سنة (716هـ) [انظر: ابن الشطي البغدادي: مختصر طبقات الحنابلة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1406هـ-1996م، ص: 60، وابن مفلح: المقصد الأرشدي في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1410هـ-1990م، ج1، ص: 425-426].

^[8] انظر: الطوفي: شرح مختصر الروضة، ج3، ص: 197.

وقد لاحظ بعض الباحثين بأن أغلب الأصوليين ركّزوا على الناحية الشكلية في تعريف الاستحسان، وهي استثناء جزئية من حكم دليل أو قاعدة، ولكنهم لم يبدوا اهتماما بما يدفع إلى هذا الاستثناء، وإنما نسبوه إلى الأدلة التي أثبتته، مع أن هذه الأدلة التي يتنوع الاستحسان بتنوعها يجمعها خيط واحد هو التيسير ورفع الحرج، وكان لا بدّ أن يُنصّ على هذا المعنى في التعريف. وبناء على هذا الملحظ اختار أن يعرّف الاستحسان بأنه: "العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي التخفيف، ويكشف عن وجود حرج عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم"^[1]. وهذا-في تقديري- تعريف يفيد ببيان حقيقة الاستحسان وأثره الدقيق في رصد ملابسات التكليف، واعتبارها في تنزيل الأحكام الشرعية على محالّها.

المطلب الثاني: حجية الاستحسان

لا خلاف بين العلماء في أن الاستحسان -الذي هو بمعنى ترك الدليل إلى دليل هو أقوى منه، أو ترجيح أحد الدليلين بمرجّح معتبر ليس في الشرع ما يخالفه- حجة في التشريع، وإن وقع الخلاف حول مدى إعماله توسيعاً وتضييقاً^[2].

وتستند حجيته إلى استقراء منهج الشارع الحكيم في بناء كثير من الأحكام على الاستحسان القائم على الاستثناء من النصوص والقواعد العامة، تلافياً لضرر معتبر، أو تحصيلاً لصالح مقصود، كما هو شائع في مواطن الاستثناءات الكثيرة الواردة في نصوص الشريعة وقواعدها الكلية، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها حكماً، إلا أن ذلك الحكم يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك. وله في الشرع أدلة كثيرة كالقرض -مثلاً- فإنه ربا في الأصل؛ لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيض لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق وحرج على المكلفين، وهذا نمط من الأدلة الدالة على صحة القول بهذه القاعدة، ويندرج في سلكها سائر الترخّصات الشرعية؛ لأنها ترجع في الحقيقة إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفسدات على

^[1]انظر: الباحثين: الاستحسان، ص: 39-41.

^[2]انظر: السمعاني: قواطع الأدلة في الأصول، ج2، ص: 268، والشاطبي: الاعتصام، ج2، ص: 139، والطوفي: شرح مختصر الروضة، ج3، ص: 197، والغزالي: المستصفى، ج1، ص: 414. وقد أشار الإمام الشاطبي إلى تفاوت العلماء في مدى الأخذ به، وذكر بأن الإمام مالك يعدّه تسعة أعشار العلم[انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص: 138].

الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك؛ لأننا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، فكان الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه^[1]. كما تهض مشروعية الاستحسان على الأدلة والقواعد الشرعية التي يستند إليها، من نصّ، أو إجماع، أو مصلحة، أو عرف، أو ضرورة، أو رفع حرج، أو غيرها. ولا يخفى أن حجية هذه الأصول في الشريعة بمقام، ومن حجيتها تتقرر حجية الاستحسان، بل إنها الأدلة المباشرة في إثباته. ولئن جاز التخصيص بالقياس الذي يعتوره الظن والاحتمال، فجوازه بهذه القواعد الشرعية المعتمدة أولى^[2]، وقد قال ابن العربي -رحمه الله-: "والعموم يتخصص بالقياس، فكيف بالقواعد المؤسسة العامة؟!"^[3].

وتجدر الإشارة إلى أن الاستحسان بهذا المعنى ليس في الحقيقة مصدرا تستنبط منه الأحكام، بل له وظيفة أخرى تتعلق بالدليل نفسه، فهو -كما عبّر عنه الإمام الشاطبي- غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر إلى لوازمها ومآلاتها^[4].

المطلب الثالث: أثر الاستحسان في تيسير المعاملات المالية

خلصت مجمل عبارات العلماء في تعريف الاستحسان إلى أنه "مفهوم مصلي يقوم على النظر المالي، وعلى اعتبار مصلحة المحلّ وتقديمها على معارضة الكلي"^[5]، كما أنه يستند إلى أدلة شرعية^[6] يحكمها معنى مشترك، وتربطها غاية أساسية هي التيسير ورفع الحرج^[1]،

^[1]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:194-195. وفي هذا المعنى يقول ابن العربي: "وكذلك اعتبر قصد المعروف في العرايا واستثنيت من قاعدة الربا بخروجها عن مقصود البيع في المكايسة وانحطاطها في شغب الرفق والمكارمة" [انظر: ابن العربي: القيس في شرح موطن مالك بن أنس، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1992م، ج2، ص:803].

^[2]انظر: الباحثين: الاستحسان، ص:103 وما بعدها، وعبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص:77-78، وحاتم باي: الأصول الاجتهادية، ص:384.

^[3]انظر: ابن العربي: القيس في شرح موطن مالك بن أنس، ج2، ص:820.

^[4]أي: بالمفهوم الأصولي؛ بمعنى أن الاستحسان ليس أصلا استنباطيا أو دليلا إجماليا، بل طريقة من طرق التعامل مع النصوص، وإن عدّ في العرف الأصولي مصدرا من مصادر التشريع التبعية. وتأمل كيف جعله الشاطبي من قواعد النظر في مآلات الأفعال [انظر: يوسف بن عبد الله احميتو: مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت، ط1، 2012م، ص:276، والشاطبي: الموافقات، ج5، ص:198-199].

^[5]انظر: فريد الأنصاري: المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1424هـ-2004م، ص:487.

^[6]تتعدّد أدلة الاستحسان، أو وجوه الاستحسان، أو مسوغات العدول عن مقتضى الحكم الأصلي، وتختلف باختلاف مذاهب القائلين به، فمنها: الاستحسان بالنص، والاستحسان بالإجماع، والاستحسان بالضرورة، والاستحسان بالعرف، والاستحسان

وهي من أظهر الوجوه التي تسوّج الاستحسان وتقتضيه^[2]. وقد أورد كثير من العلماء تعريف الاستحسان باعتبار هذه الغاية- التيسير ورفع الحرج-، مؤكّدين متانة الصلة بينهما، فعبر عنه ابن رشد بأنه" طرح لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع"^[3]. وقال ابن العربي: "إن قول مالك وأصحابه: أستحسن كذا، إنما معناه: أوثر ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والترخّص بمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته"^[4].

وكان الإمام الشاطبي أبلغ تصريحاً بأثر الاستحسان في التيسير، حيث قال: "وكثيراً ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي؛ فيكون إجراء القياس مطلقاً في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارد، فيستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي، أو الضروري مع التكميلي، وهو ظاهر"^[5]. وفي موضع آخر من كتابه "الاعتصام" استقرأ صوراً من استحسانات العلماء، ثم قال: "قال العلماء: ولقد بالغ مالك في هذا الباب وأمعن فيه، فجوّز أن يُستأجر الأجير بطعامه، وإن كان لا ينضبط مقدار أكله، ليسار أمره، وخفة خطبه، وعدم المشاحة..، فتأملوا كيف وجّه الاستثناء من الأصول الثابتة بالحرج والمشقة؟ وأين هذا من زعم الزاعم أنه استحسان العقل بحسب العوائد فقط؟ يتبين لك بؤن ما بين المنزلتين"^[6].

بمراعاة الخلاف، وغيرها[انظر: ابن العربي: المحصول، ص:131، والشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:139 وما بعدها، والباحسين: الاستحسان، ص:64 وما بعدها].

^[1]فالاستحسان ترخّص تشهد له الرّخص الواقعة في الشريعة التي ترجع إلى المأل في جلب المصالح ودرء المفسد على الخصوص[انظر: يوسف بن عبد الله احميتو: مبدأ اعتبار المأل في البحث الفقهي، ص:286]، ولكن لما كان التيسير وصفاً غير منضبط، لجأ العلماء إلى أوصاف ظاهرة منضبطة هي مظنته، فنوعوا الاستحسان بحسبها[انظر: الباحثين: الاستحسان، ص:40].

^[2]انظر: الكيلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص:296-297.

^[3]انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:139.

^[4]انظر: ابن العربي: المحصول من علم الأصول، ص:132.

^[5]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:194.

^[6]انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:145.

وقبل ذلك نقل الإمام السرخسي^[1] عن بعض شيوخه عبارات تؤكد قوة الارتباط بين الاستحسان والتيسير، ثم أتبعها بقوله: "وحاصل هذه العبارات أنه (الاستحسان) ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين"^[2]. ومن خلال هذا يتبين بأن غاية الاستحسان توثيق أصل مبدأ رفع الحرج في الواقع والتطبيق، من حيث إنه يستثني طرد بعض الأصول والقواعد التي قد يؤول إجراؤها إلى وقوع المكلفين في الحرج، فيكون هذا الاستثناء حفاظاً على يسر الشريعة وسماحتها^[3].

ومن خلال هذا تتأكد قوة الصلة بين الاستحسان والتيسير، ويبرز أثره في تيسير المعاملات المالية. ومن شواهد ذلك:

1- الاستثناءات الواردة على أصل الغرر^[4]: إن الأصل الثابت في الشرع أن انعقاد المعاملات على الغرر ممنوع^[5]، لكن النظر الفقهي اقتضى عدم طرد هذا الأصل مطلقاً، فضيق نطاق الغرر المؤثر في صحة عقود المعاملات المالية، واستثنى من قاعدة المنع ما يؤول إلى المشقة والحرج^[6]؛ لأن "الحرج مدفوع بالنص، وفي موضع الضرورة (والحاجة) يتحقق معنى الحرج لو

^[1] هو: محمد بن أحمد بن أبي سهيل، السرخسي، شمس الأئمة، أحد أعلام المذهب الحنفي في الفقه والأصول. من مؤلفاته: "المبسوط في الفقه"، و"أصول السرخسي"، و"شرح السير الكبير"، وغيرها. توفي 483هـ [انظر: أبو الوفاء القرشي: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج2، ص: 28، والزركلي: الأعلام، ج5، ص: 315].

^[2] مما نقله في هذا الموضوع من أقوال شيوخه: "الاستحسان هو ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس"، أو هو "طلب السهولة في الأحكام فيما يُبتلى به الخاص والعام"، وقيل: "هو الأخذ بالسعة وابتغاء ما فيه الدعة. والأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة" [انظر: السرخسي: المبسوط، ج10، ص: 136].

^[3] انظر: الكيلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 296.

^[4] يوصف العقد بالغرر إذا كان مستور العاقبة (مجهول العاقبة)، أي: لا يدري هل يحصل المعقود عليه أم لا. ويوصف بالجهالة إذا عُلم حصوله وجهلت صفته [انظر: القرافي: الفروق، ج3، ص: 403، والصدّيق محمد الأمين الضرير: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، سلسلة صالح كامل للرسائل العلمية الجامعية، جدة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1416هـ - 1995م، ص: 53-60، والجرجاني: التعريفات، ص: 208].

^[5] لما ورد أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع الغرر. رواه مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب، كتاب البيوع، باب بيع الغرر، حديث رقم: 75، وهو مرسل باتفاق رواة الموطأ. وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، رقم (1513)، [3/1153]، وأخرجه أبو داود في سننه: كتاب البيوع، باب في بيع الغرر، رقم (3376)، [ص: 68]، وأخرجه ابن ماجة في سننه: كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر، رقم (2194)، [ص: 377].

^[6] يقول الإمام جلال الدين بن شاس -رحمه الله-: "الغرر الممنوع هو ما كثر وغلب حتى صار وصفا للعقد، وهذا لا خلاف في المنع منه، أما يسير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقده؛ لأنه لا يكاد يخلو منه عقد، وإنما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر، هل هو في حيز الكثير الذي يمنع الصحة، أو في حيز القليل الذي لا يمنعها؟". وعبر

أخذ فيه بالقياس، فكان متروكا بالنص^[1]. وعلى أساس هذا الاستحسان رُخص في يسير الغرر؛ لئلا تتحسر أبواب المعاملات، وتفتت مصالحها، ويصير حال الناس إلى العنت والضيق. يقول الإمام الشاطبي: "نفي جميع الغرر في العقود لا يُقدر عليه، وهو يضيق أبواب المعاملات، ويحسم أبواب المعاوضات. ونفي الغرر إنما يطلب تكميلا ورفعاً لما عسى أن يقع من نزاع، فهو من الأمور المكّلة، والتكميلات إذا أفضى اعتبارها إلى إبطال المكّلات سقطت جملة، تحصيلاً للمُهم، حسبما تبين في الأصول. فوجب أن يسامح في بعض أنواع الغرر التي لا ينفك عنها؛ إذ يشق طلب الانفكاك عنها، فسومح المكلف بيسير الغرر، لضيق الاحتراز مع تقاها ما يحصل من الغرض..، ومن هذا القبيل مسألة التقدير في ماء الحمام ومدة اللبث^[2]".

ثم إن تفاوت الاجتهادات الفقهية في تقدير يسير الغرر، مكّن من توسيع أثره في التيسير إلى حيث يقلُّ النزاع وتمسّ الحاجة إلى المسامحة، " وهذه حسنة من حسنات الفقه الإسلامي الكبرى، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف المناسبات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذا مسايرة الحضارة المتطورة في كل عصر، ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة -دون القواعد الجامدة- إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجري بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتعاقبة^[3]".

ومن أمثلة الاستحسان بيسير الغرر: جواز استئجار الأجير بطعامه وإن كان لا ينضبط مقدار أكله، فالأصل المنع؛ لأن الإجارة على أجرة مجهولة لا تجوز، طرداً لقاعدة الإجارة؛ لكن استثنيت هذه المسألة من أصل المنع ليسار أمره وخفة خطبه، وعدم المشاحة^[4]. ومنها: بيع ما يكمن في الأرض، وبيع ما يختفي في قشره، والبيع بغير ذكر الثمن، والبيع بسعر السوق، والبيع

الإمام المقري عن هذا بأن ما كان من الغرر نزرًا يسيرًا غير مقصود، وتدعو الضرورة إلى العفو عنه فلا يؤثر في فساد البيع، ورأى أن هذا هو المنفق عليه، وأن الخلاف بين العلماء في المسائل المشتملة على الغرر راجع إلى هذا الأصل، فمن أجاز قدر أن الغرر فيما يسأل عنه غير مقصود، ومن منع قدر أن الغرر مقصود^[انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج2، ص:4-5].

[1] انظر: السرخسي: أصول السرخسي، ج2، ص:203.

[2] انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:143-144. وفي ذلك قال شاه ولي الله الدهلوي: "وما كل جهالة تفسد البيع؛ فإن كثيرا من الأمور يترك مهملاً في البيع، واشتراط الاستقصاء ضرر ولكن المفسد هو المفضي إلى المنازعة^[انظر: ولي الله الدهلوي: حجة الله البالغة، تحقيق: سيد سابق، دار الجيل، بيروت، ط1، 1426هـ-2005م، ج2، ص:169]".

[3] انظر: السنهوري: مصادر الحق، ج3، ص:56.

[4] انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:144.

بربح نسبة مئوية من الثمن، وتأجيل الثمن إلى الميسرة، وبيع المشتري المبيع قبل قبضه^[1]، وبيع العين الغائبة الموصوفة^[2]، وغيرها. ففي هذه النماذج وما شاكلها يتجلى دور الاستحسان في رصد مآل الالتزام الصارم بالقياس، وتقدير آثار الانضواء الدائم تحت الشروط والضوابط الحاكمة على عقود المعاملات المالية، ومن ثم القيام بما تقتضيه قواعد الموازنات الشرعية بين أثر الغرر، ومقدار المشقة والضرر.

2- الاستثناءات الواردة بسبب الحاجة: ويظهر ذلك من خلال استثناء مواطن الحاجة من التقيد ببعض قواعد أو ضوابط التعاقد، دفعا للمشقة والحرَج، حيث قدّرت بعض الاجتهادات الفقهية تجاوز شرط السلامة من الغرر مهما كانت صفته وصفة العقد؛ لأن العقود شرعت لحاجة الناس إليها، وفي منعهم مما هم في حاجة إليه حرج ومشقة؛ ولهذا كان من عدل الشارع ورحمته بالناس أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليها، ولو كان فيها غرر^[3]؛ لأن ضرر تحريمها أشد من ضرر الغرر. والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيض المحرم، فكيف إذا كانت المفسدة منتفية -كما يقول ابن تيمية رحمه الله-^[4]؟

ومن أمثلة ما يندرج تحت هذا النوع الاستحسان المستند إلى الحاجة^[5]:

1- مشروعية تعديل الالتزامات العقدية، أو تخفيفها، في مظان الحاجة إلى رفع الحرج والرفق بالناس، استثناء من أصل وجوب الوفاء بالقوة الملزمة للعقد^[1].

^[1]وأغلب هذه الآراء مقررة في مذهب الموسعين وهم المالكية والحنابلة. وقد حصر المالكية منع الطعام قبل قبضه في طعام المعاوضة، وأجازوه فيما يباع منه جزافا، وفي الإقالة والشركة والتولية، وفي التبرع مطلقا[انظر: ابن جزي: القوانين الفقهية، ص:208].

^[2]انظر: الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص:589-590. ولا يخفى أنها مسائل تفاوتت أنظار الفقهاء في تكييفها بناء على اختلافهم في تقدير نسبة الغرر. وقد حظيت المدرسة المالكية بمكانة الصدارة في توضيح مدى الغرر المؤثر في العقود، فكانت الأرحب والأقرب إلى ملائمة مقصد الشارع في تيسير المعاملات المالية ودرء المشقة والحرَج؛ ولهذا قال ابن تيمية -رحمه الله- بعد تفصيله لمذاهب الفقهاء في مسألة الغرر: "إذا تبين ذلك، فأصول مالك في البيوع أجود من أصول غيره"[انظر: ابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، ص:118].

^[3]انظر: الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص:600.

^[4]ونص قوله: "وقد رُخص فيما تدعو إليه الحاجة من الغرر؛ فإن تحريمه أشد ضررا من ضرر كونه غررا"[انظر: ابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، ص:118، وص:133].

^[5]فالحاجة مرجع الاستحسان ومستنده في العدول عن القياس للرفق والتيسير، وقد يعبر عنها بعض الفقهاء بالضرورة تجوزا[انظر: الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص:601 وما بعدها، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:112].

2- إجازة الفقهاء لكثير من العقود المستحدثة استثناء من قواعد المنع، دفعا للحرج والمشقة، كبيع الوفاء، والبيع بما ينقطع عليه السعر، وعقد التحكير في الأموال الموقوفة، وبعض الصور المطوّرة عن عقود الإجارة والمرابحة والاستصناع، وغيرها^[2].

3- مشروعية خيار التعيين في الشئيين أو الثلاثة، للحاجة إلى دفع الغبن^[1]، " ولا يجوز هذا الخيار في أكثر من الثلاثة. والقياس أن يفسد البيع في الكل، ولكن الحاجة إلى هذا البيع متحققة؛ لأن الإنسان قد يحتاج في اختيار ما هو الأرفق والأوفق إلى رأي غيره"^[2].

^[1]والاستحسان هنا يعدّ من أهم الأصول التي قامت عليها نظرية الظروف الطارئة، واتسع نطاقها في كثير من المعاملات المالية[انظر: الباحثين: الاستحسان وتطبيقاته المعاصرة، ص:179-1802، وقذافي عزات الغنائيم: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية: دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1428هـ-2008م، ص:39-40، والدريني: النظريات الفقهية، ص:139].

^[2]انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:79. والقول بمشروعية بيع الوفاء هو مذهب الحنفية، وحقيقته: أن يبيع شخص عينا لشخص آخر بثمن معين أو بالدين الذي عليه له، على شرط أنه متى رد البائع الثمن على المشتري أو أدى دينه يرد إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير. ووجه التيسير فيه أن أصحاب رؤوس الأموال النقدية صاروا لا يطمنون إلى القرض الحسن الخالي عن المنفعة، وفي الوقت نفسه يتحرج الناس من الربا لحرمة، فالتمسوا المخرج في طريقة استثمارية تكون بعيدة عن صورة الربا، ومحقة لمنفعة متبادلة ترغب المشتري في الإقراض، وتيسّر على المحتاج الاستقراض[انظر: مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص:102، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:611 وما بعدها، وقنديل: استحداث العقود في الفقه الإسلامي، ص:569]. والبيع بما ينقطع عليه السعر، أي: بما يستقر عليه السعر في يوم البيع، دون تحديد الثمن عند العقد، هو مذهب الحنابلة، ويشبهه بيع الاستجرار عند متأخري الحنفية، وحقيقته: أن يأخذ المشتري حاجاته اليومية من مواد التغذية وغيرها، دون الاتفاق على ثمن كل منها عند الأخذ، ثم يحاسبه مدة بعد أخرى. وهو المسمى اليوم بطريقة الحساب الجاري، ووجه الاستحسان فيه: استنناؤه من أصل جهالة الثمن. وقريب منه ما يصطلح عليه المالكية بـ"بيعة أهل المدينة"، وحاصلها: أن أهل المدينة أجازوا أن يشتري الرجل لبنا أو رطبا أو لحما أو خبزا ممن يديم العمل في ذلك بسعر معلوم، ويأخذ كل يوم قدرا محددا، على أن يكون الثمن مؤجلا إلى أجل معلوم أو حكم المعلوم. وهو تجويز يلج من باب الاستثناء من أصل منع بيع الدين بالدين لحاجة الناس ومصالحتهم. يقول ابن العربي: "وأما السلم في الرطب واللبن والشروع في أخذه فهي مسألة مدنية اجتمع عليها أهل المدينة، وهي مبنية على قاعدة المصلحة؛ لأن المرء يحتاج إلى أخذ اللبن والرطب مياومة(يومية)، ويشق أن يأخذ كل يوم ابتداء؛ لأن النقد قد لا يحضره، وأن السعر قد يختلف عليه، وصاحب النخل واللبن يحتاج إلى النقد؛ لأن الذي عنده عروض لا يتصرف له، فلما اشتركا في الحاجة رخص لهما في هذه المعاملة"[انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:563، والحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص:516-517، وابن العربي: القبس، ص:832، وحاتم باي: الأصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي، ص:321]. وعقد التحكير هو: أن يتفق متولي أو ناظر الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغا يكفي لتعمير عقار الوقف المبني، المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل. ومثل هذه المعاملة تسمى عند المغاربة بالكراء المؤبد والخلّو والجلسة والجزاء [انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص:140، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:633]. ولها صور أخرى في المعاملات المالية المعاصرة[انظر: شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:58-78].

- 4- مشروعية الإجارة بجزء من العمل^[3] استثناء من أصل المنع من جهالة العوض في الإجارة.
- 5- إجارة الاشتراك في اللبن لاستخلاص جبنه، وفي الحبوب لاستخلاص زيوتها، وفي الطعام لأكله. والقياس يمنع ذلك بسبب الغرر المتوقع فيما قد يحصل من التفاوت والتفاضل بين المشتركين^[4].

والفصل في هذه المسائل-كما قال صاحب النوازل الكبرى- هو أن الأمر إذا اضطر إليه ولا محيد عنه أصلا إلا بمشقة تلحق الناس في أبدانهم وأموالهم كمسألة الخماس، فالأمر فيها سهل^[5].

^[1]العَيْن عند الفقهاء هو: النقص في أحد العوضين، بأن يكون أحدهما أقل مما يساوي البديل الآخر عند التعاقد، فهو من جهة الغابن تملك مال بما يزيد عن قيمته، ومن جهة المغبون تملك مال بأكثر من قيمته[انظر: حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:341].

^[2]انظر: المرغيناني: شرح فتح القدير على الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ-2003م، ج6، ص:300. والأصل في هذه الصورة من البيع المنع لجهالة المبيع؛ إذ هو واحد غير معين من ثلاثة أشياء. أما وجه التيسير المستحسن في خيار التعيين فيتمثل في أن الشخص قد يقوم بشراء الشيء (كالثوب مثلا) لمن يتعذر حضوره لمكان البيع(كالصغار والنساء والمرضى)، فلا تندفع الحاجة إلى اختيار الثوب الأليق والأوفق إلا بهذا الصنيع. والاقتصار على الثلاثة لكون الحاجة تندفع بهذا العدد؛ لانحصار الاختيار عادة بين الجيد والوسط والرديء، وما أبيع للحاجة يقدر بقدرها.

^[3]الإجارة بجزء من العمل، هي: عقد على منفعة مقصودة مباحة، بعوض معلوم مشاع، ناتج من عمل الأجير[انظر: عبد الرحمن بن عثمان الجلود: الإجارة بجزء من العمل- صورها، حكمها، تكييفها- بحث علمي محكم، مجلة العدل، العدد(37) محرم 1429هـ، ص:198]. وهذا نوع من الإجارة التي تمس حاجة الناس إليها، ومن صورها: عصر الزيتون بجزء منه، ونسج الثياب بجزء منها، وطحن الحب بجزء من الدقيق أو النخالة، والرعي بشيء من النسل أو الدر، وتحصيل الديون بجزء من الدين المحصل، وإدارة العقارات بجزء من أجرتها، والتسويق للبضائع بجزء من قيمتها، والترافع في القضايا بجزء من المبلغ المحكوم به، وتسليم سيارة أجرة ونحوها للعمل عليها بجزء من ريعها.

^[4]وقد ورد في هذه المسألة جواب الإمام الشاطبي، حين سئل عن اشتراك الناس في اللبن لاستخلاص جبنه، وعن المعارف يشتركون في العجن والإدام وطبخ لحم وما أشبه ذلك، ثم يقتسمونه أو يأكلونه جميعا، ولا مشاحة بينهم. فكانت خلاصة جوابه: " إن الأصول تمنع ذلك؛ لأن الألبان تختلف في مقدار ما يخرج منها من الجبن، فإذا خلطوا ألبانهم على أجزاء معلومة لم يكن الخارج منها على تلك النسبة لكل واحد، بل على اختلاف النسبة، أو بجهل التساوي في النسبة، فصار كل واحد يزاين صاحبه، والمزابنة منهي عنها(المزابنة بيع مجهول بمجهول من جنسه، وبيع معلوم بمجهول من جنسه)، إلا أن الشرع قد جاء بالتخفيف، ولكثير من الناس الحاجة في الخط المذكور، سيما لمن كان له اليسير من اللبن الذي لا يخرج منه جبن على أصل انفرداه، ولا على وجه الانتفاع به في بيع أو غيره إلا بحرج إن خرج. وأيضا فإن العادة في الرعاة أن يذهبوا بكثير من مواشي الناس إلى المواضع البعيدة طلبا للمراعي، ولو كلفوا عند الحلب أن يحلبوا لكل واحد ممن له في الماشية شيء لم يمكنهم، فضلا عن أن يعتقدوا له جبنه على حدة، فصار الحرج شديدا، واقتضى هذا الأصل جواز خلط الألبان[انظر: الشاطبي: فتاوى الإمام الشاطبي، تحقيق: محمد أبو الأجباف، مطبعة طيباوي للطبع والنشر، الجزائر، ص:157-159].

^[5]انظر: المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، 1419هـ-1998م، ج8، ص:117.

المبحث الثالث

المصالح المرسله وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

المصلحة المرسله أو الاستصلاح^[1] أحد أدلة التشريع التي تجسد حكمة الشريعة الإسلامية ورحمتها، وتؤكد غايتها في الإحاطة بمصالح الخلق العاجلة والآجلة.

المطلب الأول: مفهوم المصلحة المرسله

-تعريف المصلحة باعتبارها مركبا وصفيا:

المصلحة في اللغة: من الصّلاح ضد الفساد، وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه، والمصلحة: الصّلاح والمنفعة. والاستصلاح نقيض الاستفساد، واستصلح: نقيض استفسد، والاستصلاح: طلب الصّلاح^[2]. يقول الشيخ الطاهر بن عاشور: " أما المصلحة فهي كاسمها: شيء فيه صلاح قوي؛ ولذلك اشتق لها صيغة "المفعلة" الدالة على اسم المكان الذي يكثر فيه ما منه اشتقاقه، وهو هنا مكان مجازي"^[3].

والمصلحة في الاصطلاح: هي المنفعة التي قصدتها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، وفق ترتيب معين فيما بينها..، والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه^[4].
وتتميز المصلحة الشرعية بالخصائص الآتية:

^[1]الاستصلاح: مصطلح استعمله الإمام الغزالي للتعبير عن الاجتهاد التشريعي القائم على أصل المصالح المرسله. وقد أشار الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه تسمية جديدة في مقابل لفظ "الاستحسان"، وأنه أفضل من تعبير غيره عن ذلك بلفظ "المصالح المرسله"، الذي لا يفيد إلا معنى المصالح نفسها، لا معنى عملية بناء الأحكام على أساسها. وأطلق عليه إمام الحرمين والسمعاني اسم "الاستدلال" [انظر: الغزالي: المستصفى، ج1، ص:414، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:100، والسمعاني: قواطع الأدلة في الأصول، ج2، ص:259، والزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ-2000م، ج4، ص:377].

^[2]انظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص:229، والمعجم الوسيط، ص:520، والأصفهاني: المفردات، ص:373.

^[3]انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:71.

^[4]انظر: البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص:27، والرازي: المحصول في علم الأصول، ج3، ص:1554، والغزالي: المستصفى، ج1، ص:416، والشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:113، وابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:71.

1- شمولها لما هو ديني وما هو دنيوي، ولما هو حسي مادي بدني، ولما هو نفسي معنوي روعي، كما أنها متضمنة لمصالح العاجل والآجل، وللمقاصد وللوسائل^[1]، وتشمل-أيضا- دفع المفسدة^[2].

2- لا يصحّ اعتبار المصلحة بمعناها الذاتي أساسا لبناء الأحكام الشرعية، بل لا بد أن يكون لها شاهد من الشرع بالاعتبار؛ دفعا لتضارب العقول، وتناقض الأهواء والآراء في وزن المصالح وبناء الشرائع. يقول الإمام الشاطبي: "المصالح المجتنبه شرعا والمفاسد المستدفة، إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس، في جلب مصالحها العادية أو دفع مفسدها العادية..، وهذا النظر كله أساسه كون المصالح مشروعة لإقامة هذه الدنيا، لا لإجابة دواعي الهوى"^[3]. فالصلاح والفساد في الأفعال إنما يعتبر كل منهما أثرا لأحكام الشرع، ولا يصح للخبرات العادية، أو الموازين العقلية والتجريبية أن تستقل بفهم مصالح العباد وتقريرها، إذ لو جاز اعتبار شيء من ذلك كله لكانت الشريعة محكومة بخبرات الناس وأفكارهم وتجاربهم.

3- اعتبار المصالح بحسب ما غلب: فالمصلحة تعدّ مصلحة متى كان صلاحها ونفعها غالبا، أو كان عاقبة أمرها خيرا؛ إذ الامتزاج بين المصالح والمفاسد يكاد يكون مطّردا، ومصالح الدنيا ومفاسدها إنما تعدّ مصالح أو مفسد على وجه التغليب لا غير^[4].

4- تفاوت مراتب المصالح، واختلاف أوزانها مبدأ ثابت في الشريعة؛ ولأجل مراعاته في التطبيق عمد العلماء إلى بيان رتب المصالح ومعايير ترتيبها، وتقرير قواعد المفاضلة والترجيح بينها. فانقسمت من حيث قوتها^[5] إلى ثلاثة أقسام: ضرورية وحاجية وتحسينية، واقتضى ذلك تقديم الضروريات على الحاجيات، وتقديمهما معا على التحسينيات. وانقسمت الضروريات فيما بينها إلى خمس كليات جامعة مرتّبة، هي: الدين والنفس والنسل والعقل والمال. وانقسمت

^[1]المقاصد هنا هي ذات المصالح، والوسائل هي الطرق المفضية إليها[انظر: القرافي: الفروق، ج3، ص:63-64].

^[2]انظر: التجديد الأصولي، ص:412-413.

^[3]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:63-65.

^[4]المرجع السابق، ج2، ص:44-45، والتجديد الأصولي، ص:414-415، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:104-105.

^[5]تفاوت المصالح بهذا الاعتبار عبر عنه الشيخ الطاهر بن عاشور بـ "اعتبار آثارها في الأمة"[انظر: الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:87].

المصالح كلها إلى مصالح عامّة وخاصّة، وكلّية وجزئية، واعتُبر فيها تقديم العامة على الخاصة، والكلية على الجزئية^[1].

وفي إطار هذه التقسيمات تتمايز المصالح الشرعية باعتبار شهادة الشّرع لها، فما شهد الشّرع باعتباره هي مصالح مقبولة، لا إشكال في الاعتداد بها والعمل بمقتضاها، وإلا عدّ ذلك مناقضة للشريعة. وما شهد الشّرع بإلغائه، فلا سبيل إلى قبوله، ولا اعتداد به في بناء الأحكام؛ لأنّ الشارع نفسه ألغى هذه المصالح وأبطلها، وذلك دليل على وجوب اطّراحها^[2]. والنوع الثالث: مصالح لم تشهد لها شواهد الشّرع الخاصة بالاعتبار ولا بالإلغاء، ولكنها في التحقيق ملائمة لتصرّفات الشّرع، ومنضوية تحت قواعده ومقاصده، حيث وُجد لها جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين. وهذا هو الاستدلال المرسل، المسمى بالمصالح المرسلّة^[3].

وبهذا يتضح بأن المصلحة المرسلّة أخصّ من مطلق المصلحة؛ فـ "المرسلّة مصلحة بقيد السكوت عنها تعيينا، مع اعتبار الشّرع لها اعتبارا عاما"^[4].

و"المرسلّة" في اللغة مأخوذة من الإرسال، وهو الإطلاق. يقال: أرسلت الكلام إرسالاً: أطلقته من غير تقييد^[5]. ووجه الإرسال في هذا القسم من "المصالح" هو عدم تقييد الشارع لها- عينا- بالاعتبار أو الإلغاء. يقول الشيخ الطاهر بن عاشور: "ومعنى كونها مرسلّة: أن الشريعة أرسلتها، فلم تنط بها حكما معيناً، ولا يُلغى في الشريعة لها حكم شرعي فنقاس هي عليه، فهي إذن كالفرس المرسل غير المقيد"^[6]. ولما تبيّن أن المصالح المرسلّة لا بدّ أن تنضوي تحت دليل شرعي كلي يتناول جنسها البعيد؛ فإن إرسالها ليس على وجه الحقيقة اللغوية، بمعنى خلوّها التام عن أي دليل شرعي، وإنما هو اصطلاح مجازي فُصد به التفريق بينها وبين القياس^[7].

^[1] يقول الإمام الغزالي: " ونحن نعلم أن الشّرع يُؤثر حفظ الكلّي على الجزئي" [انظر: الغزالي: المستصفى، ج1، ص:425].

^[2] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:18 وما بعدها، وص:68-97، والاعتصام، ج2، ص:113، والغزالي: المستصفى، ج1، ص:414-416.

^[3] الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:114-115.

^[4] انظر: القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، بيروت، ط1424هـ-2004م، ص:306.

^[5] انظر: الفيومي: المصباح المنير، ص:86.

^[6] انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:93.

^[7] انظر: البوطي: ضوابط المصلحة، ص:326-327.

والمصلحة المرسلّة: لقب لكل منفعة داخلة في مقاصد الشّارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء^[1]. وعبر عنها القاضي ابن العربي بأنها "كل معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامّة في الخليقة"^[2]. وقد يأتي التعبير عن هذا الدليل الشرعي بـ "الاستصلاح" ويقصد به: الاعتماد على المصلحة المرسلّة في ترتيب الحكم الشرعي، بحيث يحقّقها على المطلوب، أو: بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلّة^[3].

ودفعاً لما قد يُتوهم من تداخل بين مفهومي الاستصلاح والاستحسان، يجدر التنبيه إلى أن الدليلين وإن اتّحدا معاً في وظيفة رصد ورعاية المصالح الشّرعية في تشريع الأحكام، إلا أنّهما يفترقان من حيث علاقتهما بالأدلة الشرعية واستنادهما إليها؛ فالاستحسان: استثناء من النصوص والقواعد القياسية رعاية لحاجات الناس ومصالحهم. أما الاستصلاح فلا يتوقّف جريانه على مخالفة الأصول، بل يستند إلى مطلق المصلحة الجارية على سنن المصالح الشرعية المعترية، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "فإن قيل: هذا من باب المصالح المرسلّة لا من باب الاستحسان؟ قلنا: نعم، إلا أنّهم صوّروا الاستحسان تصوّر الاستثناء من القواعد، بخلاف المصالح المرسلّة"^[4].

كما يلزم التتويه-أيضاً-في سياق ضبط مفهوم هذا الدليل بأن إقحام ما يسمى بـ "المصلحة الملغاة" ضمن أقسام المصالح لا يستقيم -عند التحقيق- مع مبدأ وضع الشريعة لاستصلاح الخلق، من حيث إن "المصلحة الملغاة" لا تُعدّ في حقيقتها أو مآلها مصلحة، وإنما هي مفسدة؛ لأن الشّرع الذي تنحصر مقاصده في جلب المصالح وتكثيرها، لا يمكن أن يلغي أي مصلحة حقيقية للناس، فما ألغاه الشّرع لا يكون مصلحة إلا عند الضرورات التي تبيح المحظورات^[5].

المطلب الثاني: حجية الاستصلاح

رغم ما تداولته المصنّفات الأصولية من اختلاف العلماء-نظرياً- حول حجّية مبدأ الاستصلاح، ومدى مشروعيته في الاستدلال، إلا أن استقراء مسالك النظر لدى مختلف

^[1]انظر: المرجع السابق، ص:277.

^[2]انظر: ابن العربي: القبس، ص:779.

^[3]انظر: المرجع نفسه، ص:307، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:100، وخلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص:86.

^[4]انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:141، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:112-113.

^[5]انظر: التجديد الأصولي، ص:410-411.

المدارس الفقهية يفيد باتفاقها عمليا على حجية هذا الأصل^[1]، من حيث إنه لا يمكن لشريعة تضافرت نصوصها القطعية، واتحدت أحكامها وقواعدها على رعاية مصالح العباد قليلها وكثيرها، إلا أن تشرع أبوابها لاستلحاق كل مصلحة تضاهي المصالح الشرعية المعتمدة. وقد دل استقراء النصوص الشرعية على أن الشارع الحكيم قاصدٌ فيها مصالح العباد، وأن أحكام الشريعة دائرة معها حيث دارت، فما من مصلحة إلا وهي داخلة ضمن أوامرها ومندرجة في اعتبارها، وما من مفسدة إلا وهي مشمولة بالنهي والذم^[2]. وقد شاع في فقه الصحابة منذ عهد الخلافة الراشدة اعتماد المصلحة المرسلّة في معالجة القضايا الطارئة، التي لم يعهد لها حكم في نصّ أو إجماع أو قياس^[3]، ولا شك أن اتفاقهم دليل على اعتبارها في مسالك النظر الفقهي. بل إن هذه الحجية أولى بالاعتبار من حجية القياس، من حيث إنه إلحاق جزئي حادث لا يعرف له حكم في الشرع، بجزئي ثابت حكمه في الشريعة، للمماثلة بينهما في العلة المستتبطة، وهي مصلحة جزئية ظنية غالبا لقلّة صور العلة المنصوصة. أما الاستصلاح فهو قياس مصلحة كلية حادثّة في الأمة لا يعرف لها حكم، على كلية ثابت اعتبارها في الشريعة باستقراء أدلة الشريعة الذي هو قطعي أو ظني قريب من القطعي^[4].

وحري بالبيان أن المصلحة المرسلّة المنوطة بهذه القيمة التشريعية ليست نزعة مزاجية، أو مقارنة عرفية، أو عقلية، أو تقديرا منفلتا لا يعبأ بالنصوص والقواعد الشرعية، بل لا بدّ أن

^[1] ففي مجال التطبيق تضيق دائرة الخلاف، ويحصر في مدى إعمال المصلحة المرسلّة بين مؤسّع ومضيق. وهذا كاف في إثبات حجيتها عند الجميع. يقول الإمام الزركشي: "والمشهور اختصاص المالكية بها (المصلحة المرسلّة)، وليس كذلك، فإن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة، ولا معنى للمصلحة المرسلّة إلا ذلك" [انظر: الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، ج4، ص:194]. بيد أن ما نسب للمالكية من اختصاصهم بالمصلحة ما هو إلا نسبة زيادة وتوسّع في الأخذ بها. يقول القرافي: "وأما المصلحة المرسلّة فالمقول أنها خاصة بنا، وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهدا بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلّة، فهي حينئذ في جميع المذاهب". ويقول ابن دقيق العيد: "الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحا على غيره في هذا النوع، وبليبه أحمد بن حنبل. ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما" [انظر: القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص:306. والزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، ج7، ص:351].

^[2] عبّر القرافي عن هذا المعنى بقوله: "فإن أوامر الشرع تتبع المصالح الخالصة، أو الراجحة، ونواهيه تتبع المفساد الخالصة أو الراجحة" [انظر: القرافي: الفروق، ج2، ص:239، وابن عبد السلام: قواعد الأحكام، ج2، ص:188، والشاطبي: الموافقات، ج2، ص:520].

^[3] من قبيل: جمع المصاحف، واتخاذ الدواوين، وتضمين الصناع، وقتل الجماعة بالواحد، وحدّ شارب الخمر ثمانين، وغيرها [انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:115-118].

^[4] انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:93.

تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشارع، لا تتنافى أصلاً من أصوله، ولا تتناقض دليلاً من دلائله، وأن يكون عامّة النظر فيها إنما هو فيما عَقِلَ منها، وجرى على وفق المناسبات المعقولة، التي إذا عرضت على العقول تلقفتها بالقبول، وأن تكون راجعة إلى حفظ أمر ضروري ورفع حرج لازم في الدين^[1]، وهي "شرائط لا يعرفها إلا من أتعب نفسه في تحصيل الشريعة وفهم أسرارها"^[2].

المطلب الثالث: أثر الاستصلاح في تيسير المعاملات المالية

يتلخّص مما سبق أن الاستصلاح يترسّم أثر القياس والاستحسان في إثراء التشريع بالأحكام المنبثقة من كليات الشريعة وقواعدها، الجارية على مقاصدها في جلب المصالح ودرء المفسدات. وانفتاح التشريع الإسلامي للاجتهاد على أساس المصلحة المرسلّة، يعدّ دليلاً على شمولية الشريعة وسعتها وتيسيرها، ويؤكّد شدّة ارتباطها بمصالح الناس في كل زمان ومكان^[3]؛ فلو اقتصر التشريع على الأحكام المبنية على المصالح المنصوص على اعتبارها لتعطلّ كثير من مصالح الناس، وللحق بهم من الضرر والمشقة ما لا يتفق مع مقاصد التشريع في رعاية مصالح الخلق على قاعدة التيسير ورفع الحرج^[4].

وتتجلّى علاقة الاستصلاح بالتيسير في كون المصالح المرسلّة راجعة إلى حفظ أمر ضروري، أو رفع حرج لازم في الدين؛ فلو تُرك العمل بالمصلحة المعقولة في موضعها لصارت أحوال الناس إلى الضيق والعنت. ورجوعها إلى رفع الحرج راجع إلى باب التخفيف لا إلى

^[1] ويشترط بعضهم أن تكون المصلحة في ذاتها: ضرورية وقطعية وكلية[انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص: 129-133، ومحمد بن الحسن الحجوي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مطبعة إدارة المعارف، الرباط، 1345هـ، ج1، ص: 69، والبوطي: ضوابط المصلحة، ص: 107 وما بعدها، والغزالي: المستصفى، ج1، ص: 430-431].

^[2] انظر: أبو العباس الهنتاني: مطالع التمام ونصائح الأنام، تحقيق: عبد الخالق أحمدون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، 2003م، ص: 286.

^[3] وهنا يؤكّد د. يعقوب الباحثين بأن مما يوضح أن مراعاة المصلحة فيه تيسير وتخفيف ودفع للمشقة المترتبة على عدم اعتبارها، أنها طريق لبيان أحكام ما يجدر من النوازل، وفقاً لما تقتضيه المصالح التي لم يرد بشأنها نص خاص..، فهي من الأدلة الحيوية التي يتحقق بها إثراء الفقه الإسلامي وتجديد خصوبته[انظر: الباحثين: قاعدة المشقة تجلب التيسير، ص: 312].

^[4] انظر: الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص: 763، وعبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص: 98.

التشديد^[1]، و"دفع المشقة عن النفوس مصلحة، ولو أدت إلى خلاف القواعد، وهي ضرورة مؤثرة في التشريع"^[2].

ويعدّ مجال المعاملات المالية من أوسع أبواب الفقه اعتداداً بالمصلحة المرسلة في النظر والاجتهاد وما يرتبط بذلك من التيسير، باعتبار أن أحكامها (المعاملات المالية) مندرجة في سلك المعقولية والتعليل، "حيث لا يوجد حكم واحد مسلوب الحكمة التشريعية أو المصلحة التي شرع لأجلها"^[3]. ومن شواهد الاستصلاح التيسيري في فروع المعاملات المالية:

1- تكييف الشروط والضوابط والأوصاف المطلوبة في مشروعية عقود المعاملات المالية، بحسب اختلاف طرقها إلى تحقيق مصالح الناس^[4]: ويتجلى ذلك في التطبيقات الآتية:

أ- تكييف أثر الجهالة في العقود باعتبار المصلحة؛ فتمنع (الجهالة) إذا كانت موجبة للإخلال بمصالح العقود، كالبياعات وأكثر أنواع الإجازات. وتشترط إذا كان نفيها مفوّتاً لمصلحة العقد، كاشتراطها في عقود الجعالة، وعقود الإجارة على العمل في الأعيان، كخياطة الثياب ونحوها؛ فإن مصلحة هذه العقود تقتضي إمضاءها على جهالة مدة العمل^[5].

ب- دوران صفتي اللزوم والجواز في عقود المعاملات المالية على المصلحة. فمع كون اللزوم أصلاً في العقود؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود عليه، أو المعقود به، ودفع الحاجات، إلا أن هناك قسماً من العقود لا تدرك مصلحتها إلا بانعقادها على صفة الجواز، فلم يشترط فيها اللزوم نفيًا لضرر فوات مصلحتها^[6].

د- توسّع الشريعة في وسائل انعقاد التبرعات، تشوّفاً للتكثير منها لما فيها من المصالح العامة والخاصة^[7].

[1] انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:133.

[2] انظر: أبوزهرة: مالك-حياته وعصره، آراؤه وفقهه- دار الفكر العربي، بيروت، ط2، 1952م، ص:295.

[3] انظر: الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1429هـ-2008م، ص:518.

[4] انظر: البوطي: ضوابط المصلحة، ص:77.

[5] انظر: القرافي: الفروق، ج4، ص:26-28.

[6] انظر: المرجع نفسه، ص:29-30. والعقد اللازم هو: ما لا يكون فيه للعاقد حق الرجوع عنه برغبته. ويقابله العقد الجائز، وهو: الذي يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون توقف على رضا الطرف الآخر [انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:513، وعدنان التركماني: ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، ص:197، والموسوعة الفقهية، ج30، ص:228].

[7] انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:213.

2- ما قرّره الحنفية والمالكية من مشروعية بيع المواسم الثمرية في الكروم، وسائر الأشجار ذات الثمار المتلاحقة(التي تتعقد على أصولها دفعة بعد أخرى)، متى ظهر بعض هذه الثمار فقط وبدا صلاحها؛ لأن المصلحة تقضي بتجوز هذا البيع لحاجة الناس إليه^[1].

3- استثناء المالكية الجالب من غير أهل البلد من عدم جواز البيع بخلاف سعر السوق، خلافا لقاعدتهم في حق أهل البلد. و" مناط الاستثناء في التجوز في هذه المسألة: هو النظر إلى المصلحة العامة؛ ذلك أن الجالب لو ألزم بالبيع بسعر السوق، لكان ذلك سببا إلى قطع الجلب، وفي ذلك من الضرر العام ما فيه، فأجاز المالكية لهذا الجالب أن يبيع كيفما شاء، نظرا للمصلحة العامة"^[2]. قال ابن العربي: " وهذا مبني على قاعدة المصلحة؛ فإن الجالب لو قيل له كما يقال للرجل من أهل السوق: " إما أن تبيع بسعرنا وإما أن تقوم عن سوقنا"، لانقطع الجلب واستنصر الناس"^[3].

4- توسيع عقد المضاربة إلى مجالات الزراعة والصناعة وغيرها، وعدم قصره على التجارة؛ جرياً على مقصد الشارع في تشريع هذه المعاملة على صورة تتعاضد فيها الجهود مع الأموال لتحقيق مصلحة المتعاقدين في الربح^[4].

5- جواز المساهمة أو التعامل في أسهم شركات أصل نشاطها حلال، ولكنها تودع أو تقترض بالربا في حدود قليلة. وهو اجتهاد مصلحي تبنته معظم هيئات الفتاوى والرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية، تيسيراً على الناس^[5].

^[1]انظر: يوسف بن دونالد الفندلاوي: تهذيب المسالك إلى نصرة مذهب مالك، تحقيق: أحمد البوشيخي، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط2، 2011م، ج3، ص:60-63، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:481-482. وقد ذكر المؤلف في (ص483) أن هذا القول هو مذهب مالك أيضاً، ونقل عنه: " إذا ظهر فيه(الزرع) الخارج الأول يجوز بيعه؛ لأن فيه ضرورة؛ لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج. ووجه الاستصلاح في هذه المسألة تخصيص منع بيع المعدوم بالمصلحة"^[1]وانظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:134.

^[2]انظر: حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي، ص:165-166.

^[3]انظر: ابن العربي: القبس في شرح موطن مالك بن أنس، ج2، ص:838.

^[4]انظر: محمد بوركاب: المصالح المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ-2002م، ص:392. وأورد المؤلف-أيضاً- بعض الجوانب المطوّرة في عقود المضاربة المعاصرة بناء على مدرك المصلحة، منها: مشروعية الاستثمار الجماعي(خلط مال المضاربة بغيره)، وكيفيات مستحدثة في توزيع ناتج الربح، وغيرها.

^[5]انظر: التجديد الأصولي، ص:440.

7-ترجيح القول بمشروعية وقف العقود^[1]، (أي: تعليق العقود على الإجازة)، ومنه جواز تصرف الفضولي؛ لما في ذلك من التيسير والتوسعة على الناس، ورعاية مصالحهم؛ لأن مقتضى القول بوقف العقود أن صاحب الحق إذا رأى مصلحته في التصرف أمضاه، وإلا ألغاه، ولا ضرر عليه. قال ابن تيمية -رحمه الله-: "والقول بوقف العقود مطلقاً هو الأظهر في الحجّة، وهو قول الجمهور، وليس ذلك إضراراً أصلاً، بل صلاح بلا فساد؛ فإن الرجل قد يرى أن يشتري لغيره، أو يبيع له، أو يستأجر له، أو يوجب له، ثم يشاوره، فإن رضي وإلا لم يصبه ما يضره، ..، وأما مع الحاجة فالقول به لا بدّ منه"^[2].

وعلى هذا المسلك أجرى العلماء مبدأ الاستصلاح رعايةً للتيسير في عقود المعاملات المالية من خلال تطوير صورها، وتوسيع دائرة مشروعيتها، والتخفيف من القيود الواردة عليها؛ وملائمة لقاعدة الشرع " في إجازة الأمر الكلي الحاجي-أي: ما يضطر الناس إليه، ولا محيد لهم عنه أصلاً، أو بمشقة"^[3].

ومن هذه الأمثلة وغيرها يتجلى دور الاستصلاح في إثراء التشريع المالي، والسلوك به إلى تحقيق مصالح الناس، وتلبية حاجاتهم، ودفع المشقة والحرَج عنهم، ولا شك أن الأخذ بهذا المنهاج الذي سلكه فقهاء المالكية والحنابلة-بصفة خاصة- يجعل الشريعة الإسلامية خصبة مثرية منتجة مشبعة لحاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان^[4].

^[1]الوقف في اللغة: السكون. يقال: وقفت الدابة وقفاً ووقوفاً: سكنت، ووقفت الدار وقفاً: حبستها في سبيل الله، ووقفت الأمر على حضور زيد: عأقت الحكم فيه على حضوره[انظر: الفيومي: المصباح المنير، ص:256]. والعقد الموقوف في الاصطلاح، هو: التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً[انظر: عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة-1974م، ص:45]. والقول بجواز وقف العقود على الإجازة مطلقاً هو مذهب أبي حنيفة ومالك، ورواية عن أحمد، والردّ مطلقاً هو قول الشافعي، ورواية عن أحمد[انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:509، والحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص:38، والشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج2، ص:21، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن محمد الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج4، ص:8].

^[2]انظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425هـ-2004م، ج20، ص:570، وج29، ص:284.

^[3]انظر: الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، ج8، ص:117.

^[4]انظر: أبو زهرة: مالك، ص:311.

المبحث الرابع

العرف وأثره في تفسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

العرف دليل من الأدلة الشرعية ذات الأثر البالغ في الاجتهاد الفقهي عموماً، وفي مجال المعاملات المالية بصفة خاصة. وضمن هذا السياق يتناول البحث تحليل مفهوم العرف وتحديد العلاقة بينه وبين مصطلح "العادة"، ثم يتطرق إلى حجتيه، وبيان أثره في عقود المعاملات المالية.

المطلب الأول: مفهوم العرف والعادة

أ- مفهوم العرف

أولاً: مفهوم العرف في اللغة:

تدور مادة (ع ر ف) -حسب المعاجم اللغوية- حول جملة من المعاني، منها:

- 1- العُرف-بضم العين-: المعروف، وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير، وتطمئن إليه. والعرف والعارفة والمعروف واحد، ضد النكر. وهو-أيضاً-من الاعتراف، والرمل المرتفع، ومنبت الشعر، والریش من العنق، نحو: عرف الديك والفرس والدابة وغيرها.
- 2- العرف-بفتح العين-: الرائحة، وأكثر ما تستعمل في الرائحة الطيبة.
- 3- العرف-بكسر العين-: الصبر.

ويذكر أئمة اللغة أن هذه كلمة "العرف" يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسّات، وكُرّم من المعاني، وقد تستعمل فيما يُشعر بمتابعة الأشياء بعضها للبعض، ويخلصون إلى أنها ترجع إلى أصلين اثنين، هما: تتابع الشيء متّصلاً ببعضه ببعض، والسكون والطمأنينة^[1].

ثانياً: مفهوم العرف في الاصطلاح:

قال الإمام النسفي^[2]: "العرف ما استقرّ في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"^[1]. ومراده أن العرف الذي يستند إليه التشريع هو ما تطمئن إليه النفوس وتستحسنه

^[1]انظر: ابن الأثير: النهاية، ص: 607، والأصفهاني: المفردات، ص: 431-432، والكفوي: الكليات، ص: 656، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج4، ص: 281، والزبيدي: تاج العروس، مادة (ع ر ف)، ج23، ص: 133 وما بعدها.

^[2]هو: عبد الله بن أحمد بن محمود، الشهير بالنسفي نسبة إلى "نسف"-وهي قرية ببلاد السند-، فقيه حنفي، ومفسّر. من مؤلفاته: "مدارك التنزيل في تفسير القرآن"، و"كنز الدقائق"، و"كشف الأسرار شرح المنار"، و"عمدة العقائد"، وغيرها. توفي-

العقول، ولا تتكره الأذواق السليمة. وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له - قولاً كان أو فعلاً-، بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة. فلا اعتبار للعرف إلا إذا كان مطّرداً بين الناس في المكان الجاري فيه، أو غالباً بحيث يكون معظم أهل هذا العرف يراعاه ويجري على وفقه.

ومن تعريفات المعاصرين: "العرف هو عادة جمهور قوم في قول أو عمل"^[2]، أو هو: "ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً من قول أو فعل"^[3].

ب- مفهوم العادة

أولاً: مفهوم العادة في اللغة:

قال صاحب التاج: "العادة: الدَّيْن، سمّيت بذلك لأن صاحبها يعاودها، أي: يرجع إليها مرة بعد أخرى..، ونُقل عن جماعة بأن العادة: تكرير الشيء دائماً أو غالباً على نهج واحد بلا علاقة عقلية. وقيل: ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة"^[4]. وجاء في معجم مقاييس اللغة: "والعادة الدُّرْبَة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية، ويقال للمواظب على الشيء المعاود. ويقال: "الزموا تقوى الله واستعيدوها"؛ أي: تعوّدوها"^[5]. وكل هذه المعاني تدلّ-كما قال الجدي-على الأعمال المتكررة التي يألفها الإنسان والحيوان إجمالاً وإفراداً، ناظرين في ذلك إلى تكرار الفعل والانفعال حتى يصير سهلاً تعاطيه كالطبع. ومن ثم قيل: "العادة طبيعة ثانية"^[6].

رحمه الله تعالى-سنة(710هـ)[انظر: ابن حجر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، د.ط، د.ت، ج2، ص:247، والقريشي: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج1، ص:270].

^[1]وأورد الجرجاني في تعريفه بأنه: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول". وقال الكفوي: "العرف هو ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[انظر: أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، د.ط، د.ت، ص:8، والجرجاني: التعريفات ج1، ص:193. ص:159، والكفوي: الكليات، ص:617، وقوته: العرف وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة، ج1، ص:94، وعمر بن عبد الكريم الجدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ص:31].

^[2]انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:141.

^[3]انظر: خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص:143.

^[4]انظر: الزبيدي: تاج العروس، ج8، ص:444.

^[5]انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج4، ص:182.

^[6]انظر: الجدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، ص:36، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:870-871.

ثانياً: تعريف العادة في الاصطلاح:

يرد معنى العادة عند العلماء للتعبير عن الأمور القولية والفعلية التي يتكرر حصولها- من غير علاقة عقلية- من طرف الجماعات أو الأفراد، مهما كان مصدرها أو سبب نشأتها. ومن هذه العبارات قول ابن أمير الحاج^[1]: "العادة: هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"^[2]. وقيل: "العادة: غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"^[3]. والعادة بهذا المعنى أعم من العرف؛ لكونها شاملة للعادات الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف؛ وبهذا تكون النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق؛ لأنّ العادة أعمّ مطلقاً وأبداً، والعرف أخصّ، إذ هو عادة مقيدة، فكل عرف هو عادة، وليس كل عادة عرفاً؛ لأنّ العادة قد تكون فردية وقد تكون مشتركة^[4].

ج- تقسيمات العرف

ينقسم العرف باعتبار صفته إلى قسمين: عرف قولي وعرف عملي.

فالعرف القولي أو اللفظي: هو ما قضت به عادة الناس في استعمال بعض الألفاظ للتعبير عن معنى معين يخالف مدلوله الأصلي في اللغة، بحيث يفهم المعنى المقصود به بين أهله بلا قرينة ولا علاقة عقلية، فهو بمثابة لغة خاصة بالقوم. ومنه: استعمال لفظ "الدرهم" بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها وقيمتها، حتى الورق النقدي، مع أن الدرهم في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين، وقيمة محددة^[5]. ثم إن شيوع العرف القولي قد يكون عامّاً أو أغليبا، من قبيل ما يتعارفون عليه من ألفاظ العقود وغيرها.

^[1] هو: محمد بن محمد بن محمد المعروف بـ"ابن أمير الحاج"، ويقال له "ابن الموقت"، فقيه حنفي مبرز. من مصنفاته: "التقرير والتحبير في شرح التحرير" في أصول الفقه لابن الهمام، و"تخيرة القصر في تفسير سورة (والعصر)". توفي-رحمه الله تعالى- سنة(879هـ) [انظر: محمد راغب الطباخ: إعلام النبلاء بتاريخ حلب الشهباء، تحقيق: محمد كمال، دار القلم العربي، حلب، ط2، 1408هـ-1988م، ج5، ص:285، والسخاوي: الضوء اللامع، ج9، ص:210].

^[2] انظر: ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، دار الفكر، بيروت، ط1417هـ-1996م، ج1، ص:350.

^[3] انظر: أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص:13.

^[4] هذا رأي غالب بين علماء الأصول؛ ويقابله قول بأن العرف والعادة بمعنى واحد، وقول ثالث يفيد بأن العادة أخص من العرف، إذ هي منحصرة في العرف العملي دون القولي [انظر: المرجع نفسه، ص:10-13، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:874، ومدكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص:230].

^[5] انظر: القرافي: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1416هـ، ص:249، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:876-877، وأبو سنة: العرف والعادة، ص:19 وما بعدها، والجدي: العرف والعمل، ص:94 وما بعدها.

والعرف العملي: هو ما اعتاده عامّة الناس أو أغلبهم في حياتهم العادية وشؤونهم الشخصية؛ كأكلهم وشربهم، ولباسهم، وأعيادهم، وغير ذلك مما يتعلق بطرائق حياتهم، أو في تفاصيل معاملاتهم وتصرفاتهم، في البيوع والأنكحة وغيرها؛ كاعتيادهم أن تكون تكاليف نقل بعض المبيعات على عاتق البائع، وتعارفهم في بعض الصنائع أن يأخذ الصانع من رب العمل أجرا، وغيرها. وهذا النوع من العرف -أيضا- ينقسم إلى عام وخاص. والعام منه ما كان فعلا شائعا في جميع البلاد بين جميع الناس؛ كالاستصناع الجاري في كثير من الحاجات واللوازم، حيث أصبح عرفا حيويا لا يكاد يخلو من التعامل به مكان. والعرف العملي الخاص: وهو الذي ينحصر نطاق العمل به بين فئة أو في بلد أو مكان معين، كعرف التجار في تمييز عيوب السلع، وتعارفهم على التّقسيم في البيوع، وعرف المحامين في تأجيل بعض مستحقّاتهم أو تعليقها على نجاح الدّعى^[1].

وينقسم العرف بحسب اعتبار الشّارع له إلى عرف صحيح وعرف فاسد:

فالعرف الفاسد: هو ما اعتاده الناس من الأقوال والأفعال التي تخالف نصوص الشريعة أو قواعدها، كأن يصادم العرف نصّا خاصا أمرا، فيحلّ حراما، أو يسقط واجبا. ومنه: تعارف الناس على الاقتراض بالفوائد، وإجراء عقود الرهن على شرط انتفاع المرتهن بالمرهون، والوقف على البنين دون البنات، وغيرها من المعاملات التي كرستها الأعراف الفاسدة. وهذا النوع من العرف وإن كان وارد الوقوع - من حيث إن الناس قد يتعارفون على ما يناقض الشرع، ويفوت المصالح ويجلب المفساد - إلا أن الشرع يعدّم اعتباره، ويوجب إلغائه^[2].

والعرف الصحيح: هو الذي لا يصادم نصوص الشريعة وقواعدها، وفيه تدرج جميع العادات والمعاملات التي تعارف عليها الناس وشاعت في أوساطهم، ولم يرد في شأنها نص

^[1] انظر: مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص: 230-231، ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص: 877-878، والجدي: العرف والعمل، ص: 98-99.

^[2] فلا يصح أن يجعل ما يجري به العرف الفاسد أمرا مشروعاً، يُفتى بصحته دون أن تدعو إليه ضرورة يُحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها. وقد نقل الشيخ عبد الوهاب خُلاف -رحمه الله- قول العلماء بأن كل عرف يبطل الواجب أو يبيح الحرام لا يقول به أحد من علماء الإسلام. فإذا أفتى بعض الفقهاء بصحة عقد مخالف لأصل شرعي، وظهر من عبارته أنه استند في إفتائه إلى جريان العرف بهذا العقد، فاعلم أن العبارة لم تفرغ في قالب التحقيق، أو أنه لم يزن الفتوى بقسطاس الشرع المستقيم. وغلبة الفساد إنما هي من إهمال حملة الشريعة، ولو أنهم نقضوا عقود الفساد لما استمر الناس عليها[انظر: خُلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص: 145-146].

شرعي بالإذن أو المنع، كتعارفهم على عقود السلم، والاستصناع وغيرها^[1]. ولا شك أن هذا النوع من العرف هو الذي يشرع اعتباره في التشريع، على شرط أن يكون مطّردا وغالبا، وأن يكون غير معارض بشرط يصرّح بخلافه؛ لأن دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ، و" لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"^[2]، وأن يكون (العرف) سابقا للتصرف المراد تحكيمه فيه أو مقارنا له؛ لأن العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة، وهو معنى قولهم: "لا عبرة بالعرف الطارئ"^[3].

المطلب الثاني: حجية العرف

تتفق آراء الأصوليين على أن العرف الصحيح مرجع معتبر في استنباط الأحكام الشرعية^[4]، وتستند في الاستدلال على حجيته إلى مسلكين أساسيين:
أولهما: مسلك النقل المسند إلى الشارع الحكيم في الاعتداد بالأعراف وتقريرها في كثير من النصوص والأحكام^[5].

وثانيهما: مسلك النظر في أن مألوف الناس لفعل أو قول متى استقر عرفاً لهم، صار من نظام حياتهم، ومن صميم حاجاتهم، ودلّ على أنه طريق مصالحهم؛ فلو مُنعوا من ذلك بعد اعتيادهم عليه لوقعوا في الحرج ولحققتهم المشقة والعنت، فصار اعتباره راجعا إلى أصل رفع

[1] انظر: فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ص: 441 وما بعدها، وصالح عوض: أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط1981م، ص: 142.

[2] انظر: محمد صدقي آل بورنو: الوجيز فلي إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص: 201.

[3] انظر: الجبدي: العرف والعمل، ص: 113-114، والزرقا: المدخل الفقهي، ج2، ص: 878-879، وأبو سنة: العرف والعادة، ص: 57 وما بعدها، والقرافي: شرح تنقيح الفصول، ص: 116، وغيرها.

[4] انظر: القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، ص: 353.

[5] وتمثله مجموع الأحكام التي أقرت فيها الشريعة الإسلامية ما كان من أعراف العرب في شعب الحياة الاجتماعية، كجعل الدية على العاقلة، وما كان من عاداتهم في نظام الأسرة كالزواج والإرث، وما كان في معاملاتهم كالبيع، والسلم وغيرها-ولا يخفى أن كلّ ذلك كان بعد التهذيب والتقويم-. ومن هذا المسلك -أيضا- الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي صرحت بالإحالة على العرف في تقدير بعض الالتزامات الشرعية وتحديدها. يقول ابن العربي في تفسير قوله -تعالى-: ﴿لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق:7]: هذا يفيد أن الإنفاق ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله -تعالى- على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام. وفي تفسير قوله -تعالى-: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ﴾ [البقرة:233]، يقول الشيخ رشيد رضا: إنه (أي: المعروف المذكور في الآية): المعهود بين الناس في المعاملات والعادات، ومن المعلوم بالضرورة أنه يختلف باختلاف الشعوب والبيوت والبلاد والأوقات، فتحديده وتعيينه باجتهاد بعض الفقهاء دون مراعاة عرف الناس مخالف لنص كتاب الله تعالى [انظر: ابن العربي: أحكام القرآن، ص: 211، ومحمد رشيد رضا: تفسير المنار، مطبعة المنار، القاهرة، ط2، 1350هـ، ج2، ص: 413].

الحرص، وهو أصل قطعي في الشريعة. وفي هذا يقول الشاطبي-رحمه الله-: "والعوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع"^[1].

ويندرج في هذا المسلك اعتبار العرف من خلال ارتباطه بالقواعد التي تُقرّر أن الأصل في الأشياء الإباحة وفي التصرفات الحلّ. فكلّ ما لم يرد فيه نهي عن الشّارع من تصرفات الناس وأفعالهم يُعدّ مشروعاً^[2]. ومن ذلك أيضاً أن العرف مردود إلى الإجماع أو دلالاته التي علّتها الحاجة العامة^[3].

بهذه الأدلة تمهّدت حجية العرف، وعُدّ من الأصول المحكّمة في النظر والاجتهاد، وتقرّر في كبرى قواعد الفقه أن: "العادة محكمة"^[4]، وأن: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها"^[5]، ونصّ الفقهاء على وجوب أن يكون المجتهد عالماً بأحوال الناس وأعرافهم، بصيراً بعاداتهم وأوضاعهم^[6]؛ لأن حمل الناس على أعرافهم وعوائدهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليها بخلاف ذلك من الزيغ والجور^[7]. ويتخرّج هذا -كما قال ابن عابدين- على أن كثيراً من المسائل الفقهية المبنية على الاجتهاد والرأي، يكون مدرّكها عرف المجتهد وزمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً^[8].

المطلب الثالث: أثر العرف في تيسير المعاملات المالية

يندرج العرف ضمن الأدلة الشرعية المعبّرة عن مرونة الشريعة الإسلامية ويسرها، وتأسعها لمصالح الخلق على اختلاف عاداتهم وأعرافهم وأحوالهم. ويتجلّى أثره في التيسير من

^[1]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:494-495.

^[2]انظر: حسين حامد: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبّي، القاهرة، دت، ص:213-214، وابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:65، والجدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، ص:15-22.

^[3]انظر: أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص:169.

^[4]انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:79، ومجلة الأحكام العدلية، (مادة36)، ص:90.

^[5]انظر: المرجع نفسه، (مادة37)، ص:91.

^[6]في هذا المعنى يقول ابن القيم-رحمه الله-: "هذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً في الواقع، وفقهياً في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر، كان ما يفسد أكثر مما يصلح... فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال وذلك كله من دين الله" [انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:486].

^[7]انظر: التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص:101، والقرافي: الفروق، ج1، ص:386-387، وابن الحاج: المدخل، مكتبة دار التراث، القاهرة، دت، ص:68.

^[8]انظر: ابن عابدين: "نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف" ضمن "مجموعة رسائل ابن عابدين، العلم الظاهر في نفع النسب الطاهر"، دار السعادات، إسطنبول، ط1325هـ-1907م، ص:125.

خلال دورانه في الغالب على اعتبار الحاجة والمصلحة، ودفع الحرج والمشقة^[1]. يدلّ على ذلك ما عُهد عن الشارع الحكيم من القصد إلى تقرير ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم وارتفاقاتهم، فلا يعدل عنها إلى ما يباين المألوف إلا لجلب صلاح أو درء فساد، ومظان المصالح تختلف باختلاف الأعصار والعادات^[2]. ورفع الحرج في تقرير عوائد الناس وأعرافهم ظاهر من جهة أن الأعراف والعادات طبائع ثائية، وفي نزاع الناس عنها خروج عن مبدأ التيسير الثابت في الشريعة^[3].

وبعدّ العرف من أهمّ الأصول التشريعية ذات الأثر البارز في تيسير المعاملات المالية^[4]، وفي تحكيمه تسهيل كبير يغني عن كثير من النصوص التفصيلية في أحكام المعاملات المالية؛ ويجعل الفقه مرنا ومتّسعا لأحكام كثيرة لم تنص عليها الشريعة؛ فهو الأساس لتحديد العقود والالتزامات، وإليه المرجع في فرض الأحكام وتقيد آثار العقود، فلا يحرم من العقود التي يجري بها العرف إلا ما حرّمه الشارع بدليل من أدلته، أو أدى إلى ضرر بالناس أو بعاقدية^[5].

قال القرافي -رحمه الله-: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات، والعيوب في الأعراض في المبيعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة^[6] إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في المبيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها؛ وكذلك إذا كان الشيء عيبا في الثياب في عادة، رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوبا موجبا لزيادة الثمن، لم تردّ به. وبهذا

^[1] انظر: وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص: 837.

^[2] انظر: الدهلوي: حجة الله البالغة، ج1، ص: 163، وابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 113.

^[3] انظر: الباحثين: الاستحسان، ص: 108.

^[4] وفي هذا المعنى قال الجويني: "من لم يخزج العرف في المعاملات تفقّها، لم يكن على حظّ كامل فيها" انظر: الجويني: نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، ط1، 1428هـ-2007م، ج11، ص: 382، والندوي: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية، ج1، ص: 170-198، والقرضاوي: القواعد الحاكمة لفقه المعاملات المالية، ص: 151 وما بعدها.

^[5] انظر: إبراهيم علي أحمد الشال: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1422هـ-2002م، ص: 97، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص: 883-879، والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، دمشق، ط1، 1374هـ، و(ط9، 1968م، مطبعة ألف باء، دمشق) ج1، ص: 57، وعلي الخفيف: بحث مقدم للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية، تحت عنوان "حكم الشريعة على شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاث"، مجلة الأزهر، القاهرة، 1417هـ، ص: 15.

^[6] السكة هي: الدنانير والدرهم المضروبة، يسمى كل واحد منهما سكة، لأنه طبع بالحديده، واسمها السكة والسك انظر: ابن الأثير: النهاية، ص: 437.

القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد؛ وهذا تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه^[1].

وقد فرّع الفقهاء على مبدأ العرف الكثير من القواعد والضوابط الفقهية التي تؤصل التيسير وتفعّل آثاره في تفاصيل أحكام المعاملات المالية وفروعها، منها:

1-["استعمال الناس حجة يجب العمل بها"، "الحقيقة تترك بدلالة العرف"، "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"^[2]].

2-العرف بمنزلة الإجماع شرعا عند عدم النص^[3].

3-العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهرا إلى أن يتبين خلافه^[4].

4-كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب^[5].

5-العقود يرجع فيها إلى عرف الناس، فما عدّه الناس بيعا، أو إجارة، أو هبة، كان بيعا، وإجارة، وهبة؛ فإن هذه الأسماء ليس لها حدّ في اللّغة والشّرع، وكل اسم ليس له حدّ في اللّغة والشّرع، فإنه يرجع في حدّه إلى العرف^[6].

6-ما جرى به عمل الناس وتقادّم في عرفهم وعاداتهم ينبغي أن يلتزم له مخرج شرعي-ما أمكن-على خلاف أو وفاق^[7].

وقد ترجم الإمام البخاري لطائفة من السنن والآثار في صحيحه، بما يؤكد دور العرف في تيسير المعاملات المالية، فقال: "باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع، والإجارة، والمكيال، والوزن...ألخ". وقال شريح^[1] للغزاليين: "سنتكم بينكم ربحا"^[2].

^[1]انظر: القرافي: الفروق، ج1، ص:85-86.

^[2]هذه القواعد صاغتها مجلة الأحكام العدلية في شكل مواد تحمل الأرقام التالية: 37، 40، 43، 44، 45[انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص:91-92].

^[3]انظر: كمال الدين بن الهمام،: شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ-2002م، ج7، ص:15.

^[4]انظر: أحمد بن محمد الهيتمي: الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج2، ص:168.

^[5]انظر: السعدي: القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، مكتبة المعارف، الرياض، ط1985م، ص:16.

^[6]انظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج9، ص:13، وما بعدها. فالأعراف القولية تعتبر أساسا في تفسير عقود الناس وتصرفاتهم الانفرادية في الأمور الدينية والدنيوية على السواء[انظر: الدريني: المناهج الأصولية، ص:452].

^[7]انظر: أحمد بن يحيى الوئشريسّي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1401هـ-1981م، ج6، ص:471.

وفي هذا السياق ذهب بعض الفقهاء^[3] إلى اعتماد العرف دليلاً لاستثناء بعض المسائل من قواعد المنع، والعدول بها إلى الجواز استحساناً للتخفيف وترك المضايقة، واعتبروا أن جريان العادة بالمسامحة في بعض المعاملات يقتضي استثناءها من أصل المنع تخفيفاً؛ لما عُلم أن مقصد الشرع في المنع من كثير من المعاملات هو درء النزاع والخصام بين المتعاقدين، والعرف الجاري بالمسامحة يرفع مناط المنع^[4].

ومن شواهد تيسير المعاملات المالية باعتبار العرف:

1-توسيع أساليب وصيغ انعقاد عقود المعاملات المالية حسبما تقضي به الأعراف الجارية بين الناس في كل زمان ومكان، حيث أجاز جمهور الفقهاء ذلك بكل ما يفيد التراضي قولاً، أو فعلاً^[5]، أو كتابة، أو إشارة، فكل ما عدّه الناس بيعاً، فهو بيع، وكذلك القبض والإحراز والتفرق^[6].

2-تأثير العرف في مرونة ضابط مالية^[7] الأشياء، وربط ذلك بعادة الناس في الانتفاع والتموّل، تلبية لحاجات الناس ورفقا بهم؛ فمرجع كون الشيء مالا هو الطبع والعرف^[8]. وهذا المعنى يجعل دائرة التموّل واسعة رحبة، تستوعب كل ما له قيمة بين الناس، وهو-دون ريب- أمر يتجدّد على مر العصور، ويختلف باختلاف الأمكنة، فكثير من الأشياء التي لم يدرك الناس

^[1]هو: شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية الكوفي، الفقيه القاضي، استعمله عمر على قضاء الكوفة، وولي قضاء البصرة، فكان قاضي المصريين. توفي-رحمه الله- عام(78هـ)[انظر: ابن خلكان: وفيات الأعيان، ج2، ص:460].

^[2]أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم: كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة، [522/1]. والغزّال: البياع للغزل، ومعنى سنتكم بينكم: عادتكم وطريقتمكم بينكم معتبرة[انظر: بدر الدين العيني: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ-2001م، ج12، ص:22-23].

^[3]وهذا وجه من وجوه الاستحسان المعتبر عند المالكية والحنفية في باب[انظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص:143-144، والمستصفي للغزالي، ج1، ص:412-413، والاستحسان للباحسين، ص:107].

^[4]انظر: حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي، ص:355.

^[5]التعاقد بالفعل- أخذاً وإعطاء-، يُعبّر عنه بدلالة التعاطي، أو دلالة البذل، وهي: مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول، كما لو وجد إنسان متاعاً في حانوت مكتوباً عليه ثمنه، أو كان معروف الثمن، أو سأل صاحبه عن سعره فبينه له فأخذه وناول البائع ثمنه، فإن البيع ينبرم بينهما[انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج12، ص:198، والمدخل الفقهي العام، ج2، ص:415].

^[6]انظر: القرافي: الفروق، ج3، ص:250، وابن قدامة: المغني، ج3، ص:488-489.

^[7]انظر: القره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ص:24.

^[8]انظر: المرجع نفسه، ص:30، وهذا مذهب الجمهور (المالكية، والشافعية، والحنابلة، ومتأخرو الحنفية) كما ذكر المؤلف في ص:31.

منافعها فيما مضى، صار لها اليوم بسبب الكشوف العلمية وتقدم الزمن وإثبات التجارب منافع يتملّها الناس، ويقابلونها بالأثمان، وذلك في جوانب متعددة، ومجالات مختلفة كالطب، والصناعة، والزراعة، وغيرها. ومن ذلك: تمويل حشرات المختبرات وفئران التجارب، والجراثيم التي يتم تحويلها في معامل الأدوية إلى أمصال لمقاومة الأمراض، وتمويل السموم التي تستعمل في تركيب بعض الأدوية، وتمويل الهواء في نحو أنابيب الأوكسيجين، وتمويل أنواع الغاز للمنافع المختلفة، وتمويل الأشياء المعنوية والحقوق المجردة، من الاسم التجاري، والعلامة التجارية وحقوق التأليف والابتكار^[1].

3- تكييف مشروعية صور القبض^[2] في عقود المعاملات المالية باعتبار الأعراف والعوائد، رفعا للضيق والحرص، وتيسيرا للتعامل^[3]؛ فما ثبت من صور القبض ومقتضياتها في عصر سابق لا يقوم حجة على العصر اللاحق؛ لأن ما بني على العرف يتغير بتغيره. ومن ذلك: إقامة القبض الحكمي^[4] مقام القبض الحقيقي، وتقديره في القيود المصرفية وفي الحوالات، والدفع بالشيك وغير ذلك مما هو جار به العمل في النظام المصرفي المعاصر^[5]، واعتماده في تسلّم المؤسسة أو وكيلها لمستندات الشحن عند شراء البضائع من السوق الخارجية، وكذلك تسلّمها لشهادات التخزين من المخازن التي تدار بطرق موثوق بها^[6].

4- للعرف تأثير ملحوظ في ترجيح مشروعية بعض المعاملات التي جرى فيها خلاف العلماء، فيمكن أن يعالج الخلاف العلمي في بعض المسائل بترجيح القول الذي يسنده العرف الشائع

^[1]انظر: أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص: 139، وقوته: العرف وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة، ص: 341.

^[2]القبض هو: التخلية بين العاقد والمعقود عليه على وجه يتمكن من الاستلام بلا مانع ولا حائل حسب العرف[انظر: القره داغي: المال والملكية والعقد، ج1، ص: 352]. وبعد القبض عنصرا مهما في النظام التشريعي للمعاملات المالية، لارتباطه بكثير من الأحكام الشرعية، منها: اشتراطه في صحة بعض العقود كالصرف، واشتراطه في لزوم بعضها كالرهن والهبة عند الجمهور، وفي تمامها عند المالكية، واشتراطه في استقرار العقود المستمرة كالسلم بالنسبة للمسلم فيه، والإجارة وغيرها، واشتراطه في جواز بيع المبيع؛ كما أن له أثارا تتعلق بانتقال الضمان في المبيع، وأخرى في تقييم العقود الفاسدة.

^[3]انظر: المرجع نفسه، ص: 428.

^[4]القبض الحكمي: وصف يقابل القبض الحقيقي، ويتحد معه في تحقيق معنى القبض، الذي هو التمكن من التصرف دون الوقوع في غرر(احتمال عدم التسليم)[انظر: الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 41].

^[5]انظر: مجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة السادسة، العدد6، ج1، 1410هـ-1990م، قرار رقم: 55(6/3)، ص: 771.

^[6]الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 41.

بين الناس. ومن هذا القبيل: ترجيح مشروعية بيع العربون^[1]، فهو جائز في المذهب الحنبلي، وخاضع لمبدأ الشروط والالتزامات، وفي نفس الوقت متَّبَع في القوانين والأعراف التجارية العامة. وإلى هذا جنح رأي بعض البنوك الإسلامية، فقرروا أخذ العربون من العميل ومصادرته حين إخلاف الوعد بناء على رأي الحنابلة^[2].

5-الرجوع إلى العرف في تحديد العيب: وهو رجوع إلى العرف الخاص الذي يكون بين فئة من الناس دون أخرى، وهذا العرف الخاص كثير متجدد لا تحصى صورته، ولا تقف عند حد؛ لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلائقهم متجددة أبدا^[3].

^[1]بيع العربون: أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبلغا من المال، على أنه إن أتم البيع حُسب له ذلك المبلغ من الثمن، وإن لم يتم كان للبائع[انظر: رفيق يونس المصري: بحوث في فقه المعاملات المالية، دار المكتبي، دمشق، ط2، 1430هـ-2009م، ص:68، ونزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:313]

^[2]انظر: رفيق يونس المصري: بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه، دار المكتبي، دمشق، ط2، 1430هـ-2009م، ص:33، والندوي: موسوعة الفوائد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية، ج1، ص:215، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة الثامنة، 1415هـ-1994م، العدد الثامن، ج1، ص:793.

^[3]انظر: عبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:374.

المبحث الخامس

الاستصحاب وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

يُعنى هذا المبحث ببيان حقيقة "الاستصحاب" وحجيته، وإبراز أثره في تيسير أحكام المعاملات المالية، وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الاستصحاب

مفهوم الاستصحاب لغة: طلب الصُّحبة والملازمة. يقال: استصحب الشيء، أي: لازمه. واستصحب فلان فلانا، أي: دعاه إلى الصُّحبة ولازمه. وكل من لازم شيئاً فقد استصعبه. فالاستصحاب: المصاحبة والمرافقة والملازمة والملائمة^[1].

مفهوم الاستصحاب في الاصطلاح:

يعرّف الأصوليون الاستصحاب بأنه: بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيّره. أي: إنّ ما ثبت في الماضي، فالأصل بقاءه في الزمن الحاضر والمستقبل، فإن كان أمراً ثابتاً استدمنا إثباته، وإن كان أمراً منفيًا استدمنا نفيه. وهذه الاستدامة لا تحتاج إلى دليل إيجابي، بل تستمر حتى يقوم دليل مغير. وحاصل المعنى أن الاستصحاب هو: اعتبار الحكم الذي ثبت في الماضي -بدليل-، مصاحباً لواقعه، وملازماً لها، حتى يوجد دليل يدلّ على انقطاع هذه المصاحبة^[2]. فإذا ثبتت الملكية في عين بدليل يدلّ على وقوعها، فإنها تستمر حتى يوجد دليل على نقلها. وإذا وقع عقد بيقين ثم شك في حدوث ما يفسخه، فالعقد قائم^[3]. والمقصود بالدليل -الذي يستند إليه الاستصحاب- الدليل العقلي أو الشرعي الذي لم يثبت له ناقل^[4].

^[1] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج4، ج27، ص:2401، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ج1، ص:104، والمعجم الوسيط، ص:507، والكفوي: الكليات، ص:82، والزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، ج3، ص:186. مادة(ص ح ب).

^[2] انظر: الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أبو حفص سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة، الرياض، ط1، 1421هـ-2000م، ج2، ص:974، وخالف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص:151، وأبو زهرة: أصول الفقه، ص:276، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص:270.

^[3] انظر: مدكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص:278.

^[4] انظر: الطوفي: شرح مختصر الروضة، ج3، ص:148. وتجدر الإشارة هنا إلى أن اعتبار الحكم الذي ثبت دوامه واستمراره بالدليل الشرعي لا يندرج في معنى الاستصحاب الأصولي، وهو ليس محلّ خلاف بين العلماء، كقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور:4]، فإن الآية نفسها تدلّ على بقاء هذا الحكم. وإنما موضع الاستصحاب أن يدلّ الدليل على ثبوت حكم لمسألة في زمن مضى، من

وينقسم الاستصحاب باعتبار الحكم المستصحب^[1]، إلى عدة أقسام، هي:

1- استصحاب الحكم الثابت للأشياء بأدلة الشرع ونصوصه^[2]: فالأصل في الأشياء النافعة الإباحة ما عدا الأبضاع، فكل ما يوجد في ملك الله -تعالى- ولم يرد في الشرع ما يدل على حكم فيه، أمكن الحكم بإباحته استصحاباً للأصل المأخوذ من قوله -تعالى-: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ أَسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة:29]؛ فلو كان محظوراً عليهم لما كان مخلوقاً لهم، والدليل العقلي قائم على إثبات هذا النوع من الاستصحاب، من حيث إن التكليف بدون بيان، تكليف بما لا يطاق، وهو قبيح- تعالى الله عنه علواً كبيراً-، وهو القائل: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [التوبة:115]. ووجه ذلك أن الله -تعالى- لا يدخل قوماً في الضلالة والمعصية بعد التوحيد والإسلام حتى يبين لهم موجبات الضلالة، فلا يكون فيما يدخلون فيه قبل البيان ضلالة ومعصية، فلا يكون حراماً^[3]، ومن هنا تقرّر أن الأصل انتفاء الأحكام عن المكلفين حتى يأتي ما يدل على خلاف ذلك، والأصل بقاء العموم حتى يتحقق ورود المخصّص، والأصل بقاء حكم النص حتى يرد الناسخ؛ ولأجل هذه القاعدة كان الاستصحاب حجّة^[4]. وتحت هذا القسم من الاستصحاب تمهدت قاعدة "الأصل في الأشياء الجواز أو الإباحة"^[5].

غير أن يدل على بقاء هذا الحكم واستمراره، ولا يعثر المجتهد بعد البحث على ما يغير حكم هذه الواقعة. فهل يكون استصحاب هذا الحكم حجة محكمة؟

^[1] وتبعاً لذلك تعددت أقسام الاستصحاب باعتبار تقدير المجتهدين لما يُقبل استصحابه وما لا يُقبل [انظر: ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، ج5، ص:3، والخطيب البغدادي: الفقيه والمتفقه، تحقيق: عادل يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، الدمام، ط1، 1417هـ-1997م، ج1، ص:526، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص:270-272، والغزالي: المستصفى، ج1، ص:379-380، والسبكيان، تقي الدين وابنه تاج الدين: الإبهاج في شرح المنهاج، تحقيق: أحمد جمال الزمزمي ونورالدين صغيري، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1424هـ-2004م، ج6، ص:2608-2613].

^[2] انظر: مذكور: المدخل للفقهاء الإسلامي، ص:250، وأبو زهرة: أصول الفقه الإسلامي، ص:278.

^[3] انظر: محمد الخضري: أصول الفقه، تحقيق: أحمد بن سالم، دار ابن رجب، المنصورة، ط1، 1426هـ-2005م، ص:440.

^[4] انظر: ابن النجار: شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ج4، ص:442.

^[5] انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ج1، ص:56، والسيوطي: الأشباه والنظائر، ص:60.

2- استصحاب عدم الأصلي أو البراءة الأصلية: ووجه ذلك أن إثبات التكاليف الشرعية طريقه السَّمْع، وانقضاء الأحكام الشرعية معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع، ونحن على استصحاب ذلك إلى أن يرد السمع^[1]. ومن هنا اتفق الفقهاء على أن "الأصل في الذمة البراءة"، ومرادهم أن تُعتبر ذمة كل شخص غير مشغولة بحق أو واجب إلا بيقين.

ويترتب على هذا ترجيح قول من يتمسك ببراءة ذمته في مسائل الحقوق والالتزامات؛ لأن الأصل شاهد له، حتى يقوم دليل على خلافه؛ وعليه كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل، وطولب المدعي بالبينة لدعواه ما خالف الأصل، فإذا أئلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره يكون القول للمتلف، والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة^[2].

3- استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يقوم الدليل على خلافه^[3]: وعلى أساس ذلك يُحكم ببقاء الدين الثابت على الشخص واستمراره في ذمته حتى يثبت أدائه، ويحكم ببقاء الملك لصاحبه حتى يثبت زواله^[4].

وقد عبّر الفقهاء عن الاستصحاب بمجموعة من القواعد، منها: ["اليقين لا يزول بالشك"^[5]، و" ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله"، و" الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه"^[6]].

^[1]انظر: الغزالي: المستصفي، ج1، ص:377، وتقي الدين السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، ج6، ص: 2608، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص:270، وسلام: المدخل للفقهاء الإسلاميين، ص:253، والخضري: أصول الفقه، ص:440، وأبو زهرة: أصول الفقه، ص:278..

^[2]انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة(8)، ص:87، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:50، والسيوطي: الأشباه والنظائر، ص:53، والندوي: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، ج1، ص:162.

^[3]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص:270، وأبو زهرة: أصول الفقه، ص:287، وسلام: المدخل للفقهاء الإسلاميين، ص:251.

^[4]وأسس القرافي على هذا الأصل في تفصيل حكم التملك عند الشك في مقتضى صيغة العقد بين نقل العين أو المنفعة أو الانتفاع، فقال: "ومتى حصل الشك وجب القصر على أدنى الرتب؛ لأن القاعدة أن الأصل بقاء الأملاك على ملك أربابها، والنقل والانتقال على خلاف الأصل. فمتى شكنا في رتب الانتقال حملناه على أدنى الرتب، استصحاباً للأصل في المالك السابق" [انظر: القرافي: الفروق، ج1، ص:401].

^[5]وهي إحدى القواعد الخمسة التي تمثل أمهات قواعد الفقه الإسلاميين، ومدار الكثير من أحكامه. قال الإمام القرافي: "فهذه قاعدة مجمع عليها، وهي: أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعوم الذي يجزم بعدمه" [انظر: القرافي: الفروق، ج1، ص:266].

^[6]انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص:78، والزرکشي: المنشور في القواعد، ج2، ص:241، والسيوطي: الأشباه والنظائر، ص:55، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:49 وما بعدها، والطوفي: شرح مختصر الروضة، ج3، ص:151، والونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ق114، ص:165.

المطلب الثاني: حجية الاستصحاب

اتَّفَق الجمهور من الأصوليين والفقهاء على القول بحجية الاستصحاب مطلقاً، فهو دليل لإبقاء ما كان على ما كان عليه، سواء كان الثابت به نفيًا أصلياً، أو حكماً شرعياً. وهذا معنى قولهم: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل^[1]. والمقصود به استصحاب حكم الشرع الوارد في النصوص، أو ما يتماشى مع النفي العقلي، كنفي أي حكم لم يرد فيه نص من قبل الشارع. يقول ابن العربي-رحمه الله-: "والمحققون كلهم متفقون على أن هذا دليل شرعي، إلا جماعة يسيرة وهمت أنه تعلقّ بعدم الدليل"^[2].

ومستند العلماء في إثبات حجية الاستصحاب^[3] يرجع إلى دلالة العقل على أن اعتقاد كون الشيء ثابتاً في الماضي يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال^[4]؛ لأن الباقي مستغن عن المؤثر، فيكون استصحاب الحال أمراً لا بدّ منه في الدّين والشرع والعرف^[5].

كما أن الاستصحاب ضروري في أصل الشرع؛ لاتّفاق الفقهاء على أن من تيقن شيئاً وشك في عدمه أخذ باليقين، ثم بالعرف؛ فإن من ترك عياله في داره على حالة، ترجّح لديه بقاؤهم عليها، بل أكثر مصالح العالم، ومعاملات الخلق مبني على القول بالاستصحاب^[6]. يقول الونشريسي^[7]: "الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو المسمّى في العرف الأصولي باستصحاب الحال، وهو أصل من أصول الشريعة تدور عليه مسائل وفروع"^[1].

^[1] وهو مذهب الشافعية والحنابلة والمالكية، وهو حجة في النفي لا في الإثبات عند الحنفية. يقول الطوفي: "والاستصحاب حجة عند الأكثرين خلافاً لجمهور الحنفية وجماعة من المتكلمين" [انظر: الرازي: المحصول في علم الأصول، ج3، ص: 1520، والطوفي: شرح مختصر الروضة، ج3، ص: 148، والشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، ص: 974 وما بعدها، والسمعاني: قواطع الأدلة، ج2، ص: 35 وما بعدها، والآمدي: الإحكام، ج4، ص: 155 وما بعدها، والزرکشي: البحر المحيط، ج6، ص: 17، وأبو زهرة: أصول الفقه، ص: 289، وحسين حامد: المدخل للفقه الإسلامي، ص: 229].

^[2] انظر: ابن العربي: المحصول في أصول الفقه، ص: 131.

^[3] إضافة إلى الأدلة النقلية المبسّطة في كتب الأصول.

^[4] انظر: الطوفي: شرح مختصر الروضة، ج3، ص: 148.

^[5] انظر: الرازي: المحصول، ج3، ص: 1511-1519، والطوفي: شرح مختصر الروضة، ج3، ص: 150 وما بعدها، والغزالي: المستصفى، ج1، ص: 376-377، والأرموني: التحصيل من المحصول، ج2، ص: 317.

^[6] انظر: الرازي: المحصول في أصول الفقه، ج3، ص: 1519، 1520، والأرموني: التحصيل من المحصول، ج2، ص: 317.

^[7] هو: أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني المالكي، أبو العباس. من أعلام فقهاء المذهب في زمانه. له مصنفات عديدة، أشهرها: "المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس وبلاد المغرب"، و"القواعد في فقه المالكية"، و"إيضاح

والاستصحاب لا يعدّ دليلاً مستقلاً، ولكنه كشف وإعمال لدليل قائم وإقرار لأحكام ثابتة لم تتغير؛ لأن الدليل الأول هو الذي دلّ على الحكم وعلى استمراره(أي: دلّ على ثبوت الحكم بصيغته، ودلّ على استمراره ببرهان عقلي ملحوظ)^[2]، كما أن ابتداءه على غلبة الظن بأن استمرار الحال موجبة لاستمرار حكمها، يجعله دليلاً ضعيفاً، متى عارضه دليل آخر قدّم عليه؛ ومن ثمّ عدّه العلماء آخر مدار الفتوى؛ فإن المفتي إذا سئل عن حادثة تطلّب حكمها في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإن لم يجده أخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته^[3].

المطلب الثالث: أثر الاستصحاب في تيسير المعاملات المالية

من خلال ما سبق بيانه، يمكن القول بأن الاستصحاب يعدّ من أهم مرتكزات التيسير في الفقه الإسلامي، حيث تتعلّق وظيفته بتوسيع دائرة الإباحة والجواز، وتضييق مسالك المنع والتحريم؛ فكل ما يجدّ بين الناس في معاملاتهم يندرج في أصل الإباحة، والبراءة من المؤاخذه، ما لم يثبت دليل بالتحريم. وبهذا يلحق الاستصحاب بالأصول الشرعية ذات الأثر البارز في تجسيد سماحة الشريعة الإسلامية، وتأكيد حيويتها ومرونتها وقدرتها على رعاية مصالح الناس في معاملاتهم، مهما تجددت صورها وتطوّرت أشكالها. يقول الرازي: "لو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح العالم ومعاملات الخلق مبني على القول بالاستصحاب"^[4].

ويتجلّى أثر الاستصحاب في تيسير المعاملات المالية، من خلال جملة من القواعد والضوابط والفروع الفقهية، منها:

أ- القواعد والضوابط المتضمنة للتيسير:

1- الأصل في الأفعال والعادات والإباحة وعدم الحظر^[5].

المسالك إلى قواعد الإمام مالك". توفي -رحمه الله تعالى- سنة(914هـ)[انظر: محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص:397، والحجوي: الفكر السامي، ج4، ص:99].

^[1]انظر: الوشرسي: المعيار المعرب، ج4، ص:424.

^[2]انظر: عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص:154، و أبو زهرة: أصول الفقه، ص:283.

^[3]انظر: الشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، ص:974، والزركشي: البحر المحيط، ج6، ص:17.

^[4]انظر: الرازي: المحصول، ج3، ص:1520.

^[5]انظر: ابن تيمية: القواعد النورانية، ص:112، والآمدّي: الأحكام، ج1، ص:178، وابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص:10، وابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج7، ص:14.

2- الأصل في البيوع الإباحة والصحة^[1].

3- الأصل في المعاملات الصحة وفي العقود اللزوم^[2].

4- الأصل عدم الشرط، وعدم الملك^[3].

5- الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان^[4].

ب- ومن تطبيقات أصل الاستصحاب في فروع المعاملات المالية:

1- استصحاب أصل الإباحة في تجويز الكثير من العقود المستجدة، كبيع التقسيط^[5]، والتعاقد

على شرطٍ لمصلحة الغير^[6]، وعقد المقاول^[7]، وعقد التوريد^[8]، وعقود المناقصات^[9] وغيرها.

2- تطوير صيغ بعض العقود المسماة^[10] في تطبيقات متجددة، وصيغ مركبة، كتطوير عقد

الإجارة إلى الإجارة المنتهية بالتمليك^[1]، واستحداث الاستصناع المتوازي^[2]، والسلم المتوازي^[3].

^[1]انظر: الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 358، والندوي: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، ص: 221-222.

^[2]انظر: الزركشي: المنتور في القواعد، ج 1، ص: 70، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج 3، ص: 106.

^[3]انظر: الزركشي: المنتور في القواعد، ج 2، ص: 218، و 315.

^[4]انظر: القرافي: الفروق، ج 4، ص: 286، وابن قدامة: المعني، ج 5، ص: 326.

^[5]بيع التقسيط: هو مبادلة أو بيع ناجز، يتم فيه تسليم المبيع في الحال، ويؤجل وفاء الثمن (أو تسديده) كله أو بعضه، إلى

آجال معلومة في المستقبل [انظر: الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 56].

^[6]الاشتراط لمصلحة الغير: عقد يكون بين طرفين، يشترط فيه أحدهما على الآخر أن يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة شخص ثالث

(أو أشخاص) لم يكن (أو لم يكونوا) طرفا في العقد؛ وهذا هو المنتفع. ومثاله: أن يتعاقد صاحب مصنع مع أحد المستشفيات

لعلاج عماله الذين لم يكونوا طرفا في العقد [انظر: إبراهيم بك: الالتزامات في الشرع الإسلامي، المكتبة الزهرية للتراث، القاهرة،

ط 1، 1434هـ-2013م، ص: 56].

^[7]المقاول: عقد يلتزم أحد الطرفين بمقتضاه بصنع شيء، أو أداء عمل لقاء عوض دون أن يكون تابعا له، أو نائبا عنه [انظر:

الديبان: المعاملات المالية -أصالة ومعاصرة-، ج 8، ص: 315].

^[8]التوريد: عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ

معين معجل كله أو بعضه [المرجع نفسه، ج 8، ص: 475].

^[9]المناقصة: طلب الوصول إلى أرخص عطاء لشراء سلعة أو خدمة تقوم فيها الجهة الطالبة لها بدعوة الراغبين إلى تقديم

عطاءاتهم وفق شروط ومواصفات محددة [المرجع نفسه، ج 8، ص: 527].

^[10]العقود المسماة: هي التي أقر لها التشريع أسماء وأحكاما خاصة، وتسمى أيضا "العقود المعينة"؛ وتقالبها "العقود غير

المسماة"، وهي: التي لم تسم في الاصطلاح الفقهي باسم خاص يميزها عن غيرها، أو لم يرتب الفقه الإسلامي لها أحكاما

خاصة بها. ومن ذلك في هذا العصر عقد النشر والإعلان في الجرائد أو ما سواها من الوسائط، وكذا "عقد المضايقة" (أي:

النزول في الفنادق بالطعام والشراب والخدمة)، وكذلك عقود الشركات مع الدول التي تمنحها امتيازًا للتنقيب في أراضيها عن

المعادن، مما يدخل اليوم تحت عنوان الاتفاقيات [انظر: حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء،

ص: 328-328، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 1، ص: 605].

3- مشروعية إنشاء البنوك^[4]، وتجوز الكثير من منتجاتها ونشاطاتها كالودائع المصرفية^[5]، والحوالات المصرفية^[6]، وخطابات الضمان^[7] وغيرها.

^[1]الإجارة المنتهية بالتملك: صيغة مستحدثة قائمة على أساس عقد الإجارة، ولا تخرج أحكامها عنها، ويضاف إليها إبداء المستأجر رغبة في تملك المأجور في نهاية مدة الإجارة، فتكون الجرة عادة أكثر من اجرة المثل. ويستند التملك فيها إلى وعد المؤجر عند إبرام الإجارة، بسند منفصل عن الإجارة، يعطى فيه الحق للمستأجر بالتملك مجاناً (هبة) أو بثمن رمزي أو حقيقي أو الباقي من الأقساط في أي وقت من مدة الإجارة، أو يستند التملك إلى عقد هبة معلق على الوفاء بجميع أقساط الإجارة[انظر: الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص:137].

^[2]الاستصناع المتوازي: وحقيقته أن يتم عقد طالب المادة المصنعة والمصرف بطريق الاستصناع، وبناء عليه يقوم المصرف بالسعي إلى توفيرها في الأجل المحدد بالتعاقد مع المصانع المختصة حسب المواصفات المتفق عليه مع الطرف الأول، وبعد استلامها وقبضها من المصنّع يقوم المصرف بسليمها لطالبها الذي تم التعاقد معه أولاً[انظر: أسامة محمد الصلابي: اختيارات الحافظ ابن عبد البر في فقه المعاملات، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1432هـ-2011م، ص:358].

^[3]السلم المتوازي: بيع المسلم (المسلف) إلى طرف ثالث سلعا موصوفة في الذمة من جنس ما أسلم فيه دون أن يكون هناك ارتباط بين العقدين؛ بمعنى: إذا حل الأجل وسلم المسلم له السلعة إلى المصرف (بصفته مسلماً) قام المصرف (بصفته مسلماً إليه) بتسليمها إلى المسلم[المرجع نفسه، ص:330].

^[4]البنك: هو بيت مال (مؤسسة مالية) يستقبل إيداع الناس أموالهم فيه للحفظ أو للاستثمار، ويعطي طالب المال مالا لاستهلاكه أو استثماره بفائدة معلومة أو نسبة معلومة من الربح[انظر: محمد رواس قلعة جي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، دار النفائس، عمان، ط2، 1423هـ-2002م، ص:41].

^[5]الودائع المصرفية: عقد بمقتضاه يسلم أفراد أو هيئات مبلغاً من النقود إلى مصرف (بنك) على أن يتعهد الأخير برده، أو برد مبلغ مماثل دفعة واحدة أو دفعات لدى الطلب، أو بالشروط المتفق عليها، ويكون للمصرف حق استعمال هذه النقود واستثمارها[انظر: الديبان: المعاملات المالية، ج12، ص:253-254].

^[6]الحوالة المصرفية: عبارة عن عملية نقل النقود أو أرصدة الحسابات من حساب إلى حساب، أو من بنك إلى بنك، أو من بلد لآخر، وما يستتبع ذلك من تحويل العملة المحلية بالجنبية، أو الأجنبية بالجنبية أخرى[انظر: شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:276].

^[7]خطاب الضمان هو: تعهد كتابي صادر عن البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب[المرجع نفسه، ص:292].

الفصل الثاني

القواعد الشرعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

تمثل القواعد الشرعية إحدى الركائز الأساسية في مسالك التشريع، ويبرز دورها إلى جانب الأصول الشرعية في إثراء حركة الاجتهاد الفقهي، إما بتوليد الأحكام الفرعية، أو بتسديد النظر الفقهي.

والقواعد^[1] الشرعية في اصطلاح العلماء تطلق على معانٍ ترادف الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد. وهي أمر كلي منطبق على جميع جزئياته عند تعرّف أحكامها منه. ويظهر لمن تتبع موارد الاستعمالات-كما قال التهانوي^[2]- أن القاعدة هي الكلية التي يسهل تعرف أحوال الجزئيات منها^[3].

وتنقسم القواعد الشرعية باعتبار وظيفتها التشريعية إلى ثلاثة أقسام، هي:

أ- القواعد الأصولية: وهي قضايا كلية يتوصل بها الفقيه إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية^[4].

ب- القواعد المقاصدية: وهي قضايا كلية تعبّر عن معنى عام مستفاد من أدلة الشريعة المختلفة، اتّجهت إرادة الشارع إلى إقامته من خلال ما بني عليه من أحكام؛ ككون الشارع لا يقصد التكليف بالشاق والإعانت فيه، ووضع الشرائع لمصالح العباد في العاجل والآجل معا^[5].

^[1]القواعد في اللغة: جمع قاعدة، وهي: أصل الأسّ، أو الأساس، حسيًا كان كقواعد البيت، أو معنويًا كقواعد الفقه وقواعد اللغة وغيرها[انظر: الزبيدي: تاج العروس، ج9، ص:60-61، والجوهري: الصحاح، ج2، ص:525، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج5، ص:108، والأصفهاني: المفردات، ص:529، وابن عطية: المحرر الوجيز، ج2، ص:210].

^[2]هو: محمد أعلى بن علي بن حامد الحنفي، المعروف بالتهانوي، أحد علماء الهند بالقرن الثاني عشر. من أشهر مصنفاته: "كشاف اصطلاحات الفنون". توفي رحمه الله تعالى-عام 1191هـ على الراجح[انظر: عبد الحي الطالبي: نزهة الخواطر وبهجة المسامع والنواظر، مطبعة دار المعارف العثمانية، ط. الهند الأولى، 1376هـ، ج6، ص:278].

^[3]انظر: التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: رفيق العجم وعلي دحروج، مكتبة لبنان، ط1، 1996م، ص:1295، والجرجاني: التعريفات، ص:182 والطوفي: شرح مختصر الروضة، ج1، ص:120.

^[4]انظر: الكيلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص:33، و عبد العزيز محمد عزام: القواعد الفقهية، دار الحديث، القاهرة، ط1426هـ-2005م، ص:15، وابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص:4.

^[5]انظر: الكيلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص:55-56، وعثمان شبير: القواعد الكلية والضوابط الفقهية، دار النفائس، عمان، ط2، 1428هـ-2006م، ص:31.

ج-القواعد الفقهية: وهي "أصول فقهية كلية، في عبارات موجزة، تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها، وتصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها"^[1].

وتوصف القواعد الفقهية من حيث وظيفتها التشريعية بأنها أصول علمية يقاس بها ويبنى عليها ويعلل بها. وهي تشبه الأدلة وليست بأدلة؛ لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصارت يقضى بها في جزئياتها، كأنها دليل على ذلك الجزئي؛ لأن ما يستقرأ من عموم المعنى، كالمنصوص عليه بصيغة عامة، ومن ثم فلا يحتاج المجتهد إلى صيغة خاصة بمطلوبه، فلما كانت كذلك، ناسب ذكرها في باب الاستدلال^[2].

وهذه القيمة التشريعية التي تحظى بها القواعد الشرعية-سواء من موقع الاستدلال أو الاستثناس- تسوّج إدراج نماذج منها في هذا السياق من البحث قصد استكشاف أثرها في تيسير المعاملات المالية، ضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: قاعدة مراعاة الظل وأثرها في تيسير المعاملات المالية

المبحث الثاني: قاعدة الحيل وأثرها في تيسير المعاملات المالية

المبحث الثالث: قاعدة الفساد والبطالان وأثرها في تيسير المعاملات المالية

المبحث الرابع: قواعد التبعية وأثرها في تيسير المعاملات المالية

المبحث الخامس: قواعد وسائل المقاصد وأثرها في تيسير المعاملات المالية

^[1]انظر: انظر: أحمد الندوي: القواعد الفقهية، ص:45، ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:965-966.

^[2]انظر:الشاطبي: الموافقات، ج4، ص:64-65، وابن النجار: شرح الكوكب المنير، ج4، ص:439، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:972.

المبحث الأول

قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في تفسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

تعدّ قاعدة مراعاة الخلاف إحدى قواعد الاستدلال التي اعتمدها المذهب المالكي-بصفة خاصة- ضمن مقارنة تشريعية تتوخّى اعتبار الخلاف الفقهي وتوظيفه في مواطن الحاجة إلى استدراك مصلحة أو دفع مفسدة. وهو بهذا الاعتبار أصل حقيق بالاندراج ضمن مرتكزات التيسير، ويتضح ذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم مراعاة الخلاف

أ- مفهوم "مراعاة الخلاف" باعتباره مركبا إضافيا

أولاً: تعريف المراعاة: تستعمل كلمة المراعاة في اللّغة بمعان متعدّدة، منها: الحفظ، والرفق، والإبقاء على الشيء، والنظر إلى الشيء وملاحظته ومراقبته واعتباره^[1]. وهذا المعنى الأخير هو الأوثق صلةً بالمدلول الاصطلاحي لمراعاة الخلاف، باعتبار أن المجتهد يلاحظ ويحفظ ويعتبر قول غيره من المجتهدين في مسائل الاجتهاد. فاستعمال الفقهاء لهذا اللفظ لا يخرج عن هذا المعنى^[2].

ثانياً: تعريف الخلاف: الخلاف في اللّغة، مصدر خالف يخالف خلافا ومخالفة. والاختلاف: مصدر اختلف، يختلف، اختلفا. والاختلاف والمخالفة: أن يأخذ كل واحد طريقا غير طريق الآخر في حاله وأقواله. ويرجع لفظ "خلف" في العربية إلى أصول ثلاثة-كما جاء في معجم المقاييس-، أحدها: أن يجيء شيء بعد شيء يقوم مقامه. والثاني: خلف قدام، والثالث: التعيير^[3]. والمقصود من هذه المعاني اللّغوية في سياق الموضوع هو الأصل الأول والأصل الثالث؛ من حيث إن الخلاف يعني تغاير الآراء. قال الجرجاني: "الخلاف منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو إبطال باطل"^[4].

^[1] انظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص:1289، والمعجم الوسيط، ص:365، والزبيدي: تاج العروس، ج10، ص:152، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج2، ص:407، والفيومي: المصباح المنير، ص:88.

^[2] انظر: الموسوعة الفقهية، ج36، ص:331.

^[3] انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج2، ص:210، 211، 212، والموسوعة الفقهية الكويتية، ج2، ص:291.

^[4] انظر: الجرجاني: التعريفات، ص:102.

والمراد بالخلاف في الاصطلاح الأصولي والفقهي: عدم اتفاق آراء الفقهاء، وتغاير أقوالهم في أحكام المسائل الفقهية. وناتج اختلاف المجتهدين في تفريع أحكام المسائل، تسمى "المسائل الخلافية"، وهي المسائل التي لم يتفق عليها من يُعَدُّ بخلافه من العلماء^[1]. وهذه الأحكام الخلافية هي مجال هذه القاعدة وموضوعها.

ب- تعريف "مراعاة الخلاف" - باعتباره مركبا وصفيا -

تداول أئمة المدرسة المالكية على تحرير مفهوم "مراعاة الخلاف"، ومن أشهر تعريفاتهم:

1- تعريف الإمام أبو عبد السلام الهواري^[2]: "إعمال كل واحد من الدليلين فيما هو أرجح فيه"^[3].

2- تعريف الإمام القَبَّاب^[4]-جوابا عن استشكل الشاطبي:- "فاعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب، وحقيقته: إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"^[5]. ثم فصل بما يفيد أن الأدلة الشرعية منها ما تتبين قوته تبيينا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين، والعمل بإحدى الأمرتين، فها هنا لا وجه لمراعاة الخلاف، ولا معنى له. ومنها ما يقوى فيها أحد الدليلين، وتترجح فيها إحدى الأمرتين قوة ما، ورجحانا لا ينقطع معه تردد النفس وتشوفها إلى مقتضى الدليل الآخر؛ فهنا تحسن مراعاة الخلاف، فيرجع المجتهد إلى الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ؛ لوقوعه على موافقة دليل له في النفس اعتبار.

^[1]انظر: قلعة جي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص:176.

^[2]هو: محمد بن عبد السلام بن يوسف الهواري التونسي المالكي، أبو عبد الله، قاضي الجماعة بتونس. إمام حافظ محدث. من أشهر مصنفاته: "شرح مختصر ابن الحاجب"، المسمى: "تتبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب". توفي -رحمه الله تعالى- سنة(749هـ) [انظر: ابن فرحون: الديباج، ج2، ص:329-330، ومحمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص:301].

^[3]انظر: أحمد بن علي المنجور: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، نواكشوط، دط، دت، ج1، ص:255، وخليل بن إسحاق: التوضيح -شرح مختصر ابن الحاجب-، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، ط1، 1433هـ-2012م، ج1، ص:14، والونشريسي: المعيار المغربي، ج6، ص:89، والمقري: قواعد الفقه، ج2، ص:236.

^[4]هو: أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الجذامي الفاسي، أبو العباس، الشهير بالقَبَّاب، عالم ميرز، وفقهه حافظ محقق. من مؤلفاته: "شرح قواعد عياض"، وفتاوى كثيرة نقل بعضها الونشريسي في المعيار. توفي-رحمه الله تعالى- سنة(778هـ) [انظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص:339].

^[5]انظر: الونشريسي: المعيار المغربي، ج5، ص:55.

3- تعريف الإمام ابن عرفة^[1]: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"^[2].

4- تعريف الإمام الشاطبي، وفيه يبدو أثر نضج مفهوم مراعاة الخلاف بعد المناقشات والمراسلات التي دارت بينه وبين بعض علماء عصره، حيث يقول: "فإن قيل: فما معنى مراعاة الخلاف المذكورة في المذهب المالكي؟ فإن الظاهر فيها أنها اعتبار للخلاف؛ فلذلك نجد المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها، فإن كانت مختلفا فيها روعي فيها قول المخالف، وإن كان على خلاف الدليل الراجح عند المالكي. ثم يقرر بأن حقيقة "مراعاة الخلاف: أن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداء، ويكون هو الراجح، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحا لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، فيكون القول بإحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر"^[3]. ويظهر من خلاصة هذه التعريفات أن "مراعاة الخلاف" نظر تشريعي يتيح للمجتهد ترجيح دليل المخالف للحكم على الفعل بعد وقوعه، وإعطائه ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه، تقديرا لمصلحة شرعية معتبرة^[4].

ج - الفرق بين "مراعاة الخلاف" و"الخروج من الخلاف": يفيد تتبع سياقات الاستعمال الفقهي لهذين المصطلحين بأن عامّة المذاهب الفقهية لا تميّز بين "مراعاة الخلاف" و"الخروج من الخلاف"^[5]. فمراعاة الخلاف عند جمهور الفقهاء هو ذاته الخروج من الخلاف، ومعناه أن يحتاط المجتهد في المسائل الاجتهادية الخلافية فيأخذ بما يغلب على ظنه السلامة من الخطأ فيها.

^[1] هو: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، من كبار فقهاء المالكية في زمانه. له تأليف عديدة منها: "المختصر في الفقه والفرائض للحوفي"، و"الحدود الفقهية" وغيرها. توفي -رحمه الله تعالى- سنة (803هـ) [انظر: جلال الدين السيوطي: بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ط1، 1384هـ-1965م، ج1، 129، وأحمد بابا التنبكتي: نيل الابتهاج، دار الكتاب، طرابلس، ليبيا، ط2، 2000م، ص:463].

^[2] انظر: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص:263، والونشريسي: المعيار المعرب، ج5، ص:80، والتسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1، ص:19.

^[3] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:106، 107، 108.

^[4] انظر: محمد أحمد شقرون: مراعاة الخلاف عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية والبحوث، دبي، ط1، 1423هـ-2002م، ص:73.

^[5] انظر: الزركشي: المنتور في القواعد، ج2، ص:130، والسيوطي: الأشباه والنظائر، ص:136، وآل تيمية: المسودة في أصول الفقه، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، دط، دت، ص:450.

وهذا التوجّه هو في الحقيقة التزام بالورع، وعمل بالأحوط في الدين، واتقاء للشبهة، وليس معناه ترك دليل المفتي أو الإمام، والأخذ بدليل المخالف، وإنما هو التوسّط بينهما، واللجوء إلى دليل ثالث يؤخذ من قواعد الشريعة، ويقضي إيجاب طلب السلامة، واتقاء الشبهة والتخلّص من الإشكال. فمراعاة الخلاف بهذا المعنى (أو الخروج من الخلاف) هو عمل بدليل ثالث عند تعارض الدليلين^[1]. ويميّز المالكية بين دلالة المصطلحين، فيتفقون مع الجمهور في أن الخروج من الخلاف قاعدة تشريعية منوطة بتحري السلامة قبل الدخول في العمل على وجه يخالف قولاً معتبراً، خصوصاً إذا كانت المخالفة تقتضي بطلان العمل وفساده حسب الرأي المخالف. أما مراعاة الخلاف -عندهم- فهي عبارة عن إعادة نظر من المجتهد في الحكم بعد وقوع العمل؛ لما يترتب عليه من آثار وإشكالات تستدعي نظراً جديداً، فيأخذ بعين الاعتبار دليل المخالف، ليبني الأمر الواقع على مقتضاه أو بعض مقتضاه وإن كان مرجوحاً في أصل نظره، إلا أنه لما وقع الأمر على وفقه روعي جانب آثار الفعل وما يترتب عليه، فتجدد الاجتهاد بأدلة جديدة ونظر جديد^[2]. والخروج من الخلاف يكون قبل الدخول في العمل توقياً واحترازاً، أما مراعاة الخلاف فتكون بعد العمل إمضاء وإنفاذاً^[3]. وإنما عدّ العلماء هذه القاعدة (الخروج من الخلاف) من مقومات الاجتهاد والنظر^[4]؛ لأنها مسلك احتياطي ينزع إلى السلامة والورع، والأخذ بالورع مصلحة شهد الشارع لها باعتبار عينها^[5]؛ إذكاءً لوزع الخوف من الله -تعالى- وتحري رضاه، وتعظيم قدره وأمره. يقول الإمام الشاطبي -رحمه الله-: "والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى المفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل؛ فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها"^[6].

^[1] انظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1990م، ص:164.

^[2] انظر: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب الأخرى وقواعده، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، د.ط، د.ت، ص:99-100، وشقرون: مراعاة الخلاف عند المالكية، ص:74 وما بعدها، يوسف احميتو: مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص:333.

^[3] انظر: المقري: قواعد الفقه، ج2، ص:136-137.

^[4] انظر: السيوطي: الأشباه والنظائر، ص:136-138.

^[5] تؤكد اعتبارها نصوص كثيرة، منها: قوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه﴾ [انظر: صحيح البخاري: كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، حديث رقم(50)، [19/1]، وصحيح مسلم: كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم (1599)، [3/1219]].

^[6] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج3، ص:85.

المطلب الثاني: حجية مراعاة الخلاف

يؤسس المالكية مشروعية الاستدلال بقاعدة مراعاة الخلاف على جملة من التعليقات، أهمها^[1]:

1 - إن العمل بقاعدة مراعاة الخلاف هو نوع من الالتفات إلى الأمر الواقع، والبناء عليه، بعد تجديد النظر في المسألة، بحيث يصير التصرف بعد وقوعه معتبرا وشرعيا بالنظر إلى قول المخالف، وإن كان ضعيفا في أصل النظر؛ لكن لما وقع الأمر على مقتضاه، روعيت المصلحة، وتجدد الاجتهاد في المسألة من جديد، بنظر وأدلة جديدة^[2].

ومعلوم في سياق الدراسات الأصولية أن الحكم الشرعي قد يتغير بناء على تغير المناط وهو النتيجة أو المآل المقصود أو الممنوع شرعا؛ ومن ثم ينبغي على المجتهد قبل أن يطبق الحكم على أفعال المكلفين أن يقدر نتائج تلك الأفعال ومآلاتها، واضعا نصب عينيه مقاصد الشارع وقواعده العامة وما ينتجه الفعل من واقع جديد يستدعي حكما جديدا، ويكون تبعا للظروف والملابسات والأحوال التي أنتجها ذلك الفعل، لتحقيق المناط الخاص-وهو ما يتعلق بشخص معين- لمعرفة ما يناسبه وما ينطبق عليه من الأحكام الشرعية وفق ظروفه وطبيعته الشخصية وأحواله. وقد قرّر العلماء أن الحكم يقدر زمانا ومكانا وشخصا ونتيجة؛ ولذلك عدّ الإمام الشاطبي مراعاة الخلاف من قواعد تحقق النظر في المآل، حيث يترك العمل بدليل راجح في حالة من حالاته؛ لأن تطبيقه يؤدي إلى مفسدة تفوق مفسدة ترك العمل به^[3].

2 - إن مراعاة الخلاف طريق إلى صون أعمال المكلفين عن الإبطال، ما دام بالإمكان تصحيحها بمراعاة قول مجتهد آخر؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد:33]. والفعل بعد الوقوع تعلق به عدم جواز إبطال الأعمال، وهو يرجح دليل المخالف ويقويه في هذه الحالة^[4].

^[1]قال ابن رشد: ومن مذهب مالك مراعاة الخلاف [انظر: ابن رشد: البيان والتحصيل، ج1، ص:425].

^[2]انظر: عبد الله دراز: هامش الموافقات، ج5، ص:108.

^[3]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:190-191، وشقرون: مراعاة الخلاف، ص:123.

^[4]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:106. ومن هذا ما نقله الونشريسي عن أبي عبد الله الفشتالي (ت779هـ) في تقوية جانب اعتبار الخلاف بعد الوقوع بأن الإمام مالكا-رحمه الله- كان يستنقل نقض صفقة المسلم في المعاملات [انظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج5، ص:91].

3 - الأدلة الشرعية الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها؛ فإن غالبيتها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع. فالخلاف الذي راعاه المجتهد كان مرجوحاً في نظره قبل وقوع الفعل، ولكن بعد الوقوع قوي دليلاً بقربنة رفع الحرج، وإزالة الضرر، والتيسير على المكلف الذي باشر ذلك الفعل؛ فصار " دليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن به من القرائن المرجحة"^[1]. وليس هذا من قبيل تسويغ انتقاء الأيسر من الأقوال بالهوى والتشهي، والترخص المذموم عند العلماء^[2]، ولكنه ترجيح معزز بموافقته لقواعد الشريعة ومبادئها القاضية بالتيسير ودفع الضرر والمشقة، فمتى ما نشأ عن الاستمرار في مقتضى الحكم الأصلي حرج وضرر، لزم المجتهد العدول عن قوله السابق، والأخذ برأي مخالفه؛ لما اتصل به من أحوال ترجح طريقه^[3]؛ ولهذا قرر ابن عابدين جواز الإفتاء بالأقوال الضعيفة في مواطن الضرورة طلباً للتيسير، وبيّن بأن القول بعدم جواز العمل والإفتاء بالأقوال الضعيفة محمول على غير موضع الضرورة^[4]. ويؤيد هذا المعنى (أي: رفع الحرج عن المكلف) ما ذهب إليه ابن القيم^[5] من استحباب استعمال الحيلة الجائزة لتخليص المستفتي من الحرج والمشقة - رغم إنكاره الشديد لتتبع الرخص^[6]، حيث قال -رحمه الله-: " من فقه المفتي ونصحه إذا سأله المستفتي عن شيء فمنعه منه، وكانت حاجته تدعو إليه، أن يدلّه على ما هو عوض له منه، فيسد عنه باب المحذور ويفتح له باب المباح، وهذا لا يتأتى إلا من عالم ناصح مشفق"^[7]، واستدل بما ورد

^[1] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:182، وص:191.

^[2] انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:491. وعلى هذا المعنى أكد الإمام الشاطبي، فقال: "ومتى خيرنا المقلدين في مذاهب الأئمة لينتقوا منها أطيبها عندهم، لم يبق لهم مرجع إلا اتباع الشهوات في الاختيار، وهذا مناقض لمقصد وضع الشريعة؛ فلا يصح القول بالتخيير على حال" [انظر: الموافقات، ج5، ص:78].

^[3] انظر: مختار قوادري: مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الإسلامية، إسلام آباد، باكستان، دط، ص:120.

^[4] انظر: ابن عابدين: رسائل ابن عابدين، ج1، ص:50.

^[5] هو: شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، ابن قيم الجوزية الحنبلي، ولد سنة (691هـ)، فقيه أصولي، ومفسر ونحوي، شهد له بأنه أحد كبار العلماء، قال عنه الشوكاني: برع في جميع العلوم، وفاق الأقران، واشتهر في الآفاق، وتبحر في معرفة مذاهب السلف. له عديد التصانيف، منها: "إعلام الموقعين"، و"زاد المعاد"، و"شفاء العليل"، و"إغاثة اللفهان". توفي -رحمه الله تعالى- سنة (751هـ) [انظر: الشوكاني: البدر الطالع، ج2، ص:143، وابن رجب: نيل طبقات الحنابلة، ج2، ص:447].

^[6] انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:500-501.

^[7] انظر: المرجع نفسه، ج2، ص:448، والخطيب البغدادي: الفقيه والمتفقه، تحقيق: عادل العزازي، دار ابن الجوزي، الدمام، ط1، 1417هـ، ج2، ص:86.

عن النبي-صلى الله عليه وسلم- في حديث النهي عن ربا الفضل، "أنه استعمل رجلا على خبير فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله-صلى الله عليه وسلم-أكل تمر خبير هكذا؟، فقال: لا والله يا رسول الله، إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة. فقال رسول الله-صلى الله عليه وسلم-: فلا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيباً"^[1].

ومسلك الترجيح بين الأقوال الفقهية باعتبار التيسير منوط بالفقهاء المجتهدين دون غيرهم، وفي هذا يقول الشاطبي-رحمه الله تعالى-: "مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء، إذ مراعاة الخلاف إنما معناها: مراعاة دليل المخالف، حسبما فسره لنا بعض شيوخنا المغاربة، ومراعاة الدليل أو عدم مراعاته ليس إلينا-معشر المقلّدين-فحسبنا فهم أقوال العلماء، والفتوى بالمشهور منها، وليتنا ننجو-مع ذلك- رأساً برأس لا لنا ولا علينا"^[2].

وفي سياق هذا المعنى التشريعي تقرّر مبدأ الأخذ بالأخف، سواء كان بين المذاهب أو الاحتمالات المتعارضة أماراتها^[3]، وترجّح القول به بدلالة النصوص الشرعية القاضية بقصد الشارع إلى التخفيف والتسهيل على العباد، ونفي الحرج عنهم؛ فالله تعالى غني كريم، والعبد محتاج فقير، وإذا وقع التعارض بين هذين الجانبين، كان التّحامل على جانب الغني الكريم أولى منه على جانب المحتاج الفقير^[4]. كما أن استقراء أحكام الشريعة دلّ على أن أكثرها سهل غير شاق على المكلف، فيغلب على الظن أن جميع الأحكام تشرع على وجه الخفة والسهولة؛ فإن ما جهل من أفراد النوع الواحد يلحق بالأكثر منه^[5].

^[1] رواه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، (رقم 2050)، [521/1]، ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، رقم (1593)، [1215/3]. والجنيب: نوع جيد من أنواع التمر. والجمع: هو الرديء منه، أو أخلط منه [انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج 1، ص: 965، مادة (ج ن ب)، ومج 1، ص: 680، مادة (ج م ع)].

^[2] انظر: الشاطبي: فتاوى الإمام الشاطبي، ص: 119.

^[3] انظر: الأرموني: التحصيل من المحصول، ج 2، ص: 330.

^[4] انظر: الرازي: المحصول في أصول الفقه، ج 3، ص: 1542، والشاطبي: الموافقات، ج 5، ص: 104.

^[5] انظر: الباحثين: قاعدة المشقة تحلب التيسير، ص: 406-407.

المطلب الثالث: أثر مراعاة الخلاف في تيسير المعاملات المالية

يتلخّص مما سبق أن غاية أعمال قاعدة مراعاة الخلاف رعاية المصالح الشرعية في أفعال المكلفين، وأن أظهر المعاني المصلحية الموجبة لتقوية دليل المخالف بعد وقوع الفعل حائمة حول التيسير ودفع المشقة والحرّج. ووجه التيسير في هذه القاعدة ظاهر في أن تسويغ فعل ما اعتبارا لمذهب المخالف، هو أكثر يسرا وسهولة من إلزام المكلف بقول واحد في كل الأحوال^[1]؛ ولذلك جزم بعض الفقهاء بأن غاية تطبيق هذه القاعدة هي التيسير والتخفيف على المكلف مراعاة لحاله^[2].

ويتجلّى أثر قاعدة مراعاة الخلاف في التيسير—أيضا—من خلال قوة ارتباطها بالقواعد الشرعية التي تقرّر تشوّف الشارع إلى ترجيح جانب المسامحة في الحكم على أفعال المكلفين بعد وقوعها، وإمضاء تصرفاتهم على ما وقعت عليه، ولو كانت في الأصل غير مشروعة، مراعاة للتيسير^[3]، ومن هذه القواعد:

1- يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء^[4]: ومعناها أن تغيير الأمر الواقع كثيرا ما يكون أصعب من ابتدائه وإيجاده من الأساس؛ وذلك أن بعض تصرفات المكلفين يكون بالإمكان منعها ابتداء، لكن إذا وقع المكلف تصرفا وتلبّس به، تعذّر أو تعسّر صرفه عنه، بل قد يكون الحكم عليه بالمنع من ذلك التّصرف موقعا في مفسدة أكبر من تلك التي يراد منعه منها؛ لأن الشيء بعد بقاءه واستدامته يكون قويا بحيث لا يسهل انتزاعه ورفعها، ومن هنا كان استبقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون؛ فإن قوة البقاء والدوام اقتضت التيسير والتخفيف في بعض الأحكام^[5].

2- المنع أسهل من الرفع^[6]: ومعناها أن منع وقوع الخلل والانحراف ابتداء، أسهل من رفعه وإزالته بعد وقوعه. فحالة ما بعد الوقوع تستدعي نظرا جديدا يستحضر مشقة الرفع والإلغاء؛

^[1]انظر: الباحثين: الاستحسان، ص:126.

^[2]انظر: مسفر بن علي القحطاني: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، دار ابن حزم، ط1، 1424هـ، ص:115.

^[3]انظر: التجديد الأصولي، ص:737.

^[4]انظر: الزركشي: المنثور في القواعد، ج2، ص:421-422.

^[5]انظر: الندوي: القواعد والضوابط الفقهية، ج1، ص:492-295.

^[6]انظر: السبكي: الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م، ج1، ص:127، والزركشي: المنثور في القواعد، ج2، ص:155، والسيوطي: الأشباه والنظائر، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:103ص:138، والونشريسي: إيضاح المسالك، ص:69.

ولذلك اغتفر في البقاء والاستدامة ما لا يغتفر في الإيجاد والإنشاء^[1]. وقد حكّم المالكية قاعدة مراعاة الخلاف في كثير من فروع المعاملات المالية، قصدا للتيسير ورفع الحرج، وتجلّى ذلك في الأمثلة الآتية:

1- عدم معاملة العقد الفاسد المختلف في فساده، معاملة المتفق على فساده، وعلّلوا ذلك بمراعاة الخلاف^[2].

2- ترتيب بعض آثار العقد الصحيح على العقد الفاسد^[3]، والإغضاء عن بعض الصور من الخلل اليسير ترجيحاً لمصلحة تقرير العقود، كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفوتات المقررة في الفقه^[4].

3- التماس المخارج الشرعية لما جرى به عمل الناس، وتقدم في عرفهم وعاداتهم، -ما أمكن- على خلاف أو وفاق، إذ لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين أو مشهور من قول قائل^[5].

^[1] انظر: يوسف احميو: مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص: 337.

^[2] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص: 107. وفي الهامش أورد المحقق تفصيلاً، قال فيه: " البيع بيعاً فاسداً مجمعاً على فساده يجب رده إن لم يفت؛ فإذا فات مضي بقيمته إن كان مقوماً أو بمثله إن كان مثلياً. أما المختلف في فساده، فيجب رده إن لم يفت أيضاً بفسخ الحاكم أو من يقوم مقامه، فإن فات مضي بالثمن؛ فمحل الفرق بينهما عند الفوات؛ لأنه إذ ذاك يتعلق به حق لكل من المتبايعين، وهو يقوي النظر في اعتبار دليل مصحح البيع المختلف فيه والبناء عليه؛ فيمضي بالثمن نفسه".

^[3] انظر: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص: 268.

^[4] الفوت هو: ما لا يمكن الرد معه. ومن مفوتات البيوع الفاسدة- عند المالكية-: تغير الذات وتلفها، وحوالة الأسواق، وحدوث عيب، وتعلق حق الغير به ببيع ونحوه، وطول المدة السنين نحو العشرين في الشجر. وقد قسموا أثر الفساد في العقود إلى ثلاثة أقسام: الأول: ما يمنع لتعلقه بمحظور خارج عن باب البيوع، كالبيع والشراء في موضع مغضوب، فهذا لا يفسخ فات أو لم يفت. والثاني: ما نهي عنه ولم يخل فيه بشرط مشروط في صحة البيوع، كالبيع في وقت الجمعة، وبيع حاضر لباد، فاختلف هل يفسخ أم لا؟ وقيل: يفسخ إن كانت السلعة قائمة. والثالث: ما أحل فيه بشرط من شروط الصحة، فيفسخ وترد السلعة إن كانت قائمة، فإن فاتت رد مثلها فيما له مثل وهو المكيل والمعدود والموزون، ورد قيمتها فيما لا مثل له[انظر: ابن جزى: القوانين الفقهية، ص: 201، والقاضي عبد الوهاب: التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد مرابي، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 1435هـ-2014م، ص: 204، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص: 12].

^[5] انظر: الونشريسي: المعيار العربي، ج6، ص: 471. وتطلب التيسير بإضفاء المشروعية على المعاملات المالية التي جرى بها عمل الناس وإن كان مدرکها أقالاً ضعيفة أو مرجوحة، هو مسلك اعتمده المالكية أيضاً، وصاغوا فيه أصلاً تشريعياً قريباً من أصل "مراعاة الخلاف"، واصطلحوا عليه بـ "ما جرى به العمل". وحقيقته: العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيًا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حاجاتها الاجتماعية. أو هو: اختيار قول ضعيف والحكم بالإفتاء به، وتمالؤ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك. وهو قاعدة تشريعية تحكمها شروط وضوابط[انظر: الجبدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، ص: 342، و: 355].

4- تكييف بعض البيوع المختلف في جوازها(سمّاها ابن رشد بالبيوع المكروهة)، تكييفًا خاصًا، حيث حكموا بفسخها ما كانت قائمة، فإذا فاتت لم تردّ، مراعاة للخلاف^[1].

5- تجاوز بعض الشروط العقدية، باعتبار أن الحاجة إلى إقرار العقد الموجود واستمراره، وما يترتب عليه من استقرار المعاملات وصيانة الحقوق، تقتضي نظرا تيسيريا يراعي درء مشقة فسخ العقود، ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها^[2].

6- القول بمشروعية المعاملة الواحدة المركبة من قولين أو أكثر من أقوال الفقهاء، وإن أدى ذلك إلى بناء صورة لا يقول بها واحد ممن قلدهم؛ لأن التقليد مبني على وحدة المسألة لا على مجموع المعاملة. ومثال ذلك: بيع المرابحة للأمر بالشراء، فهي وإن كانت معاملة واحدة، لكنها مؤلفة من الوعد، والبيع بالمرابحة، فلا مانع أن يقلد من يقول بلزوم الوعد كابن شبرمة^[3] ومالك-رحمهما الله-، ويقلّد في مشروعية البيع بالمرابحة إمام آخر لا يعتبرها من صور بيع العينة^[4]؛ لأن المستفتين في عهد الصحابة-رضوان الله عليهم- ما كان الواحد منهم يستفتي في المعاملة صحابيا واحدا يقصر نفسه عليه^[5].

^[1]انظر: ابن رشد: المقدمات، ج2، ص:125.

^[2]انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:1022.

^[3]هو: عبد الله بن شبرمة، أبو شبرمة، أحد أعلام فقهاء العراق، وقاضي الكوفة، قال فيه حماد بن زيد: ما رأيت كوفيا أفقه من ابن شبرمة. توفي-رحمه الله- سنة(144هـ)[انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج6، ص:422، والشيرازي: طبقات الفقهاء، ص:84].

^[4]العينة في اللغة: السلف. يقال: تعين فلان من فلان عينة؛ أي: تسلّف. وفسر جمهور الفقهاء العينة: بأن يبيع المرء شيئا من غيره بثمان مؤجل، ويسلمه إلى المشتري، ثم يشتريه بئعه قبل قبض الثمن بنقد حال أقل من ذلك القدر. وحقيقة العينة قرض في صورة بيع؛ لاستحلال الفضل مقابل الأجل. إذ تؤول العملية إلى قرض عشرة لرد خمسة عشر، والبيع وسيلة صورية إلى تلك الزيادة. والعينة عند المالكية: أن يظهر البيعان فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز، فيمنع للثمة سدا للذرائع. وهي عندهم ثلاثة أقسام: الأول: أن يقول رجل لآخر: اشتر لي سلعة بكذا وأربحك فيها كذا، مثل أن يقول: اشترها بعشرة وأعطيك فيها خمسة عشر إلى أجل، فإن هذا يؤول إلى الربا؛ لأن مذهب مالك أن ينظر إلى ما خرج عن اليد ودخل به، وبلغى الوسائط. والثاني: لو قال له: اشتر لي سلعة وأنا أربحك فيها، ولم يسم الثمن فهذا مكروه، وليس بحرام. الثالث: أن يطلب السلعة عنده فلا يجدها ثم يشتريها الآخر من غير أمره، ويقول: قد اشتريت السلعة التي طلبت مني فاشترها مني إن شئت، فيجوز أن يبيعه منه نقدا أو نسيئة، بمثل ما اشتراها به أو أكثر أو أقل[انظر: نزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:338، وابن جزى: القوانين الفقهية، ص:208].

^[5]انظر: أبو سنة: مجلة مجمع الفقه الإسلامي حول المصارف والشركات الإسلامية، العدد السادس، السنة الرابعة1412هـ-1992م، ص:49-50. وهذا الذي يعبر عنه الفقهاء بـ "التلفيق". ومن معانيه اللغوية: الضم والملائمة. وهو في الاصطلاح: الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد، وذلك بأن يلفق في قضية واحدة بين قولين أو أكثر، تتولد منها حقيقة مركبة لا يقول بها أحد. وهذا المسلك وإن كان غير مشروع في الرأي الغالب بين العلماء -باعتباره عملا انتقائيا يهدف إلى تتبع رخص المذاهب،

7- إذا اختلفت أقوال الفقهاء بين إباحة معاملة -عمّت بها البلوى- وحظرها، يصار إلى ترجيح الإباحة، تصحيحاً لمعاملات الناس بقدر الإمكان؛ لأن تقليد الضعيف عند الضرورة سائغ^[1]؛ وبسبب ذلك تركت بعض الأقوال الفقهية وعمل بغيرها من الأقوال الضعيفة أو المرجوحة في بعض القضايا المعاصرة، نظراً لتغير الظروف والأحوال، وتبدل مناخ المصالح تبعاً لمستجدات العصر ومتغيراته^[2].

ويؤول إلى تركيب صورة مخالفة للإجماع، تشعر بفقدان هيبة الدين، والاستخفاف بالأحكام الشرعية-، إلا أن بعض المعاصرين فرقوا بين كونه (التلفيق) اجتهاداً فردياً فيمنع، وبين كونه من اختصاص المؤسسات التشريعية المخولة بوضع الأنظمة، وسنّ القوانين المأخوذة من قواعد الفقه الإسلامي، فيشرع لها تتبع الرخص ليتيسر اختيار الأوفق والأصلح للجماعة، والملائم للعصر والبيئة من مجموع المذاهب الفقهية، وآراء المجتهدين. ويرون أن في ذلك التيسير ما يبعدنا عن الالتجاء إلى القوانين الأجنبية الوضعية، ويقرنا من الوقوف عند أحكام الفقه الإسلامي. لكن هذا إنما يكون من عمل المجتهدين والمتبحرين في أحكام الشريعة، ولا مدخل للعوام بشأنه[انظر: مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص: 327-328، والباحسين: قاعدة المشقة تجلب التيسير، ص: 476].

^[1]انظر: القرضاوي: بيع المرابحة كما تجرّه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط2، 1407هـ-1987، ص: 24، والحجوي: الفكر السامي، ج4، ص: 238.

^[2]انظر: القحطاني: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، ص: 115.

المبحث الثاني

قاعدة الحيل الشرعية وأثرها في تفسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

قاعدة الحيل من القواعد التشريعية المعتمدة في مسالك التشريع، قصدا لرعاية التيسير ورفع الحرج عن المكلفين، وفق شروط وضوابط محددة. وفي هذا السياق يتناول البحث مفهومها، وحجية العمل بها، ويستقرئ مظاهر التيسير المبنية عليها في بعض فروع المعاملات المالية.

المطلب الأول: مفهوم الحيل

الحيل: جمع حيلة، من الاحتيال، وأصلها حَوْلَ. وهي في اللغة: الحذق، وجودة النظر، والقدرة على دقة التصرف في الأمور، وتقليب الفكر للاهتداء إلى المقصود^[1].

قال الجرجاني: الحيلة: "اسم من الاحتيال، وهي التي تحوّل المرء عما يكره إلى ما يحبه"^[2].

وينطبق معناها تفصيلا-كما ذكر ابن القيم-على نوع مخصوص من التصرف الذي يتحوّل به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب في العرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصّل بها الشخص إلى حصول غرضه، بحيث لا يُتقطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة، فهذا أخصّ من موضوعها في أصل اللغة، وسواء كان المقصود أمرا جائزا أو محرّما. وأخصّ من هذا: استعمالها في التوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعا أو عقلا أو عادة، فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس؛ فإنهم يقولون: فلان من أرباب الحيل، ولا تعاملوه فإنه متحيّل^[3].

وبهذا المعنى اللغوي الأخصّ، أو الغالب في عرف الناس -بتعبير ابن القيم- ورد تعريف الحيلة في الاصطلاح، بأنها: "تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع"^[4]. أو هي: "قلب الأحكام الثابتة شرعا إلى أحكام آخر، بفعل صحيح في الظاهر، لغو في الباطن، سواء كانت

^[1]انظر: الفيومي: المصباح المنير، مادة: حول، ص:60، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة: حول، ص:989، والمعجم الوسيط، ص:209.

^[2]انظر: الجرجاني: التعريفات، ص:105.

^[3]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:197.

^[4]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:187.

الأحكام من خطاب التكليف، أو من خطاب الوضع^[1]. ويستخلص من هذا التعريف بأن التحيل مبني على مقدمتين:

إحدهما: قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر.

والأخرى: جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معان، وسائل إلى قلب تلك الأحكام^[2]؛ كأن يتدرج الشخص إلى تغيير الحكم الشرعي، بواسطة تغيير في الألفاظ، أو تصرف بظاهر العقود، بقطع النظر عن جوهر المصالح والمفاسد المترتبة عليه^[3].

ولا شك أن التحيل بهذا المعنى مسلك مستهجن طبعاً، وتصرف مستفح شرعاً، ولا يمكن أن يكون مدرّكاً للأحكام الفقهية^[4]، وإنما يتعلق الاستدلال الفقهي بالحيل التي هي من قبيل التصرفات الجائزة التي يتوسل بها إلى مقصود حسن مشروع، ويتخلص بها من الوقوع في المأثم^[5].

فالحيلة الشرعية هي: "ما خلّصت من محرم، ولم توقع في إثم"^[6]، أو: "ما قصد به التوصل إلى تحويل حكم لآخر بواسطة مشروعة في الأصل"^[7]، كبيع الذهب بالعرض أو الدراهم ليشتري به ذهباً آخر، قصد التخلص من الربا^[8].

وإنما سمّي هذا العمل حيلة، لكونه مخلصاً شرعياً لا يُدرك إلا بالحدق وجودة النظر^[1]؛ ولذلك يرد في الفقه الإسلامي مصطلح "المخارج الفقهية" مرادفاً لـ "الحيل الفقهية"، فيعبر بهذا عن هذا؛ لأن الحيل الفقهية مخارج مما ضاق على الناس^[2].

^[1] انظر: المرجع السابق، ج3، ص: 108.

^[2] انظر: المرجع نفسه، ج3، ص: 106.

^[3] انظر: البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 255.

^[4] ويبدو أن شيوع هذا المعنى -المذموم- بين الناس، كان سبباً في استئثار بعض العلماء للفظ "الحيلة"، ومحاولة استبعاده من دائرة الاستعمال الشرعي. ويظهر ذلك -مثلاً- في تعريف الشيخ الطاهر بن عاشور للتحيل، حيث قال فيه: "هو إبراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز، أو إبراز عمل غير معتد به لقصد التقصّي من مؤاخذته. فالتحيل شرعاً: هو ما كان المنع فيه شرعياً والمانع الشارع. فأما السعي إلى عمل مآذون بصورة غير صورته، أو بإيجاد وسائله فليس تحيلاً، ولكنه يسمى تدبيراً أو حرصاً أو ورعاً" [انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 121]. ولاشك أن صرف لفظ "الحيلة" -مطلقاً- إلى معنى الوسيلة لارتكاب المحرم تعبير غير صحيح؛ إذ لا تلازم بين المعاني اللغوية والمعاني الاصطلاحية -كما هو معلوم-.

^[5] انظر: أبو بكر الخصاص: كتاب الخصاص في الحيل، طبع بمصر بالقاهرة سنة 1314هـ، ص: 4.

^[6] انظر: الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص: 144.

^[7] انظر: البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 256.

^[8] انظر: المرجع نفسه، ص: 273.

وحاصل القول أن "الحيلة الفقهية" أو "المخرج الفقهي" تعبر عن التحيل للخروج من الضيق والحرَج، أو للتوصل إلى الحق، أو على دفع الظلم، أو منع وقوعه بطريق مباحة، لم توضع موصلة لذلك، بل وضعت لغيره فيتخذها المرء طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو تكون قد وضعت له لكن خفية لا يتقطن لها، ولا يقصد بذلك تغييراً أو إبطالاً لحكم شرعي^[3].

المطلب الثاني: مشروعية الاستدلال بالحيل

اتفق العلماء على أن الحيل معتبرة بالأمر المحتال بها عليه، إطلاقاً ومنعاً، ومصلحة ومفسدة، وطاعة ومعصية. فإن كان الأمر المقصود بها مشروعاً كانت مشروعاً، وإن كان قبيحاً كانت حيلة قبيحة مذمومة. فالأخذ بالحيل التي هي من قبيل المخارج الفقهية التي يخرج بها المكلف من الحرام إلى الحلال، أو من الضيق إلى السعة بطريقة جائزة، أمر مشروع، بل هي من جملة التوسعة التي فتحها الله على عباده^[4].

أما الحيل التي تفضي إلى رفع التحريم مع قيام موجبه، أو إلى إسقاط الوجوب مع قيام سببه، فهي باطلة؛ لما فيها من السعي في دين الله بالفساد، وإبطال ما في الأمر المحتال عليه من حكمة الشارع الراجعة إلى حفظ مصالح العباد في العاجل والآجل، وما يتعلق بذلك من هناك لحرمة الشريعة، وإسقاط لهيبتها^[5]. فمعيار الحكم على الحيل يعتمد أساساً على اعتبار المقاصد والأغراض. يقول الإمام الشاطبي: "لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة، كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة. وإنما يبطل منها ما كان مضاداً لقصد الشارع خاصة، وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام، ويقع الاختلاف في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة"^[6].

^[1]انظر: أحمد بن محمد الحموي: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الباز، مكة المكرمة، ط1، 1405هـ-1985م، ج1، ص:38.

^[2]انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:350.

^[3]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:269، ومحمد عبد الوهاب بحيري: الحيل في الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، القاهرة، ط1394هـ-1974م، ص:305 وما بعدها.

^[4]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:161، والحجوي: الفكر السامي، ج2، ص:143. ونزيه حماد: عيون المستجدات الفقهية في صناعة المصرفية الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط1، 1439هـ-2018م، ص:507. وتتسع دائرة العمل بالحيل عند الحنفية والشافعية، وتضيق عند المالكية والحنابلة[انظر: عيسى بن محمد الخلوي: الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية، دار كنوز إشبيلية، الرياض، ط1، 1336هـ-2015م، ص:72.

^[5]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:151، 153، 154.

^[6]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج3، ص:124.

واعتماد المقاصد ميزانا في تقييم مشروعية الحيل، مبني على عدم التلازم المطلق بين تغيير الحكم الأصلي وفوات المقصد؛ فقد تستدعي الضرورة أو الحاجة استباحة ما كان محرماً، أو إسقاط ما كان واجباً، فتتعيّن الحيلة وسيلة إلى ذلك، ويكون تطلّب الخلاص من وطأة الحكم السابق هو عين مقصود الشارع، على شرط أن يكون هذا النوع من الحيل مستنداً إلى ضرورة أو حاجة؛ فالنبي-صلى الله عليه وسلم- لم يرشد إلى بيع التمر بالدرهم ثم شراء الجنيب بها، إلا استجابة لحاجة الناس في الحصول على الأجود من الطعام دون أن يقعوا في إثم الربا، ولم يرشد السلف إلى المعارض^[1] للاحتراز بها عن الكذب إلا استجابة لحاجة الناس في كثير من الأحيان إلى ستر الحقائق أمام من يبحث عنها؛ ولذلك كانت المعارض التي يبتغى بها أكل حق الغير أو أخذ مال له، محرمة قطعاً^[2]. وفي هذا السياق نصت المعايير الشرعية على أن المواطأة على المخارج الشرعية، وهي الحيل المحمودة التي لا تخالف وسائلها دليلاً شرعياً، ولا تتناقض أغراضها مقاصد الشريعة، ولا تؤول إلى مفسدة خالصة أو راجحة، فحكمها الجواز^[3].

ينضاف إلى ما سبق من ضوابط الأخذ بالحيل، مجموعة من الشروط أهمّها:

- أن لا يتوسّع في استخدامها فوق الحاجة؛ إذ الحيل الفقهية ليست أصلاً تشريعاً مطّرداً، بل مسلك احتياطي في الاجتهاد والإفتاء.
- وأن يقتصر استعمالها على هيئات الاجتهاد الجماعي ومؤسساته المؤهّلة لوزن المصالح الشرعية وتقديرها.
- وأن لا يُعتمد إلى تعليمها ونشرها بين العوام؛ لئلا تتخذ مطية للتفصي من أحكام الدين، وإضعاف سلطانه على القلوب^[4].

المطلب الثالث: أثر الحيل الشرعية في تيسير المعاملات المالية

يُستخلص مما سبق أن الحيل الفقهية مظهر من مظاهر المرونة والتيسير، باعتبارها قاعدة للنظر في إبداع الحلول والمخارج الشرعية، لتجنب الوقوع في المحذور، وتخليص المكلفين من

^[1]المعارض: جمع معراض، من التعريض، وهو خلاف التصريح من القول، وأصله التورية والستر. يقال: عرفته في معراض كلامه-أو في معراض كلامه-، وفي لحن كلامه، وفي فحوى كلامه[انظر: القاموس المحيط، ص:595، والفيومي: المصباح المنير، ص:153].

^[2]انظر: ابن تيمية: جامع المسائل، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار ابن حزم، بيروت، ط2، 1440هـ-2019م، ج8، ص:320، والبوطي: ضوابط المصلحة، ص:270، 272.

^[3]انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، مكتبة فهد الوطنية، معيار 25، ص:655.

^[4]انظر: عيسى بن محمد الخولفي: الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية، ص:230، 251، 282.

المشاق التي تعترض معاملاتهم، وتمكينهم من استخلاص مصالحهم المشروعة بالوسائل المغنية عن الإثم والحرام^[1]. ومن حكمة الشريعة الإسلامية ورحمتها أن شرعت إلى جانب كل محرم مباحا يغني عنه، حتى لا تفوت المصالح المرجوحة إلى غير بدل^[2].

وعلى هذا المسلك أجرى الفقهاء قاعدة الحيل في عقود المعاملات المالية قصد تحصيل المصالح وتسهيلها، فكانت فقها جيدا، وتطبيقا مرنا لقواعد العقود وشروطها، يلتمس المخارج، ويوسع المضايق ولا يخل بمقاصد الشريعة، خاصة كانت أو عامة؛ وذلك من التيسير المحمود^[3]. ومن أمثلة ذلك:

1- تصميم وتطوير آليات وأدوات مالية، لصياغة حلول لمشكلات التمويل والتبادل في المصرفية الإسلامية، ضمن ما يعرف بالهندسة المالية في المصرفية الإسلامية^[4]، وتجسد العمل بها في المصارف الإسلامية ضمن صيغ وأساليب مبتكرة للتمويل الإسلامي، بغية توفير المرونة الكافية لمواجهة التحديات التي تفرضها المتغيرات الاقتصادية المعاصرة، كإدارة المخاطر المرتبطة بأنشطتها المختلفة، والتحوط منها، وتحقيق رغبات العملاء وتطلعاتهم، ومواجهة المنافسة الشرسة من المؤسسات المالية التقليدية، بحيث تجمع بين المصادقية الشرعية، والكفاءة الاقتصادية في تلبية شتى الأغراض التمويلية والائتمانية^[5].

2- التحوط من الوقوع في المحذور في بيع المرابحة للأمر بالشراء: وصورة المسألة أن رجلا سأل آخر أن يشتري له سلعة محددة، على أن يشتريها منه مرابحة بعد ذلك، وخشي الشخص الثاني أنه بعد أن يشتري تلك السلعة أن لا يفي له بوعده في الشراء، ولا سبيل لإلزامه، فالحيلة في ذلك أن يشتريها من مالكا ويشترط لنفسه الخيار ثلاثة أيام أو أكثر، فإن اشتراها منه الأول أمضى البيع، وإن لم يتم الأول وعده بالشراء أعادها على مالكا بشرط الخيار، وهذه الحيلة هي من قبيل التصرف الحسن، من حيث إنه احتاط لنفسه وحى مصلحته، بأشترطه لخيار

^[1]وأوضح مثال على ذلك: التخلص من حرمة التفاضل بين المتماثلين، بواسطة بيع الصنف منها، ثم شراء الصنف المرغوب، بعقدين منفصلين.

^[2]انظر: البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 273.

^[3]انظر: أبو زهرة: أبو حنيفة، ص: 490، وخالد بن عبد الله المزيني: المبالغة في التيسير الفقهي، ص: 14.

^[4]الهندسة المالية: مصطلح مالي معرب، يعني -في الجملة-: "التصميم والتطوير والتنفيذ لآليات وأدوات مالية، والصياغة لحلول إبداعية لمشكلات التمويل والتبادل" [انظر: نزيه حماد: عيون المستجدات الفقهية في المصرفية الإسلامية، ص: 506].

^[5]انظر: المرجع نفسه، ص: 506.

البيع^[1]. ويرى بعض الفقهاء المعاصرين بأن بناء هذه المعاملة في صورتها المطورة (المرابحة المصرفية) على القول بالزامية الوعد تنطوي على شبهة يمكن التحوط منها باشتراط خيار الفسخ لمدة ثلاثة أيام، وهي كافية لإعادة بيع السلعة للأمر بالشراء، وعند نكول المشتري-الأمر بالشراء-يتمكن المصرف من إعادة السلعة لبائعها الأول دون خسائر^[2].

3- مشروعية التورق^[3] لسد الحاجة إلى المال والتخلص من الاقتراض الربوي: وحقيقة التورق أن يشتري شخص سلعة إلى أجل، ليبيعه نقداً إلى طرف آخر غير البائع الأول، بأقل مما اشتراها به غالباً، ويأخذ ثمنها لينتفع به، ويتوسع فيه. فالغرض من التورق الحصول على النقد. وهو بيع جائز في الجملة لا مانع فيه، إذا توفرت شرائطه وانتفت موانعه^[4]. ومن صورته في المعاملات المعاصرة: التورق المنظم أو (التورق المصرفي)، وهو معاملة مالية مطورة عن التورق البسيط، تتلخص خطواتها في قيام المصرف (البنك) بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة-غير الذهب والفضة- من أسواق السلع العالمية أو غيرها على المستورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف-إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة-بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق^[5]. وهي صيغة شرعية ميسرة، تلبي حاجة الراغبين في التمويل النقدي، بعيداً عن التورط في المسالك الربوية، كما أنها "تزيل العوائق أمام المصارف الإسلامية في توفير النقد لعملائها، وهذا لا يُشك في كونه كان عائداً كبيراً أمام المصارف الإسلامية، وأن هذا العائق لم يمكن تجاوزه في صيغ التمويل الأخرى، فإنها لا ترقى لسهولة ومرونة التورق المصرفي"^[6].

4- مشروعية بيع التقسيط وبيع الأجل للتمكّن من اقتناء الحاجات، وتيسير الحصول على الخدمات: ويعرّف بيع التقسيط بأنه بيع يُعجل فيه المبيع ويتأجل الثمن كله أو بعضه على

^[1]انظر: محمد بن الحسن الشيباني: *المخارج في الحيل*، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، ص:40.

^[2]انظر: سعود الربيعية: *صيغ التمويل بالمرابحة*، منشورات مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، ط1، 2000م، ص:160.

^[3]التورق لغة من الورق، وهي: الدراهم المضروبة، والورق: المال من الدراهم؛ والوراق: الكثير الدراهم[انظر: الفيروز آبادي: *القاموس المحيط*، ص:982، والفيومي: *المصباح المنير*، ص:251].

^[4]انظر: البهوتي: *كشاف القناع على متن الإقناع*، ج3، ص:186، والزحيلي: *المعاملات المالية المعاصرة*، ص:53.

^[5]انظر: مجمع الفقهي الإسلامي: *مجلة المجمع*، ع20، 1426هـ-2005م، الدورة السابعة عشرة، قرار(2)، ص:413-414.

^[6]انظر: عبد الله بن منيع: *حكم التورق كما تجرّيه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر*، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ط1، ص:353، ومحمد العلي القري: *التورق كما تجرّيه المصارف الإسلامية*، ج2، ص:642.

أفساط معلومة، لآجال معلومة^[1]. والبيع بهذه الصيغة (التقسيط) حيث يكون السعر فيه أعلى من السعر الحالّ مقابل الزمان (أو الأجل)-غالبا-، يعدّ بديلا مشروعاً عن الاقتراض الربوي، ووسيلة مباحة لتوفير الحاجات، وتيسير الحصول على الخدمات. وقد صارت صيغة البيع بالتقسيط أداة فعالة من الأدوات التي تعتمدھا المصارف الإسلامية في تمويل النشاطات الاقتصادية، حيث تسهّل على العملاء من جهة، وتضمن مصلحتها في استمرار السداد المتتابع، وتقليل هامش المخاطر. بل شرع لها(المصارف) من المخارج الفقهية -أيضا- أن تؤمّن حقها في السداد بالاشتراط على العميل أنه متى تأخّر عن سداد قسطين متتاليين، كان لها الحق في المطالبة بجميع الأقساط فورا، ويكون جميع الدين المتبقي حالاً^[2].

6- اعتماد صيغة صكوك المقارضة بديلا شرعيا عن سندات الاستثمار التي لا تخرج عن كونها قرضا جرّ نفعاً، باعتبارها وثيقة تثبت مديونية مصدرها لمالكها، مع تعهد المصدر بدفع فائدة دورية في تاريخ محدد لمالكها، ثم دفع القيمة الاسمية المطبوعة عليها عند وقت استحقاقها. أما صكوك المقارضة - وفق ضوابطها الشرعية- فإنها تركز على عقد المضاربة؛ إذ تقدم أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال المضاربة بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها، باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه، فهذه الصيغة الجديدة تمثل مخرجا شرعيا تتحقق فيه المشاركة بين رب المال والمضارب وتتوفر من خلاله السيولة النقدية اللازمة لتحقيق الأغراض الإنمائية في المجتمع، وتغني عن اللجوء إلى الصيغ المحرمة التي هي من قبيل الربا^[3].

^[1]انظر: رفيق يونس المصري: بيع التقسيط، دار القلم، دمشق، ط1، 1990م، ص:7.

^[2]انظر: الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص:60، ورفيق المصري: بيع التقسيط، ص:39، وعطية فياض: التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة، دار النشر للجامعات، ط1999م، ص:170.

^[3]انظر: شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:227-232، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم 5، بتاريخ 1988/8/4، العدد الرابع، ج3، ص:2161-2162.

المبحث الثالث

قاعدة الفساد والبطان وأثرهما في تيسير المعاملات المالية

تمهيد:

تناول الأصوليون مسألة التمييز بين وصفي الفساد والبطان، وما يتعلق بأثرها في تكيف أفعال المكلفين والحكم على تصرفاتهم. واستقر الأمر في أغلب اتجاهات الفقه واجتهاداته- على اعتبار وصف "الفساد" حُكما وسطا بين الصحة والبطان، ينبني عليه إمكان تجاوز بعض الاختلالات العرضية في سبيل تصحيح العقود، وإقرار بعض من آثارها الشرعية، ومن ثم كانت هذه القاعدة الأصولية مرتكزا من مرتكزات التيسير.

المطلب الأول: تعريف الفساد والبطان

ترد عبارة "الفساد والبطان" في مباحث الحكم الشرعي من علم الأصول كوصف شرعي مقابل لمصطلح "الصحة" ومرتبطة بها؛ ولذلك لزم تحديد مفهوم "الصحة" أولاً، ليتضح معنى "الفساد والبطان" بعد ذلك.

أولاً: تعريف الصحة

تطلق الصحة -لغة- على العافية والسلامة من العيوب والأمراض، فهي ضد المرض والسقم. والصحيح الحق، وهو خلاف الباطل^[1]. وقد يُستعار لفظ الصحة للمعاني المجردة؛ فيقال-مثلاً-: صلاة صحيحة، إذا أسقطت القضاء. وبيع صحيح، ونكاح صحيح، إذا استجمع العقد أركانه، وشرائطه الموضوعه له شرعاً^[2]. ف"الصحة": وصف شرعي يدل على موافقة العمل لأحكام الشرع، وصلاحيته لترتب آثاره الشرعية. فالعبادة تكون صحيحة ومجزئة^[3] إذا

^[1] انظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، (مادة ص ح ج)، ص: 228، والمعجم الوسيط، ص: 509، والفيومي: المصباح المنير، ص: 127.

^[2] انظر: علاء الدين السمرقندي: ميزان الأصول في نتائج العقول، تحقيق: محمد زكي عبد البر، دار التراث، القاهرة، ط1418هـ-1996م، ص: 37-38.

^[3] فرق الإمام القرافي بين الصحة والإجزاء، ويبيّن بأن الإجزاء: ما أسقط القضاء، أو: هو كون الفعل كافياً في الخروج عن عهدة التكليف. وفصل بأن وجه الفرق بين الإجزاء والصحة وإن كان شديد الالتباس بها -يكن في أن العقود توصف بالصحة ولا توصف بالإجزاء، وكذلك نوافل العبادات؛ وإنما يوصف بالإجزاء ما هو واجب. ثم نقل عن الإمام الفخر الرازي بأنه لا تلازم في المعنى بين سقوط القضاء والإجزاء[انظر: القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص: 67-68].

أبرأت ذمة المكلف من القضاء والإعادة. والمعاملة الصحيحة هي التي استوفت أركانها الانتفاع، وما يرجع إلى ذلك^[1].

وقد يأتي لفظ الصحة بمعنى القبول-كما ذكر الإمام الشاطبي- أي: ترتب آثار العمل عليه في الدار الآخرة، كترتب الثواب. فيقال: هذا عمل صحيح، بمعنى أنه يرجى به الثواب في الآخرة. ويكون ذلك فيما نوى به صاحبه امتثال أمر الشارع، وقصد به مقتضى الأمر والنهي. وهذا وإن كان إطلاقاً غريباً لا يتعرض له علماء الفقه؛ فقد تعرض له علماء التخلق، كالغزالي^[2] وغيره^[3].

ثانياً: تعريف البطلان والفساد

البطلان مصدر بطل يبطل بطلاً وبطولاً وبطُلاناً، والباطل نقيض الحق، ويدل- في اللغة- على الضياع والخسران والفساد^[4].

والفساد من مادة (ف س د)، وهو نقيض الصلاح. يقال: فسد يفسد ويفسد فساداً وفسوداً، فهو فاسد وفسيد فيهما. والفساد خروج الشيء عن الاعتدال، قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً. والمفسدة خلاف المصلحة، والاستفساد خلاف الاستصلاح^[5]. جاء في ميزان الأصول: "الفاقد من الأعيان ما تغير عن حاله واختلف ما هو المقصود منه، يقال: طعام فاسد، إذا تغير، ولحم فاسد، إذا أنتن. والباطل من الأعيان هو الذي انعدم معناه المخلوق له، وفات، بحيث لم يبق إلا صورته؛ ولهذا يكون في مقابل الحق الذي هو عبارة عن الكائن الثابت"^[6].

^[1] انظر: علي الخفيف: أحكام المعاملات المالية، ص: 128 وما بعدها، والقرافي: شرح تنقيح الفصول، ص: 66، والشاطبي: الموافقات، ج1، ص: 451، ومصطفى الخن: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 1418هـ-1998م، ص: 244، والدريني: النظريات الفقهية، ص: 379.

^[2] هو: أبو حامد، محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي، الملقب بحجة الإسلام. الإمام الفقيه المتكلم النظار. من مؤلفاته: "إحياء علوم الدين"، و"المستصفى من علم الأصول"، وغيرها. توفي -رحمه الله تعالى- سنة (505هـ) [انظر: ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب، ج6، ص: 18-22، والذهبي: سير أعلام النبلاء، ج19، ص: 322-346].

^[3] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج1، ص: 451-452. وفي هذا الموضوع بين بأنه لا تلازم بين الصحة والقبول؛ فقد يكون العمل موافقاً للإذن الشرعي، فيحكم عليه بالصحة لهذه الموافقة، لكنه معدوم الثواب في الآخرة، من حيث كون الحامل عليه مجرد الهوى والشهوة، من غير التفات إلى قصد التعبد والامتثال؛ لأن الأعمال بالنيات.

^[4] انظر: الفيومي: المصباح المنير، مادة بطل، ص: 20، والأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص: 65، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج1، ص: 258.

^[5] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج5، ص: 3412، مادة (ف س د)، والفيومي: المصباح المنير، ص: 180، والأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص: 491.

^[6] انظر: السمرقندي: ميزان الأصول، ص: 39.

والباطل في الاصطلاح: هو ما لم يوافق الشرع، ولم تترتب عليه آثاره في الدنيا والآخرة، فإن كان الفعل عبادة لم تبرأ منه ذمة المكلف به، وطولب بالقضاء. وإن كان معاملة لم تستتبع غايتها الشرعية، ولم تصلح سببا لترتب الأحكام الشرعية عليها؛ فلا تنتقل الملك، ولا تثبت الحلية، أو إباحة الانتفاع. فالبطلان مقابل للصحة، ومرادف للفساد عند الجمهور^[1].

والبطلان عند الحنفية مرادف للفساد في أبواب العبادات؛ لأن مقصود العبادة إقامة رسم التعبد. وهو كذلك في عقد الزواج، ففساد النكاح وباطله سواء؛ لشائبة التعبد. قال ابن نجيم: "الباطل والفساد عندنا في العبادات مترادفان، وفي النكاح كذلك"^[2].

والفساد عند الحنفية: هو ما اقتضى المشروعية بأصله لا بوصفه. بمعنى أن النهي فيه متعلق بالوصف، أما إذا تعلق النهي بالفعل من جهة أصله (أي: ماهيته) فهو الباطل^[3].

فأقسام الحكم على التصرف باعتبار أثره - عند الحنفية - ثلاثة: الصحيح، وهو ما اقتضى المشروعية بأصله ووصفه. والفساد، وهو ما تعلق النهي بوصف من أوصافه العارضة^[4]، فيكون مشروعاً بوصفه لا بأصله. والباطل، وهو ما وقع النهي على ماهيته، فيكون غير مشروع مطلقاً. ويعبر عن هذا بأن المخالفة إذا وقعت في ناحية جوهرية من النظام الشرعي للتصرف، كان باطلاً. وأما إذا كانت في ناحية فرعية متممة، فهو فاسد^[5]. ووجه هذا التفريق،

^[1] انظر: مصطفى الخن: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ص: 345، والشاطبي: الموافقات، ج 1، ص: 452، وسلام مذكور: المدخل للفقهاء الإسلامي، ص: 609.

^[2] انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 291، وسلام مذكور: المدخل للفقهاء الإسلامي، ص: 610، والطوفي: شرح مختصر الروضة، ج 2، ص: 445. ولا يخفى أن عدم التفريق بين الفاسد والباطل في العبادات والأنكحة، تقدير أصولي نسبي؛ لأن الاجتهادات الفقهية في البابين أقرت التمييز بين المرتبتين في كثير من المسائل والفروع. وفي هذا يقول الأسنوي - رحمه الله -: " اعلم أن دعوى الترادف مطلقاً ممنوعة؛ فإن ذلك خاص ببعض أبواب الفقه كالصلاة والبيع، وأما الحج فقد فرقنا فيه بين الفاسد والباطل، وكذلك العارية والكتابة والخلع وغيرها" انظر: عبد الرحيم الأسنوي: نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1420 هـ - 1999 م، ج 1، ص: 28.

^[3] انظر: السمرقندي: ميزان الأصول في نتائج العقول، ص: 39، وأمير باد شاه، محمد أمين بن محمود البخاري: تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، (د.ت)، ج 2، ص: 339، وابن نجيم: البحر الرائق، ج 6، ص: 113، وعبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص: 25 وما بعدها.

^[4] كأن يصف البيع بالتأقيت، أو يكون الثمن مالا غير منقوض شرعاً، أو يكون الثمن مجهولاً جهالة فاحشة [انظر: مذكور: المدخل للفقهاء الإسلامي، ص: 609].

^[5] والمقصود بالناحية الجوهرية، مقومات العقد الخمسة، وهي: العاقدان، والمحل، والموضوع، والركن (وهو الإيجاب والقبول المعبران عن التراضي أو ما يقوم مقامها في هذا التعبير)، فإذا كان النهي منصبا على أحد هذه المقومات ومؤثراً في صلاحيتها، أفاد عدم المشروعية في أصل العقد. وإن كان منصبا على ناحية أخرى فرعية من العقد، وكانت مقوماته هذه كلها

أنه لا يلزم من كون الشيء ممنوعاً بوصفه، أن يكون ممنوعاً بأصله، فصحّ أن توجد منزلة متوسطة بين الصحيح والباطل^[1].

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة الفساد والبطلان

يرجع سبب التفريق بين الفساد والبطلان إلى اختلاف النظر في تقييم مقتضى النهي الصادر عن الشارع، ومدى أثره على الأفعال والتصرفات.

فمذهب جمهور الفقهاء أن النهي يقتضي قبح التصرف المنهي عنه ويثبت فساده، ويعدم اعتباره وأثره الشرعي مطلقاً، فلا فرق بين وصفه بالفساد أو البطلان^[2].

وزهد الحنفية إلى عدم التسوية بين مقتضيات النواهي الواردة على الأفعال والتصرفات^[3]؛ لأن النهي المتعلق بذات المنهي عنه، يكون أمسّ به وأخصّ، ويدلّ على تلّبسه بالمفسدة المطلوب إعدامها، فيقوى على التأثير، ويثبت البطلان. أما إذا كان النهي متعلقاً بمعنى عارض للفعل المنهي عنه؛ فإنه يكون ضعيفاً، والأصل يقتضي صحّة أفعال العقلاء، فلا يقوى هذا السبب الضعيف على رفع هذا الأصل القوي، كما أنه يدلّ على أن المفسدة عرضية، منشؤها أمر خارج عن الفعل، فيضعف المقتضي لإعدامها، ومن هنا يختلف الفساد عن البطلان^[4].

وتفصيل ذلك: أن النهي عن الفعل إما أن يكون لذاته، أو لوصف لازم له، لا ينفكّ عنه كالربا والغرر، أو لأمر خارج عنه لا يتعلّق به أصلاً، أو لوصف يتعلّق به لكنه عارض فيه غير لازم له. فالأول مبطل، وكذلك الثاني-عند غير الحنفية-، أي: إذا كان النهي عن الفعل لوصف لازم له^[5]. أما إذا كان النهي عن الفعل لأمر خارج عنه، لا تعلّق له به عقلاً،

سليمة، فالعقد حينئذ مشروع الأصل غير مشروع الوصف. وهذا يستوجب الفساد لا البطلان[انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:730، وأبو زهرة: نظرية الملكية والعقد، ص:349].

^[1]انظر: خليل بن كيكلي العلائي: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، تحقيق: إبراهيم محمد السلفيتي، دار الكتب الثقافية، الكويت، (د.ت)، ص:283.

^[2]انظر: آل تيمية: المسودة في أصول الفقه، ص:82-83، وابن النجار الحنبلي: شرح الكوكب المنير، ج3، ص:84 وما بعدها، وابن العربي: المحصول في أصول الفقه، ص:71، والشوكاني: إرشاد الفحول ج1، ص:498 وما بعدها، وابن حزم: المحلّى ج8، ص:449-450.

^[3]انظر: آل تيمية: المسودة في أصول الفقه، ص:83، وابن النجار الحنبلي: شرح الكوكب المنير، ج3، ص:92 وما بعدها، والشوكاني: إرشاد الفحول ج1، ص:500-503.

^[4]انظر: الطوفي: شرح مختصر الروضة، ج2، ص:433، والدريني: النظريات الفقهية، ص:380.

^[5]ومثال ذلك أن الحنفية يعدّون البيع الربوي-وهو بيع الدرهم بالدرهمين- مشروعاً بأصله، من حيث إنه بيع، لا خلل في ركنه ولا في محله، ولكنه غير مشروع بوصفه وهو الفضل؛ لأنه زيادة في غير قابل، فكان فاسداً لا باطلاً لملازمته للزيادة وهي غير مشروعة، لكنه لو حذف الزيادة صحّ البيع دون تجديد العقد[انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج7، ص:10،

كالصلاة في مكان مغصوب، أو لا تعلق له به شرعا كما لو نهى عن بيع الجوز والبيض خشية أن يقامر به، لم يكن النهي مبطلا، ولا مانعا؛ لأن هذه المفاصد وإن تعلقت بهذه الأفعال تعلقا عقليا-بمعنى أن تلك الأفعال تصلح سببا شرعيا لتلك المفاصد- لكنها غير متعلقة بها شرعا؛ لأن الشرع لم يُعهد منه الالتفات في المنع إلى هذا التعلق العقلي البعيد.

وإن كان النهي عن الفعل لوصف مجاور له، لكنه غير لازم، ففيه تردد؛ إذ بالنظر إلى كونه وصفا للفعل يقتضي البطلان، كما لو نهى عنه لذاته، أو لوصف لازم. وبالنظر إلى كونه غير لازم لا يقتضي البطلان، وهو أولى؛ تغليباً لجانب العَرَضِيَّة على جانب الوصفية؛ لأنه باعتباره عارضا يضعف كونه وصفا، فلا يلحق بالوصف اللازم. ومثال ما يصلح لهذا القسم: النهي عن البيع وما في معناه من العقود وقت النداء لصلاة الجمعة؛ فإنما نُهي عنه لكونه بالجملة متصفا بكونه مفوتاً للجمعة، أو مفضيا إلى التقويت بالتشاغل بالبيع. لكن هذا الوصف غير لازم للبيع؛ لجواز أن يعقد مائة عقد ما بين النداء إلى الصلاة، ثم يدركها فلا تقوت، فالأولى في هذا العقد الصحة، لضعف المانع وهو مانع عرضي، ولمعارضته لأصل صحة تصرفات المكلفين، خصوصا في معاملاتهم التي راعى الشرع مصالحهم فيها. فلا يترك هذا الأصل إلا لدليل قوي سالم عن معارض، وكلاهما منتف في وصف التقويت المذكور؛ إذ هو ضعيف لعَرَضِيَّتِهِ، وعدمُ لزومه مُعَارِضٌ بما ذكر. وضعف المانع، وقوة المعارض المذكوران، تعاضدا على تخصيص النَّصِّ المقتضي للمنع، وهو قوله- تعالى-: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الجمعة:9]. وهذا يدل على أن المنهي عنه بيع خاص، وهو المفوت للصلاة، كأن يشرع في مساومة بيعٍ تتناول مدته عند تكبير الإمام للجمعة، أو قريبا منه. وصحة البيع عند النداء تكره، ولا تفسد عند أبي حنيفة وغيره، وهو وجه مخرَج عند الحنابلة^[1].

وحلولو: الضياء اللامع شرح جمع الجوامع، تحقيق: عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1420هـ-1999م، ج1، ص:228.

^[1]انظر: الطوفي: شرح مختصر الروضة، ج2، ص:441، والعز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص:171-172. وانظر في المقابل كيف بالغ ابن حزم في الانتصار لظاهريته، حيث صرح-في سياق التأكيد على أن مقتضى النهي البطلان مطلقا- بأنه: "لا يحل البيع مذ تزول الشمس من يوم الجمعة، إلى مقدار تمام الخطبتين والصلاة؛ لا لمؤمن، ولا لكافر، ولا لامرأة، ولا لمريض...، وكل بيع وقع في الوقت المذكور فهو مفسوخ"، ثم حمل بشدته المعهودة على مذاهب الأئمة في تصحيح العقود الواقعة وقت الجمعة[انظر: ابن حزم: المحلى، ج9، ص:36].

وقد أجمل الإمام القرافي^[1] تفصيل أحكام هذه القاعدة، وحجيتها بين المذاهب الفقهية، فقال- في تحرير الفرق بين قاعدة اقتضاء النهي الفساد في نفس الماهية، وبين قاعدة اقتضاء النهي الفساد في أمر خارج عنها-: "هذا الفرق بالغ أبو حنيفة في اعتباره حتى أثبت عقود الربا وإفادتها الملك في أصل المال الربوي وردّ الزائد. وبالغ أحمد في إلغاء هذا الفرق حتى أبطل الصلاة بالثوب المغصوب، والذبح بالسكين المغصوبة، وسوّى بين موارد النهي. وتوسّط مالك والشافعي بين المذهبين، فأوجبا الفساد في بعض الفروع دون بعض. ثم أبدى استحسانه لمذهب الحنيفة، فقال: "قال أبو حنيفة: "أصل الماهية سالم عن المفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقا لسوّينا بين الماهية المتضمنة للفساد، والماهية السالمة عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقا لسوّينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها، وبين المتضمنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز؛ فإن التّسوية بين مواطن الفساد، وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد. فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل، والوصف بالوصف. فنقول: أصل الماهية سالم عن النهي، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهى، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض، وهو النهي، فيفسد الوصف دون الأصل، وهو المطلوب. وهذا فقه حسن"^[2].

ومن الأدلة الواردة في الاحتجاج لهذه القاعدة، أن مصالح العباد الدنيوية يغلب فيها حق العبد، وما كان كذلك، فهو معقول المعنى، وأصله المحافظة على تحصيل مصلحة العبد. فمتى حصلت -ولا يكون ذلك إلا مسببًا عن سبب آخر غير السبب المخالف- صحّ العقد، وارتفع مقتضى النهي بالنسبة إلى حق العبد^[3]، وهذا وجه صحيح بعض الفقهاء للعقد إذا تعلق به حق الغير، وأسقط ذو الحق حقه^[4]؛ لأن نهى الشارع كان لأمر، فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهي، فصار العقد موافقا لقصد الشارع؛ إما على حكم الانعطاف-أي: انسحاب آثار العقد الأول على

^[1] هو: أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري المالكي. إمام بارع في الفقه والأصول والعلوم العقلية والتفسير، تخرج عليه جمع من الفضلاء. له مصنفات كثيرة، منها: "الذخيرة في الفقه"، و"فائس الأصول شرح المحصول"، و"الفروق"، وغيرها. توفي-رحمه الله- سنة (684هـ) [انظر: ابن فرحون: **الديباج المذهب**، ج1، ص: 236، ومخلف: **شجرة النور الزكية**، ج1، ص: 720].

^[2] انظر: القرافي: **الفروق**، ج2، ص: 151-153.

^[3] ويبقى الإثم إزاء الإقدام على المخالفة، فلا يرتفع مقتضاه في حق البائع والمشتري، رعاية لحق الله تعالى.

^[4] كبيع الغاصب للمغصوب؛ فإنه موقوف على إجازة المغصوب منه أو رده؛ لأن المنع إنما كان لحقه. ومثله البيع والسلف منهي عنه؛ فإذا أسقط مشتري السلف شرطه، جاز ما عقده. وعلى هذا جرى كثير من الفقهاء ومنهم الحنفية -على الخصوص- في تصحيح العقود الفاسدة [انظر: الشاطبي: **المواصفات**، ج1، ص: 455].

ما تمّ بعد زوال الوصف-إن قدرنا رجوع الصحة إلى العقد الأول، أو غير حكم الانعطف، إن قلنا: إن تصحيحه وقع الآن، لا قبل، وهذا بناء على ما سبق من أن مصالح العباد مغلّبة على حكم التّعبد^[1].

ومن أدلة مشروعية العمل بهذه القاعدة ما يفيد النظر من أن فساد المعاملات يضر بالناس لقطع معاشهم أو تقليلها، فصحت رعاية مصلحتهم، وعليهم إثم ارتكاب النهي، والصحة مع الإثم لا يتنافيان. بخلاف العبادات؛ فإنها حقّ الله تعالى، فتعطيلها لا يضر به؛ بل من أوقعها بسبب صحيح، أطاع، ومن لا، عصى، وأمر الجميع إليه في الآخرة^[2].

المطلب الثالث: أثر قاعدة الفساد والبطلان في تيسير المعاملات المالية

من أهمّ ثمرات النظر الأصولي في تقرير قاعدة الفساد والبطلان توجيه المجتهد إلى النظر في مناط النواهي الشرعية، وتمييز مقتضياتها في أفعال المكلفين وتصرفاتهم، قبل الحكم عليها. ومن تجليات التيسير في هذه القاعدة أنها تمكّن المجتهد من توسيع النظر أثناء الحكم على عقود المعاملات المالية، وتفتح له مسلكاً وسطاً ينزع إلى تصحيح ما يمكن تصحيحه منها، وتكسبه المرونة الكافية في التعامل مع اختلالات العقود، وصيانتها-ما أمكن- عن الفسخ^[3].

وعلى أساسها يمكن فرز مناطات النهي، واستنقاذ الكثير من العقود المتلبّسة بأسباب الفساد من دائرة البطلان. ولو صُرف مقتضى هذه الأسباب إلى الإبطال مطلقاً لأدى ذلك إلى فسخ معظم العقود؛ لأن العقد الباطل لا يقبل الإجازة، ولا ينقلب صحيحاً ولو زال سبب بطلانه^[4]. بخلاف العقد الفاسد، فإنه يصلح لترتب بعض الآثار عليه، وقد يصحّ إمضائه بإزالة سبب فساد^[5].

^[1]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج1، ص:455، وج2، ص:540-541.

^[2]انظر: الطوفي: شرح مختصر الروضة، ج2، ص:428-429.

^[3]انظر: رفيق المصري: النجش والمزايدة والمناقضة والممارسة، دار المكتبي، دمشق، ط1، 1420هـ-1999م، ص:38 وما بعدها، وعلي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ص:358.

^[4]انظر: ابن عابدين: حاشية ردّ المحتار، ج6، ص:596، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:329، والموسوعة الفقهية، ج8، ص:119، والبهوتي: كشف القناع، ص:1427. 71، والرملّي: نهاية المحتاج، ج3، ص:445 وما بعدها، والخرشي: حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج5، ص:378 وما بعدها، والدريني: النظريات الفقهية، ص:382-383، ومحمد يوسف الزعبي: أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني، بحث منشور بموقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي (www.arablawinfo.com) على شبكة الأنترنت، ص:5، وعبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف، ص:31.

^[5]يرى الإمام السرخسي أن البيع الفاسد ينعقد موجبا للملك إذا اتصل به القبض؛ لأن العقد بصفة الفساد يضعف، فيتأخر الحكم إلى انضمام ما يقوم إليه، وهو القبض كعقد التبرع[انظر: المبسوط، ج13، ص:25-26، والزرقي: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:753، والدريني: النظريات الفقهية، ص:389].

وتتبدى مظاهر التيسير في هذه القاعدة ضمن مجموعة من الضوابط المتفرعة عنها، منها:

1- العقود الفاسدة-فسادا ضعيفا- تتقلب جائزة بحذف المفسد^[1]: والمعنى أن العقود الفاسدة تتقلب صحيحة بإزالة الوصف المفسد، إذا كان الفساد ضعيفا. يقول الإمام الكاساني^[2]: "الأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد، فإن كان قويا بأن دخل في صلب العقد-وهو البديل أو المبدل- فلا يحتمل الجواز برفع المفسد. وإن كان ضعيفا لم يدخل في صلب العقد، بل في شرط جائز، فإنه يحتمل الجواز برفع المفسد؛ كما في البيع بشرط خيار لم يوقَّت، أو وُقِّت إلى وقت مجهول؛ كالحصاد والدياس، وكما في البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول؛ فإذا أسقط الأجل من له الحق فيه قبل حلوله، وقبل فسخه، جاز البيع لزوال المفسد، ولو كان إسقاط الأجل بعد الافتراق^[3]." ومن أمثلة ذلك أيضا: القول بصحة البيع المتضمن ضررا يلحق بالبائع عند التسليم، إذا رفع البائع الضرر قبل فسخ العقد. وبيع غير المقدور على تسليمه إلا بتحمل الضرر والمشقة - كبيع عمود عليه بناء-، إن انتفت إضاعة المال، وأمن كسره أو نقض البناء، فإن لم تنتف الإضاعة فلا يجوز، وإن وقع صح^[4].

وضمن تطبيقات هذا الضابط وتجلياته في التيسير، فصل ابن رشد أقسام وأحكام البيوع المنهي عنها- عند المالكية-، فبيّن بأنها راجعة في الجملة إلى قسمين: أحدهما: ما كان محظورا لحق آدمي. والثاني: ما كان محظورا لحق الله- تعالى-. فأما ما كان محظورا لحق آدمي، فإنها موقوفة على إجازة من حُظرت لحقه. وأما ما كان منها محظورا لحق الله- تعالى-، فإنها تنقسم إلى أربعة أقسام: أحدها: ما كان محظورا لتعلقه بالمحظور في الشرع دون أن يطابقه نهي أو يخل فيه بشرط من الشروط المشتركة في صحته؛ كأن يبيع قبل الصلاة في آخر وقتها، بقدر ما لا يدرك قبل تمامه إلا ركعة من الصلاة، ويعلم أنه يفوته جميع الوقت باشتغاله بالبيع. ومثله البيع والشراء في موضع مغصوب، وما أشبه ذلك. فإن البيع على هذا

^[1]انظر: السرخسي: المبسوط، 13، ص:27، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:329، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج6، ص:653.

^[2]هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، علاء الدين الحنفي، الملقب بملك العلماء. فقيه وأصولي بارز. من مؤلفاته: "السلطان المبين في أصول الدين"، و"بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع". توفي-رحمه الله تعالى-سنة(587هـ)[انظر: عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج3، ص:847].

^[3]انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج6، ص:639 وما بعدها. والسرخسي: المبسوط، ج13، ص:29، والكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص:328-329.

^[4]انظر: ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج6، ص:597، والحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص:61-62، وعليش: منح الجليل، ج4، ص:462.

الوجه حرام محظور غير جائز، إلا أنه إذا وقع لم يفسخ، فات أو لم يفت باتفاق. إلا ما كان من هذا النوع علة الحظر فيه باقية ببقاء البيع؛ مثل شراء النصراني المصحف، وشراء الدين على الرجل إرادة الإضرار به. فقيل: إنه يفسخ بقاء علة الحظر فيه بعد البيع، وقيل: إنه لا يفسخ، وترفع العلة ببيع المشتري على المشتري.

والثاني: ما طابقه النهي ولم يُخلَّ فيه بشرط من الشرائط المشترطة في صحته؛ مثل البيع في وقت الجمعة، وبيع حاضر لباد، وبيع الرجل على بيع أخيه، وبيع التلقي، وبيع التفرقة، وما أشبه ذلك من البيوع. فيختلف أهل العلم فيها إذا وقعت: فمن رأى النهي لا يقتضي فساد المنهي عنه لم يفسخها، وإن كانت السلعة قائمة لم تفت. ومن رأى أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، فسخها إن كانت قائمة أو ثابتة، فإن كانت قائمة ردت بعينها، وإن كانت فائتة ردت قيمتها، وكان ردّ قيمتها كرد عينها. وفي هذا النوع من البيوع قول ثالث بالفسخ ما كانت السلعة قائمة، فإن فاتت مضت بالثمن، ولم ترد إلى القيمة، وهو قول بين القولين لا يجري على قياس.

والثالث: ما أخل فيه بشرط من شرائط صحته؛ فيفسخ على كل حال، ولا خيار في ذلك لأحد المتبايعين، وترد السلعة إلى البائع إن كانت قائمة، أو قيمتها يوم القبض إن كانت فائتة، ويرد البائع الثمن على المشتري. والرابع: بيوع الشروط، وهي التي يسميها الفقهاء ببيوع الثنيا^[1]؛ وذلك مثل أن يبيع الرجل السلعة على أن لا يبيع ولا يهب، وعلى أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن الذي يبيعها به، أو على أنه فيها بالخيار إلى أجل بعيد، لا يجوز الخيار إليه، وما أشبه ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير على المشتري. فهذا النوع من البيوع اختلف فيه إذا وقع على قولين: أحدهما: يفسخ ما دام البائع متمسكا بشرطه، فإن ترك الشرط صحّ البيع، وإن فاتت السلعة كان فيها الأكثر من القيمة أو الثمن^[2]. وقيل: إنه يرجع البائع على المشتري إذا

^[1] بل هو اصطلاح خاصّ بابن رشد-رحمه الله تعالى-؛ فقد نقل الحطاب عن ابن عرفة: أن ابن رشد عمّ لفظ بيع الثنيا في بياعات الشروط، وخصّصه الأكثر-من المالكية- ببيوع الأجال، بمعنى من ابتاع سلعة على أن البائع متى ردّ الثمن فالسلعة له [انظر: الحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1404هـ-1984م، ص:236].

^[2] القيمة لغة: الثمن الذي يقوم به المتاع؛ أي: يقوم مقامه. وفي الاصطلاح الفقهي: هي الثمن الحقيقي للشيء، وكذلك ثمن المثل. أو هي: المقياس للمال بدون زيادة ولا نقصان. وقد يقع التعبير عنها بالسعر المتوسط للشيء في السوق. أو: ما يساوي الشيء في نفوس ذوي الرغبات في الأمر المعتاد. وهي تختلف عرفا وعادة باختلاف الزمان والمكان والأحوال. قال ابن عابدين: "والفرق بين الثمن والقيمة: أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص. والقيمة: ما قوم به

فانت بمقدار ما نقص من الثمن بسبب الشرط على كل حال. ومن ذلك أيضا اشتراط السلف مع البيع، فإنه يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكا بشرطه. وإذا وقع بيع الغرر، فسخ ما كان قائما، فإن فات بيد المبتاع صُحِّح بالقيمة^[1]. ونكتة المسألة- كما قال ابن رشد الحفيد^[2]- تكمن في التفريق بين اعتبار الفساد الوارد على مثل هذه العقود حكما (تعديا)، فلا يرتفع بارتفاع الشرط، أو معقولا فيرتفع بارتفاع الشرط. ومالك رآه معقولا^[3]؛ لأن معقولية المعنى وصف غالب على القضايا المالية.

2- الأصل اقتصار الفساد على قدر المفسد^[4]: تتعلّق وظيفة هذا الضابط بوزن مقدار الفساد، وحصر موقعه من العقد؛ قصد التمكن من فرز الشقّ الصّحيح منه عن الفاسد، وإعطاء كل جهة حكمها، فيمضى الصحيح، ويلغى الباطل. ووجه التيسير في هذا المسلك بادٍ في توضيح أثر الفساد في عقود المعاملات المالية، وصيانة - ما أمكن - صيانتها عن الفسخ والإبطال. ومن تطبيقاته:

الشيء، بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان" [انظر: علي حيدر: درر الحكام، ج1، ص1:111، ونزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:373-374].

^[1] وتصحيح البيع بإسقاط الشروط- عدا ما استثنى من الشروط اللازمة لصحة العقد- هو أصل مطرد عند المالكية إلا في أربع مسائل، يفسخ فيها البيع ولو أسقط الشرط، وهي: شرط ما لا يجوز من أمد الخيار، وشرط الثنيا في البيع، وشرط النقد (تعجيل الثمن) في بيع الخيار، واشترط المبتاع بالثمن المؤجل أنه إن مات فالثمن صدقة عليه، أو إن مات فلا يطالب ورثته بالثمن [انظر: خليل بن إسحاق: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، ج4، 395، وعليش: منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج5، ص:55-56، والحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص:239].

انظر: ابن رشد: المقدمات الممهّدات، ج2، ص:121-125، وعبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ-2002م، ج5، ص:154، وص:332-334، ومحمد عليش: منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1404هـ-1984م، ج5، ص:51-52، وص:287-289، والونشريسي: إيضاح المسالك، ص:125.

^[2] هو: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، أبو الوليد بن رشد القرطبي الحفيد. الفقيه القاضي الفيلسوف الطبيب، إمام المالكية في زمانه. من مصنفاته: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، في الفقه، و"الكليات" في الطب، و"تهافت التهافت" في الفلسفة، و"مختصر المستصفي" في الأصول. توفي -رحمه الله تعالى- عام (595هـ) [انظر: ابن فرحون: الديباج المذهب، ج5، ص:557-558، ومخولف: شجرة النور الزكية، ج1، ص:146-147].

^[3] انظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص:206.

^[4] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:130، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج6، ص:619.

أ- مسألة تفريق الصفقة^[1]: ومعناها أن فساد جزء من العقد، لا يلزم منه شيوع الفساد في الكلّ، فلا يحقّ الكرّ على أصل الصفقة بالنقض والإبطال، ما دام في الإمكان فرز مشتملات العقد والتميز بينها وصفا وحكما؛ لأن الإبطال في الكلّ لبطلان الجزء، ليس بأولى من تصحيح الكل لصحة البعض، فبطل حمل أحدهما على الآخر، وبقيها على حكمها، فصحّ فيما يجوز، وبطل فيما لا يجوز؛ ولأن لكل واحد منهما حكما لو كان منفردا، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه؛ ولأن جائز العقد عليه منهما قد صدر فيه البيع من أهله في محلّه بشرطه فصحّ، والبيع سبب اقتضى الحكم في محلّين، وامتنع حكمه في أحدهما فيصح في الآخر^[2].

وأغلب آراء المذاهب الفقهية تقرّر مشروعية تفريق الصفقة^[3]؛ لما لها من أثر كبير في تصحيح المعاملات واستقرارها، والبعد عن مشقة البطلان. فمن قواعد الفقه المالكي: "العقد هل يتعدّد بتعدد المعقود عليه أو لا؟ فيه خلاف. وعليه فالصفقة إذا جمعت حلالا وحراما، ومقارنة البيع للصرّف أو النكاح أو الجعل أو القراض أو المساقاة أو الشركة. وأما القرض فبإجماع؛ فمن نظر إلى الاتّحاد منع، لاختلاف أحكام المعقود عليه، ومن التفت إلى التعدّد أجاز. والمختار: إن كان مناب الحلال معلوما بأول وهلة صحّ القول بالجواز، وإلا امتنع؛ لأنه انعقد على الغرر"^[4].

وجاء في قوانين الأحكام الفقهية: "إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك، فالصفقة كلها باطلة. وقيل: يصحّ البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن. ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة، صحّ البيع بينهما فيهما، ولزمه في ملكه، ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته"^[5].

^[1]التفريق-لغة- خلاف التجميع، يقال: فرّق الشيء تفريقا وتفريقا: أي: بدّده. ومن معانيه: التجزؤ، والتفرّق. والصفقة في اللّغة: اسم المرة من الصفق، وهو الضرب باليد على يد أخرى، أو على يد شخص آخر عند البيع. والصفقة في اصطلاح الفقهاء: عبارة عن العقد الواحد بثمن واحد. ومعنى تفرّق الصفقة: أن لا يتناول حكم العقد جميع المعقود عليه، أو يتناوله ثم ينحسر عنه، فتكون الصفقة الواحدة المجتمعة قد تفرقت أو تبعضت أو تجزأت[انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج6، ص:402، والموسوعة الفقهية، ج13، ص:78، وعبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:471].

^[2]انظر: النووي: كتاب المجموع، ج9، ص:353، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:193.

^[3]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:129 وما بعدها، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج6، ص:402-403، والنووي: كتاب المجموع، ج9، ص:353 وما بعدها، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:192 وما بعدها، وعليش: منح الجليل، ج4، ص:465، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:227-228].

^[4]انظر: الوئشريسبي: إيضاح المسالك، ص:107-108.

^[5]انظر: ابن جزى: القوانين الفقهية، ص:210.

وصرح السيوطي^[1] الشافعي بأن قاعدة (إذا اجتمع الحلال والحرام)، يدخل فيها تفريق الصفة، وهي أن يجتمع في عقدين حرام وحلال، ويجري في أبواب. وفيها غالباً قولان، أو وجهان: أصحهما الصحة في الحلال، والثاني: البطلان في الكل^[2]. وفصل الزركشي بأن لتفريق الصفة عندهم (الشافعية) ثلاثة أحوال: في الابتداء وفي الانتهاء وفي الحكم. وفيها قولان: أظهرها الصحة فيما يصح، والبطلان فيما يبطل^[3].

أما عند الحنفية فقد قال ابن نجيم في شرحه لقاعدة اجتماع الحلال والحرام: "إذا جمع بين حلال وحرام في صفقة واحدة، فإن كان الحرام ليس بمال، كالجمع بين الذكية والميتة، فإنه يسري البطلان إلى الحلال، لقوة بطلان الحرام. وإن كان الحرام ضعيفاً، كأن يكون مالا في الجملة؛ فإنه لا يسري فيه الفساد لضعفه، كما إذا جمع بين مجهول ومعلوم في البيع؛ فإن كان المجهول لا تفضي جهالته إلى المنازعة لا يضر، وإلا فسد في الكل"^[4]. ومثّل ابن نجيم للمسألة بأن المذهب في مسألة تأخير بعض رأس مال السلم عن مجلس العقد، بطلان السلم فيما لم يقبض، ويسقط بحصته من المبيع، ويصح في الباقي بقسطه-مع أنهم (الحنفية) يشترطون كالجمهور-خلافاً للمالكية^[5]- لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد، فإذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس مال السلم انفسخ العقد^[6]. يقول-رحمه الله-: "وصحّ في حصة نقد لوجود قبض رأس مال بقدره، ولا يشيع الفساد؛ لأنه طارئ. إذ السلم وقع صحيحاً في الكل؛ ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق صح"^[7].

وفروع السادة الحنابلة تبين اعتبارهم لمبدأ تفريق الصفة فيما يمكن فرز الفساد فيه عن الصحة من عقود المعاوضات؛ كأن يكون المحل قابلاً لانقسام الثمن عليه بالأجزاء، كمشترك

^[1] هو: عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير، السيوطي، جلال الدين، إمام ميرز، وعالم مميز، وحافظ متقن. صاحب التصانيف الشهيرة في العلوم والفنون الكثيرة، منها: "الإتقان في علوم القرآن"، و"مصباح الزحاجة على سنن ابن ماجه"، و"الأشباه والنظائر"، و"لباب النقول في أسباب النزول" وغيرها. توفي عام (911هـ) [انظر: ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب، ج4، ص:74 وما بعدها، وشمس الدين السخاوي: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، دار الجيل، بيروت، لبنان، ج4، ص:65 وما بعدها].

^[2] انظر: السيوطي: الأشباه والنظائر، ص:108.

^[3] انظر: الزركشي: المنثور في القواعد، ص:235.

^[4] انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:97-98.

^[5] والمالكية يجوزون تأخيره لثلاثة أيام [انظر: ابن جزي: القوانين الفقهية، ص:216].

^[6] انظر: حيدر، علي: درر الحكام، (مادة387)، ج1، ص:417.

^[7] انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:273.

بيع بلا إذن الشريك، فيصح في ملك البائع بقسطه، ويفسد فيما لا يمكنه. وإذا كان المبيعان مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء، كخل وخمر، فيبطل البيع فيما لا يصح بيعه، وفي الآخر روايتان. أما إذا لابتست المعقودَ عليه جهالةً، كبيع معلوم ومجهول صفقة واحدة، فيبطل في الجميع؛ لعدم القدرة على تقويم المجهول فيتعذر تقسيط الثمن. والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع، إلا أن الظاهر فيها الصحة؛ لأنها ليست عقود معاوضة، فلا توجد جهالة العوض فيها^[1].

ومما يندرج في معنى "اقتصار الفساد على قدر المفسد" أن إخراج قدر المال الحرام من المال المختلط القابل للتمييز، يُحلّ باقي المال لصاحبه، ويكون ذلك في النقود خاصة؛ إذ الحرمة لا تقوم بعينها، بل لتلبسها بسبب محرم، بخلاف ما لا يمكن فصله وتمييزه، كاختلاط ميتة بمذكاة-مثلا-. وقد أشار ابن العربي في تفسير قوله -تعالى-: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: 279]، إلى أن بعض الغلاة من أهل الورع ذهبوا إلى أن المال الحلال إذا خالطه حرام حتى لم يتميز، ثم أخرج منه مقدار الحرام المختلط به لم يحلّ ولم يطب؛ لأنه يمكن أن يكون الذي أخرج هو الحلال، والذي بقي هو الحرام. ثم قال: وهذا غلو في الدين؛ فإن كل ما لم يتميز فالمقصود منه ماليته لا عينه، ولو تلف لقام المثل مقامه، والاختلاط إتلاف لتمييزه، كما أن الإهلاك إتلاف لعينه، والمثل قائم مقام الذاهب، وهذا بيّن حساً، بيّن معنى، والله أعلم^[2].

وأسس العز بن عبد السلام على هذا المعنى التشريعي في تفصيل الحكم في معاملة من أقرّ بأن أكثر ما في يده حرام، فذهب إلى أنه إن غلب الحرام على الحلال غلبةً يندر الخلاص منه، لم تجز معاملته، وإن غلب الحلال جازت المعاملة. وبين هاتين الرتبتين من قلة الحرام وكثرته، مراتب محرمة، ومكروهة، ومباحة. وضابطها: أن الكراهة تشتد بكثرة الحرام، وتخف بكثرة الحلال^[3]. ويتخرج على هذا المعنى-أيضا-جواز التعامل مع الشركات ذات النشاط

^[1] انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص: 192-194، والبهوتي: كشف القناع، ج4، ص: 1407-1410.

^[2] انظر: ابن العربي: أحكام القرآن، ص: 275. وقد أورد الدكتور بخيت المطيعي تفصيلاً دقيقاً للمسألة في تعليقه على كتاب المجموع، تحت عنوان "مذاهب العلماء في هل يتعامل الناس مع من في ماله شبهة حرام، أو عقود فيها شبهة فساد"، ومما ذكر فيه أن الحرام لكسبه كالمأخوذ غصبا أو بعقد فاسد، فهذا إذا اختلط الحرام بالحلال لم يحرمه، وأن توهم الناس بأن الدراهم المحرمة إذا اختلطت بالدراهم الحلال حرم الجميع، هو خطأ. وإنما تورّع بعض العلماء، فيما إذا كانت قليلة، وأما مع الكثرة فما أعلم فيه نزاعاً [انظر: النووي: كتاب المجموع، ج12، ص: 260 وما بعدها].

^[3] انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص: 86-87.

المشروع في الأصل، إلا أنها تتعاطى أنشطة غير مشروعة، وذلك بحصولها على قروض ربوية، مما يعني أن هذه الشركات رأسمالها ناشئ عن أنشطتها المشروعة، وليس ناشئاً عن هذه القروض الربوية في الأساس، ولكن القروض التي تحصل عليها تمثل جزءاً من ثروتها. وطبقاً لهذا التصوير، فإنه يجوز التعامل مع هذه الشركات، وهذا هو القول الصحيح الذي عليه جمهور العلماء، بناء على تغليب جانب الصحة في عقود المسلمين، وهذا بحث مبني على مقصد التيسير، وتغليب حال الحلّ على جانب التحريم، والصحة على الفساد، واستصحاب حالة السلامة في العقود^[1].

ب- حمل العقود المبهمة على الصحة: من مظاهر تضيق أثر الفساد، ردُّ العقود المبهمة- أي: المترددة بين الصحة والفساد- إلى أصل الصحة؛ لأنها الأصل في العقود الجارية بين المسلمين، والشّارع متشوف للإلزام بها، فلزم حمل أمورهم على الصحة والساد ما أمكن^[2]. والأمر في هذا مبني على تغليب الحلّ ورفع الحرج فيما لا يستيقن فيه تحريم- كما قال الجويني^[3] رحمه الله:- " وفي تفاصيل الشرع ما يعضد هذا؛ فإن رجلين لو تبايعا ثم تنازعا في مجلس القاضي فادّعى أحدهما جريان شرط مفسد للعقد وأنكره الثاني، فالذي صار إليه معظم الفقهاء أن القول قول من ينفي المفسد، والعقد محمول على حكم الصحة^[4]. وهذا راجع إلى أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دلّ على تحريمه^[5]. وعلى هذا الأساس، جرى الفقهاء على تقديم الحكم بصحة العقود المبهمة، سواء وقع التردّد في أصل العقد، أو في صفته، أو في شرط من شرائطه^[1].

^[1] انظر: الندوي: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، ج2، ص:344، وعبد الله بن بية: مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات، دار مسار للطباعة والنشر، دبي، ط5، 2018م، ص:223-224، وعبد الله بن منيع: حكم تداول أسهم الشركات بيعاً وشراء وتمليكا، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع7، ص:21، 27، 28، 30، والقره داغي: أحكام الأسهم وأنواعها على ضوء قواعد الفقه الإسلامي، حولية كلية الشريعة بجامعة قطر، ع10، ص:387، 389.

^[2] انظر: الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص:127، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:130، وابن جزري: القوانين الفقهية، ص:200.

^[3] هو: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين. علم من أعلام الشافعية الأثبات، وصاحب قدم راسخة في الفقه والأصول. من أهم مؤلفاته: " البرهان في أصول الفقه"، و" نهاية المطلب في دراية المذهب"، و" غياث الأمم في التياث الظلم"، وغيرها. توفي -رحمه الله تعالى- عام(478هـ) [انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج18، ص:468 وما بعدها، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج6، ص:341].

^[4] انظر الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص:357-362.

^[5] انظر ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج4، ص:79-95.

^[1] انظر الزركشي: المنشور في القواعد، ج1، ص:74-75.

ج- تكييف العقود الفاسدة على صور العقود الصحيحة: وهو نموذج آخر من التطبيقات الفقهية لمبدأ تضيق الفساد في العقود، حيث يمكن للفقيه أن يزيل أثر الفساد عن العقد، ويعالج اختلاله بتكييفه إلى عقد آخر، فذلك أولى من إبطاله، وأيسر للمتعاقدين في معاملاتهم.

وعلى هذا بنى الفقهاء في تعديل كثير من العقود الواقعة على وصف الفساد، وردّها إلى الوضع الصحيح. ومن ذلك-مثلا-: ما قرره الفقهاء في مسألة اشتراط الربح لأحد طرفي المضاربة دون الآخر، حيث هو مخالفة صريحة لصفة وصحة عقد المضاربة باتفاق الفقهاء^[1]. فإذا ما وقع، صحّ تكييفه-عند الحنفية وفي رأي للشافعية والحنابلة-إلى عقد قرض، إذا شرط الربح كلّه للعامل، وإلى إبطاء^[2] إذا شرط الربح كله لصاحب المال.

ويرى المالكية أن هذا الشرط يصرف المعاملة من حكم المضاربة إلى الهبة، فإذا جعل الربح لأحدهما أو لغيرهما خرج من كونه قراضا إلى كونه هبة. وبعد إطلاق القراض عليه في هاتين الحالتين مجازا؛ لما أن حقيقة القراض توكيل على تجر بنقد مضروب مسلمّ بجزء من ربحه، وإذا علمت أنه في هاتين الحالتين يكون هبة، فيجري في حكمها^[3]. وحاصل هذه الاجتهادات الفقهية أن قواعد التشريع المالي دالة على أن المعاملات التي تتضمن شيئا من معاني الحظر والفساد، لا يكون الموقف الصحيح منها هو التحريم فحسب، ولكن المطلوب استقراغ الجهد في تقويمها وتصحيحها. وإن فقه المعاملات المالية هو فقه العدل والحلول، يمنع المعاملات المحرمة لمعان محرمة، ويقترح إزاء ذلك الصياغة الشرعية لتلك المعاملة؛ لأن الناس لا يتعاملون معاملة إلا ولهم فيها بعض حاجة، وتحقق لهم بعض المصالح، ودور الفقيه أن يحافظ على هذه المصلحة قدر الإمكان، ويجري بعض التعديلات حتى يسلم العقد من المعنى المحرّم^[1].

^[1]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج8، ص:24، والنووي: المجموع، ج15، ص:145، والشرييني: مغني المحتاج، ج2، ص:403، وابن قدامة: المغني، ج5، ص:26، والبهوتي: كشف القناع، ج5، ص:1737، والقاضي عبد الوهاب: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن القيم، الرياض، ودار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1429هـ-2008م، ج3، ص:168، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص:198.

^[2]الإبطاء: بعث المال مع من يتجر به تبرعا، على أن يكون الربح كله لرب المال. وبتعبير آخر: هو اتجار ببضاعة، للمالك ربحها، والعامل فيها وكيل متبرع. وعرفته المادة(1059) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: إعطاء شخص لآخر مالا على أن يكون جميع الربح عائدا له، ويسمى رأس المال بضاعة، والمعطي مبضعا والآخذ مستبضعا[انظر: حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:15، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص:12].

^[3]انظر:الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج7، ص:145، والقاضي عبد الوهاب: المعونة، ج2، ص:125.

^[1]انظر: القرشي: التفكير الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة، ص:31-32.

د- رفع الفساد بتقييد العقد: ويتعلق هذا المسلك بتصحيح العقد الذي تطرق إليه الفساد من جهة إطلاقه عن القيود والضوابط المشروعة لرفع الجهالة المفضية للنزاع. وههنا ارتكز الفقه على مبدأ تضييق آثار الفساد، وتصحيح العقود ما أمكن، فاعتمد مسلك التقييد، والضبط والتحديد؛ لرفع الجهالة المفسدة للعقد. ومن ذلك: ما قرره الشافعية من أن تحديد نصيب العامل من الثمرة بقدر معلوم، أحد شروط عقد المساقاة، على أن يكون شائعا في الثمرة. ومفهومه: أن وقوع العقد على غير هذا الشرط يقتضي فساده؛ لكنهم ذهبوا إلى جواز هذه المعاملة، فيما لو قال: قد ساقيتك على هذه النخلة مدة سنة، ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها، على أن يقيد نصيب كلا العاقدين سوية بالنصف، حملاً لهما على عرف الناس في المساقاة^[1]. ومثله ما قضى به المالكية في جهالة الأجل، فلو دفع رجل إلى رجل نخلا أو شجرا معاملة على جزء معلوم، ولم يحددا وقتا معلوما: فقالت طائفة من الفقهاء: ذلك سنة واحدة^[2].

ومنه: ما نُقل عن الإمام مالك فيمن استأجر أرضا ليزرعها شيئا بعينه، فزرعها غيره مما هو مثله، فلا شيء عليه، ولا يجوز أن يزرعها ما هو أضر بها منه، فإن فعل فعليه الكراء الأول، وما بين الكراءين^[3]. ووجه ذلك؛ أن ما تستوفى به المنافع في الإجازات لا يتعين، وإنما تتعين العين التي يستوفى منها المنافع، وجنس العين التي يستوفى بها، كحمل الراحلة. وإنما تتعين الراحلة، ويتعين جنس الحمل، ليمتتع ما هو أضر منه، ولا يمتنع المكثري مما هو مثله^[4]. ومن ذلك تقييدهم للنص الوارد بالنهاي عن ضراب الفحل^[5]، فقد رأوا (المالكية) أن المقصود بالنهاي فيه هو عدم الانضباط، ووجود الجهالة المطلقة، فأجازوه بمرات أو زمان

^[1]انظر: النووي: المجموع، ج15، ص:210.

^[2]انظر: ابن عبد البر: الاستذكار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1423هـ-2002م، ج7، ص:56.

^[3]ما بين الكراءين يقصد به قيمة الزيادة بالضرر؛ لأن المستأجر تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه، فلزمه ما زاد. ولا شك أن هذا أرفق بالناس، وأليق بالعقل، وأبلغ في الصلاح، وأوفق للحكمة-كما نقل صاحب التعليق عن ابن القيم - رحمه الله- [انظر: عبد الوهاب البغدادي: الإشراف، ج3، ص:221].

^[4]انظر: ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، دار الغد الجديد، القاهرة، ط1، 1439هـ-2018م، ص:428، والباقي: المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1332هـ، ج5، ص:147-148، والقاضي عبد الوهاب: الإشراف، ج3، ص:195.

^[5]ورد النهي عنه في حديث ابن عمر-رضي الله عنهما-قال: "نهى رسول الله-صلى الله عليه وسلم-عن بيع ضراب الفحل". رواه البخاري في صحيحه: كتاب الإجارة، باب عسب الفحل، رقم(2123)، [541/1]، وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة، ويحتاج إليه لرعي الكلاب، وتحريم منع بذله، وتحريم بيع ضراب الفحل، من حديث جابر بلفظ "نهى رسول الله-صلى الله عليه وسلم-عن بيع ضراب الجمل"، رقم (1565)، [1197/3].

محدود، كما صرح بذلك خليل بن إسحاق^[1] في سياق بيان الجواز: "وكعسيب الفحل يستأجر على عقود الأنتى، وجاز زمان أو مرات، فإن عقت انفسخت"^[2]؛ لأن إبطال النهي في كل محالّه وأحواله دون نص من الشارع على علة يدور عليها الحكم، بل بعة اجتهادية، يمثل خروجاً عن ضبط الشرع. وقد أشار ابن العربي إلى أن مالكا قيّد النهي بالغرر، فأما لو كانت نزوات معلومة جاز، وهو الصحيح؛ لأنه أمر مأذون فيه شرعاً، محتاج إليه عادة، معلوم بالتعديد، فلا وجه لرده^[3].

وعند الحنفية: لو دفع رجل ألف درهم لشخص مضاربة، على أنهما يشتركان في الربح دون بيان مقداره، فالقياس أن المضاربة تقسّد؛ لكن يمكن تقييد هذا الإطلاق بحمل الربح على التساوي تصحيحاً للعقد^[4]. وإذا استأجر شخص عاملاً على أن يعمل عنده عشرة أيام -مثلاً- في عمل معلوم، ولم يبيّن هذه الأيام، فإن العقد يكون واقعا على الجهالة المفسدة؛ لأن الأيام غير معلومة. ويمكن تقييد المدة بالأيام التي تلي العقد مباشرة؛ لأنها إذا لم تقيّد بذلك، كانت واقعة على عشر غير معلومة من أيام العمر، فتفسد الإجارة؛ ولما كان حمل معاملات الناس على الصحة أولى من حملها على الفساد، لزم اعتبار الأيام التي تلي العقد^[5].

3- تضييق نطاق الفساد باعتبار صيغ النهي: والمقصود أن ورود النهي بصيغ مختلفة يقتضي تفاوت أثره في المنهي عنه. فلفظ "نهى" -مثلاً- يدل على عدم الحسم في الدلالة على التحريم، لقيام احتمال قصد الكراهة؛ ولذلك عدّ ابن العربي دلالتة نهياً من الدرجة الثانية، وعدّ صيغة "لا تفعل" نهياً من الدرجة الأولى. ومثّل لذلك بما رواه ابن عمر وزيد بن ثابت عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في بيع الثمار، فقال: "أما ابن عمر فقال: "نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم-

^[1] هو: خليل بن إسحاق بن شعيب الجندي، أبو المودة. أحد أبرز أعلام المذهب المالكي، علماً وفضلاً وديانة. من مؤلفاته: "التوضيح" وهو شرح لمختصر ابن الحاجب، و"المختصر" الفقهي الشهير في فروع الفقه المالكي. توفي -رحمه الله تعالى- سنة (767هـ) [انظر: ابن فرحون: الديباج، ج1، ص:357].

^[2] انظر: عليش: منح الجليل، ج5، ص:37.

^[3] انظر: ابن العربي: القبس، ج2، ص:800.

^[4] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج8، ص:12. ويقضي المالكية في هذه المسألة بما تُعيّنه العادة في نصيب كل منهما، فإن لم تكن عادة ففيه قراض المثل. وإن قال: والريح مشترك، قيّد بالتساوي، فلا جهل فيه [انظر: القرافي: الذخيرة في فروع المالكية، تحقيق: أبو إسحاق أحمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ج5، ص:177، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج7، ص:151].

^[5] انظر: علي حيدر: درر الحكام، ج1، ص:570.

عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع^[1]، فذكره في الدرجة الثانية، ورواه زيد بن ثابت في درجته الأولى، فقال: قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: "لا تبيعوا الثمار حتى يبدو صلاحها"، وزاد عنه -صلى الله عليه وسلم- فبين علة المنع، فقال: "أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟". ثم استشكل ابن العربي تكييف النهي بسبب العبارة الواردة في آخر الحديث "كالمشورة لهم"^[2]. فقال: "لكنه عقب علينا بما غير الدليل، وأتعب في التأويل، فقال: كالمشورة لهم، فجعل زيد ذلك في ظاهر الحديث رأياً عرضه لا نهياً حرّمه"^[3].

وعلى أساس هذا المعنى اختلفت آراء المجتهدين في تكييف دلالات النهي الوارد على بعض البيوع، وبدا في فروعهم الميل إلى التخفيف من أثر النهي الوارد على العقود، سواء من جهة تقييد الصفة التي تعلق بها النهي، أو من جانب مراعاة قصد الشارع فيه، أو باعتبار حجية النص ثبوتاً ودلالة. فبيع الحاضر للبادي^[4] -مثلاً- ورد النهي عنه في قوله -صلى الله عليه وسلم-: "لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد"، فقيل: لابن عباس: ما قوله: لا يبيع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمسار^[5]. وفي رواية أخرى: "لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض"^[6].

وقد تردّد الفقهاء في محمل النهي عن هذا البيع، والحكم عليه، من قبل تحديد معنى البادي أولاً، هل هو المقيم بالبادية على وجه مخصوص، أم يشمل كل من قدم البلدة من غير

[1] حديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها: متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، رقم (2044)، [520/1]. وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، رقم (1534)، [1165/3].

[2] حديث زيد بن ثابت أخرجه البخاري تعليقا في باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، [519/1-520].

[3] انظر: ابن العربي: القبس، ج2، ص: 778.

[4] الحاضر: هو كل مقيم في المدن والقرى، والبادي: هو المقيم بالبادية [انظر: ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، ص: 214]. وظاهر معنى هذا البيع في اصطلاح الفقهاء هو -كما قال ابن قدامة-: أن يخرج الحضري إلى البادي، وقد جلب السلعة، فيعزفه السعر، ويقول: أنا أبيع لك [انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص: 175، والنووي: المجموع، ج12، ص: 94، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج5، ص: 409، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص: 438].

[5] أخرجه البخاري في صحيحه من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما-: كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر؟ وهل يعينه أو ينصحه؟ رقم: (2013)، [513/1-514]، ورواه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم (1521)، [1157/3].

[6] أخرجه مسلم: كتاب البيوع، باب لا يبيع حاضر لبادي، رقم (1522)، [1157/3]، من حديث جابر -رضي الله عنه.

أهلها للتجار، سواء كان بدويا، أو من قرية أو بلدة أخرى؟^[1]. ثم بعد اتفاقهم على أن النهي معلل بدفع الضرر، وإرفاق أهل الحضر^[2]، تعلق كل مذهب بتقدير شروط تضيق مناط النهي، وتيسر الجواز. فقالت الحنفية: إن النهي متعلق بكون أهل البلد في قحط وعوز، وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس، لانعدام الضرر^[3]. واشترط المالكية لتحقق المنع بهذا النهي، أن يبيع الحضري سلعة البدوي لحضري لا لبدوي، وأن يكون البدوي جاهلا بالأسعار^[4]. وعلق الشافعية التحريم بشرط العلم بالنهي، وأن يكون المتاع مما تعم الحاجة إليه، كالأطعمة ونحوها. وأما ما لا يحتاج إليه إلا نادرا فلا يدخل في النهي، وأن يظهر ببيع ذلك المتاع سعة في البلد. فإن لم يظهر بيعه سعة في البلد لقلته، أو لعموم وجوده ورخص السعر، أو لكبر البلد، فلا. وأن يعرض الحضري ذلك على البدوي، فإن التمس البادي منه ببيع بالتدريج، فلا بأس^[5]. وذهب الحنابلة إلى أن النهي يتعلق بعرض الحاضر واقتراحه تولي البيع للبادي، فإن كان البادي هو القاصد للحاضر جاز. وأن يكون البادي جاهلا بالسعر، وأن يكون (البادي) جلب السلعة للبيع، فإذا جلبها لغير ذلك، انتفى التضييق، وجاز البيع. وأن يكون بالناس حاجة إليها، وضرر في تأخير بيعها كالأقوات. ثم قالوا: "وإن اختلف شرط، صح البيع على الصحيح من المذهب"^[6].

^[1]والقول الأول للحنفية والمالكية، والثاني هو مذهب الشافعية والحنابلة[انظر: ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج6، ص:605، وابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص:438، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج5، ص:408، ومحمد الشيباني الشنقيطي: تبيين المسالك، دار ابن حزم، بيروت، ط4، 1434هـ-2013م، ج3، ص:352، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:175، والنووي: المجموع، ج12، ص:94].

^[2]انظر: الدهلوي: حجة الله البالغة، ج2، ص:171، وابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص:165، والنووي: المجموع، ج12، ص:94، وابن دقيق العيد: إحكام الأحكام، تحقيق: أحمد شاكر، مكتبة السنة، القاهرة، ط1، 1418هـ-1997م، ص:513، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:176]. وفي تحرير هذا المقصد، قال المازري-رحمه الله-: فأما التلقي؛ فإن النهي عنه معقول المعنى، وهو ما يلحق الغير من الضرر، وإن الشرع ينظر في مثل هذه المسائل إلى مصلحة الناس، والمصلحة تقتضي أن ينظر للجماعة على الواحد، لا الواحد على الواحد. فلما كان البادي إذا باع بنفسه انتفع جميع أهل السوق، واشتروا رخيصة فانتفع به جميع سكان البلد، نظر الشارع لأهل البلد على البادي[انظر: القاضي عياض: إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1419هـ-1998م، ج5، ص:139].

^[3]انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص:438.

^[4]انظر: ابن الحاجب: جامع الأمهات، تحقيق: الأخضر الأخضر، دار اليمامة، دمشق-بيروت، ط1، 1419هـ-1997م، ص:350-351، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج5، ص:408.

^[5]الشريني: مغني المحتاج، ج2، ص:48-49، والنووي: المجموع، ج12، ص:94.

^[6]البهوتي: كشف القناع، ج4، ص:1414، والمرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، بيت الأفكار الدولية، الأردن والسعودية، د.ط، د.ت، ج1، ص:749، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:176.

المبحث الرابع

قواعد الوسائل وأثرها في تيسير المعاملات المالية

تمهيد:

من أهم مباحث الدراسات المقاصدية مسألة التمييز بين الوسائل والمقاصد، وفي سياقاتها عني البحث المقاصدي بتأصيل قواعد الوسائل، وتفصيل أحكامها ومسائلها، وتحديد أدورها وآثارها التشريعية. وضمن هذا المبحث استقراء لأثر بعض هذه القواعد في تيسير المعاملات المالية.

المطلب الأول: تعريف الوسائل

الوسائل في اللغة: جمع وسيلة، وهي كل ما يتوصل به إلى أمر آخر ويتقرب به إليه.

يقال: وسّل فلان إلى ربّه وسيلة، وتوسل إليه بوسيلة، أي تقرب إليه بعمل^[1].

والوسائل في الاصطلاح: هي الطرق المفضية إلى المقاصد^[2]. أو هي الطرق المفضية

إليها، أو المقاربة لها، الخالية من الحكم في نفسها^[3].

والمقصود بالقيّد الوارد في التعريف الثاني أن وسائل المقاصد هي الأفعال التي لا يتعلّق

الحكم الشرعي بها لذاتها؛ لأنها لا تتضمن مصلحة ولا مفسدة ذاتية، وإنما يتعلّق الحكم بها

باعتبار المقصد الذي تفضي وتوصل إليه^[4]. يقول الطاهر بن عاشور: "وأما الوسائل فهي

الأحكام التي شرعت لأنّها بها تحصيل أحكام أخرى. فهي غير مقصودة لذاتها، بل لتحصيل

غيرها على الوجه المطلوب الأكمل؛ إذ بدونها قد لا يحصل المقصد، أو يحصل معرّضاً

للاختلال والانحلال"^[5]. وتفصيل ذلك؛ أن من الأفعال ما يتعلّق به الأمر أو النهي الشرعي

باعتباره مصلحة أو مفسدة أو مزيجاً بينهما؛ فيكون مطلوباً ومقصوداً لذاته، وهو بهذا الاعتبار

^[1]انظر: الزبيدي: تاج العروس، ج31، ص:75، وابن الأثير: النهاية، ص:972، وأبو نصر الجوهري: الصحاح في اللغة

والعلوم، دار الحضارة العربية، السعودية، 1975، ج5، ص:1814، ومحمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، مكتبة

لبنان، بيروت، ط1415هـ-1995م، ج1، ص:226، 740.

^[2]انظر: القرافي: الفروق، ج2، ص:64، وابن جزّي: تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص:253.

^[3]انظر: المقرّي: القواعد، ج2، ص:393.

^[4]انظر: مصطفى مخدوم: وسائل المقاصد في الشريعة الإسلامية، دار إشبيلية، الرياض، ط1، 1420هـ-1999م، ص:54،

وابن جزّي: تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق: محمد المختار الشنقيطي، ط2، 1423هـ-2003م، ص:253،

ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، ج4، ص:275.

^[5]انظر: الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة، ص:164.

مقصد. ومنها ما يطلب فعله أو تركه باعتباره سببا إلى تحقيق المصلحة أو دفع المفسدة؛ فيكون مطلوبا لأجل غيره الذي هو المقصود، فهو وسيلة. فمعيار التمييز بين كون الفعل مقصداً أو وسيلة، إضافته إلى غيره، فإن كان مطلوبا لذاته فهو مقصد، وإن كان مطلوبا لغيره فهو وسيلة، وإن كان مطلوبا لذاته ولغيره فهو وسيلة ومقصد^[1]. وقد يُعبر عن الوسيلة بالذريعة، فتكون هي والوسيلة مترادفتين في أصل الوضع اللغوي^[2]، إلا أن الذريعة حُصت في الاصطلاح الغالب بالدلالة على الوسائل غير الممنوعة في نفسها، التي قويت التهمة فيها حتى صارت تفضي إلى المحذور^[3].

المطلب الثاني: تأصيل مشروعية الاستدلال بالوسائل

يستند اعتبار قاعدة الوسائل إلى استقرار النصوص الشرعية الدالة على نوط الأفعال بأحكام ما تفضي إليه من المقاصد طلباً أو منعاً^[4]؛ فما كان منها طريقاً إلى المصلحة طلب فعله، وما كان مفضياً إلى المفسدة طلب تركه. ومن ذلك قوله -تعالى-: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا حَمَاصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطَّوْنُ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوِّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [التوبة: 120]، فقد أرشدت الآية إلى أن السفر إلى الجهاد وما فيه من تعب ونصب ومخمة معدود في العمل الصالح، وإنما تميز بهذا الفضل عن غيره من الأسفار باعتبار المصلحة التي يفضي إليها، وهي حفظ الدين؛ ولذلك عدّ القرافي هذه الآية دليلاً على حسن الوسائل الحسنة؛ لأن الله -تعالى- أثابهم على الظم والنصب وإن لم يكونا من فعلهم، بسبب أنهما حصلا لهم بسبب التوسل إلى الجهاد الذي هو وسيلة لإعزاز الدين وصون المسلمين^[5]. وفي جهة الوسائل الممنوعة ورد قوله -تعالى-: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَرْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾ [النور: 30]، وموضع الاستدلال في الآية أن الله -تعالى- بيّن بأنه لما كان النظر إلى الحرام يؤدي للوقوع في الحرام أخذ حكم ما يؤدي إليه، باعتباره وسيلة إلى مقصد درء مفسدة الزنا، فتعلّق به النهي.

^[1] انظر: معجم القواعد الفقهية والأصولية، ج4، ص: 278.

^[2] انظر: القرافي: الفروق، ج2، ص: 61.

^[3] انظر: معجم القواعد الفقهية والأصولية، ج4، ص: 278.

^[4] انظر: أبو زهرة: أحمد بن حنبل، ص: 364.

^[5] انظر: القرافي: الفروق، ج2، ص: 64.

وعلى هذا المعنى ورد الخطاب الشرعي بالأمر بكل ما يوصل إلى المأمور به، والنهي عن كل ما يفضي إلى المنهي عنه، فأمر بصلاة الجمعة وأمر بالسعي إليها، وأمر بترك البيع لأنه وسيلة السعي إليها، ونهى عن شرب الخمر، ونهى عن سقيها وبيعها وعصرها وحملها...

وجماع المعنى كما قال ابن القيم -رحمه الله- أنه لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تقضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها، معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطها بها. ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها. فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود؛ لكنه مقصود قصد غايات، وهي مقصودة قصد وسائل^[1].

وينبني على هذا التأصيل جملة من الضوابط التي تميّز بين الوسائل والمقاصد، منها:

1- تقديم المقاصد على الوسائل في الترجيح -عند التعارض-: فلا يفرط في مصلحة مقصودة لأجل وسيلتها التي توصل إليها، بل إن قوة اعتبار المصلحة المقصودة، قد تجعل وسيلة المحرم غير محرمة إذا تعينت طريقاً إليها. ومن ذلك بذل المال في افتكاك الأسارى، ودفع الظلم إذا لم يقدر عليه إلا بذلك، وسائر ما في معناها^[2].

2- تمييز مواطن الثبات عن مواطن التغيير في الشريعة الإسلامية: فالمقاصد مصالح ثابتة لا تقبل التغيير في الجملة، والوسائل تقبل التغيير والتجديد والتطور باعتبار ما تفضي إليه، فمتى وجدت وسائل أجدى وأنفع في تحصيل المصلحة المقصودة كانت هي المطلوبة شرعاً. يقول الشيخ الطاهر بن عاشور: "وقد تتعدّد الوسائل إلى المقصد الواحد، فنعتبر الشريعة في التكليف بتحصيلها أقوى تلك الوسائل تحصيلاً للمقصد المتوسل إليه، بحيث يحصل كاملاً راسخاً، عاجلاً ميسوراً، فتقدمها على وسيلة هي دونها في هذا التحصيل"^[3].

3- التأكيد على ضرورة ارتباط الوسائل بمقاصدها، تماهياً مع غرض الشارع في طلب الوسائل للمصالح، فإذا انحرفت الوسيلة المشروعة عن مقصدها الذي وضعها الشارع من أجله، لم تعد مصلحة مشروعة^[4].

[1] انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص: 113، والقرافي: الفروق، ج2، ص: 63-64.

[2] انظر: ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص: 162، والقرافي: الفروق، ج2، ص: 64، والشاطبي: الموافقات، ج3، ص: 60. ولا بدّ من تقييد هذا الحكم بضوابط الضرورات التي تبيح المحظورات، حتى يتحقّق الانسجام مع مقتضى قاعدة: المقاصد المشروعة لا تسوغ الوسائل الممنوعة [معلمة القواعد الفقهية والأصولية، ج4، ص: 379].

[3] انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 166.

[4] انظر: معلمة القواعد الفقهية والأصولية، ج4، ص: 281-282.

المطلب الثالث: أثر قواعد الوسائل في تيسير المعاملات المالية

تندرج الوظيفة التشريعية لقواعد الوسائل في عمق المنهج المقاصدي الذي يستهدف رعاية مصالح الخلق وفق إرادة الشارع في التيسير ودفع المشقة والحرَج، كما قال -تعالى-: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة:185]. ووجه ذلك أن التكاليف والأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما هي وسائل لحفظ مقاصدها في الخلق، وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات^[1]. ولما كان التيسير من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، وجب على المجتهد رعايته في وسائلها ومقدماتها، حتى لا تكون الوسائل على غير وضع المقاصد؛ ولذلك عني العلماء بتأصيل جملة من القواعد التي تجسّد اعتبار الوسائل في تحقيق مقصد التيسير، منها:

أ- **لوسائل حكم المقاصد:** وهذه من أهم القواعد التي يُستند إليها في معرفة الأحكام الشرعية، ومنها أحكام المعاملات المالية المعاصرة التي تتسم بالكثرة والتجدد والتوسع والتداخل الكبير في مجال الوسائل. فتقدير المقصد الشرعي في معاملة ما، هو الطريق إلى تحديد حكم هذه المعاملة باعتبارها وسيلة إليه؛ لأن الوسائل تابعة لمقاصدها، ومرتبطة بها من حيث الحصول والعدم، والوجوب والحلّ أو التحريم، والندب والكراهة^[2]؛ وبهذا تكون القاعدة من أهم الأدوات التشريعية التي يعتمد عليها النظر الفقهي في الانفتاح على مستجدات المعاملات المالية، والحكم عليها باعتبارها وسائل لحفظ مصالح الخلق على قاعدة التيسير، الذي هو من أبرز مقاصد الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية-كما سبق بيانه-، ومصالح الخلق تتغير بتغير الزمان، وتتجدد بتجدد الأحوال^[3].

^[1] انظر: الشاطبي: **الموافقات**، ج3، ص:120-121، ج2، ص:17. وهذا المعنى أكده الأمدي بقوله: المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة أو دفع مضرة، أو مجموع الأمرين [الأمدي: **الإحكام**، ج3، ص:339].

^[2] انظر: القرافي: **الفروق**، ج2، ص:63-64، وابن القيم: **إعلام الموقعين**، ج2، ص:214، وابن جزّي: **تقريب الوصول**، ص:254-255، والمقري: **قواعد الفقه**، ج2، ص:393.

^[3] انظر: محمد مصطفى شلبي: **تعليق الأحكام-عرض وتحليل لطريقة التعليل في عصور الاجتهاد والتقليد-**، مطبعة الأزهر، دت، ص:303-306، وفضل إلهي: **التدابير الواقية من الربا في الإسلام**، إدارة ترجمان الإسلام، باكستان، ط4، 1420هـ، باب التدابير العامة الواقية من الربا، ص:97، و**باب التدابير الواقية من ربا القروض الاستهلاكية**، ص:267، والحجوي: **الفكر السامي**، ج1، ص:113.

ب- **يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد**: وأساس هذه القاعدة ما سبق تقريره من تبعية الوسائل للمقاصد، وأولوية المقاصد عليها في المكانة والاعتبار^[1]، وكون الوسائل أخفض درجة من مقاصدها^[2]. وبمقتضى هذا التفاضل تسامح التشريع في الوسائل دون المقاصد، حيث خصّ الوسائل بالتساهل والمرونة، وفتح فيها باب التجديد والتعديل والتكييف^[3] بما يناسب تحصيل المقاصد بأنّ الوجوه وأكملها وأيسرها، وعلى أساسها صاغ الفقهاء كثيرا من الفروع الفقهية. قال السيوطي-رحمه الله-: "ومن ثم جُزم بمنع توقيت الضمان وجرى في الكفالة خلافه؛ لأن الضمان التزام للمقصود، وهو المال، والكفالة التزام للوسيلة، ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"^[4].

ومن تطبيقات القاعدة في تيسير المعاملات المالية:

1- تخفيف ضوابط العقود باعتبارها وسائل لتحقيق مصالح الناس، والضوابط وسائل لصيانة العقود من الخصام والنزاع؛ ولأن الالتزام الصارم بالشروط والضوابط في بعض العقود، يضيق أبواب المعاملات، ويفوت المصالح الراجحات؛ ولذلك شرعت كثير من العقود المشتملة على وجوه من الغرر، كالقرض والقراض والإجارة والجعالة، وشرعت المعاملات على العمل، مثل المزارعة والمساقاة، واغتفر ما في ذلك من الغرر، وشرع البيع على الأوصاف كالبرنامج^[5] وعلى رؤية بعض المثلي، واغتفر ما في ذلك من الغرر، وغيرها^[6]. يقول العلامة محمد إبراهيم بك^[7]-رحمه الله-: "وهذا أصل مهمّ ينبغي التعويل عليه في الأحكام؛ فإنّ به حلّ كثير من

^[1] انظر في تأكيد هذا المعنى ما ذكره المقري-مثلا- في القاعدة (107): "مراعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل"، وفي (ق18): "إذا بين عدم إفضاء الوسيلة إلى مقصودها بطل اعتبارها" [المقري: القواعد، ج2، ص:242، 330].

^[2] انظر: ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص:41، والقرافي: الفروق، ج2، ص:64، وابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص:165.

^[3] انظر: الريسوني: الفكر المقاصدي-قواعده وفوائده-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص:82.

^[4] انظر: السيوطي: الأشباه والنظائر، ص:158. وعبر الأنصاري عن معناها بصيغة: "يغتفر في الشرط ما لا يغتفر في الركن" [انظر: الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج2، ص:176].

^[5] البرنامج- بفتح الباء وكسر الميم: هو الدفتر المكتوب فيه صفة ما في الوعاء من الثياب المباعة دون اطلاع البائع على الجنس والنوع، فأقيمت الصفة مقام الرؤية [انظر: مالك بن أنس: الموطأ، ص:137، والدردير: الشرح الصغير، ج3، ص:41].

^[6] انظر: الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:196-200، وتوفيق رمضان البوطي: البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق، ط1، 1419هـ-1998م، ص:195.

^[7] هو: العلامة الفقيه الحنفي أحمد إبراهيم الحسيني بك، أحد أعلام النهضة الفقهية المعاصرة، تخرّج بدار العلوم بالقاهرة سنة 1898م، ودرّس بها، ثم انتقل إلى كلية الحقوق مدرسا ثم وكيلها. تخرج علي يديه كبار علماء الشريعة كالشيخ

المشكلات..، فإذا انتفى ما يؤدي إلى الظلم والنزاع بسبب الجهالة صحّ التعامل^[1]. على هذا المعنى بنى بعض الفقهاء مشروعية العادة الجارية في بعض الفنادق والمطاعم الكبيرة بوضع أنواع عديدة من الأطعمة في متناول الزبائن، يخيرونها في أكل ما يشاؤون بقدر ما يشاؤون، مقابل ثمن واحد معين، بغض النظر عن تفاوت الأشخاص في مقدار الأكل ونوع الطعام. فالأصل عدم جواز هذه المعاملة لجهالة الأطعمة المباعة وقدرها، ولكنها جازت؛ لأن الجهالة غير مفضية للنزاع، وحاجة الناس إلى هذه المعاملة متعينة. ومن ذلك -أيضا- عدم اعتبار الجهالة في استئجار السيارات، فربما لا يعرف سائقها مسافة السفر؛ فلا يمكن تحديد الأجرة عند الانطلاق، ولكن هذه الجهالة تتحمل، لكون العداد رافعا للنزاع؛ إذ الاتفاق حاصل بين الراكب والسائق على ما يقدره العداد في نهاية السفر، فلا يقع النزاع المشكل^[2].

2- عدم تقييد صيغ وأساليب التعاقد اكتفاء بتحقق التراضي بين العاقدين؛ لأن نقل إرادة كل واحد من طرفي العقد للطرف الآخر ليس له وسيلة محدّدة على وجه التعيين. فالتعبير عن الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية يتم بكل ما يدل على رضا العاقدين بإبرام العقد، جرياً على القاعدة الفقهية: "إذا استقامت المعاني فلا عبرة بالألفاظ"^[3]. كما يشرع إبرام العقود بكل الأساليب المؤدية للمقصود، سواء عن طريق المحادثة الصوتية، أو المحادثة بالصوت والصورة، وتسري عليها في هذه الحالة جميع أحكام التعاقد بين حاضرين. وإذا أبرم العقد باستخدام المحادثة الكتابية أو بالبريد الإلكتروني أو عبر الموقع على الشبكة فإنه يأخذ أحكام التعاقد بين غائبين، مثل التعاقد عن طريق الرسالة^[4].

3 - مشروعية قبض البدلين في العقود المالية المبرمة بالإنترنت، بمختلف الوسائل التي تحقق المقصود؛ فيكون الدفع بالشيكات الإلكترونية في حكم قبض الثمن باليد، وكذلك بطاقات

عبد الوهاب خلاف-رحمه الله، وترك ثروة فقهية متميزة. توفي-رحمه الله تعالى-عام(1945م)[انظر ترجمته في مطلع كتابه المعاملات الشرعية المالية بقلم الشيخ عبد الفتاح أبي غدة -رحمه الله].

^[1]انظر: إبراهيم بك: المعاملات الشرعية المالية(مع الحاشية)، ص:163-164.

^[2]انظر: محمد تقي العثماني: تكملة فتح الملهم بشرح صحيح مسلم، مكتبة دار العلوم، كراتشي، باكستان، د.ط، د.ت، ج1، ص:320.

^[3]انظر: المعايير الشرعية، معيار (38)، بند1/5، والظاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة، ص:166.

^[4]انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، مرجع سابق، المعيار رقم(38) المعاملات المالية بالإنترنت، ص:962، وزهر الدين هاشم: مقاصد البيوع وطرق إثباتها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1432هـ-2011م، ص:2250 وما بعدها.

الائتمان^[1]، واستخدام النقد الإلكتروني^[2]، وغيرها. أما قبض المبيع في هذا النوع من العقود، فإنه وإن كان لا يمكن تحقيقه حسيًا في العقار والمنقول، إلا إنه يمكن اعتبار استلام الفاتورة الرسمية من جهة البائع قبضا حكما للعقار كتسلّم المفتاح، كما يتحقق القبض الحكمي للمنقول بمجرد التخلية أو بكتابة أسماء الزبائن على الورقة الرسمية أو الفاتورة^[3]. ويمكن الاستيعاض عن ذلك كله باللجوء إلى اشتراط تأجيل تسليم المبيع عند العقد^[4].

ب- ما حرم للذريعة أبيع للمصلحة الراجعة^[5]: يتقاطع معنى هذه القاعدة مع سابقتها في إبراز الأثر التيسيري لوسائل المقاصد، حيث تفيد بأن الأعمال المنهي عنها باعتبارها وسائل لا مقاصد، يجوز فعلها، والأخذ بها إذا تعلقت بها الحاجة والمصلحة الراجعة. والمراد بالحاجة ما يلزم عنه المشقة غير المعتادة بسبب ترك الأخذ بالوسيلة^[6].

ومدرك هذا التقدير الفقهي أن التفاوت الملحوظ بين الوسائل والمصالح الحاجية يقتضي تقديمها (المصالح الحاجية) عند التعارض رفعا للمشقة والحرَج، فيباح المحرّم لغيره- أو المحرم تحريم وسائل- إذا أفضى إلى تفويت مصلحة حاجية؛ لأن مفسدة المشقة الناجمة عن تخلف المصلحة الحاجية أعظم من مفسدة ترك الوسيلة^[7]. وتعد هذه القاعدة عمدة النظر الفقهي في وزن الوسائل والترجيح بينها في موارد التزام، ومضايق التعارض بين الفساد الواقع أو المتوقع، وتشتد إليها حاجة المعاملات المالية المعاصرة في تقييم ما يستجد من الوسائل التي تتعلق بها

^[1]بطاقة الائتمان: هي مستند خاص يصدره مصرف أو شركة مالية، يتمكن به حامله من الحصول على سلع أو خدمات أو نقود ممن يقبل التعامل بهذا المستند، ليستوفيها من الجهة التي أصدرته على أن يسدّد حامله لمصدره فيما بعد قيمة السلع أو الخدمات أو النقود التي حصل عليها [انظر: قلعة جي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص: 110].

^[2]النقد الإلكتروني: قيود رقمية تمثل قيمة نقدية بذاتها، مخزنة على وسيلة إلكترونية، وتحظى بقبول واسع، وتستعمل وحدة للحساب، ووسيطا للمبادلة، وتتاح للتبادل الفوري في المعاملات [انظر: يوسف بن صالح التوجيهي: النقود الإلكترونية-دراسة فقهية-، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام سعود، الرياض، 1433هـ-1431هـ، ص: 59].

^[3]انظر: نزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ-2001م، ص: 86-101.

^[4]انظر: زهر الدين هاشم: مقاصد البيوع وطرق إثباتها في الفقه الإسلامي، ص: 286-287 و 301-302.

^[5]انظر: ابن تيمية: جامع المسائل، ج8، ص: 292-293، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص: 130.

^[6]انظر: المقرئ: قواعد الفقه، ج2، ص: 394، والقرافي: الفروق، ج2، ص: 64، ومعلمة القواعد الفقهية والأصولية، ج4، ص: 368.

^[7]انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص: 126-127، والقرافي: الفروق، ج2، ص: 64، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص: 428، ومصطفى مخدوم: وسائل المقاصد، ص: 313، ومعلمة القواعد، ج4، ص: 370. وجامع المعنى في هذا الباب أن المصلحة الضرورية تبيح المحرم مطلقا. والمصلحة الحاجية تُسوّغ فعل المحرم سدا للذريعة، بشرط كونها مصلحة حاجية حقيقية يحصل بفواتها مشقة غير معتادة للعباد، والمصالح التكميلية أو التحسينية لا أثر لها في رفع التحريم.

الحاجة والمصلحة، فإن فقه الموازنة يقتضي تبيين خير الخيرين لجلبه أو تكيمله، وتبيين شر الشرين لدرئه أو تقليله، وإلا ضاعت مصالح الدين والدنيا، وانتكست مقاصده في واقع الناس^[1].
ومن أمثلة تيسيرها في فروع المعاملات المالية:

1- تقديم المصالح الحاجية على الوسائل المحرمة تحريم ذرائع لا مقاصد: فبيع المعدوم ممنوع؛ لأنه وسيلة إلى ضياع المال ووقوع النزاع، لكن الشرع أباح منه ما كان في صورة بيع السلم أو الاستصناع لحاجة الناس إليه، ودفعاً لمشقة المنع منه. ومثله كل ما شرع من العقود على غير سنن القياس، كمشروعية بيع العرايا رغم ملابسته لربا الفضل، من حيث عدم تحقق المماثلة بين العوضين-وهما الرطب والتمر- باعتبار أن المصلحة الحاجية المتحققة للناس من تشريع بيع العرية هي أعظم من مفسدة ربا الفضل الذي يلازمه؛ لأن النهي عن ربا الفضل ليس مقصوداً لذاته، وإنما لكونه وسيلة إلى ربا النسيئة، فلما تعارضت المصلحة الحاجية مع الوسيلة المحرمة لغيرها، قُدمت المصلحة الحاجية عليها. وعلى هذا خرج ابن القيم جواز بيع الحلية المصوغة من الذهب- صياغة مباحة- بنقد من الذهب أكثر من وزنها ما دامت الحاجة تقتضي ذلك؛ لأن حرمة التفاضل في الجنس الواحد هو من باب سدّ الذريعة، وما حرم سداً للذريعة يباح للمصلحة الراجحة، ثم قال: "فهذا محض القياس، ومقتضى أصول الشرع، ولا تتم مصلحة الناس إلا به"^[2]. وبمثل هذا التعليل وجّه القاضي عبد الوهاب البغدادي^[3] استثناء صور من الربا، فقال: "الربا إنما حرم حراسة للأموال، وحفظاً لها، ومصلحة للناس؛ ولذلك حُصّ (من تحريمه) ما تمسّ الحاجة إليه"^[4]. وقرّر ابن العربي أن اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرّم، ومثّل لذلك باستثناء القرض من تحريم بيع الذهب بالذهب إلى أجل، وقال: "هو شيء انفرد به مالك، ولم يجوّزه أحد من العلماء سواه. لكن الناس كلّهم اتفقوا على جواز التأخير فيه من غير شرط بأجل، وإذا جاز التفريق قبل التقابض بإجماع؛

^[1] انظر: محمد صدقي آل بورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ج12، ص: 201.

^[2] انظر: ابن تيمية: جامع الرسائل، ج8، ص: 293-294، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص: 128-130.

^[3] هو: القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، أبو محمد، من أعيان علماء الإسلام. أخذ عن أفاض علماء المدرسة المالكية في العراق، كأبي بكر الأبهري، وابن القصار، وابن الجلاب، والباقلاني. من مؤلفاته: "المعونة"، و"التلقين"، و"الإشراف". توفي-رحمه الله تعالى- سنة (422هـ) [انظر: ابن فرحون: الديباج المذهب، ج2، ص: 26، ومحمد مخلوف: شجر النور الزكية، ج1، ص: 154-155].

^[4] انظر: عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ص: 467.

فضرب الأجل أتمّ للمعروف وأبقى للمودة^[1]. وفي هذا السياق نصّ فقهاء المالكية على جواز المبادلة (بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة عدداً، إذا كان يدا بيد) مع الفارق اليسير في الوزن، إذا وقع ذلك على وجه الرفق والمعروف، لا المكايسة. ومردّ هذه الفروع إلى اطراد قانون الشريعة في اعتبار الحاجة أساساً لتجوز العقود المحرمة تحريماً ذرائعياً، رحمة بالعباد، ونظراً لهم ورفقا بهم^[2].

ويندرج في هذا المعنى -من المعاملات المعاصرة-: القول بمشروعية التعامل بالقروض المتبادلة بالشرط (أو نظام الودائع المتبادلة)^[3] -إذا كانت متساوية المقدار ومتماثلة المدة-، استثناءً لها من الصورة الممنوعة، التي يعبر عنها الفقهاء بـ "أسلفني وأسلفك"^[4] -لكونها طريقاً إلى نفع المقرض، وهو ربا-. ومردّ ذلك إلى أن "الحاجة الآن للتعامل بهذا النظام وتطبيقاته أصبحت ماسة بلا ريب، ومتعينة أيضاً، إذ لا يوجد مشروع آخر يؤدي نفس الغرض، ويحقق ذات الغاية، ويعطي نفس المرونة، ويرفع الحرج والمشقة في التعامل بالنسبة لعلاقة المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية مع البنوك المرأسلة وغيرها، والتي لا مندوحة من تعاملها معها، ولا غنى لها عن الإيداع فيها والسحب منها على حساب، وكذا بالنسبة لبعض التجار وأهل الصناعات وغيرهم، فتعين اللجوء إلى هذه المعاملة، واتجه الفكر للقول بمشروعيتها، لداعي الحاجة الخاصة، التي تنزل عند الفقهاء منزلة الضرورة..، وأساس ذلك أن الشريعة السمحة ما جاءت لتسدّ على الناس منافذ حاجاتهم الحقيقية، وإنما جاءت لتلبية الحاجات الصحيحة التي تستلزمها ظروف الحياة، ومقتضيات التعامل في كل زمان ومكان، تيسيراً على الخلق، ورفعاً

^[1]انظر: ابن العربي: القبس، ج2، ص:790.

^[2]انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص:440.

^[3]وحقيقة هذه المعاملة: أن يتفق بعض المودعين في المصارف مع البنوك التي يتعاملون معها على أن لا يتقاضوا أية فائدة (رباً)، مقابل وديعتهم المصرفية، بشرط أن لا يتقاضى منهم المصرف أية فائدة إذا انكشف حسابهم (بأن سحب المودع أكثر مما فيه) مقابل تلك المدة المماثلة لزمان مكوث حسابه لديهم بدون فائدة، وكذا اتفاق المصرف الإسلامي مع البنوك التقليدية المرأسلة لها على نفس المبدأ والأساس من القروض الحسنة المتقابلة، وهو ما يسمى (الودائع المتبادلة) أو (القروض المتبادلة بالشرط) أو (القروض المقابلة للودائع) أو (أسلفني أسلفك) [انظر: نزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص:233].

^[4]انظر: الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج5، ص:177، وعليش: منح الجليل على مختصر خليل، ج5، ص:79.

للحرج والمشقة والعنت عن العباد، وفقا لقول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة:185]^[1].

ومن قبيل ذلك -أيضا-: الإفتاء بمشروعية حفظ الأموال في المؤسسات المالية الربوية للحاجة، حيث جاء في فتاوى اللجنة الدائمة: "لا يجوز إيداع النقود في البنوك الربوية ونحوها من المصارف والمؤسسات الربوية، سواء كان إيداعها بفوائد أو بغير فوائد؛ لما في ذلك من التعاون على الإثم والعدوان، إلا إذا خيف عليها من الضياع، بسرقة أو غصب أو نحوهما، ولم يجد طريقا لحفظها إلا إيداعها في بنوك ربوية مثلا، فيرخص في إيداعها في البنوك ونحوها من المصارف الربوية"^[2].

2- تضييق مجال المنع الذرائعي: ويرتكز هذا المعنى على ما تقرّر من توجّه التشريع إلى إباحة بعض المعاملات الممنوعة منعا ذرائعيا ترجيحاً للمصالح الحاجية المعتبرة، ويقضي بأن يعوّل النظر الفقهي على هذه القاعدة في ضبط تطبيقات قاعدة سدّ الذرائع^[3] في عقود المعاملات المالية، تيسيرا لمصالح الناس، ودرء لأسباب المشقة والحرج. وقد عبر الشيخ الطاهر بن عاشور على هذا المعنى بقوله: "وإذ قد جعلنا سدّ الذرائع من أصول التشريع-وكان سدّها في أحوال معينة-لزم أن يكون موكولا لنظر المجتهدين سدّا وفتحا بأن يراقبوا مدة اشتغال الفعل على عارض فاسد فيمنعوه، فإذا ارتفع عارض الفساد أرجعوا الفعل إلى حكمه الذاتي"^[4].

وقاعدة الشرع أن المعاملات المالية دائرة على تلبية حاجات الناس وجلب مصالحهم؛ فلزم أن تتفتح لهم ذرائع تحصيلها قدر الإمكان؛ ولهذا اعترض بعض فقهاء المالكية على مشهور مذهبهم في توسيع مجال البيوع الممنوعة من جهة تطرق التّهمة إلى قصد المتبايعين، سدّا لذريعة الربا^[5]، حيث حاء في تعليق الشّارح على قول خليل "ومنع للتّهمة ما كثر قصده"، -قال الشارح-: "لما فرغ -رحمه الله- من ذكر البيوع التي نصّ الشارع على المنع منها، عقبها ببيوع

^[1]انظر: نزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص: 233 وما بعدها.

^[2]انظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب أحمد بن عبد الرزاق الدويش، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1419هـ-1999م، ج13، ص: 346-347.

^[3]ومعناها: حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع[القرافي: الفروق، ج2، ص:61].

^[4]انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:154.

^[5]يقول ابن رشد: ومذهب مالك -رحمه الله-: القضاء بالذرائع والمنع منها، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور، ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة، ويتوصل بها إلى استباحة الربا[انظر: ابن رشد: المقدمات الممهدة، ج2، ص:39].

ظاهرها الجواز ويتوصّل بها إلى ممنوع، فمنعها أهل المذهب وأجازها غيرهم، ويسميتها أهل المذهب ببيوع الآجال^[1]. وذكر صاحب الحاشية في هذا الموضوع أن بعض فقهاء المذهب رجّحوا عدم تضيق مسالك البيوع المشروعة اعتماداً على قاعدة الذرائع؛ لما في ذلك من الحرج والمشقة، فقال: "قال أبو عمر (ابن عبد البر)^[2]: "أبى هذا جماعة من الفقهاء بالمدينة وغيرها، ولم يفسخوا صفة ظاهرها حلال بظن يخطئ ويصيب، وقالوا: الأحكام موضوعة على الحقائق لا على الظنون..، ونقل عن ابن عبد السلام الهواري بأن أكثر العلماء لا يقول بسدّ الذرائع ولا سيّما في البيع، وأن دليل من قال به هو اتهام العاقد بفساد القصد، ويستند في تلك التهمة إلى العادة.. ولا يمكن أن يقال بأن العادة التي وجدت في قوم في المائة الثالثة بالمدينة وبالحجاز، يحتكم إليها بالعراق والمغرب في المائة السابعة. ثم قال (ابن عبد السلام): "وأنا أتوقف في الفتيا في هذا الباب، وفيما أشبهه من الأبواب المستتدة إلى العادة بما في الكتب؛ لأن الذي في الكتب من المسائل لها مؤن من السنين، وتلك العوائد التي هي شرط في تلك الأحكام لا يعلم حصولها الآن، والشك في الشرط شك في المشروط". وقال ابن يونس^[3]: "وجه فسخ بيوع الآجال وإن صحّ حماية أن يقصد المتبايعان ذلك في أول أمرهما. وهذا يقتضي عدم تحريم بيوع الآجال، وإنما تفسخ سدا لذريعة القصد إلى الفساد"^[4].

وهذا التحقيق الفقهي يدل على عدم تسليم فقهاء المذهب لمسلك المبالغة في الاحتياط المؤدي إلى المشقة والحرج، وحصّر الأثر الوقائي لقاعدة الذرائع فيما لا يناقض مقصد التيسير؛ لأن محرمات الوسائل تواجه بالحاجات. وعلى هذه القاعدة أكد المالكية أن تعليق الحظر في بيوع الآجال والعينة على مقاصد الأشخاص وسيرهم يعدّ اضطراباً يُشكّل على انضباط القاعدة واطرادها، ويقلّص من أثرها في توليد الأحكام؛ ولذلك ذكر المقرّي أن بيوع الآجال في مرتبة الذرائع المعتبرة عند مالك كإعادة الجماعة في مسجد له إمام راتب، وهي ملغاة عند الجمهور.

^[1] انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص: 267-268.

^[2] هو: جمال الدين يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، أبو عمر النمري القرطبي، الفقيه المحدث المؤرخ. من مصنفاته: "الاستيعاب في معرفة الأصحاب"، و"التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد"، و"الدرر في اختصار المغازي والسير"، و"جامع بيان العلم وفضله"، وغيرها. توفي -رحمه الله تعالى- عام (463هـ) [انظر: السيوطي: طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص: 431 وما بعدها، وابن فرحون: الديباج، ج2، ص: 367 وما بعدها].

^[3] هو: محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الفقيه، العالم، الحافظ. أحد الأربعة الذين اعتمد الشيخ خليل ترجيحاتهم في مختصره. قال عنه القاضي عياض: "كان فقيهاً فرضياً حاسباً". من مؤلفاته: "كتاب الجامع لمسائل المدونة والمخالطة"، و"كتاب الفرائض". توفي -رحمه الله تعالى- عام (451هـ) [انظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص: 164-165].

^[4] انظر: المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل، حاشية على مواهب الجليل للحطاب، ج6، ص: 268، 271.

ثم ذكر بما يشير إلى ضعف هذه القاعدة، فقال: "وإذا اعتبرت الذرائع، فالأصحّ وجوب صونها عن الاضطراب بالضبط والتعميم، كسائر العلل الشرعية"^[1].

2- تضييق المنع باعتبار مآل المعقود عليه: والمقصود أن لهذه القاعدة أثراً بالغاً في الحد من التوسّع في تحريم وفسخ العقود المالية بذريعة انصراف المعقود عليه إلى المعصية. وقبل تفصيل هذا المعنى، يجدر إيراد ما قاله ابن قدامة^[2]-ملخصاً مواقف الفقهاء من اعتبار هذا المسلك في مجال المعاملات المالية، حيث يقول-رحمه الله-: "مسألة: وبيع العصير لمن يتخذه خمرًا باطل. وجملة ذلك؛ أن بيع العصير لمن يُعتقد أنه يتخذه خمرًا محرم. وكرهه الشافعي، وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرًا، فهو محرم، وإنما يكره إذا شك فيه. وحكى ابن المنذر^[3] عن الحسن^[4] وعطاء^[5] والثوري^[6] أنه لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه مسكرًا. قال الثوري: بع الحلال ممن شئت. واحتجّ لهم بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]؛ ولأن البيع تمّ بأركانه وشروطه. ولنا قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُونِ﴾ [المائدة: 2]، وهذا نهى يقتضي التحريم. وقولهم: إن البيع تمّ بأركانه وشروطه. قلنا: لكنه وجد المانع منه. إذا ثبت هذا، فإنما يحرم البيع ويبطل، إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به، تدل على ذلك. فأما إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم، أو من يعمل الخل والخمر معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز.

^[1]انظر: المقرّي: قواعد الفقه، ص: 191.

^[2]هو: موفق الدين، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المقدسي، أحد كبار أعلام المذهب الحنبلي. من مؤلفاته: "المغني"، و"الكافي"، و"المقنع"، و"روضة الناظر وجنة المناظر". توفي-رحمه الله تعالى- سنة (620هـ) [انظر: ابن رجب: الذيل على طبقات الحنابلة، ج2، ص: 52-61، والذهبي: سير أعلام النبلاء، ج22، ص: 5-9].

^[3]هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر، نزيل مكة، أحد أئمة الأمة الأعلام. له تصانيف عديدة، منها: "السنن"، و"الإجماع"، و"الإشراف" في الاختلاف، وغيرها. توفي-رحمه الله تعالى- قبل سنة (310هـ) [انظر: ابن كثير: طبقات الفقهاء الشافعيين، ج1، ص: 217-218، والحجوي: الفكر السامي، ج3، ص: 86-87].

^[4]هو: الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد، من كبار التابعين، كان إمام أهل البصرة، وحبر الأمة في زمانه، له مواقف مشهودة في الشجاعة والثبات على الحق. توفي-رحمه الله تعالى- سنة (110هـ) [انظر: أبو إسحاق الشيرازي: طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس، دار الرنتد العربي، بيروت، لبنان، ص: 87-88، والحجوي: الفكر السامي، ج2، ص: 77-78].

^[5]هو: عطاء بن أبي رباح القرشي الجندي، أبو محمد، من كبار فقهاء التابعين بمكة، حدّث عن جماعة من الصحابة، وأرسل عن النبي -صلى الله عليه وسلم-، توفي-رحمه الله تعالى- سنة (115هـ) [انظر: الشيرازي: طبقات الفقهاء، ص: 37، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج3، ص: 261-263].

^[6]هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي، أبو عبد الله، إمام الحفاظ في زمانه. توفي-رحمه الله تعالى- سنة (161هـ) [انظر: الشيرازي: طبقات الفقهاء، ص: 84-85، والحجوي: الفكر السامي، ج2، ص: 146-147].

وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل. ويحتمل أن يصحّ، وهو مذهب الشافعي؛ لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه، فلم يمنع صحة العقد، كما لو دلّس العيب. ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها، فلم يصحّ، كإجارة الأمة للزنى والغناء. وأما التدليس فهو المحرم دون العقد؛ ولأن التحريم هنا لحقّ الله تعالى، فأفسد العقد، كبيع درهم بدرهمين، ويفارق التدليس، فإنه لحقّ الآدمي. وهذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، وأشباه ذلك. فهذا حرام والعقد باطل^[1].

وما حكاه ابن قدامة عن الحنابلة ينسحب على مذهب المالكية من حيث درجة اعتبار مآل المعاملة عند إجراء أحكام المنع والجواز؛ فإن أصلهم (المالكية) حماية الذرائع وسحب أذيال التهم على سائر المتعاملين متى بدت مخايلها، أو خفيت، وأمكن القصد إليها من المتعاملين^[2]. أما الحنفية فقد كيّفوا هذه البيوع في باب المنهي عنه لجهة الإضرار؛ فلا يخرج البيع عن أن يكون مشروعاً كالنهي عن البيع وقت النداء، وبيع السلاح من أهل الفتنة؛ لأن بيعه من باب الإعانة على الإثم والعدوان وأنه منهي. ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد وغيره؛ لأنه ليس معدّاً للقتال فلا يتحقق معنى الإعانة^[3].

ورغم الاختلاف الملحوظ بين هذه الاجتهادات الفقهية إلا أن التأمّل في تفاصيلها يفيد بأن عموم النظر الفقهي ينزع إلى التخفيف من أثر تحكيم الذرائع والمآلات في تضيق أبواب المعاملات وإبطال العقود؛ توخيّاً للتيسير ورفع الحرج. إذ الاتفاق حاصل على أن العقد إذا خلا من شرط استعمال المعقود عليه في المعصية، ولم يعلم العاقد بذلك حين الإقدام على العقد، فلا سبيل إلى فسخه؛ لأن ناقل الملك (العاقد) لا يملك التصرف فيما آل لغيره، فإذا تمّ العقد لزم، ولم يملك واحد منهما أن يفرد بفسخه من غير عيب^[4]، ويكون كغيره من المسلمين في وجوب أمر العاصي بالمعروف ونهيه عن المنكر قدر الإمكان. يقول ابن عابدين: "ولو أظهر المستأجر في الدار الشرّ كشرب الخمر وأكل الربا والزنا واللواط، يؤمر بالمعروف، وليس للمؤجر ولا لجيرانه أن يخرجوه، فكذلك لا يصير عذراً في الفسخ ولا خلاف فيه للأئمة

^[1] انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص: 181-182.

^[2] انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص: 435.

^[3] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص: 166-167.

^[4] انظر: النووي: المجموع، ج15، ص: 265.

الأربعة^[1]. وعدّ المالكية ظهور فسق المستأجر من المسائل التي لا تنفسخ بها الإجارة، ويؤمر بالكف^[2]. فانحصر المنع للذريعة عند القائلين به- وهم المالكية والحنابلة- في العلم بقصد استعمال المعقود عليه في المعصية، إما بالقول، وإما بالقرائن الدالة عليه، ولا ينتزل ذلك مع أيّ احتمال، بل يحتمل أن يصحّ العقد مع العلم-كما قال ابن قدامة رحمه الله-، وهو تردّد يشير إلى لزوم تضييق ذرائع المنع.

ويندرج تحت هذا المعنى ما قرّره بعض الاجتهادات المعاصرة من مشروعية عقود الإجارة التي تؤول فيها الأعيان المستأجرة إلى تصرفات غير جائزة شرعا. وخلاصة ذلك أن المؤجر لا يجوز له أن يؤجر عقارا أو نحوه إذا كان المستأجر يستعمله فيما لا يشرع، بأن استعمله كحانة للخمر أو مثابة للقمار، أو غيره من أنواع الفسق كالربا والبغاء، وإن فعل ذلك كشرط في العقد فالذي يترجح هو الفسخ وعدم الاستفادة من الكراء، أما إذا لم يشترط وعلم المؤجر أن المستأجر سيستعمل العقار في المذكور أعلاه، فإن الإقدام على الإيجار لا يجوز أيضا كما عليه أكثر العلماء، لا فرق في ذلك بين أن يكون المستأجر مسلما أو كافرا على الصحيح، كان العقار في أرض الإسلام أو غيرها، إلا إذا كان المستأجر وسيلة نقل لكتابي تنقله لأداء شعائر دينه، فالمشهور عند مالك الكراهة في هذه المسألة. أما الفسخ بعد إبرام العقد للعالم بمصيره، فهو أمر مختلف فيه على قولين جديدين يصلحان للاعتماد لقوة مستندهما. والمختار هو عدم الفسخ من الكافر للقول بعدم مخاطبته بفروع الشريعة. والفسخ بين المسلمين؛ لئلا يقرؤا على حرام. أما المال الذي يحصل عليه من الكراء في حالة عدم الفسخ، ففيه قولان: قول بوجوب التصدق به، وهو الصحيح. ولو فرق بين من يحتاج الكراء وبين الغني الذي لا يحتاج له لكان وجها من النظر؛ لأنهم أجازوا ثمن المبيع لفعل حرام إذا فانت العين، كالدار يبيعها لمن بينها كنيسة لاشتداد الضرر بدلا من التصدق بكل الثمن. أما من أجّر وهو لا يعلم بما سيفعله المستأجر ثم اطلع عليه في أثناء مدة العقد، فليس له الفسخ وله الانتفاع بالأجرة، وهو كغيره من المسلمين فيما يجب من أمر بمعروف ونهي عن منكر. ودليل ذلك أن المسألة تدور على تنزيل الوسائل منزلة المتوسّل إليه، سداً للذريعة الحرام. وتحريم الوسائل كما هو معروف أخف من تحريم المقاصد؛ ولهذا اختلف العلماء في هذه الصور^[1].

^[1]انظر: ابن عابدين: ردّ المحتار، ج8، ص:203.

^[2]انظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج7، ص:64.

^[1]انظر: ابن بية: مقاصد المعاملات، ص:203.

المبحث الخامس

قواعد التبعية في العقود وأثرها في تيسير المعاملات المالية

تمهيد:

تُعدّ قواعد التبعية مسلكاً تشريعياً معتبراً في تأطير فروع المعاملات المالية. وقد ورد التعبير عنها بصيغ متعدّدة تجسّد تيسير التشريع وسعته ومرونته. ويتناول البحث في السياق الآتي تحليل مفهوم قواعد التبعية، وتأصيلها، ويستظهر مجموعة من تطبيقاتها في المعاملات المالية.

المطلب الأول: مفهوم التبعية

التَّبعية في اللّغة: نسبة إلى التَّبِع، من تبع الشّيء تبعاً، وتبوعاً، أي: سار في أثره أو تلاه، أو اقتدى به. ويعبّر بها عن ارتباط التابع بالمتبوع بحيث لا ينفك عنه، فيكون التابع هو التالي الذي يتبع غيره، كالجزء من الكلّ، والشرط من المشروط^[1].

والتبعية في اصطلاح الفقهاء: هي ارتباط الفرع بالأصل في الأحكام. والفرع هو المتّصل بأصله لتعذر انفراده، والأصل ما كان قائماً بنفسه، وليس مرتبطاً بوجود غيره، ولا متضمّناً فيه. وهي قسمان:

الأول: ما اتّصل بالمتبوع، فيلحق به لتعذر انفراده عنه، كتبعية الحمل في شراء الحيوان الحامل، فإنه لا يفرد في البيع، بل يلحق بالأم. والثاني: ما انفصل عن متبوعه والتحق به، كالصّبي إذا أسر معه أحد أبويه، فإنه يتبعه وإن كان منفصلاً عنهما^[2].

ومقصود الفقهاء من لفظ التبعية، دخول الشيء ضمناً فيما هو مقصود أصالة، فلا يستقل بالحكم عن متبوعه الذي يكون وجوده تبعاً لوجوده، بأن يكون جزءاً منه أو كالجزء، ولا يصلح أن يكون محلاً مستقلاً في العقد^[3].

وهذا المعنى هو الذي جمعته القاعدة الفقهية: "التابع تابع"^[1]، أو "التابع لا يفرد بالحكم"^[2]، ومفادها أن ما كان تبعاً لغيره في الوجود، فإنه يلحق بمتبوعه في الحكم والأثر، ولا ينفرد بحكم

^[1] انظر: المعجم الوسيط، ص: 81، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 706، والكفوي: الكليات، ص: 313، والموسوعة الفقهية الكويتية، ج: 10، ص: 93.

^[2] انظر: الزركشي: المنتور في القواعد، ج: 1، ص: 133-134.

^[3] انظر: القره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج: 8، ص: 365، والموسوعة الفقهية، ج: 10، ص: 95.

في نفسه. فإذا بيع حيوان في بطنه جنين، دخل الجنين في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز إفراده بالبيع، ومثله زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع، كالصوف على الغنم، واللبن في الضرع، والمفتاح من القفل، وما كان وصفاً في الشيء، كالشجر والبناء القائمين في الأرض، كما أن حقوق الارتفاق تدخل في بيع الأرض تبعاً، وكل شيء جرى عرف الناس أنه من مشمولات المعقود عليه، فإنه يدخل في البيع تبعاً^[3].

ومن القواعد التي تتضمن معنى التبعية:

1- تبعية القلة للكثرة، ومن صيغها التقعيدية: "لأكثر حكم الكل"^[4]، و"معظم الشيء يقوم مقام كله"^[5]. قال المقرئ: "المشهور من مذهب مالك أن الأقل يتبع الأكثر"^[6]، وقال العز بن عبد السلام: "القليل يتبع الكثير في موارد كثيرة من الشرع"^[7].

2- تبعية اليسارة والندرة للغلبة، ومن عباراتها: "العبرة للغالب الشائع لا للنادر"^[8]، و"الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر"^[9]، و"الغالب مساو للمحقق في الحكم"^[10]، و"اليسارة لها حكم التبعية، والمشهور أن الأتباع لا تراعى"^[11]، و"الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي"^[12]، وغيرها.

^[1]انظر: السيوطي: الأشباه والنظائر، ص: 117، والزرکشي: المنثور في القواعد، ج 1، ص: 133، والحموي: غمز عيون البصائر، ج 1، ص: 361، ومجلة الأحكام العدلية، مادة (47)، ص: 92.

^[2]انظر: المرجع نفسه، مادة (48)، ص: 92.

^[3]انظر: القرافي: الفروق، ج 3، ص: 427-429، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 102، والحموي: غمز عيون البصائر، ج 1، ص: 361 وما بعدها، والموسوعة الفقهية، ج 10، ص: 94. والمازري: شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1997م، ج 1، ص: 295، ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 2، ص: 1025.

^[4]انظر: علي الندوي: القواعد الفقهية، ص: 380-383.

^[5]انظر: عبد الرحمن اللطيف: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ج 1، ص: 437.

^[6]انظر: المقرئ: القواعد، ج 2، ص: 510.

^[7]انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص: 190، والشاطبي: الموافقات، ج 3، ص: 453-454.

^[8]انظر: مجلة الأحكام العدلية، (ق 42)، ص: 91.

^[9]انظر: القرافي: الفروق، ج 4، ص: 200.

^[10]انظر: المقرئ: القواعد، ج 1، ص: 241.

^[11]انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج 1، ص: 544.

^[12]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج 2، ص: 84.

ويشترط الفقهاء لثبوت معنى التبعية شرطين أساسيين، هما^[1]:

1- القصد: فالمقصود في العرف الجاري على وجه الأصالة متبوع معتبر، وغير المقصود على وجه الاستقلال تابع للمتبوع في الحكم؛ ولذلك يزول حكم التبعية إذا توجه القصد إلى التابع بعينه؛ لأنه حينئذ يصير مقصودا بالذات على وجه الأصالة والاستقلال. وقد يدلّ على ذلك اشتراط التابع بعينه؛ لأنه يشعر بكون التابع مقصودا أصالة.

2- الغلبة: فلا يكون التابع غالبا في قدره، بحيث يصير المقصود المتبوع يسيرا مغلوبا، فإن صار التابع غالبا في القصد، وسابقا في عرف بعض الأزمنة، صار الأصل كالمعدوم المطرّح، وانقلب الحكم.

المطلب الثاني: تأصيل مشروعية الاستدلال بقواعد التبعية

بيّن الإمام الشاطبي أن اعتبار قواعد التبعية في التشريع يندرج في سياق مراعاة المقاصد الحاجية المفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق، المؤدي غالبا إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب. وذلك أن عدم إلحاق التابع بحكم المتبوع، وإفراده (التابع) بحكم مستقل، يفضي إلى تضيق مسالك المعاملات، وتفويت المصالح والحاجات^[2].

وأيد ذلك بما دلّ عليه استقراء الشريعة من مشروعية العقد على الأصول مع منافعها وغلاتها التي قد لا تكون موجودة وقت العقد، بل قد لا توجد أصلا، وذلك مما يقتضي فساد العقد لو انفردت؛ لكنها لما كانت تابعة للمقصود الأصلي، جاز العقد عليها مع المتبوع، فلم تعتبر جهة النهي مع ما فيها من الغرر والجهالة. ومن ذلك أن العقد في شراء الدار أو المزرعة أو الدابة أو الثوب وأشباه ذلك، جائز بلا خلاف، وهو في الحقيقة عقد على الأصول، لا على المنافع التابعة لها؛ لأن المنافع قد تكون موجودة، والغالب أن تكون وقت العقد معدومة.

والحاصل أن التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق، وأن كل أصل بينه وبين الآخر تبعية، جارٍ في الحكم مجرى التابع والمتبوع المتفق عليه، مالم يعارضه أصل آخر؛ كمسألة الإجارة على الإمامة مع الأذان أو خدمة المسجد، ومسألة اكتراء الدار تكون فيها الشجرة، أو مساقاة

^[1]انظر: الموافقات، ج3، ص:462-463، وعلي الندوي: قواعد التبعية ومدى أثرها في المعاملات المالية، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد14، العدد1، ذو الحجة1428هـ، ص:53.

^[2]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:21-22.

الشجر يكون بينها البياض اليسير، ومسألة الصّرف والبيع إذا كان أحدهما يسيرا، وما أشبه ذلك من المسائل^[1].

وقد وردت أقوال كثير من الفقهاء بمشروعية الاستدلال بقواعد التبعية، ومن ذلك:

-قول الإمام المقرّي: "قد يسوغ في الشيء تابعا ما يمتنع فيه مستقلا تغليبا لحكم المتبوع؛ كالأجرة على الإمامة، تمتنع منفردة وتجاوز مع الأذان على مشهور مذهب مالك فيهما"^[2]، و" المشهور من مذهب مالك أن الأقل يتبع الأكثر"^[3].

-وقول ابن شاس^[4]: "الحكم إذا ثبت لعدة غالبية اكتفي بغلبتها عن تتبعها في آحاد الصور، وهذا في الشريعة كثير لمن تأمله"^[5].

-وقول الزركشي: "يغتفر في العقود الضمنية ما لا يغتفر في الاستقلال"^[6].

-وقول العز بن عبد السلام: "القليل يتبع الكثير في العقود، ولا يجوز أن يجعل معظم المقصود تابعا لأقله"^[7].

واعتبار التبعية لا يسقط بانصراف بعض القصد إلى التابع، على شرط أن يكون القصد جُمليا لا تفصيليا، إذ لو كان تفصيليا لصار إلى حكم الاستقلال. والمعنى أن الجمع بين القصدين جائز على ما نقله ابن تيمية من قول ابن عقيل^[8] المأثور عن السلف^[9].

كما لا يقدح في مشروعية التبعية اختصاص الأتباع ببعض الثمن في المعاوضة؛ لأن مناط التبعية عدم اعتبار التابع في تكيف المتبوع رفعا لمشقة إبطال العقود. وقد قرّر بعض

^[1]انظر: المرجع السابق، ج3، ص:434-453.

^[2]انظر: المقرّي: القواعد، ج2، ص:432-433.

^[3]المرجع نفسه، ج2، ص:510.

^[4]هو: عبد الله بن نجم بن شاس، الجذامي السعدي، أبو محمد، الفقيه المالكي الشهير. صاحب كتاب "الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة"، وهو من أهم مراجع الفقه المالكي. توفي -رحمه الله تعالى- عام(610هـ)[انظر: الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص:64-65، وابن خالكان: وفيات الأعيان، ج3، ص:61-62].

^[5]انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج1، ص:449.

^[6]الزركشي: المنثور في القواعد، ج3، ص:378.

^[7]انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص:460.

^[8]هو: علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن أحمد، البغدادي الظفري، أبو الوفاء. المقرئ، الفقيه، الأصولي، الواعظ، المتكلم، أحد الأئمة الأعلام الحنابلة. من مؤلفاته: "كتاب الفنون"، وهو كتاب كبير جدا، قال فيه الذهبي: لم يصنف في الدنيا أكبر من هذا الكتاب-، وكتاب "الفصول" في الفقه، و"كفاية المفتي"، و"عمدة الأدلة". توفي-رحمه الله تعالى-سنة(513هـ)[انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج19، ص:443-451، وابن رجب: النيل على طبقات الحنابلة، ج1، ص:142-165].

^[9]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج3، ص:434-455، وابن تيمية: القواعد النورانية، ص:154.

فقهاء المالكية بأن الأثمان تقابل بها الأتباع، بناء على عرف التجار في جعل الثمن عوضاً عن جميع ما عقدوا عليه، قلّ أو جلّ، وأن المخالفة ههنا لا معنى لها، و" إنما يفتقر إلى الاعتبار ما قاله أصحابنا من أن كون الشيء تبعاً، يرفع عنه حكم التحريم المختص به إذا انفرد، وأن فائدة التبعية في الأتباع هي في الحل"^[1].

المطلب الثالث: أثر قواعد التبعية في تيسير المعاملات المالية

تتجلى ملامح التيسير في تحكيم قواعد التبعية في عقود المعاملات المالية من خلال جريانها على ربط التابع بحكم المتبوع، واغترار ما قد يتعلّق بالتابع من مظاهر الخلل والفساد التي لا يتسامح بمثلها فيما لو أخذ التابع حكمه الأصلي حال انفصاله عن المتبوع، بل قد يترتب على ذلك فساد العقد بالكلية^[2]. وقد عبّر الفقهاء على هذا المعنى بقولهم: "يغترر في التوابع ما لا يغترر في متبوعاتها"^[3]، و" يغترر في العقود الضمنية ما لا يغترر في الاستقلال"^[4]، وغيرها.

فاعتبار التبعية يقتضي التساهل في بعض الضوابط والشرائط العقدية للتوابع غير المقصودة، والحكم على المتبوعات وحدها، صحة وفساداً، أو جلاً وحرمة؛ للحاجة إليها، ولأنها تحصل ضرورة لحصول متبوعاتها، فلو منعت التوابع لأدى إلى منع أصولها المشروعة^[5]. فلا يجوز -مثلاً- بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها استقلالاً، ويصحّ بيعها تبعاً للشجر، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع"^[6]؛ لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع، فلم يضرّ احتمال الغرر فيها^[7]. كما لا يصحّ بيع ما فيه جهالة أو غرر انفراداً، ويجوز بيعه تبعاً؛ لأنه يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في

^[1] انظر: المازري: شرح التلقين، ج1، ص:433، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج1، ص:92-93.

^[2] انظر: عبد الرحمن آل عبد اللطيف: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ج2، ص:595.

^[3] انظر: الزركشي: المنشور في القواعد، ج1، ص:130 وما بعدها، ومجلة الأحكام العدلية، (ق54)، ص:93، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:102، 103، 104.

^[4] انظر: الزركشي: المنشور في القواعد، ج3، ص:378.

^[5] انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:1025.

^[6] أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، رقم(2205)، [568/1]، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، رقم(1534)، [1165/3].

^[7] انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص:69.

المتبوع. ويجوز بيع اللبن في الضرع، والحمل مع الشاة، والثمرة مع الأصل، والزرع مع الأرض، وغيرها^[1].

وحاصل المعنى أن قواعد التبعية من أهم قواعد الفقه الإسلامي، الدالة على سماحة التشريع ومرونته وتيسيره^[2]. ومن تطبيقاتها في فروع المعاملات المالية:

1- الشفعة^[3] لا تثبت في الأبنية والأشجار بطريق الأصالة، وتثبت تبعا للأرض إذا بيعت معها^[4].

2- ما ذهب إليه المالكية في الرجل يساقي الرجل الأرض فيها النخل أو الكرم وما أشبه ذلك من الأصول، فتكون فيها الأرض البيضاء، فإذا كان البياض تبعا للأصل، وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره، فلا بأس بمساقاته، وذلك أن يكون النخل الثلثين أو أكثر، ويكون البياض الثلث أو أقل. وإذا كان الأصل الثلث أو أقل، والبياض الثلثين أو أكثر، جاز فيه الكراء، وحرمت المساقاة^[5]. فالمعقود عليه إذا اشتمل على جنسين مختلفين، فإن العبرة تكون بما كان أكثر قدرا، أما الثاني القليل، فيكون تابعا للأكثر في الحكم.

3- ما قرره الحنفية من أنه إذا اشترى الرجل شرب ماء ومعه أرض فهو جائز؛ لأن الأرض عين مملوكة مقدورة التسليم، فالعقد يرد عليها، والشرب يستحق تبعا. وقد يدخل في البيع ما لا يجوز إفراده بالبيع، كالأطراف من الحيوانات لا يجوز إفرادها بالبيع، ثم تدخل تبعا في بيع الأصل^[6].

4- اغتفار الربا الواقع في توابع العقود، من خلال التسامح في تخلف شروط المماثلة والتقابض في المال الربوي بسبب التبعية^[7]. وأصل ذلك ما ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "

^[1]المرجع السابق، ج4، ص:70-75.

^[2]انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص:1025، وإلياس دردور: تطبيقات القواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة، ص:9.

^[3]الشفعة في الاصطلاح الفقهي: حق تملك العقار المبيع أو بعضه، ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن. مأخوذة من الشفع، وهو الضم إلى الفرد؛ لأن الشفع يضم ما شفع فيه إلى نصيبه[انظر: نزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، ص:271، وقلعه جي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص:198].

^[4]انظر: الزركشي: المنتور في القواعد، ج3، ص:376.

^[5]انظر: الزرقاني: شرح الزرقاني على الموطأ، ج3، ص:169.

^[6]انظر: السرخسي: المبسوط، ج23، ص:121.

^[7]ومن شروط اغتفار الربا في التوابع: أن لا يكون المتبوع أصلا لمال الربا، وأن لا يكون التابع مقصودا في العقد، وأن يحقق اغتفار الربا مقصد الشرع في رفع المشقة والحرج[انظر: مراد جبار سعيد: الضوابط الشرعية لاغتفار الربا في توابع العقود

من ابتاع عبدا وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع^[1]. قال الزرقاني^[2] - تعليقا على قول الإمام مالك- "الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له، نقدا كان أو ديناً أو عرضاً"-: عملاً بظاهر الحديث؛ لأن ماله تابع، فهو غير منظور إليه، وكأنه لم يجعل له حصة من الثمن. وقال الحنفي والشافعي: لا يصح هذا البيع، لما فيه من الربا. ويردّ عليهما الحديث^[3].

وبيّن ابن العربي بأن اغتفار الربا في تبعية مال المملوك تقتضي المقاصد جوازه؛ لأنه إنما المقصود منه ذاته لا ماله، والمال وقع تبعا^[4].

وقال ابن قدامة: "وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه، ومعه من جنس ما بيع به، إلا أنه غير مقصود، كدار مموّه سقفا بالذهب، جاز، لا أعلم فيه خلافاً، وكذلك لو باع داراً بدار مموّه سقف كل واحدة منها بذهب أو فضة جاز؛ لأن ما فيه من الربا غير مقصود بالبيع، فوجوده كعدمه، وكذلك لو اشترى عبداً له مال، فاشترط ماله وهو من جنس الثمن، جاز إذا كان المال غير مقصود^[5]".

وفرّع المالكية على هذه القاعدة جواز بيع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق، أو القلادة أو الخاتم وفيهما الفصوص والذهب بالدنانير. قال مالك: "ولم تنزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس وبيتاعونها، ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه إذا هو بلغه كان حراماً، أو قصر عنه كان حلالاً، والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه

المالية، المجلة الدولية للبحوث الإسلامية والإنسانية المتقدمة، المجلد 4، العدد 6، يونيو 2014م، ص: 4-5]. وهذا الرأي هو مذهب مالك وأحمد والشافعي في القديم[انظر: الزرقاني: شرح الزرقاني على الموطأ، ج 3، ص: 96، ومالك بن أنس: الموطأ، ج 2، ص: 103، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج 1، ص: 552-553، وابن قدامة: المغني، ج 4، ص: 141-142، والرملّي: نهاية المحتاج، ج 3، ص: 440].

^[1] رواه البخاري في صحيحه: كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممرّ أو شرب في حائط أو نخل، رقم(2205)، [1/568]، وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، رقم(1543)، [3/1173].

^[2] هو: محمد بن عبد الباقي بن يوسف، أبو عبد الله، الزرقاني-نسبة إلى زرقان، من قرى منوف بمصر-، أحد أعيان المذهب المالكي في الفقه والحديث. من مؤلفاته: "شرح الموطأ"، و"إشراق مصابيح السير المحمدية بمزج أسرار المواهب اللدنية". توفي -رحمه الله تعالى- سنة(1122هـ)[انظر: الحجوي: الفكر السامي، ج 4، ص: 118، ومحمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج 1، ص: 460].

^[3] انظر: الزرقاني: شرح الزرقاني على الموطأ، ج 3، ص: 96-97.

^[4] انظر: ابن العربي: كتاب القبس، ج 2، ص: 805.

^[5] انظر: ابن قدامة: المغني، ج 4، ص: 31.

بينهم: أنه إذا كان الشيء من الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه، وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر، والحلية قيمتها الثلث أو أقل^[1].

ومدرك هذه الفروع وغيرها: قواعد التبعية التي تقتضي التسامح فيما يقع من الربا في توابع العقود، باغتفار شروط ربا البيوع والأعيان، وأحكام الصّرف في بيع النقود والأثمان إذا وقع ذلك في التوابع، رحمة منه- سبحانه وتعالى- وتيسيرا على العباد ورفقا بهم ورفعا للحرج عنهم^[2].

5- مشروعية الجمع بين العقود، وصورته: أن يتفق طرفان أو أكثر على معاملة تشتمل على عقدين فأكثر، ويكون ما يترتب على تلك المعاملة من الحقوق والالتزامات بمنزلة آثار العقد الواحد، فلا تقبل التفريق^[3]. ومن صورها:

اجتماع عدة عقود في منظومة عقدية متتابعة الأجزاء متعاقبة المراحل، وفقا لنظام عام يحكمها باعتبارها معاملة واحدة، تهدف إلى تحقيق غرض محدد اتجهت إليه إرادة المتعاقدين؛ كما هو الحال في المعاملات المالية المستحدثة، مثل الإجارة المنتهية بالتملك، والمرابحة للأمر بالشراء، والمشاركة المتناقصة^[4]، ونحو ذلك^[5]. وتعدّ هذه الصورة الأخيرة من أبرز أوجه الجمع بين العقود في المعاملات المعاصرة، حيث تتصوي تحت كل منها مجموعة عقود وعود يجري التواطؤ السابق بين طرفيها على إجرائها على نسق محدد، متلاحق المراحل، يهدف إلى تحقيق المصلحة أو الغرض الذي اتجهت إرادة العاقدين إلى تحقيقه، وتخضع هذه المنظومات العقدية في تكوينها وأحكامها ومقتضياتها وشروطها إلى القواعد الشرعية العامة في التعاقد، باعتبارها معاقداً جديدة مستقلة مستحدثة، وتعتبر صحيحة لازمة واجبة الوفاء مالم تخالف دليلاً شرعياً

^[1]انظر: سحنون بن سعيد التنوخي: المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، المملكة العربية السعودية، د.ط، د.ت، ج8، ص:111.

^[2]انظر: مراد جبار سعيد: الضوابط الشرعية لاغتفار الربا في توابع العقود المالية، ص:18.

^[3]انظر: عبد الله العمراني: العقود المالية المركبة، دار كنوز إشبيلية، الرياض، ط1، 1427هـ-2006م، ص:46، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم 25، البند 1/2، ص:660، ونزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة، ص:253.

^[4]المشاركة المتناقصة: هي عقد شركة بين طرفين في عين معينة، يتفق الطرفان على أن يبيع أحدهما نصيبه للآخر تدريجياً، بعقود بيع مستقلة متعاقبة، ويصاحب ذلك-أثناء عقد الشركة غالباً-إجارة العين لأحدهما، أو لطرف ثالث، تقسم فيها الأجرة للشريكين بحسب نصيب كل منهما[انظر: نزيه حماد: في فقه المعاملات المالية، ص:83، وعبد الله العمراني: العقود المركبة، ص:233].

^[5]انظر: المعايير الشرعية، مرجع سابق، المعيار 25، المتعلق بالجمع بين العقود، بند 2/2، ص:660-661.

معتبراً، مع مراعاة الرخص والتخفيفات الشرعية الواردة في الجمع بين العقود، ذلك أنه يغتفر في العقود الضمنية والتابعة ما لا يغتفر عند الاستقلال والانفراد^[1].

وتتجلى مظاهر التسامح في العقود الضمنية والتابعة من خلال اغتفار الخلل الواقع في أحد الأمور الخمسة الآتية:

أ- الغرر المؤثر في عقود المعاملات المالية، مثل ما إذا كان وجوده تابعا في العقد، أو العقد المتضمن.

ب- الجهالة المؤثرة في عقود المعاوضات المالية التي تقع في المعقود عليه تبعا.

ج- ربا البيوع وعدم توافر شروط الصرف، مثل الجمع بين الصرف والحوالة، حيث يغتفر عدم القبض في الصرف.

د- بيع الكالئ بالكالئ (أي الدين المؤخر بالدين المؤخر) إذا وقع ذلك في التوابع، مثل شراء أسهم الشركة بالدين، والشركة عليها ديون.

هـ- فوات بعض شروط الصحة عند الحاجة أو المصلحة الراجحة، مثل ترك الإيجاب والقبول في البيع الضمني^[2].

6- ومن التطبيقات المعاصرة لقاعدة التبعية شراء بعض الأجهزة الإلكترونية المتطورة مع صيانتها بثمن محدد، حيث يظهر أثر التبعية في جواز دفع مال-قد يكون معتبرا-مقابل عمل مجهول-وهو الصيانة، التي تتضمن عملا وقطع غيار لم تعلم حين العقد-، ومن قبيل هذا، ما تقوم به بعض الشركات التقنية من بيع بعض الأجهزة المتطورة بثمن معلوم متفق عليه بين المتعاقدين، ويعقد إلى جانب ذلك عقد صيانة لمدة عشر سنوات -مثلا-تلتزم بموجبه بالقيام بأعمال الصيانة الدورية، وبيع ما يتلف من قطع الغيار مع تركيبها، وإصلاح ما يظهر من خلل في عمل الأجهزة، على الفور، ونحو ذلك من أمور لا تخلو من الغرر الكثير، والتي لو لا التزام الشركة بها بعقد الصيانة التبعي لما أقدم المشتري على شراء تلك الأجهزة منها، وقد تكون قيمة الصيانة أكثر بكثير من قيمة الأجهزة، ومع ذلك فالتبعية متحققة؛ لأن الصيانة تابعة لها^[3].

^[1]انظر: إلياس درور: تطبيقات القواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة، ص: 17.

^[2]انظر: المعايير الشرعية، المعيار (25)، المتعلق بالجمع بين العقود، البند(5)، ص: 663.

^[3]انظر: القره داغي: بحوث في فقه البنوك، ص: 400-401.

الباب الثاني

مظاهر التيسير وتطبيقاته في عقود المعاملات المالية

تمهيد:

يركز البحث في هذا الباب على استقراء مظاهر التيسير وتطبيقاته في جانبين أساسيين من بنية العقد:

الأول منهما: الحرية التعاقدية، وما يرتبط بها من مدى سلطان العاقد في إنشاء العقود واشتراط الشروط.

والجانب الثاني: يتعلق بأثار العقود ومقتضياتها ووسائل انقضائها.

مع التمثيل ببعض النماذج التطبيقية من عقود المعاملات المالية وبيان وجه التيسير فيها، ضمن الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: مظاهر التيسير وتطبيقاته من خلال سلطان الإرادة في

عقود المعاملات المالية

الفصل الثاني: مظاهر التيسير وتطبيقاته في مقتضيات عقود

المعاملات المالية وطرق انقضائها

الفصل الأول

مظاهر التيسير وتطبيقاته من خلال سلطان الإرادة في عقود المعاملات المالية

ويتمثل في أربعة محاور:

المبحث الأول: الحرية التعاقدية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الثاني: الاشتراط التقييدي وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الثالث: الاشتراط التعليلي وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الرابع: الإضافة وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الأول

الحرية التعاقدية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

من أهم ما يتعرّض له البحث الفقهي في نظرية العقد، مسألة الحرية التعاقدية، أو سلطان الإرادة في التعاقد، وما يتعلق بها من خلاف بين موقف مؤيد لمشروعيتها موسّع لمجالها، وموقف مانع مضيّق. وفي هذا السياق يتطرّق البحث إلى تحرير الموقف الراجح في هذه المسألة، ويجلّي من خلاله معاني التيسير، مستشهدا ببعض الأمثلة من عقود المعاملات المالية.

المطلب الأول: التكييف الفقهي لإنشاء عقود المعاملات المالية

المقصود بالحرية التعاقدية: صلاحية إرادة العاقد ورضاه في الإقدام على التعاقد مع غيره من دون حَجْر أو تقييد، وصلاحية إرادته في إنشاء عقود جديدة خارجة عن نطاق العقود المعروفة (المسماة) التي أقرّها التشريع، ونظّم أحكامها وآثارها^[1].

فإذا كانت إرادة العاقد عنصرا أساسا في بنية العقود، ومعيارا دقيقا لمشروعيتها، من حيث إنها تُعبّر عن الرضا^[2] في إبرام العقد وتحمل آثاره، فما هو نطاق سلطانها في إنشاء العقود؟ وهل للعاقد مطلق الحرية في استحداث عقود جديدة، حسب حاجته ورغبته، دون التقيّد بالأوصاف الشكلية للعقود المسماة؟

لا خلاف بين الفقهاء في أن الشريعة الإسلامية أطلقت للإنسان الحرية في إنشاء أي عقد من العقود المسماة، ومنحته سلطانا واسعا في إبرام هذه العقود مع الغير، تبعا لإرادته ورغبته وحاجته في التملك والتملك، ويسّرت له السبيل إلى ذلك بإزاحة جميع القيود، وجعلت مجرد التراضي مولدا للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين، وحررت (العقد) من جميع القيود الشكلية التي كانت تفرضها الأعراف والعادات في جاهلية العرب، وشرائع الأمم المحيطة بها^[1].

^[1] انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:537-538، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:223، والقره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، الكتاب الثالث، ص:441. ومن مفردات الحرية التعاقدية -أيضا- حرية الاشتراط في العقود، ولكنني أثرت إيرادها استقلالا في المطلب الموالي لاعتبارات منهجية.

^[2] سبق الإشارة إلى أن الاختيار والرضا يتعلقان بإيقاع الأسباب المنشئة للعقود، أما الآثار والأحكام فتكون بترتيب الشارع الحكيم، حفظا للعدل بين الخلق، وصونا للمعاملات عن دواعي الفساد، ومنعا للغرر في الصفقات، وحسما لمادة الخلاف بين الناس [انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:219، والشاطبي: الموافقات، ج1، ص:301-303].

^[1] انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:539.

فالأصل في إنشاء العقود رضا المتعاقدين، وليس لأحد في ذلك ولاية الحجر على أحد إلا إذا أضر بغيره ضرراً فاحشاً، أو صادم نصاً خاصاً أمراً، أو أبطل مقتضى العقد، أو اتخذ من العقد وسيلة لتحليل محرم أو هدم واجب^[1]. وفي تقرير هذا المعنى جاءت النصوص الشرعية الدالة على أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه: إما على سبيل التجارة والتبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل، عن طيب نفس واختيار^[2]، ومن ذلك: قوله-تعالى-: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء:29]، وقوله-تعالى-: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء:4]، فالآية الأولى دليل صريح على فتح باب الحرية لإبرام عقود المعاوضات المالية دون قيد. والآية الثانية دليل على مشروعية انتقال الأموال بين الناس بواسطة عقود التبرعات كذلك، ولا يشترط في كلا الأمرين إلا الرضا وطيب النفس. ففي التبرعات ربط الحكم بطيب النفس، وفي المعاوضات علق الحكم على التراضي؛ لأن كلاً من المتعاضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به، بخلاف المتبرع، فإنه لم يُبذل له شيء يرضى به، ولكن قد تسمح له نفسه بالبذل وهو طيب النفس^[3].

وحاصل المعنى أن التشريع الإسلامي راعى فطرة الخلق في احتياج بعضهم إلى بعض، فسوّج لهم حرية تبادل الأموال والمنافع، ونظمها بعقود تحمي رضا العاقدين، وتلبي حاجاتهم، وتقيم العدل والتوازن بين مصالحهم، من غير تعقيد ولا تقييد بالمراسم والشكليات التي تحدّ من حرية المبادرة إلى التعاقد أو تقليص مجاله؛ لأن العقود شرعت لتحقيق مصالح العباد ودفع حوائجهم^[4]. ولا يخفى ما في توسيع الحرية التعاقدية، وفتح المجال لتبادل الأموال والمنافع من أثر بارز في اتساع أمور المعاش، وإطفاء نار المنازعات والخيانات والحيل؛ لأن المحتاج يميل إلى ما في يد غيره، وانسداد الباب إلى حاجته يؤول إلى التقاتل والتنازع، وبذلك فناء العالم واختلال نظام المعاش. يقول الإمام الشوكاني-رحمه الله-: "والحكمة في مشروعية البيع والشراء

^[1] انظر: الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج2، ص: 413-414.

^[2] انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 541.

^[3] انظر: ابن تيمية: نظرية العقد، ص: 146.

^[4] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج8، ص: 9، وعبد العزيز البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، د.ط، 1803هـ، ج2، ص: 358، ونزيه حماد: عيون المستجدات الفقهية، ص: 224.

أن حوائج كل من النوع الإنساني في الغالب متعلقة بما في يد الفرد الآخر منه، فكان في شرعيتها وسيلة إلى بلوغ الغرض من ذلك بغير حرج^[1].

وقد ظهرت ثمار هذه الحرية التعاقدية في تشريع أنواع كثيرة من العقود الشاملة لمختلف مجالات المعاملات المالية التي يحتاجها الناس في تدبير أمور معاشهم، وتحقيق مصالحهم، وتجمعها المجالات الآتية:

1- عقود المعاوضات؛ كالبيع والإجارة، والصرف، والسلم، والمساوقة، والجعالة، والصلح، والشفعة.

2- عقود التبرعات؛ كالهبة، والوصية، والوقف، والقرض، والعارية.

3- عقود التوثيق؛ كالرهن والضمان، والكفالة، والحوالة.

4- عقود المشاركات؛ كالشركات بأنواعها، والمضاربة، والمساقاة، والمزارعة، والمغارسة.

5- عقود الإطلاقات والتقييدات؛ كالوكالة، والحجر.

6- عقود الائتمان والحفظ؛ كالوديعة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لاستحداث عقود المعاملات المالية

يتعلق الكلام في هذا السياق بموقف الفقه الإسلامي من استحداث عقود جديدة-غير معهودة- قصد مواكبة التطور الطبيعي للمعاملات المالية.

وقبل الخوض في تفاصيل هذه المسألة، لا بدّ من الإشارة إلى أن محلّ النزاع بين الفقهاء إنما يتعلق بمدى مشروعية إنشاء عقود جديدة في إطار النظام الشرعي للعقد، وأما العقود المخالفة لنصوص الشرع وقواعده ومقاصده؛ كالعقود التي أبطلها الإسلام، مثل: بيع الملامسة، وبيع المنابذة، وبيع الحصة، وبيع الغرر، والعقود الربوية، ونحوها، فلا خلاف في عدم مشروعيتها الإقدام عليها^[2].

فمجال البحث متعلق بموقف الفقه الإسلامي من حرية الإرادة ومدى سلطانها في إبرام عقود جديدة، من حيث أسماؤها، وصفاتها، وموضوعاتها.

وقد انقسمت مواقف الفقهاء في هذه المسألة إلى قسمين: موقف المانعين من استحداث العقود، وموقف المجيزين.

^[1] انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، ج 3، ص 185.

^[2] انظر: القره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج 4، ص: 441.

أ- مذهب المانعين من استحداث العقود

وهذا الموقف تنبأه الفقه الظاهري بحجة أنّ الأصل في العقود المنع حتى يرد الدليل على الإباحة، فما أباحه الشرع من العقود المقررة المسماة هو المعتبر المشروع، وما سواها من العقود المستجدة لا يشرع منه شيء، ولا يجوز الإقدام على إبرامه، ولا يجب الوفاء به. يقول ابن حزم- رحمه الله تعالى-: "وبطلان جميع العقود، والعهود، والشروط، إلا ما أوجبه قرآن، أو سنة عن رسول الله-صلى الله عليه وسلم- ثابتة"^[1]. ومقتضى هذا الرأي أن الناس مقيّدون بعدد العقود التي وردت بها الآثار، ودلت عليها المصادر الشرعية، والأدلة الفقهية، فما لم يقر عليه الدليل فهو ممنوع، والوفاء به غير لازم؛ لأنه لا التزام إلا بما ألزم به الشرع، فمالم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء، فليس للناس إذن حسب هذا القول أن يعقدوا عقدا، إلا إذا وُجد من الأدلة الشرعية ما يدلّ عليه، ويوجب الوفاء به^[2].

وقد استند هذا المذهب إلى ظواهر من النصوص والعمومات، كتلك التي تدل على حرمة تجاوز الحدود التي حدّها الله لعباده، مثل قوله-تعالى-: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة:229]، ووجه استشهادهم من هذه الآية أن الله-تعالى- أكمل الدين، ولم يترك أمر الناس فُرطاً بلا ضوابط ولا حدود، ولا قيود تدفع الظلم، وتمنع الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع، فكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع، هو تعدّد لحدود الشريعة، وما كان كذلك فهي لا تقرّه، ولا توجب الوفاء به، وأيضا فإن وجوب الوفاء إلزام من الشارع، ولا يصح أن نفتي في أمر وندعي أن الشارع ألزم به، إلا إذا ورد في مصادر الشريعة وأصولها ما يدل على الإلزام ووجوب الوفاء. ومن ألزم في الشريعة الوفاء بأمر لم يرد في مصادرها ما يوجب الوفاء به فقد حرم حلالا، وأحل حراما، وذلك افتراء على الله الكذب، وهو فعل أهل الجاهلية الذين كانوا يحرمون ويحلّون بغير علم من الشرع ولا سلطان مبيّن^[3].

واستدلّوا -أيضا- بما ورد في السنة أن رسول الله-صلى الله عليه وسلم- خطب عشية، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال: ﴿ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو شرط باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق،

^[1]انظر: ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، ج5، ص:5.

^[2]انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:224.

^[3]المرجع نفسه، ص:224.

وشرط الله أوثق^[1]، حيث أكد ابن حزم بأن هذا الحديث قاطع بإبطال كل شرط، وعهد، ووعد، وعقد، ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده؛ لأن العقود، والعهود، والأوعاد، شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك^[2]. ومن ذلك-أيضا- قوله-صلى الله عليه وسلم:- ﴿من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد﴾^[3]؛ فإنه يفيد بأن كل عقد لم يُعهد عن الشرع تشريعه، أو تقريره فهو خارج عن دائرة المشروعية، فصَحَّ بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صحَّ أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه^[4].

وقد ردَّ شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم على هذه الأدلة -تفصيلا- فبيّن أنها واردة في غير محلّ النزاع؛ لأن تعدّي حدود الله-تعالى- معناه تحريم الحلال، أو إباحة الحرام، أو إسقاط الواجب، وليس في معناه إباحة ما سكت عنه الشرع وعفا عنه، بل تحريمه هو عين التعدّي عليه^[5].

وأما القول بأن إكمال الدين يلزم منه استيعاب نصوصه لتفاصيل جميع المسائل والقضايا والحوادث الواقعة والمتوقّعة، فهو قول غير صحيح؛ لأن العلماء متفقون على أن معنى شمولية الدين، واستيعابه لما يقتضيه تطوّر الحياة من مستجدات القضايا والحوادث، يتحقّق بالاجتهاد المؤسّس على أصوله، والمحكوم بشروطه وضوابطه؛ لأن النصوص محدودة والوقائع غير محدودة.

وأما الاستدلال بما جاء في الحديثين السابقين، فيردّه أن المقصود بالمنع هو العقود والشروط المخالفة لقواعد الشرع وأحكامه، لا ما صدر عن أدلته بالاجتهاد الصحيح. فالقول بالجواز ليس تجاوزا لحدود الشرع، ولا مناقضة له في حكمه وأمره، وإنما هو من صميم قواعده ومقاصده. وقد دلّت الأدلة الشرعية العامة على جِلِّ العقود والشروط جملة، إلا ما استثناه

^[1]أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب، ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله، رقم(2373)، (616/2)، وباب إذا قال المكاتب: اشتري وأعتقني، قاشتره لذلك، رقم(2377)، (618/2). وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم(1504)، (1141/2).

^[2]انظر: ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، ج5، ص:15.

^[3]أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الصلح، باب إذا اصطلحو على صلح جور فالصلح مردود، رقم(2550)، [959/2]. وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور(رقم1718)، [1343/3]، من حديث عائشة-رضي الله عنها-.

^[4]انظر: ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، ج5، ص:31.

^[5]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص:278.

الشرع، وهذا أصل شرعي معتبر^[1]. فالله -تعالى- أباح لعباده المعاملات بسائر صورها التي يحتاجون إليها، تيسيرا لهم، ورفعاً لكل حرج ومشقة تعترض سبل تحقيق رغباتهم ومصالحهم، وأقر لكل حاجة ما يلائمها من العقود، وبنائها على أصل الجواز والمشروعية ما لم تصادم دليلاً شرعياً مانعاً^[2]، فقال -سبحانه-: ﴿وَاحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، وقال -سبحانه-: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: 119]. يقول الإمام الزيلعي -رحمه الله-^[3]: "ولا نسلم أن حرمة البيع أصل، بل الأصل هو الحل، والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها، وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال؛ فيكون باب تحصيلها مفتوحاً"^[4].

ب- الموقف المؤيد لحرية استحداث العقود

وهو قول جماهير الفقهاء^[5] المستند إلى أن الأصل في المعاملات الإباحة^[6]، وأن كل عقد يجب الوفاء به إلا ما قام الدليل على منعه، إعمالاً لأمر الشارع بالوفاء بالعقود من غير تعيين. فكل ما يصدق عليه أنه عقد، فهو واجب الوفاء بمقتضى نصوص القرآن الكريم، ومن ذلك: قوله -تعالى-: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، فقد أوجبت الآية الوفاء بكل عقد دون استثناء. وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود، دل ذلك على أن الأصل فيها الإباحة^[7].

^[1]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص: 274 وما بعدها، وابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، ص: 184 وما بعدها، وابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، ج5، ص: 5 وما بعدها.

^[2]انظر: حماد: عيون المستجدات الفقهية، ص: 233.

^[3]هو: عثمان بن علي بن يحيى الزيلعي، فخر الإسلام، من أعيان فقهاء الحنفية في المائة الثامنة. له مؤلفات كثيرة، منها: "تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق"، و"تركة الكلام على أحاديث الأحكام"، و"شرح الجامع الكبير". توفي -رحمه الله تعالى- سنة (743هـ) [انظر: عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، د.ت، ج1، ص: 345، وابن حجر العسقلاني: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دائرة المعارف العثمانية، الهند، د.ط، 1414هـ-1993م، ج2، ص: 446-447].

^[4]الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، القاهرة، ط1، 1314هـ، ج4، ص: 87. وفي هذا السياق قال ابن تيمية: "وقد دلت الأدلة الشرعية العامة على حل العقود والشروط جملة -إلا ما استثناء الشارع- فلم يبق إلا القول بحلها، وهو المقصود" [انظر: الفتاوى الكبرى، ج4، ص: 95-96].

^[5]يقول ابن القيم -رحمه الله-: "وجمهور الفقهاء على خلاف ما قرره المانعون من استحداث العقود، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح" [انظر: إعلام الموقعين، ج1، ص: 274].

^[6]سبق بسط الكلام حول هذا الأصل في الفصل التمهيدي، ضمن خصائص المعاملات المالية.

^[7]انظر: ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ص: 197.

يقول الشيخ علي الخفيف-رحمه الله-: " وفي سبيل وفائها(العقود) بالعرض منها، أوجب الوفاء بها عامّة، فجاء في الكتاب الحكيم: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[المائدة:1]، دون أن يفرق بين عقد معروف، وعقد مستحدث جديد، حاشا عقدا حرمه لما له من الضرر، ذلك هو القول الحق والمذهب السليم"^[1]. يدل على هذا المعنى قول الله-تعالى-: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾[النساء:29]، من حيث إن الأصل في التجارة الحل؛ لعموم لفظ التجارة إلا ما استثناه الشارع^[2]؛ وعليه فكل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام بمقتضى النص الشرعي، وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضا بمقتضى القياس عليها ما دام قد تحقق مناط الجواز، وهو الرضا؛ لأنه علة الوفاء، والمعنى الذي من أجله كان الإلزام والالتزام في العقود^[3]. وبهذا المعنى وردت نصوص كثيرة من السنة النبوية، منها: قوله-صلى الله عليه وسلم-: ﴿الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما﴾^[4]، فهو صريح بأن هذه الشروط الصحيحة التي أجازها النص، يقاس عليها كل عقد لا يصادم أصول الشريعة، ولا يخالف مقتضى العقد ولا ما جرى به العرف، ويحقق مصالح الناس^[5].

كما يستند هذا الرأي إلى اتفاق المسلمين على أن العقود التي عقدها الكفار يُحكم بصحتها بعد الإسلام ما لم تكن محرمة على المسلمين، وأن عقود المسلمين تحمل على الصحة؛ ولو كان إذن الشارع الخاص شرطا في صحة العقود لم يصحّ عقد إلا بعد ثبوت إذنه^[6]. يضاف إلى ما سبق أن عقود المعاملات المالية من العادات، واستقراء الشريعة دلّ على أن المقصود منها رعاية حاجات العباد وتحقيق مصالحهم، وأن أحكامها دائرة معها حيث دارت، وإذا علّمت

^[1]انظر: علي الخفيف: بحث في حكم الشريعة على شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاث تطبيقا للقواعد الفقهية العامة والأصول الشرعية للمعاملات، مجلة الأزهر-ربيع الثاني، 1417هـ، ص:9.

^[2]انظر: الجصاص: أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، 1405هـ، ج1، ص:312.

^[3]انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:225.

^[4]أخرجه الترمذي: كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله-صلى الله عليه وسلم- في الصلح بين الناس، رقم(1352)، [634/3]، وقال: حسن صحيح. وأخرجه الحاكم في مستدرکه وصححه، ووافقه الذهبي، رقم(7059)، [113/4]، عن عمرو بن

عوف، وصحّحه الألباني في صحيح الجامع الصغير، رقم(3862).

^[5]انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص:3049.

^[6]انظر: ابن تيمية: القواعد النورانية، ص:205-206.

هذه القاعدة العظيمة؛ فإن العقود التي يحتاج الناس إليها في معاشهم، وليس فيها فساد، تكون مباحة، والأصل فيها عدم الحظر^[1]؛ ولأجل هذا، قرّر العلماء أن الحاجة الشرعية سبب لمشروعية العقود؛ لأنها (العقود) شرعت لسدّ حاجات الأمة، فهي من قسم المناسب الحاجي، فيكون إتمامها حاجيا؛ لأن مكمل كل قسم من أقسام المناسب الثلاثة يلحق بمكمله: إن ضروريا أو حاجيا أو تحسينيا^[2]. فكل عقد احتاج الناس إليه، وتعقّلت مصالحهم بوجوده، ولحقهم الحرج بعدم التعامل به، فإن الشريعة تأذن لهم فيه، وقد يكون المصير إليه متعينا عليهم، ولازما لهم. بل إن الشريعة تبيح للناس من العقود المحظورة قدر ما يدفع الضرورة والحاجة، بناء على أن الحاجات تبيح المحظورات كالضرورات، وتقدر بقدرها^[3].

ج-الترجيح

إن التأمل الدقيق فيما تداوله الفقهاء حول هذه المسألة من آراء وتوجيهات ومناقشات وتعقيبات، يُظهر رجحان مذهب الجمهور في القول بإطلاق سلطان الإرادة في إبرام عقود جديدة تفي بالحاجة إلى المعاملات المالية المستحدثة، في إطار المبادئ والقواعد العامة للعقود الشرعية.

ويرجع تأييد هذا القول تفصيلا إلى الأدلة الآتية:

1- قوة الأدلة النقلية والعقلية التي استدلت بها الجمهور، ووجاهة تعقيباتهم وملاحظاتهم على أدلة المانعين.

2- انسجام مذهب الجمهور مع مبدأ التيسير ورفع الحرج المتجنر في أصول التشريع المالي وفروعه، حيث لا يمكن أن يكون من التيسير القول بمنع تجديد أساليب التعاقد التي يقتضيها التطور الطبيعي لأشكال ومجالات المعاملات المالية، وإلزام الناس بالتوقف عند أسماء ورسوم العقود القديمة، مع ما يترتب على ذلك من المشقة والحرج.

3- يلزم من القول بالمنع من استحداث العقود، تضيق نطاق المعاملات، وتعطيل مصالح الناس، وانحسار سبل المعاش، وما يترتب على ذلك من المفساد. ذلك أن الصفقات التجارية قد اتّسع ألقها، وتشعبت أنواعها، وتنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقدون، حتى وُجدت عقود لم تكن، وتفنّن الناس في الشروط تفننا باعد ما بين العقود وأصولها المذكورة في كتب

[1] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:250، وابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج4، ص:13.

[2] انظر: الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، ج6، ص:75.

[3] انظر: عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص:210.

الفقه، ولو حكمنا ببطلان تلك العقود، وفساد تلك الشروط لصار الناس في حرج وضيق، ولشلت الحركة في الأسواق، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس، بل لتقطعت الأسباب، فلا تنمو ثروات آحاد الناس، ولا تنمو ثروة الجماعات^[1].

فهذه المسوغات مؤيدة بما أفرزه تطور الحياة المعاصرة من معاملات مالية جديدة، وخطط اقتصادية مفيدة، يؤكد ويؤيد رجحان القول بتحرير الإرادة العقدية، وتوسيع دائرة نفوذها في تأطير ما يستجد من أنماط المعاملات المالية، في إطار النظام الشرعي للتعاقد.

المطلب الثالث: أثر الحرية التعاقدية في تطوير واستحداث عقود المعاملات المالية

إن ترجيح القول بمشروعية استحداث العقود في مجال المعاملات المالية يكرس صبغة المرونة والتيسير، ويدفع النظر الفقهي إلى تحرير مبادرات النشاط المالي سواء في مجال تطوير بعض العقود القديمة، أو في مجال استحداث عقود جديدة. ويظهر ذلك من خلال الأنموذجين الآتيين:

أ- أثر الحرية التعاقدية في تطوير عقود المعاملات المالية:

-بيع المربحة للأمر بالشراء -أنموذجاً^[2]-

يُعدّ بيع المربحة للأمر بالشراء -باعتبار المصطلح والموضوع- إحدى المعاملات المستحدثة التي طوّرت عن أصل بيع المربحة بصورته القديمة المعروفة عند الفقهاء كقسم من أقسام بيوع الأمانة^[3].

1- تعريف بيع المربحة

المربحة في اللغة: مفاعلة من الرّيح في التجارة، يقال: بعته السلعة مربحة على كل عشرة دراهم درهم^[1]، ويقال: رابحه على بضاعته: أعطاه ربحاً. والمربحة: هي البيع برأس المال مع زيادة معلومة^[2].

^[1]انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:228.

^[2]ليس الغرض من عرض هذه النماذج التطبيقية استيفاء تفاصيل أحكامها الفقهية، وإنما الاكتفاء بما يبيّن الأثر التيسيري لمبدأ تحرير الإرادة التعاقدية.

^[3]بيوع الأمانة: هي البيوع التي يعتمد فيها المشتري على أمانة البائع في الإخبار عن ثمن شرائه المبيع، الذي يريد بيعه إما مربحة وإما تولية أو وضعية أو إشراكاً. فبيع المربحة: هو البيع بمثل الثمن الأول، مع زيادة ربح محدد. وبيع التولية: هو البيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ربح. وبيع الإشراك: هو كبيع التولية، لكنه بيع بعض المبيع ببعض الثمن. وبيع الوضعية: هو بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم. وتشارك بيوع الأمانة في اشتراط علم المشتري بالثمن الأول، وتتمايز في شروط أخرى[انظر: وهبة الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص:67، والموسوعة الفقهية الكويتية، ج6، ص:236].

وأما في الاصطلاح، فقد تقاربت ألفاظ الفقهاء في التعبير عن حقيقة المرابحة بما يدل على أنها بيع برأس مال المبيع مع زيادة ربح محدد معلوم، متفق عليه بين المتعاقدين. وقد يكون هذا الربح نسبة معينة من رأس المال، أو مبلغا مقدرا مقطوعا، أو عينا معينة في ملك المشتري وحيازته^[3]. وصورته العملية كما قرّبها ابن جزّي^[4] المالكي أن يُخبر صاحب السلعة المشتري بثمن شرائها، ويأخذ منه ربحا إما على الجملة، كأن يقول: اشتريتها بعشرة وتربحني دينارا أو دينارين، وإما على سبيل التفصيل، وهو أن يقول: تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك^[5]. والمرابحة بهذه الصورة البسيطة المعهودة، معاملة مشروعة بإجماع الفقهاء^[6]، وتستند مشروعيتها إلى عموم النصوص الشرعية الدالة على جواز التجارة القائمة على التراضي بين الناس-ومنها المرابحة-، والحث على ابتغاء الفضل الذي هو الزيادة والربح^[7]، وأيضا، فإن المرابحة من البيوع التي توارثها الناس في سائر الأمصار من غير تكير، وذلك إجماع على جوازها^[8]. وقد يدل اختصاصها بباب معين في التصانيف الفقهية، واهتمام الفقهاء بتفصيل أحكامها على أنها من مهمّات العقود التي كانت جارية في معاملات الناس عبر مختلف العصور والأمصار، وربما كان من دواعي شيوعها إرفاق محدودي الخبرة وإعفاؤهم من مشقة المماكسة بالإحالة على أمانة الطرف الآخر في تحصيل غرض العقد على أساس العدل

^[1]انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج3، ص:1553.

^[2]انظر: المعجم الوسيط، ص:322.

^[3]انظر: الخرشي: حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج6، ص:3 وما بعدها، وابن رشد: المقدمات، ج2، ص:168 وما بعدها، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:147، والنووي: كتاب المجموع، ج12، ص:56، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:137 وما بعدها.

^[4]هو: محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى بن يوسف بن عبد الرحمن بن جُزّي الكلبّي الغرناطي، أبو القاسم، فقيه وأصولي ومحدث وحافظ منقن. من مؤلفاته: "القوانين الفقهية"، و"تقريب الوصول إلى علم الأصول"، و"التسهيل لعلوم التنزيل". توفي- رحمه الله تعالى- سنة(741هـ)انظر: ابن فرحون: الديباج المذهب، ص:274-276، ومخلف: شجرة النور، ج1، ص:306.

^[5]انظر: ابن جزّي: القوانين الفقهية، ص:212.

^[6]انظر: ابن جرير الطبري: اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1420هـ-1999م، ص:75، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، ج2، ص:273، وابن رشد الجد: المقدمات، ج2، ص:175، والعدوي: حاشية العدوي على الخرشي، ج6، ص:4.

^[7]انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص:140، وشهاب الدين الألويسي: روح المعاني، ج28، ص:103.

^[8]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:137.

والتوازن، فالحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع؛ لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطبيب نفسه بمثل ما اشترى وزيادة ربح^[1].

أما بيع المربحة للآمر بالشراء-مركباً-، فهو: "قيام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه، على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني، بالنقد الذي يدفعه البنك كلياً أو جزئياً، وذلك في مقابل التزام الطالب شراء ما أمر به، وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء"^[2]، وبتعبير آخر: "طلب شراء للحصول على مبيع موصوف، مقدّم من عميل إلى مصرف، يقابله قبول من المصرف، ووعده من الطرفين، الأول بالشراء، والثاني بالبيع، بثمن وربح يتفق عليهما مسبقاً"^[3].

وبهذا المعنى وردت جملة من التعريفات^[4] تتفق كلها على أن بيع المربحة للآمر بالشراء معاملة ثلاثية الأطراف، تجمع الأمر بالشراء والمصرف الإسلامي والبائع، وأن خطواتها الإجرائية تركز على طلب العميل (الأمر بالشراء) من المصرف الإسلامي شراء سلعة معينة، مع تقديم وعد منه (العميل) بشراء سلعة موصوفة من المصرف بعد تملكها، يقابله وعد من المصرف ببيع السلعة الموصوفة للعميل بعد شرائها نقداً، ثم يتم عقد البيع بين المصرف والأمر بالشراء مع زيادة الربح المتفق عليه بين الطرفين سلفاً^[5].

ومن أهم الضوابط المقررة لصحة هذا المعاملة: ضرورة تملك المصرف للسلعة المطلوب شراؤها بعقد صحيح مع ما يستتبع ذلك من دخولها في ضمانه قبل بيعها للمشتري، وعدم اشتراط أي زيادة في ثمن السلعة مقابل تأخر المشتري أو عجزه عن السداد، وأن لا يكون بيع

^[1]انظر: المرغيناني: الهداية، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط1، 1417هـ، ج5، ص:156.

^[2]انظر: سامي حمود: بيع المربحة للآمر بالشراء، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، ع(5)، ج2، ص:1092.

^[3]انظر: أحمد سالم عبد الله ملحم: بيع المربحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط1، 1410هـ-1989م، ص:79.

^[4]انظر: محمد سليمان الأشقر: بيع المربحة كما تجرّه البنوك الإسلامية، دار النفائس، عمان، ط2، 1415هـ، ص:6، وأميرة عبد اللطيف مشهور: الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط1، 1411هـ، ص:334، وشبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:309.

^[5]انظر: حسام الدين عفانة: بيع المربحة للآمر بالشراء، منشورات البنك الإسلامي الفلسطيني، ط1، 1996م، ص:22،

ومحمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:309

المرابحة وسيلة إلى الربا بأن يكون مقصود المشتري الحصول على المال فيجعل السلعة ذريعة لذلك^[1].

وعقد المrabحة للآمر بالشراء لم يكن معروفا في التراث الفقهي، وإنما استحدث تبعاً لتطورات المعاملات المالية، وإلحاح الحاجة الاقتصادية على ضرورة النظر في إمكانية توسيع نطاق الاستثمار المصرفي، وتنويع أدواته الشرعية حتى لا ينحصر في المشاركة والمضاربة، ومن ثم شاع تداول هذه المعاملة في مجال البحوث النظرية، وفي مجال التطبيق المصرفي كآلية استثمارية مميزة، حتى أصبحت من أكثر أساليب الاستثمار استعمالاً في المصارف الإسلامية^[2]، باعتبارها أداة فاعلة في الاستجابة الواسعة لاحتياجات التمويل الاستهلاكي بصفة خاصة، وتميزها بانخفاض درجة المخاطرة، واليسر في التطبيق^[3].

ويعدّ بيع المrabحة للآمر بالشراء صورة مطوّرة عن المrabحة البسيطة، تُميّز بينهما جملة من الفروق الأساسية، منها:

- وجود السلعة في المrabحة القديمة عند البائع بصفته تاجراً يدير البيع والشراء دون طلب من المشتري، بخلاف المrabحة الحديثة أو المصرفية، حيث إن المصرف الإسلامي لا يمتن التجارة بصفة أساسية، فلا يشتري السلعة ولا يملكها إلا بناء على رغبة وطلب من المشتري.
- انعقاد البيع في المrabحة القديمة يكون مباشرة دون توقف على مواعيد سابقة؛ لأن المبيع مملوك للبائع، أما عقد المrabحة للآمر بالشراء فيمر ضرورةً عبر مرحلة الطلب والمواعدة المتقابلة، ثم مرحلة البيع.

^[1] احترازاً من الوقوع في بيع العينة المحرم [انظر: محمد سليمان الأشقر: بيع المrabحة كما تجرّه البنوك الإسلامية، ص: 5، وانظر تفصيلاً دقيقاً للدكتور: محمود رمضان الجعبري: تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية، دار النفائس، عمان، ط1، 1433هـ-2012م، ص: 250 وما بعدها].

^[2] انظر: حسن عبد الله الأمين: الاستثمار اللاربوي في عقد المrabحة، مجلة المسلم المعاصر، عدد35، ص: 720، مؤسسة المسلم المعاصر، بيروت، لبنان. ويتفق الباحثون على أن أول من أدخل هذه الصيغة للمصارف الإسلامية هو الدكتور سامي محمود، أثناء إعداده لأطروحة الدكتوراه عام(1976م)، بعنوان: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية [انظر: حسام الدين عفانة: بيع المrabحة للآمر بالشراء، ص: 19].

^[3] انظر: عبد الله راشد الهاجري: استثمارات البنوك الإسلامية الخليجية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط1408هـ-1988م، ص: 240-241، وص: 526، وحاتم القرناوي: الجوانب الاجتماعية والاقتصادية لتطبيق عقد المrabحة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، ج2، ص: 1244-1245، وعبد الله بن مرزوق القرشي: التفكير الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة، ص: 124.

- تنحصر العلاقة التعاقدية في المرابحة القديمة بين طرفين فقط، هما: البائع والمشتري، أما في المرابحة الحديثة فتكون العلاقة بين ثلاثة أطراف: الأمر بالشراء، والمصرف، والطرف الثالث هو البائع الذي يشتري منه المصرف السلعة المطلوبة^[1].

2- مشروعية بيع المرابحة للأمر بالشراء

يعتمد التكيف الفقهي لبيع المرابحة للأمر بالشراء على تفكيك وتحليل العناصر المتصلة بحقيقة هذه المعاملة وضوابطها وآثارها الاقتصادية والاجتماعية.

ويمكن القول بأنه رغم اتفاق جمهور الفقهاء على القول بحرية الإرادة التعاقدية في تطوير واستحداث العقود، وأن الأصل في المعاملات والعقود الإذن والإباحة ما لم يرد دليل على تحريمها، وأن أحكام المعاملات دائرة على العلل والمصالح، واعتبار أحوال الناس وظروفهم، والشريعة جاءت فيها بالتيسير ورفع الحرج، وتضييق دائرة التحريم والمنع..، إلا أن تطوير عقد المرابحة بهذه الصيغة المركبة، سواء من حيث ارتباطه بعنصر المواعدة الملزمة، أو ما يحيط به من تحفظات وشبهه؛ كشبهة تداخل العقود والشروط، وشبهة العينة، والزيادة في الثمن مقابل الأجل، وبيع الشخص ما ليس عنده، وغيرها من المؤاخذات، أدى بفريق من الفقهاء إلى التحفظ على مشروعيتها، فنتج عن ذلك انقسام الموقف الفقهي حول هذه المعاملة إلى اتجاهين رئيسيين:

أ- **الموقف الأول:** موقف المانعين^[2]، ويعتمد -عموما- على المآخذ والتحفظات السابقة.

ب- **الموقف الثاني:** موقف المجيزين^[3]، ويرى أصحابه بأن بيع المرابحة للأمر بالشراء بصفة المواعدة الملزمة عقد مشروع. وتلخصت أهم ردودهم على استشكالات أصحاب الرأي الأول في الآتي:

1- إن القول بأن الوعد الملزم هو في حقيقته عقد-ولو سُمي وعدا- ولازم ذلك أن تؤول المواعدة الملزمة على البيع الثاني (بين المصرف والعميل) إلى صورة بيع المصرف ما لا

^[1]انظر: إلياس درور: تطبيقات القواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة، ص: 227-228.

^[2]ومنهم: د. محمد سليمان الأشقر، ود. بكر بن عبد الله أبو زيد، ود. رفيق المصري، ود. حسن عبد الله الأمين، والشيخ عبد الرحمن عبد الخالق [انظر: حسام الدين عفانة: بيع المرابحة للأمر بالشراء، ص: 41، و محمود رمضان الجعبري: تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية، ص: 270].

^[3]من أصحاب هذا الرأي: د. سامي حمود، ود. يوسف القرضاوي، ود. علي أحمد السالوس، ود. الصديق محمد أمين الضرير، والشيخ مصطفى الزرقا، ود. عبد الستار أبو غدة وغيرهم [انظر: حسام الدين عفانة: بيع المرابحة للأمر بالشراء، ص: 28-29، وعبد الله بن مرزوق القرشي: التفكير الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة، ص: 134]

يملك، أو بيع ما ليس عنده، وهو محلّ نهي شرعي متفق عليه^[1]، -إن هذا القول- هو رأي غير صحيح، باعتبار أن المواعدة الملزمة لا تُعدّ عقداً، فالوعد وعد، والعقد عقد، والفرق بينهما بين لا خفاء فيه. دليل ذلك أن الخِطبة وعد ملزم بالنكاح، وهي لا تعني أكثر من التزام الطرفين بإجراء عقد النكاح، ولا يمكن أن يرد بأن القول بلزومها يحيلها بذاتها إلى عقد نكاح تستباح به الفروج، وتجب به حقوق في التركة^[2]. فيتقرّر القول بأن هذه المواعدة مجرد التزام سابق ومنفصل عن العقد، ولا يأخذ صفة عقد البيع الذي لا يتمّ إبرامه إلا بعد تملك المصرف للمبيع، فلا يعدّ ذلك من قبيل بيع المصرف ما ليس عنده^[3].

والتفريق بين العقد والوعد غير الملزم أمر مسلّم به بين الفقهاء، وإنما يدور خلافهم حول الوعد الملزم^[4]، وقد ترجّح لدى كثير منهم القول بأن الوعد ملزم قضاء إذا تعلّق بسبب ودخل الموعود فيه، وبذلك يكون هذا الرأي أساساً لردّ الاعتراض الوارد على مشروعية المرابحة للأمر بالشراء بسبب الوعد الملزم.

^[1] دليل ذلك: ما ورد عن حكيم بن حزام -رضي الله عنه- أنه قال: قلت: يارسول الله. يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه، ثم أبتاعه من السوق. وفي لفظ: أبتاع له من السوق، ثم أبيع منه؟ فقال: "لا تبع ما ليس عندك". أخرجه أحمد في مسنده: رقم(15311)، (15312)، (15313)، (15316)، (15329)، [25/511-434]، وأخرجه أبو داود: كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم(3503)، [ص629]، وأخرجه الترمذي في: جامعه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، وحسنه، رقم(1232، 1233، 1235)، [ص293]، وأخرجه ابن ماجة في سننه: كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، رقم(2187، 2188)، [ص376]، والنسائي في سننه: كتاب البيوع، باب النهي عن ما ليس عند البائع، رقم(4611، 4612، 4613)، [ص703]. كلهم من حديث حكيم بن حزام بألفاظ متقاربة. قال الألباني: صحيح[انظر: محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ-1985م، ج5، ص:132].

^[2] انظر: محمد صلاح الصاوي: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، 1410هـ-1990م، ص:645-646.

^[3] انظر: سامي حمود: تطوير الأعمال المصرفية، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ط1، 1396هـ-1976م، ص:433.

^[4] مسألة لزوم الوعد تتجاذبها أربعة أقوال: القول الأول: لزومه ديانة لا قضاء، وهو قول الجمهور الحنفية والشافعية والحنابلة وقول عند المالكية. والقول الثاني: لزوم الوعد ديانة وقضاء، وهو قول عبد الله بن شبرمة وإسحاق بن راهويه والحسن البصري وهو قول عند المالكية. والقول الثالث: لزومه قضاء إذا كان متعلقاً بسبب، ولو لم يدخل الموعود بسببه في شيء، وهو قول بعض المالكية. والقول الرابع: الوعد ملزم قضاء إذا تعلّق بسبب ودخل الموعود فيه، وهو مشهور قول المالكية[انظر: محمد رضا عبد الجبار العاني: قوة الوعد الملزمة في الشريعة والقانون، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، ع5، ج2، 1409هـ-1988م، ص:755-781، ونزيه حماد: الوفاء بالوعد في الفقه الإسلامي(تحرير النقول ومراعاة الاصطلاح)،

مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، ع5، ج2، 1409هـ-1988م، ص:825-837، وشبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:311].

وقد تبني مجمع الفقه الإسلامي موقفاً مفصلاً في موضوع الوعد الملزم وعلاقته بالمرابحة للأمر بالشراء، ضمن قرار صادر عن الدورة الخامسة المنعقدة في الكويت بتاريخ: 1-6 جمادى الأولى 1409هـ، الموافق ل: 10-15/12/1988م، جاء فيه: "الوعد- وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد- يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الالتزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر. والمواعدة -وهي التي تصدر من الطرفين- تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فلا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي -صلى الله عليه وسلم- عن بيع الإنسان ما ليس عنده^[1].

2- وأما القول بأن هذه المعاملة تندرج في مسمى بيع العينة-وهو من البيوع المنهي عنها^[2]-، فيردّه أن جميع صور العينة التي أنكرها الجمهور معلّلة بكونها وسيلة إلى الربا؛ لأن حقيقتها بيع سلعة بثمن مؤجل ثم شراؤها بثمن أقل منه نقداً^[3]، ويظهر فيها انصراف قصد العاقدين إلى التحيل على إقراض القيمة الحالية في مقابلة القيمة المؤجلة، ولا تكون السلعة إلا وسيطاً سورياً غير مقصود من الطرفين، وإنما القصد الحقيقي هو الإقراض الربوي الذي يحاول أن يوارى سواته خلف هذه الأفتنة الزائفة^[1].

^[1] انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، ع5، ج2، 1409هـ-1988م، قرار رقم: 2، 3، ص: 1599-1600.
^[2] بدليل ما ورد عن عبد الله بن عمر-رضي الله عنهما- أن النبي-صلى الله عليه وسلم- قال: "إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد في سبيل الله، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى تعودوا إلى دينكم". أخرجه أحمد في: مسنده، رقم(5007)، [51/9]، وأبو داود في سننه: كتاب الإجارة، باب النهي عن العينة، رقم(3462)، [ص623]، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب البيوع، باب ما ورد في كراهية التبايع بالعينة^[136]، وصحّحه الألباني في: صحيح الجامع الصغير، رقم(423) [انظر: ناصر الدين الألباني: صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1408هـ-1988م].

^[3] وبيع العينة عند المالكية في أحد معانيه ينطبق على صورة المرابحة المركبة، كما هي في المصارف الإسلامية. قال ابن عبد البر: "وبيع العينة تحيل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محلّلة، ومثال ذلك: أن يطلب رجل من آخر سلعة ليبيعه منه نسيئة، وهو يعلم أنها ليست عنده، ويقول له: اشتراها لي من مالها هذا بعشرة، وهي علي باثني عشر أو بخمسة عشر إلى أجل كذا". إلا أن منعها -عندهم- مخرّج على مبدأ سدّ الذرائع، وقد تردّد بعض المالكية في اعتباره-كما سبق بيانه-؛ ولذلك اقتص تحريمها بأهل العينة دون غيرهم، ولم ير أكثر أصحاب مالك فسخ البيع إذا وقع بهذه الصورة [انظر: ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ص: 367-368، وابن رشد: المقدمات، ج2، ص: 117].

^[1] انظر: محمد صلاح الصاوي: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، ص: 639-640.

3- وأما الاعتراض بأن بيع المرابحة للآمر بالشراء يتكون من بيعتين متلازمتين، أولاهما: بين المصرف والعميل، والثانية: بين المصرف والبائع، ولا تحصل الأولى إلا بحصول الثانية، وهذا من معنى بيعتين في بيعة، وهي معاملة محلّ حظر شرعي صريح^[1]، فهو مردود بأن النهي عن البيع بهذه الصورة (بيعتين في بيعة) يعتمد منع الوقوع في الغرر والجهالة، وحقيقته عند جمهور الفقهاء: أن تُعرض السلعة على المشتري بالخيار بين شرائها نقداً أو لأجل، فيقول البائع: هذه السلعة نقداً بكذا، ونسيئةً بكذا (أي: لأجلٍ أو تقسيطاً) فيقول المشتري: اشتريت، دون تحديد صفة البيع. والعلة في تحريم بيعتين في بيعة: عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين، والتعليق بالشروط المستقبل في صورة بيع هذا على أن يبيع منه ذلك، فالحالة مفترضة على أن المشتري قبل قبولا مبهما غير واضح^[2]؛ ولهذا أخرج القاضي ابن العربي من مقتضى هذا المنع بعض ما توهمه الفقهاء، ومن ذلك قول الرجل: أبيعك فرسي هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف، فهذا جائز لا دخل فيه، ولو باعه فرسه على أن يبيعه المشتري فرسا آخر بثمنه، قال أبوحنيفة: لا يجوز. ولا شيء أجوز منه، فإنه حصل من إحدى الجهتين فرس، ومن الجهة الأخرى فرس آخر معلوم، وهذا مما لا دخل فيه^[3]. وليست حقيقة المرابحة للآمر بالشراء من هذه الصور الممنوعة في شيء، إذ يُشترط لصحتها العلم التام بالسلعة المقصودة ومواصفاتها وثمنها والريح المقدّر.

4- وأما عن شبهة الربا المتوهمّة في ارتباط بيع المرابحة للآمر بالشراء -غالبًا- بتأجيل ثمن السلعة أو تقسيطه مقابل الزيادة فيه عن ثمن الدفع الحال، فإن النظر الفقهي الدقيق يفيد بأن هذه الصورة من قبيل البيع المؤجل، وهو بيع يتم فيه تسليم المبيع في الحال، ويؤجل تسديد الثمن كلّه أو بعضه، إلى آجال معلومة، فإن كان الثمن كلّه مؤجلاً سمي "بيعا آجلاً"، وإن كان الثمن المؤجل منجماً على أقساط معلومة سمي "بيع التقسيط"، وفي حال تأجيل السداد أو تقسيطه يكون الثمن -عادة- زائداً عن الثمن النقدي (المعجل).

^[1] دليل ذلك ما رواه أبو هريرة -رضي الله عنه- مرفوعاً: "من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا". أخرجه أبو داود: كتاب الإجارة، باب بيعتين في بيعة، رقم (3461)، [623]، وابن حبان في صحيحه: كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه رقم (4973)، [347/11]، والحاكم في مستدركه، رقم (2292)، [52/2]، وصححه على شرط مسلم، ووافقه الذهبي. والحديث صححه الألباني في السلسلة الصحيحة، رقم (2326)، [419/5].

^[2] انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، ج 5، ص: 199، والزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 61-62.

^[3] انظر: ابن العربي: عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي، ج 5، ص: 239.

وليس في هذه الصورة ما يشي بخروجها عن الحكم العام للبيع -وهو الإباحة- ودخولها في الربا؛ لأن الربا المحرم هو ربا الدين وربا الفضل، وأما الزيادة الواقعة في هذا البيع فهي زيادة في ثمن البيع عند إبرامه، والعبرة في تحديد ثمن المبيع تراضي المتبايعين، ولا معنى لما يطلق عليه ثمن البيع الحال؛ لأنه مختلف بحسب اتفاق المتعاقدين بحيث تندمج الزيادة المأخوذة في الاعتبار مقابل الأجل في جملة الثمن الذي لا موجب لتحديد مكوناته، كما لا موجب للنظر إلى سعر السوق لمراعاته^[1]، ثم إن من مقتضى العدل أن يكون البديل المؤجل أزيد من البديل المعجل، وعدم جواز هذا في القرض لا يعني عدم جوازه في كل حال؛ لأن الحرمة عارضة والأصل الجواز؛ ولأن القرض عقد إرفاق وإحسان ومبناه على احتساب الأجر والثواب. وقد ذكر الفقهاء في حكمة بيع السلم أن البائع يرتفق بتعجيل الثمن، والمشتري يرتفق بالرخص، وهذا معناه أن الثمن يكون أعلى على المشتري لو عجل البائع المبيع^[2].

وبهذه المناقشات والتوجيهات ترجحت مشروعية البيع بالزيادة في الثمن مقابل التأجيل والتفسيط في السداد عند جمهور الفقهاء. يقول الإمام الشوكاني -رحمه الله-: "ومذهب الجمهور جواز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء"^[3].

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة في جدة 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20/03/1990م، مُفصلاً حكم هذه المعاملة بالنص الآتي: "تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً وثنمه بالأقساط لمدة معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل، فإذا وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد فهو غير جائز شرعاً"^[4]. تلك هي أهم المناقشات المتعلقة بمشروعية بيع المرابحة للأمر بالشراء، وقد ظهر في خلاصتها تغليب القول بالجواز لقوة حُججه، واتساقه مع القواعد والمقاصد العامة للعقود الشرعية، وضُعب اعتراضات المانعين. وبهذا الرأي صرحت فتاوى مختلف المجامع الفقهية والهيئات الاقتصادية الإسلامية.

^[1] انظر: عبد الستار أبو غدة: البيع المؤجل، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، منشورات مكتبة فهد الوطنية، ط1،

1419 هـ-1999 م، ط2، 1424 هـ-2003 م، ص: 21-22، ووهبة الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 59-60.

^[2] انظر: يونس المصري: بحوث في فقه المعاملات المالية، دار المكتبي، دمشق، ط2، 1430 هـ-2009 م، ص: 38-40.

^[3] انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، ج3، ص: 199.

^[4] انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، ع6، ج1، 1441 هـ-1990 م، قرار رقم (53، 2، 6)، ص: 747.

والغرض من هذا العرض -حسبما يقتضيه سياق البحث-: إبراز الأثر التطبيقي لمبدأ الحرية التعاقدية في الانفتاح على تطوير عقود المعاملات المالية، وفق ما يواكب تجدد حاجات الناس وغاياتهم، وفي سياقه نشطت حركة الاجتهاد المعاصر في تطوير الكثير من عقود المعاملات المالية على غرار ما تقرّر في نموذج بيع المرابحة للأمر بالشراء^[1].

ب- أثر الحرية التعاقدية في استحداث العقود: عقد التأمين -نموذجاً-

لم يقتصر أثر الحرية التعاقدية على تطوير المعاملات المالية القديمة في قوالب عقدية جديدة تلائم مقتضيات التجدد وتلبّي حاجات العصر، بل تجاوز ذلك إلى فتح الباب لإنشاء عقود جديدة في أسمائها وأشكالها وموضوعاتها وغاياتها. وفي هذا السياق برز "عقد التأمين" بصيغته الشرعية كأحد النماذج التطبيقية لحرية الإرادة في إنشاء العقود الجديدة.

1- مفهوم التأمين: التأمين في اللغة مصدر أمّن يؤمّن، من الاطمئنان وانعدام الخوف، ومن الأمانة ضد الخيانة، يقال أمّنه وائتمنه واستأمنه على الشيء^[2]. قال صاحب المفردات: "أصل الأمن طمأنينة النفس وزوال الخوف، والأمن والأمانة والأمان في الأصل مصادر، ويجعل الأمان تارة اسماً للحالة التي يكون عليها الإنسان في الأمن، وتارة اسماً لما يؤمّن عليه الإنسان"^[3].

والتأمين في الاصطلاح: هو نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة؛ غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة، بواسطة هيئات منضّمة، تزاول عقودها بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية^[4]. وعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقّق الخطر المبيّن

^[1] أسس الفقه المعاصر على مبدأ الحرية التعاقدية في إبداع الكثير من العقود المطوّرة عن المعاملات المالية القديمة، كالإجارة المنتهية بالتملك، والوكالة بالخصومة، والسلم الموازي، والاستصناع الموازي، والمضاربة المصرفية، والتورق المصرفي، والمشاركة المنتهية بالتملك (الشركة المتناقصة)، وغيرها.

^[2] انظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 1176، ومحمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، مادة (أ م ن)، ص: 11، والمنجد الأبجدي، دار المشرق، بيروت، ط5، دت، ص: 175.

^[3] انظر: الأصفياني: المفردات، ص: 32.

^[4] انظر: مصطفى الزرقا: عقد التأمين-السوكرة- وموقف الشريعة الإسلامية منه، مطبعة جامعة دمشق، د.ط، 1962م، ص: 12.

بالعقد، وذلك نظير قسط، أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن، ويتحمل بمقتضاه تبعة مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة فيها وفقاً لقوانين الإحصاء^[1].

ويستخلص من هذا التعريف أن عقد التأمين يقوم على مجموعة من العناصر، أهمها: المؤمن: وهو شركة التأمين، والمستأمن(المؤمن): وهو المتعامل مع الشركة، والمقابل: وهو قسط التأمين الثابت، والخطر: وهو عبارة عن حادث مستقبلي محتمل الوقوع، ولا يتحقق وقوعه على محض إرادة المؤمن له-أي: يقع دون إرادته، والعض: وهو عوض التأمين عند حصول الخطر أو الحادث المؤمن عليه^[2].

ويختص عقد التأمين بكونه عقداً ملزماً لطرفيه^[3]، حيث يلتزم المؤمن له بدفع الأقساط حسب الاتفاق، ويلتزم المؤمن بدفع التأمين عند حصول حادث محتمل. وهو عقد معاوضة؛ لأن كلا المتعاقدين يأخذ مقابلاً لما أعطى، فالمؤمن له يعطي قسط التأمين، والمؤمن يعطي مبلغ التأمين عند حصول الموجب. وهو عقد احتمالي^[4]؛ لأن كل طرف لا يعرف كم سيدفع، وكم سيعطى على وجه التحديد، فذلك مرتبط بوقوع الخطر أو عدم وقوعه. كما أن عقد التأمين عقد تجاري يهدف المؤمن منه إلى تحقيق الربح والفائدة من خلال الأقساط المتجمعة لديه عن

^[1]انظر: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ط 1964م، ج7، ص:1076.

^[2]انظر: الكبّي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، ص:208، وحسين حامد حسان: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة، ص:20-27، وشبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:90-92، وصالح العلي: المؤسسات المالية الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ص:343-346.

^[3]العقد الملزم -ويسمى اللازم- هو: العقد الذي ينشئ من لحظة إبرامه التزامات متقابلة ومتبادلة في ذمة كل طرف من الطرفين، بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً للطرف الآخر[انظر: السنهوري: نظرية العقد-النظريات العامة للالتزامات-، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص:130].

^[4]العقد الاحتمالي هو: العقد الذي يكون المقابل فيه احتمال مكسب أو خسارة لكل من المتعاقدين، وذلك لتوقف تحققه على وقوع حادثة غير مؤكدة الوقوع، بمعنى أن العقد الاحتمالي يكون فيه كل من العاقدين جاهلاً بوقت تمام العقد، وبمقدار ما سيعطي، ومقدار ما سيحصل عليه؛ لتوقف ذلك على تحقق أمر غير محقق الحدوث أو غير معروف وقت تحققه[انظر: حسين حامد حسان: حكم الشريعة في عقود التأمين، ص:29-30].

طريق استثمارها في الأعمال التجارية^[1]. وهو من عقود الإذعان^[2]، حيث يكون موقف المؤمن له قاصرا على قبول كل الشروط التي تنص عليها شركات التأمين دون مناقشة أو تعديل^[3].

2- التكيف الشرعي للتأمين

يُعدّ نظام التأمين من القضايا المستجدة في مجال المعاملات المالية، حيث لم يوجد في مضامين التراث الفقهي ما يدلّ على تناوله وتداوله^[4]، وبما أن أهمّ غايات البحث الفقهي مواكبة مستجدات الحياة وتأطيرها بما تقتضيه قواعد التشريع الإسلامي ومقاصده، كان من اللازم على فقهاء العصر أن ينهضوا بهذا الواجب اتّجاه موضوع التأمين، خصوصا وأنه قد أصبح من المعاملات السارية في جميع مجالات الحياة الإنسانية، حيث دخل عالم التجارة والزراعة والصناعة ومعظم وجوه النشاط الاجتماعي دخولا اختياريا أو إجباريا بحكم القانون، ولم يقتصر على النشاط الاقتصادي، وإنما شمل كثيرا من الوسائل التي يستخدمها الإنسان كالسيارة التي يركبها، والبيت الذي يسكنه والأمتعة التي يكتنيها. ولم يقف التأمين عند حياة الإنسان، وإنما امتد إلى ما بعد موته، ليستفيد من ثمراته أولاده وورثته^[5].

وقبل الخوض في تفاصيل التكيف الفقهي لعقد التأمين، تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء يفرقون بين التأمين كنظرية وفكرة، وبين كونه إجراء تنظيميا، والتزاما عقديا، يجسّد تطبيق هذه النظرية. فالتأمين باعتباره نظاما اجتماعيا قائما على مبدأ التعاون بين مجموعة من الناس لدفع الأخطار التي قد تنزل بأحدهم، أو تخفيف ضررها ببذل ميسورٍ من كل واحد منهم، يتفق مع مقاصد الشريعة العامة وتحثّ عليه أدلتها الجزئية^[6]. يقول الأستاذ مصطفى الزرقا-رحمه الله-: "إن المفهوم المائل في أذهان علماء القانون لنظام التأمين، أنه نظام تعاوني تضامني يؤدي

^[1]انظر: نزيه محمد الصادق المهدي: عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م، ص:206.

^[2]عقد الإذعان هو: العقد الذي يملئ فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها[عبد الحميد البعلي: ضوابط العقود، ص:314].

^[3]انظر: إبراهيم بن عبد الرحمن العروان: عقد التأمين التجاري وحكمه، مركز البحوث التربوية، الرياض، ط1، 1415هـ-1995م، ص:13-17، ونزيه محمد الصادق المهدي: عقد التأمين، ص:209.

^[4]انظر: عيسى عبده، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بالرياض في شهر ذي القعدة 1396هـ-نوفمبر 1976م، بدعوة من جامعة محمد بن سعود، دار الاعتصام، القاهرة، ط1، 1397هـ-1977م، ص:136، ومحمد بخيت المطيعي: تكملة المجموع، ج3، ص:220.

^[5]انظر: عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:81، والزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص:263.

^[6]انظر: السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، ص:1028، وحسين حامد: عقد التأمين، ص:16 وما بعدها.

إلى تفتيت أجزاء المخاطر والمصائب، وتوزيعها على مجموع المستأمنين، عن طريق التعويض الذي يدفع للمصاب من المال المجموع من حصيلة أفساطهم، بدلا من أن يبقى الضرر على عاتق المصاب وحده، ويقولون: إن الإسلام في جميع تشريعاته المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية والاقتصادية يهدف إلى إقامة مجتمع على أساس التعاون والتكافل المطلق في الحقوق والواجبات^[1]. يدلُّ على هذا أن من أعظم مبادئ الإسلام التعاون على البر، والتكافل والتضامن بين الناس، كما في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة:2]، بل إن في التكاليف الشرعية الملزمة ما يوطد دعائم نظام التأمين، ويكرّس حقيقته في حياة المسلمين، ومن ذلك: الإلزام بإقامة شعيرة الزكاة ورعاية مقاصدها في كفالة الغارمين، وتأمين حاجة الفقراء والمساكين، وإسعاف من تقطعت بهم السبل وضافت عليهم الحيل، ووجوب النفقة بين الأقارب، وتحميل العاقلة دية قتل الخطأ، وغيرها من الواجبات الشرعية الراعية لمعاني التعاون والتكافل.

ومن هذا القبيل أيضا: تشجيع التّكافل التّطوعي وتثمينه، والدّعوة إلى المواساة بفضول الأموال، كما جاء في توجيهه-صلى الله عليه وسلم-: ﴿من كان له فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل زاد فليعد له على من لا زاد له﴾. قال الراوي: فذكر من أصناف المال ما ذكر، حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل^[2]. وأيضاً في مدحه-صلى الله عليه وسلم- الأشعريين؛ لأنهم كانوا إذا أرملوا-أي: فني زادهم- أو قلّ طعامهم بالمدينة- جمعوا طعامهم في صعيد واحد واقتسموه فيما بينهم بالسوية، فقال-صلى الله عليه وسلم-: ﴿رحم الله الأشعريين فهم مني وأنا منهم﴾^[3].

3-حكم عقود التأمين:

يتأكد من خلال ما تمهّد من التفريق بين التأمين كنظام يهدف إلى تحقيق التكافل والتضامن، وبين عقد التأمين باعتباره إطاراً تنظيمياً يجسّد أهداف هذه النظرية ويحقّق غاياتها، وأن فكرة التأمين لها جذورها العميقة في تعاليم الإسلام، -يتأكد من خلال ذلك- لزوم البحث في مدى مشروعية الصيغ الفنية والأنظمة العقدية المتداولة في مجال التطبيق، ومدى ملائمتها لقواعد النظام العقدي الشرعي.

^[1]انظر: الزرقا: نظام التأمين-موقعه في الميدان الاقتصادي وموقف الشريعة منه-، بحث مختارة من المؤتمر العالمي

الأول للاقتصاد الإسلامي، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي، ط1، 1400هـ، ص:98.

^[2]أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب اللقطة، باب استحباب المواساة بفضول المال، رقم(1728)، [1354/3].

^[3]أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، رقم(2306)، [598/1]، وأخرجه

مسلم في صحيحه: كتاب فضائل الصحابة-رضي الله عنهم-، باب من فضائل الأشعريين، رقم(2500)، [1944/4].

أ- أقسام التأمين وأحكامها:

قسّم الفقهاء التأمين باعتبار مصدره (الهيئة التي تقوم به) إلى ثلاثة أقسام:

1- التأمين الاجتماعي: وهو التأمين الذي تقوم به الدولة لصالح الموظفين والعمّال قصد تأمينهم من إصابات العمل والمرض والعجز والشيخوخة، ويُسهم في حصيلته العمّال وأصحاب الأعمال والدولة^[1]، وهو تأمين إجباري، غير ربحي، تشرف عليه الدولة، وغالبا ما تقوم به لصالح جميع العاملين في المؤسسات الحكومية وغير الحكومية، وهو أيضا ملزم لأصحاب العمل، سواء كان العمل في القطاع العام أم في القطاع الخاص.

ويستمد التأمين الاجتماعي إلزاميته من القوانين التي تفرضها الدولة^[2]، وتستعين في تنظيمه وإدارته ببعض مؤسّساتها كصندوق التأمينات الاجتماعية، وينتظم في هذا القسم من التأمين: نظام التقاعد ونظام الضمان الاجتماعي، حيث يستفيد الموظف-في إطار نظام التقاعد- بمرتب شهري بعد بلوغه مرحلة التقاعد، مقابل اقتطاع جزء من راتبه الشهري. أما نظام الضمان الاجتماعي فتتكفل فيه الهيئات المختصة بتعويض المؤمن له في حالة الإصابة بالمرض أو العجز أو الشيخوخة مقابل اقتطاع جزء من راتبه الشهري.

وحكم هذا النوع من التأمين: الجواز بلا خلاف، مهما كان نوع الخطر المؤمن عليه؛ لأنه ينسجم مع مقاصد الشريعة التي تدعو إلى التكافل الاجتماعي على أساس التبرع، ولا يظهر في هذا النوع من التأمين القصد إلى تحقيق الربح، وإنما غرضه التعاون على ترميم الأضرار والمصائب التي تنزل بالموظفين والعمال. والمشارك في هذا الصندوق متبرع باشتراكه لمن يحتاج إليه من سائر المنخرطين، ولا عبءة بشبهة الغرر الماثلة في عدم القدرة على تحديد مقدار الاستفادة مقابل ما يدفعه المشترك؛ لأن الغرر لا يؤثر في التبرعات^[3]، والتأمين التعاوني تبرع محض لا يقصد منه الربح والمعاوضة^[4].

^[1] انظر: حسين حامد: حكم الشريعة في عقود التأمين، ص: 38.

^[2] انظر: عبد اللطيف محمود آل محمود: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، ط1، 1414هـ-1994م، ص: 60، ومحمود رمضان الجعبري: تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية، ص: 97.

^[3] انظر: القرافي: الفروق، ج1، ص: 348.

^[4] انظر: محمد بلتاجي: عقود التأمين من وجهة نظر الفقه الإسلامي، دار العروبة، الكويت، ط1982م، ص: 204، والزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 271، وعثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص: 85، وحسين حامد: حكم الشريعة في عقود التأمين، ص: 46، والمطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص: 222، وص: 254، ورفيق المصري: الخطر والتأمين، دار القلم، دمشق، ط1، 1422هـ-2001م، ص: 100.

2- التأمين التجاري (التأمين بقسط ثابت): وهذا النوع هو المقصود عند إطلاق لفظ التأمين، وقد سبق تعريفه، وبيان أهم مقوماته وخصائصه، حيث تبين بأن حقيقته: أن يلتزم المؤمن بدفع قسط معين إلى شركة التأمين القائمة على المساهمة، على أن يلتزم المؤمن (شركة التأمين) بتعويض الضرر الذي يصيب المؤمن، فإن لم يقع الحادث فقد المؤمن حقه في الأقساط، وصارت حقاً لشركة التأمين^[1].

وينقسم التأمين التجاري من حيث موضوعه إلى قسمين رئيسيين:

أ- تأمين الممتلكات: ويتم بموجبه تأمين ممتلكات المؤمن له دون شخصه، حيث يلتزم المؤمن بالتعويض عن الخسائر المادية التي قد تصيب ممتلكاته المؤمنة، كتأمين الأموال من السرقة والحريق والغرق والموت وغيرها من المصائب والآفات المتلفة للأموال، ويكون التأمين مغطياً لقيمة الضرر الذي لحق بجميع الممتلكات أو بعضها. ويشمل هذا النوع من التأمين أيضاً: التأمين على المسؤولية اتجاه الغير، حيث يتم تعويض المتضرر عن الخسائر التي تحدث له نتيجة المسؤولية التقصيرية للمستأمن في مقابل الأقساط التي يدفعها (المستأمن)، كالتأمين ضد حوادث السيارات، أو ضد المسؤولية المدنية للمقاولين عن الحوادث التي تقع للغير بسبب العمل، والتأمين ضد مسؤولية الأطباء والصيادلة عن الأخطاء المهنية والفنية التي تحدث لهم أثناء العمل، وغيرها من الصور التي تعفي المستأمن من الرجوع عليه بالمسؤولية المدنية^[2].

ب- تأمين الأشخاص: وموضوعه التأمين ضد المخاطر التي يمكن أن تحدث للأشخاص المؤمنين، ويشمل ما يلي:

1- التأمين على الحياة: وهو عقد يتعهد المؤمن بموجبه أن يدفع مبلغاً من المال للمؤمن له عند موته أو عند بقاءه حياً بعد مدة معينة، مقابل أقساط يدفعها المؤمن له للمؤمن في شكل دفعات منتظمة، وله صور ثلاث، أولها: التأمين لحالة الوفاة: والمقصود به أن المؤمن لا يدفع مبلغ التأمين إلا بعد حصول الوفاة، فيدفعه حينئذ للمستفيد الذي عينه المؤمن أو للورثة. والثانية: التأمين لحالة بقاء المؤمن على حياته، حيث يدفع المؤمن له للمؤمن أقساطاً لمدة معينة، وبانتهائها يلزم المؤمن بإجراء راتب شهري للمؤمن له في حال بقاءه على قيد الحياة.

^[1]انظر: الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 270.

^[2]انظر: السنهوري: الوسيط، ج7، ص: 1400-1641، وأحمد سالم ملحم: التأمين الإسلامي، دار الإعلام، الأردن، ط1، 2002م، ص: 39-42، وعيسى عبده: التأمين بين الحل والتحريم، دار الاعتصام، القاهرة، ط1، 1978م، ص: 22-25-

والثالثة: التأمين المختلط: وهو عقد يلتزم المؤمن بموجبه بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد إذا مات المؤمن له على حياته خلال مدة معينة، أو إلى المؤمن على حياته نفسه إذا بقي حياً عند انقضاء تلك المدّة في مقابل القسط الذي يدفعه المؤمن على حياته^[1].

وبناء على هذا التفصيل اختلف الفقهاء في مشروعية عقود التأمين التجاري إلى ثلاثة

مذاهب، هي:

المذهب الأول: عدم جواز هذا النوع من التأمين بجميع أقسامه وفروعه، وهو رأي أغلب الفقهاء^[2]. ويستند إلى جملة من الأسباب أهمها:

أولاً: الغرر الفاحش: فالتأمين التجاري عقد ينطوي على غرر فاحش، يتجلى في احتمالية حصول العوض للمستأمن، وفي عدم تمكّن الطرفين وقت العقد من العلم بمقدار العوض، وفي الأجل أيضاً - كما في عقد التأمين على الحياة- حيث لا يُعلم عند التعاقد وقت حصول الورثة على مبلغ التأمين. والغرر مفسد لعقود المعاوضات^[3]، لما ورد أن رسول الله-صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع الغرر^[4].

ثانياً: الربا: فالتأمين التجاري يتضمن الربا بنوعيه- ربا الفضل و ربا النسيئة-؛ لأن حقيقة عقد التأمين التجاري بيع نقد بنقد، حيث يدفع المستأمن قسط التأمين مقابل أخذ مبلغ التأمين عند حدوث الخطر، فإن كانا متساويين تلبّس العقد بربا النسيئة من جهة تأجيل قبض أحد

^[1]انظر: السنهوري: الوسيط، ج7، ص:1280-1281، وإبراهيم بن عبد الرحمن العروان: عقد التأمين التجاري وحكمه، ص:24-25، وعثمان الحقل: المعاملات التأمينية بين الفقه الإسلامي والقانون، مطابع الفرزدق التجارية، الرياض، ط1، 1407هـ، ص:50، وغريب جمال: التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، دمشق، 1975م، ص:50 وما بعدها.

^[2]انظر: عيسى عبده، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، ص:137، وإبراهيم بن عبد الرحمن العروان: عقد التأمين التجاري وحكمه، ص:54، وحسين حامد: حكم الشريعة في عقود التأمين، ص:53 وما بعدها، وعثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:98 وما بعدها، وعلي السالوس: المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1406هـ-1986م، ودار الاعتصام، القاهرة، ط2، 1413هـ-1992م، ص:380 وما بعدها، والزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص:268، وجاسم سلمان الشمري: علاقة السياسة الشرعية بالفتوى في المعاملات المالية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1436هـ-2015م، ص:291 وما بعدها، والمطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص:224 وما بعدها، ورفيق المصري: الخطر والتأمين، ص:99 وما بعدها، ومجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة الثانية، ع2، ج2، 1407هـ-1986م، قرار رقم:5، ص:644-650.

^[3]انظر: القرافي: الفروق، ج1، ص:348.

^[4]حديث النهي عن بيع الغرر، رواه الإمام مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، رقم(1513)، [1153/3]، من حديث أبي هريرة-رضي الله عنه-.

العوضين، وإن كانا متفاضلين فقد اجتمع في هذا العقد ربا الفضل و ربا النسيئة. يضاف إلى ذلك أن معظم الشركات تستثمر أموال التأمين في المعاملات الربوية، والربا بنوعيه محرم بالنص والإجماع، ومفسد للعقود.

ثالثا: القمار^[1]: إن التأمين التجاري ضرب من ضروب القمار؛ لأن الشخص الذي يأخذ على عاتقه ضمان الخطر يراهن على تحققه (الخطر)، فإذا لم يتحقق كسبَ المبلغ الذي دفع له، وإذا تحقق دفع مبلغا يزيد كثيرا عما قبضه^[2]. والقمار محرّم بعموم النهي عن الميسر لاشتراكها في معنى القيام على المخاطرة بين طرفين بهدف الحصول منه على المال من أحدهما^[3]. قال- تعالى:- ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحُمُرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة:90].

هذه هي أهم الأدلة التي استند إليها هذا الفريق من الفقهاء في تحريم عقد التأمين التجاري بجميع أقسامه، واعتباره تصرفا باطلا، وطريقا إلى أكل أموال الناس بالباطل. قال-تعالى:- ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء:29].

المذهب الثاني: جواز عقود التأمين التجاري بجميع أنواعها، بشرط أن تكون خالية من الربا^[4]. ويعتمد أصحاب هذا الرأي على الاستدلال ببعض العمومات والأقيسة، ومناقشة أدلة المانعين والتعقيب عليها، ومن أهم ما ورد عنهم:

أولاً: إن عقد التأمين التجاري عقد تكافل وتضامن اجتماعي، والمقصد الأعظم فيه هو التعاون على راب آثار الكوارث الواقعة على الإنسان في نفسه أو ماله عن طريق تجزئتها وتوزيعها على مجموع المستأمنين، بدلا من أن يتحمل أضرارها الشخص المصاب وحده، ومهما تعددت

^[1]القمار هو: المخاطرة التي لا يدري فيها أي الفريقين أين يذهب بمال صاحبه[انظر: أبو عبيد، القاسم بن سلام: الأموال، تحقيق: محمد خليل هراس، دار الفكر، بيروت، 1395هـ، ص:592].

^[2]انظر: السنهوري: الوسيط، ج7، ص:1086.

^[3]انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص:627، والجعبري: تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية، ص:107.

^[4]من أبرز الفقهاء القائلين بهذا الرأي: الأستاذ مصطفى الزرقا: في بحث له ألقاه في أسبوع الفقه الإسلامي المنعقد في دمشق من 15 إلى 20 شوال1380هـ(1-5 أبريل1951م)ونشر في مجلة دنيا القانون، ع(10،8،7،6،5،11)1961م، والشيخ عبد الرحمن عيسى: في كتاب له عن المعاملات المستحدثة، والدكتور محمد يوسف موسى: في جواب له نشر بمجلة الأهرام الاقتصادي ع(132)، بتاريخ:15 فبراير 1961م[انظر: عيسى عبده، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، ص:137-138، ورفيق المصري: الخطر والتأمين، ص:99]

تطبيقاته فإنه لا يخرج عن معنى التعاون والتكافل الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية. ويلزم من هذا أنه إذا جاز القول بجواز عقود التأمين التعاوني، جاز القول بذلك في عقود التأمين التجاري، لاجتماعهما في معنى التعاون.

ونوقش هذا التعليل بأن التأمين التجاري لا يقوم على فكرة التبرع والتعاون بالمعنى الصحيح، فحتى وإن كان التعاون في الفكر الغربي أو القانوني يعبر عن تبادل المساعدة على أساس التضامن بين أفراد المجتمع دون استغلال شخص لآخر، أو جماعة لأخرى، فإن هذا التعاون في واقع التأمين التجاري هو مجرد وهم وتغطية، إذ قد حوّل اليهود وتجار النقود إلى نظام تجاري ربوي تستغل فيه شركات التأمين أموال المستأمنين استغلالاً محجفاً، وتحقق من خلاله أرباحاً طائلة، وتزيد على ذلك بتمثير أموال التأمين في أعمال الربا، فلا يمكن الانخداع بمزاعم التعاون والتضامن، ولا يصح الاستدلال بها على جواز عقود التأمين التجاري^[1].

ثانياً: إن عقد التأمين التجاري عقد مستحدث اقتضته الضرورة والحاجة، وإن الأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز^[2]، وأدلة الشريعة ومقاصدها متضافرة على استحسان ما يحقق مصالح الناس ويدفع عنهم المشقة والحرَج. ورُدَّ هذا الاستدلال بأن عقد التأمين التجاري عقد مستحدث فعلاً، ولكنه في حقيقته وتطبيقاته ينطوي على موانع شرعية تقدر في ملائمته للنظام الشرعي للعقود؛ لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة ما لم تخالف النصوص أو القواعد الشرعية، والموانع الملحوظة في هذا العقد كافية لنقله من أصل الإباحة إلى التحريم^[3]، كما وإن من الأصول المسلمة في الشريعة الإسلامية أن الغايات والمقاصد المشروعة لا يجوز التوسل إليها إلا بالطرق المشروعة، فالتعاون على ترميم آثار الأخطار وجبر ما تجرّه على الناس من أضرار أمر يتفق مع مقاصد الشريعة، ولكن يجب مراعاة أن يكون ما يحقق ذلك من الوسائل المشروعة أيضاً، وليس عقد التأمين التجاري واحداً منها؛ لما ينطوي عليه من غرر وخطر كما

^[1] انظر: المطيعي: *تكملة المجموع*، ج7، ص: 234، والزحيلي: *المعاملات المالية المعاصرة*، ص: 265-266.

^[2] انظر: يوسف كمال: بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي-بنك دبي الإسلامي-السنة الثانية-(1984م)، المجلد الثاني، ص: 490.

^[3] انظر: مجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة الثانية، ع2، ج2، 1407هـ-1986م، قرار رقم: 5، ص: 645، وإبراهيم بن عبد الرحمن العروان: *عقد التأمين التجاري وحكمه*، ص: 31-32.

تبيّن سلفاً. ولقد شرع الله -تعالى- من المعاملات وفتح من المسالك المشروعات ما يكفي ويغني في تحقيق مصالح الخلق وسدّ حاجاتهم في هذا الباب^[1].

ثالثاً: إن القول بأن التأمين التجاري عقد معاوضة ينطوي على غرر كثير، والغرر الكثير يفسد عقود المعاوضات، قد يلزم منه القول بأن التأمين التعاوني أيضاً ليس تبرعاً محضاً، بل هو تبرع مشروط (أ تبرع لك بشرط أن تتبرع لي) فمعنى المعاوضة ظاهر فيه، وإذ قد جاز فيه اغتقار الغرر، فينبغي أن يصحّ عقد التأمين التجاري مع الغرر كذلك. ثم إن الحكم على الغرر في المعاوضات بأنه كثير أو يسير أمر نسبي؛ أي: لا ينظر فيه إلى مقدار الغرر في ذاته فقط، وإنما ينظر إلى مقداره بالنسبة إلى المصلحة التي يحقّقها. فإذا ثبت أن مصلحة التأمين في الاقتصاد مصلحة عامة معتبرة، فإن ما يلبس التأمين من غرر قد يعدّ مغتقراً أمام هذه المصلحة الاقتصادية العليا التي تُعرف من الوظائف والمنافع الاقتصادية والاجتماعية التي يقدّمها التأمين، لا سيما إذا كان هذا الغرر غرراً على المستوى الجزئي (مستوى الأفراد)، لا على المستوى الكلي (مستوى الجماعة). ومن المقرر في الفقه أن الغرر يمكن اغتقاره في المعاوضات أيضاً إذا كانت للناس حاجة إليه، وإن كان الغرر في التبرعات أيسر وأكثر شيوعاً، وقد شرع عقد الجعالة، وهو معاوضة تنطوي على غرر كثير لحاجة الناس إليه^[2].

ونوقش هذا القول بأن التأمين التعاوني مؤسس على التبرع المحض، وشبهه المعاوضة منتفية عنه كما سلف بيانه، فلا وجه للتسوية بينه وبين التأمين التجاري -القائم على الغرر الفاحش- في مدى التأثير بالغرر الكثير. وأما القول باغتقار الغرر في التأمين التجاري بدعوى أن مصلحته في الاقتصاد عامّة ومعتبرة، والحاجة إليه كذلك، والغرر يغتفر مع الحاجة، فيتوجّه الردّ عليه بأن حاجة الناس إلى التأمين عامة فعلاً، خصوصاً في هذا العصر الذي كثرت فيه الفواجع والمصائب، لكن مجرد الحاجة لا يكفي لقبول عقد التأمين على ما فيه من غرر، ما لم تكن الحاجة متعينة؛" ولذا فإن قواعد الفقه الإسلامي تقضي بمنعه؛ لأنه عقد معاوضة فيه غرر كثير من غير حاجة، إذ من الممكن أن نحتفظ بعقد التأمين في جوهره ونستفيد بكل مزاياه مع

^[1] انظر: حسين حامد: حكم الشريعة في عقود التأمين، ص: 132-133، والزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 267، وصالح العلي: المؤسسات المالية الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ص: 357، والجعبري: تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية، ص: 110، والمطيعي: تكملة النووي، ج7، ص: 234.

^[2] انظر: رفيق المصري: الخطر والتأمين، ص: 60-68، والزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 267، ص: 298، وجاسم الشمري: علاقة السياسة الشرعية بالفتوى في المعاملات المالية، ص: 298.

التمسك بقواعد الفقه الإسلامي، وذلك بإبعاد الوسيط الذي يسعى إلى الربح، وجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً^[1].

رابعاً: واستدلّ المجيزون بقياس عقد التأمين على جواز ضمان خطر الطريق. وصورته -كما نصّ عليها الحنفية^[2]-: أن يقول رجل لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن أخذ مالك فأنا ضامن، فلو أخذ ماله ضامن. فالتزام الضامن هنا هو نفس التزام المؤمن بضمن المؤمن له عند وقوع الخطر.

واعترض عليه بأن ضمان خطر الطريق لا يثبت إلا إذا كان هناك تغير من هذا الضامن، بأن كان يعلم ما في الطريق من مخاوف ومخاطب، وكان صاحب المال الذي يسلك به الطريق -بناء على ذلك الإرشاد- لا يعلم أصلاً بهذه المخاوف، فضمن السلامة حينئذ يجب تضمينه المال الهالك، بسبب التغير الذي كان منه، لا بسبب آخر. وبهذا التوجيه يظهر الفارق الذي ينتقض به القياس^[3].

كما استندوا أيضاً إلى قياس عقد التأمين على نظام العاقلة، باعتبار أن الشرع ألزم العاقلة بتحمل دية قتل الخطأ عن القاتل، وبتقاسمها بين أفرادها لأجل تفتيت أثر المصيبة عن الجاني، وغاية ما تقوم به شركات التأمين التجاري ترميم الأخطار، وتجنب المصائب^[4]. ورُدّ بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الأصل في تحمل العاقلة لدية الخطأ وشبه العمد ما بينها وبين الجاني من الرحم والقرابة التي تدعو إلى النصرة والتواصل والتعاون وإسداء المعروف ولو دون مقابل، وعقود التأمين التجارية عقود استغلالية تقوم على معاوضات مالية لا تمت إلى عاطفة الإحسان وبواعث المعروف بصلة^[5].

ومن الأقيسة التي استعملت لتأييد موقف المجيزين: قياس التأمين التجاري على نظام الضمان الاجتماعي ونظام التقاعد، بجامع أن المؤمن له يدفع -في كلا النظامين- قسطاً ضئيلاً دورياً لا يدري كم يستمر في دفعه، وكم يبلغ مجموعته عند التقاعد أو الوفاة، وفي كليهما يأخذ هذا الشخص أو أسرته مقابل هذا القسط الضئيل مبلغاً دورياً في التقاعد، وفورياً في

^[1]الضرير: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص: 658.

^[2]انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج7، ص: 193.

^[3]انظر: المطيعي: تكملة المجموع، ج7، ص: 265، والديبان: المعاملات المالية-أصالة ومعاصرة-، ج4، ص: 181،

وشبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص: 108.

^[4]انظر: الزرقا: نظام التأمين، ص: 62.

^[5]انظر: مجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة الثانية، ع2، ج2، 1407هـ-1986م، قرار رقم: 5، ص: 647.

التأمين على الحياة- قد يتجاوز كثيرا مجموع الأقساط^[1]. ونوقش بأن نظام الضمان الاجتماعي -ومنه التقاعد- تمارسه أو تفرضه وتشرف عليه الدولة انطلاقا من واجبها الشرعي في رعاية مصالح الموظفين والعمّال، وحقّها في تقدير وتدبير الوسائل المناسبة لتأمين ظروف الحياة الكريمة لهم حال العجز والمرض والشيخوخة، فهو نظام مؤسّس على مبدأ التكافل والتعاون، بدليل أن الدولة قد تضطر لدعم هذا الصندوق إذا عجز عن الوفاء بالتزاماته للمشاركين، فلا يمكن أن يقاس على هذا النظام ما تقوم به شركات التأمين التجاري باعتبار أن نشاطاتها تركز على تحقيق الربح وتجنب الخسارة، وينعدم في فلسفتها أي اعتبار لمصلحة المؤمن له^[2]. كما استدل المجيزون أيضا بقياس عقود التأمين التجاري^[3] على كثير من العقود والتصرفات الشرعية المبنية على مقصد الإرفاق، ولكنه-في تقدير المانعين- قياس منقوض بقادح الفرق^[4].

- **الترجيح:** تخلص الموازنة بين آراء الفقهاء في موضوع التأمين التجاري إلى ترجيح موقف القائلين بعدم مشروعيتها، للاعتبارات التالية:

أ- قوة الحجّة على كون التأمين التجاري من عقود المعاوضات المحضّة، فيلزم من ذلك بطلانه؛ لما يشتمل عليه من المحاذير والموانع الشرعية التي تتنافى مع صحة عقود المعاوضات المالية، ومنها على وجه الخصوص: اشتماله على الربا والغرر الكثير.

ب- ضعف الأدلّة التي اعتمد عليها المجيزون، من حيث كونها في الجملة عمومات يرد عليها التخصيص، أو أقيسة لا تتسجم مع الضوابط الأصولية لقاعدة القياس.

ج- اتفاق أغلب الفقهاء، وكل الهيئات والجامع الفقهي على عدم جواز التأمين التجاري، ومن ذلك ما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الأولى المنعقدة في: 10 شعبان 1398هـ، بمكة المكرمة، حيث نص على أنه بعد الاطلاع على كثير مما كتبه العلماء،

^[1] انظر: مصطفى الزرقا: نظام التأمين، ص: 57.

^[2] انظر: المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي: بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي، ط1، 1400هـ-1980م، ص: 520.

^[3] انظر: مجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة الثانية، ع2، ج2، 1407هـ-1986م، قرار رقم: 5، ص: 647، والمطيعي: تكملة المجموع، ج7، ص: 234-242، والكبي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، ص: 213-214.

^[4] يرد مصطلح الفارق أو الفرق عند الأصوليين في باب القياس ضمن قواعد العلة، ومعناه: إبداء المعترض معنّى يحصل به الفرق بين الأصل والفروع، حتى لا يُلحَقَ به في حكمه. وعرفه القرافي بأنه: "إبداء معنى مناسب للحكم في إحدى الصورتين مفقود في الأخرى" انظر: ابن النجار: شرح الكوكب المنير، ج4، ص: 320، والقرافي: شرح تنقيح الفصول، ص: 313.

وما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة بمدينة الرياض، بتاريخ: 1397/4/4هـ، في القرار رقم (55) من التحريم للتأمين التجاري بجميع أنواعه، وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك، قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو على البضائع التجارية أو غير ذلك^[1].

3- التأمين التعاوني:

يعدُّ نظام التأمين التعاوني بديلاً شرعياً اهتدى إليه أعلام الفقه الإسلامي المعاصر في سياق البحث والنقاش العلمي حول صيغ التأمين القائمة على المعاوضة والاسترباح؛ لأن الفكر الاجتهادي الجاد لا يقف عند حدود المنع والتحريم لكل ما يُطرح في سوق المعاملات المالية، بل يمضي إلى تفصيلها وتحليلها، ويسعى بعد ذلك إلى صياغة البدائل والوسائل الشرعية التي تسدّ الحاجة لكل معاملة تتعلق بها مصالح الخلق^[2]. يقول الدكتور وهبة الزحيلي -رحمه الله-: " بعد أن طال البحث بين الفقهاء المعاصرين في موضوع التأمين لما يزيد عن الستين عاماً استقر العمل في شركات التأمين الإسلامية على الأخذ بمبدأ التأمين التعاوني البديل المتعين شرعاً للتأمين التجاري؛ لأن الشريعة الإسلامية لا ترفض نظام التأمين من حيث المبدأ، ولكن من حيث كونه نظاماً تجارياً قائماً على أساس وجود وسيط، يقصد الربح ويستغل أموال المستأمنين"^[3].

والتأمين التعاوني: "عقد تأمين جماعي يلتزم بموجبه كل شخص بدفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع؛ لتعويض المتضررين منه على أساس التكافل والتضامن، عند تحقق الخطر المؤمّن منه، وتُدار فيه العمليات التأمينية من قبل شركة متخصصة على أساس الوكالة بأجر معلوم أو بدون أجر"^[4]. وعُرف بأنه: "عقد تبرع يقصد به أصالة التعاون على تفتيت الأخطار

^[1] انظر: مجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة الثانية، ع2، ج2، 1407هـ-1986م، قرار رقم: 5، ص: 643 وما بعدها.

^[2] اتفق الفقهاء المعاصرون على مشروعية التأمين التعاوني وكونه البديل الأمثل عن التأمين التجاري، وفي هذا الشأن قرّر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالإجماع موافقه على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (51) بتاريخ 1397/4/4هـ، المتضمن جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم. انظر: مجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة الثانية، ع2، ج2، 1407هـ-1986م، قرار رقم: 5، ص: 648.

^[3] انظر: وهبة الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 263.

^[4] انظر: أحمد سالم ملحم: التأمين الإسلامي، دار الأعلام، الأردن، ط1، 2002م، ص: 73.

والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر^[1].

وتتمثل صورته العملية في أن يتفق مجموعة من الأشخاص المعرضين لأخطار متشابهة على التبرع باشتراكات محددة، تخصص لأداء التعويض المستحق لمن يصيبه الضرر، وإذا زادت الاشتراكات على مبالغ التعويض، ردت على المشتركين^[2]، وإذا نقصت طولبوا باشتراك إضافي لتغطية العجز^[3]. وتُدار مهام التأمين -اكتتاباً وتنفيذاً- من طرف شركات خاصة بالتأمين التعاوني بصفة الوكالة، وقد يكون ضمن مؤسسات التأمين التعاوني كما هو الحال في التأمينات الاجتماعية، ورواتب التقاعد، والتأمين الصحي، وغيرها^[4].

ويمكن لشركة التأمين التعاوني أن تستثمر أموال المشتركين بكافة أوجه النشاط الاستثماري المشروعة، وترصد ريع تلك الأموال لدعم الغاية الأساسية من الصندوق بتعزيز القدرة المالية على تعويض المشتركين المتضررين، ولا يجوز توزيع الأرباح على المساهمين وحدهم؛ لأن المال متبرع به أصلاً، وإلا وقعت الشركة في دائرة الشبهات^[5]، ويمكن تخصيص نسبة من الأرباح للمؤسسين مقابل الإدارة^[6].

^[1]انظر: عثمان بابكر: قطاع التأمين في السودان-تقويم تجربة التحول من نظام التأمين التقليدي إلى التأمين الإسلامي،

المعهد العالمي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، 1418هـ، بحث رقم:46، ص:19.

^[2]هذا القول مخرج على أن المشترك لا يتبرع بكامل القسط وعوائد استثماره، بل بما يكفي لدفع التعويضات المطلوبة من الشركة خلال المدة، والباقي يكون على ملك المشترك، ويمكن توزيعه على أفراد جماعة المشتركين على شكل فوائض تأمين[انظر: حسين حامد: التأمين على الحياة والسيارات والحق التعويضي والجهة المستفيدة في التأمين، بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني -أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه، 26-27 ربيع الثاني 1431هـ-11-13/04/2010م، ص:4]

^[3]انظر: الضيرير: الغرر وأثره في العقود، ص:638-639.

^[4]انظر: قلعه جي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص:156، والمطيعي: تكملة المجموع، ج7، ص:247.

^[5]هذا الرأي تضمنه قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الذي نص على جواز التأمين التعاوني الذي يتكون من تبرعات المحسنين، ويقصد به مساعدة المحتاج والمنكوب، ولا يعود منه شيء للمشاركين، لا رؤوس أموال ولا أرباح ولا أي عائد استثماري؛ لأن قصد المشترك ثواب الله -تعالى- بمساعدة المحتاج، ولم يقصد عائداً دنيوياً، وذلك داخل في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة:2]. [انظر: مجلة البحوث الإسلامية، العدد50، 1417هـ-1418هـ].

^[6]انظر: شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص:131، ومجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ج7، 1411هـ، ص:143-145. ومن الفقهاء والباحثين من يرى جواز توزيع جزء مما تحققه الشركة من صافي أرباحها على الأعضاء المؤسسين بنسبة ما دفعه كل منهم، بشرط أن لا يكون له تأثير على الغرض الأساسي الذي أنشئت الشركة من

4- مقومات عقد التأمين التعاوني:

يقوم عقد التأمين التعاوني على ثلاثة أركان هي:

-الركن الأول: العاقدان: وهما المشترك أو المستأمن من جهة، وهيئة المشتركين أو صندوق التأمين من جهة أخرى، ويشترط فيهما أهلية التعاقد. أما شركة التأمين فليست ركنا في هذا العقد، بل هي وكيل عن هيئة المشتركين أو صندوق التأمين في إدارة جميع أعمال التأمين، وقد تكون هذه الوكالة بأجرة، وقد تكون بغير أجرة.

-الركن الثاني: محل عقد التأمين التعاوني، ويتمثل في أمرين:

1- القسط المتبرع به من قبل المستأمن الذي يمكنه دفعه مرة واحدة، أو على أقساط محددة، ويسمى في التأمين الإسلامي: قيمة الاشتراك، وفي التأمين التجاري: القسط.
2- ومبلغ التأمين: وهو المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين للمشارك عند حصول الخطر المؤمن عليه.

-الركن الثالث: الصيغة: وهي الإيجاب والقبول، وقد جرى العرف التأميني أن يكونا مكتوبين في عقود نمطية.

أما الخطر فلا يعدّ ركنا كما هو في التأمين التجاري، بل يعدّ سببا لحصول التأمين، ويكفّف على أساس الهبة بشرط الثواب، أي: إن المستأمن يهب جزء من الأقساط بشرط تعويضه عند وقوع الخطر(الحادث)^[1].

-**خصائص التأمين التكافلي:** تتلخص أهم الخصائص التي تُميّز التأمين التعاوني عن التأمين التجاري فيما يلي:

1- يقوم التأمين التعاوني على التبرع الذي يهدف إلى التعاون على تفتيت الأخطار؛ فالأقساط التي تدفع من طرف المشتركين تأخذ صفة التبرع، أما التأمين التجاري فهو عقد قائم على المعاوضة المالية الاحتمالية^[2]. ويترتب على هذا الفرق أن الأقساط الزائدة عن التعويضات والمصاريف تكون ربحا وملكا لشركة التأمين التجاري بصفتها طرفا أصيلا في العقد؛ ولذلك تسعى هذه الشركات إلى تضخيم قيمة الأقساط لزيادة أرباحها على حساب المشتركين. أما

أجله[انظر: زكريا محمد الفالح القضاة: السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الأردن، ط1، 1984م، ص:457-458].

^[1]انظر: القره داغي: التأمين الإسلامي-دراسة فقهية تأصيلية-، دار البشائر، بيروت، ط2006م، ص:230-235.

^[2]انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، ع2، ج2، قرار رقم:5، ص:648.

شركة التأمين التعاوني فهي مجرد وكيل عن هيئة المشتركين، فلا تملك الأقساط ولا عوائدها، بل تبقى خاصة بحساب التأمين، وما زاد رُدَّ على المشتركين، ويمكن للشركة أن تأخذ أجره الوكالة على إدارة أعمال التأمين، كما يجوز لها أن تأخذ نسبتها من الربح عن طريق المضاربة الشرعية^[1].

2- يصرف التعويض في التأمين التعاوني من مجموع الأقساط المتاحة، فإذا لم تف هذه الأقساط بقيمة التعويضات، طُلب من المشتركين الزيادة لسد عجز التعويض، وإلا لم يقع التعويض لعدم وجود التزام تعاقدى بذلك. أما التأمين التجاري فمبني على الالتزام بالتعويض، مقابل أقساط التأمين؛ ولذلك فإن الشركة وحدها مطالبة بتحمل مخاطر الأصل المؤمن عليه مهما بلغت، ومن هنا يظهر أثر الغرر والقمار في هذه المعوضة التي لا تسمح بربح الطرفين، بل بربح أحدهما وخسارة الآخر، وهذا أكل لأموال الناس بالباطل^[2].

3- إن التأمين التعاوني نظام قائم على مبادئ الشريعة الإسلامية، ومرتبطة بمقاصدها الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية، وأخذ بمقتضاها في إرساء قيم العدل والتراحم والتكافل، أما التأمين التجاري فهو نظام قائم على نوازع الفردية والأنانية والمادية البحتة، ويهدف إلى تحقيق الأرباح من خلال المتاجرة بالأمان، واستغلال حاجة الناس إليه بالتغريب والربا والمقامرة^[3].

هذه هي أهم المحددات النظرية التي اعتمدها الفقه الإسلامي المعاصر في صياغة عقد التأمين بصبغته الشرعية، قصد الوفاء بالحاجة العامة إلى هذه المعاملة، واستيفاء مصالحها في حياة الناس.

وفي هذين النموذجين-عقد المرابحة للأمر بالشراء وعقد التأمين التعاوني- ما يؤكد الأثر البالغ لمبدأ الحرية التعاقدية في تحرير النظر الفقهي من الكلل والجمود، ودفعه إلى آفاق التجديد والإبداع، بما يحقق مقاصد الشرع في رحمة الخلق وتيسير شؤونهم.

^[1] انظر: سالم سويلم: وقفات في قضية التأمين، مركز البحث والتطوير شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، 1423هـ-2002م، ص: 21 وص: 27.

^[2] انظر: المرجع نفسه، ص: 23.

^[3] انظر: حسين شحاتة: نظام التأمين التكافلي -بديل إسلامي لنظام التأمين المعاصر- سلسلة دراسات وبحوث في الفكر الاقتصادي الإسلامي، ص: 5.

المبحث الثاني

حرية الاشتراط التعاقدية (التقييدي) وأثرها في تفسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

أحكم التشريع الإسلامي بناء العقد بأركان وشروط محددة، وضبط آثارها المقصودة، وجعل هذه الضوابط والمقاصد معياراً لمشروعية العقود، وطريقاً إلى تحقيق التوازن في الحقوق والالتزامات^[1]، غير أن الآثار والأحكام المرتبة على عقود المعاملات المالية، قد لا تفي برغبة العاقد، ولا تلبي حاجاته من العقد، فيحتاج إلى تقييده بشرط أو شروط تحقق له مصلحة زائدة؛ كأن يشترط المشتري على البائع إيصال المبيع إلى محلّه، أو أن يشترط المؤجر على المستأجر دفع الأجرة سلفاً عن مدة الإيجار كلها.

ومن هنا يثار التساؤل حول مشروعية هذا النوع من الشروط الجعلية، ومدى حرية العاقد في إيرادها على عقود المعاملات المالية، وأثرها في التيسير ورفع الحرج.

المطلب الأول: مفهوم الاشتراط التعاقدية

الاشتراط في اللغة: مصدر اشتراط، من شرط عليه بمعنى ألزمه به. والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وشرط عليه شرطاً: ألزمه شيئاً^[2]. وأورد الجرجاني في تعريفاته، بأن الشرط: "هو ما يتوقف ثبوت الحكم عليه، وهو في اللغة: عبارة عن العلامة، ومنه أشرط الساعة، والشروط في الصلاة"^[3].

[1] هذه الآثار والنتائج يعبر عنها الفقهاء بـ"مقتضى العقد" ويقصدون به: مجموع الالتزامات التي يستلزمها العقد، فيعتبر العاقد مكافئاً بها دون حاجة إلى اشتراطها صراحة من العاقد الآخر، كالتزام البائع بتسليم المبيع وضمان العيب، والتزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع. فهذه الالتزامات وأمثالها في كل عقد قد جعلها الشارع آثاراً للعقد الذي ينشئها بحسب الحاجة، تحقيقاً للتوازن الواجب الرعاية بين العاقدين في الحقوق والواجبات. والمرجع في تحديد مقتضيات العقود نصوص الشريعة وآراء الفقهاء في الباب المخصوص لكل عقد من العقود [انظر: فتحي الدريني: *بحوث فقهية مقارنة*، ج2، ص: 369-372، ومصطفى الزرقا: *المدخل الفقهي العام*، ج1، ص: 519-520].

[2] انظر: الفيروز آبادي: *القاموس المحيط*، ج2، ص: 673، والمعجم الوسيط، ص: 479، والكفوي: *الكليات*، ص: 527.

[3] انظر: الجرجاني: *التعريفات*، ص: 166.

والشرط في اصطلاح الفقهاء: هو التزام في التصرف القولي (العقد)، لا يستلزمه ذلك التصرف في حال إطلاقه^[1]. والاشتراط يطلق على تصرف العاقد المتضمن وضع شروط أثناء التعاقد، بغرض التعديل من آثار العقد.

ويشترط الفقهاء في صحة اعتبار الاشتراط: أن يكون الشرط مقترنا بالعقد، فلا يدخل في معناه ما كان من الشروط السابقة للعقد ولا اللاحقة له^[2]. وأن يكون صادرا عن العاقد؛ بمعنى أن إنشائه وتحديده يرجع إلى إرادة العاقد ورغبته، ويسمى شرطا جعليا أو وضعيا أو إراديا؛ لأنه يُشترط بتصرف العاقد وإرادته^[3].

ويدخل في هذا القسم من الشروط: الشرط العرفي^[4]، وهو ما يتقيد به الناس بناء على ما اعتاده جمهورهم، وما ألفوه من قول أو فعل في عقودهم وتصرفاتهم، أما الشروط المقررة بالشرع فهي شروط شرعية، لا جعلية ولا عرفية وتتقسم الشروط الجعلية باعتبار أثرها في العقد إلى قسمين:

^[1]انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:506.

^[2]انظر: البهوتي: كشف القناع، ج4، ص:1419، وشبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص:252. وبين مذاهب الفقهاء في هذه المسألة -اعتبار الشرط المتقدم والمتأخر- تفاوت واختلاف، مفاده: أن الظاهرية والشافعية يعتبرون الشرط المتقدم عن العقد وعدا، لا أثر له في العقد، ولا يجب الالتزام به قضاء. والمالكية والحنابلة يذهبون إلى أن الشرط المتقدم عن العقد يأخذ حكم الشرط المقارن له. وللحنفية تفاصيل دقيقة في اعتبار هذا النوع من الشروط. أما الشروط المتأخرة عن العقد (التي يشترطها العاقدان بعد إبرام العقد) فقد ذهب المالكية إلى عدم الاعتداد بها مطلقا، صحيحة كانت أم فاسدة. وهي عند الحنابلة والشافعية معتبرة إذا شرطت قبل لزوم العقد، لا بعده. أما الحنفية فيعتدون بها مطلقا[انظر: إبراهيم بك: العقود والتبرعات والخيارات، ص:71، والنووي: كتاب المجموع، ج9، ص:274، وابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، ص:220-221، وابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص:3 وما بعدها، وزكي الدين شعبان: نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية القاهرة، 1968م، ص:56-57، ونشوة العلواني: عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003م، ص:93].

^[3]انظر: صالح غالم السدلان: الاشتراط في النكاح، دار معاذ للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1988م، ص:24.

^[4]وفي هذا السياق قعد الفقهاء طائفة من القواعد المؤكدة لأثر العرف في الاشتراط، منها: "الشرط العرفي كالشرط اللفظي"، "الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ"، "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم". والمقصود بهذه القواعد أن الشيء المعتاد في المعاملات يلزم في العقد كما لو نُصَّ عليه فيه نصا صريحا. وهي قواعد بالغة الأثر في بيان حدود المعاملات التجارية، سواء في العقود التي تبرم بين التجار: كالبيع، والإجارة، والكفالة، والوكالة، أو في بيان طريقة التعامل بينهم: كتحسن البضائع بطريقة معينة، والدفع بالنقد أو بالأجل، وفي سائر المعاملات الأخرى[انظر: عادل بن عبد القادر قوته: العرف وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة، ج1، ص:312].

1- الشرط التقييدي: وهو التزام أمر لم يوجد، في أمر وجد، بصيغة مخصوصة^[1]. وموضوع الاشتراط التعاقدى التقييدي هو تقييد الصيغة المنشئة للعقد، بشرط يظهر أثره في أحكامها^[2].

2- الشرط التعليقي: وهو ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بـ "إن" أو إحدى أخواتها^[3]. ويظهر أثره في تعليق آثار العقد -كما يأتي بيانه-.

ويكمن الفرق بين الشرطين في أن الشرط التقييدي يختص بكونه أمراً زائداً على أصل التصرف، وبكونه أمراً مستقبلاً. أما التعليق فهو ما دخل على أصل الفعل بأداته كإن وإذا، فيُجزم فيه بالأصل ويُشترط فيه أمر آخر^[4].

المطلب الثاني: مشروعية الاشتراط التعاقدى

لا تختلف تفاصيل موقف الفقهاء من أصل مشروعية الاشتراط التعاقدى عما تقدم عرضه في موقفهم من مدى حرية الإرادة في إنشاء العقود وتطويرها؛ ولذلك فإن خلاصة النظر في مشروعية الاشتراط تدور بين مذهب الظاهرية القائل بتحريم كل شرط يشترطه العاقد؛ لأن الأصل -حسب تقديرهم- هو براءة الذم من جميع الالتزامات، فلا حق لأحد العاقدين على الآخر إلا إذا كان مستمداً من الشارع، فهو الملزم، وهو الذي يثبت الحقوق التي لكل واحد من العاقدين على صاحبه، فبمقتضى استصحاب الحال يجب بقاء هذا الأصل حتى يجئ النص الشرعي المسوّغ للخروج عنه^[5]، وبين مذهب الجمهور المبني على أصل الإباحة في التعاقد والاشتراط؛ لأنه ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه، وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم. وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الحكم الشرعي عدم التحريم^[6].

^[1] انظر: أحمد بن محمد الحموي: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م، ج4، ص:41.

^[2] انظر: سلام مذكور: عقد الإيجار في الفقه الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 1404هـ-1984م، ص:93.

^[3] انظر: الزركشي: المنثور في القواعد، ج1، ص:13، والحموي: غمز عيون البصائر، ج4، ص:41.

^[4] المرجع نفسه.

^[5] انظر: الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص:36.

^[6] انظر: ابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، ص:200.

وفي التفصيل يستند الموقفان إلى نفس الأدلة والمناقشات التي وردت سابقا في موضوع الحرية التعاقدية.

ومشروعية الاشتراط التعاقدية - عند القائلين بها - مشروطة بعدم مصادمة نهي الشارع، أو مناقضة مقصود العقد ومقتضاه. فكل شرط أحل حراما، أو حرم حلالا، هو شرط باطل بالإجماع^[1]. ومثله كل شرط خالف ما رتبّه الشارع على العقد من آثار ونتائج^[2]، كأن يشترط عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة في الإجارة، أو عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري بالبيع. وداخل حدود هذه المشروعية تختلف أنظار الفقهاء في مدى حرية العاقد في الاشتراط توسيعا وتضييقا.

1- مذاهب الفقهاء في حرية الإرادة في الاشتراط التقييدي

اختلف الفقهاء في مدى حرية العاقد في الاشتراط إلى اتجاهين رئيسيين:

أ- اتجاه التضييق والتقييد: وهو اتجاه تمثله المذاهب الثلاثة: الحنفية والمالكية والشافعية، على تفاوت بينهم في مدى التضييق^[3].

^[1]يتعلق الإجماع بمنع الشروط التي تحرم الحلال أو تحل الحرام، ويستند على الأحاديث السابق ذكرها. لكن تتفاوت أنظار الفقهاء في تكييف الشروط داخل دائرة الحلال والحرام، ويستتبع ذلك الاختلاف في تصحيح الشرط وإبطاله حسب تقدير كل مذهب.

^[2]وهي الأحكام الأساسية التي تعتبر من مقاصد الشريعة ونظامها العام في العقود. وجدير بالتنويه أن البحث في مشروعية الاشتراط العقدي يرجع إلى علاقة الإرادة العقدية بموضوع العقد وغايته، ومدى تأثيرها في حكمه ومقتضاه. ذلك أنّ ترتيب آثار العقود وأحكامها إنما هو في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين - كما سبق البيان -. فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود ويحدّد آثارها في حقوق الناس، ويجعل كل عقد طريقا إلى نتائج معينة يرتبها عليه. وللاجتهاد في هذا السبيل عمل متمم في التفريع على ما أثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود، بالطرق التي فتحتها الشرع نفسه أمام الاجتهاد في غير المنصوص عليه، أي: بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو سدّ الدرائع، على اختلاف الاجتهادات في بعض الطرق. ومبنى النظر الفقهي في كون ترتيب آثار العقود من عمل الشارع هو أن العقد سبب شرعي، فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه إلى نتائج حقوقية يقرها بينهم. فالشارع يعود تحديد هذه النتائج، وإنما تستمد إرادة العاقدين سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحددها، فإن للشرع نظاما يحميه، وهو الكفيل بإقامة الحدود بين الحقوق الخاصة وإرادات أصحابها من جهة، وبين المصالح العامة وإرادة الشارع من جهة أخرى. كما أن الشارع هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناء على مباشرتهم لأسبابها، حفظا للتوازن، ومنعا للتغابن، وضبطا لنظام التعامل [انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 547-548، والشاطبي: الموافقات، ج1، ص: 339، وص: 432 وما بعدها].

^[3]يرى كثير من الفقهاء بأن المالكية هم في الواقع أقرب إلى قاعدة "الأصل في الشروط الإباحة لا الحظر"، وإنهم وإن لم يصرحوا بها ولم يتخذوها شعارا لفقهم في هذه المسألة، إلا أن لهم في الأخذ بالمصالح ما يجعلهم أكثر سعة في الشروط من الأحناف والشافعية، وفروعهم وتطبيقاتهم تشهد على ذلك [انظر: مذكور: المدخل لفقهاء الإسلام، ص: 656].

ويستند هذا الرأي إلى أن حكم العقد ومقتضاه يمثل الغاية النوعية التي رتبها الشارع على العقد ليحفظ توازن الحقوق بين العاقدين، فليس للعاقِد أن يخالفه، أو يضيف إليه شيئاً، أو يقيده بقيد إلا إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به؛ ولذلك كان الأصل في الشروط عندهم الفساد لا الصحة، وأن ما يصحّ من الشروط الجعلية يكون استثناء بنص من كتاب الله -تعالى- أو سنة عن رسول الله-صلى الله عليه وسلم-، أو أصل من أصول التشريع^[1]. وفي دائرة مسوغات الاشتراط -التي هي النصوص الشرعية وأصول الاستدلال، كالاستحسان والاستصلاح والعرف- تباينت آراء هذه المذاهب بين التضييق والتوسّع^[2]، وترتب على ذلك اختلافهم في تقدير الضوابط الحاكمة على تصنيف الشروط الجعلية وتكييفها، ومن أهمّها^[3]:

1- تصحيح الحنفية للشرط إذا كان موافقاً لمقتضى العقد، كاشتراط تسليم الثمن قبل تسلّم المبيع، أو كان ملائماً للعقد -كاشتراط الرهن والكفيل في عقد البيع-، أو ثبت جوازه بالشرع- كاشتراط الخيار-، أو جرى به عرف معتبر مما فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين-كاشتراط المشتري على البائع التكفل بنقل المبيع إلى محله، أو التعهد بصيانة المبيع مدة معينة-. وجواز هذا الشرط مستثنى من القياس استحساناً؛ لما في الخروج عن العرف من الحرج والمشقة. ويعدّ هذا مدخلاً إلى توسيع دائرة الشروط على مر العصور، مجارة لاحتياجات التعامل، أو مقتضيات المعاملات التجارية المتطورة، والنشاط الاقتصادي بوجه عام، وهي في معظمها تقوم على الأعراف السارية التي تسود تلك المعاملات بأحكامها، وهذا يؤدي إلى القول بأن الشروط الفاسدة قد زالت من معاملات الناس بفعل الزمن، وأن كل الشروط تكون صحيحة على مقتضى النظر الفقهي الحنفي، إلا أن تصادم نصاً أو قاعدة شرعية مقررة^[4]. وفيما سوى

^[1] انظر: حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيلية، الرياض، ط1، 1430هـ-2009م، ص:332، وعلي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت، دار الثقافة، قطر، ط7، 1429هـ-2008م، ص:565 وما بعدها، ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:549.

^[2] انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:243.

^[3] اكتفيت هنا بعرض الضوابط العامة لحرية الاشتراط-دون التعرض للتفاصيل- لوفائها بما يقتضيه سياق البحث.

^[4] انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:522، والشاذلي: نظرية الشرط، ص:311، والدريني: بحوث فقهية مقارنة، ج2، ص:382، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:238.

هذه الشروط الجائزة، ميّز الحنفية بين الشروط الفاسدة التي تفسد عقود المعاوضات المالية، والشروط الفاسدة التي تسقط ولا تفسد العقود^[1].

2- اعتبار المالكية لكل شرط يحقق مصلحة للعقد، أو مصلحة لأحد المتعاقدين، ويتضمن خمسة أنواع، هي: الشرط الذي يكون ملائماً للعقد، والشرط الذي يحقق منفعة لأحد العاقدين، وشرط عمل في المعقود عليه أو غيره، وشرط منع المشتري من التصرف اليسير في المعقود عليه، وشرط ما فيه معنى من معاني البر^[2].

وإلى جانب هذا التوسّع في قبول الشروط المشروعة، تميّز المالكية أيضاً بالقول بأن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويفسده، إذا تنازل عنه صاحبه ولم يتمسك به، صحّ العقد وسقط الشرط^[3].

3- تجويز الشافعية لكل شرط فيه مصلحة للعقد-كالخيار والأجل والرهن-، ولكل ما يؤدي إلى إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر في المعقود عليه^[4]، واعتمادهم مبدأ التمييز بين ما يبطل العقد من الشروط الباطلة، وبين ما يسقط ولا يبطله^[5].

ب- اتجاه الموسّعين: ويمثّله المذهب الحنبلي باجتهاداته الموسّعة لسultan الإرادة في الاشتراط، وعبر عنه ابن تيمية بقوله: "ومقاصد العقلاء إذا دخلت في العقود، وكانت من الصّلاح الذي

^[1] انظر: السرخسي: المبسوط، ج13، ص:16 وما بعدها، والشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص:210-242، والبعلي: ضوابط العقود، ص:293، وعباس حسني محمد: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، شركة مكتبات عكاظ، جدة، ط1، 1404هـ-1984م، ص:103، والديني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج2، ص:377-383.

^[2] وبهذا الاعتبار المصلحي يسجل الفقهاء بأن مذهب المالكية في باب الشروط يستجيب لكل ما يقتضيه التعامل، مهما تطور به الزمن، ويقترب إلى اتجاه متأخري الحنابلة[انظر: الديني: بحوث مقارنة، ص:384-390، وابن تيمية: القواعد النورانية، ص:188، ومحمد بن أحمد الفاسي: الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث، القاهرة، ط1432هـ-2011م، ج1، ص:524-530، والنسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص:10-15، والشاطبي: الموافقات، ج1، ص:439-440، وابن جزى: القوانين الفقهية، ص:209، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ص:374-375، والقره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص:455، والشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص:249-271].

^[3] ولا يبطل العقد عند المالكية إلا بالشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والشرط الذي يخل بالثمن. أما غيرهما من الشروط الباطلة فتسقط دون الإخلال بصحة العقد[انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص:314].

^[4] انظر: الرملي: نهاية المحتاج، ج3، ص:450-462، والشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص:286 وما بعدها.

^[5] وتفصيل ذلك: أن كل شرط يؤدي إلى مخالفة الشرع أو ينافي مقتضى العقد هو شرط باطل مبطل للعقد، وأما الشرط الذي لا غرض فيه، كما إذا باعه عبدا بشرط ألا يأكل إلا كذا، أو ألا يلبس إلا كذا، فإنه يبطل ولا يبطل العقد[انظر: الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج3، ص:459 وما بعدها، والشاذلي: نظرية الشرط، ص:295 وما بعدها].

هو المقصود لم تذهب عفوًا، ولم تهدر رأسًا، كالأجال في الأعواض، ونقود الأثمان المعينة ببعض البلدان، والصفات في المبيعات، والحرفة المشروطة في أحد الزوجين، وقد تفيد الشروط ما لا يفيد الإطلاق، بل يخالف الإطلاق^[1]. ويستند هذا الرأي إلى مبدأين أساسيين، هما:

أولاً: إن الأصل في الشروط العقدية الإطلاق، وهو أصل عام في الشريعة، يدل عليه قول الله -تعالى-: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وقول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً﴾^[2]؛ فلا يمنع من الشروط إلا ما استنتاه الشرع؛ لأن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصًا أو قياسًا، عند من يقول به^[3].

ثانياً: مبدأ التمييز بين أحكام العقد الأساسية وآثاره التبعية؛ حيث إن لكل عقد حكماً أصلياً شرعاً من أجله، وهو المقصود الأصلي من شرعيته، ويسمى "مقتضى العقد"، أو غايته النوعية، كانتقال ملكية المبيع للمشتري تلقائياً فور إنشاء العقد، كما أن للعقد أحكاماً والتزامات أخرى تسمى تبعية لا أصلية، كتسليم الثمن، وأداء بدل المنفعة أو الأجرة، وغيرها^[4]. فالإخلال المعتبر بمقتضى العقد هو الذي يمسّ النواحي الأساسية التي تعطلّ غايته النوعية، وعندئذ قد يبطل العقد بالشرط، وقد يبطل الشرط ويصح العقد، وذلك بحسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد^[5].

وينطلق ابن القيم من هذا التعليل ليردّ على المضيّقين بأنّ للعقود عند الشارع شأنًا ليس عند كثير من الفقهاء، فإن بعضهم يلغون شروطاً لم يبلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل. فالصّواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص، وفيه قضيتان كليتان: -إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً ما

^[1]انظر: ابن تيمية: نظرية العقد، ص: 196.

^[2]أخرجه الترمذي في سننه: كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في الصلح بين الناس، رقم (1352)، [ص318-319]، وقال: حديث حسن صحيح. وأخرج منه البخاري معلقاً إلى قوله "شروطهم": كتاب الإجارة، باب أجرة السمسة، [539/1]. وأخرجه أبو داود في سننه: كتاب الأفضية، باب في الصلح، رقم (3594)، [ص644-645]، والحاكم في مستدركه، رقم (2309)، [57/2]، وصححه الألباني في: إرواء الغليل، رقم (1303)، [5/142-143].

^[3]انظر: ابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، ص: 188.

^[4]انظر: الدريني: بحوث فقهية مقارنة، ج2، ص: 371، وص: 393.

^[5]انظر ما ورد في تفصيل هذا المعنى: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 560، والقره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص: 458 وما بعدها.

كان. والثاني: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه، وهو ما يجوز بذله وتركه بدون اشتراط فهو لازم بالشرط. ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دلّ عليهما كتاب الله وسنة رسوله-صلى الله عليه وسلم- واتفاق الصحابة. ولا تعباً بالنقض بالمسائل المذهبية، والأقوال الآرائية، فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع^[1].

وقد ترتب على هذا المذهب اتساع مجال الشروط العقدية، حيث صحّ الحنابلة كل شرط فيه مصلحة للعقد، كاشتراط تأجيل ثمن المبيع، وكل شرط تضمن استثناء بعض منافع محل العقد، كاشتراط سكنى الدار المباعة مدة معلومة، كما جوزوا اشتراط القيام بعمل في محل العقد، كإجراء الثوب واشتراط خياطته، وشرط إيقاع تصرفٍ فيه معنى من معاني البر، كشرط العتق والصدقة والوقف^[2].

ويقسمون الشروط الفاسدة إلى قسمين: قسم يسقط ولا يبطل العقد، كاشتراط ما يؤدي إلى المنع من التصرف في المعقود عليه، كما لو شرط على المشتري ألا يبيع المبيع أو ألا يهبه، وكاشتراط ما يؤدي إلى مخالفة النصوص أو الأحكام الشرعية المترتبة على الملك، كمن اشترى شيئاً واشترط ألا خسارة عليه. وقسم يبطل العقد، كاشتراط عقد في عقد، كالبيع بشرط التزويج، واشتراط شرطين في العقد، واشتراط ما ينافي مقصود العقد، كما لو شرط في البيع الفسخ^[3].

وبناء على هذا تميّز الحنابلة بإباحة كثير من العقود المقترنة بالشروط، وبأن سبقهم في توسيع مجال سلطان الإرادة في الاشتراط^[4]، ف" ليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد، وعامة ما يصحّحه من الشروط والعقود فيها تنبيهه بدليل خاص من أثر أو قياس، ولكنه لا يجعل حجة الأولين (المذاهب السابقة) مانعا من الصحة، ولا يعارض ذلك بكونه يخالف مقتضى العقد، أو لم يرد به نص، وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي-صلى الله عليه وسلم- والصحابة ما لم يجده عند غيره من الأئمة"^[5].

^[1]انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2، ص: 313 وما بعدها.

^[2]انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص: 79-87، وص: 183-188، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص: 274 وما بعدها، والشاذلي: نظرية الشرط، ص: 313 وما بعدها.

^[3]انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص: 79 وما بعدها. لكن ابن تيمية قال: "والمنصوص عن أحمد في عامة أجوبته: أن العقود لا تقصد بفوات الشرط الذي ينافي مقصود العقد" انظر: ابن تيمية: نظرية العقد، ص: 198-199.

^[4]من الأمثلة الدالة على توسع الحنابلة في الشروط التقييدية: جواز البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل، وجواز بيع العربون، ومشروعية الشرط الجزائي، ومشروعية الاشتراط لمصلحة الغير، وغيرها. وهي نماذج فذة لتيسير المعاملات المالية[انظر: قنديل السعدني: استحداث العقود، ص: 435-435].

^[5]انظر: أبو زهرة: ابن حنبل، حياته وعصره-آراؤه وفقهه، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، د.ت، ص: 388.

وخلاصة النظر في هذه الآراء والموازنة بين أدلتها وتوجيهاتها يرجح القول بتوسيع حرية الإرادة في الاشتراط التعاقدي؛ لانسجامه مع قواعد التشريع الإسلامي في تعليل كثير من أحكام المعاملات المالية بالتيسير ودفع الحرج، وتوجهه الواضح إلى الانفتاح على رغبة العاقدين في تجديد وتحديد الأساليب التي تفي بأغراضهم وتحقق مصالحهم، في حدود النظام الشرعي العام الذي يراعي العدل، ويحفظ التوازن بين الحقوق والالتزامات العقدية، فإذا روعي هذا المذهب في التشريع كان فيه فتح باب خير عظيم على الناس^[1].

وهذا الرأي هو الذي أيده كثير من أعلام الفقه الإسلامي المعاصر، وأشادوا بسداده ووجاهته^[2]. يقول الشيخ أبو زهرة^[3] -رحمه الله تعالى-: "وهكذا نرى ذلك الإمام (أحمد) الذي جعل آثار السلف أستاذة، فتخرج عليها واهتدى بهديها، ولم يخرج عن سننها، ولم يسلك غير سبيلها، واقتبست روحه من نورها، انتهى في العقود وفي كثير من معاملات الناس إلى التوسعة بدل التضيق، والإباحة دون المنع. وبذلك قام الدليل على أن الناس الذين يزعمون أن الرجوع إلى مسالك السلف الصالح فيه تضيق على الناس لم يعرفوا حقيقة هذه الآثار، وكيف سلك الصحابة السبيل، وكيف عالجوا المشاكل التي عرضت بروح الدين الذي جاء رحمة للناس، ولم يجئ لإعانتهم والتضييق عليهم. وهذه عقود تقوم عليها الأسواق العالمية اليوم قد كان في فقه أحمد لها متسع، وقد تبين أنه اهتدى في هذا بهدي السلف"^[4].

^[1]انظر: إبراهيم بك: العقود والتبرعات والخيارات، ص: 69.

^[2]نوه الشيخ مصطفى الزرقا بريادة المذهب الحنبلي في توسيع سلطان الإرادة العقدية، فقال-رحمه الله تعالى-: "وهذا الاجتهاد الحنبلي وما على أساسه وقراره في فهم نصوص الشريعة حول مبدأ سلطان الإرادة العقدية لا ينقضي منه إعجاب المتأمل، وهو الاجتهاد الجدير بالخلود. فهو في باب العقود والشروط كالأفق الفسيح، واسع الحدود، ولكن حدوده هي الطبيعة نفسها... ثم أورد قول ابن تيمية: "والأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هي ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"، وعلق قائلا: فهذه العبارة الجليلة هي التي يجب أن تعتبر بحق دستور الفقه الإسلامي في مبدأ الإرادة العقدية[انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 587-588].

^[3]هو: محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بـ"أبو زهرة"، ولد بمصر سنة: 1898م. عالم وفقه مميز، جمع بين غزارة العلم وعمق الفقه وسداد الفكر وشجاعة الموقف. قضى حياته في نشر العلم، وتقويم الفكر، وبث الإصلاح. توفي-رحمه الله- سنة: 1974م، تاركا وراءه تراثا خالدا من العلم الرصين، جمعته مؤلفاته المميّزة، ومن أشهرها: "تاريخ المذاهب الإسلامية"، و"العقوبة في الفقه الإسلامي"، و"الجريمة في الفقه الإسلامي"، و"علم أصول الفقه"، و"محاضرات في النصرانية"[انظر ترجمته في مقدمة كتاب "زهرة التفاسير" لأبي زهرة، تحت عنوان: تعريف بالإمام الجليل محمد أبو زهرة، ط دار الفكر العربي، ص3 وما بعدها].

^[4]انظر: أبو زهرة: ابن حنبل: حياته وعصره وآراؤه الفقهية، ص: 396.

وقد ردّ الفقهاء ما ذهب إليه الظاهرية ومن سلك سبيلهم في القول بالحجر والتضييق على حرية الإرادة في الاشتراط، بسبب ما يفضي إليه هذا المسلك من التضييق على الناس في معاملاتهم، والتعسير عليهم في أحوال معاشهم؛ لأن القائل بما يوجب الحرج والضيق محجوج بنصوص الشريعة الدالة قطعاً على أن من أصول الشريعة ومقاصدها التيسير ورفع الحرج^[1].
يضاف إلى ذلك ما يؤول إليه الأخذ بهذا الرأي من حشر المسلمين في زاويا التخلف المادّي، وكبحهم عن مراتب النماء والرّخاء، وما يستتبع ذلك من التشكيك في كفاية التشريع الإسلامي، وقدرته على استيعاب حركة الحياة الاقتصادية والتعامل مع تطوراتها. يقول الدكتور فتحي الدريني-رحمه الله تعالى-: "ولا ريب أن موقف الظاهرية من مبدأ سلطان الإرادة العقدية، أو حرية التعاقد والاشتراط، يضيّق على الناس في معاملاتهم تضييقاً شديداً، بل يوقعهم في الحرج. ومعلوم أن أصل مشروعية التعامل لرفع الحرج، حتى تستقيم أمور الناس، وتتحقق مصالحهم المشروعة في نشاطهم الاقتصادي والاجتماعي، فكان هذا الموقف عائداً على أصل مشروعية المعاملات بالنقض، وهو ما لا يصحّ التسليم له"^[2].

المطلب الثالث: أثر حرية الاشتراط التقيدي في تيسير عقود المعاملات المالية

- عقد القرض أنموذجاً -

تقرّر مما سبق تفصيله ترجيح الموقف الفقهي المؤيّد لتوسيع حرية الاشتراط في عقود المعاملات المالية ما لم تصادم النصوص الشرعية، أو تخلّ بالأحكام الأساسية للعقد. ودليل ذلك أن الشارع الحكيم أباح للناس حرية إنشاء العقود، وتحديد آثارها وتعديل التزاماتها وفق ما تقتضيه حاجاتهم ومصالحهم، في إطار المحافظة على حدود ومقصود الشرع. فالأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد^[3].

وقد أثمر هذا الأصل مرونة واسعة في تطبيقات عقود المعاملات المالية، تجلّت ملامحها في توسيع سلطان إرادة العاقدين في الاشتراط، وفتح باب المنافسة على تحصيل أقصى ما

^[1] انظر: أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، ج4، ص:33.

^[2] انظر: الدريني: بحوث فقهية مقارنة، ج2، ص:377.

^[3] انظر: ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج4، ص:93، وعلي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ص:225-236.

يُقصد من المصالح في مختلف عقود المعاملات المالية، دون الإخلال بقواعدها الشرعية، ومقاصدها النوعية^[1].

وفي هذا السياق يستقرى البحث مظاهر حرية الاشتراط في تطبيقات الشروط الجعلية على عقد القرض.

أولاً: مفهوم القرض ومشروعيته

القرض في اللغة: مصدر قرَض الشيء يقرضه: إذا قطعه. والقرض: اسم بمعنى الإقراض، يقال: قرضت الشيء بالمقراض، واستقرض منه: طلب منه القرض. والقرض: الشيء المقرض، وهو: ما يُدفع إلى الإنسان بشرط ردّ بدله، وكأنه شيء يقطعه من ماله، ومنه القراض في التجارة؛ لأن صاحب المال قد قطع جزء من ماله وأعطاه مقارضه ليتجر فيه. وقد تطلق كلمة "القرض" للدلالة على تقارض الأمور المعنوية، فيقال: إن فلانا وفلانا يتقارضان التثاء، إذا أتى كل واحد منهما على صاحبه، وكأن المعنى أن كل واحد منهما أقرض صاحبه ثناءً، كقرض المال^[2].

والقرض في اصطلاح الفقهاء هو: "دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويردّ بدله"^[3]، وهو عقد مشروع بالإجماع^[4]، بل هو من المعاملات المندوبة^[1] التي رغب فيها الإسلام لما تتضمنه من مصالح دنيوية وأخروية، فهو قرينة ومثوبة وإرفاق^[2].

^[1] وفي هذا السياق لاحظ الشيخ الطاهر بن عاشور بأن الشريعة الإسلامية وسّعت في وسائل انعقاد عقود التبرعات، وأعملت شروط المتبرعين في مصارف تبرعاتهم، تحفيزاً على التبرع لما فيه من المصالح العامة والخاصة [انظر: الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 216].

^[2] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج 5، ص: 3588-3590، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 652، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج 5، ص: 71-72، والجوهري: الصحاح، ص 221، والأصفهاني: المفردات، ص: 518، والكفوي: الكليات، ص: 44، وص: 802، والمعجم الوسيط، ص: 726-727.

^[3] انظر: البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3، ص: 36-37، والمرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ط 1، 1375هـ-1956م، ج 5، ص 123، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج 6، ص: 771، وأبو الضياء الشيرازي: حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3، 1424هـ-2003م، ج 4، ص: 219، وعلي بن خلف المنوفي: كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، شركة القدس، القاهرة، ط 1، 1430هـ-2009م، ج 3، ص: 338، والرصاص: شرح حدود ابن عرفة، ج 2، ص: 401.

^[4] انظر: ابن المنذر: الإجماع، تحقيق: أحمد بن محمد حنيف، دار الفرقان، عجمان، ومكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط 2، 1420هـ-1999م، ص: 135، وابن قدامة: المغني، ج 4، ص: 254، والبهوتي: كشاف القناع، ج 3، ص: 37، وابن حزم: المحلى، ج 8، ص: 84، والرملي: نهاية المحتاج، ج 4، ص: 220، والقاضي عبد الوهاب: المعونة، ج 2، ص: 34، والقرافي: الذخيرة، ج 4، ص: 475، والشوكاني: نيل الأوطار، ج 3، ص: 300.

وقد اتفق الفقهاء على مشروعية القرض^[3]، واستندوا في ذلك إلى عموم النصوص الشرعية الواردة في الحث على بذل المعروف للمحاييج، وتفريج الكرب، والتيسير عن المعسرين، كقوله-تعالى-: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضْعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾ [البقرة:145]؛ فإن الله-تعالى-شبه الأعمال الصالحة والإنفاق في سبيل الله بالمال المقرض، وشبه الجزاء المضاعف على ذلك ببذل القرض، وسمى أعمال البر قرضاً؛ لأن المحسن بذلها ليأخذ عوضها، فأشبهه من أقرض شيئاً ليأخذ عوضه^[4]. ومن هذا أيضاً قوله-صلى الله عليه وسلم-: ﴿من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة. ومن يسر على معسر، يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه﴾^[5]. وكذلك عمومات الأدلة من القرآن والسنة التي تؤكد فضل التعاون، وتحث على قضاء حاجة المسلم وتفريج كربته وسدّ فاقته.

ثانياً: مقومات عقد القرض:

ينعقد القرض بعاقدين-مقرض ومقرض- وصيغة ومحل.

^[1]ذهب الفقهاء إلى أن حكم القرض بالافتضاء الأصلي مندوب في حق المقرض، ومباح في حق المقرض، وتعتريه الأحكام التكليفية الأخرى بالافتضاء التبعي[انظر: السرخسي: المبسوط، ج14، ص:34، وابن رشد: المقدمات، ج2، ص:292، وحاشية العدوي على حاشية الخرخشي على مختصر خليل، ج6، ص:114، وابن قدامة: المغني، ج4، والرملّي: نهاية المحتاج، ص:254، ج4، ص:220، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص:37].

^[2]انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ج2، ص:349، والقرافي: الفروق، ج4، ص:5، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص:312، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص:37، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م، ج4، ص:92، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، تحقيق: محمد الزهري الغمراوي، المطبعة الميمنية، القاهرة، د.ط، د.ت، ج2، ص:140.

^[3]انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، ج3، ص:300.

^[4]انظر: العز بن عبد السلام: كتاب الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، المطبعة العامرة، اسطنبول، تركيا، د.ط، 1313هـ، ص:90

^[5]رواه مسلم في صحيحه: كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، رقم(2699)، [4/2074]، من حديث أبي هريرة-رضي الله عنه-، وأخرج نحوه في كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم، رقم(2580)، [4/1996]، من حديث عبد الله بن عمر-رضي الله عنهما. "المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يُسلمه. من كان في حاجة أخيه، كان الله في حاجته. ومن فرج عن مسلم كربة، فرج الله بها عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلماً، ستره الله يوم القيامة".

ويُشترط أن يكون المقرض من أهل التبرع -حرا عاقلا بالغاً رشيداً ومختاراً-؛ لأن القرض من عقود التبرعات^[1]. وأن يكون المقرض من أهل المعاملة فقط^[2]، بأن يكون أهلاً للتعاقد بيعاً وشراءً، بكونه حراً عاقلاً بالغاً أو صبياً مميزاً، متمتعاً بالذمة المالية؛ لأن الديون لا تثبت إلا في الذم. ومن الفقهاء من أجاز اقتراض الولي للصغير^[3].

وتصحّ الصيغة -إيجاباً وقبولاً- بلفظ "أقرضتك" أو "أسلفتك" أو ما يؤدي معناه من الألفاظ والقرائن والأفعال؛ لأن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"^[4].

وأما محلّ العقد (وهو القرض)، فيشترط أن يكون معلوماً^[5]، حتى يتمكن المقرض من ردّ البذل المماثل للمقرض. وتتحقّق المماثلة بمعرفة القدر والوصف، فلو أقرضه كفاً من دراهم لم يصحّ، ولو أقرضه على أن يستبان مقداره ويرد مثله صحّ^[6].

ويصحّ -عند المالكية والشافعية، وفي أحد الوجهين عند الحنابلة- قرض كل ما صحّ السلم فيه، سواء كان مثلياً أو قيمياً؛ لأن كلاً من السلم والقرض دين في الذمة. واستثنى الشافعية من عدم جواز قرض ما لا يجوز السلم فيه، جواز قرض الخبز وزناً، للحاجة والمسامحة^[7].

وأجاز الحنابلة على المعتمد في المذهب قرض كل عين يجوز بيعها، سواء أكانت مثلية أم عينية، كانت مما يضبط بالصفة أم لا، إلا الرقيق^[8].

واقصر الحنفية على جواز قرض المثليات فقط (وهي الأموال التي لا تتفاوت أحادها تفاوتاً تختلف به قيمتها)، فلا يجوز عندهم قرض غير المكيل والموزون؛ لأنه لا مثل له، فلا سبيل إلى إيجاب ردّ العين، ولا إلى إيجاب ردّ القيمة؛ لأنه يؤدي إلى المنازعة، لاختلاف القيمة

^[1] وتعلق شائبة المعاوضة به لا يجعله من عقود المعاوضات المحضة [انظر: عبد الله بن محمد العمراني: المنفعة في القرض، دار إشبيلية، الرياض، ط2، 1431هـ-2010م، ص:51].

^[2] انظر: الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص:224-225، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص:123، والكاساني: بدائع الصنائع، ج10، ص:654.

^[3] انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص:81.

^[4] انظر: : نزيه حماد: عقد القرض في الشريعة الإسلامية (عرض منهجي مقارنة)، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م، ص:26، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (3)، ص:76.

^[5] انظر: نزيه حماد: عقد القرض، ص:40.

^[6] انظر: زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج2، ص:142، والبهوني: كشف القناع، ج3، ص:38.

^[7] انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص:81، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:256، والرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص:225-227.

^[8] انظر: البهوتي: كشف القناع، ج3، ص:38.

باختلاف تقويم المقومين، فتعين أن يكون الواجب فيه ردّ المثل، فيختص جوازه بما له مثل^[1]. قال القرافي: "كل ما جاز سلماً في الذمة، جاز قرضه إلا الجوّاري، ومنعه الحنفية في غير المكيل والموزون لتعدّر المثل عند الردّ في غيرهما، ولنا الحديث المتقدم^[2]، والقياس على السلم بطريق الأولى؛ ولأن المعروف يسامح فيه أكثر من غيره"^[3].

ويتفرع على القول بصحة قرض ما يصح السلم فيه، جواز قرض المنافع^[4] عند القائلين به- وهم المالكية والشافعية-^[5]، ولا يصح ذلك عند الحنابلة على المعتمد في المذهب، بحجة أن ذلك غير معهود (أي في أعراف الناس وعاداتهم)، وخالفهم ابن تيمية فذهب إلى جواز قرض المنافع، كأن يحصد معه يوماً، ويحصد الآخر معه يوماً، أو يسكنه داراً ليسكنه الآخر بدلها^[6]، وهو نحو ما قاله القرافي: "وأباح مالك-: أعني بسلامك يوماً، وأعينك بسلامي يوماً؛ لأنه رفق"^[7].

وذهب الحنفية إلى عدم جواز قرض المنافع أيضاً؛ لأن القرض إنما يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله^[8]، والمنافع ليست أموالاً -عندهم- فخرجت عن الجواز. ويرى ابن حزم جواز قرض كل ما يحلّ تملكه وتمليكه بهبة أو غيرها، سواء جاز بيعه أو لم يجز؛ لأن القرض هو غير البيع؛ فالبيع لا يجوز إلا بثمن، ويجوز بغير نوع ما بعت، ولا يجوز في القرض إلا رد مثل ما اقترض لا من سوى نوعه أصلاً^[9].

^[1] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج10، ص: 654.

^[2] المقصود به حديث أبي رافع رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم- استلف من رجل بكرة (الفتي من الإبل)، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً (ما أتى عليه ست سنين ودخل في السابعة)، فقال: "أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء". أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب من استلف شيئاً ف قضى خيراً منه، و"خيركم أحسنكم قضاء"، رقم(1600)، [1224/3]. وأخرجه مالك في الموطأ: كتاب البيوع، باب ما يجوز من السلف، رقم(43)، [143/2].

^[3] انظر: القرافي: الذخيرة، ج4، ص: 476.

^[4] المنفعة -في اصطلاح الفقهاء- هي العرّض المستفاد من العين، -كسكنى الدار، وركوب المركوب-، وأما العين المستفاد من العين فتسمى غلة، وإن كانت بمنزلة المنفعة وتجري مجراها [انظر: العمراني: المنفعة في القرض، ص: 66].

^[5] انظر: الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص: 225-226، وابن جزى: القوانين الفقهية، ص: 232.

^[6] انظر: البهوتي: كشاف القناع، ج3، ص: 83.

^[7] انظر: القرافي: الذخيرة، ج4، ص: 481.

^[8] انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج6، ص: 771.

^[9] انظر: ابن حزم: المحلى، ج8، ص: 77.

وينعقد القرض بصفة اللزوم في حق المقرض، ويكون جائزا -غير لازم- في حق المقرض^[1]، ولا يثبت فيه خيار من الخيارات؛ لأن المقرض دخل على بصيرة أنّ الحظ لغيره، فأشبهه الهبة. والمقرض متى شاء رده، فيستغني بذلك عن ثبوت الخيار له^[2]. وعلى هذا نصّ الشافعية-أيضا- لأن الخيار يراد للفسخ، وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ متى شاء، فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط^[3].

ثالثا: تطبيقات الشروط الجعلية على عقد القرض:

يتلخص مما سبق تفصيله أن التكييف الشرعي للشروط الجعلية التقييدية يتوقف أساسا على تحديد أثرها على مقتضيات العقود وأحكامها النوعية. فالشرط إما أن يكون مكملا لمقصد العقد وعاضدا له، وهذا لا إشكال في صحته شرعا. وإما أن يكون مناقضا له، فلا إشكال في بطلانه. وإما أن لا يظهر فيه منافاة لمقتضى العقد ولا ملائمة، فهو لاحق بالقسم الأول؛ لأن القاعدة المستمرة في عقود المعاملات الاكتفاء فيها بعدم منافاة الشروط الجعلية لمقتضياتها، طردا لأصل الإذن الشرعي في مثل هذه الشروط حتى يدلّ الدليل على خلافه^[4].

وعلى هذا الأصل يخرج حكم الشرط المقترنة بعقد القرض، فما كان منها ملائما لمقصوده ومكملا لحكمته، كان مشروعاً. وما كان مناقضا لها، كان باطلا. وما كان منها غير مناقض لمقتضى عقد القرض ولا مخرجا بحكمته لحق -عموما- بالقسم الأول، وقد تختلف أنظار الفقهاء في تكييف بعض تفاصيله. فتحديد مقتضى عقد القرض شرط أساس في الحكم على مدى مشروعية الشروط الواردة عليه.

^[1] فالقرض يملكه المقرض بمجرد عقد القرض، وإن لم يقبضه، ويصير مالا من أمواله، ويقضى له به، وهذا قول الجمهور خلافا للشافعية [انظر: الخرشى: حاشية الخرشى، ج6، ص: 119، وابن قدامة: المغني، ج4، ص: 255، وابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج6، ص: 772، والتسولي: البهجة شرح التحفة، ج2، ص: 473، والجويني: نهاية المطالب في دراية المذهب، ج5، ص: 446].

^[2] انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص: 255.

^[3] انظر: أبو إسحاق الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ج3، ص: 184.

^[4] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج1، ص: 438-440.

أ- حكم الشروط المناقضة لمقتضى عقد القرض:

لا خلاف بين الفقهاء في أن مقصود الشارع في عقد القرض هو الإفراق بالمحتاجين والإحسان إليهم، تقرّباً إلى الله -تعالى- [1]. يقول الجويني -رحمه الله-: "والمعنى المعتبر أن القرض معروف، أثبتته الشارع لمسيب الحاجة، واستثناه عن تعبدات البياعات، وإنما يتحقق معروفاً إذا لم يقصد المقرض جرّ منفعة" [2]، فإذا ما انعقد القرض على شرط تحصيل منفعة للمقرض، خرج عن موضوعه، واختلّ مقصوده، فسقطت مشروعيته؛ لأنه حينئذ يكون من جهة المقرض طريقاً للانتفاع والاستغلال، لا وسيلة للإفراق والقربة كما شرع. يقول المقرئ: "شرع السلف للمعروف؛ ولذلك استثنى من الربا ترجيحاً لمصلحة الإحسان (على مصلحة اتقاء الربا؛ إذ من عادة الشرع تقديم أعظم المصلحتين على أدناهما، فإذا جرّ نفعاً بطلت مصلحة الإحسان) بالمكايسة، فبقيت مفسدة الربا سالمة عن المعارض فيما فيه الربا، وخالف الجميع مقصود الشرع في المشروعية، فبطل مطلقاً" [3]؛ ولهذا اتفق الفقهاء [4] على أن اشتراط أي زيادة أو منفعة في بدل القرض لصالح المقرض يعدّ من الشروط المناقضة لمقتضى العقد، ويترتب عليها بطلانه. وإنما تشعر صيغة الشرط بحقيقة وضعه إذا كان يستجلب الشارط حظاً وغرضاً [5].

[1] انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص:259، والرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص:230، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج6، ص:782، والقرافي: الذخيرة، ج4، ص:479.

[2] انظر: الجويني: نهاية المطلب، ج5، ص:452.

[3] انظر: المقرئ: قواعد الفقه، ص:446.

[4] انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، ج3، ص:303-304، والقرافي: الذخيرة، ج4، ص:479-482، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ص:405، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص:81، والمنوفي: كفاية الطالب الرباني، ج2، ص:337، وابن عابدين: ردّ المحتار، ج6، ص:775، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:259.

[5] أما إذا حصلت المنفعة للمقرض من غير شرط ولا مواطأة، كالزيادة في صفة بدل القرض أو في مقداره، أو أي منفعة أخرى، فلا مانع من ذلك عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وابن حبيب من المالكية، بل إن بعضهم استحب ذلك؛ لأن التطوع بالزيادة من حسن القضاء، وقبول الأدنى من حسن الاقتضاء. وفي هذا يقول ابن حزم -رحمه الله-: "ومعطي أكثر مما اقترض وأجود مما اقترض مأجور، والذي يقبل أدنى مما أعطى أو أقل مما أعطى مأجور". وكره المالكية التطوع بالزيادة في مقدار القرض -لا في صفته- إلا في اليسير جداً [انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج10، ص:656، وابن حزم: المحلى، ج8، ص:77، و501، والنووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، ص:37، وابن قدامة: المغني، ج8، ص:261، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ص:405، والجويني: نهاية المطلب، ج5، ص:453].

ب- حكم الشروط الملائمة لمقتضى عقد القرض:

إن الشروط الجعلية التي لا تخل بمقتضى عقد القرض، بل وضعت لتتم حكمته، وتؤكد مقصده، كالشروط المتعلقة بالتوثق والاحتياط، كالإقراض بشرط رهن وكفيل وإشهاد أو أحدها، تعتبر شروطاً مشروعة، مشمولة بقوله تعالى:- ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة:282]؛ لأنها مجرد توثيقات للعقد، لا منافع زائدة للمقرض؛ ولأن ما جاز فعله، جاز شرطه^[1].

ج- حكم الشروط الجعلية التي تتجاذبها جهتا المصادمة والملائمة لمقتضى العقد:

وهي شروط ترد من العاقد لتحصيل بعض المنافع الزائدة على ما يقتضيه عقد القرض، ولا تتمحض فيها الملائمة الظاهرة ولا المناقضة الصريحة لمقتضاه، ومنها:

1- اشتراط عقد في عقد القرض:

أ- اتفق الفقهاء في الجملة- على عدم جواز اشتراط عقد من عقود المعاوضات في عقد القرض^[2]، كالبيع والإجارة والصرف والمزارعة والمساقاة وغيرها، واستدلوا بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: " لا يحلّ سلف وبيع"^[3]، من حيث إنه نص صريح في عدم جواز اشتراط عقد البيع في عقد القرض، حسماً لذريعة انتفاع المقرض من القرض؛ لأنه ربما حاباه المقرض في الثمن نظير القرض، فيكون القرض جازاً لمنفعة مشروطة، فيخرج عن موضوعه. ووجه ذلك من جهة المعنى: أن القرض ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البرّ والمكارمة، فلا يصحّ أن يكون له عوض، فإن قارن القرض عقدّ معاوضة كان له حصّة من العوض، فخرج عن مقتضاه، فبطل، وبطل ما قارنه

^[1] انظر: البهوتي: كشف القناع، ج3، ص:40-41، والجويني: نهاية المطلب، ج5، ص:452، وابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص:231، والزليعي: تبين الحقائق، ج4، ص:145-146.

^[2] انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص:171، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:260، وابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج6، ص:783.

^[3] نص الحديث بتمامه: " لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك". أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم(3504)، [629]، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم(1234)، [ص239]، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وأخرجه النسائي في سننه: كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم(4611)، [ص703]، وفي كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر كذا بكذا، وإلى شهرين بكذا، رقم(4631)، [ص705]، وباب سلف وبيع، وباب شرطان في بيع، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر كذا بكذا، وإلى شهرين بكذا، رقم(4629، 4630، 4631)، [ص705]، وأخرجه أحمد في مسنده، رقم(6681، 6628)، [10/120-154]، وصححه الألباني في الإرواء: (147/5).

من عقود المعاوضة^[1]. وفي هذا يقول ابن القيم -رحمه الله-: "وحرّم الجمع بين السلف والبيع، لما فيه من الذريعة إلى الربح في السلف بأخذ أكثر مما أعطى، والتوسّل إلى ذلك بالبيع، أو الإجارة كما هو الواقع. وهذا هو معنى الربا؛ ولأنهما جعلاً لرفق القرض ثمناً، والشرط لغو، فيسقط بسقوطه بعض الثمن، ويصير الباقي مجهولاً"^[2].

وهذه تعليقات كافية في تعميم حكم عدم الجواز على كل معاوضة مشروطة في عقد القرض^[3]، وتعديته إلى نقض كل معاملة متّصلة بنفع المقرض بالإقراض، كأن يشترط المقرض على المقرض أن يزكّي القرض^[4].

ب- وإذا اشترط في عقد القرض قرض آخر من المقرض لمقرضه في مقابل القرض الأول، أو ما يعبر عليه الفقهاء بـ "أسلفني أسلفك"^[5]، أو ما يسمى بـ "القروض المتبادلة بالشرط"^[6]؛ ومعناها: أقرضك بشرط أن تقرضني؛ فقد عدّها جمهور الفقهاء من الشّروط المخلة بمقتضى العقد؛ لأنها تجرّ منفعة ظاهرة للمقرض، فلزم القول بمنعها^[7].

ويقابل هذا القول ترجيح بعض المعاصرين لجواز القروض المتبادلة بالشرط، على أساس أن المنفعة فيها مشتركة بين المقرض والمقرض، وهي مصلحة عادلة بينهما، ولا تخصّ المقرض وحده، فهي شبيهة بالمنفعة المشتركة في مسألة السّفطة التي هي مشروعة جائزة على الصحيح الراجح من أقوال الفقهاء، فلزم إجراؤها على أصل الإباحة^[8].

2- اشتراط تأجيل القرض: وصورة المسألة أن يُشترط في عقد القرض التقيد بأجل محدّد لاستيفاء بدل القرض، بحيث لا يحقّ للمقرض أن يطالب به قبل حلول أجله.

^[1] انظر: الباجي: المنتقى، ج5، ص:29.

^[2] انظر: ابن القيم: إغاثة اللهفان من مصاديق الشيطان، ج1، ص:304.

^[3] يقول الحطاب: "كل عقد معاوضة لا يجوز أن يقارنه السلف" [انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص146، والقره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الكتاب الخامس، ج1، ص:273].

^[4] انظر: صالح بن عثمان الهليل: زكاة الدين، دار المؤيد، الرياض، ط1، 1417هـ-1996م، ص:48-49.

^[5] انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص:273.

^[6] انظر: نزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص:227.

^[7] ونسبة هذا المذهب إلى جمهور الفقهاء ثابتة تصريحاً أو تخريجاً على نصوصهم [انظر: الرملي: تحفة المحتاج، ج5، ص:47، وعليش: شرح منح الجليل، ج5، ص:79، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:260، والكاساني: بدائع الصنائع، ج10، ص:656].

^[8] انظر: نزيه حماد: قضايا معاصرة في المال والاقتصاد، ص:233-234.

وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن القرض لا ينعقد إلا حالاً، فلا يقبل التأجيل بالشرط، ولا يتأجل به إن وقع. فللمقرض المطالبة بماله في أي وقت، وعلى المقرض الوفاء به عند الطلب^[1].

وحجّتهم في ذلك مراعاة مقصود الشارع في استثناء القرض عن التعبد الثابت في التقابض المشروط دون الزيادة عليه؛ لأن عدم الاقتصار على غرض الشارع في المعدول به عن القياس الكلّي يؤدي إلى هدم الأصول. والحجر على المقرض في استيفاء القرض تحكّم لا يؤيّده دليل، ثم إن التأجيل المشروط ينافي مقصد الشرع في التخفيف عن المحسنين، والمتبرع محسن فلا يجوز أن يمنع من المطالبة بماله متى شاء، ولو كان ذلك قبل الأجل، قال تعالى: ﴿مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: 91]^[2].

وذهب المالكية وابن حزم وشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم إلى صحة اشتراط الأجل في عقد القرض^[3]، فإذا انعقد على شرط التأجيل لزم المقرض الالتزام بالأجل المشروط، ومُنِع من مطالبة المقرض بردّ البديل قبل حلوله؛ لعموم الأدلة الشرعية الملزمة بالوفاء بالعقود والعهود والشروط^[4]، واعتباراً لغرض الشارع في تحقيق مقصد الإرفاق بالقرض؛ لأن المقرض يأخذ القرض ليقضي به وطراً، أو يمضي زمان يسع ذلك، فإذا ملّكنا المقرض استرجاع القرض في الحال، ربما آل الأمر إلى العبث؛ ولهذا المعنى قرّر المالكية أن القرض قد يتأجل بالعرف- أيضاً-، أي: بمدة الانتفاع بمثله عادة؛ لأن هذا مقصود العقد^[5].

ويمكن القول بأن الموازنة الدقيقة بين هذين الموقفين تقضي بترجيح القول بجواز تأجيل القرض بالشرط؛ لأنه شرط لا يعود على المقرض بنفع، فلم يخلّ بمقتضى عقد القرض، بل

^[1] انظر: البهوني: كشاف القناع، ج3، ص: 40، والجويني: نهاية المطب، ج5، ص: 444، والسرخسي: المبسوط، ج14، ص: 36.

^[2] انظر: يونس رفيق المصري: الجامع في أصول الربا، دار القلم، دمشق، ط2، 2001م، ص: 227.

^[3] انظر: ابن حزم: المحلى، ج8، ص: 91-92، والقرافي: النخيرة، ج4، ص: 483، والحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص: 533، والمرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج5، ص: 130، وابن القيم: إغاثة اللهفان، ج2، ص: 341.
^[4] ومنها: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾. والقرض دين فيدخل في عموم الآية، وفائدة الكتابة حفظ قدر الدين وأجل تسليمه [انظر: الشوكاني: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، ط1، 1425هـ-2004م، ص: 550].

^[5] انظر: العمراني: المنفعة في القرض، ص: 180 وما بعدها، والديبان: المعاملات المالية-أصالة ومعاصرة-، ج18، ص: 218.

وُضع ليكْمَل حكمته في الإرفاق والإحسان للمقترض بتمكينه من استيفاء غرضه وقضاء حاجته، فكان بهذا المعنى أجدر بالإلحاق بالشروط الملائمة.

ولهذا شهَّر المالكية القول بإلحاق القرض المنعقد على المساكاة بالقرض المؤجل-رعاية لمصلحته-. يقول الإمام المقرئ-رحمه الله-: "اختلفت المالكية في القرض على المساكاة: هل يقتضي الحلول أو التأجيل؟ وهو خلاف في مقتضى العوائد. والأصل الحلول كما قال الشافعي، وإنما اقتضى التأجيل-وهو المشهور-؛ لأن المنفعة فيه وفي العارية ونحوها تحصل بذلك، فيرجع إلى تعارض الأصل، وما هو مقتضى العقد"^[1].

3- اشتراط الوفاء في غير بلد القرض: لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كانت منفعة هذا الشرط متمحضة للمقرض، طردا لقاعدة الشرع في المنع من انتفاع المقرض بالقرض^[2]. ويجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض إذا كانت المنفعة متمحضة للمقترض؛ لأنه يؤيد مقصود عقد القرض في الإرفاق. قال ابن عبد البر: "ولا بأس أن يشترط المستلف ما ينتفع به من القضاء في موضع آخر ونحو ذلك. قال مالك: فإن كان المقرض هو المشتري لما ينتفع به لم يجز ذلك، ولا خير فيه"^[3].

ويختلف الفقهاء فيما إذا كان شرط الوفاء في غير بلد القرض موضوعاً لنفع المقرض والمقترض معاً، وحاصل مذاهبهم في مدى مشروعية هذا الشرط، أربعة أقوال:
أ- يحرم اشتراط الوفاء في غير بلد القرض؛ لأنه شرط يؤول إلى نفع المقرض بصون ماله من خطر الطريق، وإعفائه من مؤن النقل من بلد إلى بلد آخر، وهي منفعة ظاهرة تناقض مقتضى عقد القرض. وهذا مذهب الحنفية، ومشهور مذهب المالكية، ومذهب الشافعية، والمشهور عند الحنابلة، وبه قال ابن حزم^[4].

ب- يجوز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض مطلقاً، سواء كان في نقله كلفة ومؤنة أم لا؛ لأنه مصلحة للمقرض والمقترض معاً من غير ضرر بواحد منها، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها، بل بمشروعيتها، وإنما ينهى عما يضرهم، وهذه المنفعة مشتركة بينهما،

^[1] انظر: المقرئ: قواعد الفقه، ص: 427.

^[2] انظر: العمراني: المنفعة في القرض، ص: 139-141، والديبان: المعاملات المالية-أصالة ومعاصرة- ج18، ص: 266.

^[3] انظر: ابن عبد البر: الكافي، ص: 306.

^[4] انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص: 81، وابن عابدين: رد المحتار، ج6، ص: 777، والجويني: نهاية

المطلب، ج5، ص: 452، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص: 41، وابن حزم: المحلى، ج8، ص: 84.

وهما متعاونان عليها فهي من جنس التعاون والمشاركة^[1]. وهذا اختيار بعض المالكية، قال ابن شاس^[2]: "فإن كانت السفاتج التي تدفع في بلد وتقضى في غيره، فينتفع المقرض بالسلامة من غرر الطريق، ففيها روايتان: المشهور منهما المنع. وروى القاضي أبو الفرج^[3] الجواز^[4]. وهو قول عند الحنابلة مقابل للصحيح، ورجحه ابن تيمية وابن القيم^[5].

ج-التفريق بين القرض الذي في حمله مؤنة، فيحرم اشتراط قضائه في غير بلد القرض، وبين ما ليس لحمله مؤنة، فالشرط فيه مكروه تنزيها، وهو رواية عن مالك. قال ابن عبد البر: "ولا يجوز أن يقترض الرجل شيئا له حمل ومؤنة في بلد على أن يعطيه ذلك في بلد آخر، فأما السفاتج بالدنانير والدرهم، فقد كره مالك العمل بها ولم يحرمها، وأجاز ذلك طائفة من أصحابه، وجماعة من أهل العلم سواهم؛ لأنه ليس لها حمل ولا مؤنة"^[6].

د-عدم جواز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض، إذا كان لحمل مال الوفاء مؤنة، ويجوز ذلك إذا لم يكن لحمله مؤنة؛ لأن فيه زيادة للمقرض دون مقابل، فتلحق بحكم الزيادة المشروطة في بدل القرض، وهو التحريم. وهو قول المالكية، وقول عند الحنابلة^[7].

ويظهر أن تعدد الأقوال في تقرير حكم لهذه المسألة يرجع أساسا إلى التفاوت في تقدير المنفعة المترتبة على هذا الشرط، ومدى تأثيرها على الغاية النوعية للعقد. وخلاصة النظر في تفاصيلها تفيد بأن:

^[1]انظر: ابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد، تحقيق: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعداني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م، ج2، ص:72.

^[2]هو: عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، أبو عبد الله، الملقب بجلال الدين، الفقيه المالكي الشهير، صاحب " عقد الجواهر الثمينة في فقه عالم المدينة"، وهو من أجود مؤلفات المالكية في الفقه. توفي-رحمه الله تعالى- عام(610هـ)[انظر:ابن خلكان: وفيات الأعيان، ج1، ص:61، والحجوي: الفكر السامي، ج4، ص:64-65].

^[3]هو: عمرو بن محمّد بن عمرو الليثي البغدادي، أبو الفرج، القاضي المالكي، تفقه على القاضي إسماعيل ورافقه، وكان من كُتّابه، وعنه أخذ أبو بكر الأبهري وابن السكن وغيرهما، من مصنفاته: كتاب "الحاوي في الفروع"، وكتاب "اللمع في الأصول". توفي-رحمه الله-سنة (331هـ)[انظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص:118، والشيرازي: طبقات الفقهاء، ص:166].

^[4]انظر: ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص:81.

^[5]انظر: المرداوي: الإنصاف، ج5، ص:131.

^[6]انظر: ابن عبد البر: الكافي، ص:405.

^[7]انظر: ابن جزى: القوانين الفقهية، ص:231، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:263-264.

- 1- منفعة المقرض في سقوط خطر الطريق قد تكون مندرجة بالأصل في ضمان القرض - وهو على المقرض- ولو لم يشترط الوفاء في غير بلد القرض. فإذا كان الطريق آمناً، كان احتمال الهلاك في السفر مقارباً لاحتماله في الحضر، فيترجّح القول بالجواز.
- 2- أما إذا كان شرط الوفاء في غير بلد القرض يحتمل المقرض كلفة تضر به، فالظاهر أن الأمر يؤول إلى عدم الجواز؛ لما يحقّقه المقرض من منفعة مشروطة على حساب المقرض. ولهذا يترجّح- في تقديري- القول بالجواز فيما إذا كانت المنفعة عائدة على الطرفين في هذا الشرط؛ كأن يكون للمقرض مال في البلد الآخر يمكنه أن يوفي به حق المقرض دون مؤنة ولا مشقة^[1].

ومشروعية هذه الصور من الاشتراط مسلك يؤيده قصد الشريعة إلى تيسير معاملات الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم. يقول الدكتور رفيق المصري: " فالسفتجة عمل اقتصادي فيه توفير للكلف والمخاطر والجهد والوقت.. فتقابل بذلك المنفعتان أو المصلحتان: منفعة المقرض في الوفاء في البلد الآخر، ومنفعة المقرض في الوفاء في البلد الآخر. فإذا كان عين المنفعة لأحدهما منفعة للآخر، تقابلت المنفعتان، دون أن تؤثر على أصل القرض الذي بقي بدون فائدة ربوية محرمة..، وبهذا يكون ما أضافته السفتجة على القرض هو معاوضة حسابية دقيقة لا ربح فيها لأحد الطرفين على الآخر، ولو كان فيها ربح للمقرض لسلمنا أنها ربا؛ لأنه عندئذ يكون جمعا بين بيع وسلف... إن هذه السفتجة ليست جائزة فحسب، بل هي مستحبة، كي لا أقول واجبة؛ لأنها اقتصادية لما فيها من حفظ المال وعدم تضييعه"^[2].

^[1] انظر: الديبان: المعاملات المايه-أصالة ومعاصرة-، ج18، ص:284.

^[2] انظر: رفيق يونس المصري: ربا القروض وإدلة تحريمه، دار المكتبي، دمشق، ط2، 1430م-2009م، ص:78-79.

المبحث الثالث

الاشتراط التعليقي وأثره في تفسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

الأصل أن العقود إذا تحققت أركانها وشروطها ترتبت عليها آثارها من غير تراخ^[1]، ولكن قد يحدث أن تتعلّق رغبة العاقدين أو أحدهما بتعليق إنشاء العقد على حدوث أمر محتمل في المستقبل، أو تأجيل سريان آثاره وتنفيذ أحكامه إلى زمن مستقبل. وفي كلا الحالتين يخرج التعاقد عن وضعه الأصلي في تنجيز الالتزامات العقدية المتبادلة، وثبوت الأحكام المترتبة على العقد فور تحقق الارتباط الشرعي بين الإرادتين.

وفي هذا السياق يستقرئ البحث موقف الفقه الإسلامي من مدى مشروعية تعليق العقود وإضافتها، وما يترتب على ذلك من مظاهر التيسير من خلال بعض النماذج التطبيقية في عقود المعاملات المالية.

المطلب الأول: مفهوم الاشتراط التعليقي

التعليق في اللغة من علّق شيئاً بشيء، ومنه: التعلّق، وهو الاستمساك بالشيء، وعلّقت الشيء بغيره أعلقته، فتعلّق^[2].

والتعليق في الاصطلاح، هو: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى^[3].
وتعليق العقد: إنشاؤه بصيغة تفيد ارتباط وجوده بأمر آخر محتمل الحصول في المستقبل، كقول القائل: بعتك داري هذه بألف إن باع لي فلان داره، أو: إن ثبت ما يدّعيه فلان على فلان من الدين فأنا الكفيل بأدائه، أو: إن جاءت بضاعتي الفلانية اليوم فقد بعتكها بكذا^[4].
فالتعليق يقتضي وجود العقد عند تحقق الشرط المعلق عليه، كما يقتضي انتفاءه ما دام الشرط معدوماً؛ أي: إن المشروط مرتبط بشرطه وجوداً وعدمًا^[1].

[1] انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:498.

[2] انظر: الفيومي: المصباح المنير، ص:161-162، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص:911.

[3] انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج4، ص:389، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:317.

[4] انظر: الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص:187، وعثمان شبيب: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص:209، وإبراهيم بك: الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص:172-173، والدريني: بحوث فقهية مقارنة، ج2، ص:372-373، والشاذلي: نظرية الشرط، ص:60، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ص:571. وهذا تعريف للتعليق الحقيقي؛ لأن تعليق العقد على شرط موجود وقت التعليق يجعله منجزاً، كما أن التعليق على الأمر المستحيل الوقوع يقتضي استحالة وجود العقد، وفي الحالتين يعتبر التعليق صورياً لا حقيقياً.

ويشترط لصحة التعليق: أن يكون المعلق عليه أمراً معدوماً على خطر الوجود، أي متردداً بين أن يكون أو أن لا يكون. وأن يكون أمراً يرجى الوقوف على وجوده. وأن يكون أمراً مستقبلاً بخلاف الماضي فإنه لا مدخل له في التعليق. وأن لا يقصد بالتعليق المجازاة. وأن يوجد رابط حيث كان الجزاء مؤخراً وإلا تنجز. وأن يكون الذي يصدر عنه التعليق مالكا للتجزئة؛ أي قادراً على التجزئة^[2].

المطلب الثاني: مشروعية الاشتراط التعليقي

يُعدّ التّجيز^[3] من أهمّ الصيغ وأكثرها تداولاً في العقود؛ لأن الأصل أن كلّ عاقد يقصد من وجود العقد تحقّق أحكامه في الحال، ولا يرغب في تأخُّرها إلى غايةٍ قد تتفق مع غرضه من العقد الذي هو بصدد إنشائه وقد لا تتفق، إلا أن حرص العاقد على تحقيق بعض المصالح الزائدة على مقتضى العقد المنجز، قد تدفعه إلى الاتفاق مع الطرف الآخر على إنشاء العقد معلّقا على أمر مستقبل. ومن هنا بحث الفقهاء مشروعية تعليق العقود، وخلصوا إلى الآراء الآتية:

- 1- يجوز تعليق عقود الإسقاطات المحضة، كإسقاط الشفعة، ويلحق بها الوصية والإيضاء^[4].
- 2- يصح تعليق عقود الإطلاقات، كالوكالة، وعقود الولايات، كتعيين الموظفين، وكذلك عقود التقييدات، كعزل الوكيل والموظف، وعقود الالتزامات كالكفالة بأنواعها، بالشرط الملائم فقط^[5].
- 3- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المشهور عندهم^[6] إلى أن عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة والمزارعة والقسمة والصلح على مال^[1]، وعقود

^[1] انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص: 23، (ق: 82)، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 1، ص: 578.

^[2] انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 318، وابن عابدين: رد المحتار، ج 4، ص: 391-394.

^[3] المقصود به تجزئة آثار العقد، أي ترتيب حكمه عليه في الحال، بعد استيفاء كل أركانه وشروطه. والعقد المنجز هو ما صدر بصيغة غير معلّقة على شرط، ولا مضافة إلى المستقبل [انظر: إبراهيم بك: العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة، العدد، 01، 1439، ص: 663].

^[4] الإيضاء: إقامة الأب وصيا على أولاده من بعد وفاته، أو إقامة الجد وصيا على أحفاده من بعد وفاته [انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص: 249، وإبراهيم بك: العقود والشروط والخيارات، ص: 671].

^[5] الشرط الملائم هو الذي يكون بينه وبين الأمر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه، كقول الشخص لآخر: إذا وصلت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها [انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 1، ص: 581 وما بعدها، وإبراهيم بك: العقود والتبرعات والخيارات، ص: 670-671].

^[6] انظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 6، ص: 9، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 318، والقرافي: الفروق، ج 1، ص: 468، والحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص: 164 وما بعدها، والنووي: المجموع، ج 9،

التبرعات^[2] كالهبة والصدقة، وعقود التقبيدات كعزل الوكيل والموظف والحجر على الصبي المأذون له في التجارة، وكذلك الرهن والإقالة والإبراء، لا تقبل التعليق على الشروط^[3]، واستدلوا بمجموعة من الأدلة، منها:

أ- انطواء التعليق على الغرر: من حيث إن العقد المعلق مرتبط بشرطه في احتمالية أصل الوجود ووقته، فلا يدري العاقدان هل يحصل الشرط أم لا، ولا يعلمان وقت حصوله، وبين ذلك قد تتغير رغبة العاقد التي تعلق بها رضاه؛ ولذلك عدّه الحنفية قماراً^[4]. فصورنا لأموال الناس من الضياع إذا دفع البذل كله أو بعضه وقت التعليق، وقبل وجود الشرط، ومنعا لتعطيلهم عن النظر إلى شيء آخر حتى يوجد الشرط، ولا يدري هل يوجد أو لا، ومتى يوجد؛ فلأجل هذا كانت محظورة^[5].

ب- منافاة التعليق لطبيعة العقد؛ لأن الأصل في عقود التمليك المالية أن يترتب عليها أثرها في الحال، والتعليق يمنع ذلك^[6].

ج- عدم تحقق الرضا بالعقد مع التعليق، فالرضا يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق؛ لأن الشأن في المعلق عليه أن يكون متردداً بين الحصول وعدمه، وإذا كان الأمر كذلك فلا يوجد رضا بأمر ثابت مستقر، والأملك لا تنتقل بمثل هذا الرضا المتأرجح^[7].

4- ذهب طائفة من فقهاء الحنابلة وبعض المالكية^[8] إلى جواز تعليق عقود المعاوضات المالية بالشروط، إذا كان في ذلك مصلحة للناس، ولم تدخل ضمن نهي الشارع، واستدلوا على ذلك:

ص:352، وابن قدامة: المغني، ج3، ص:516، وابن عابدين: رد المحتار، ج7، ص:121، والدريني: النظريات الفقهية، ص:397-398، والشاذلي: نظرية الشرط، ص:142.

^[1]انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:251، وإبراهيم بك: العقود والتبرعات والخيارات، ص:670-671.

^[2]خالف المالكية غيرهم فأجازوا تعليق عقود التبرعات[انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:216].

^[3]فهذه العقود إذا علقّت على شرط، أو أضيفت إلى زمن مستقبل بطلت، ولو وجد الشرط المعلق عليه، أو جاء الزمن المضاف إليه، فلا ينعقد العقد. واستثنوا من ذلك: التعليق على مشيئة طرف ثالث بمدة محددة؛ لأنه بمنزلة الخيار لغير العاقدين، والتعليق في بيع العربون، بقوله: إن تم البيع احتسب العربون من الثمن وإلا فهو لك[انظر: ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:198، وابن عابدين: الدر المحتار، ج7، ص:124، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:318].

^[4]انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج7، ص:145.

^[5]انظر: إبراهيم بك: العقود والشروط والخيارات، ص:670.

^[6]انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج7، ص:145، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص:195.

^[7]انظر: القرافي: الفروق، ج1، ص:468، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:251.

^[8]انظر: ابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج3، ص:397، وابن تيمية: نظرية العقد، ص:209، والتسولي: البهجة شرح التحفة، ج2، ص:10.

أ- بأن الأصل في الشروط العقدية الإباحة حتى يقوم الدليل على المنع، وليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع ذلك، والتعليق نوع من الاشتراط في العقد، فإذا تحقق ما علّق عليه العقد ترتبت آثاره^[1].

ب- بالقياس على النذر، بجامع الالتزام في كل منهما؛ فالشروط في حقوق المكلفين كالنذر في حق رب العالمين، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله تعالى، والالتزام بها أقوى من الالتزام بالنذر^[2].

ج- بقاعدة رفع الحرج؛ فإن من أصول الشريعة رفع الحرج عن الناس، وعدم تكليفهم بما يشق عليهم فيما يأتونه أو يمتنعون عنه من الأفعال؛ وعليه، فلو مُنع الناس من إنشاء عقود بصفات معينة يحتاجون إليها، لوقعوا في المشقة والحرج؛ فكان من عدل الله تعالى ورحمته بالناس أن رفع عنهم الحرج بإباحة كل ما يحقق مصالحهم ويلبي حاجاتهم من عقود وشروط، طالما لم يتعلق بها المنع بالأدلة الشرعية^[3].

والقول بجواز تعليق عقود المعوضات المالية هو الذي أيده ابن تيمية وابن القيم^[4] ورَجَّحه طائفة من المعاصرين^[5]. يقول ابن القيم -رحمه الله-: "وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف، وقد صحّ تعليق النذر بالشروط بالإجماع ونص الكتاب، وتعليق الضمان بالشروط بنص القرآن. ونص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع بالشروط بقوله: إن بعث هذه الجارية فأنا

^[1]انظر: ابن القيم: بدائع الفوائد، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط1، د.ت، ص:1470، وإعلام الموقعين: ج2، ص:345، والزرقا: المدخل الفقهي، ج2، ص:564.

^[2]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:313.

^[3]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج3، ص:310، ونزبه حماد: التعليق بالشروط في عقدي البيع والهبة وأثره في تطوير منظومتي المراجعة للأمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتملك، مؤتمر شوى الفقهي، 1439هـ-2017م، ص:25.

^[4]انظر: ابن تيمية: نظرية العقد، ص:209، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:345، ومحمود البعلبي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الفكر، بيروت، ص:123.

^[5]انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:565، والشادلي: نظرية الشرط، ص:152، وخالد بن عبد الله الحافي: الإجارة المنتهية بالتملك، المطابع الوطنية الحديثة، الرياض، ط1، 1420هـ، 1999م، ص:168، وصالح اللحيان: تعليق البيع على الشرط، بحث مقدم إلى الهيئة الشرعية لشركة الراجحي للاستثمار، جمادى الثانية 1425هـ، ص:7.

أحق بها بالثمن، واحتج بأنه قول ابن مسعود-رصي الله عنه-، ورهن الإمام أحمد نعله وقال للمرتين: إن جئتك بالحق إلى كذا وإلا فهو لك، وهذا بيع بشرط، فقد فعله وأفتى به^[1].
وردّ المجيزون أدلة المانعين بالاعتراضات الآتية:

أ- إن النهي عن الغرر متعلق بالمبيع، حيث نهى الشارع أن يباع ما هو غرر؛ كبيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها لما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل أموال الناس بالباطل. أما البيع نفسه فلا يسمى غررا سواء أكان معلقاً أم منجزاً، بدليل أن النذر المعلق على شرط لا يسمى غررا، فالعبرة بالغرر الذي يؤدي إلى ضياع المال، وتعليق العقد لا يؤدي إلى ذلك^[2].

ب- إن القول بأن التعليق مناف لعقد البيع الذي يقتضي ترتب آثاره على الفور، مبني على أن موجب عقد البيع التسليم في الحال، وهو أمر غير صحيح، بل إن الشرع دلّ على خلافه، فأجاز بيع الثمر بعد بدوّ الصلاح مستحق البقاء إلى كمال الصلاح. فموجب العقد تارة يكون استحقاق التسليم عقبه، وتارة يكون تأخير التسليم لمصلحة من المصالح التي تقتضي التأخير، والشارع لم يوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد. والفقهاء متفقون على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه، كمن باع مخزنا فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام، فلا يلزمه نقله في ساعة واحدة، فقالوا: إن هذا مستثنى بالعرف، والمستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف، وأوسع من المستثنى بالشرع؛ لأنه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع^[3].

ونوقشت هذه الردود بأن الغرر كما يكون في محلّ العقد يكون أيضا في صيغته، والبيع المعلق خير مثال للغرر في صيغة العقد؛ لأن العاقدين دخلا على احتمال حصول العقد من عدمه، كما أن موجب عقد البيع التسليم في الحال هو الأصل الغالب عند جمهور الفقهاء، مع أن هذا لا يمنع العاقدين من الاتفاق على تأخير تسليم المبيع، والتعليق ليس فيه تأخير لتسليم المبيع، وإنما فيه تأخير للعقد نفسه، فبحث منافاة تأخير تسليم المبيع لموجب عقد البيع يكون مقبولا في العقد المنجز الذي يشترط فيه تأخير التسليم، ولا محلّ له في العقد المعلق^[4].

^[1]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص:310-311.

^[2]انظر: ابن تيمية: نظرية العقد، ص:210، واللحيدان: تعليق البيع بالشرط، ص:6.

^[3]انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص:327، وابن تيمية: نظرية العقد، ص:215-216.

^[4]انظر: الشاذلي: نظرية الشرط، ص:1432 وما بعدها، والضريير: الغرر وأثره في العقود، ص:89 وما بعدها.

2- الترجيح:

ذهب كثير من الباحثين إلى ترجيح القول بجواز تعليق عقود المعاوضات المالية؛ لأن التعليق عند جمهور الفقهاء لا يمنع انعقاد العقد، وإنما يعلّق سريان آثاره وأحكامه فقط، ولا وجود للغرر في هذه الصورة^[1]. وعلى اعتبار أن العقد المعلق لا ينعقد إلا عند حدوث الشرط الاحتمالي المعلق عليه، وأن الغرر لا ينفك عنه بحال، فإن التعليق يكون مشروعاً إذا دعت الحاجة إليه. وإذا قيد التعليق بمدة معينة، فخفّ الغرر وصار يسيراً كالغرر المتعارف عليه في كثير من المعاملات كالجعالة والسلم وغيرهما، زال المنع عن العقد المعلق، وصار مقبولاً راجحاً عن الرأي الذي يرى بطلانه^[2].

ومما يؤيد هذا الرأي أن فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية ذهبوا إلى جواز صور شبيهة بشرط التعليق، ومنها التعليق على مشيئة فلان، أو مشيئة العاقد، كقوله: بعثك بكذا إن شئت، أو شاء فلان من الناس. وصرّح بعض المالكية بأنه إذا اشترط البائع أن عقد البيع متوقف على دفع الثمن، فإن البيع لا ينعقد إلا بدفعه^[3]، وكالبيع الموقوف على إجازة المالك، كبيع الفضولي، وبيع الغاصب العين المغصوبة، حيث يكون موقوفاً على إجازة مالك العين، فإن أجازته نفذ، وإلا بطل من أصله، وكلاهما في الحقيقة بيع معلق على شرط إجازته ممن يملكها^[4]. ومن هذا أيضاً ما ذهب إليه الحنفية في جواز بعض الصور من البيع المعلق إذا قيد التعليق فيها بمدة ثلاثة أيام^[5].

^[1] ويقابله قول الحنفية بأن التعليق يؤخر انعقاد العقد. ويرجع ذلك إلى القاعدة الأصولية: هل التعليق يمنع السبب عن السببية، أو يمنع الحكم عن الثبوت فقط، لا السبب عن الانعقاد؟ فمن قرر من الفقهاء بأن التعليق لا يمنع السبب عن السببية، وإنما يمنع الحكم عن الثبوت فقط، قال: إن العقد المعلق على شرط، ينعقد، لكن أثره لا يتحقق إلا بوجود ما علّق عليه [انظر: الدريني: النظريات الفقهية، ص: 396-397، والموسوعة الفقهية، ج 12، ص: 312، ونزيه حماد: التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة، ص: 26، والديبان: المعاملات المالية، ج 5، ص: 396، والشاذلي: نظرية الشرط، ص: 180، وعبد الستار أبو غدة: تعقيب على بحث اشتراط الإجازة في عقد البيع للعمار، بحث مقدم للملتقى الرابع لشركة الراجحي، ص: 5].

^[2] انظر: الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص: 166، والحافي: الإجازة المنتهية بالتمليك، ص: 168.

^[3] انظر: ميارة الفاسي: الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، ج 1، ص: 527، وابن نجيم: البحر الرائق، ج 6، ص: 195، والشرييني: مغني المحتاج، ج 2، ص: 6.

^[4] انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج 6، ص: 606-607، والتسولي: البهجة شرح التحفة، ج 2، ص: 114، والنووي: المجموع، ج 9، ص: 238، والبهوني: كشف القناع، ج 3، ص: 147.

^[5] انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج 6، ص: 195، والحافي: الإجازة المنتهية بالتمليك، ص: 158.

واعترض بعض الفقهاء على القول بتقييد التعليق بأجل محدّد-لإبعاده عن الغرر-؛ لأنه يعدم معنى التعليق، حيث ينتفي احتمال عدم وقوع العقد مطلقاً، إذ هو واقع في الأجل المحدّد أو قبله، ويقترح منح المشتري-إذا أبرم عقداً بصيغة التعليق- خياراً معلقاً على احتمال تغيير حالة المبيع أو سعره ما بين العقد ووقوع التعليق، فيكون هذا الخيار المعلق لمصلحة المشتري في مقابل التعليق الذي هو لمصلحة البائع. ومن شأن هذا الخيار إزالة الغرر دون المساس بمزية التعليق التي تحقّق مصلحة البائع بوقوع العقد على ما علّق عليه، وفيها حماية للمشتري من لحوق الضرر به إذا تغير المبيع في ذاته أو ثمنه عما كان عليه في زمن التعليق^[1].

ويمكن تأييد مذهب المجيزين لتعليق عقود المعاملات المالية بما تقتضيه قواعد التشريع المالي من التيسير ورفع الحرج، ومراعاة مصالح الناس، فلا سبيل إلى منع إبرام عقود تراضوا على انعقادها بصور معينة تلبي حاجاتهم، وتحقّق مصالحهم، ما دامت المعاملة منفكة عن الغرر الفاحش والضرر والظلم وأكل أموال الناس بالباطل وغيرها من متعلقات النهي الشرعي في عقود المعاملات المالية^[2].

المطلب الثالث: أثر الاشتراط التعليقي في تيسير عقود المعاملات المالية

-تطبيقات مختارة-

أ- تعليق عقد البيع بدلاً عن الوعد الملزم في بيع المرابحة للأمر بالشراء:

سبقت الإشارة إلى أن بيع المرابحة للأمر بالشراء عقد مركّب، يندرج في منظومته عنصر المواعدة بشراء السلعة مرابحةً بعد تملكها من طرف المصرف. ومعظم خلاف الفقهاء حول مشروعية هذا العقد متعلّق بحكم هذه المواعدة^[3]؛ لاعتبارين أساسيين، هما :
الأول: كون الالتزام بهذه المواعدة-ولو لم يُنص على لزومها في الاتفاق- يجعلها في حكم البيع، فيرد عليها الحظر من جهة أن المصرف يكون بائعاً لما لا يملك، ولم يدخل بعد في ضمانه من الأعيان؛ لأن الالتزام ينعقد باللفظ أو ما يقوم مقامه في الدلالة على إلزام الشخص نفسه ما التزمه^[4]، ولا عبرة بما يخفي هذه الحقيقة من الألفاظ.

^[1]انظر: عبد الستار أبو غدة: التعليق في عقود المعاوضات، ص: 17-18.

^[2]انظر: نزيه حماد: التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة، ص: 26، والديبان: المعاملات المالية، ج5، ص: 396، والشادلي: نظرية الشرط، ص: 180.

^[3]انظر: نزيه حماد: التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة، ص: 34-38.

^[4]انظر: الحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص: 159.

الثاني: كون التصريح بالإلزام في المواعدة، يجعل هذه المعاملة طريقاً إلى الغرر؛ من حيث إن المتبايعين يلتزمان بالمرابحة على سلعة لم تدخل بعد في ملك البائع، فثمنها مجهول ومصاريف شرائها ونقلها كذلك؛ ومن ثمّ فلا يجوز نقل الوعد الملزم من نطاق عقود التبرعات في الغالب أو الالتزامات الشخصية إلى عقود المعاوضات^[1].

ولتخليص هذه المعاملة من المآخذ الواردة عليها، يمكن استبدال الوعد، بالبيع المعلق؛ بأن يصدر إيجاباً من العميل (الراغب في شراء السلعة) بصيغة تفيد تعليق الشراء على تملك المصرف السلعة الموصوفة، فإذا وافق المصرف انعقد البيع معلقاً، ثم تسري آثاره مباشرة بعد تملك المصرف للسلعة. وسواء اعتبرنا التعليق مؤخراً لانعقاد العقد -على رأي الحنفية- أو مؤجلاً لآثاره فقط -على رأي الجمهور-، فإنه يُعدّ بديلاً شرعياً عن الوعد، ويُخرج عقد المرابحة للأمر بالشراء من نطاق التحيل والصورية.

وهذا مسلك يقلص من مساحة الخلاف، ويبعد الشبهة عن هذه المعاملة، ويفتح باب العمل بها دون حرج^[2].

ب- تعليق البيع والهبة في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك:

الإجارة المنتهية بالتمليك: عقد بين طرفين، يؤجر فيه أحدهما للآخر شيئاً بمبلغ معين من المال لمدة معينة، بشرط أن تؤول ملكية هذا الشيء إلى المستأجر في نهاية المدّة المتفق عليها. وهي معاملة يلجأ إليها التجار بدلاً من البيع بالتقسيط، صيانة لأموالهم من مماطلة المشترين أو امتناعهم عن تسديد التزاماتهم، حيث يُيقون العين المبيعة على ملكيتهم -بعقد الإجارة- حتى يتمّ تسديد جميع الأقساط المتفق عليها، فإذا لم يف المستأجر بالتزاماته فسخ البيع، وعادت العين المؤجرة إلى المؤجر، ولم يبق للمستأجر فيها حق^[3]. ولها عدة صور، أهمها:

^[1] انظر: عبد الله بن مرزوق القرشي: التفكير الفقهي في المعاملات المعاصرة بين مراعاة شكل العقود المالية وحقيقتها، ص: 135، ورفيق المصري: مجلة الأمة القطرية، ع(61)، محرم 1406هـ - سبتمبر 1985م، وانظر -أيضاً- بحثه الموسوم ب: أثر الشرط المسبق في العقود المركبة في المصارف الإسلامية، المقدم إلى ندوة "اشتراط جمع العقود" المنعقدة في البنك الإسلامي بجدة، 1425هـ - 2004م، ص: 11.

^[2] انظر: العياشي فداد: التعليق في العقود مع إشارة إلى بعض التطبيقات المعاصرة، بحث مقدم إلى هيئات الرقابة الشرعية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، ص: 16-17، ونزيه حماد: التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة، ص: 37-38.

^[3] انظر: قلعه جي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص: 76.

1- إبرام إجارة عادية بين طرفين، ثم يتبعها وعد بالبيع في نهاية المدة، بعد سداد جميع أقساط الأجرة.

2- إجارة شيء كدار أو طائرة أو سفينة أو آلة، ثم يتبعها وعد بالهبة في نهاية المدة وسداد جميع أقساط الأجرة.

3- اجتماع الإجارة مع البيع بخيار الشرط، إلى أجل معلوم، أو محدد وطويل المدة في رأي من أجاز الخيار إلى أجل طويل- كالإمام أحمد والصاحبين من الحنفية^[1].

4- استقلال كل عقد عن الآخر، فيعقد عقد الإجارة، ثم يعقد عقد البيع في أي وقت شاء، وهو عقد جديد مستقل عن الإجارة، وتحدث المساومة على قيمة العين المؤجرة في الوقت الذي يتم الاتفاق عليه.

5- حالة الهبة المعلقة على شرط سداد جميع الأقساط.

6- إبرام عقد الإجارة مع إعطاء حق الخيار للمستأجر بين أمور ثلاثة: إما شراء العين المؤجرة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة، وإما تمديد مدة الإجارة لفترة زمنية أخرى، وإما إنهاء عقد الإجارة وردّ العين المؤجرة إلى صاحبها^[2].

والملاحظ من خلال بعض هذه الصور-وهي الأكثر تداولاً في تطبيقات هذه المعاملة- أن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك معاملة مركبة تتضمن عقداً أو وعداً ملزماً أو مواعدة ملزمة^[3]، تُعقَّب عقد تأجير العين من العميل بأجرة محددة إلى زمن معلوم، وفي كل واحدة من هذه الصور يرتبط التملك بالتعليق على شرط سداد أقساط الإجارة، إما بوعد المصرف للعميل وعداً ملزماً بهبة العين المؤجرة هبة معلقة على شرط سداد جميع أقساط الإجارة للمصرف في نهاية مدة عقد الإجارة، وإما عن طريق هبة المصرف للعميل العين المؤجرة هبة معلقة على شرط أداء جميع أقساطها للمصرف في نهاية مدة عقد الإجارة، وإما بالمواعدة الملزمة بين المصرف والعميل على أن يبيع الأول للثاني العين المؤجرة له بثمن محدد، ببيعاً معلقاً على شرط سداد جميع أقساط الإجارة في نهاية مدة عقد الإجارة.

^[1]انظر: السرخسي: المبسوط، ج13، ص:42، وابن قدامة: المغني، ج3، ص:512.

^[2]انظر: الحافي: الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص:66-70، ورواس قلعه جي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص:86-89، والقره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ج2، ص:633-636.

^[3]الوعد: هو إخبار الإنسان غيره بإرادته الجازمة لفعل أمر في المستقبل لصالح ذلك الغير. ويكون ذلك الغير مخيراً في الاستفادة من الوعد. والمواعدة: وعدان متقابلان من طرفين بإيقاع فعل من كل واحد منهما في المستقبل في محل واحد وزمن واحد[انظر: المعايير الشرعية، معيار(49)، ص:1189].

ومن خلال هذا، يظهر أن اشتراط التعليق عنصر هام في تكييف عقد الإجارة المنتهية بالتمليك. وتبعاً لما تقرّر سابقاً في ترجيح مشروعية التعليق، يتوجّه القول بأن الوعد الملزم بالهبة (من طرف واحد) المعلق بالشرط، تصرف مشروع^[1]؛ لأن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط، فإنه يكون ملزماً للواعد إذا حصل الشرط، كما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية: "المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة"^[2].

وأما الهبة المعلقة بالشرط، والبيع المعلق بالشرط في الصورتين الثانية والثالثة، فيشملهما أيضاً حكم الجواز الثابت رجحانه بالأدلة السالف تفصيلها^[3].

ويظهر وجه التيسير في تعليق هذه العقود من خلال تقرير مشروعية عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بهذه الصورة المركبة، تلبية لحاجة الناس إلى هذه المعاملة، ودفعاً لمشقة التحريم، المفضية - غالباً - إلى تفويت المصالح المعتبرة.

^[1]انظر: نزيه حماد: التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة، ص: 38.

^[2]انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة (84)، ص: 97.

^[3]انظر: حسن الشادلي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، 1405هـ-1988م، ع5، ج4، ص: 2642-2645، وسعد بن ناصر الشنري: عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، دار الحبيب، الرياض، ط1، 1421هـ-2000م، ص: 51-52، والمعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص: 89، ونزيه حماد: التعليق بالشرط في عقدي البيع والهبة وأثره في تطوير منظومتي المراجعة للأمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك، ص: 38.

المبحث الرابع

اشتراط الإضافة وأثره في تفسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

يدور البحث في هذا السياق حول مدى حرية الإرادة التعاقدية في تأجيل سريان آثار عقود المعاملات المالية إلى فترة زمنية معينة تلي مرحلة الانعقاد، ويستتبع ذلك بالنظر في الأثر التيسيري لهذا النوع من الشروط ضمن نماذج من عقود المعاملات المالية.

المطلب الأول: مفهوم شرط الإضافة

الإضافة في اللغة: مصدر أضاف، وتعني: الضمّ، والإمالة، والإسناد، والتخصيص^[1]. جاء في معجم لغة الفقهاء: "الإضافة من ضَيَّفَ: مَيَّلَ الشيء إلى الشيء، والزيادة على الشيء، وضم هذه الزيادة إليه، والإلحاق بالشيء، ونسبة بين شيئين يقتضي وجود أحدهما وجود الآخر"^[2].

والإضافة في اصطلاح الفقهاء: "إسناد التصرف إلى المستقبل، وتخصيصه بزمان معين"^[3]. فالعقد المضاف ما أسند فيه الإيجاب إلى زمن مستقبل، كقول الرجل: بعتك داري هذه بكذا من أول شهر كذا، فإذا قبل الآخر فلا يترتب أثر العقد في الحال، بل يتأخر إلى مجئ الوقت المضاف إليه. والعقد المضاف محقق الحصول في الغالب، وقد يكون محتمل الحصول^[4].

وينفق التعليق والإضافة في كونهما يؤخران حكم العقد إلى تحقق الشرط المرتبط به إضافة أو تعليقا، ويفترقان في أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم، فإذا قلت لشخص: بعتك داري بكذا، فقال لك: قبلت، كانت هذه الصيغة سببا للبيع، وترتب عليها أثرها في الحال، أما إذا قلت له: بعتك داري بكذا إن باع لك فلان داره، فقد منعت انعقاد العقد سببا للحال، وجعلته متأخرا لوجود الشرط المعلق عليه، فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه.

^[1]انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج3، ص:380-382، والرازي: مختار الصحاح، ص:162، والفيروز آبادي:

القاموس المحيط، ص:830، والمعجم الوسيط، ص:542.

^[2]انظر: قلعه جي: معجم لغة الفقهاء، ص:52.

^[3]انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج12، ص:298-299.

^[4]انظر: إبراهيم بك: الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص:171-172، والصدّيق الضرير: الغرر وأثره في العقود،

ص:168، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:579، والدريني: بحوث فقهية مقارنة، ج2، ص:373.

أما الإيجاب المضاف فإنه ينعقد سببا للحال؛ لانتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية، لكن يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه. فالإضافة لا تمنع السببية وإنما تؤخر الحكم فقط، بخلاف التعليق. فإذا قلت: بعثك داري بكذا من أول الشهر القادم، فإن هذا العقد ينعقد سببا، ويتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه. فإرجاء الأثر في حالة التعليق تبعا، أما إرجاؤه في حالة الإضافة فيجئ أصالة^[1].

والحاصل أن العقد المعلق قبل تحقق الأمر المعلق عليه يعدّ اسما فقط، وليس سببا فعليا ولا حقيقة؛ لأن تأثيره في إثبات الأحكام لا يكون إلا بعد وجود الشرط المعلق عليه. أما العقد المضاف فهو مؤثر في وجود الأحكام وإثباتها، ولكن يتأخر وجودها إلى الزمن الذي أضيفت إليه^[2].

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لاشتراط الإضافة في العقود

تنقسم العقود باعتبار قابليتها للإضافة إلى^[3]:

- 1- عقود مضافة بحكم طبيعتها: بمعنى أنها شرعت مضافة لزمن مستقبل، بحيث لا تكون أحكامها متصلة بإنشائها، وتشمل: الوصية والإيضاء، فإنهما عقدان شرعا مضافين لما بعد موت الموصي، فلا تظهر آثارهما إلا بعد الوفاة.
- 2- عقود تقع منجزة، وتقبل الإضافة: وتشمل أغلب العقود التي ترد على المنافع، حيث لا يمكن استيفاء مقتضياتها دفعة واحدة، متصلة بصيغتها، إذ المنافع تتجدد شيئا فشيئا، كالإجارة والإعارة، والمزارعة والمساقاة. ومن هذا النوع -أيضا- عقود الإسقاطات كإسقاط الشفعة، وعقود الإطلاقات كالوكالة، والإذن للصبي في التجارة، وعقود الالتزامات كالكفالة والحوالة، فإنه يصح إضافتها إلى المستقبل؛ لأن مقتضاها لا يوجد عقب إنشائها كاملا.
- 3- عقود لا تقبل الإضافة: باعتبار أنها شرعت لتترتب عليها آثارها فور انعقادها، فإذا أضيفت كانت على غير وضعها الشرعي؛ ولهذا لا تصح إضافتها إلى الزمن المستقبل؛ ولأن هذه العقود

^[1] انظر: إبراهيم بك: الالتزامات في الشرع الإسلامي، ص: 173.

^[2] انظر: أبو غدة عبد الستار: التعليق في عقود المعاوضات، ص: 3-4، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص: 246-247، والصدیق الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص: 90، وإبراهيم بك: العقود والتبرعات والخيارات، ص: 26-27. وقد أشارت بعض هذه المراجع إلى أن الشافعية لا يفرقون بين العقد المعلق والعقد المضاف، إذ كلاهما ينعقد سببا في الحال، ولكن تتأخر الأحكام إلى المستقبل.

^[3] انظر: إبراهيم بك: العقود والتبرعات والخيارات، ص: 31-31، وفتحي الدريني: النظريات الفقهية، ص: 395-396، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص: 249-250، والموسوعة الفقهية، ج 5، ص: 70-71.

وضعت لإفادة التملك أو ما يشبهه في الحال، فإذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك في الحال، كانت غير محققة لهذا المقتضى فلا ينعقد العقد بها، وذلك كالبيع، والقسمة، والشركة، والصلح عن مال، والإبراء، وغيرها^[1].

وذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى مشروعية الإضافة في هذا القسم من العقود، وصحة انعقادها بذلك، كما هو الشأن في التعليق، تغليباً لأصل الإباحة في العقود والشروط، واعتماداً على أدلته السابقة في إباحة العقود المعلقة^[2].

وقد رجح بعض المعاصرين هذا الرأي باعتبار أن الغرر يكون أظهر في التعليق منه في الإضافة؛ لأنه في أكثر صوره لا يدري أيحصل أو لا يحصل، وإذا حصل لا يدري وقت حصوله، فهو عقد مستور العاقبة. أما العقد المضاف فهو في أكثره محقق الحصول ومعروف وقت حصوله، لكن غرره فيما يحتمل أن يحدث في بعض الأحيان من زوال مصلحة أحد العاقدين ورضاه عند مجئ الزمن المضاف إليه^[3].

المطلب الثالث: أثر اشتراط الإضافة في تيسير عقود المعاملات المالية

- عقد الإجارة أنموذجاً -

أ- مفهوم الإجارة ومشروعيتها

1- مفهوم الإجارة:

الإجارة لغة: اسم للأجرة على العمل، وتستعمل في العقد الذي يرد على المنافع بعوض^[4]. والإجارة في اصطلاح الفقهاء: عقد على المنافع بعوض^[5]، أو هي: "عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم، بعوض معلوم"^[6]. ويميز المالكية بين لفظي الإجارة والكراء، فخصوا الإجارة بالعقد الوارد على منافع الآدمي، وجعلوا الكراء لغيرها من المنافع^[7].

^[1] انظر: المراجع السابقة.

^[2] انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص: 310-311، وابن تيمية: القواعد النورانية، ص: 108 وما بعدها.

^[3] انظر: الصديق الضرير: الغرر وأثره في العقود، ص: 91.

^[4] انظر: المعجم الوسيط، ص: 7، والزبيدي: تاج العروس، ج10، ص: 25.

^[5] انظر: السرخسي: المبسوط، ج15، ص: 75، والقاضي عبد الوهاب: المعونة، ج2، ص: 99، والرملي: نهاية المحتاج، ج5،

ص: 261، وابن مفلح: الإقناع، ج2، ص: 140، وابن حزم: المحلى، ج8، ص: 196.

^[6] انظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج4، ص: 5.

^[7] انظر: الخرخشي: حاشية الخرخشي على مختصر خليل، ج7، ص: 215.

2-مشروعية الإجارة

الإجارة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع^[1]. قال الشوكاني: "ثبوت الإجازات في هذه الشريعة قطعي، ولا يكاد يُنكر أصل الجواز والصحة إلا من لا يعرف الكتاب والسنة، ولا يعرف ما كان الأمر عليه أيام النبوة، وأيام الصحابة"^[2]. وهي من المعاوزات المالية التي تتعد على صفة اللزوم عند جمهور الفقهاء، فلا يحق لأحد الطرفين فسخها إلا برضا الطرف الآخر، ما لم يتعلق بها خيار^[3]. وذهب الحنفية إلى أنها عقد لازم، لكنها تقبل الفسخ بعذر طارئ^[4].

وأركان الإجارة ثلاثة: العاقدان (المؤجر والمستأجر)، والصيغة (الإيجاب والقبول)، والمعقود عليه (الأجرة والمنفعة)، ولكل من هذه الأركان شروط مفصلة في فروع الفقه.

وينقسم عقد الإجارة باعتبارات متعددة، إلى عدة أقسام، تتفرع عنها فروع^[5]، منها:

1- اعتبار محل المعقود عليه: وتنقسم الإجارة إلى قسمين: إجارة على منافع الأعيان، مثل: منفعة السكن، ومنفعة النقل. وإجارة على منافع الأشخاص، مثل: منفعة البنائين، ومنفعة السائقين. وإذا كان عمل الأجير منصرفا لخدمة مؤجر معين، سمي أجييرا خاصا، أما إذا كان يعمل لعامة الناس، فيسمى أجييرا مشتركا.

2- باعتبار صفة العين المعقود عليها: وهي نوعان: إجارة عين موصوفة في الذمة، كأن يستأجر سيارة ويصفها وصفا كالوصف المطلوب في بيع السلم. وإجارة عين معينة، كأن يقول: آجرتك هذا المحلّ المعين بكذا.

3- باعتبار المدة: وتنقسم إلى: إجارة مقدّرة بزمان، كإجارة مسكن لمدة سنة، وإجارة مقدّرة بعمل معلوم، كبناء حائط، أو إصلاح جهاز، أو جني محصول.

^[1]انظر: انظر: ابن قدامة: المغني، ج12، ص:282، وابن المنذر: الإجماع، ص:144، والكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص:516، والزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص:72، والقره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الكتاب الخامس، ج2، ص:589.

^[2]انظر: الشوكاني: السيل الجرار، ص:571.

^[3]انظر: القرافي: الذخيرة، ج5، ص:59، وابن قدامة: المغني، ج12، ص:293، والنووي: روضة الطالبين، ج5، ص:239،

^[4]انظر:الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:35.

^[5]انظر: علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1984م، ج2، ص:347 وما بعدها، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:290، والنووي: روضة الطالبين، ج5، ص:182، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:42 وما بعدها، وابن قدامة: المغني، ج12، ص:296-310، والقره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الكتاب الخامس، ج2، ص:596-601.

4- باعتبار التجيز والتأجيل: وتنقسم إلى: إجارة منجزة، وهي التي تسري أحكامها بعد العقد مباشرة، وإجارة معلقة على أمر محتمل الوقوع مستقبلاً، وإجارة مضافة إلى زمان مستقبل. والتجيز هو الأصل في عقد الإجارة إذا عريت عن الشرط.

ب- تعريف الإجارة المضافة وتكييفها الفقهي

1- تعريف الإجارة المضافة:

سبق تعريف الإضافة بأنها: تأخير ترتب الحكم على السبب (العقد) إلى الوقت الذي أضيف إليه السبب^[1]. وتختلف الإضافة عن التعليق بكونها لا تؤجل انعقاد العقد، وإنما ترجئ آثاره فقط؛ فالعقد ينعقد في الحال علّة لحكمه، ولكن لا يوجد حكمه إلا في الوقت الذي أضيف إليه^[2].

والإجارة المضافة في الاصطلاح الفقهي هي: "بيع منافع عين من الأعيان لمدة معلومة - كسنة مثلاً- تبدأ من نهاية الشهر القادم، أو في غرة السنة القادمة، بثمن معلوم، والبدلان فيها مؤجلان: المنفعة المعقود عليها والأجرة"^[3]. وعرفت مجلة الأحكام العدلية بأنها: "إيجار معتبر من وقت معين مستقبل"^[4]. وفصلت المعايير الشرعية حقيقتها بـ "أن يتفق الطرفان (المؤجر والمستأجر) على أجل معلوم لابتداء مدة الإجارة، فتحدد تنفيذها في المستقبل"^[5]، كأن يقول المؤجر: آجرتك مسكني لمدة سنة ابتداء من أول الشهر القادم.

والإجارة المضافة ترد على منافع الأعيان الثابتة، كأن يقول: آجرتك هذه الدار سنة، من غرة شهر رمضان، كما تتعد على منافع الأعيان المنقولة، ك: آجرتك هذه السيارة لمدة شهر بداية من يوم الغد، كما ترد على منافع الأعيان المعينة، ومنافع الأعيان الموصوفة في الذمة. ومن صور الإجارة المضافة أن تكون لمدة محددة معلومة، تنتهي بانتهائها، كما يمكن تكرار إجارة العين الواحدة في أزمنة مترادفة مستقبلاً، لمستأجر واحد، أو له ولغيره، كأن يؤجر مسكنه لأشخاص عدة -في زمن واحد- لمدد متتالية، تبدأ من مستهل الشهر القادم، فيستلمها الواحد منهم تلو الآخر، فهي إجارة مضافة في عقود مترادفة. جاء في المعايير الشرعية: "يجوز

^[1] انظر: عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، ج4، ص:191، والموسوعة الفقهية الكويتية، ج5، ص:66.

^[2] انظر: علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ص:241.

^[3] انظر: نزيه حماد: عيون المستجدات الفقهية في صناعة المصرفية الإسلامية، ص:220.

^[4] انظر: المجلة-مجلة الأحكام العدلية-، مادة(408)، ص:160.

^[5] انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، معيار(9)، بند رقم(2/1/4)، ص:244.

إبرام عقود إيجار لفترات متغايرة لمستأجرين متعددين، بحيث لا يشترك عقدان في مدة واحدة على عين واحدة. وهذه الحالة تسمى (ترادف الإجازات)؛ لأن كل إجازة منها تكون رديفة (لاحقة) للأخرى، وليست متزامنة مع بعضها، وذلك على أساس الإجازة المضافة للمستقبل^[1].

2- مشروعية الإجازة المضافة:

اتفق الفقهاء على مشروعية الإجازة المضافة الواردة على منفعة عين موصوفة في الذمة^[2]، كأن يقول: ألزمت ذمتك نقلي إلى موضع كذا، بداية الشهر القادم. وخالف الشافعية^[3] جمهور الفقهاء^[4]، فقالوا بعدم جواز الإجازة المضافة إذا كانت واردة على منفعة عين معينة، كأن يقول: آجرتك هذه الدار من بداية الشهر القادم، إلا إذا كانت المدة يسيرة جدا، كأن تعقد الإجازة ليلا لمنفعة النهار التالي فتجوز، أو كانت مستأجرة ممن هي في إجارته، على أحد القولين^[5].

واستدل الفقهاء على جواز عقد الإجازة المضافة بما ثبت من قول عائشة-رضي الله عنها-: "استأجر رسول الله-صلى الله عليه وسلم- وأبو بكر رجلا من بني الدليل هاديا خريتا، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحتيهما صبح ثلاث"^[6]. ووجه الدلالة منه أن رسول الله-صلى الله عليه وسلم- أضاف عقد

^[1]انظر: المرجع السابق: معيار (9)، بند رقم (1/2/4)، ص: 245. وهذا الرأي موافق لمذهب الحنابلة في جواز الإجازة المضافة ولو كانت العين مشغولة أثناء التعاقد، إذا ظن إمكان التسليم في الوقت المستحق. ولقولهم-أيضا- بصحة إجازة العين المرهونة وقت العقد، إذا أمكن تسليمها وقت الحلول[انظر: المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج6، ص: 41-43].

^[2]انظر: الزيلعي: تبين الحقائق، ج5، ص: 148، وعليش: شرح منح الجليل، ج8، ص: 19، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص: 289، والنووي: روضة الطالبين، ج5، ص: 182، وابن قدامة: المغني، ج12، ص: 304، وابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج30، ص: 158-159، وابن القيم: إعلام الموقعين، ج2، ص: 276، والشوكاني: السيل الجرار، ص: 574.

^[3]انظر: الرملي: نهاية المحتاج، ج5، ص: 275، والنووي: روضة الطالبين، ج5، ص: 182.

^[4]مذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة واختيار ابن تيمية وابن القيم والشوكاني): جواز الإجازة المضافة مطلقا، سواء كانت على منفعة عين معينة، أو على منفعة عين موصوفة في الذمة[انظر: حسن الشاذلي: بحث المشاركة المتناقضة في العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة الثالثة عشر، ع13، ج2، 1422هـ-2001م، ص: 441-442].

^[5]انظر: زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص: 407.

^[6]رواه البخاري في صحيحه: كتاب الإجازة، باب إذا استأجر أجيورا ليعمل له بعد ثلاثة أيام، أو بعد شهر أو بعد سنة، جاز، وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل، رقم(2104)، [536/1].

الإجارة إلى الزمن المستقبل، وفعله-صلى الله عليه وسلم- يدل على الجواز. قال ابن حجر^[1]:
ومن قال ببطان الإجارة إذا لم يشرع في العمل من حين الإجارة هو المحتاج إلى دليل،
واستنبط من هذه القصة جواز إجارة الدار مدة معلومة قبل مجئ أول المدة^[2].

واستدلوا أيضا بأن الإضافة تلائم طبيعة عقد الإجارة، باعتباره من العقود الزمنية، التي
تُستوفى آثارها عبر الزمن المستقبل شيئا فشيئا^[3]، كما أن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من
الاستئجار؛ لأن العاقد قد لا يجد المنفعة وقت الحاجة، أو لا يجدها بأجر المثل، فيحتاج إلى
أن يُسلف فيها قبل ذلك، وحاجة الناس أصل في شرع العقود، فيشرع على وجه ترتفع به
الحاجة، ويكون موافقا لأصول الشرع^[4].

وقد أفرزت تطورات الحياة المعاصرة صورا من عقود الإجارة التي لا يمكن انعقادها إلا
بشرط الإضافة، ومنها: أكثر عقود الإجارة الإلكترونية، كتلك التي تتعلق بحجوزات الطائرات
والفنادق، واستئجار السيارات وغيرها. وفي القول بعدم مشروعيتها من التضييق والمشقة،
وتقويت المصالح الجمة ما لا ينسجم ومقاصد الشريعة الإسلامية، ومنها مقصد التيسير.

والخلاصة: إن الأدلة السابقة كافية في تقرير مشروعية عقود الإجارة المضافة للمستقبل،
ولو كان استيفاء المنفعة متعذرا عند التعاقد -كأن تكون العين مؤجرة، أو مشغولة بحق الغير،
أو لم تكن جاهزة لاستخلاص المنفعة المقصودة، كإجارة العقارات التي لم تربط بعد بالمرافق
اللازمة لاستيفاء منفعتها، كالكهرباء والغاز والماء وغيرها، أو كان الأجير الخاص أجيرا لدى
الغير وقت العقد-بشرط أن تكون المنفعة ممكنة الاستيفاء عند حلول أجل سريان العقد^[5].

^[1] هو: أحمد بن علي بن محمد الكناني، العسقلاني الشافعي، شهاب الدين بن حجر، أبو الفضل، أمير المؤمنين في الحديث،
وقاضي القضاة، انتهت إليه علم رياسة علم الحديث في زمانه. من مؤلفاته: "فتح الباري شرح صحيح البخاري"، و"الإصابة في
تمييز الصحابة"، و"المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية"، وغيرها. توفي-رحمه الله تعالى-عام(852هـ)[انظر: ابن العماد
الحنبلي: شذرات الذهب، ج9، ص:395، والسيوطي: ذيل طبقات الحفاظ، ص:553].

^[2] انظر: ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، دار الرسالة
العالمية، دمشق، ط1، 1434هـ-2013م، ج37، ص:312.

^[3] انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، معيار(9و34)، ص:264، وص:867،
ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:582.

^[4] انظر: السرخسي: المبسوط، ج15، ص:75-76.

^[5] انظر: حسن الشاذلي: بحث المشاركة المتناقضة في العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الدولي، مرجع سابق، ص:450،
ومحمد بن سعد الدوسري: أثر الإضافة في عقد الإجارة "بحث في الفقه"، مجلة العلوم الشرعية، ع(46)، محرم 1439هـ،
جامعة محمد بن سعود الإسلامية، ص:226.

الفصل الثاني: مظاهر التيسير في مقتضيات عقود المعاملات المالية وطرق انقضاءها

تمهيد:

يهدف البحث إلى استقراء مظاهر التيسير من خلال مرونة التشريع في التعامل مع القوة الإلزامية للعقود-من جهة-، ومن خلال ما سنّه من حلول شرعية لفك الرابطة العقدية تيسيراً على المتعاقدين-من جهة أخرى-.

ويتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: اللزوم والجواز وأثرهما في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الثاني: الخيار وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الثالث: الإقالة وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

المبحث الرابع: الفسخ بالأعذار الطارئة وأثره في تيسير العقود

المبحث الأول

اللزوم والجواز وأثرهما في تيسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

الأصل في العقد الصحيح^[1] أن يستتبع مقتضياته^[2] ونتائجه التي رتبها الشارع بين المتعاقدين^[3]، فلا يكون لأيٍّ منهما سبيل إلى التحلّل من آثاره، والتتصّل من التزاماته^[4] بعد انبرامه، تجسيدا لواجب الوفاء الثابت بقوله -تعالى-: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وحماية لمقتضيات التعاقد.

بيد أن الفقه الإسلامي تحسّب لظروف المتعاقدين وأحوال التعاقد، فشرع ما يخفّف هذه القوة الإلزامية للعقد في حالات معينة، أو ينقضها في حالات أخرى، ملائمةً لوضع الشريعة في التيسير ورفع الحرج. وفي هذا السياق يستكشف البحث أهمّ الملامح التيسيرية في هذا الجانب من مقتضيات التعاقد، وبعض تطبيقاته الفقهية.

^[1]العقد الصحيح هو: الذي استوفى مقومات مشروعيته ذاتا ووصفا، واعتبره الشرع في ترتّب آثاره عليه. وقد جعل الشارع الحكيم العقد الصحيح قوة ملزمة في تنفيذ الالتزام المترتبة عليه بين المتعاقدين. وفي هذا يقول الأستاذ مصطفى الزرقا -رحمه الله-: الإلزام أثر عام لكل العقود بلا استثناء. فما من عقد صحيح إلا وينشئ التزاما معينا على أحد عاقديه، أو التزامات متقابلة موزعة بينهما، هي من الآثار الخاصة للعقد، بحسب موضوعه والشروط التي يتفق عليها عاقدها ضمن الحدود الجائزة شرعا[انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 514، ومحمد شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف، الإسكندرية، د.ط، 1382هـ-1962م، ص: 506، بتصرف].

^[2]الآثار جمع أثر، وهو لغة: بقية الشيء، والتبعية، والخبر، والنتيجة...، و"آثار العقد" هي: ما يترتب عليه من التزامات، وما يحصل منه من حقوق وواجبات بين المتعاقدين، وقد يطلق عليها: أحكام العقد[انظر: القره داغي: مقدمات في المال والملكية والعقد، ج4، ص: 465].

^[3]انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص: 359.

^[4]المقصود بالالتزام في هذا السياق: الالتزام العقدي، وهو الأثر الحقوقي الناشئ عن العقد، الذي يقتضي تكليف العاقد بفعل، أو بالامتناع عن فعل لمصلحة غيره. ويختلف عن الالتزام غير العقدي الذي ينشأ بسبب آخر غير العقد، كالتزام الضمان بسبب الفعل الضار، والنفقة الواجبة بسبب القرابة ونحو ذلك[انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 514].

المطلب الأول: مفهوم اللزوم العقدي

اللزوم في اللغة: مصدر لزم يلزم، ومعناه: الثبات والدوام. يقال: لزم فلان فلانا، أي: كان معه ولم يفارقه. ولزم الشيء لزوما، أي: ثبت ودام، ولزمه المال والعمل: وجب عليه^[1]. والعقد اللازم في اصطلاح الفقهاء هو: العقد الصحيح النافذ البات، الذي لا يملك أحد طرفيه حق فسخه وإبطاله دون رضا الطرف الآخر؛ لأن في نقضه تغييرا للوضع الحقوقي الذي استقر بين العاقدين؛ ولذلك توقف حلّه على التراضي كأصل العقد. ويقابله العقد الجائز، وهو: ما يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون توقف على رضا الطرف الآخر^[2]. وقد نصت المواد: (114)، و(375) من مجلة الأحكام العدلية على أن العقد اللازم: " هو عقد يمتنع على أحد العاقدين فسخه بمفرده، كالبيع الصحيح العاري عن الخيارات"^[3].

ويخصّ الفقهاء هذا المعنى بـ"اللزوم"، تمييزا له عن "الالتزام" الذي يطلق على الآثار والنتائج التي ينشئها العقد، وتشمل كل تكليف بفعل، أو امتناع عن فعل، يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر، كتسليم المبيع، وضمن العيب، وأداء الثمن، وعدم استعمال الوديعة، ونحو ذلك. ويختلف معنى الالتزام عن الحكم الأصلي للعقد الذي هو الأثر النوعي أو الغاية الحقوقية الأساسية التي شرع العقد ليكون وسيلة شرعية للوصول إليها، كانتقال ملكية العين أو المنفعة بعوض في عقود التمليك، وانتقالها بلا عوض في عقود التبرع، وسقوط أسباب النزاع القائم بين المتنازعين في عقد الصلح، ونحو ذلك^[4].

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لمبدأ اللزوم العقدي

نزع التشريع الإسلامي إلى بناء عقود المعاملات المالية على اللزوم، واعتبره صفة ضرورية، بدونها يفقد العقد أهمّ مزاياه في ضبط عقود المعاملات المالية، والحفاظ على استقرارها، وتحقيق غايات التعاقد.

^[1] انظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 1158، والأصبهاني: المفردات، ص: 579، والكفوي: المصباح المنير، ص: 211، والرازي: مختار الصحاح، ص: 249.

^[2] انظر: محمد رواس قلعه جي: معجم لغة الفقهاء، ص: 360، ونزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص: 386، ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 1، ص: 513، وعدنان التركماني: ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، دار الشروق، جدة، ط 1981م، ص: 197، والموسوعة الفقهية، ج 30، ص: 228، و ج 35، ص: 238، وسلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص: 606-607.

^[3] انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص: 101، و 153.

^[4] انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 1، ص: 516-517.

وقد تواطأت عبارات الفقهاء على التأكيد بأن الأصل في العقود اللزوم، بمعنى أنها تكون لازمة بمجرد صدور الإيجاب والقبول بين المتعاقدين، لا منحلّة، ولا جائزة الفسخ منهما أو من أحدهما^[1]، وثمرة هذا البيان المتكرر من قبل الفقهاء لأصالة اللزوم، التوصل إلى أنه أثر طبيعي للعقد، لا يحتاج ثبوته إلى اشتراط أو نصّ، بل إن الخروج عنه يستلزم اشتراطاً خاصاً يتمثل في أحد الخيارات المعتمدة^[2].

وعلّل الإمام القرافي أصالة صفة اللزوم، وغلبتها في عقود المعاملات المالية، بكونها (العقود) شرعت لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، فناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمقصود^[3]. وأكد في موضع آخر بأن الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها. ثم ذكر بأن الإمامين مالكا وأبا حنيفة أثبتا هذا الأصل، واعتمدا عليه في نفي خيار المجلس؛ لأن العقود لا تقع إلا لحاجة، ولا تندفع الحاجة إلا باللزوم، لا بالتخيير^[4].

وفي سياق هذا التعليل والتأصيل يرى الشيخ الطاهر بن عاشور بأن اللزوم في العقود وسيلة لعدم نقضها، وهي حق لله-تعالى-؛ ليحصل مقصد الشريعة من رفع الخصومات بين الأمة، كما أن مقصد رواج الأموال يقتضي اللزوم دون التخيير إلا بشرط. فمصلحة العقد بالأصالة في لزومه، وتأخر اللزوم لمانع عارض^[5].

وبيّن الشيخ محمد أبو زهرة بأن القول بأصالة اللزوم في العقود الصحيحة يستند إلى كونها تعقد لأغراض ومقاصد، وإشباع حاجات، فمن تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازماً على كلا طرفيها؛ ولأن العقود عهود، وعدم الوفاء بالعهد نكث في الذمّة، وقد قال الله-تعالى-:

[1] عبّر ابن رشد عن هذا المعنى بقوله: "الأصل في العقود أن لا خيار" [انظر: ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:8، والغزالي: الوسيط في المذهب، تحقيق: أبو عمرو الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ-2001م، ج3، ص:101، وابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص:198، ومحمد شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص:557، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:521، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:359، وسلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص:606، وعبد الستار أبو غدة: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص:78].

[2] انظر: عبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ط2، 1405هـ-1985م، ج1، ص:75.

[3] انظر: القرافي: الفروق، ج4، ص:29-30.

[4] المرجع نفسه، ج3، ص:413.

[5] انظر: الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص:165، وص:198.

﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء:34]، وقال -تعالى-: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:1]؛ ولأن آثار العقود التزامات، والأصل في الالتزامات أن تكون لازمة^[1].

وتأسيساً على هذه الأدلة ذهب كثير من الفقهاء إلى أن العقد يكتسب صفة اللزوم بمجرد إتمام الصيغة المعبرة عن التراضي خلال مجلس العقد، دون التوقف على أي اعتبار آخر^[2]. وهو -كما يقول الأستاذ مصطفى الزرقا- اجتهاد يتفق والنظر الحقوقي الحديث، وهو أقطع للخلاف بين المتبايعين، وأجرى مع الحاجة العملية للبت السريع في مؤاخذه المرء بإرادته الجازمة المنشئة للتصرفات المدنية^[3].

ومع أن صفة اللزوم هي الأصل في العقود، إلا أن التشريع الإسلامي استثنى منها ما اقتضت مصلحته عدم اللزوم، طرداً لقاعدة التعليل المصلي في عقود المعاملات المالية؛ وبهذا وجه الفقهاء ما خرج عن أصل اللزوم، حيث قال الإمام المقري-رحمه الله-: "كل عقد ترتبت مصلحته عليه بنفسه فهو على اللزوم، وإلا فعلى الجواز، مالم يعارض تعلق حق به، وذلك: الجعالة، والمغارسة، والقراض، والتحكيم، والوكالة"^[4]. وفي موضع آخر^[5] ذكر بأن: "الأصل للزوم، ويمنعه ما يرجع إلى العقد: ككونه لم يفوت حقاً وجب، كالجعالة وسائر الحقوق الجائزة عند الملكية. أو ما يرجع إلى العاقد كعدم التكليف، أو شرط الخيار ذكراً أو عادة، كالعيب، أو شرعاً: كخيار المجلس عند الشافعي وابن حبيب"^[6].

وهذا الاعتبار المقاصدي هو الذي اعتمده الإمام العز بن عبد السلام معياراً في تقسيمه للعقود -من حيث اللزوم والحواز- إلى ثلاثة أقسام: أولها: العقد اللازم من الطرفين، وهو ما لا تتم مصالحه ومقاصده إلا بلزومه، كالبيع والإجارة؛ ولو كانا جائزين لما وثق كل واحد من

^[1] انظر: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص: 359.

^[2] هذا الاتجاه يمثله المذهبان الحنفي والمالكي من خلال عدم اعتبارهما لخيار المجلس في العقود.

^[3] انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ص: 523.

^[4] انظر: المقري: عمل من طب لمن حب -قسم الكليات-، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ-2003م، ق(349)، ص: 126.

^[5] انظر: المقري: عمل من طب لمن حب، ق(823)، ص: 399.

^[6] هو: عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي، أبو مروان. أحد أعلام المذهب المالكي في العلم والرواية، رتبّه الأمير عبد الرحمن بن الحكم في طبقة المفتين بقربطبة. من مؤلفاته: كتاب " الواضحة"، و"الجامع"، و"فضائل الصحابة". توفي -رحمه الله تعالى- سنة(238هـ) [انظر: القاضي عياض: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م، ج3، ص: 30، وابن فرحون: الديباج المذهب، ج2، ص: 8-15].

العاقدين بالانتفاع بما صار إليه، وليبطلت فائدة شرعيتها؛ إذ لا يأمن من فسخ صاحبه. ورأى بأن دخول خيار المجلس في البيع على خلاف قاعدته؛ لأن الحاجة تمس إليه، فجاز مع قصر مدته. وثانيهما: ما تكون مصلحته في جوازه من طرفيه، كالشركة والوكالة والجمالة والوصية وغيرها؛ فلو لزمّت لفاتت مصالحها. وثالثها: ما تكون مصلحته في جوازه من أحد طرفيه، ولزومه من الطرف الآخر، كالرهن؛ فإن مقصوده التوثق، ولا يحصل إلا بلزومه على الراهن، وهو حق من حقوق المرتهن، فله إسقاط توثقه به، كما تسقط وثيقة الضمان بإبراء الضامن، وهو محسن بإسقاطها^[1].

فالعقود باعتبار اللزوم والجواز ثلاثة أقسام: لازم من الطرفين، وجائز من الطرفين، ولازم من طرف جائز من الطرف الآخر^[2]. والعقد اللازم قد يعرض له الجواز، إذا تعلّق به الخيار، كما أن العقد الجائز يمكن أن يتحوّل إلى عقد لازم، إذا ترتب على فسخه ضرر بيّن بأحد أطراف العقد. يقول ابن رجب^[3]-رحمه الله-: "التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد العاقدين أو غيرهما ممن له تعلّق بالعقد لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، فيجوز على ذلك الوجه"^[4].

والظاهر أن مرونة هذه التكييفات، وارتباطها الوثيق بتحصيل مصالح التعاقد، تمثّل بعداً آخر في تيسير عقود المعاملات المالية.

^[1]انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ج2، ص: 426-428.

^[2]انظر: بدر الدين الزركشي: المنشور في القواعد، ج2، ص: 124، والتركماني: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص: 273، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 290، والديبان: المعاملات المالية-أصالة ومعاصرة-، ج1، ص: 91، ومصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 525، وعبد الستار أبو غدة: نظرية العقد، ص: 77-78، ومحمد شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص: 506-507.

^[3]هو: زين الدين وجمال الدين، عبدالرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن بن رجب، أبو الفرج، العالم الحافظ الزاهد، ولد ببغداد وانتقل مع والده إلى الشام، وأخذ على أكابر العلماء كالنووي وابن النقيب، وسمع من جماعة من أصحاب البخاري بمصر. من أشهر مؤلفاته: "القواعد الفقهية"، و"شرح جامع أبي عيسى الترمذي" و"شرح أربعين النووي"، وغيرها. توفي-رحمه الله تعالى- سنة(795هـ) [انظر: عبد الحي العكري: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار ابن كثير، دمشق، وبيروت، تحقيق: محمود الأرنؤوط، ط1، 1413هـ-1991م، ج8، ص: 578-579].

^[4]انظر: عبد الله بن محمود الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ج2، ص: 13، وابن رجب: القواعد الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1429هـ-2008م، ص: 136.

المطلب الثالث: تطبيقات التيسير من خلال صفتي "اللزوم والجواز"

-عقد السمسرة أنموذجاً-

1- مفهوم عقد السمسرة

السمسرة في اللغة: التوسط بين البائع والمشتري، والسمسار: القيم بالأمر الحافظ له. وهو في البيع: الوسيط بين البائع والمشتري لتسهيل الصفقة^[1]. والسمسرة في الاصطلاح: "عقد على عوض معلوم للوسيط، مقابل عمل يجريه بين طرفين، لا نيابةً عن أحدهما"^[2]. وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "الوساطة بين البائع والمشتري لإبرام العقد، أو تسهيل الصفقة، أو بين الخادم والمخدوم لتقديم خدمة. والقائم بهذا العمل يسمى سمساراً أو دلالاً: وهو الوسيط بين الطرفين المذكورين، أو الساعي لواحد منها"^[3]. ويؤدي السمسرة-أفراداً أو مؤسسات- دوراً مهماً في تنشيط حركة المعاملات المالية، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، من خلال تيسير سبل الوصول إلى السلع أو الخدمات، وإبرام الصفقات بسرعة فائقة.

2- مشروعية عقد السمسرة وأركانها:

يتفق الفقهاء على مشروعية السمسرة، ويستدلون عليها بجملة من التصوص الشرعية، منها: -ما ورد عن قيس بن أبي غرزة^[4]-رضي الله عنه-بقوله: "كنا في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- نسمى السمسرة، فمر بنا رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فسمّانا باسم هو أحسن منه، فقال: ﴿يا معشر التجار: إن البيع يحضره اللغو والحلف، فشوبوه بالصدقة﴾"^[5].

^[1]انظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص:448، وابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، ص:444-445.

^[2]انظر: عبد الرحمن بن صالح الأثرم: الوساطة التجارية في المعاملات المالية، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1416هـ-1995م، ص:43.

^[3]انظر: وهبة الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص:451.

^[4]هو: قيس بن أبي غرزة بن عمير بن وهب الغفاري، وقيل: الجهني-رضي الله عنه-صحابي، سكن الكوفة ومات بها، ولم يُرو عنه إلا هذا الحديث[انظر: ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1995م، ج5، ص:374، وابن الأثير: أسد الغابة في معرفة الصحابة، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1433هـ-2012م، ص:1023].

^[5]أخرجه أبو داود في سننه: كتاب البيوع، باب في التجارة يخالطها الحلف واللغو، رقم (3326)، [ص600]، والنسائي في سننه: كتاب الأيمان والنذور، باب في الحلف والكذب، رقم(3797، 3800)،[ص586-587]، وفي كتاب البيوع، باب الأمر بالصدقة لمن لم يعتقد اليمين بقلبه في حال بيعه، رقم:(4463)،[ص684-685]، وأخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب التوقي في التجارة، رقم (2145)، [ص369]، والحاكم في مستدرکه: رقم(2138)، [5/2]، ورقم(2139)،

-وما رواه ابن عباس-رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿لَا تَلْقُوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد﴾، قال (الراوي): فقلت لابن عباس: ما قوله: ﴿لا يبيع حاضر لباد﴾؟، قال: "لا يكون له سمسار"^[1]. ووجه الدلالة أن السمسرة كانت موجودة ورائجة بين التجار في زمن النبوة، ولم ينقل إنكارها ولا تغييرها، بل تواطأ المسلمون على العمل بها على امتداد العصور والأمصار بلا تكثير. وقد عقد البخاري في صحيحه بابا في أجر السمسرة، وذكر فيه -تعليقا- قول ابن عباس وجملة من الآثار عن التابعين في مشروعيتها، فقال: "باب أجر السمسرة، ولم ير ابن سيرين^[2]، وعطاء^[3]، وإبراهيم^[4]، والحسن^[5]، بأجر السمسار بأسا. وقال ابن عباس: لا بأس أن يقول بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك، وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا فما كان من ربح فلك أو بيني وبينك فلا بأس به"^[6].

وأركان عقد السمسرة-إجمالا-هي: الصيغة الدالة على الرضا بين العاقدين، والعاقدان (الموسّط-وهو باذل الأجرة مقابل عمل الوسيط-، والوسيط-وهو باذل العمل في الشيء المتوسط فيه مقابل الأجرة-)، والمعقود عليه(وهو العمل الذي يبذله الوسيط، وال عوض الذي يستحقه الوسيط مقابل ما بذل من عمل التوسط سواء عُدَّ أجرة أو جعلاً)^[7].

[6/2]، ورقم(2140)، [7/2]، وأحمد في مسنده: رقم(16179، 1618، 16183، 16184، 16190)، [6/4]. وصححه الألباني في: صحيح الجامع، رقم(7974)، [ص1320].

^[1]متفق عليه، واللفظ للبخاري. رواه البخاري: كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر؟ وهل يُعينه أو ينصحه؟ رقم(2012)، [513/1]، ورواه أيضا بنحوه في كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، رقم(2018)، [514/1]، ورواه مسلم: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للباد، رقم(1521)، [1157/3].

^[2]هو: أبو بكر بن سيرين البصري الأنصاري مولى أنس بن مالك، من أئمة التابعين. توفي-رحمه الله تعالى- عام(110هـ) انظر: الذهبي: تذكرة الحفاظ، ص:77-78، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج4، ص:181-182.

^[3]هو: الإمام التابعي القدوة أبو محمد عطاء بن أبي رباح القرشي. توفي-رحمه الله تعالى- عام(114هـ) [انظر: ابن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ط، د.ت، ج7، ص:199-203].

^[4]هو: الإمام الفقيه أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود الكوفي النخعي. توفي-رحمه الله تعالى- سنة(95هـ) [انظر: الذهبي: تذكرة الحفاظ، ص:74].

^[5]هو: الحسن بن أبي الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد، من كبار التابعين. توفي-رحمه الله تعالى- سنة(110هـ) [انظر: ابن خلكان: وفيات الأعيان، ج2، ص:69-73].

^[6]انظر: ابن حجر: فتح الباري، ج7، ص:326.

^[7]انظر: عبد الرحمن الأطرم: الوساطة التجارية في المعاملات المالية، ص:133-137.

3- التكييف الفقهي لعقد السّمسرة وأثره في تنوع صفته بين اللزوم والجواز

اختلفت آراء الفقهاء في تحديد صفة عقد السّمسرة تبعاً لاختلافهم في تكييفه بين الإجارة والجمالة والوكالة. فعقد السّمسرة إذا كان مقدراً بزمن محدّد كيوم أو شهر أو سنة، ونحو ذلك، كأن يوسّطه في البحث عن مشتريين أو بائعين، وله في كل شهر مبلغ محدّد، يستحقّه بتمام الأجل المحدّد، دون نظر لحصول العقد المتوسط فيه أو عدمه، فهو معدود من باب الإجارة^[1]؛ لأن عقد الإجارة يفتقر إلى تحديد المدة^[2]. وفي هذه الصورة يأخذ عقد السّمسرة صفة عقد الإجارة، فيكون لازماً^[3].

وإذا كان عقد السّمسرة مقدراً بالعمل - أي: محدّداً بإنجاز عمل معيّن - كبيع هذا الثوب أو هذه الدار، ومتى حصل البيع انتهى عمل الوسيط، دون نظر للزمن الذي قضاه في العمل، فمذهب المالكية أن هذه الصورة من السّمسرة جمالة^[4]؛ لأن غاية العمل مجهولة، والجمالة تصح على ما جهل من الأعمال^[5]. وفي هذا يقول الإمام التسولي^[6] - رحمه الله -: "ومن ذلك الاستجار على بيع ثوب مثلاً، لكن لما لم يكن البيع في مقدور الأجير كان جمالة إن حدّه بالعمل - وهو تمام العمل -، وإجارة إن حدّه بالزمن، ويستحق أجره بمضي الزمن حينئذ وإن لم يبيع"^[7]. وإلى هذا الرأي ذهب بعض الفقهاء المعاصرين^[8].

^[1] انظر: السرخسي: المبسوط، ج15، ص:115.

^[2] انظر: ابن جزى: القوانين الفقهية، ص:221، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص:785، والحطاب: مواهب الجليل، ج7، ص:576.

^[3] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:35، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص:220، والجويني: نهاية المطلب، ج8، ص:94، وابن قدامة: المغني، ج5، ص:335.

^[4] تقدم تعريف الجمالة بأنها: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه، كالتزام بمكافأة لمن يحفظ القرآن أو يتفوق في دراسته، أو لمن يكتشف دواء للأمراض المستعصية، ونحو ذلك [انظر: الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص:78].

^[5] انظر: ابن رشد: المقدمات، ج2، ص:208، وابن جزى: القوانين الفقهية، ص:222.

^[6] هو: القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، من أعلام المحققين في المدرسة المالكية. من أشهر مصنفاته: "البهجة شرح على التحفة"، و"حاشية على شرح التاودي على لامية الزقاق". توفي - رحمه الله تعالى - سنة (1258هـ) [انظر: محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص:567-568].

^[7] انظر: التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص:299.

^[8] انظر: عبد العزيز عزام: القواعد الفقهية، ص:166، وعطية فياض: سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، دار النشر للجامعات، مصر، ط1، 1418هـ-1998م، ص:78.

وهذا التكييف يقتضي بأن تكون صفة عقد السمسرة المقدّرة بالعمل الجواز، اعتباراً بصفة عقد الجعالة عند جمهور الفقهاء القائلين بمشروعيتها^[1].

وللمالكية في هذا الموضوع زيادة تفصيل؛ مفاده أن الجعالة تلزم الجاعل وحده بالعقد كالإجارة، وقيل: لا تلزمه إلا بالشروع في العمل، أما المَجْعول له فهي في حقّه جائزة. ووجه ذلك- كما قال ابن رشد رحمه الله-: أن الجاعل لما كان ما أخرج معلوما ولم يجز أن يكون مجهولاً، لزمه، ولما كان العمل الذي يبذله العامل في الجعل يجوز أن يكون مجهولاً، جاز له أن يرجع عنه متى ما شاء ولم يلزمه^[2].

وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى القول بأن الوساطة المقدّرة بالعمل إجارة، ومن عباراتهم في ذلك: "إجارة المنادي والسمّسار والحمام ونحوها جائزة للحاجة"^[3].

وعمدة هذا التكييف أن عقد السمسرة مقابلة عمل معلوم نوعه، بعوض معلوم، فيكون إجارة، وإنما تعلّقت فيه الجهالة بالغاية، وهي جهالة تندفع بالحاجة^[4]. وأيد هذا الرأي من المعاصرين الشيخ محمود شلتوت^[5]- رحمه الله تعالى-. وعلى هذا القول يكون عقد السمسرة لازماً من الطرفين، كعقد الإجارة.

وفي فروع الشافعية والحنابلة ما يفيد بأنه يمكن تخريج عقد السمسرة على الإجارة أو الجعالة. فقد أورد الشافعية في شروط الإجارة جواز استتجار البيّاع -وهو الدّلال- في بيع ما تختلف قيمة الثمن فيه باختلاف المتعاقدين^[6]. وصرّح الحنابلة كذلك بأن استتجار السّمسار هو من الإجازات المباحة. وأساس هذا التكييف أن السمسرة عقد على عمل معلوم بعوض، وتمامه ممكن في الجملة؛ لأن السلع لا تنفك من راغب غالباً، فهي إذاً إجارة، وقد صحّت الإجارة على السمسرة مقدّرةً بالزمن، فتصح مقدرة بالعمل^[7]. وأما وجه تخريجها على الجعالة عندهما (الشافعية والحنابلة)؛ فلكون الجعالة تصحّ فيما تصحّ الإجارة عليه من الأعمال، كما تصحّ

^[1] وصفة عقد الجعالة الجواز، باتفاق الفقهاء القائلين بمشروعيتها وهم المالكية والشافعية والحنابلة [انظر: ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص: 301، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص: 135، والرملّي: نهاية المحتاج، ج5، ص: 465، والبهوني: كشاف الفتاوى، ج3 ص: 414، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة، المعيار(15)، بند 1/4، ص: 427].

^[2] انظر: ابن رشد: المقدمات، ج2، ص: 208.

^[3] انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 231، وابن عابدين: رد المحتار، ج8، ص: 168.

^[4] انظر: عبد الرحمن الأطرم: الوساطة التجارية في المعاملات المالية، ص: 113.

^[5] انظر: محمود شلتوت: الفتاوى، دار الشروق، القاهرة، ودار القلم، القاهرة، ط17، 1311هـ- 1991م، ص: 356.

^[6] انظر: النووي: روضة الطالبين، ج5، ص: 178، والرملّي: نهاية المحتاج، ج5، ص: 269.

^[7] انظر: ابن قدامة: المغني، ج5، ص: 348.

على العمل المجهول^[1]؛ ولما كانت السمسرة مما يصح الاستئجار عليه-عندهم-صحّ أن تكيّف على الجعالة^[2].

وفي المسألة موقف فقهي آخر يقرّر فيه ابن القيم-رحمه الله- بأن عقد السمسرة المقدرّة بالعمل وكالة، حيث قال: "وأما شركة الدّالّين ففيها أمر آخر: وهو أن الدّالّ وكيل صاحب السلعة في بيعها، فإذا شارك غيره في بيعها كان توكيلاً له فيما وكل فيه.."^[3]. ويمكن أن يفهم من هذا القول بأنه عدّ عمل الوسيط من باب النيابة، فاشتركت السمسرة مع الوكالة في هذا المعنى، واندرجت فيها. أو أنه نظر إلى ما يقع غالباً من توكيل الوسيط أو تفويضه بإجراء العقد، فسمّي وكيلاً تغليباً لهذا الجانب^[4]. وقد ذهب إلى هذا الرأي من العلماء المعاصرين الدكتور الشحات الجندي^[5]، والدكتور رفيق يونس المصري^[6]. وعلى هذا الرأي تكون صفة عقد السمسرة الجواز من الطرفين كعقد الوكالة^[7]؛ لأنه لو كان لازماً لاستمر الموكل محتملاً للأضرار إلى ما لا نهاية، وكذلك الوكيل، فيمتنع الناس من قبول الوكالة^[8]. هذا إذا كانت الوكالة بغير عوض، أما إذا كانت بعوض فإنها ترجع إلى الإجارة أو الجعالة^[9].

4-الموازنة والترجيح

يمكن القول بأن تكييف عقد السمسرة المقدرّة بالعمل على الإجارة يترتب عليه اللزوم-كما سبق البيان-، ويفضي إلى الحرج والمشقة، من حيث عدم إمكان فسخ العقد فيما لو طال العمل، أو تعدّر إتمامه بأمر لا يملكه الوسيط، وحينئذ إما أن يتشبّث الموستط بحقه على الوسيط في إتمام العمل مهما طال الزمن، وإما أن يتمسك الوسيط بحقه في إبقاء العمل عنده،

^[1]انظر: الشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص:430، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص:414.

^[2]انظر: الأطرم: الوساطة التجارية في المعاملات المالية، ص:114.

^[3]انظر: ابن القيم: الطرق الحكمية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، ص:246.

^[4]انظر: الأطرم: الوساطة التجارية، ص:118.

^[5]الشحات الجندي: معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطبع والنشر، القاهرة، ص:37-38، 1409هـ 1988م.

^[6]انظر: رفيق المصري: النجش والمزايدة والمناقصة والممارسة، دار المكتبي، دمشق، ط1، 1420هـ، ص:88.

^[7]وعقد الوكالة جائز من الطرفين ما لم يتعلق به حق للغير[انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:450، والحطاب: مواهب الجليل، ج7، ص:170، والشيرازي: المهذب في الفقه الشافعي، ج3، ص:373، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص:468].

^[8]انظر: عبد العزيز عزام: القواعد الفقهية، ص:327.

^[9]انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج7، ص:170.

وهذا يفضي إلى النزاع^[1]، ثم إن ضوابط الإجارة غير متوافرة في عقد السمسرة، ولا سيما تحديد المدة^[2].

ومثل هذا التوجيه ينطبق على عقد السمسرة المخرج على الوكالة بأجر، إذا حُملت على الإجارة. فيتعيّن تكييف عقد السمسرة المقدّرة بالعمل على الجعالة، وإجراؤه على صفتها في الجواز^[3]، فيحقّ للطرفين فسخه، ولا يلزمان بالاستمرار فيه؛ لأن الجعالة الملحوظة في عمل الوسيط مؤثّرة في لزوم هذا العقد، ويمكن درؤها بحمله على الجواز، فتعيّن المصير إليه كالشأن في الجعالة.

ولهذا رجّح بعض الفقهاء عدم صحة استئجار الطبيب إجارة لازمة على البرء؛ لأن الشفاء غير مقدور له، وصحّوه على الجعالة، لأنها عقد جائز^[4]. ويقوّي هذا المعنى أيضا التحسّب لما قد يطرأ على الموسّط من العدول عن العمل، فيكون إلزامه بالإتمام إخلالا بعنصر الرضا الذي هو أساس العقود^[5].

وبهذا يترجّح القول باندراج عقد السمسرة المقدرة بالعمل ضمن قسم العقود التي ترتبط مصلحتها بصفة الجواز، نظرا لتلبّسها بالمعاني المصلحية المتعلقة بالعقود الجائزة-كما لاحظها الإمام القرافي-رحمه الله-، حيث قال في الفرق التاسع والمئتين بين قاعدة ما مصلحته من العقود في اللزوم، وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم: "والقسم الآخر: لا يستلزم مصلحته مع اللزوم، بل مع الجواز وعدم اللزوم، وهو خمسة عقود: الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم مالم يشرعا في الحكومة، فإن الجعالة لو شرعت لازمة مع أنه قد يُطلّع على قرط بُعد مكان الأبق أو عدمه، مع دخوله على الجعالة بمكانه، فيؤدّي ذلك لضرره، فجعلت جائزة لئلا تجتمع الجعالة بالمكان واللزوم، وهما متنافيان"^[6]. ولهذا التعليل من القوة والمشروعية ما يتلاءم مع مبدأ ارتباط صفتي اللزوم والجواز بالمقاصد الأساسية للتعاقد، كالتيسير ودفع الضرر والحرص، وسدّ الحاجة، وانتظام مصالح الخلق، ونحوها.

^[1] انظر: الأطرم: الوساطة التجارية، ص: 122.

^[2] انظر: الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص: 452.

^[3] مع مراعاة تفصيل المالكية في إجراء صفة الجواز قبل الشروع في العمل وبعده [انظر: البغدادي: المعونة، ج 2، ص: 119، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج 2، ص: 253].

^[4] انظر: ابن قدامة: المغني، ج 5، ص: 399.

^[5] انظر: الأطرم: الوساطة التجارية، ص: 125.

^[6] انظر: القرافي: الفروق، ج 4، ص: 29.

المبحث الثاني

مبدأ الخيار في العقود وأثره في تفسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

يُعدّ الخيار العَقْدِي أحد أهم المبادئ التشريعية المعبّرة عن معاني المرونة والحكمة، والسّعة والرحمة، التي يتّسم بها نظام التعاقد في التشريع الإسلامي. ويظهر ذلك في كونه (الخيار) وسيلة لسلب القوة الإلزامية للعقود، رعيًا لتوازن الحقوق المتقابلة، والاحتياط لمبدأ الرضا والعدل بين الالتزامات المتبادلة، إما بخيار مشروط يتوسّل به العاقد إلى مزيد من التبصر والتدبر، أو بخيار مشروع يدرء اختلال التوازن في الأعراف والأغراض. ومن هذا المنطلق يستقرى البحث أهمية مبدأ الخيار وأثره في تيسير المعاملات المالية.

المطلب الأول: تعريف الخيار ومشروعيته

الخيار في اللّغة: اسم من الاختيار، وهو: الاصطفاء والانتقاء، وطلب خير الأمرين، وتفضيل شيء على غيره. وهو باعتبار تعلّقه بالعقود: اصطفاء خير الأمرين: إمضاء العقد أو فسخه^[1].

والخيار في الاصطلاح: أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما حقّ فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوّغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي^[2]. وتفصيل ذلك: أن العقد اللازم بعد انبرامه، يمنع انفراد أحد الطرفين بفسخه، إلا بورود سبب من الأسباب التي جعلها الشّارع مسوّغا للفسخ، أو باتّفاق سابق بين الطرفين يقضي بمنح هذا الحق لأحدهما أو لكليهما، فيكون حينئذ للعاقّد الحق في إمضاء العقد أو فسخه.

وقد اتّفق جمهور الفقهاء على مشروعية الخيار^[3]، مستنديين إلى جملة من الأدلّة، منها:

^[1] انظر: ابن الأثير: النهاية، ص: 291، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج: 2، ص: 232، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 264، والكفوي: الكليات، ص: 424، والفيومي: المصباح المنير، ص: 71، والبهوتي: كشاف القناع، ج: 3، ص: 198، والشربيني: معني المحتاج، ج: 2، ص: 58.

^[2] انظر: الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج: 4، ص: 3، وعبد الستار أبو غدة: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص: 77، ونزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، ص: 202، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص: 363، ومحمد شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص: 541، والزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 4، ص: 519.

^[3] انظر: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 12، وابن رشد: بداية المجتهد، ج: 2، ص: 267، والرملي: نهاية المحتاج، ج: 4، ص: 3، وابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد، ج: 2، ص: 26.

- 1- ما رواه ابن عمر -رضي الله عنهما-: أن رجلاً ذكر للنبي -صلى الله عليه وسلم- أنه يخدم في البيوع، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: ﴿إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لِاخْلَابَةِ﴾^[1].
- 2- ما رواه أبو هريرة أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: ﴿لَا تَلْقُوا الْجَلْبَ، فَمَنْ تَلَقَاهُ فَاشْتَرَى مِنْهُ، فَإِذَا أَتَى سَيِّدَهُ السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ﴾^[2].
- 3- ما رواه ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: ﴿الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ، أَوْ رِيْمَا قَالَ: أَوْ يَكُونُ بَيْعَ خِيَارٍ﴾^[3].
- 4- ما رواه أبو هريرة أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: ﴿مَنْ ابْتَاعَ شَاةَ مُصْرَاةٍ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ﴾^[4].
- 5- ما رواه أبو هريرة أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: ﴿مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ﴾^[5]. وكل هذه الأحاديث تجتمع في الدلالة على مشروعية أصل الخيار، وإن اختلفت في بعض تفاصيله.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لمبدأ الخيار

يرتبط مبدأ الخيار بصفة اللزوم التي هي أصل في بناء العقود، وتتعلق وظيفته بسلب اللزوم عن هذا الصنف من العقود، وجعلها في حكم العقود الجائزة^[6]، وذلك من خلال تمكين

^[1] أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، رقم (1974)، [506/1]، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب من يخدم في البيع، رقم (1533)، [1165/3]. والخلابة: مصدر خلبت الرجل، إذا خدعته [انظر: أبو سليمان الخطابي: معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1352هـ-1933م، ج3، ص:138].

^[2] رواه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب، رقم (1519)، [1157/3]. والمراد بالسيد: مالك المجلوب الذي باعه. أي: فإذا جاء صاحب المتاع إلى السوق وعرف السعر فله الخيار في الاسترداد [انظر: النووي: صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية الأزهرية، ط1، 1347هـ-1929م، ج10، ص:163].

^[3] رواه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع؟، رقم (1967)، [504/1]، وباب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم (1968)، [504/1]، ورواه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم (1531)، [1163/3]، ورواه مالك في الموطأ: كتاب البيوع، باب بيع الخيار، رقم (79)، ص:138.

^[4] رواه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، رقم (2004، 2005، 2006)، [512/1]، وباب إن شاء رد المصراة وفي حلبتها صاع من تمر، رقم (2007)، [512/1-513]. ورواه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، رقم (1524)، [1157/3]، واللفظ لمسلم.

^[5] رواه الدارقطني في السنن: كتاب البيوع، رقم 10/2768، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2001م، ج2، ص:569، ورواه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، رقم (10624)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م، ج5، ص:440، والزيلعي: نصب الرأية، رقم (6247)، [9/4]، وأشار إلى ضعفه.

^[6] يصرح الفقهاء بأن الأصل في العقود أن تثبت أحكامها على اللزوم، وقد يمنع من ذلك وجود خيار في العقد [انظر: الشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص:58، وأحمد فهمي أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص:173].

العائد- الذي ثبت له حق الخيار- من الاختيار بين المضي في تنفيذ مقتضى العقد، أو الرجوع عنه.

فالخيار صفة تطراً على العقد الصحيح النافذ فتمنع ابتداءً حكمه-كما في خيار الشرط-، أو تمنع تمام الحكم بعد ثبوته-كما في خيار الرؤية-، أو تمنع لزوم العقد بعد سريان آثاره-كما في خيار العيب^[1].

وقد قرّر جمهور الفقهاء أن الخيار شرع استثناء من بعض القواعد والأصول لاستدراك المصلحة، ودفع الضرر والحرَج^[2]. يقول ابن رشد-رحمه الله-: "والخيار في البيع هو في أصله غرر، وإنما جوّزته السنّة لحاجة الناس إلى ذلك"^[3]، وقال النووي-رحمه الله-: "كان مقتضى الدليل منع شرط الخيار لما فيه من الغرر، وإنما جوّز للحاجة"^[4]. ووجه ذلك أنه لو اقتصر في شرعية العقود على اللزوم، لوقع الناس في حرج بيّن، فقد يكون الشخص غير خبير بأحوال التعامل فيحتاج إلى التروي أو المشاورة في أمر سلعة أقدم على شرائها متسرعاً لئلا تقلت منه فرصة الحصول عليها إن هو أحرَّ شراءها إلى ما بعد التروي. وقد يضطر إلى شراء شيء من غير رؤيته معتمداً على وصف الطرف الآخر وترغيبه فيه، ثم يجده غير موافق لرغبته، أو لما وصف له، وقد يطلع على عيب خفي عليه حين التعاقد،..؛ ولأجل ذلك كلّه جعل الشارع لأحد المتعاقدين أو كليهما حق فسخ العقد بعد تمامه تقادياً لهذا الحرَج، ورفعاً للأضرار التي تلحقه لو لم يبيح له هذا الحق^[5].

والحاصل أن الخيارات شرعت لتوثيق مبدأ الرضا، ورعاية العدل والتوازن في الالتزامات التعاقدية^[6]؛ ولأجل ذلك أبيح للعائد اشتراط الخيار للتروي-طلباً للمغرم-، كما مُنح له حق الخيار للتوقي-دفعاً للمغرم-. فالأوّل: خيار إرادي يشترطه العائد للظفر بفرصة كافية للتأمل

^[1]انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص:276.

^[2]ومن أظهرها: قاعدة منع الغرر، وقاعدة منع الجهالة. ووجه العدول هنا أن العائد لا يأمن أن يؤول العقد المخير إلى الفسخ أو الإمضاء، فيكون عقداً محتمل الوجود[انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:21-22، وج6، ص:530-531، وابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:68، والقرافي: النخيرة، ج4، ص:256، وابن قدامة: المغني، ج3، ص:509، وعبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:88].

^[3]انظر: ابن رشد: المقدمات، ج2، ص:136.

^[4]انظر: النووي: المجموع، ج9، ص:170.

^[5]انظر: محمد شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص:540، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:363.

^[6]لأن الشرع وضع العقود على أن يكون العوض في مقابلة المقصود[انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص:410].

وتقليب النظر، إما باختبار المبيع، أو بمشاوره أهل الرأي والخبرة^[1] -احتياطا لمصلحته-.
والثاني: خيار حكمي أثبته الشارح لدفع ضرر يلحق العاقد بسبب الخلل الناتج عن عدم العلم
التام بالمبيع، أو بسبب ما يشوب إرادته من التدليس^[2] أو الغبن^[3] أو التغير^[4] أو غيرها من
الشوائب^[5].

وعلى هذا الأساس انقسمت الخيارات إلى قسمين رئيسيين:

أولهما: خيار التروي، وهو خيار إرادي، ينشأ بإرادة العاقد واشترطه.

والثاني: خيار النقيصة، وهو خيار حكمي، يحكم به الشارع عند وجود أسبابه الشرعية، وتحقق
شروطه المطلوبة، دون توقّف على اتفاق العاقدين أو اشتراطهما.

وتحت كلّ واحد من القسمين تندرج أنواع عديدة من الخيارات الراجعة إلى أوصاف وأسباب
منصوصة، وأخرى ملحقة بها ومقيسة عليها^[6]. ويميّز بين القسمين أن خيار الترويّ يصدر من
جهة العاقد مصاحباً للعقد، من أجل النظر والتفكّر والتبصّر، وخيار النقيصة موجه عيب قديم
في المبيع، سابق للعقد^[7].

ويظهر أن مقصد التيسير في تشريع مبدأ الخيار هو سند اتّساع النظر الفقهي في تقرير
الخيارات الكثيرة المتفرّعة عن هذين الأصلين، واعتبار كل ما يחדش عنصر الرضا، أو يخلّ

^[1]انظر: ابن رشد: المقدمات، ج2، ص:136.

^[2]خيار التدليس هو: حق المشتري في فسخ العقد لظهور ما قام به البائع أو من يتواطأ معه، من أفعال تظهر المبيع على
غير حالته الطبيعية؛ ليظن المشتري كمال المبيع فيشتريه، كوضع شارة مصنع(ماركة) غير الشارة الأصلية للترويج[انظر:
المعايير الشرعية، معيار رقم(48)، بند:1/3، ص:1176].

^[3]خيار الغبن هو: حق المشتري في فسخ العقد أو إمضائه، في حال ظهور زيادة في الثمن عن أكثر تقويم من أهل الخبرة.
والغبن المؤثر هو: الذي يعتبر فاحشا في عرف التجار في كل زمان ومكان بحسب تقويم المقومين. ومن صورته: التواطؤ بين
السماسرة والباعة بما يؤدي إلى إغلاء السعر أو الزيادة عن ثمن المثل[انظر: المرجع نفسه، معيار(48)، بند(1/4) و(3/4)،
ص:1179].

^[4]خيار التغير هو: حق المشتري في فسخ العقد لقيام البائع أو من يتواطأ معه بتدبير منه في وصف المبيع بما ليس فيه
لشرائه بأكثر من ثمن المثل. ومن صورته: الإخبار المخالف للواقع بالثمن الأصلي أو التكلفة في بيوع الأمانة[انظر: المرجع
نفسه، معيار(48)، بند(1/2) و(2/2)، ص:1176].

^[5]انظر: عبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:59.

^[6]انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص:3 وما بعدها، والشوكاني: السيل الجرار، ص:520، وإبراهيم بك: العقود
والتبرعات والخيارات، ص:72، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص:519-522، والموسوعة الفقهية، ج20،
ص:44، وعبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:115 وما بعدها.

^[7]انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص:303.

بمبدأ مقارنة التساوي^[1] بين المتعاضدين، علّة لإثبات حكم الخيار في العقود. ومن أوسع ما يعبر عن هذا التيسير ما ذهب إليه ابن تيمية-رحمه الله-بقوله: "وقد قررنا أنه يجوز شرط الخيار في كل العقود، وهو أن يعقد على وجه الجواز، كما يجوز فيها كلها الشروط التي تصير مع عدمها جائزة، لا لازمة"^[2].

المطلب الثالث: مظاهر التيسير في تطبيقات مبدأ الخيار - نماذج مختارة-

تتسع الأحكام التفصيلية المتفرّعة عن مبدأ الخيار بقسميه (التروي، والنقيصة) لتتوّع الآراء الفقهية المواكبة لمقتضى نظرية التيسير في عقود المعاملات المالية، ومن تطبيقاتها:

أ-التيسير من خلال التوسّع في أمد خيار الشرط

خيار الشرط قسم من أقسام خيار التروي^[3]، وهو: "حقّ يثبت بالاشتراط لأحد العاقدين، أو لكليهما، أو لطرف ثالث، بالتخير بين إمضاء العقد أو فسخه خلال مدّة معلومة. ويحصل بكل صيغة تدلّ على عدم لزوم العقد، وبقائه قابلاً للفسخ مدّة الخيار"^[4]. وهو خيار مشروع عند جمهور الفقهاء^[5]؛ لأن النبي-صلّى الله عليه وسلّم-جعل الخيار لرجل من أصحابه ثلاثة أيام^[6]؛ ولأن الحاجة إليه داعية، إذ قد يكون أحد العاقدين قليل الخبرة بالأسواق، فيحتاج إلى مزيد تأمل، أو مشاورّة خبير، فاقترض النظر جواز أن يعقد الشخص مشروطاً لنفسه حقّ الفسخ في أمد يمكنه من الاحتياط لمصلحته.

وقد اختلف الفقهاء في المدة التي يجوز اشتراطها في هذا الخيار:

فذهب الحنفية والشافعية إلى عدم جواز الزيادة على ثلاثة أيام^[7]، بدليل النصوص الواردة بهذا التحديد، ومنها حديث حبان بن منقذ^[1] السابق ذكره، مؤيداً ما روي عن عمر بن الخطاب

^[1] هذه العبارة-مقارنة التساوي- أوردها ابن رشد تعبيرا عن معنى العدل المقصود في المعاوضات المالية. قال -رحمه الله تعالى-: "والعدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي" [انظر: ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:166].

^[2] انظر: ابن تيمية: نظرية العقد، ص:202، وإبراهيم بك: العقود والتبرعات والخيارات، ص:72.

^[3] أقسام خيار التروي ثلاثة: خيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار النقد [انظر: المعايير الشرعية، معيار(52)، بند(1)، ص:1240].

^[4] انظر: المرجع نفسه، معيار(52)، بند(1/2)، ص:1240، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص:202، وابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص:276، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:368.

^[5] وقد ادعى فيه النووي الإجماع إذا كانت مدته محددة، لكن ابن رشد أشار إلى وجود المخالف [انظر: النووي: المجموع، ج9، ص:170، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:267، وابن قدامة: المغني، ج3، ص:509-510].

^[6] قال النووي: هذا الحديث حسن، رواه البيهقي بهذا اللفظ بإسناد حسن، وكذلك رواه ابن ماجة بإسناد حسن، وكذلك رواه البخاري في (تاريخه) في ترجمة منقذ بن عمرو بإسناد صحيح إلى محمد بن إسحاق [انظر: النووي: المجموع، ج9، ص:169].

^[7] انظر: ابن جرير الطبري: اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1420هـ-1999م، ص:62-63.

-رضي الله عنه- أنه قال: " ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لحبّان بن مُنْذِبٍ؛ إنه كان ضريّر البصر، فجعل له رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عهدة ثلاثة أيام، إن رضي أخذ، وإن سخط ترك"^[2]؛ ولأن شرط الخيار يخالف الأصل في انبرام العقود على اللزوم، وإنما جاز استثناءً بدليل النص الوارد فيه، فينبغي أن يقتصر فيه على المدة المنصوصة وهي ثلاثة أيام من غير زيادة عليها^[3]. وأيضاً، فإنه (الخيار) إنما شرع لموضع الحاجة، فجاز القليل منه، وآخر حدّ القلة ثلاث، كما أن الحاجة تندفع بهذه المدة غالباً، فلا تجوز الزيادة عليها^[4].

وترتب على هذا التقييد: قول الشافعية ببطلان العقد باشتراط الزيادة على ثلاثة أيام ولو بطرفة عين، ولا يعود صحيحاً ولو أسقط هذا الخيار. أما عند الحنفية فيعود العقد صحيحاً إذا أسقط شرط الزيادة على ثلاثة أيام، أثناء مدة الخيار. ويقابله قول آخر يفيد بأن العقد ينعقد موقوفاً على إسقاط الزيادة، فإن أسقطها صحّ البيع، وإن لم يسقطها وقع فاسداً^[5].

وذهب الحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى أن للعاقدين اشتراط مدة معلومة من الخيار إلى أي وقت يتفقان عليه، قلّت أو كثرت^[6]. وحجتهم: "إجماع الحجّة على أن اشتراط الخيار جائز في ثلاثة أيام، فلما صحّ جواز اشتراط ثلاثة أيام، كان حكم ما تراضى به المتبايعان من المدة حكم الثلاثة إلا أن تقوم حجة يجب التسليم لها أن ذلك لا يجوز إلا في الثلاث؛ لأن ما

^[1]هو: حبان بن منقذ الأنصاري الخزرجي، صحابي شهد غزوة أحد وما بعدها. توفي-رحمه الله تعالى- زمن خلافة عثمان -رضي الله عنه-[انظر: ابن أبي حاتم: الجرح والتعديل، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط1، 1371هـ-1952م، ج3، ص:296، وابن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، ص:284-285].

^[2]رواه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب البيوع، باب الدليل على أنه لا يجوز الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام، [274/5]، والدارقطني في سننه: [45/4]، ومداره على ابن لهيعة، وهو ضعيف -كما قال ابن حجر-[انظر: فتح الباري، ج7، ص:101].

^[3]انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص:277، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص:50، وابن قدامة: المغني، ج3، ص:509.

^[4]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:22، والسرخسي: المبسوط، ج13، ص:43، والشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص:64.

^[5]انظر: الزيلعي: تبين الحقائق، ج4، ص:15، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:268، والطبري: اختلاف الفقهاء، ص:62، وعمر سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1418هـ-1998م، المجلد الأول، ص:562.

^[6]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:21، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص:202، وابن قدامة: المغني، ج3، ص:509، والأشقر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ص:562.

جاز في الثلاثة فجائز بعدها"^[1]؛ ولأنه حق يعتمد الشرط، فرجع تقديره إلى مشروطه كالأجل؛ ولأن النص الوارد في خيار ثلاثة أيام معلول بالحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل والتمهل، والناس يتفاوتون فيما يحتاجون إليه من مهلة للتروّي، وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث، كالحاجة إلى التأجيل^[2].

ويرى المالكية أن شرط الخيار يثبت بالاشتراط، ويثبت كذلك بالعادة، فإذا جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة ما، ثبت فيها الخيار من غير شرط. كما أن مدته (الخيار) تختلف باختلاف المبيعات، وتتفاوت بالحاجة حسب تفاوت الأموال؛ لأن القصد ما تُختبر فيه تلك السلعة، فإذا لم تكن المدة كافية، لم يكن لشرعية الخيار للشخص فائدة، فكان من معنى النص إباحة أكثر من الثلاثة إن وجدت حاجة داعية لتقدير أكثر منها، ولا يجوز الزيادة على ذلك^[3].

ويمكن القول بأن النظر في أدلة هذه المذاهب الثلاثة والموازنة بينها يؤيد ترجيح قول الحنابلة والصاحبين من الحنفية بإطلاق خيار الشرط إلى أي مدة يتفق العاقدان على تحديدها؛ لاتساق حججهم مع الأصل التشريعي المقرّر لحرية الاشتراط، إذ الشرط الصادر عن الرضا يُرجع فيه لمشروطه^[4]، و﴿المسلمون على شروطهم﴾^[5]. كما أن النص الثابت في تشريع خيار الشرط يُعقل منه معنى دفع الغبن في البياعات، فجاز أن يجري في كل موضع يثبت فيه هذا المعنى، وبالمدة التي تفي بالغرض، تماشياً مع مقصد التيسير في عقود المعاملات المالية.

ولا يقدح في وجهة هذا الترجيح تمسك الحنفية والشافعية بظاهر الحديث^[6]؛ لأنه لا ينص على عدم جواز الزيادة في خيار الشرط على مدة ثلاثة أيام، بل ليس فيه التصريح بالدلالة على خيار الشرط أصلاً، وحتى لو وقع التسليم بأنه وارد فيه؛ فإنه معلّل بالحاجة إلى التروّي، والتمهل قبل إمضاء العقد، دفعا للغبن والتغريب، وليس بالضرورة أن تندفع هذه الحاجة بثلاثة أيام^[7].

^[1] انظر: الطبري: اختلاف الفقهاء، ص: 63

^[2] انظر: ابن قدامة: المغني، ج3، ص: 509، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص: 22-23.

^[3] انظر: ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص: 266-267، وعبد الوهاب البغدادي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2،

ص: 444-445، والحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص: 303، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص: 396.

^[4] سبق تفصيل هذا المعنى ضمن مطلب حرية الاشتراط العقدي.

^[5] تقدّم تخريجه.

^[6] المقصود به حديث حبان بن منقذ السابق ذكره.

^[7] انظر: المرغيناني: الهداية، ج5، ص: 33، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص: 370.

وأما ما ذهب إليه المالكية في تقدير مدة الخيار بالحاجة، فمدفوع بعدم الانضباط المؤدي للتنازع والاختلاف، والعهد بالشارع الحكيم أن لا يربط الأحكام إلا بالأوصاف الظاهرة المنضبطة^[1].

وفي خلاصة هذه الموازنة يترجّح القول بعدم ربط مشروعية خيار الشرط بوقت محدد؛ لأنه الرأي الذي ينسجم مع مقصد التيسير الظاهر في أصل تشريع الخيار، ويرسخ أثره في تعميق مبدأ الرضا، وتحقيق مصالح المتعاقدين.

ب- التيسير من خلال تحديد مقتضى خيار العيب وأمده

"خيار العيب"^[2] مركّب مضاف، وهو من باب إضافة الشيء إلى سببه، (أي: الخيار الذي سببه العيب)^[3]. والعيب في اللغة: مصدر الفعل عاب، يقال: عاب الشيءُ يعيب عيباً، أي: صار ذا عيب، وجمعه عيوب وأعياب. والمعيب مكان العيب وزمانه^[4].

والعيب في اصطلاح الفقهاء: هو ما ينقص القيمة عند التجار أو يفوت غرض المتعاقدين، ونقتضي الفطرة السليمة الخلوّ منه^[5]. وخيار العيب: "لقب لتمكّن البائع من ردّ مبيعه على بائعه، لنقصه عن حالة بيع عليها، غير قلة كميته، قبل ضمانه مبتاعه"^[6]. وتمكين العاقد من فسخ العقد بسبب العيب، حقّ أثبته الشارع للمتملّك دون توقف على اتفاق أو اشتراط، فهو خيار حكمي المنشأ، حكم به الشارع لدفع الضرر عن العاقد (المشتري)؛ لأن العقد انعقد على الرضا مرتبطاً بسلامة المعقود عليه من العيب، فإذا لم تحصل (السلامة) اختلّ الرضا ووجب الخيار؛ لئلا يتضرر العاقد بلزوم ما لم يرض به؛ لأن الرضا شرط صحة البيع، قال -تعالى-: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ

^[1] انظر: ابن قدامة: المغني، ج3، ص: 509، والأشقر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ص: 564-565.

^[2] ويعبّر عنه المالكية في الغالب بخيار النقيصة؛ لأنه شرع لاستدراك النقص الذي يلحق المعقود عليه [انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص: 301، والخرشي: حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج5، ص: 453].

^[3] انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص: 327، وإبراهيم بك: العقود والتبرعات والخيارات، ص: 76.

^[4] انظر: المعجم الوسيط، ص: 638-639، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 118، والنووي: روضة الطالبين، ج3، ص: 460.

^[5] انظر: أبو القاسم الرافعي: العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، تحقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1997م، ج4، ص: 211، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص: 222، وابن مفلح: المبدع، ج3، ص: 424، وابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج6، ص: 529-530، وسلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص: 678.

^[6] انظر: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص: 368.

مِّنكُمْ ﴿النساء:29﴾، فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه. ثم إن الشريعة أقامت عقود المعاوضات المالية على المساواة بين العوضين في نظر العاقدين، وتحقيق المساواة يكون في مقابلة البذل بالبذل، والسلامة بالسلامة، وقد سلم أحد البديلين، فوجب أن يسلم الآخر، فكانت السلامة مطلوبة للعاقد، ومطلوبة للشارع أيضا لتحقيق المساواة^[1].

وقد استدلت الفقهاء على ثبوت خيار العيب -إضافة إلى الآية السالف ذكرها- بما ورد من قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: ﴿لَا تَصُرُوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد، فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر﴾^[2]؛ وذلك أن إثبات الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب^[3]. ومن الأدلة الواردة في هذا السياق أيضا: قوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له﴾^[4]، فإنه صريح في تحريم كتمان العيب، وتحميل البائع مغبة جرمه بتمكين المشتري من حق الفسخ. كما يُستدل كذلك بالنصوص الواردة في تحريم الغش -وكتمان العيب غش-، كقوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿ومن غشنا فليس منا﴾^[5].

ولهذا القسم من الخيارات شروط وأحكام وضوابط مفصلة في مظانها من المصنفات الفقهية^[6]، وإنما يتوجه البحث في هذا السياق إلى الوقوف على مظاهر التيسير من خلال ما قرره النظر الفقهي في موجب خيار العيب، وفي توقيته بعد ثبوته.

^[1] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:265-266، وابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص:328-329، والسرخسي: المبسوط، ج13، ص:102، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:380، وعبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:360.

^[2] رواه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحقل الإبل والبقر والغنم، رقم(2004)، [512/1]، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب حكم بيع المصرة، رقم(1524)، [1159/3]. من حديث أبي هريرة-رضي الله عنه-. والتصرية: جمع اللبن في الضرع.. ويقال للمصرة: المحقلة، وهو من الجمع أيضا، ومنه سميت مجامع الناس محافل [انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص:112].

^[3] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:266، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:117.

^[4] رواه ابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب من باع عيبا فليبينه، رقم(2246)، [ص385]، وأحمد في مسنده(564/29)، والحاكم في المستدرک، رقم(2151)، (10/2)، من حديث عقبة بن عامر، واللفظ لابن ماجه. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

^[5] رواه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب قول النبي -صلى الله عليه وسلم- "من غشنا فليس منا" رقم(101)، [99/1]، من حديث أبي هريرة-رضي الله عنه-.

^[6] انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج20، ص:114-147، والمعايير الشرعية، معيار(51)، ص:1224-1227، وعبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:365 وما بعدها.

1-موجب خيار العيب

اتفق الفقهاء على أن الخيار لا سلطان له على منع أصل حكم العقد، الذي هو انتقال البدلين بين العاقدين، وإنما يقتصر أثره على منع لزوم العقد بالنسبة إلى من ثبت له الخيار^[1]، واختلفت أنظارتهم في تفصيل ما يوجبه خيار العيب -الثابت بشرائطه المقررة^[2]- إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: التخيير بين إمساك المبيع أو رده، بمعنى أن المشتري مخير بين فسخ العقد واسترداد الثمن، أو إمضائه (العقد) وإمساك المبيع المعيب بجميع الثمن، دون الرجوع على البائع بالأرش^[3]، إلا إذا تعذر الرد بأحد الموانع^[4]، فيكون له الحق حينئذ في إمساك المعيب مع الأرش، على سبيل الخلف عن الرد، لا بالأصالة. وهذا مذهب الحنفية، والشافعية والظاهرية، واختيار ابن تيمية من الحنابلة^[5]. وحثهم أن المشتري انعقد رضاه على مبيع سليم

^[1]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:265، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:119، وابن حزم: مراتب الإجماع، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1419هـ-1998ك، ص:154-155، وسلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، ص:686، ومحمد شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص:556، والموسوعة الفقهية الكويتية، ج20، ص:129، وعبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:416.

^[2]أهمها: وجود عيب مؤثر في محل العقد، لم يعلمه المشتري عند التعاقد، ولم يرض به بعد الاطلاع عليه، ولا يمكن إزالته إلا بكلفة، وعدم اشتراط البائع البراءة من العيب[انظر: الموسوعة الفقهية، ج20، ص:119 وما بعدها، والمعايير الشرعية، ص:1223-1224، وعبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، ص:119، وأبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص:380-381].

^[3]الأرش في اللغة: أصله الفساد، ثم استعمل في نقصان الأعيان؛ لأنه فساد فيها. وجمعه: أرش. وفي اصطلاح الفقهاء: هو اسم للمال الواجب في الجناية على ما دون النفس(في باب الجنایات). أما في باب البيوع، فهو: العوض الواجب عن الفرق بين قيمة المبيع معيبا، وبين قيمته سليما، أو هو: قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن[انظر: الفيومي: المصباح المنير، ص:5، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج3، ص:426، ونزيه حماد: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص:40، وقلعة جي: معجم لغة الفقهاء، ص:34].

^[4]موانع الرد بالعيب هي: الرضا بالعيب بعد الاطلاع عليه، وإسقاط حق الخيار بما هو صريح أو في معنى الصريح، ومنه التصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب، وزوال العيب قبل الرد، وهلاك المبيع، وإبراء المشتري من العيب(عند الحنفية)، وحدوث عيب آخر عند المشتري-فيبيح له حق الرد مع أرش العيب الحادث، أو الإمساك بأرش العيب القديم-(عند غير الحنفية)[انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:285-287، وابن جزري: القوانين الفقهية، ص:214، والرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص:34 وما بعدها].

^[5]انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، ج4، ص:31، وابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص:327، وشمس الدين الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص:25-28، والنووي: روضة الطالبين، ج3، ص:480، وابن حزم: المحلى، ج9، ص:75-76-81، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:121، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج3، ص:426، والرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج4، ص:209.

بجميع الثمن، فلا يُلزم بإمساكه معيبا مقابل بعض الثمن؛ ولأن قبوله بإمساك المعيب اختيار لإسقاط حقه، فلا محل للمطالبة بالأرّش^[1]؛ ولأن الرجوع بالنقصان كالخلف عن الردّ، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف^[2].

ويؤيد هذا الرأي حديثُ المصرّاة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل لمشتري المصرّاة الخيار بين الرد والإمساك من غير أرّش، ولو جاز غير ذلك لذكره - صلى الله عليه وسلم -^[3].
المذهب الثاني: التخيير بين الردّ أو الإمساك مع الأرّش، ولو لم يتعدّر الردّ، وسواء رضي البائع بدفع الأرّش أو سخط. وهذا مذهب الحنابلة^[4]، لكنهم استثنوا منه ما إذا كان الإمساك مع الأرّش يفضي إلى الربا، كشراء حلي فضة بوزنه دراهم فضة فيجده معيبا، ففي مثل هذه الحالة يقتصر على الردّ أو الإمساك دون عوض^[5].

ومدرك هذا الرأي أن رضا المتبايعين تعلق بكون العوض في مقابلة المعوّض، فكلّ جزء منه يقابله جزء من الثمن، ومع ظهور العيب فات جزء فيرجع ببذله، وهو الأرّش^[6].

المذهب الثالث: ما ذهب إليه المالكية في التفريق بين العيب الكثير، والعيب اليسير - أو القليل المتوسط -، والقليل جدّا الذي لا يكاد ينفك عنه المبيع. فالقليل جدّا لا حكم له، وأما العيب الكثير - ورجّح ابن رشد تقديره بعشرة في المائة، وعند غيره الثلث - فالحكم فيه تخيير المشتري بين الردّ أو الإمساك بلا أرّش، وهذا القسم يسمى عندهم بعيب الردّ.

وفرقوا في موجّب العيب المتوسط بين الأصول (العقارات) وبين العروض (ما سوى العقارات)؛ فلا يثبت للمشتري الردّ في العقارات بالعيب المتوسط، كالصدع في الحائط وما أشبه ذلك، ويثبت له الأرّش. أما في العروض فيثبت الردّ - على ظاهر روايات المدونة -، وقيل: بل الحكم فيها كأصول، فلا يجب فيها الردّ بالعيب المتوسط، وإنما القيمة.

^[1] انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص: 326-328، وابن قدامة: المغني، ج4، ص: 119.

^[2] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص: 302.

^[3] انظر: ابن مفلح: المبدع، ج4، ص: 426، والشماخي: كتاب الإيضاح، ج3، ص: 243.

^[4] انظر: البهوتي: كشاف القناع، ج2، ص: 218، وابن قدامة: المغني، ج4، ص: 121.

^[5] انظر: مصطفى الرحيباني: مطالب أولي النهي في شرح عاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، د.ط، د.ت، ج3، ص: 113.

^[6] انظر: ابن مفلح: المبدع، ج3، ص: 425، والرحيباني: منتهى الإيرادات، ج3، ص: 112.

ويقابل هذا التفصيل قول آخر لبعض المالكية وهو التسوية بين العيب المتوسط والعيب الكثير، فلا يثبت فيهما إلا الردّ أو الإمساك بلا أرش، ويلحق بهذا- عند ابن رشد - حكم العيب المتوسط في الحيوان^[1].

ويبدو أن أولى هذه الآراء بالترجيح هو مذهب الحنابلة الذي يقضي بتخيير المشتري بين الردّ والإمساك مع الرجوع بأرش النقص على البائع؛ لأنه ينسجم مع مقصد العدل في المعاوضة بين المبيع المعيب والثمن، كما أنه يماثل الحكم في المبيع المعيب إذا تعيّب عند المشتري وطالب به البائع، حيث لا يكون له ردّه من غير أرش للعيب الحادث^[2]. وهو من جهة أخرى يجسد مقصد التشريع في تمكين المكلفين من الحلول الميسرة لهذا النوع من الإشكالات التي يكثر ورودها في عقود البيع، ويمنح الحق للمشتري-باعتباره الطرف المتضرر- في اختيار الأحظى له بين الردّ أو الإمساك مع الأرش، ويحمّل البائع على تحري الصدق، وعدم كتمان العيب.

أما استدلال أصحاب المذهب الأول بأن النبي-صلى الله عليه وسلم- قضى في المصرة بالإمساك أو الردّ فقط، فلا وجه للقياس عليه؛ لأن الخيار في المصرة ثبت بسبب التدليس، لا لفوات جزء من المبيع بالعيب؛ ولذلك لم يستحق أرشا^[3].

وأما قولهم بأن المشتري إذا رضي بالعيب، فقد أسقط حقه، فيجاب عليه بأن الرضا بالمبيع المعيب لا يستلزم ذلك ضرورة، بل يصحّ أن يقال: إن ثبوت الحق للمشتري في المبيع سليماً بمقتضى عقد المعاوضة، هو الذي يقتضي العوض حال فواتها^[4].

2- توقيت خيار العيب

يتعلّق البحث في هذه المسألة ببيان الموقف الفقهي من الأجل المقرّر لتنفيذ موجب الخيار، بمعنى أنه إذا ثبت حق خيار العيب لأحد العاقدين، فهل يجب عليه إمضاؤه على

^[1] انظر: ابن جزري: القوانين الفقهية، ص: 215، وابن رشد: المقدمات، ج2، ص: 148-149، والخرشي: حاشية الخرشي على المختصر، ج5، ص: 496 وما بعدها، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص: 226-228.

^[2] انظر: نايف حجاج العجمي: الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم بجامعة القاهرة، سنة 1422هـ-2001م، ص: 122، وعلي أحمد علي مرعي: بحوث في البيع-دراسة فقهية مقارنة-، طبع المؤلف، ط1، 1415هـ-1994م، ج1، ص: 270-271.

^[3] انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص: 118.

^[4] انظر: علي مرعي: بحوث في البيع، ج1، ص: 270.

الفور، أم يكون له ذلك على التراخي؟. وفي هذه المسألة أيضا انقسمت أنظار الفقهاء على ثلاثة أقوال^[1]، هي:

القول الأول: ثبوت خيار العيب على التراخي

ومقتضى هذا القول أن الخيار لا يسقط بالتأخير، فإذا اطلع العاقد على العيب فأخّر الردّ لم يبطل خياره، ما لم يصدر منه ما يدلّ على الرضا بالعيب صراحة أو دلالة. وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة، والظاهرية^[2]. ودليلهم أن الخيار شرع لدفع ضرر متحقّق؛ فكان على التّراخي كالقصاص، ولم يسلموا بأن الإمساك يدلّ على الرضا بالعيب؛ ولأن الردّ حق ثبت له بالدليل، فلا يسقط إلا بدليل مثله^[3].

القول الثاني: ثبوت خيار العيب على الفور

ومفاد هذا الرأي وجوب المبادرة بالفسخ وإلا سقط الخيار. وحدّ الفورية-عندهم-: الزمن الذي يتمكن فيه العاقد من الفسخ عادة، فلو علم بالعيب عند العقد أو بعده ولم يبادر بالفسخ سقط حقه في الخيار، ولزمه المبيع، ولا يرجع بأرش العيب. وهذا مذهب الشافعية^[4]، ورأي عند بعض الحنفية^[5]، ورواية عن الإمام أحمد^[6].

ومستند أصحاب هذا القول أن الأصل في البيع اللّزوم؛ فيبطل بالتأخير من غير عذر؛ ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان فورياً كالشفعة؛ ولأن التأخير يدل على الرضا به، فأسقط خياره كالتصرف فيه^[7].

القول الثالث: تحديد أمد الخيار بيوم أو يومين

يرى المالكية بأن سكوت صاحب الخيار عن المطالبة بالردّ- بعد الاطلاع على العيب- إذا كان لعذر، لا يعدّ رضا، فيصحّ له الردّ مطلقاً طال الزمن أم لا، وبلا يمين، وإذا كان سكوته

^[1]انظر: الموسوعة الفقهية، 20، ص:127.

^[2]انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:62، وابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج6، ص:572-573، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:119، والمرداوي: الإنصاف، ج4، ص:426، وابن حزم: المحلى، ج9، ص:83-84.

^[3]انظر: ابن قدامة، المغني، ج4، ص:120، وابن حزم: المحلى، ج9، ص:84، وابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:62.

^[4]انظر: النووي: كتاب المجموع، ج11، ص:173، والزرکشي: المنتور في القواعد، ج1، ص:358، والرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج4، ص:211، والسبكي: الأشباه والنظائر، ص:283.

^[5]انظر: وهذا الرأي نقله ابن نجيم عن الحاوي القدسي في فروع الفقه الحنفي[انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:62].

^[6]انظر: المرادوي: الإنصاف، ج4، ص:426، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:119-120.

^[7]انظر: الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص:47، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص:66، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:119-120.

بلا عذر، فإن ردّ بعد يوم ونحوه، كان له ذلك مع اليمين، وإن ردّ قبل مضي يوم جاز له ذلك بغير يمين، وإن طلب الردّ بعد أكثر من يومين فليس له ذلك، ولو مع اليمين، وحيث تكون اليمين على المشتري وينكل فليس له الردّ، ويحلف البائع إن كانت دعواه على المشتري الرضا دعوى تحقيق، لا إن كانت دعوى اتهام فلا يحلف. وإذا كان البائع غائباً، فلصاحب الخيار أن يُشهد على عدم الرضا بالمعيب، فإن كان (البائع) قريب الغيبة، أو كان له وكيل ردّ عليه، وإن كان بعيد الغيبة أو لم يكن له وكيل، فإن شاء انتظر حضوره وردّ عليه إذا حضر، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي^[1].

وبعد استعراض خلاصة الاتجاهات الفقهية في هذه المسألة، والنظر في مسالكها ومداركها، يتوجّه القول إلى ترجيح مذهب القائلين بفورية الردّ عند قيام خيار العيب، للاعتبارات التالية:

- أ- خيار العيب رَفْعٌ لِلزُّومِ الْعَقْدِ اسْتِثْنَاءً، قَصْدًا تَدَارِكُ حَقَّ الْمَشْتَرِي فِي سَلَامَةِ الْمَبِيعِ، فَيَلْزِمُهُ الْمَبَادَرَةُ إِلَى تَنْفِيزِ مَقْتَضَى الْخِيَارِ، لِلرُّجُوعِ بِالْعَقْدِ إِلَى الْأَصْلِ الَّذِي هُوَ لِلزُّومِ.
- ب- التراخي في الردّ مع إمكان الفور يفضي إلى الإضرار بالبائع -بتقويت فرص أخرى لتسويق المبيع مثلاً-، والمعهود من الشريعة تشوّفها إلى دفع الضرر ما أمكن، وبأسرع وقت ممكن، كما أن دفع الضرر عن المشتري -بتمكينه من الخيار- لا يسوّغ له إلحاق الضرر بالبائع من خلال التراخي في الردّ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر^[2].
- ج- فورية الردّ-حسب الإمكان- هو الأوفق لاستقرار المعاملات المالية، وتنشيط الحركة التجارية، وهو الأرفق والأيسر في تحقيق مصالح المتعاقدين^[3].

^[1]انظر: الخرشى: حاشية الخرشى على مختصر خليل، ج5، ص:506-507، وعبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج5، ص:246-247.

^[2]انظر: إسماعيل كاظم العيساوي: أحكام العيب في الفقه الإسلامي، دار عمار، الأردن، ودار البيارق، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م، ص:391، والزرکشى: المنتور في القواعد، ج1، ص:357، وابن رجب: القواعد الفقهية، ص:94.

^[3]انظر: محمد محمود دوجان: مسقطات حق الخيار "دراسة مقارنة"، دار النفائس، الأردن، ط1، 1430هـ-2010م، ص:156، وياسين بن ناصر الخطيب: نظرية استقرار المعاملات وأثرها على العقود وتطبيق ذلك على بعض المعاملات المالية، بحث مقدم لمجلة العدل، 1435هـ-2014م، مج. 16، ع. 63، ص:39-84.

المبحث الثالث

الإقالة وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

تُعدّ الإقالة إحدى الطرق المشروعة لفكّ الرابطة العقدية، من خلال إعطاء العاقدين فرصة التراضي على حلّ العقد بعد انبرامه لازماً، قصد ترميم الضرر الناتج عن الاستعجال وعدم التروّي، وتحقيق رغبة العاقد-النادم- في التخلّص من الالتزامات العقدية، بعدما انكشف له عدم الحاجة لها.

وفي هذا السياق يركّز البحث على بيان الأثر التطبيقي لعقد الإقالة في تيسير عقود المعاملات المالية.

المطلب الأول: تعريف الإقالة ومشروعيتها

الإقالة في اللّغة: الرفع والإزالة، من القَيْل، يقال: قال فلاناً البيع، أي: فسّخه، وأقال الله عثرته، إذا رفعه من سقوطه، وأقال فلاناً من عمله: أعفاه منه ونحاه عنه، ومنه الإقالة في البيع؛ لأنها رفع للعقد، وتقايلا إذا فسّخا البيع، وعاد المبيع إلى مالكة والثلث إلى المشتري، وتقايلا بعدما تبايعا، أي تتراكاً، واستنقَالَ، أي: طلب أن يُقال^[1].

والإقالة اصطلاحاً: هي- عند الحنفية-: "رفع العقد"^[2]، وعند المالكية: "ترك المبيع لبائعه بثمنه"^[3]، وعرفها الشافعية بأنها: "رفع العقد المالي بشكل مخصوص"^[4]، وقال الحنابلة: "الإقالة: الرفع والإزالة"^[5]. ويمكن ربط هذه المعاني في تعريف جامع يفيد بأن الإقالة: رفع العقد، وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين^[6].

^[1] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج5، ج42، ص:3780، والفيومي: المصباح المنير، ص:199، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص:1051، والمعجم الوسيط، ص:770.

^[2] انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:167، والموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص:11.

^[3] انظر: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص:379، وعليش: منح الجليل، ج5، ص:252.

^[4] انظر: الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص:74، والنووي: روضة الطالبين، ج3، ص:495.

^[5] انظر: البهوتي: كشاف القناع، ج3، ص:248، وابن قدامة: الكافي، ج2، ص:58.

^[6] انظر: عبد اللطيف عامر: الإقالة في العقود في الفقه والقانون، دار مرجان، القاهرة، د.ط.، 1984م، ص9، ونزيه حماد:

معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، ص:72، والموسوعة الفقهية الكويتية، ج5، ص:324.

ومن الألفاظ ذات الصلة بلفظ "الإقالة": "الفسخ"، وهو في اللغة: النقص، والرفع، والإزالة، والضعف، والتفريق، والطرح، وفساد الرأي^[1]. والفسخ في اصطلاح الفقهاء: "حلُّ ارتباط العقد"^[2]، أو هو: "قلب كل واحد من العوضين لصاحبه"^[3]. وعرفه بعض المعاصرين بأنه: "رفع الرابطة العقدية بين المتعاقدين، بسبب إرادي، إيقافا لاستمرارها في المستقبل"^[4].

ويتعلق الفسخ بالعقود غير اللازمة بطبيعتها، سواء كانت جائزة في حق الطرفين كالشركة^[5] والوكالة والوديعة ونحوها، اتفاقا، وكذا عقد الإعارة المطلقة عند جمهور الفقهاء، أو بشرط أن لا تكون مقيّدة بعمل، أو أجل عند المالكية، فهذه العقود وأمثالها يمكن حلُّها بإرادة كل من العاقدين مع مراعاة عدم الضرر^[6]، وكذا العقود غير اللازمة في حق طرف واحد كالرهن^[7]، فيكون له حق الفسخ بإرادته دون توقف على إرادة الطرف الآخر؛ لأنها لازمة في حقه، كما يرد الفسخ أيضا على العقود اللازمة إذا تعلق بها الخيار، كما تقدّم بيانه.

والإقالة مشروعة بالسنة والإجماع؛ لحاجة الناس إليها كحاجتهم إلى البيع^[8]، بل هي مستحبة لا ينبغي لمن سئّلها أن يمنعها؛ لما فيها من الفضل، وتكفير السيئات، واليُمن والبركة

^[1]انظر: الفيومي: المصباح المنير، ص:180، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص:257، والرازي: مختار الصحاح، ص:211.

^[2]انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 292.

^[3]انظر: القرافي: الفروق، ج3، ص: 412، والزرکشي: المنثور في القواعد، ج2، ص: 173.

^[4]انظر: الغنائيم: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية، ص:31. ويجدر التنويه بأن بعض العقود ينسحب فيها الفسخ على الزمن الماضي فينقض ما تم من أحكامها كرد المبيع واسترداد الثمن، وبعضها يسري فيها حكم الفسخ على المستقبل فقط، ويكون ذلك في العقود الاستمرارية كالإجارة والشركة فيقطع تأثير العقد بالنسبة إلى المستقبل، أما ما مضى فيكون على حكم العقد.

^[5]القول المعتمد عند المالكية أن الشركة تلزم بالعقد، دون توقف على الشروع في العمل. وهي عند الجمهور من العقود الجائزة غير اللازمة، فلكل شريك أن ينفصل متى شاء، ويفسخ العقد، بشرط علم الشريك الآخر؛ لأن الفسخ من غير علم الشريك الآخر إضرار به، والضرر ممنوع شرعا[انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج7، ص:71، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:328، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:557، والشرييني: مقني المحتاج، ج2، ص:279، وابن قدامة: المقني، ج12، ص:61].

^[6]انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ص:240.

^[7]الرهن عقد جائز من جهة المرتهن، ولازم من جهة الراهن بعد القبض، ومثله الكفالة، فهي جائزة من المطالب، لازمة من جانب الكفيل[انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:290].

^[8]نظر: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص:11، والسمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص:110، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص:248، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص:74، والديبان: المعاملات المالية-أصالة ومعاصرة-، ج7، ص:409..

في مال من أقال صاحبه، وذهاب البركة من مال من منعها^[1]. وقد رغب فيها رسول الله-صلى الله عليه وسلم- بقوله: ﴿من أقال نادما بيعته، أقال الله عثرته يوم القيامة﴾^[2]، وقد تكون واجبة إذا كانت بعد عقد مكروه أو بيع فاسد، صوتاً للعاقدين عن المحذور؛ لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان، وهو ممكن بالإقالة أو بالفسخ، كما تجب أيضاً إذا كان البائع غاراً للمشتري بغبين يسير، وأما الغبن الفاحش فيوجب الردّ على الصحيح^[3].

ومعلوم أن الإقالة لا تتعلّق إلا بالعقود اللازمة بحق الطرفين، عدا عقد الزواج؛ لأن العقود غير اللازمة من الطرفين، يمكن فسخها بإرادة كلّ واحد من العاقدين كما سبق تفصيله^[4]. وللاقالة أركان وشرائط مفصّلة في أبوابها من مصنّفات الفقه.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الإقالة وأثره في التيسير

اختلف الفقهاء في تكييف عقد الإقالة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الإقالة فسخ ينحلّ به العقد مطلقاً-في حق العاقدين وغيرهما-. وهذا هو المذهب عند الحنابلة، وهو قول زفر^[5] من الحنفية، والقول الراجح من مذهب الشافعية^[6]. ودليلهم أن الإقالة في أصلها رفع وإزالة؛ لأن الأصل مطابقة المعنى الشرعي للدلالة اللغوية، ورفع العقد فسخه. ولأن البيع والإقالة اختلفا اسماً فيختلفان حكماً، والبيع إثبات، والرفع نفي، وبينهما تناف، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسحاً محضاً، فتظهر في حق كافة الناس^[7]. كما أن انعقاد الإجماع على جواز الإقالة في جميع المسلم فيه، في مقابل الإجماع على النهي

^[1] انظر: الشماخي: كتاب الإيضاح، ج3، ص:461، وابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:170.

^[2] رواه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب فضل الإقالة، رقم(3460)، [ص623]، وابن ماجه في سننه، كتاب الإجارة، باب الإقالة، رقم(2199)، [ص378]، وصححه الألباني في إرواء الغليل، رقم(1334)، [5/182].

^[3] انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج5، ص:325، وابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:168، وابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2، ص:58، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص:74.

^[4] انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:594، وابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:168.

^[5] هو: زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، فقيه حافظ، من أجل أصحاب أبي حنيفة وأعلمهم. توفي-رحمه الله تعالى- سنة(158هـ) [انظر: ابن أبي الوفاء: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج2، ص:241-242، والغزي: الطبقات السنية في تراجم الحنفية، ج3، ص:254-258].

^[6] انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص:101، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص:250، وابن رجب: القواعد الفقهية، ص:464، وابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص:169، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:348، والنووي: روضة الطالبين: ج3، ص:495، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص:74-75، والغزالي: الوسيط، ص:574، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص:594.

^[7] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:344، والموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص:25.

الوارد عن بيع الطعام قبل قبضه، وكذا جوازها في المسلم فيه قبل قبضه، يدلّ على أن الإقالة ليست بيعاً^[1]. ثم إنها (الإقالة) تتقدّر بالثمن الأول، ولو كانت بيعاً لم تتقدّر به؛ ولأن المبيع عاد بلفظ لا ينعقد به البيع، فكان فسحاً كالردّ بالعيب^[2].

القول الثاني: الإقالة بيع جديد بين المتعاقدين وغيرهما. وهو مذهب المالكية، ومذهب الشافعية في القديم، ورواية عند الحنابلة وأبي يوسف^[3] من الحنفية، وهو مذهب الظاهرية^[4]. واستثنى المالكية: المرابحة وبيع الطعام قبل قبضه والشفعة^[5].

واستدل أصحاب هذا القول بأن حقيقة البيع مبادلة مال بمال على وجه التراضي، وقد تحقّق معناه في صورة الإقالة، فكانت بيعاً؛ لأن العبرة بالمعنى لا بالصورة. ثم إن المبيع في الإقالة-عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منها، فكانت كالأولى-أي: بيعاً-، ولو كانت الإقالة فسحاً، ما صحت إلا بردّ عين الثمن؛ لأن موجب الفسخ انقلاب كل من العوضين إلى صاحبه، لكن الإقالة جازت بردّ عين الثمن وغيره، فخالفت الفسخ، وكانت بيعاً جديداً^[6].

القول الثالث: ذهب أبو حنيفة إلى أن الإقالة فسخ في حق العاقدين، بيع جديد في حق غيرهما كالشفيع، سواء كانت قبل القبض أو بعده. وقال محمد^[7]: هي فسخ وقد تكون بيعاً للضرورة^[8]، ووجه هذا القول: أن اعتبار الإقالة فسحاً في حق العاقدين، قد تقرّر معناه في الاستدلال للقول

^[1] انظر: الجويني: نهاية المطلب، ج 5، ص: 504، والبهوتي: كشف القناع، ج 3، ص: 248.

^[2] انظر: ابن قدامة: المغني، ج 4، ص: 102، وابن حزم: المحلى، ج 9، ص: 6.

^[3] هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف الأنصاري الكوفي، الإمام المجتهد المحدث قاضي القضاة، صاحب أبي حنيفة. من مؤلفاته: "كتاب الخراج". توفي-رحمه الله تعالى-سنة(182هـ)[انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 8، ص: 538، وابن أبي الوفاء القرشي: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج 2، ص: 220، والشيرازي: طبقات الفقهاء، ص: 134].

^[4] انظر: الزرقاني: منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج 5، ص: 254، وابن جزري: القوانين الفقهية، ص: 208، والقرافي: الذخيرة، ج 4، ص: 247، وص: 360 وما بعدها، والجويني: نهاية المطلب، ج 5، ص: 503، وابن قدامة: المغني، ج 4، ص: 101، والكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص: 345، والموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص: 26، وابن حزم: المحلى، ج 9، ص: 7.

^[5] انظر: الزرقاني: منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج 5، ص: 254.

^[6] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص: 344، وابن قدامة: المغني، ج 4، ص: 101، وابن حزم: المحلى، ج 9، ص: 8-9، وعلي المرعي: بحوث في البيع" دراسة فقهية مقارنة"، طبع المؤلف، ط 1، 1415هـ-1994م، ج 1، ص: 305.

^[7] هو: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، فقيه العراق، وصاحب أبي حنيفة-رحمها الله-، تتلمذ على يديه، وأخذ على صاحبه أبي يوسف، كما أخذ الموطأ عن مالك بن أنس، وأخذ عنه الإمام الشافعي. من أشهر مؤلفاته: "السّير الكبير". توفي-رحمه الله تعالى- سنة(189هـ)[انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 9، ص: 140، والقرشي: طبقات الحنفية، ص: 42].

^[8] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص: 343، والمرغيناني: الهداية، ج 5، ص: 151، وابن نجيم: البحر الرائق، ج 6، ص: 170، والزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 1، ص: 594.

الأول، وأما كونها بيعاً جديداً في حق غير العاقدين، فيرجع إلى أن معنى البيع ينطبق على حقيقة الإقالة، من حيث إن كل واحد من العاقدين يأخذ رأس ماله ببدل، إلا أنه لما تعذر إظهار معنى البيع في الفسخ -في حق العاقدين- للتناهي، أمكن إظهاره في حق الغير؛ فجعل فسحاً في حقهما، بيعاً في حق غيرهما، وهذا ليس بممتنع. ألا ترى أنه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه، ومعصية من وجه؟! فمن شخصين أولى، والدليل عليه: أنها لا تصح من غير تسمية، ولا صحة للبيع من غير تسمية الثمن^[1]؛ ولأن اللفظ يدل على الرفع والفسخ، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية، ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره؛ لأنه ضده، واللفظ لا يحتمل ضده فتعين بطلانه، وكونه بيعاً في حق الغير أمر ضروري؛ لأنه يثبت به مثل حكم البيع، وهو الملك، لا مقتضى الصيغة؛ إذ لا ولاية لهما على غيرهما^[2].

ويمكن إجمال تفاصيل هذا الخلاف الفقهي بالقول: إن الفقهاء متفقون على أن الأثر الرئيس للإقالة هو انحلال العقد، وإنما وقع اختلافهم بين اعتبارها (الإقالة) فسحاً يرفع الحكم الأصلي للعقد بأثر رجعي، ويردّ العاقدين إلى ما كان عليه الأمر قبل العقد، أو بيعاً مستأنفاً، لا أثر له على العقد الأول، وإنما يعود المبيع إلى البائع بعقد جديد -بحكم الإقالة-.

ويبدو أن عموم الأدلة الواردة في تكييف الإقالة ترجح مذهب القائلين بأن الإقالة فسح، لا بيع، كما هو مقتضى تسميتها "إقالة"، باعتبار المعنى اللغوي والفقهي للكلمة^[3].

وأما ما استند إليه القائلون بأن الإقالة تشترك مع البيع في معنى مبادلة المال بالمال، وأن العبرة بالمعنى لا باللفظ، فغير مسلم؛ لعدم انعقاد البيع بلفظ الإقالة ابتداءً؛ لأن ما يصلح للعقد لا يصلح للحلّ، وما يصلح للحلّ لا يصلح للعقد، كما أن الإقالة رجوع عن مبادلة، والبيع ابتداءً مبادلة، فافتراقاً. كما يناقش قولهم بأنه يلزم من كون الإقالة فسحاً، عدم جوازها إلا برد عين الثمن، بأن الثمن إما أن يكون في الذمة أو عيناً، وفي كلتا الحالتين لا يلزم من فسح العقد ردّ عين الثمن؛ لأنه إن كان في الذمة فإنه لا يحتمل التعيين، وإن عيّن فهذا شأن ما في الذمة، فيجوز الفسخ مع ردّ مثل الثمن لا عينه، وإن كان الثمن عيناً معيناً فيجوز الفسخ، ويردّ الثمن عينه إن كان باقياً، وبدله إن فات.

^[1] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:344.

^[2] انظر: المرغيناني: الهداية، ج5، ص:152-153.

^[3] انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص:448.

وأما قول الحنفية بأن الإقالة فسخ في حق العاقدين، بيع في حق غيرها، فيردّ عليه بأن حقيقة الشيء الواحد لا تختلف، فلا يمكن حمل مقتضى الإقالة على الفسخ والبيع، لما يترتب عليه من الجمع بين الحقيقة والمجاز، وهو محال^[1].

ويتأيد هذا الترجيح -أيضا- بما ينطوي عليه من التيسير والرفق المنسجم مع قواعد ومقاصد التشريع المالي، ويظهر ذلك في الآتي:

1- إن اعتبار الإقالة فسخا، يُحرّرها من التقيد بالشروط المقررة لصحة عقد البيع، كالعلم بالمقال فيه، والقدرة على تسليمه، وغيرها، كما يبيح للعاقدين التقايل قبل القبض، فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه، ويصحّ وقوعها بعد النداء للجمعة^[2]. وينتفى الجواز في جميع هذه الصور إذا اعتبرت الإقالة بيعا. ومن ذلك أيضا جواز ردّ المبيع المكيل أو الموزون، من غير كيل أو وزن عند اعتبارها فسخا، ولا يصحّ ذلك مع اعتبارها بيعا؛ لأن قبض المكيل والموزون لا يصح من غير كيل أو وزن في البيع^[3].

2- صحة الإقالة مع الشروط الفاسدة، وعدم إمكان تلبّسها بالربا، إذا اعتبرت فسخا؛ لأن البيع يبطل بالشروط الفاسدة، ويدخله الربا، خلافا للفسخ^[4].

3- تعيّن ردّ المبيع -عند اعتبار الإقالة فسخا- بالثمن الأول، لا بأقل ولا بأكثر، بخلاف اعتبارها بيعا، فإنه يمكن أن تكون بثمن أقل أو أكثر من الثمن الأول. وفي هذا حسم لذريعة استغلال حاجة طالب الإقالة، بزيادة الثمن أو إنقاصه^[5].

4- ما تقرّر عند بعض الفقهاء من أنه يغتفر في الفسوخ ما لا يعتبر في العقود، فلا تفتقر الفسوخ إلى قبول، وتقبل الفسوخ التعليقات^[6].

^[1] انظر: البابرتي: العناية شرح الهداية، ج3، ص:635، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص:250، والمرعي: بحوث في البيع، ج1، ص:307.

^[2] لاحظ كثير من الفقهاء أن المنع من البيع وقت النداء، معلّل بالشغل عن صلاة الجمعة، فتندرج فيه جميع العقود لهذه العلة. يقول ابن العربي: "والصحيح فسخ الجميع -أي العقود المبرمة وقت الجمعة-؛ لأن البيع إنما منع للاشتغال به، فكل أمر يشغل عن الجمعة من العقود كلها فهو حرام شرعا، مفسوخ ردعا" [انظر: ابن العربي: أحكام القرآن، ج4، ص:182].

^[3] انظر: ابن رجب: القواعد الفقهية، ص:464-466، والمرداوي: الإنصاف، ج4، ص:475، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص:348.

^[4] انظر: المرجع نفسه، ج7، ص:345.

^[5] انظر: المرادوي: الإنصاف، ج4، ص:476، وابن قدامة: المغني، ج4، ص:102، وابن رجب: القواعد الفقهية، ص:476، وعبد اللطيف عامر: الإقالة في العقود، ص:53-63.

^[6] انظر: السيوطي: الأشباه والنظائر، ص:293.

المبحث الرابع

الفسخ بالأعذار الطارئة وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية

تمهيد:

قدّر التشريع الإسلامي بأن حاجة العاقدين إلى حلّ العقود اللازمة قد تتجاوز حدود ما يقتضيه الخيار والإقالة، فشرع طرقاً أخرى لإنهاء العقد أو تعديله، تحسباً لما تقتضيه الظروف والأعذار الطارئة من حماية لمقاصد التعاقد^[1].

وفي هذا السياق يستعرض البحث بعض مظاهر التيسير وتطبيقاته، من خلال الحلول التي سنّها الفقه الإسلامي للتخفيف من آثار القوة الإلزامية لعقود المعاملات المالية، بسبب الأعذار الطارئة.

المطلب الأول: مفهوم العذر الطارئ ومشروعيته

أ- مفهوم العذر الطارئ

يدور مدلول كلمة "عذر" في اللغة على عدة معانٍ، منها: الحجة، والعسر، وعدم الاستقامة، والانقطاع، والتغيير، والتصلّب، والضيق^[2]. وجملة هذه الدلالات راجعة إلى معنى الحجة التي يُعْتَدَرُ بها. جاء في معجم لغة الفقهاء: "العذر بضمّ، فسكون: مصدر عَدَرَ، جمعُ أَعْدَارٍ، الحجة التي يقدّمها المخالف لرفع اللوم عنه"^[3].

^[1] جدير بالبيان أن انحلال العقد قد يكون بالفسخ، أي: إنهاء العقد بإرادة العاقد واختياره. وقد يكون بالانفساخ، ويعني: زوال الرابطة العقدية بسبب غير إرادي. فالأول: سبب، والثاني: حكم. قال القرافي -بعد بيان الفرق بين الفسخ والانفساخ-: "وبتحرير هذا الفرق ردنا على أبي حنيفة -رضي الله عنه- في جعل الخلع فسخاً، لعدم تعيّن انقلاب الصداق لباذله، بل يجوز بغير الصداق إجماعاً، فحقيقة الفسخ منتقية" [انظر: القرافي: الفروق، ج3، ص: 412]. وإنما يفسخ كل عقد من تلقاء نفسه إذا فقد مقومات بقاءه، ويكون ذلك بالأسباب التالية: -موت أحد العاقدين أو كليهما: وهو سبب لا يؤثر في العقود بدرجة واحدة، فبعضها لا تأثير له فيها، كالبيع والهبة؛ لأنها إذا تمت لا تنفسخ، وبعضها وقع الاختلاف في انفساخها، كالإجارة، والمساقاة والمزارعة، وبعضها مُتَّفَقٌ على انفساخها، كالوكالة. وفي هذا السياق أشار العلامة مصطفى الزرقا إلى أن المصلحة الشرعية اليوم تؤيد مذهب المالكية والشافعية في القول بعدم انفساخ عقد الإجارة بالموت [انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 596، والرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج6، ص: 174، وابن جزّي: القوانين الفقهية، ص: 224].

ب- هلاك محلّ العقد؛ باعتبار أنه يستلزم استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية، كذهاب محل استيفاء المنفعة في عقد الإجارة، وكتلف العين المعارة أو المودعة في عقدي الإجارة والإيداع [انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 595].

^[2] انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج4، ج32، ص: 2854-2860، والزبيدي: تاج العروس، ج12، ص: 540-559، والكفوي: الكليات، ص: 644، والرازي: مختار الصحاح، ص: 177، والفيومي: المصباح المنير، ص: 151، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 437-438، والأصفهاني: المفردات، ص: 425-426.

^[3] انظر: رواس وقتيبي: معجم لغة الفقهاء، ص: 230.

والعذر في اصطلاح الفقهاء هو: " ما يَتَعَدَّرُ معه المضي على موجِبِ الشرع، إلا بتحمّل ضرر زائد"^[1]. وهذا المعنى يشمل كل مشقة تعترض التكليف، ويترتب عليها عجز المكف عن المضي في موجهه، فتستدعي التسهيل والتخفيف؛ ولهذا عبّر عنه بعض الفقهاء بأنه: " السبب الشرعي الذي جعله الشّارع أمانة على ترك بعض الواجبات، وارتكاب بعض المحظورات"^[2]. وهذا تعريف عام ينطبق على سائر التكاليف الشرعية من عبادات ومعاملات. أما بمعناه الخاص بالمعاملات المالية، فهو: " كل عارض لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر زائد، يلحق العاقد في نفسه أو ماله، يثبت له حق الفسخ"^[3].

والطارئ لغة: من طرأ، أي: حصل بغتة^[4]، وجمعه طوارئ، وهي في الاصطلاح الفقهي: "الأمر الخارجة عن العادة، التي تحدث فجأة دون توقّع لها"^[5]، والمقصود هنا الحوادث العارضة غير المعتادة التي تلحق العقد.

والعذر الطارئ -باعتباره مركباً مضافاً- هو: العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمّل ضرر زائد لم يُستحقّ بالعقد، كمن استأجر أجيراً ليقطع ضرسه، فسكن ما به من ألم، أو استأجر طبّاخاً ليطبخ له طعام الوليمة فاختلفت المرأة منه، فالمضي في موجب هذا العقد يُعدّ إلزاماً بضرر زائد غير مستحقّ بالعقد، وهو إتلاف شيء من بدن المستأجر أو ماله^[6].

ويُعدّ مبدأ "العذر الطارئ" -من حيث نشأته وتأصيله وتفصيله- نتاج الإبداع الفقهي للمدرسة الحنفية، ومن خلاله يظهر مدى استيعاب هذا النظر الفقهي لكليات التشريع وقواعده، واستصحابها في رعاية مقصود الشارع في عقود المعاملات المالية.

ب- مشروعية الأخذ بالعذر الطارئ

تستند مشروعية الأخذ بمبدأ العذر الطارئ إلى مجموعة من النصوص والقواعد الشرعية، منها:

^[1] انظر: الجرجاني: التعريفات، ص: 158، ونزیه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، ص: 312.

^[2] انظر: قطب سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، ط1، 2000م، ص: 283.

^[3] انظر: ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص: 55، وعلاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص: 360، وعبد الرحمن هزشي: أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، 2005-2006م، كلية العلوم الإسلامية، الخروية، ص: 99.

^[4] انظر: الفيومي: المصباح المنير، ص: 141، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 46.

^[5] انظر: قلعه جي: معجم لغة الفقهاء، ص: 216.

^[6] انظر: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص: 61، والمرغيناني: الهداية شرح البداية، ج6، ص: 330، والزيلعي:

تبيين الحقائق، ج5، ص: 145.

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة:188]. ووجه الدلالة من هذه الآية أن عقود المعاوضات المالية مبنية على مراعاة التوازن بين المتعاقدين في الالتزامات العقدية، ووقوع العذر الطارئ على العقد يحرم أحد طرفيه من استيفاء حقه، إما بإنقاص المنفعة المقصودة أو بإهدارها تماما، وحينئذ يؤول المضي على العقد دون اعتبار آثار الظرف الطارئ إلى الإخلال بمبدأ التوازن بين العوضين، حيث يكون العوض دون مقابله من المنفعة، وهذا ضرب من ضروب أكل أموال الناس بالباطل، وهو من متعلقات النهي الوارد في الآية؛ لأنه يشمل بمضمونه وحكمه جميع صور المعاملات التي يتحقق فيها أكلٌ لأموال الناس بالباطل، أي: دون أي أساس شرعي معتبر، ولو عن طريق تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لعموم النص^[1]، فالباطل كما-قال ابن العربي- هو: " ما لا يحلّ شرعا، ولا يفيد مقصودا؛ لأن الشرع نهى عنه، ومنع منه، وحرّم تعاطيه"^[2].

2- قوله- تعالى-: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل:90]، فالآية تفيد بأن العدل مقصد تشريعي يقوم على الإنصاف^[3]، ويقتضي مراعاة الظروف الاستثنائية أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع. وعدم الاعتداد بالظروف الطارئة المخلة بالتوازن الاقتصادي للعقد، يُعدّ مناقضة لمقصد العدل، ومصادمة لإرادة الشارع الحكيم في وضع العقود على أن يكون العوض في مقابلة المقصود^[4]؛ ولهذا لزم أن يُلاحظ هذا المقصد في العدول بأحكام العقود عن القياس العام، حال الظروف الاستثنائية، دفعا للظلم والضّرر.

وقد جرى الفقهاء على هذا المسلك -مثلا- في المنع من فسخ العقود الجائزة إذا ترتب عليها الإضرار بأحد المتعاقدين. يقول الزركشي: "العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررا على الآخر امتنع، وصارت لازمة"^[5]. وفي الآية وجه آخر يصلح للاستدلال على مشروعية الأخذ بمبدأ الأعذار الطارئة، يتمثل في أن الأمر بالإحسان في مجال المعاملات، يشي بالحث على

[1] انظر: فتحي الدريني: النظريات الفقهية، ص157-160.

[2] انظر: ابن العربي: أحكام القرآن، ج1، ص:130.

[3] انظر: أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1412هـ-

1992م، ج5، ص:11.

[4] انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ص:410.

[5] انظر: الزركشي: المنثور في القواعد، ج2، ص:125.

التخفيف من حدة المعادلة الدقيقة للاقتضاء في المعاوضات، والرجوع عن مقتضى العدل في لزوم الوفاء بالعقد، إذا ترتب عليه ضرر زائد^[1].

3- قوله-تعالى-: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة:286]، حيث تقرّر هذه الآية الكريمة أن التكليف مبني على التيسير ورفع الحرج، فما تجاوز قدرة المكلف وطاقته، سقط التكليف به شرعاً؛ لأن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالمشاق^[2]؛ ولذلك شرعت الرخص والتخفيفات لدفع المشاق الطارئة غير المعتادة، حفظاً لمقصد التيسير^[3].

وجماع المعنى أن الطوارئ اللاحقة بالعقد، إذا أفضت إلى مشقة غير معتادة، وجب التعامل معها على قاعدة التيسير ورفع الحرج، من خلال تخفيف لزوم العقد، وتمكين الطرف المتضرر من استدراك حظه من المعاوضة، وبهذا يكون مبدأ التيسير دليلاً على مشروعية الأخذ بمبدأ العذر الطارئ في العقود. يقول الكاساني: "ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرراً لم يلتزمه بالعقد"^[4].

4- ما ورد عن أنس- رضي الله عنه- أن النبي- صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، فقيل له: وما تزهي؟ قال: حتى تحمر، فقال رسول الله- صلى الله عليه وسلم-: ﴿أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟﴾^[5]، وعن جابر بن عبد الله- رضي الله عنه- أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم- أمر بوضع الجوائح^[6]. فالحديثان ينصّان على وجوب وضع الجوائح^[7]، وتحريم أخذ مال المشتري إذا أجيحت الثمرة؛ لأنه من ضروب أكل أموال الناس بالباطل^[1]. قال ابن قدامة: "وهو صريح في الحكم، فلا يعدل عنه"^[2].

^[1]انظر: الدريني: النظريات الفقهية، ص:164.

^[2]انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص:365-366، والشاطبي: الموافقات، ج2، ص:210.

^[3]انظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص:212.

^[4]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:26.

^[5]رواه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبذو صلاحها ثم أصابته جائحة فهو من البائع، رقم(2048)، [520/1]، ورواه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم(1555)، [1190/3]، ورواه مالك في الموطأ: كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبذو صلاحها، رقم(11)، [107/2].

^[6]رواه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم(1554)، [1191/3].

^[7]الجائحة في اللغة: مشتقة من الجوح، وهو: الاستئصال والهلاك. والجائحة: الآفة، والشدة، والنازلة التي تجتاح المال من سنة، أو فتنة[انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج1، ج9، ص:719، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص:216، والفيومي: المصباح المنير، ص:44، والرازي: مختار الصحاح، ص:49]. والجائحة في اصطلاح الفقهاء القدامى محصورة فيما أصابه التلف من الثمار، مع اختلاف بين موسّع ومضيق في مجالها، ومن ذلك تعريف ابن قدامة المقدسي: " الجائحة: كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والجراد، والعطش"، وعرفها ابن عرفة بقوله: " ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة

ويتوجّه الاستدلال بوضع الجوائح على مشروعية العمل بمبدأ العذر الطارئ من حيث إن الضرر اللاحق بالمشتري بما أصاب الثمر (المعقود عليه) من الجوائح الطارئة على العقد، أقامه الشارع سببا في وضعها قصد إزالة الضرر عن العاقد، وإعادة التوازن المالي في العقد إلى نصابه^[3].

5- أصل النظر في مآلات الأفعال: تأسس موقف طائفة من الفقهاء^[4] في الأخذ بالعذر الطارئ، على مبدأ اعتبار المآل، وهو أصل اجتهادي يقتضي الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها^[5]، حيث يتيح للمجتهد النظر في تكييف التصرف باعتبار الظروف والملاسات المحققة به، بقطع النظر عن حكمه الأصلي، و"النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا"^[6]. ومآل العذر الطارئ يوجب فسخ العقد على سبيل الاستثناء من الأصل العام للعقود الذي هو اللزوم، دفعا للضرر، وجرياً على مقصد الشرع في تشريع العقود للحاجة والمصلحة؛ ولهذا صرح بعض فقهاء الحنفية بأن العقود شرعت للحاجة، ويُنيت على اللزوم لتحقيق مصلحة العاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيها بالقياس^[7]، وأكدوا بأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر؛ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد؛ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر^[8].

وجملة البيان أن الشارع الحكيم بنى أغلب العقود المالية على اللزوم رعيًا لحاجات العاقدين، وتحقيقاً لمصالحهم، لكنه تحسب لما قد يطرأ عليها من الظروف والأعذار التي يتعسر

قهرا من ثمر أو نبات بعد بيعه". وعرفها بعض المعاصرين بقوله: "هي ما لا يستطيع دفعه، ولا تضمينه، إذا أتلّف أو أنقص العوض قبل تمام قبضه" [انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص:89، والرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص:392، وإبراهيم الثنيان: الجوائح وأحكامها، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 1992م، ص:28].

^[1] انظر: الشوكاني: نيل الأوطار، ج3، ص:231.

^[2] انظر: ابن قدامة: المغني، ج4، ص:88.

^[3] انظر: الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ-1984م، ص:209.

^[4] وهم فقهاء الحنفية على الخصوص [انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، ج5، ص:146، والسرخسي: المبسوط، ج16، ص:5].

^[5] انظر: وليد بن علي الحسين: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دار التدمرية، الرياض، ط1، 1429هـ-2008م، ص:37.

^[6] انظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص:177.

^[7] انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، ج5، ص:146.

^[8] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:26.

معها التزام العاقدين بلزومها، ويتعدّر عليهما الوفاء بالتزاماتها، إلا بضرر مخلّ بقواعد العدل، فشرع عندئذ العدول عن الإلزام، وسوّغ فسخ العقد، جريا على مقتضى مقاصد الشرع وقواعده. واستنادا إلى قوة الأدلة الشرعية على اعتبار العذر الطارئ، صرح الإمام الكاساني بأن: "إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلا ليقلعه، فسكن الوجع، يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً"^[1].

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لمبدأ العذر الطارئ

أ- شروط الأخذ بالعذر الطارئ

يسري تطبيق مبدأ العذر الطارئ على العقود وفق الضوابط والشروط الآتية:

- 1- أن يكون عقدا لازما من الطرفين، محلّه معاوضة مالية محضة^[2].
- 2- أن يكون عقد مدّة، وهو الذي يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه، بحيث يستغرق تنفيذه مدّة ممتدّة من الزمن، فيكون الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذه، كعقد الإجارة، وعقد الإعارة، وعقد الشركة، ومنها أيضا العقود التي يتكرّر تنفيذ التزاماتها بصفة دورية، كعقد التوريد^[3].
- 3- أن يطرأ العذر بعد إبرام العقد، دون توقّع له من العاقدين وقت إنشائه، وأن يترتب عليه عدم القدرة عن المضي على موجب العقد^[4].

^[1]انظر: المرجع السابق، ج6، ص: 26-27.

^[2]العقد المالي المحض: هو ما كان مقصود طرفيه (عاقديه) المال، إما حقيقة، كالبيع والسلم، أو حكما، كالإجارة؛ لأن المنافع تنزل منزلة الأموال [انظر: الزركشي: المنشور في القواعد، ج2، ص: 126، ورواس قلعه جي: الموسوعة الفقهية الميسرة، دار النفائس، بيروت، ط1، 1421هـ-2000م، ج2، ص: 1411].

^[3]وتقابلها العقود الفورية، وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفيذها فورا، دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان، كعقد البيع، وعقد الهبة، وعقد القرض [انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص: 644-645]، والدريني: النظريات الفقهية، ص: 150].

^[4]قسّم الفقهاء العذر الطارئ باعتبار نطاقه إلى عذر عام، كالحوادث التي تنزل بعموم الناس، وتحول دون استيفاء المنفعة المقصودة من العقد، كأن يقع خوف عام، يمنع من استيفاء منفعة السكن، أو منفعة الأرض المستأجرة للزرع-مثلا-، وعذر خاص يقتصر أثره على أحد المتعاقدين، أو فئة قليلة من الناس، وباعتبار محله إلى بدني ومادي ومعنوي. ومن حيث أثره، إلى عذر ممكن الدفع، كما في تغيير محل الإقامة، وإلى عذر لا يمكن دفعه، كما في حالة المرض. كما ينقسم العذر أيضا من جهة مصدره إلى عذر سماوي -خارج عن فعل البشر-، كالأفات والكوارث الطبيعية التي يترتب عليها وقوع ضرر يمتنع معه المضي في تنفيذ العقد، ويمثّل له الفقهاء بنزول أمطار غزيرة، أو انقطاع ماء العيون، فيترتب عليه تعدّر تنفيذ مقتضى عقد المزارعة أو المساقاة-مثلا، وعذر ناتج عن فعل بشري، يترتب عليه الإضرار بأحد العاقدين حال المضي على العقد، كغصب الدار المستأجرة، أو أمر السلطان بإغلاق الحوانيت-عند المالكية-، وتغيير حرفة المستأجر أو سفره لمصلحة-عند الحنفية- [انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص: 465، والتسولي: البهجة، ج2، ص: 220-221، وابن قدامة: المغني،

4- أن يكون الضرر الزائد ناتجا عن العذر الطارئ، وليس ناشئا عن طبيعة الالتزام نفسه، بمعنى أن لا يكون الضرر مستحقا في أصل العقد، ولا ناشئا عن فعل العاقد^[1].

ب- معايير اعتبار العذر الطارئ

يؤكد الفقهاء أن إعمال مبدأ العذر الطارئ يرتبط بمعيارين أساسيين^[2]، هما:

1- أن يكون مقدار الضرر معتبرا ومؤثرا في التوازن بين الالتزامات العقدية، ولا عبء بالضرر الضئيل.

3- أن يترتب على العذر الطارئ إخلال فعلي بالعقد، سواء تعلق الخلل بالجانب المادي (الاقتصادي) للعقد، أو بأشخاص العقد (بدنيا أو معنويا).

ويعتمد تقييم الضرر الفاحش على الموازنة بين ما يحققه صاحب العذر من مصلحة، وما يلحقه من ضرر-أولا-، بحيث يظهر ذلك في عدم تمكن صاحب العذر من استيفاء منفعة المعقود عليه إلا بضرر اقتصادي ومالي، يربو عن المصلحة المتوخاة من العقد. ويمثل له الحنفية بمن استأجر رجلا ليهدم له دارا، أو يقطع له شجرا، أو يقلع له ضرسا، ثم يرجع عن ذلك، لما يبدو له من ضرر يلحق به في ملكه، أو بدنه. فأقدمه على العقد ابتداء كان لأجل مصلحة راجحة عن الضرر، ثم بدا له بعد الموازنة والتقدير أن الضرر يربو عن المصلحة^[3].

كما يرجع تقدير الضرر-ثانيا- إلى ما يصيب العاقد نفسه من ضرر بدني أو معنوي، باعتبار أن هذه الأضرار تعجزه عن الوفاء بالعقد، فتلحق في الاعتبار الشرعي بالضرر المادي الذي يخل بالمعقود عليه، وذلك كمن يؤجر نفسه لعمل ليس من صنعته، ويُعاب عليه أمثاله، فيثبت له حق الفسخ، دفعا لهذا الضرر (النفسي)^[4].

ج5، ص: 341، ص: 362، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص: 27-29، والشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج2، ص: 146، وابن الحاجب: جامع الأمهات، ص: 438.

^[1] انظر: الدريني: النظريات الفقهية، ص: 150-151.

^[2] انظر: قذافي عزات الغنائيم: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية، ص: 168-171، والدريني: النظريات الفقهية- نظرية الظروف الطارئة-، ص: 150-151.

^[3] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص: 27، وابن عابدين: رد المحتار، ج8، ص: 202-205.

^[4] ويشترط الحنفية للفسخ بالضرر الذي يلحق العامل بسبب وضاعة الصناعة، أن يكون العمل -المعقود عليه- مما يُعاب على أمثاله عمله، وأن لا يكون العامل من أهل الصنائع الدنية، ويمثلون له بالشريفة توجب نفسها ظنرا، فلاهلها الفسخ؛ لدفع ضرر العار [انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص: 31].

ج- أحكام الأعدار الطارئة

قرّر الفقهاء من خلال الأدلّة السابقة بأن قواعد الشريعة الإسلامية -خصوصاً تلك المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج- تُسوِّغ تقدير التدابير الاستثنائية المناسبة لإزالة الأضرار الناجمة عن الظروف التي تطرأ على عقود المعاوضات المالية ذات التنفيذ المتراخي. وخلصت آراؤهم في تدبير الحلول الشرعية للتعامل مع مختلف حالات الأعدار الطارئة إلى تفصيل الأحكام الآتية:

أ- حالة وقوع الضرر الناتج عن العذر الطارئ على المعقود عليه بذاته، ويترتب عليه ما يلي:

1- إذا تلف المعقود عليه- محلّ العقد- تلفاً كلياً، يتعدّر معه الوفاء بالالتزامات العقدية، فإن العقد يفسخ فيما تبقى منه من مدة. وهذا هو الرأي الصحيح للحنفية، وهو مذهب المالكية، والأظهر عند الشافعية، والصحيح من مذهب الحنابلة^[1]. وذلك؛ لأن زوال المنفعة كلياً، بسبب تلف المعقود عليه، يشبه تلف المبيع قبل قبضه، فيلحق بحكمه في انفساخ العقد^[2]. ويقابل هذا القول رأي آخر يُثبت للمتضرر -في هذه الصورة- خيار الفسخ، أو الإمضاء، ووجه ذلك أن المنفعة لم تُفُت من كل وجه؛ لبقاء بعض المعقود عليه، وإمكان الانتفاع به بكيفية ما على الجملة، فأشبهه نقص العين في البيع^[3]، وهذا قول للحنفية، وقول للشافعية، ورواية عند الحنابلة^[4].

ونوقش هذا القول بأن المقصود من العقد منفعة معيّنة، فلا يمكن تعويضها بأي منفعة أخرى باقية من العين؛ لأنها ليست معنية بالعقد، ولا هي مقصودة للعاقِد، فلا يصحّ الحُكْم باستمرار العقد لأجلها^[5].

^[1]انظر: أبو الحسن القُدوري: مختصر القُدوري، تحقيق: كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ص:105، وابن نصر البغدادي: المعونة، ج2، ص:102، والرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج6، ص:164، والمرداوي: الإنصاف، ج6، ص:61.

^[2]انظر: ابن مفلح: المبدع، ج5، ص:439.

^[3]انظر: برهان الدين بن عبد العزيز-ابن مازة-: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ-2004م، ج7، ص:499.

^[4]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:32، وأبو الحسن الماوردي: الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م، ج7، ص:399، والمرداوي: الإنصاف، ج6، ص:62.

^[5]انظر: الماوردي: الحاوي الكبير، ج7، ص:399، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:24.

2- إذا تلف المعقود عليه جزئياً- كأن ينهدم أحد جدران البيت مثلاً- من غير أن يؤثر ذلك على تحصيل المنافع المقصودة من العين، فلا فسخ، ولا خيار؛ لأن المعقود عليه هو المنفعة، وقد سلمت من الخلل^[1]. ويلحق بهذه الحالة ما إذا بادر صاحب العين إلى إصلاحها، قبل فسخ العقد من قبل صاحب العذر، ومن غير ضرر يلحق به، فيسقط خيار بالفسخ؛ لزوال الضرر^[2]،

أما إذا تجاوز التلف الجزئي العين إلى المنفعة، وألحق بها نقصاناً يتضرر به صاحب العذر، فقد أثبت الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة^[3] الخيار للمتضرر؛ لأنه يتعدّر عليه استيفاء حقه في المنفعة على الوجه المستحق بالعقد، بسبب سريان الخلل إليها(المنفعة)؛ ولأن قبض المنافع يحصل شيئاً فشيئاً، فإذا حدث العيب، فقد وجد قبل قبض الباقي من المعقود عليه، فأثبت الفسخ فيما بقي منها^[4].

ب- حالة عدم تعلّق العذر بالمعقود عليه مباشرة، ولا بأشخاص العقد، كأن يقع ما لا يمكن دفعه من الحوادث العامة الغالبة، كالفتن، والأوبئة، وأمر السلطان بإغلاق الحوانيت، وغيرها، مما يحول دون استيفاء المنفعة التي وقع عليها التعاقد. وحاصل آراء الفقهاء في أحكام هذه الصورة، ما يلي:

- 1- انفساخ العقد، وهو مذهب الحنفية، والمشهور من مذهب المالكية^[5]. ومردّد ذلك في تقديرهم- إلى أن ما لا يمكن دفعه من الحوادث العامة الغالبة، يشترك مع العذر الطارئ في المنع من تحصيل المعقود عليه، فلزم تنزيله منزلة العذر الطارئ في الحكم^[6].
- 2- ذهب الحنابلة، وبعض الشافعية إلى ثبوت خيار الفسخ، وعلّلوا ذلك بأن الأمر الغالب المانع من استيفاء المنفعة، يشبه الغصب^[7].

^[1]انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:24، والقرافي: الذخيرة، ج5، ص:141.

^[2]انظر: ابن مفلح: المبدع، ج4، ص:444، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:23.

^[3]انظر: ابن مازة: المحيط البرهاني، ج7، ص:498، وابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج2، ص:230، والرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج6، ص:162، والمرداوي: الإنصاف، ج6، ص:66.

^[4]انظر: ابن النجار الحنبلي: معونة أولي النهي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله دهيش، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط5، 1429هـ-2008م، ج6، ص:176، وابن مازة الحنفي: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج7، ص:498.

^[5]انظر: السرخسي: المبسوط، ج16، ص:5، والزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج7، ص:60.

^[6]انظر: ميارة: الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، ج2، ص:186، والسرخسي: المبسوط، ج16، ص:5.

^[7]ومنافع الغصب تضمن عندهما[انظر: البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص:1816، وابن النجار الحنبلي: معونة أولي النهي، ج6، ص:180، والرملّي: نهاية المحتاج، ج5، ص:271، والماوردي: الحاوي الكبير، ج7، ص:444].

ج- حالة فوات الغرض من العقد: وصورته: أن يرتبط تحصيل المنفعة بسبب ما، فإذا زال السبب، فأت معه غرض المتعاقد من المعقود عليه، وصار المضي في تنفيذ العقد بلا مصلحة تعود عليه، فيكون ضرراً موجباً للتعدّر كما قال الحنفية^[1]. وقد عبّروا على ذلك بقولهم: "إن كانت الإجارة لغرض، ولم يبق ذلك الغرض، أو كان عذر يمنعه من الجري على موجب العقد شرعاً، تنتقض الإجارة من غير نقض"^[2]. وإنما تنتقض الإجارة؛ لأنها وقعت لغرض، وقد فات ذلك الغرض. ومن هذه الصورة ما لو ظن أن في بناء داره خلا، فاستأجر رجلاً لهدم البناء، ثم ظهر أنه ليس فيه خلل^[3]. ووجه التعدّر المسوّغ للفسخ في هذه الصورة هو الضرر اللاحق بالمال -نقصاً أو إتلافاً- من غير نفع يعود على باذله، والعقد إنما جاز ابتداء للمنفعة لا للضرر^[4].

د- حالة التعدّر لمانع شرعي يرتبط بمقصد حفظ النفس: وتتصوّر هذه الحالة في طرّو العذر على الالتزامات التي محلّها البدن، فيحوّل دون استيفاء المنفعة من المعقود عليه؛ لمانع شرعي يقتضي حرمة تقويت النفس، أو العضو الصحيح، كما إذا استأجر شخص طبيباً ليقطع منه عضواً مريضاً، فإذا برئ قبل القطع، تعدّر عليه المضي على موجب العقد؛ لأن الشرع أهدر تلك المنفعة، بتحريمه التعرّض بالضرر للنفس أو العضو السليم. والمانع الشرعي كالمانع الحسّي في اقتضاء الانفساخ^[5]؛ ولهذا قرّر جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية في الراجح من المذهب، والحنابلة، بأن العقد يفسخ في حالات تعذر استيفاء المنفعة لمانع شرعي^[6].

^[1] انظر: السرخسي: المبسوط، ج 16، ص: 5، والكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، ص: 27-28.

^[2] انظر: الشيخ نظام وجماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1421هـ-2000م، ج 4، ص: 519.

^[3] انظر: فخر الدين بن منصور، المعروف بقاضي خان: فتاوى قاضي خان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2009م، ج 2، ص: 270.

^[4] انظر: بدر الدين العيني: البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1420هـ-2000م، ج 6، ص: 331.

^[5] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، ص: 26-28، والحطاب: مواهب الجليل، ج 7، ص: 562، والرملي: نهاية المحتاج، ج 5، ص: 316.

^[6] انظر: العيني: البناية، ج 9، ص: 420، والقرافي: النخيرة، ج 5، ص: 148، والغزالي: الوسيط في المذهب، أحمد محمود إبراهيم، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1417هـ-1997م، ج 4، ص: 203، وابن النجار: معونة أولي النهي، ج 6، ص: 172.

هذا ملخص ما فصله الفقهاء من حالات العذر الطارئ على عقود المعاملات المالية، وما يتعلق بها من الأحكام. والجامع بينها مراعاة التشريع للظروف والأعدار الطارئة، واعتبارها في تقييد القوة الملزمة للرابطة العقدية، إما بانفساخ العقد، أو بفسخه، أو بتخيير العاقد بين الفسخ والإمضاء، جرياً على قواعد الشريعة في التيسير ورفع الحرج.

وقد عمق الفقه المعاصر النظر في هذا المبدأ، ووسّع مجال إعماله، وفرّج عنه من الأحكام التفصيلية ما يناسب كفاية الفقه الإسلامي في التصدي لمستجدات العقود التي أفرزتها تطورات الحياة الاقتصادية المعاصرة، ومن ذلك^[1]:

أ- تقسيم العوارض الطارئة على الالتزامات-من حيث أثرها- إلى عوارض معدلة للالتزامات، وعوارض منهيّة لها بسبب خارجي.

فالعوارض المعدلة للالتزامات: هي العوارض التي يقتصر أثرها على تعديلها دون إنهاؤها، ومن تطبيقاتها:

1- إذا طرأ حظر استيراد السلع المتعاقد على تسليمها لتنفيذ عقد المراجعة، أو الإجارة مثلاً، يزال الضرر الفعلي عن المتعامل أو المؤسسة بالصلح أو التحكيم أو القضاء.

2- إذا طرأ تغيير في القوانين بما يؤدي لزيادة الالتزامات المالية المترتبة على أحد طرفي الالتزام، تحمل الزيادة على من يحدده القانون، أو بمقتضى الاشتراط.

وأما العوارض المنهيّة للالتزامات بسبب خارجي، فهي العوارض التي تحل الالتزامات دون تدخل من أحد العاقدين، ويتحمل آثارها من تناط به في حالة عدم وجود الالتزامات، مثل تحمّل المالك تبعه ملكه، ومن تطبيقاتها:

1- استحالة التنفيذ أو عدم الجدوى منه (كالالتزام بتوريد لوازم مؤتمر انتهى موعده قبل التوريد).

2- هلاك محل الالتزام كلياً أو جزئياً، فإذا هلك قبل تسليمه إلى الملتزم له، فإنه يهلك على ضمان الملتزم، وإذا هلك (محل الالتزام) كله بفعل الملتزم له، فإنه يهلك على ضمانه، وإذا هلك بعضه في يد الملتزم قبل تسليمه حقيقة أو حكماً أو بعارض سماوي لا يد له فيه، فيثبت حق الخيار للملتزم له.

[1] انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، معيار (36)-العوارض الطارئة على الالتزامات، ص: 120 وما بعدها.

المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ العذر الطارئ وأثره في تيسير عقود المعاملات

- عقد المقاولة أنموذجاً -

يُعدّ عقد المقاولة من العقود الحيوية في مجال المعاملات المالية المعاصرة، سواء من حيث كثرة تداوله، أو من حيث تعدّد أشكاله وصوره، أو من حيث أثره البالغ في تحقيق الكثير من المصالح الاقتصادية، والمنشآت العمرانية.

1-تعريف المقاولة

المقاولة في اللّغة مشتقة من قول، يقال: قاولة في أمره مقاولة، وتقاولاً، أي: جادله، وفاؤضه^[1].

والمقاولة في الاصطلاح: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً مقابل بدلٍ يتعهد به الطرف الآخر، سواء قدّم المقاول العمل والمادّة، وهو المسمّى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدّم العمل فقط، وهو المعروف عندهم بالإجارة على العمل"^[2]. وقد لاحظ بعض الباحثين أن أهمية الزمن في هذا العقد، تؤكّد ضرورة إدراجه ضمن عناصر التعريف، ومن ثم يحسن تعريفه بأنه: "عقد يتعهد أحد المتعاقدين بمقتضاه القيام بعمل معين، أو صنع شيء ما، في زمن معين، مقابل أجر معلوم"^[3].

وتتفق جملة العبارات الواردة في تعريف عقد المقاولة بأنه عقد من عقود المعاوضات المالية المتصفة باللزوم، وينعقد بالتراضي على التزام أحد طرفيه وهو المقاول-بعمل معلوم، لا يخضع فيه لأيّ وصاية، أو تبعية لصاحب العمل، مقابل أجر معلوم^[4].

2-التكييف الفقهي لعقد المقاولة

يرتبط التكييف الفقهي لعقد المقاولة بطبيعة الالتزامات الواردة في محلّ العقد، فإذا كان موضوعه التزام المقاول القيام بعمل ما، مع التكلّف باقتناء المواد اللازمة له، كالموادّ اللازمة

^[1]انظر: ابن منظور: لسان العرب، مج5، ج42، ص:3780، والفيومي: المصباح المنير، ص:198، والرازي: مختار الصحاح، ص:232.

^[2]انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، العدد14، ، 1435هـ-2004م، قرار رقم: 129(14/3)، ج2، ص:287، ووهبة الزحيلي: بحث بعنوان "عقود جديدة"(عقد المقاولة، بيع الاسم التجاري والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، العدد الثاني(1408هـ-1988م)، ص:18.

^[3]انظر: الغنائيم: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية، ص:254.

^[4]انظر: الديبان: المعاملات المالية-أصالة ومعاصرة-، ج8، ص:321، وانظر: إبراهيم شاشو وأسامة الحموي: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، كلية الشريعة، المجلد26، العدد الثاني، 2010م، ص:746.

لإنجاز بناية، أو شق طريق؛ فإن هذا العقد يأخذ صفة عقد الاستصناع^[1]، وتطبق عليه أحكامه من كل الوجوه؛ لأن حقيقة الاستصناع -كما ذهب إليه الحنفية- التزام الصانع بتقديم المادة والعمل معا^[2].

وأما إذا كان موضوع العقد التزام المقاول بأداء العمل فقط، على أن يوفر له صاحب العمل المواد اللازمة لذلك؛ فإن العقد يوصف بأنه إجارة على عمل، وتتسحب عليه أحكام هذا النوع من الإجارة؛ لأن المقاول لا يؤدي وفق هذا العقد إلا العمل^[3]. وقد قرّر الفقهاء بأن هذا النوع من الإجارة (الإجارة على عمل) محلّه منفعة العامل أو الصانع، فتكون المنفعة المقصودة متعلّقة بالذمة، كاستئجار أرباب الحرف والصنائع للبناء، أو الخياطة، أو الحدادة، وغيرها^[4]. وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن عقد المقاولة عقد مستحدث، مستقلّ باسمه وصفته، وأن اشتباهه بعقد الإجارة أو الاستصناع أمر عارض، وينبغي أن يُعتدّ بمشروعيته كعقد مستقلّ، إذا توافرت فيه الأركان والشروط المعتبرة؛ لمسيس الحاجة إليه في هذا الزمان^[5]؛ ولأن إلحاقه بعقد الاستصناع يُقيّد مشروعيته بما اشترطه الحنفية من ضرورة أن يجري به عمل الناس؛ لثبوته على خلاف القياس-عندهم-، وفي هذا التكييف من الحرج والمشقة ما لا يخفى^[6]. ويظهر أن الراجح من هذه التكييفات-في تقديري- هو القول بتميّز عقد المقاولة عن غيره من العقود المسماة، التي تشبهه في بعض الخصائص، واعتباره عقدا مستحدثا، طالما أنه ينسجم مع القواعد العامة للمعاملات المالية، وينضبط بأحكامها وشروطها.

^[1] وقد تبني هذا التكييف مجموعة من الباحثين، منهم: الدكتور أحمد يوسف، والدكتور محمد رواس قلجعي، والدكتور وهبة الزحيلي [انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، ج2، ص:185، وقلجعي: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ص:138، وهبة الزحيلي: العقود المسماة، ص:276].

^[2] عرف الحنفية الاستصناع بأنه: "عقد على مبيع في الذمة، شرط فيه العمل، أو طلب العمل من الصانع في شيء خاص، على وجه مخصوص [انظر: السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص:362، والكاساني: بدائع الصنائع، ص:95، والقره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الكتاب الخامس، ج1، ص:126].

^[3] انظر: الصديق الضيرير: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص:467-468، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، ج2، ص:188.

^[4] انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج8، ص:173، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص:291، الشريبي: معني المحتاج، ج2، ص:429، والبهوتي: كشف القناع، ج5، ص:566.

^[5] انظر: مصطفى سانو: عقد المقاولة-حقيقته، تكييفه، صورته-، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دوراه الرابعة عشرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج2، ص:189-191.

^[6] وذهب إلى هذا الرأي أيضا الدكتور محمد جبر الألفي، والشيخ محمد النجيمي [انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، ج2، ص:150، وص:280].

ووجه ذلك أن عموم مذاهب الفقه الإسلامي تقرّ بمشروعية استحداث عقود جديدة-كما سبق بيانه-، كما أن واقع المعاملات المالية يشهد بأهمية عقد المقاولة في الحياة الاقتصادية الحديثة، من خلال شيوع العمل به، وشدة الحاجة إليه في إقامة المشاريع التنموية الكبرى، كإنجاز وصيانة الطرق والجسور والمطارات والعمارات وغيرها من المنشآت الحيوية، ولا يتم ذلك إلا بالتعاقد مع المقاولات المتخصصة والمؤهلة لمثل هذه الإنجازات، ولو سدّ هذا الباب لصار أمر العامة إلى الضيق والحرج، وفات معه المصالح الجمة المرتبطة بمثل هذه المعاملات^[1].

3- أثر العذر الطارئ في فسخ عقد المقاولة

يتوقف بيان الموقف الفقهي من فسخ عقد المقاولة بالعذر الطارئ، على تحرير القول في صفته (عقد المقاولة)، حسب مختلف التكييفات الواردة عليه، وهي:
أ- صفة عقد المقاولة باعتباره استصناعاً:

يرى فقهاء الحنفية أن عقد الاستصناع لا يكون لازماً إلا بعد الشروع في العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للبائعين؛ لأن القياس يقتضي عدم جوازه بالأصل، وإنما جاز استحساناً لتعامل الناس، فيبقى اللزوم على أصل القياس^[2]، وتجري عليه صفة الجواز إلى ما بعد الفراغ من العمل، قبل أن يراه المستصنع، فلو باعه الصانع، وأراد المستصنع أن ينقض البيع ليس له ذلك، ولو استهلكه قبل الرؤية، فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم^[3].

وأما إذا أحضر الصانع العين المصنوعة على الصفة المطلوبة، فقد سقط حقه في الخيار، ويبقى هذا الحق قائماً للمستصنع؛ لأنه مشتري ما لم يره، فإن أجازه لزم في حقه أيضاً. وقيل: له الفسخ-على رأي أبي حنيفة ومحمد-؛ لأنه بمنزلة المبيع الغائب، وفي رواية لأبي حنيفة أن الخيار لهما معاً؛ لأن في امتناع المستصنع من أخذ المستصنع إضراراً بالصانع^[4].

^[1] انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، ج2، ص:191، 201، 205، وإبراهيم شاشو، وأسامة الحموي: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، ص:764، وأمل بنت عبد العزيز النفيسة: عقد المقاولة، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، المجلد38، العدد134، مارس 2021م، ص:562.

^[2] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:98-100، والسمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص:363، والسرخسي: المبسوط، ج12، ص:139-140.

^[3] انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص:98.

^[4] انظر: المرجع نفسه، ج6، ص:99.

ويقابل هذا التفصيل رأي آخر لأبي يوسف يفيد بلزوم عقد الاستصناع بمجرد الانعقاد، فيجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول؛ لأن الصانع ضمن العمل فيجبر عليه، ولو لم يجبر المستصنع على القبول لوقع الضرر على الصانع؛ لأنه عسى أن لا يشتريه غيره أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن^[1]. ولا شك أن لهذا الرأي من الوجاهة ما يجعله أولى بالترجيح على غيره؛ لانسجامه مع مبدأ بناء العقود على اللزوم سداً لحاجة المتعاقدين، ورعايةً لمصلحتهما في التعاقد؛ لأنه إذا لم يكن عقد الاستصناع لازماً، أمكن لأي واحد من العاقدين التملص من آثاره، فتنقضي فائدته. كما أن القول بعدم لزومه يؤدي إلى الإضرار بالطرفين، إذ قد يرفضه المستصنع بعد تمام صنعه وفق المواصفات المطلوبة، فيتضرر الصانع، وقد ينتظر المستصنع مدة إنجازهِ، ثم يبيعه الصانع بعد تمامه، وهذا من الضرر المدفوع شرعاً^[2]. قد نصت المادة(392) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبيّنة كان المستصنع مخيراً"^[3].

وعلى هذا المعنى يتخرّج القول بلزوم عقد المقاول؛ من حيث إنه صار في تطبيقاته المعاصرة أداة حصرية في التعاقد على إنجاز المشاريع الكبرى، ذات الكلف المالية الباهظة، ولا تكاد تُسدّ الحاجة العامّة والخاصة في هذا المجال الحيوي إلا به، كإنجاز المرافق التربوية، والصحية، والخدمية، وغيرها. كما أن القول بعدم اللزوم يترتب عليه الإحجام عن هذه العقود، تجنّباً لمخاطر التملص من التزاماتها، وما يرتبط به من أضرار بالغة، وحينئذ تفوت مصالح المجتمع.

ب- صفة عقد المقاوله باعتباره إجارة: سبق التفصيل بأن عقد المقاوله يردّ تكليفه على أنه إجارة على عمل، إذا كان محلّ التزام المقاول فيه العمل فقط، وفي هذه الحالة يأخذ صفة اللزوم تبعاً للزوم عقد الإجارة- كما قرّر جمهور الفقهاء^[4]-.

^[1] انظر: ابن مازة البخاري: المحيط البرهاني، ج7، ص: 136-137.

^[2] انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع7، ج2، الدورة السابعة، 7- 12 ذو القعدة 1412هـ، الموافق لـ 9-14 مايو 1992م، قرار رقم: 7/3/67، ص: 777، والقره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الكتاب الخامس، ج1، ص: 140-142.

^[3] انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص: 155-156.

^[4] انظر: الزيلعي: تبين الحقائق، ج5، ص: 146، والقرافي: النخيرة، ج5، ص: 59، والماوردي: الحاوي الكبير، ج7، ص: 392، وابن قدامة: المغني، ج5، ص: 335.

وبهذا يكون عقد المقاولة -بجميع صوره- من العقود اللازمة، فلا يمكن لأي من طرفيه الانفراد بفسخه دون مبرر شرعي.

وثبتت صفة اللزوم لعقد المقاولة، إضافة إلى كونه من عقود الزمن-أو العقود ذات التنفيذ المتراخي- سوغ للفقهاء القول بقابليته للفسخ بالأعدار الطارئة، طرداً له على قاعدة الشرع في الاعتداد بالظروف الطارئة في إمكانية فسخ هذا الصنف من العقود، ومواجهة آثارها بالحلول الملائمة لميزان العدل بين المتعاقدين. وعلى هذا الأساس بحث مجمع الفقه الإسلامي موضوع الظروف الطارئة وتأثيرها على الحقوق والالتزامات العقدية، وأورد بين أمثلتها " عقد مقاولة على إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة تم بين طرفين، وحُدّد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وإسمنت وأخشاب وسواها، وأجور عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً، فوقعت حرب غير متوقعة أو حادث آخر عند التنفيذ، قطعت الاتصالات والاستيراد، وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.. فما الحكم الشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر، الذي تميّز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات بشق الطرق الكبيرة وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى، والمستشفيات العظيمة أو الجامعات، وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد؟ وقرّر المجمع في هذه المسألة ما يلي:

1- في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزّع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقافات.

2-ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال. ورأى مجلس المجمع الفقهي في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وإن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة، ومقاصدها العامة، وعدلها^[1].

وفي خلاصة هذه النماذج التطبيقية، يتأكد القول بأن نظرية التيسير لها قيمة مرجعية عليا في تأطير عقود المعاملات المالية، وإحكام نظامها، وتوجيه فروعها وأحكامها، كما أنها تمثل قاعدة فذة لتوسيع النظر الفقهي في تحرير وتطوير المبادرات المالية والاقتصادية، تلبية لحاجات الأمة، وتحقيقا لمصالحها المشروعة.

^[1]انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، الدورة الرابعة، 1402هـ، قرار مجلس المجمع الفقهي بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، ص: 292-297.

الخاتمة

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على أشرف خلقه وخاتم رسله،
وبعد:

فقد رام البحث دراسةً موضوع "نظرية التيسير في عقود المعاملات المالية"، ممهّداً بضبط مفاهيم المصطلحات الأساسية (النظرية، والعقود، والمعاملات المالية، والتيسير).

ثم تناول في قسمه الأول بعض مرتكزات نظرية التيسير ممثلةً في مجموعة من الأصول التشريعية والقواعد الشرعية التي تجسّد مظاهر التيسير التشريعي، وتوجّه الفقيه إلى تحقيق آثاره في الفروع الفقهية.

وحُصّص القسم الأخير من الدراسة لإبراز مظاهر التيسير في بعض الجوانب الأساسية من بنية العقد، مشفوعةً بنماذج تطبيقية من عقود المعاملات المالية.
وخلص البحث إلى تسجيل النتائج التالية:

- 1- النظرية الشرعية: مفهوم عام، وتصوّر شامل، وبناء متكامل، يحكم موضوعاً معيناً، ممكن الوجود في الشريعة الإسلامية، يعتمد في بنائه على استقراء جزئيات موضوع معين من النصوص والقواعد الشرعية والفروع الفقهية، ثم التنسيق بينها بهدف الوصول إلى بناء النظرية العامة التي ينتظم فيها جميع المسائل والقضايا والجزئيات التي تدخل تحت موضوعها.
- 2- من أهم أقسام النظرية الشرعية: النظرية الفقهية، ويتعلّق موضوعها بالأحكام الشرعية العملية، وهي الأكثر شيوعاً بين النظريات الشرعية.
- 3- النظرية الفقهية: تصوّر مجرد جامع للقواعد العامة، الضابطة للأحكام الفرعية والجزئية، المتعلقة بمبدأ تشريعي واحد، تُستمدّ من نصوص الشريعة وقواعدها وفروعها، وتُرتّب ترتيباً منهجياً يُظهر العلاقة بين مكوناتها، ويكشف الصلّة بينها وبين مصدرها، ولها قيمة استدلالية ملزمة.
- 4- الراجح حسب رأي كثير من الباحثين جواز استعمال مصطلح "النظرية" في الدراسات الشرعية.
- 5- تقرّر من خلال مجموعة من الأدلة والتعليقات أن مبدأ التيسير يصلح أن يصاغ ضمن تشريعية واضحة المعالم.

- 6- التنظير جهد علمي يجسّد التطور المنهجي في مسار الدراسات والأبحاث الشرعية المعاصرة، ويُعنى بالكشف عن النظرية الشرعية من مظانها المتعلقة بموضوعها، وترتيب جزئياتها في نسق يعكس التصوّر الكليّ الذي تقوم عليه النظرية. وهو منهج يستجيب لما تقتضيه طبيعة العصر من ضرورة التجديد في أساليب البحث ومناهجه.
- 7- تنتظم عقود المعاملات المالية جميع مجالات التصرفات والعلاقات المالية، ويُنظّمها نسق محكم من القواعد والمقاصد والخصائص العامّة، محورها التيسير ورفع الحرج.
- 8- التيسير حقيقة شرعية منضبطة، ومبدأ من مبادئ الإسلام القطعية، ووضع أصلي في جميع التكاليف الشرعية، ومنه انبثق التيسير العارض بسبب الظروف الاستثنائية، والحالات الطارئة، التي جعلها الشارع مناطا للتيسير.
- 9- من مقاصد التشريع الإسلامي في تيسير عقود المعاملات المالية: سدّ حاجات الناس، وتحقيق مصالحهم، وضمان السرعة والمرونة في معاملاتهم.
- 10- ترجع مسوّغات امتداد نظرية التيسير في عقود المعاملات المالية -أساساً- إلى:
- أ- طابعها التشريعي المتميز بالعموم والكلية: من حيث إن أغلب ما ورد في المعاملات المالية قواعد كلية، ونصوص عامة، تتيح توسيع مجال الاجتهاد في فروعها على قاعدة التيسير ورفع المشقة والحرج.
- ب- ارتباط مشروعيتها بأصل الصحة والجواز: وهو أصل ييسر انفتاحها على تجويز ما يتطور أو يستجد من صور المعاملات المالية على اختلاف العصور.
- ج- دوران أحكامها على العلل والمصالح: ومنه يتجلى التيسير كأبرز العلل التي تدور عليها أحكام المعاملات المالية، كما أن ابتاءها على رعاية مصالح الخلق من شأنه أن يعمّق معنى التيسير من خلال الاطمئنان إلى أن إرادة الشارع الحكيم -فيما قرّره من أحكام عقود المعاملات المالية- متوجهة إلى تحقيق مصالح الخلق في الدنيا والآخرة.
- 11- تركز نظرية التيسير على ما تُتيحه أصول التشريع، وقواعده، من مجال واسع للاجتهاد في توسيع مداه في عقود المعاملات المالية، ومن أهمها:
- أ- القياس، والاستحسان، والاستصلاح، والعرف، والاستصحاب: وهي أصول تشريعية تمدّ التشريع المالي بما تقتضيه تطورات الحياة ومستجدات المعاملات من الأحكام الفرعية والحلول الشرعية الجارية على سنن الشريعة في رعاية مصالح الخلق في معاملاتهم على قاعدة التيسير ورفع المشقة والحرج.

ب-قاعدة مراعاة الخلاف، وقاعدة الحيل، وقاعدة الفساد والبطلان، وقواعد وسائل المقاصد، وقواعد التبعية: وهي قواعد تشريعية دقيقة ذات أثر بالغ في رفق التشريع بحظ وافر من المرونة اللازمة في رصد معاني التيسير التشريعي، وتمكين النظر الفقهي من إبداع الحلول اللازمة لمواكبة تطورات المعاملات المالية وتعقيدها.

12-تفتح نظرية التيسير-من خلال هذه الأدوات التشريعية وغيرها-آفاقا رحبة للاجتهاد في تأطير وتطوير قضايا المعاملات المالية المعاصرة، والإسهام في بلورة الحلول الشرعية الفاعلة في مسار الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وقد ظهر ذلك من خلال بعض التطبيقات في فروع المعاملات المالية.

13-تجلت مظاهر التيسير في الجوانب الأساسية الحاكمة لبنية العقد، من خلال اتصافها بالمرونة اللازمة لتنزيل التيسير في تطبيقاتها على مختلف مجالات التعاقد، ومن ذلك:
أ- ترجيح القول بإطلاق سلطان الإرادة التعاقدية في عقود المعاملات المالية، من خلال إطلاق الحرية للناس في إنشاء العقود المعروفة "المسماة" حسب حاجاتهم، دون تقييد، طالما التزموا بالضوابط الشرعية العامة للتعاقد.

ب- مشروعية استحداث عقود جديدة من غير العقود المتداولة والمعروفة، بشرط اندراجها تحت القواعد والضوابط الشرعية العامة لنظرية العقد. كعقد المرابحة للأمر بالشراء، وعقد التأمين التعاوني.

ج- تقرير مبدأ حرية الاشتراط العقدي-تقييدا، وتعليقا، وإضافة-وفق الضوابط الشرعية المقررة، وعلى أساسه انفتح الفقه الإسلامي على تفكيك الكثير من التعقييدات الناتجة عن الاجتهادات الفقهية المضيقة للاشتراط التعاقدية، واستيعاب كثير من أنواع المنتوجات المصرفية الحديثة، كالقول بمشروعية الاشتراط فيما لا يمس الأحكام النوعية لعقد القرض، ومشروعية تعليق عقد البيع على تسديد جميع الأقساط في الإجارة المنتهية بالتملك، ومشروعية الإجارة المضافة، وغيرها.

14-برزت مظاهر التيسير في مقتضيات عقود المعاملات المالية، وفي طرق انقضائها، وتترلت تطبيقاتها التيسيرية في فروع هذه العقود. ومن أمثلة ذلك:

أ- ابتناء العقود -في الأصل- على صفة اللزوم تأكيدا للالتزام، ودرءا للخصام، وسدًا لحاجة المتعاقدين. والعدول بطائفة منها إلى صفة الجواز؛ دفعا لمشقة اللزوم. وقد بدأ أثر التيسير في تقرير مجموعة من أساليب التخفيف من القوة الملزمة للعقد، من خلال تشريع مبدأ الخيار

بنوعية الشرطي والحكمي؛ حفظا لحق العاقد في التروّي، وصونا لحق الشارع في مقارنة العدل بين المتعاضين.

ب- وفي جهة انقضاء العقود والتحلل من التزامها قرّر التشريع الإسلامي مشروعية انقضاء العقود اللازمة بالإقالة-حلّ العقد بتراضي العاقدين-؛ دفعا لمشقة الإلزام بالالتزام مع الندم. كما سوّغ فسخ العقود اللازمة بالأعذار الطارئة، دفعا للمشقة والضرر.

15- تبيّن في القسم التطبيقي من خلال الموازنة بين مختلف الاجتهادات الفقهية، والمقارنة بينها، أن المذهب المالكي وبعده المذهب الحنبلي هما أرحب المذاهب في المرونة والتيسير، وأوفقها انسجاما مع مقتضاته، وأولى بالبناء على أصولهما والتخريج على فروعهما أثناء البحث في قضايا المعاملات المالية.

توصيات واقتراحات:

تأسيسا على ما تقرّر في أهمية مبدأ التيسير وعظيم مكانته، وأثره البالغ في عموم التشريع، وفي مجال المعاملات المالية بصفة خاصة، فإنني أوصي بما يلي:

1- تركيز الجهود البحثية والنشاطات الدعوية على إبراز أهمية التيسير في رسالة الإسلام، وحثّ المسلمين على التحلّي به في تصرفاتهم وسلوكاتهم، واستدعائه إلى مختلف دوائر العلاقات الإنسانية، اقتداء بسيرة المصطفى-صلّى الله عليه وسلّم، وتجسيدها لمقاصد الإسلام.

2- ضرورة التأسيس على نظرية التيسير وألوية استحضارها في تناول قضايا التشريع-اجتهادا، وإفتاء، وتوجيها-.

3- اعتماد نظرية التيسير بأبعادها التشريعية المختلفة في التصدي لمستجدات المعاملات المالية، وتحديات الحالة الاقتصادية التي تفرزها الحياة المعاصرة.

4- توظيف مخزون التراث الفقهي في معالجة نوازل المعاملات المالية بالبدائل الشرعية، وإبعادها عن الحلول والمقاربات الوضعية.

والحمد لله أولا وآخرا، وصلّى الله وسلّم على عبده ونبيّه محمّد.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

فهرس الأعلام

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

رقم الصفحة	الآية
سورة البقرة	
173، 50، 193	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [275]
170، 54، 165	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [185]
295، 66، 62	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [286]
67	﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [173]
236	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكْتُبُوهُ﴾ [282]
116	﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [29]
294	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [188]
154	﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ [279]
232	﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضْعِفُهُ وَأَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾ [145]
191	﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [229]
54	﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [280]
سورة النساء	
67، 62	﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ [28]
189	﴿فَإِن طِبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيَّةً﴾ [4]
194، 189، 280، 212	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [29]
سورة المائدة	
193، 32، 31، 227، 194، 264، 261	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [1]
32	﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ [89]

207	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [2]
173	﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُونِ﴾ [2]
211	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [90]
سورة الأنعام	
193	﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [119]
سورة الأعراف	
أ	﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنَّ هَدَانَا اللَّهُ﴾ [43]
56	﴿تَتَّخِذُونَ مِنْ سَهُولِهَا قُصُورًا﴾ [84]
62	﴿يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [157]
سورة الأنفال	
63	﴿الَّذِينَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ﴾ [66]
سورة التوبة	
64	﴿لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِّنْ أَنفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾ [128]
116	﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُمَ مَا يَتَّقُونَ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [115]
163	﴿بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطْئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوِّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [120]
239	﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [91]
سورة يونس	
23	﴿قُلْ أَنْظَرُوا مَاذَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ [101]
49	﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَلًا قُلْ ءَللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾ [59]
سورة النحل	
300	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [90]

سورة الإسراء	
294	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [34]
سورة الحج	
61	﴿هُوَ أَجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [78]
سورة النور	
163	﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾ [30]
سورة محمد	
128	﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [33]
سورة القمر	
53	﴿وَلَقَدْ يَسْرْنَا الْقُرْآنَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِنْ مُدَكِّرٍ﴾ [17]
سورة الجمعة	
149	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكَُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [9]
سورة التغابن	
66	﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [16]
سورة الليل	
53،54	﴿فَسَنِّيْسِرُهُ وَلِيُسْرَى﴾ [7]
سورة الشرح	
54	﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [5]
سورة القارعة	
59	﴿وَأَمَّا مَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ﴾ [8]

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

رقم الصفحة	طرف الحديث (أو الأثر)
حرف الألف	
64، 58	أحبّ الدين إلى الله الحنيفة السمحة
273	إذا بايعت فقل: لا خلافة
295	أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه
59	أرخص في السلم
258	استأجر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وأبو بكر رجلا من بني الدّيل
234	أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء
295	أمر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بوضع الجوائح
63	إن الدين يسر
63	إنما بعثتم ميسرين
حرف الباء	
130	بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيا
حرف الجيم	
276	جعل الخيار لرجل من أصحابه ثلاثة
حرف الراء	
208	رحم الله الأشعريين فهم مني وأنا منهم
حرف السين	
112	سننكم بينكم ربحا
حرف الصاد	
194	الصلح جائز بين المسلمين
حرف الكاف	
266	كنا في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- نسمّى السّماسرة
حرف اللام	
159	لا تبيعوا الثمار حتى يبدو صلاحها
280	لا تَصُرُّوا الإبل والغنم
276	لا تلقوا الجلب
273	لا تَلْقُوا الركبان
159	لا يبيع حاضر لباد
237	لا يحلّ سلف وبيع

267	لا يكون له سِمَسارًا
حرف الميم	
277	ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لحبَّان بن مُنْقَد
191	ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله
63	ما خيّر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بين أمرين
280	المسلم أخو المسلم
194	المسلمون على شروطهم
273	من ابتاع شاة مُصْرَاة
180	من ابتاع نحلا قد أبرت فثمرتها للبائع
273	من اشترى شيئاً لم يره
288	من أقال نادماً بيعته
202	من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا
192	من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد
180	من غشنا فليس منا
207	من كان له فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له
232	من نفس عن مؤمن كربة
حرف النون	
295	نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيع الثمار حتى تزهى
157	نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن ضراب الفحل
159	نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
211	نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيع الغرر
159	نهى -صلى الله عليه وسلم- عن بيع وشرط
159	نهى عن تلقي الركبان
حرف الواو	
63	وضع الله الحرج
حرف الياء	
266	يا معشر التجار: إن البيع يحضره اللغو والحلف، فشوبوه بالصدقة
63، 54	يسروا ولا تعسروا

فهرس الأعلام

الصفحة	الاسم
حرف الألف	
40	إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الشاطبي
267	إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود الكوفي أبو عمران النخعي
267	أبو بكر بن سيرين البصري الأنصاري
149	أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، علاء الدين الحنفي
167	أحمد إبراهيم الحسيني بك
147	أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، أبو العباس، شهاب الدين، الصنهاجي القرافي
49	أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن القاسم، تقي الدين بن تيمية الحراني
259	أحمد بن علي بن محمد الكناني، شهاب الدين بن حجر العسقلاني
125	أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الجذامي الفاسي، أبو العباس، الشهير بالقاب
33	أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أبو البركات العدوي
118	أحمد بن يحيى الوتريسي، أبو العباس
حرف الحاء	
277	حبان بن منقذ الأنصاري الخزرجي
137	الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد
58	الحسين بن محمد بن المفضل الأصبهاني الشهير بالراغب
حرف الخاء	
158	خليل بن إسحاق بن شعيب الجندي، أبو المودة
حرف الزاي	
288	زفر بن الهذيل بن قيس البصري
33	زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم المصري
حرف السين	
173	سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري
82	سليمان بن عبد القوي، نجم الدين الطوفي
حرف الشين	
112	شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية الكوفي
حرف العين	

34	عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، السيوطي
59	عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي، أبو الفرج
104	عبد الله بن أحمد بن محمود، الشهير بالنسفي
173	عبد الله بن أحمد موفق الدين، ابن قدامة المقدسي
133	عبد الله بن شبرمة، أبو شبرمة
77	عبد الله بن عمر بن محمد، أبو الخير، المعروف بالبيضاوي
125	عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي، أبو محمد
179	عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي
264	عبد الملك بن حبيب بن سليمان، السلمي
155	عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي
169	عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي
241	عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن بن رجب، أبو الفرج
193	عثمان بن علي بن يحيى الزيلعي، فخر الإسلام
85	عثمان بن عمر بن أبي بكر، أبو عمرو، الشهير بابن الحاجب
82	عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي
173	عطاء بن أبي رباح القرشي، أبو محمد
55	علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، أبو محمد
268	علي بن عبد السلام التسولي، أبو الحسن
179	علي بن عقيل بن محمد، أبو الوفاء
34	علي بن محمد بن علي، المعروف بالشرّيف الجرجاني
241	عمرو بن محمد بن عمرو الليثي البغدادي، أبو الفرج، القاضي المالكي
حرف الفاء	
33	الفضل بن حسن الطبرسي أبو علي، المعروف بأمين الإسلام
حرف القاف	
266	قيس بن أبي عَرَزَة الغفاري
حرف الميم	
122	محمد أعلى بن علي بن حامد الحنفي، المعروف بالتهانوي
268	محمد التاودي بن الطالب بن محمد بن سودة، أبو عبد الله
39	محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي
173	محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر
129	محمد بن أبي بكر بن أيوب، أبو عبد الله، شمس الدين ابن قيم الجوزية

118	محمد بن أحمد القرشي التلمساني، أبو عبد الله، الشهير بالمقري
90	محمد بن أحمد بن أبي سهل، السرخسي، شمس الأئمة
197	محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى بن جُزَي الكلبى الغرناطى، أبو القاسم
86	محمد بن أحمد بن محمد، أبو الوليد، المعروف بابن رشد الجد
151	محمد بن أحمد بن محمد، أبو الوليد، المعروف بابن رشد الحفيد
229	محمد بن أحمد بن مصطفى، أبو زهرة
289	محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني
50	محمد بن الطاهر بن عاشور
267	محمد بن سيرين البصري، أبو بكر
182	محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، أبو عبد الله
125	محمد بن عبد السلام بن يوسف الهوارى التونسى المالكى، أبو عبد الله
31	محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي
32	محمد بن عبد الله بن محمد الإشبيلي، المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي
172	محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي
36	محمد بن عبد الواحد بن مسعود، السيواسي، كمال الدين، المعروف بابن الهمام
61	محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، الشوكاني
57	محمد بن عمر بن الحسين الرازي، فخر الدين، أبو عبد الله
143	محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي، أبو حامد
126	محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، أبو عبد الله
106	محمد بن محمد بن محمد، المعروف بابن أمير الحاج
33	محمود أفندي أبو التثاء، الشهير بالشهاب الآلوسى
55	محمود بن عمر بن محمد، أبو القاسم، الزمخشري
حرف الياء	
289	يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف الأنصاري الكوفي
172	يوسف بن عمر النمري، أبو عمر، المعروف بابن عبد البر

فهرس المصادر والمراجع

1. إبراهيم بك أحمد: الالتزامات في الشرع الإسلامي، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، ط1، 2013م.
2. إبراهيم بك أحمد: العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة، العدد 1934/01.
3. إبراهيم بك أحمد: المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، القاهرة، مصر، ط1355هـ-1936م.
4. إبراهيم بن فرحون، بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث، القاهرة، مصر.
5. إبراهيم بن فرحون، بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري: كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1990م.
6. إبراهيم بن مفلح، بن محمد بن عبد الله بن محمد: المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، ت: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1410هـ-1990م.
7. إبراهيم بن مفلح، بن محمد، أبو إسحاق، برهان الدين: المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط1423هـ-2003م.
8. إبراهيم علي أحمد محمد الشال: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1422هـ-2002م.
9. إبراهيم، محمد عقلة: الإسلام مقاصده وخصائصه، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، ط1، 1984م.
10. أحمد ابن فارس، بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين: معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1399هـ-1979م.
11. أحمد أبو الفتوح: كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مطبعة البوسفور، مصر، 1332هـ-1913م.
12. أحمد بن تيمية، بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني، تقي الدين أبو العباس: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ-1987م.

13. أحمد بن تيمية، بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني، تقي الدين أبو العباس: مجموع الفتاوى، مجمع فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 1425هـ-2004م.
14. أحمد بن تيمية، بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني، تقي الدين أبو العباس: القواعد النورانية الفقهية، ت: محمد حسان الفقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1399هـ-1979م.
15. أحمد بن تيمية، بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني، تقي الدين أبو العباس: جامع المسائل، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار ابن حزم، بيروت، ط2، 1440هـ-2019م.
16. أحمد بن حجر، بن علي العسقلاني، شهاب الدين أبو الفضل: الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ-1995م.
17. أحمد بن حجر، بن علي العسقلاني، شهاب الدين أبو الفضل: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند .
18. أحمد بن حجر، بن علي العسقلاني، شهاب الدين أبو الفضل: إنباء الغمر بأبناء العمر في التاريخ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ.
19. أحمد بن حجر، بن علي العسقلاني، شهاب الدين أبو الفضل: تهذيب التهذيب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر.
20. أحمد بن حجر، بن علي العسقلاني، شهاب الدين أبو الفضل: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، دمشق، سورية، ط1، 1434هـ-2013م.
21. أحمد بن حنبل: المسند، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ-1998م.
22. أحمد بن محمد، ابن خلكان، شمس الدين، أبو العباس: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان.
23. أحمد فهمي أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، مصر.
24. أحمد فهمي أبو سنة: النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، دار التأليف، مصر، ط1387هـ-1968م.
25. احميتو يوسف بن عبد الله: مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت، لبنان، ط1، 2012م .
26. الأرموني، سراج الدين بن أبي بكر: التحصيل من المحصول، ت: عبد الحميد علي أبو زيد، دار الرسالة العالمية، دمشق، سورية، ط2، 1432هـ-2001م.

27. أزهـر هشام بن سعيد: مقاصد الشريعة عند إمام الحرمين وآثارها في التصرفات المالية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1431هـ-2010م.
28. الإسـنوي، عبد الرحيم بن الحسن، جمال الدين أبو محمد: طبقات الشافعية، ت: عبد الله الجبوري، ط1401هـ، دار العلوم، الرياض، السعودية.
29. الإسـنوي، عبد الرحيم بن الحسن، جمال الدين أبو محمد: نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ-1999م.
30. الأشقر عمر سليمان: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1418هـ-1998م.
31. الأشقر عمر سليمان: خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1982م.
32. الأشقر، محمد سليمان: بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1415هـ.
33. الأطرم عبد الرحمن بن صالح: الوساطة التجارية في المعاملات المالية، دار إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1416هـ-1995م.
34. آل تيمية: المسوّد في أصول الفقه، ت: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، مصر.
35. آل محمود، عبد اللطيف محمود: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، ط1، 1414هـ-1994م.
36. الألباني، محمد ناصر الدين: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ-1985م.
37. الألباني، محمد ناصر الدين: السلسلة الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، بيروت، لبنان، 1415هـ-1995م.
38. الألباني، محمد ناصر الدين: صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1408هـ-1988م.
39. إلهي فضل: التدابير الواقية من الربا في الإسلام، إدارة ترجمان الإسلام، باكستان، ط4، 1420هـ.

40. الألوسي، محمود شكري بن عبد الله بن شهاب: المسك الأذفر في نشر مزايا القرنين الثاني عشر والثالث عشر، ت: عبد الله الجبوري، دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، ط1402هـ-1982م.
41. الألوسي، محمود شهاب الدين، أبو الثناء الحسيني: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ.
42. الأمدي، علي بن محمد بن أبي علي، سيف الدين أبو الحسن: الإحكام في أصول الأحكام، ت: عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الرياض، السعودية، ط1، 1424هـ-2003م.
43. أمل بنت عبد العزيز النفيسة: عقد المقاوله، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، المجلد38، العدد134، مارس 2021م.
44. الأمين حسن عبد الله: الاستثمار اللاروي في عقد المرابحة، مجلة المسلم المعاصر، عدد35، مؤسسه المسلم المعاصر، بيروت، لبنان .
45. بابكر عثمان: قطاع التأمين في السودان-تقويم تجربة التحول من نظام التأمين التقليدي إلى التأمين الإسلامي، المعهد العالمي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، السعودية، 1418هـ، بحث رقم:46.
46. الباجي، سليمان بن خلف، أبو الوليد: المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1332هـ.
47. البأحسين، يعقوب بن عبد الوهاب: الاستحسان، حقيقته، أنواعه، حجيته وتطبيقاته المعاصرة، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1428هـ-1007م.
48. البأحسين، يعقوب بن عبد الوهاب: القواعد الفقهية، شركة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1418هـ-1998م.
49. البأحسين، يعقوب بن عبد الوهاب: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط6، 1437-2015م.
50. البأحسين، يعقوب بن عبد الوهاب: قاعدة المشقة تجلب التيسير، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1424هـ-2003م.
51. باقر بري: فقه النظرية عند الشهيد الصدر، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ، 2001م.
52. باي حاتم: الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1432هـ-2011م .

53. بحيري، محمد عبد الوهاب: الحيل في الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة الأولى، القاهرة، مصر، ط1394هـ-1974م.
54. البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري أبو عبد الله: الجامع الصحيح، ت: محمد عبد القادر عطا، دار التقوى، القاهرة، مصر، ط1، 1421هـ-2001م.
55. البزدوي، علي بن محمد بن الحسين، أبو الحسن: أصول فخر الإسلام البزدوي مع شرحه كشف الأسرار، ت: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1411هـ-1991م.
56. البعلبكي منير: معجم أعلام المورد، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط1، 1992م.
57. البعلي عبد الحميد محمود: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الفكر، بيروت، لبنان .
58. البعلي، عبد الحميد محمود: ضوابط العقود-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1، 1989م.
59. البقاعي، إبراهيم بن عمر، برهان الدين أبو الحسن: نظم الدرر في تناسب الآيات والسور، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر.
60. بكر أبو زيد، بن عبد الله: المواضع في الاصطلاح على خلاف الشريعة وأفصح اللّغة، مطابع دار الهلال، السعودية، ط1، 1405هـ.
61. بلتاجي محمد: عقود التأمين من وجهة نظر الفقه الإسلامي، دار العروبة، الكويت، ط1982م.
62. بن بية عبد الله: مقاصد المعاملات ومراسد الوقاعات، دار مسار للطباعة والنشر، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط5، 2018م.
63. بن زغبة عز الدين: مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط1، 2010م.
64. البنا جمال: قضية التيسر في الإسلام، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، مصر.
65. البهوتي، منصور بن يونس: كشف القناع عن متن الإقناع، ت: إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط1423هـ-2003م.
66. بوركاب محمد: المصالح المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1423هـ-2002م.

67. آل بورنو، محمد صدقي: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1416هـ-1996م.
68. آل بورنو، محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1434هـ-2003م.
69. البوطي، توفيق رمضان: البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 1419هـ-1998م.
70. البوطي، محمد سعيد رمضان: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
71. البيضاوي، عبد الله بن عمر: منهاج الوصول إلى علم الأصول، ت: مصطفى شيخ مصطفى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2006م.
72. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر: السنن الكبرى، مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد، الهند، ط1344هـ.
73. التركماني عدنان: ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، دار الشروق، جدة، السعودية، ط1981م.
74. الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، أبو عيسى: سنن الترمذي، ت: مشهور آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1.
75. الفتازاني، مسعود بن عمر بن عبد الله، سعد الدين: شرح التلويح على التوضيح، ت: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م.
76. التبتكتي، أحمد بابا: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس، ليبيا، ط2، 2000م.
77. التهانوي، محمد علي: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ت: رفيق العجم وعلي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ط1، 1996م.
78. الجرجاني، علي بن محمد بن علي، الشريف الجرجاني: التعريفات، ت: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ.
79. الجصاص، حمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، ت: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1405هـ.
80. الجعبري محمود رمضان: تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1433هـ-2012م.

81. الجلود، عبد الرحمن بن عثمان: الإجازة بجزء من العمل - صورها، حكمها، تكييفها - بحث علمي محكم، مجلة العدل، وزارة العدل، الرياض، السعودية، العدد (37) محرم 1429هـ.
82. جمال الدين بن منظور، أبو الفضل بن محمد بن مكرم المصري: لسان العرب، ت: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، مصر.
83. الجوهري، إسماعيل بن حماد: الصحاح "تاج اللغة وصحاح العربية"، ت: نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، دار النفائس، بيروت، لبنان، 1974م.
84. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، أبو المعالي: البرهان في أصول الفقه، ت: صلاح بن محمد بن عويضة، ط1، 1418هـ-1997م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
85. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، أبو المعالي: غياث الأمم في التياث الظلم، ت: مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، ط3، 1411هـ-1990م.
86. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، أبو المعالي: نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، السعودية، ط1، 1428هـ-2007م.
87. الجيدي، عمر بن عبد الكريم: العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب.
88. الحافي، خالد بن عبد الله: الإجازة المنتهية بالتمليك، المطابع الوطنية الحديثة، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ، 1999م.
89. الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري، أبو عبد الله: المستدرک علی الصحیحین، ت: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ-1990م.
90. حامد عبد الستار: نظرية الحق في الفقه الإسلامي، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ديوان الوقف السني، بغداد، العراق، ط1، 1429هـ-2008م.
91. الحجوي، محمد بن الحسن الثعالبي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مطبعة البلدية، فاس، المغرب، 1345هـ.
92. الحموي، السيد أحمد بن محمد الحنفي: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م.
93. حسان حسين حامد: التأمين على الحياة والسيارات والحق التعويضي والجهة المستفيدة في التأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة التعاون الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر

التأمين التعاوني -أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه، 26-27 ربيع الثاني 1431هـ-
11-13/04/2010م.

94. حسان حسين حامد: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتبة المنتبي، القاهرة، مصر.

95. حسان حسين حامد: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة، مصر .

96. حسن بن عمر بن معروف بن عبد الله ابن مصطفى، ابن الشطي، البغدادي: مختصر طبقات الحنابلة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1406هـ-1996م.

97. حسن فرج عبد الرزاق: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة-1974م.

98. حسني محمد عباس: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، شركة مكتبات عكاظ، جدة، السعودية، ط1، 1404هـ-1984م.

99. الحسين وليد بن علي: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دار التدمرية، الرياض، السعودية، ط1، 1429هـ-2008م.

100. الحسيني إسماعيل: نظرية المقاصد عند الإمام الطاهر بن عاشور، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، و.م.أ، ط1، 1416هـ-1995م.

101. الخطاب الرعيني، محمد بن محمد الطرابلسي، شمس الدين أبو عبد الله: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ت: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1404هـ-1984م.

102. الخطاب الرعيني، محمد بن محمد الطرابلسي، شمس الدين أبو عبد الله: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ت: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1428هـ-2007م.

103. الحقييل عثمان: المعاملات التأمينية بين الفقه الإسلامي والقانون، مطابع الفرزدق التجارية، الرياض، السعودية، ط1، 1407هـ.

104. حلولو، أحمد بن عبد الرحمن الزليطي: الضياء اللامع شرح جمع الجوامع، ت: عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط2، 1420هـ-1999م.

105. حماد نزيه: عقد القرض في الشريعة الإسلامية(عرض منهجي مقارن)، دار القلم، دمشق، سورية، والدار الشامية، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ-1991م.

106. حماد نزيه: عيون المستجدات الفقهية في صناعة المصرفية الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط1، 1439هـ-2018م
107. حماد نزيه: في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة-قراءة جديدة-، دار القلم، دمشق، سورية، ط1، 1428هـ-2007م.
108. حماد نزيه: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، سورية، ط1، 1421هـ-2001م
109. حماد نزيه: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، سورية، ط1، 1429هـ-2008 .
110. حمود سامي: بيع المرابحة للأمر بالشراء، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي الدولي، ع(5)، منظمة التعاون الإسلامي، جدة، السعودية.
111. حمود سامي: تطوير الأعمال المصرفية، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، مصر، ط1، 1396هـ-1976م.
112. الحموي، أحمد بن محمد شهاب الدين، أبو العباس: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الباز، مكة المكرمة، ط1، 1405هـ-1985م.
113. الحنبلي، ابن العماد عبد الحي بن أحمد بن محمد: شذرات الذهب، دار ابن كثير، دمشق، سورية، ط1، 1406هـ.
114. الجوهري، أبو نصر: الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، السعودية، 1975.
115. حيدر علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423هـ-2003م.
116. الخادمي نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1419هـ.
117. الخرشي، محمد بن جمال الدين عبد الله، أبو عبد الله: حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ-1997م.
118. الخشني، محمد بن حارث: أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، ت: محمد المجذوب ومحمد أبو الأجنان وعثمان بطيخ، الدار العربية للكتاب، تونس.
119. الخصّاف، أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني، أبو بكر: كتاب الخصّاف في الحيل، طبع بمصر بالقاهرة سنة 1314هـ .

120. الخضري محمد: أصول الفقه، ت: أحمد بن سالم، دار ابن رجب، المنصورة، مصر، ط1، 1426هـ-2005م.
121. الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي، أبو سليمان: معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، سورية، ط1، 1352هـ-1933م.
122. الخطيب البغدادي: الفقيه والمتفقه، ت: عادل يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط1، 1417هـ-1997م.
123. الخطيب، ياسين بن ناصر: نظرية استقرار المعاملات وأثرها على العقود وتطبيق ذلك على بعض المعاملات المالية، بحث مقدم لمجلة العدل، 1435هـ-2014م، وزارة العدل السعودية، الرياض.
124. الخفيف علي: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1429هـ-2008م.
125. الخفيف علي: بحث في حكم الشريعة على شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاث تطبيقاً للقواعد الفقهية العامة والأصول الشرعية للمعاملات، مجلة الأزهر-ربيع الثاني، 1417هـ.
126. خلاف عبد الوهاب: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، دار القلم، الكويت، ط7، 1426هـ-2005م.
127. خلفي وسيلة: مصطلح النظرية في الدراسات الشرعية المعاصرة، دار الوعي، الجزائر، 2011م.
128. الخلوفي، عيسى بن محمد: الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية، دار كنوز إشبيليا، الرياض، السعودية، ط1، 1336هـ-2015م .
129. خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين أبو المودة: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1433هـ-2012م .
130. الخن مصطفى: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط7، 1418هـ-1998م.
131. الدارقطني، علي بن عمر: سنن الدارقطني، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1434هـ-2004م.
132. الديبان، ديبان بن محمد: المعاملات المالية- أصالة ومعاصرة-، مكتبة فهد الوطنية، السعودية، ط2، 1434هـ.

133. درودر إلياس: تطبيقات القواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة، دار المازري، تونس، ط1، 1440هـ-2018م.
134. الدردير، أحمد بن محمد العدوي، أبو البركات: الشرح الصغير على أقرب المسالك مع حاشية الصاوي، دار المعارف، القاهرة.
135. الدريني فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1404هـ-1984م.
136. الدريني فتحي: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1434هـ-2013م.
137. الدريني فتحي: النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1417هـ-1997م.
138. الدريني فتحي: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1429هـ-2008م.
139. الدريويش أحمد: أحكام السوق في الإسلام، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 1409هـ-1989م.
140. الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم وجيه الدين، الشاه ولي الله: حجة الله البالغة، ت: سيد سابق، دار الجيل، بيروت، ط1، 1426هـ-2005م.
141. دوجان محمد محمود: مسقطات حق الخيار "دراسة مقارنة"، دار النفائس، الأردن، ط1، 1430هـ-2010م.
142. الذهبي، مُحَمَّد بن أحمد بن عُثمان بن قايمار، شمس الدين أبو عبد الله: تذكرة الحفاظ، ت: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
143. الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايمار، شمس الدين أبو عبد الله: سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1405هـ-1984م.
144. الرازي، محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح، ت: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1415هـ-1995م.
145. الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد: المفردات في غريب القرآن، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة.
146. الربيعة سعود: صيغ التمويل بالمرابحة، منشورات مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، ط1، 2000م.

147. الرصاص، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله: شرح حدود ابن عرفة، ت: محمد أبو الأجنان، والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993م.
148. رضوان، ابن زغبية: مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 2010م.
149. الرملي، محمد بن أبي العباس، شمس الدين: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ-2003م.
150. الريسوني أحمد: الفكر المقاصدي-قواعده وفوائده-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب.
151. الريسوني أحمد: القواعد الأساس لعلم مقاصد الشريعة، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 1436هـ-2015م.
152. الريسوني أحمد: نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، مطبعة مصعب، مكناس، المغرب، 1994م.
153. الريسوني أحمد: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، و.م.أ، 1416هـ-1995م.
154. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس من جواهر القاموس، ت: عبد العزيز مطر، مطبعة حكومة الكويت، ط2، 1414هـ-1994م.
155. الزحيلي، وهبة بن مصطفى: أصول الفقه الإسلامي، جار الفكر، جمشق، سورية، ط1، 1406هـ-1986م.
156. الزحيلي، وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، ط3، 1409هـ-1989م.
157. الزحيلي، وهبة بن مصطفى: المستدرك على الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، طبعة1، 1417هـ-1996م.
158. الزحيلي، وهبة بن مصطفى: نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط5، 1418هـ-1997م.
159. الزرقا، أحمد بن محمد: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سورية، ط6، 1422هـ-2001م.
160. الزرقا، مصطفى بن أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 1374هـ، و(ط9، 1968م، مطبعة ألف باء، دمشق).

161. الزرقا، مصطفى بن أحمد: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سورية، ط2، 1425هـ-2004م .
162. الزرقا، مصطفى بن أحمد: عقد التأمين-السوكرة- وموقف الشريعة الإسلامية منه، مطبعة جامعة دمشق، ط1962م .
163. الزرقا، مصطفى بن أحمد: نظام التأمين-موقعه في الميدان الاقتصادي وموقف الشريعة منه-، بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي، الكويت، ط1، 1400هـ.
164. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف: شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ-2002م.
165. الزركشي، محمد بن بهادر، بدر الدين الشافعي: البحر المحيط في أصول الفقه، ت: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2000م.
166. الزركشي، محمد بن بهادر، بدر الدين الشافعي: المنثور في القواعد، ت: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2000م.
167. الزركلي، خير الدين بن محمود الدمشقي: الأعلام(قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين)، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، 2002م.
168. زكريا الأنصاري، بن محمد بن أحمد: أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، ت: محمد الزهري الغمراوي، المطبعة الميمنية، القاهرة، مصر .
169. الزمخشري، محمود بن عمرو بن أحمد، أبو القاسم جار الله: الكشاف، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط3، 1430هـ.
170. زيدان عبد الكريم: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط16، 1420هـ-1999م.
171. الزيلعي، عبد الله بن يوسف، جمال الدين أبو محمد: نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمي، ت: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ودار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، ط4، 1418هـ-1997م.
172. الزيلعي، عثمان بن علي فخر الدين: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، القاهرة، مصر، ط1، 1314هـ.
173. زين الدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي، ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م.

174. زين الدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي، ابن نجيم: الأشباه والنظائر في الفقه الحنفي، ت: زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ-1999م.
175. السالوس، علي بن أحمد: المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1406هـ-1986م، ودار الاعتصام، القاهرة، مصر، ط2، 1413هـ-1992م.
176. السالوس، علي بن أحمد: فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، دار الثقافة، قطر، ط7، 1429هـ-2008م.
177. سانو، قطب مصطفى: عقد المقابلة-حقيقته، تكييفه، صورته، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ع(14)، 1425هـ، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، المملكة العربية السعودية.
178. سانو، قطب مصطفى: معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 2000م.
179. السبكي، تاج الدين بن علي، أبو النصر: جمع الجوامع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ-2003م.
180. السبكي، تاج الدين بن علي، أبو النصر: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ-1999م.
181. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي: طبقات الشافعية الكبرى، ت: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، مطبعة عيسى البابي الحلبي ط1، 1338هـ-1964م.
182. السبكي، علي بن عبد الكافي: الإبهاج بشرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
183. السبكيان، علي بن عبد الكافي بن علي، أبو الحسن، تقي الدين، وابنه عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، أبو نصر تاج الدين: الإبهاج في شرح المنهاج، ت: أحمد جمال الزمزمي ونورالدين صغيري، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1424هـ-2004م.
184. سُحنون، عبد السلام بن سعيد بن حبيب التتوخي: المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، المملكة العربية السعودية.
185. السخاوي، محمد بن عبد الرحمن أبو الخير، شمس الدين: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، دار الجيل، بيروت.

186. السدلان صالح غالم: الاشتراط في النكاح، دار معاذ للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط2، 1988م.
187. سراج محمد: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م.
188. السرخسي، محمد بن أحمد أبو بكر، شمس الأئمة: أصول السرخسي، ت: أبي الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
189. السرخسي، محمد بن أحمد أبو بكر، شمس الأئمة: كتاب المبسوط، ت: سمير مصطفى دياب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1.
190. السعدني، قنديل علي مسعد: استحداث العقود في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، القاهرة، ط1، 1433هـ.
191. السعدي، عبد الرحمن بن ناصر: القواعد والأصول الجامعة والفروق والتفاسيم البديعة النافعة، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1985م.
192. السعدي، عبد الرحمن بن ناصر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، الدار العالمية، القاهرة، ط2، 1437هـ-2016م.
193. سعيد مراد جبار: الضوابط الشرعية لاغتفار الربا في توابع العقود المالية، المجلة الدولية للبحوث الإسلامية والإنسانية المتقدمة، المجلد4، العدد6، يونيو2014م.
194. السكاكر، عبد الله محمد: قواعد التحريم في المعاملات - قاعدة المصالح والمفاسد - دراسة تأصيلية وتطبيقات معاصرة، بحث منشور بمجلة العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، م19، 1429هـ-2006م، جامعة الملك سعود، الرياض، السعودية.
195. سليمان أبو داود، بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ت: مشهور آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1.
196. السمرقندي، علاء الدين أبو بكر: ميزان الأصول في نتائج العقول، ت: محمد زكي عبد البر، دار التراث، القاهرة، مصر، ط1418هـ-1996م.
197. السمعاني، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد التميمي المروزي: قواطع الأدلة في الأصول، ت: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م.
198. السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1964م.

199. السنهوري عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط1، 1417هـ-1997م.
200. السنهوري عبد الرزاق: نظرية العقد-النظريات العامة للالتزامات-، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
201. سويلم سالم: وقفات في قضية التأمين، مركز البحث والتطوير شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، السعودية، 1423هـ-2002م.
202. سيد قطب: في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، ط10، 1402هـ-1982م.
203. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، جلال الدين: طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ-1983م.
204. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ-1983م.
205. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين: بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، ت: محمد أبو الفضل، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة، مصر، 1384هـ-1965م.
206. السيوطي، مصطفى بن سعد بن عبده الرحبياني: مطالب أولي النهي في شرح عاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، سورية.
207. الشادلي حسن: بحث المشاركة المتناقضة في العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الدولي، الدورة الثالثة عشر، ع13، ج2، 1422هـ-2001م، منظمة التعاون الإسلامي، جدة، السعودية.
208. الشادلي، حسن علي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيلية، الرياض، السعودية، ط1، 1430هـ-2009م .
209. شاشو إبراهيم والحموي أسامة: عقد المقاوله في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، كلية الشريعة، المجلد26، العدد الثاني، 2010م.
210. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي: الاعتصام، دار المعرفة، بيروت، ط1406هـ-1986م.
211. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي: الموافقات في أصول الشريعة، ت: مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، الجيزة، مصر، ط1، 1421هـ.

212. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي: فتاوى الإمام الشاطبي، ت: محمد أبو الأجنان، مطبعة طيباوي للطبع والنشر، الجزائر.
213. الشافعي، محمد بن إدريس: الرسالة، ت: أحمد شاكر، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1309هـ.
214. شبير، محمد عثمان: القواعد الكلية والضوابط الفقهية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1428هـ-2006م.
215. شبير، محمد عثمان: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1430هـ-2010م.
216. شبير، محمد عثمان: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط6، 1427هـ-2007م.
217. شحاتة حسين: نظام التأمين التكافلي - بديل إسلامي لنظام التأمين المعاصر - سلسلة دراسات وبحوث في الفكر الاقتصادي الإسلامي، بحث منشور بمنتدى التمويل الإسلامي على شبكة الإنترنت، <https://iefpedia.com>
218. الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
219. الشربيني، محمد بن أحمد بن الخطيب: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ت: محمد علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1425هـ-2004م.
220. شعبان زكي الدين: نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1968م.
221. شقرون محمد أحمد: مراعاة الخلاف عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية والبحاث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1423هـ-2002م.
222. شلبي محمد مصطفى: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف، الإسكندرية، القاهرة، مصر، 1382هـ-1962م.
223. شلبي، محمد مصطفى: تحليل الأحكام-عرض وتحليل لطريقة التعليل في عصور الاجتهاد والتقليد-، مطبعة الأزهر، القاهرة، مصر .
224. الشمري، جاسم سلمان: علاقة السياسة الشرعية بالفتوى في المعاملات المالية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1436هـ-2015م.

225. الشنقيطي، محمد الشيباني بن محمد: تبيين المسالك، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط4، 1434هـ-2013م.
226. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ت: أبو حفص سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، ط1، 1421هـ-2000م .
227. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر.
228. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ-2004م.
229. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط4، 1428هـ-2007م.
230. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 1433هـ-2012م .
231. الشيخ نظام وجماعة من العلماء: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2000م.
232. الشيرازي، إبراهيم بن علي، أبو إسحاق: اللُّمَع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1405هـ-1985م.
233. الشيرازي، إبراهيم بن علي، أبو إسحاق: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ت: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م.
234. صالح بن حميد بن عبد الله: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية -ضوابطه وتطبيقاته-، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط1، 1403هـ.
235. الصاوي، محمد صلاح: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجه الإسلام، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، 1410هـ-1990م.
236. الصلابي، أسامة محمد: اختيارات الحافظ ابن عبد البر في فقه المعاملات، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ-2011م.
237. صليبيا جميل: المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنجليزية واللاتينية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م.

238. الضرير، الصديق محمد الأمين: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، سلسلة صالح كامل للرسائل العلمية الجامعية، جدة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1416هـ-1995م.
239. الطالب، عبد الحي بن فخر الدين: نزهة الخواطر وبهجة المسامع والنواظر، مطبعة دار المعارف العثمانية، ط. الهند الأولى، 1376هـ.
240. الطباخ، محمد راغب الحلبي: إعلام النبلاء بتاريخ حلب الشهباء، ت: محمد كمال، دار القلم العربي، حلب، سورية، ط2، 1408هـ-1988م.
241. الطبراني، سليمان بن أحمد، أبو القاسم: المعجم الأوسط، ت: طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط1415هـ-1995م.
242. الطبري، محمد بن جرير، أبو جعفر: اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1420هـ-1999م.
243. الطبري، محمد بن جرير، أبو جعفر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، مصر، ط1، 1422هـ-2001م.
244. الطوفي، سليمان بن عبد القوي بن الكريم، نجم الدين أبو الربيع: شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ-2011م.
245. الطويل، عبد الله بن إبراهيم: منهج التيسير المعاصر، دار الهدى النبوي، المنصورة، مصر، ط1، 1462-2005م.
246. عامر عبد اللطيف: الإقالة في العقود في الفقه والقانون، دار مرجان، القاهرة، مصر، 1984م.
247. العاني، محمد رضا عبد الجبار: قوة الوعد الملزمة في الشريعة والقانون، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، ع5، ج2، 1409هـ-1988م، منظمة التعاون الإسلامي، جدة، السعودية.
248. العبادي عبد السلام: الملكية في الشريعة الإسلامية، دار البشير للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط2، 2000م.
249. عبد الحق بن عطية بن غالب الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ت: عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ-2001م.

250. عبد الرحمن بن علي بن محمد جمال الدين، ابن الجوزي: زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1384هـ.
251. عبد الرحمن بن قدامة، بن محمد المقدسي الجماعيلي، موفق الدين: الكافي في فقه الإمام أحمد، ت: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعداني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ-1994م .
252. عبد الرحمن بن قدامة، بن محمد المقدسي الجماعيلي، موفق الدين: المغني، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 1436هـ-2015م.
253. عبد الرحمن بن محمد بن إدريس، بن أبي حاتم، الرازي: الجرح والتعديل، ت: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط1، 1371هـ-1952م.
254. عبد الرحمن عبد الخالق: القواعد الذهبية في أدب الخلاف، مكتبة الذهبي، الكويت.
255. عبد الرحمن بن رجب بن أحمد، زين الدين أبو البركات: الذيل على طبقات الحنابلة، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، ط1372هـ-1952م .
256. عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1969م .
257. عبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ط2، 1405هـ-1985م.
258. عبد الستار أبو غدة: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، بيت التمويل الكويتي، 1413هـ-1993م.
259. عبد الستار أبو غدة: البيع المؤجل، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، منشورات مكتبة فهد الوطنية، السعودية، ط1، 1419هـ-1999م، ط2، 1424هـ-2003م.
260. عبد الستار فتح الله سعيد: المعاملات في الإسلام، دار الطباعة والنشر الإسلامية، القاهرة، مصر، ط2، 1406هـ-1985م.
261. عبد العزيز السلمي بن عبد السلام، عز الدين أبو محمد: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م.
262. عبد العزيز السلمي بن عبد السلام، عز الدين أبو محمد: كتاب الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، المطبعة العامرة، اسطنبول، تركيا، ط1313هـ .

263. عبد القادر بن حرز الله: التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان في التصرفات المشروعة وأثره الفقهي، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، ط1، 1426هـ-2005م.
264. عبد القادر بن مصطفى بن بدران الدمشقي: المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1401هـ-1981م.
265. العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 1423هـ.
266. عبد الله بن محمد بن نجم، ابن شاس، جلال الدين: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ت: شريف المرسي، دار الآفاق العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1432هـ-2011م.
267. عبد الله بن منيع: حكم التورق كما تجريره المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة.
268. عبد الله بن منيع: حكم تداول أسهم الشركات بيعا وشراء وتمليكا، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مؤسسة البحوث والدراسات الفقهية وعلوم القرن الكريم "الوقفية"، الرياض، المملكة العربية السعودية.
269. عبده عيسى: التأمين بين الحل والتحريم، دار الاعتصام، القاهرة، مصر، ط1، 1978م.
270. عبده عيسى: العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بالرياض في شهر ذي القعدة 1396هـ-نوفمبر 1976م، بدعوة من جامعة محمد بن سعود، دار الاعتصام، القاهرة، ط1، 1397هـ-1977م.
271. عبيد الله العقيلي، ابن بطة: إبطال الحيل، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1983م.
272. عثمان بن عبد الرحمن، ابن الصلاح، الشهروري: طبقات الفقهاء الشافعية، ت: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1413هـ-1993م.
273. عثمان بن عمر بن أبي بكر، ابن الحاجب، جمال الدين أبو عمر: جامع الأمهات، ت: الأخضر الأخرسي، دار اليمامة، دمشق-بيروت، ط1، 1419هـ-1997م.

274. عثمان بن عمر بن أبي بكر، ابن الحاجب، جمال الدين أبو عمرو: مختصر ابن الحاجب مع شرحه الردود والنقود للبابرتي، ت: ترحيب ربيعان الدوسري، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1426هـ-2005م.
275. العثماني، محمد تقي: تكملة فتح الملهم بشرح صحيح مسلم، مكتبة دار العلوم، كراتشي، باكستان.
276. العجمي نايف حجاج: الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم بجامعة القاهرة، مصر، سنة 1422هـ-2001م.
277. العروان، إبراهيم بن عبد الرحمن: عقد التأمين التجاري وحكمه، مركز البحوث التربوية، الرياض، السعودية، ط1، 1415هـ-1995م.
278. عطية جمال الدين: التنظير الفقهي، مكتبة الإسكندرية، القاهرة، مصر، ط1.
279. عفانة حسام الدين: بيع المرابحة للأمر بالشراء، منشورات البنك الإسلامي الفلسطيني، ط1، 1996م.
280. العكري، عبد الحي بن أحمد بن محمد، ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار ابن كثير، دمشق، وبيروت، ت: محمود الأرنؤوط، ط1، 1413هـ-1991م.
281. العلائي، خليل بن كيكليدي: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، ت: إبراهيم محمد السلفيتي، دار الكتب الثقافية، الكويت.
282. العلواني نشوة: عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2003م.
283. العلواني، طه جابر: إغفال المقاصد والأولويات وأثره على العقل المسلم، بحث منشور بمجلة "قضايا إسلامية معاصرة"، العدد8، 1420هـ-1999م، مركز دراسات فلسفة الدين، بغداد، العراق.
284. علي أبو محمد بن أحمد، ابن حزم الأندلسي، أبو محمد: الإحكام في أصول الأحكام، ت: أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ط2، 1403هـ-1983م.
285. علي أبو محمد بن أحمد، ابن حزم الأندلسي، أبو محمد: التقريب لحد المنطق، ت: عبد الحق التركماني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ، 2007م.
286. علي أبو محمد بن أحمد، ابن حزم الأندلسي، أبو محمد: المحلّي في شرح المجلى بالحجج والآثار، ت: محمد منير الدمشقي، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 1436هـ-2015م.

287. علي الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1430هـ-2009م.
288. علي بن محمد البعلي، ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن: المختصر في أصول الفقه، ت: محمد مظهر بقاء، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1400هـ-1980م .
289. علي بن محمد بن عبد الكريم بن الأثير، أبو الحسن، عز الدين: أسد الغابة في معرفة الصحابة، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1433هـ-2012م.
290. العلي صالح حميد: المؤسسات المالية الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، دار النوادر، بيروت، لبنان، ط1، 1429هـ-2008م.
291. عماد الدين إسماعيل، بن كثير، بن كثير القرشي، أبو الفداء: تفسير القرآن العظيم، المكتبة القيمة، القاهرة، مصر.
292. عماد الدين إسماعيل، بن كثير، بن كثير القرشي، أبو الفداء: طبقات الفقهاء الشافعيين، ت: أحمد عمر هاشم ومحمد زينهم محمد عذب، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، ط1413هـ-1993م.
293. عماد محمد أحمد، أبو صفت: المعدول به عن سنن القياس-دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة ماجستير، سنة2006م، كلية الدراسات العليا، عمان، الأردن.
294. عمارة محمد: قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط2، 1475هـ-1994م.
295. العمراني عبد الله: العقود المالية المركبة، دار كنوز إشبيليا، الرياض، السعودية، ط1، 1427هـ-2006م.
296. عوامة محمد: أدب الاختلاف في مسائل العلم والدين، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1418هـ-1997م.
297. عودة جاسر: الاجتهاد المقاصدي من التصور الأصولي إلى التنزيل العملي، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 2013م.
298. عوض صالح: أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، ط1981م.
299. العيساوي، إسماعيل كاظم: أحكام العيب في الفقه الإسلامي، دار عمار، الأردن، ودار البيارق، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1998م.

300. العيني، محمود بن أحمد بن موسى، بدر الدين: البناية شرح الهداية، ت: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ-2000م.
301. العيني، محمود بن أحمد بن موسى، بدر الدين: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2001م.
302. غريب جمال: التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، دمشق، سورية، 1975م.
303. الغزالي، محمد بن محمد، أبو حامد: المستصفى من علم الأصول، ت: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1413هـ.
304. الغزالي، محمد بن محمد، أبو حامد: الوسيط في المذهب، ت: أبو عمرو الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ-2001م.
305. الغزالي، محمد بن محمد، أبو حامد: شفاء الغليل، ت: محمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، ط1391هـ.
306. الغزي، تقي الدين: الطبقات السنية في تراجم الحنفية، ت: عبد الفتاح محمد الحلو، دار الرفاعي، الرياض، السعودية، ط1، 1403هـ-1983م.
307. الغنאים، قذافي عزات: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 1428هـ-2008م.
308. الفاسي علال: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط5، 1993م.
309. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1419هـ-1999م.
310. الفتوحى، محمد بن أحمد بن عبد العزيز، المعروف بابن النجار: شرح الكوكب المنير، ت: محمد الزحيلي ونزيه حماد، إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية.
311. الفخر الرازي، محمد بن عمر التميمي الشافعي: المحصول في علم أصول الفقه، ت: طه جابر العلواني، دار السلام، القاهرة، ط1، 1432هـ-2011م.
312. الفخر الرازي، محمد بن عمر التميمي الشافعي: تفسير الفخر الرازي (مفاتيح الغيب)، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 1401هـ-1981م.

313. فريد الأنصاري: المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1424هـ-2004م.
314. فكري علي: المعاملات المالية والأدبية، ت: محمد الحسيني الظواهري، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، مصر، ط1، 1357هـ-1983م.
315. فياض عطية: التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة، دار النشر للجامعات، القاهرة، مصر، ط1999م.
316. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 1432هـ-2005م.
317. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
318. القاسم أبو عبيد بن سلام: الأموال، ت: محمد خليل هراس، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1395هـ.
319. القاسمي، محمد جمال الدين: محاسن التأويل، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية-عيسى البابي الحلبي وشركاؤه-، القاهرة، مصر، ط1، 1376هـ-1957م.
320. القاضي البغدادي، عبد الوهاب بن نصر بن علي التغلبي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن القيم، الرياض، ودار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1429هـ-2008م.
321. القاضي البغدادي، عبد الوهاب بن نصر بن علي التغلبي: التلقين في الفقه المالكي، ت: محمد مرابي، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 1435هـ-2014م.
322. القاضي البغدادي، عبد الوهاب بن نصر بن علي التغلبي: المعونة على مذهب عالم المدينة، ت: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1425هـ-2004م.
323. قاضي خان، فخر الدين بن منصور: فتاوى قاضي خان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2009م.
324. القاضي عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي: إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1419هـ-1998م.
325. القاضي عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، ت: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1998م.

326. القحطاني مسفر بن علي: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ.
327. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، شهاب الدين أبو العباس: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ت: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1416هـ.
328. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، شهاب الدين أبو العباس: الذخيرة في فروع المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2008م.
329. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، شهاب الدين أبو العباس: الفروق، ت: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1435هـ-2014م.
330. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، شهاب الدين أبو العباس: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1424هـ-2004م.
331. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، شهاب الدين أبو العباس: نفائس الأصول في شرح المحصول، ت: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، القاهرة، مصر، ط1، 1416هـ-1995م.
332. القرشي، عبد الله بن مرزوق: التفكير الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت، لبنان، ط1، 2013م.
333. القرضاوي يوسف: القواعد الحاكمة لفقہ المعاملات، الدار الشامية، تركيا، ط1، 1438هـ-2018م.
334. القرضاوي يوسف: بيع المرابحة كما تجرّيه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط2، 1407هـ-1987م.
335. القرضاوي يوسف: تيسير الفقه للمسلم المعاصر في ضوء الكتاب والسنة، دار الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2000م.
336. القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، أبو عبد الله: الجامع لأحكام القرآن، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1431هـ-2010م.
337. القرنشاي حاتم: الجوانب الاجتماعية والاقتصادية لتطبيق عقد المرابحة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، منظمة التعاون الإسلامي، جدة، السعودية.
338. القره داغي علي محيي الدين: أحكام الأسهم وأنواعها على ضوء قواعد الفقه الإسلامي، حولية كلية الشريعة بجامعة قطر، ع10.

339. القره داغي، علي محيي الدين: مقدمات في المال والملكية والعقد، دار البشائر الإسلامية، بيروت لبنان، 1434 هـ -2013 م.
340. القضاة، زكريا محمد الفالح: السّلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الأردن، ط1، 1984 م.
341. قلعة جي، محمد رواس، وحامد صادق قنبيبي، وقطب مصطفى سانو: معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط1416 هـ-1996 م.
342. قلعه جي، محمد رواس: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1423 هـ-2002 م.
343. قلعه جي، محمد رواس: الموسوعة الفقهية الميسرة، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط1، 1421 هـ-2000 م.
344. القنوجي، محمد صديق حسن خان: التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1428 هـ-2007 م.
345. قوادري مختار: مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الإسلامية، إسلام آباد، باكستان.
346. قوته، عادل بن عبد القادر بن محمد ولي: العرف-حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة-، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ط1، 1418 هـ-1997 م.
347. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ت: محمد محمد تامر، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1426 هـ-2005 م.
348. كافي أحمد: الحاجة الشرعية-حدودها وقواعدها-، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424 هـ-2004 م.
349. كامل عمر: الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1999 م.
350. الكبّي، سعد الدين محمّد: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1423 هـ-2002 م.
351. كحالة رضا: معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ-1993 م.
352. الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني: الكليات -معجم في المصطلحات والفروق اللغوية-، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط21419 هـ-1989 م.

353. كمال جودة أبو المعاطي: مظاهر التيسير في الشريعة الإسلامية، دار الفاروق، الجيزة، مصر، ط1، 2007م.
354. الكيلاني، عبد الرحمن: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط1، 1421هـ-2000م.
355. المازري، محمد بن علي بن عمر التميمي، أبو عبد الله: شرح التلقين، ت: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1997م.
356. المالكي، محمد علوي: مفهوم التطور والتجديد في الشريعة الإسلامية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، ط1، 1404هـ-1984م.
357. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب البصري، أبو الحسن: أدب القاضي، ت: محي هلال سرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1391هـ-1971م.
358. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب البصري، أبو الحسن: الحاوي الكبير، ت: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ-1994م.
359. مبارك بن محمد بن الأثير، الجزري أبو السعادات: النهاية في غريب الحديث والأثر، ت: علي بن حسن بن علي، دار ابن الجوزي، الدمام، المملكة العربية السعودية، ط1، 1421هـ.
360. المبارك، محمد بن عبد العزيز: الخروج من الخلاف، حقيقته وأحكامه، مجلة الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، العدد 151.
361. مجمع الفقه الإسلامي الدولي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي حول المصارف والشركات الإسلامية، العدد السادس، السنة الرابعة 1412هـ-1992م، منظمة التعاون الإسلامي، جدة، السعودية.
362. مجمع الفقه الإسلامي الدولي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، جدة-1410هـ-1990م-العدد السادس، القبض -صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها.
363. مجمع الفقهي الإسلامي الدولي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1409هـ-1998م، جدة، المملكة العربية السعودية.
364. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط4، 1425هـ-2004م.

365. مجموعة من الباحثين: التجديد الأصولي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، و.م.أ، ط1، 1436هـ-2015م.
366. مجموعة من العلماء: المجلة- مجلة الأحكام العدلية-، اعتنى بها: بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ-2011م.
367. مجموعة من العلماء: الموسوعة الفقهية الكويتية، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1404هـ-1983م.
368. محبّ الله بن عبد الشكور، البهاري الهندي: فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، المطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة، مصر، ط1324هـ.
369. محمد أبو زهرة: ابن حنبل، حياته وعصره-آراؤه وفقهه، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
370. محمد أبو زهرة: أبو حنيفة- حياته وعصره، آراؤه وفقهه-، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
371. محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1416هـ، 1996م.
372. محمد أبو زهرة: مالك-حياته وعصره، آراؤه وفقهه- دار الفكر العربي، بيروت، ط2، 1952م.
373. محمد الأمين ولد محمد سالم، ابن الشيخ: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب الأخرى وقواعده، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة.
374. محمد الطاهر، ابن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ط4، 1437هـ-2016م.
375. محمد الطاهر، ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، ط1984م.
376. محمد الطاهر، ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون، تونس، ط5، 1433هـ-2012م.
377. محمد أمين، ابن عابدين بن عمر أفندي: حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، الدار العالمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 1433هـ-2012م.

378. محمد أمين، ابن عابدين بن عمر أفندي: مجموعة رسائل ابن عابدين- العلم الظاهر في نفع النسب الطاهر- نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، دار السعادات، إسطنبول، ط1325هـ-1907م.
379. محمد بن أبي بكر بن أيوب، شمس الدين بن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 1433هـ-2012م.
380. محمد بن أبي بكر بن أيوب، شمس الدين بن القيم: إغاثة اللهقان من مصائد الشيطان، ت: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
381. محمد بن أبي بكر بن أيوب، شمس الدين بن القيم: بدائع الفوائد، ت: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط1.
382. محمد بن أبي بكر بن أيوب، شمس الدين بن القيم: مفتاح دار السعادة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
383. محمد بن أحمد بن عبد العزيز الحنبلي، ابن النجار، أبو البقاء: شرح الكوكب المنير، ت: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط1413هـ-1993م.
384. محمد بن أحمد بن عبد العزيز الحنبلي، ابن النجار، أبو البقاء: معونة أولي النهي، ت: عبد الملك بن عبد الله دهيش، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط5، 1429هـ-2008م.
385. محمد بن أحمد، ابن جزى، أبو القاسم الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، ت: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1426هـ-2005م.
386. محمد بن أحمد، ابن جزى، أبو القاسم الكلبي الغرناطي: تقريب الوصول إلى علم الأصول، ت: محمد المختار الشنقيطي، ط2، 1423هـ-2003م.
387. محمد بن أحمد، ابن رشد الجد، بن رشد القرطبي، أبو الوليد: المقدمات الممهديات، ت: محمد شافعي مفتاح، شركة القدس، القاهرة، مصر، ط1، 1433هـ-2012م.
388. محمد بن إسماعيل البخاري: الأدب المفرد، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، ط1375هـ.
389. محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم، ابن حبان: صحيح ابن حبان، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1414هـ-1993م.
390. محمد بن رشد الحفيد، بن أحمد القرطبي، أبو الوليد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مراجعة: عبد الحليم محمد عبد الحليم وعبد الرحمن حسين محمود، مطبعة حسان، القاهرة، مصر.

391. محمد بن طاهر، ابن القيسراني: تذكرة الحفاظ، ت: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، دار الصمعي، الرياض، السعودية، ط1، 1415هـ-1994م.
392. محمد بن عبد الله، أبو بكر، ابن العربي، المعافري: أحكام القرآن، ت: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ-2004م.
393. محمد بن عبد الله، أبو بكر، ابن العربي، المعافري: القيس في شرح موطن مالك بن أنس، ت: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1992م.
394. محمد بن عبد الله، أبو بكر، ابن العربي، المعافري: المحصول في أصول الفقه، دار البيارق، عمان، الأردن، ط1، 1420هـ-1999م.
395. محمد بن عبد الواحد، كمال الدين، ابن الهمام: شرح فتح القدير على الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م.
396. محمد بن ماجه، ابن يزيد القزويني، أبو عبد الله: سنن ابن ماجه، ت: مشهور آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1.
397. محمد بن محمد الحلبي الحنفي، شمس الدين أبو عبد الله، ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، دار الفكر، بيروت، ط1417هـ-1996م.
398. محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم، بن أبي الوفاء الحنفي: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1.
399. محمد بهجت الأثري: أعلام العراق، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، 1345هـ-1927م.
400. محمد رشيد رضا: تفسير القرآن الحكيم، دار المنار، القاهرة، مصر، ط2، 1366هـ-1947م.
401. محمد يوسف الزعبي: أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني، بحث منشور بموقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي (www.arablawninfo.com) على شبكة الأنترنت.
402. محمود بن مازة، بن عبد العزيز، برهان الدين: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ت: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2004م.
403. محيي الدين عبد القادر بن محمد أبو الوفاء القرشي، أبو محمد: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1.

- 404.** مخدوم مصطفى: وسائل المقاصد في الشريعة الإسلامية، دار إشبيلية، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ-1999م.
- 405.** مخلوف، محمد بن محمد بن عمر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ت: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م.
- 406.** مذكور، محمد سلام: المدخل للفقہ الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط2، 1996م.
- 407.** مذكور، محمد سلام: عقد الإيجار في الفقه الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1404هـ-1984م.
- 408.** المدني محمد: وسطية الإسلام، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، مصر.
- 409.** المرادوي، علي بن سليمان بن أحمد، علاء الدين أبو الحسن: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ت: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، ط1، 1375هـ-1956م.
- 410.** المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر: شرح فتح القدير على الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م.
- 411.** المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي: بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي، ط1، 1400هـ-1980م.
- 412.** المزيني، خالد بن عبد الله: المبالغة في التيسير الفقهي، مركز التأصيل للدراسات والبحوث، جدة، السعودية، ط2، 1426هـ-2015م.
- 413.** مسلم، أبو الحجاج مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني.
- 414.** مشهور، أميرة عبد اللطيف: الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مكتبة مدبولي، القاهرة، مصر، ط1، 1411هـ.
- 415.** المصري رفيق يونس: الخطر والتأمين، دار القلم، دمشق، سورية، ط1، 1422هـ-2001م.
- 416.** المصري رفيق يونس: النجش والمزايدة والمناقصة والممارسة، دار المكتبي، دمشق، سورية، ط1، 1420هـ-1999م.
- 417.** المصري رفيق يونس: بحوث في فقه المعاملات المالية، دار المكتبي، دمشق، سورية، ط2، 1430هـ-2009م.

418. المصري رفيق يونس: ربا القروض وأدلة تحريمه، دار المكتبي، دمشق، سورية، ط2، 1430م-2009م .
419. المقرئ، محمد بن أحمد، أبو عبد الله: عمل من طب لمن حب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م.
420. المقرئ، محمد بن أحمد، أبو عبد الله: قواعد الفقه، ت: محمد الدردابي، دار الأمان، الرباط، المغرب، ط2021م.
421. ملحم أحمد سالم عبد الله: التأمين الإسلامي، دار الإعلام، عمان، الأردن، ط1، 2002م.
422. ملحم أحمد سالم عبد الله: بيع المرابحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، ط1، 1410هـ-1989م.
423. المناوي، محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين، زين الدين: فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، ط1، 1356هـ.
424. المنجور، أحمد بن علي بن عبد الرحمن، أبو العباس المكناسي: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ت: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، نواكشوط، موريتانيا.
425. المنوفي، علي بن محمد بن محمد بن خلف: كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، شركة القدس، القاهرة، مصر، ط1، 1430هـ-2009م.
426. المهدي، نزيه محمد الصادق: عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990م .
427. مهران محمود بلال: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 1422هـ-2001م.
428. المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري: سنن المهتدين في مقامات الدين، ت: محمد بن سيدي محمد بن حمين، مؤسسة الشيخ مرييه ربه لإحياء التراث، نواكشوط، موريتانيا، ط1، 1423هـ-2002م.
429. ميارة الفاسي، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله: الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، ت: محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1432هـ-2011م.
430. النجار، أحمد عبد العزيز: المدخل إلى النظرية الاقتصادية في المنهج الإسلامي، نشر خاص، ط1، 1998م .

- 431.** نخبة من العلماء: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، طبع مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1434هـ-2013م.
- 432.** الندوي، علي أحمد: قواعد التبعية ومدى أثرها في المعاملات المالية، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد14، العدد1، ذو الحجة1428هـ، البنك الإسلامي للتنمية والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، السعودية.
- 433.** الندوي، علي أحمد: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، دار عالم المعرفة، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م .
- 434.** النسائي، أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، أبو عبد الرحمن: السنن الصغرى، ت: صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، دار السلام، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ-1999م.
- 435.** النسائي، أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، أبو عبد الرحمن: سنن النسائي، ت: مشهور آل سلمان، مكتبة الرياض للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1.
- 436.** النووي، يحيى بن شرف، أبو زكريا: تهذيب الأسماء واللغات، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، مصر.
- 437.** النووي، يحيى بن شرف، أبو زكريا: صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية الأزهرية، القاهرة، مصر، ط1، 1347هـ-1929م.
- 438.** النووي، يحيى بن شرف، أبو زكريا: كتاب المجموع، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر.
- 439.** النووي، يحيى بن شرف، أبوزكريا: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1412هـ-1991م.
- 440.** الهاجري عبد الله راشد: استثمارات البنوك الإسلامية الخليجية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط1408هـ-1988م.
- 441.** هاشم زهر الدين: مقاصد البيوع وطرق إثباتها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1432هـ-2011م.
- 442.** هزرتي عبد الرحمن: أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، 2005-2006م، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، الجزائر.

443. الهنتاني، أحمد بن محمد، أبو العباس الشّماع: مطالع التمام ونصائح الأنام، ت: عبد الخالق أحمدون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، المغرب، 2003م.
444. الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر: الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، بيروت، لبنان.
445. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، مكتبة فهد الوطنية، السعودية.
446. الوزاني، أبو عيسى سيدي المهدي الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، 1419هـ-1998م.
447. الونشريسي، أحمد بن يحيى، أبو العباس: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1401هـ-1981م.
448. الونشريسي، أحمد بن يحيى، أبو العباس: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ت: الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ-2006م.
449. اليحصبي، عياض بن موسى، الشهير بالقاضي عياض: إكمال المعلم بفوائد مسلم، ت: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، 1419هـ-1998م.
450. يوسف، ابن عبد البر بن عبد الله النمري القرطبي، أبو عمر: الاستذكار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1423هـ-2002م.
451. يوسف، ابن عبد البر بن عبد الله النمري القرطبي، أبو عمر: الكافي في فقه أهل المدينة، دار الغد الجديد، القاهرة، مصر، ط1، 1439هـ-2018م.

فهرس الموضوعات

مقدّمة أ.

الفصل التمهيدي

تحليل مصطلحات عنوان البحث: النظرية، العقد، المعاملات المالية، التيسير

- 22.....المبحث الأول: نظرية التيسير-المفهوم والعلاقة-.....
- 23المطلب الأول: مفهوم النظرية.....
- 23.....الفرع الأول: النظرية في اللغة.....
- 24.....الفرع الثاني: مفهوم النظرية في الاصطلاح.....
- 24.....أولاً: مفهوم النظرية في العلوم الإنسانية.....
- 25.....ثانياً: مفهوم النظرية في الدراسات الشرعية.....
- 27المطلب الثاني: مصطلح نظرية التيسير- وجه استشكله ومسوغات استعماله-.....
- 27.....الفرع الأول: موقف العلماء من توظيف مصطلح النظرية في الدراسات الإسلامية.....
- 28.....الفرع الثاني: مسوغات استعمال مصطلح "نظرية التيسير".....
- 30المبحث الثاني: مفهوم العقد ومقوماته الشرعية.....
- 30المطلب الأول: مفهوم العقد.....
- 30.....الفرع الأول: مفهوم العقد لغة.....
- 31.....الفرع الثاني: مفهوم العقد اصطلاحاً.....
- 31.....أولاً: مفهوم العقد بالمعنى العام.....
- 33.....ثانياً: مفهوم العقد بالمعنى الخاص.....
- 35المطلب الثاني: مقومات العقد.....
- 36.....الفرع الأول: الصيغة.....
- 37.....الفرع الثاني: محل العقد.....
- 38.....الفرع الثالث: العاقدان.....
- 39المبحث الثالث: المعاملات المالية، مفهومها، خصائصها التشريعية ومقاصدها الشرعية.....
- 39المطلب الأول: مفهوم المعاملات المالية.....
- 39.....الفرع الأول: تعريف المعاملات المالية باعتبارها مركباً إضافياً.....
- 39.....أولاً-تعريف المعاملات لغة واصطلاحاً.....
- 41.....ثانياً-تعريف المال لغة واصطلاحاً.....
- 46.....الفرع الثاني: تعريف المعاملات المالية باعتبارها لقباً.....
- 49.....المطلب الثاني: الخصائص التشريعية لعقود المعاملات المالية ومقاصدها الشرعية.....

50.....	الفرع الأول: الخصائص التشريعية لعقود المعاملات المالية.
50.....	الفرع الثاني: مقاصد الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية.
53.....	المبحث الرابع: مفهوم التيسير، أقسامه وأحكامه.
53.....	المطلب الأول: مفهوم التيسير والألفاظ ذات الصلة به.
53.....	الفرع الأول: مفهوم التيسير.
53.....	أولاً: مفهوم التيسير لغة.
54.....	ثانياً: مفهوم التيسير اصطلاحاً.
57.....	الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة بمصطلح التيسير.
57.....	أولاً: الألفاظ اللغوية العامة ذات الصلة بالتيسير.
58.....	ثانياً: المصطلحات الشرعية ذات الصلة بمصطلح التيسير.
61.....	المطلب الثاني: مشروعية التيسير وأقسامه.
61.....	الفرع الأول: مشروعية التيسير.
61.....	أولاً: التيسير في القرآن الكريم.
63.....	ثانياً: التيسير في السنة النبوية.
65.....	الفرع الثاني: أقسام التيسير وأحكامه.
65.....	أولاً: التيسير الأصلي.
67.....	ثانياً: التيسير العارض.
69.....	الفرع الثالث: أحكام التيسير العارض.
69.....	أولاً: مناط التيسير العارض.
71.....	ثانياً: التسبب إلى التيسير.

الباب الأول

مرتكزات نظرية التيسير وأثرها في عقود المعاملات المالية

الفصل الأول

الأدلة الشرعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

77	المبحث الأول: القياس وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية.
77	المطلب الأول: مفهوم القياس.
78	المطلب الثاني: حجية القياس.
79	المطلب الثالث: أثر القياس في تيسير المعاملات المالية.
85	المبحث الثاني: الاستحسان وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية.
85	المطلب الأول: تعريف الاستحسان.
87	المطلب الثاني: حجية الاستحسان.
88	المطلب الثالث: أثر الاستحسان في تيسير المعاملات المالية.

95	المبحث الثالث: المصالح المرسله وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية
95	المطلب الأول: مفهوم المصلحة المرسله
98	المطلب الثاني: حجية الاستصلاح
100	المطلب الثالث: أثر الاستصلاح في تيسير المعاملات المالية
104	المبحث الرابع: العرف وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية
104	المطلب الأول: مفهوم العرف والعادة
104	أ- مفهوم العرف
104	أولاً: مفهوم العرف في اللغة:
104	ثانياً: مفهوم العرف في الاصطلاح:
105	ب- مفهوم العادة:
105	أولاً: مفهوم العادة في اللغة:
106	ثانياً: تعريف العادة في الاصطلاح:
106	ج- تقسيمات العرف:
108	المطلب الثاني: حجية العرف
110	المطلب الثالث: أثر العرف في تيسير المعاملات المالية
115	المبحث الخامس: الاستصحاب وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية
115	المطلب الأول: مفهوم الاستصحاب
118	المطلب الثاني: حجية الاستصحاب
119	المطلب الثالث: أثر الاستصحاب في تيسير المعاملات المالية

الفصل الثاني

القواعد الشرعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية

124	المبحث الأول: قاعدة مراعاة الخلاف وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية
124	المطلب الأول: مفهوم مراعاة الخلاف
124	أ- مفهوم "مراعاة الخلاف" باعتباره مركباً إضافياً:
124	أولاً: تعريف المراعاة:
124	ثانياً: تعريف الخلاف
125	ب- تعريف "مراعاة الخلاف" - باعتباره مركباً وصفيًا -:
128	المطلب الثاني: حجية مراعاة الخلاف
131	المطلب الثالث: أثر مراعاة الخلاف في تيسير المعاملات المالية
135	المبحث الثاني: قاعدة الحيل الشرعية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية
135	المطلب الأول: مفهوم الحيل

137.....	المطلب الثاني: مشروعية الاستدلال بالحيل
139.....	المطلب الثالث: أثر الحيل الشرعية في تيسير المعاملات المالية
142.....	المبحث الثالث: قاعدة الفساد والبطلان وأثرها في تيسير المعاملات المالية
142.....	المطلب الأول: تعريف الفساد والبطلان
142.....	أولاً: تعريف الصحّة
143.....	ثانياً: تعريف البطلان والفساد
145.....	المطلب الثاني: تأصيل قاعدة الفساد والبطلان
148.....	المطلب الثالث: أثر قاعدة الفساد والبطلان في تيسير المعاملات المالية
162.....	المبحث الرابع: قواعد الوسائل وأثرها في تيسير المعاملات المالية
162.....	المطلب الأول: تعريف الوسائل
163.....	المطلب الثاني: تأصيل حجية الوسائل
165.....	المطلب الثالث: أثر قواعد الوسائل في تيسير المعاملات المالية
176.....	المبحث الخامس: قواعد التبعية في العقود وأثرها في تيسير المعاملات المالية
176.....	المطلب الأول: مفهوم التبعية
178.....	المطلب الثاني: تأصيل قواعد التبعية
180.....	المطلب الثالث: أثر قواعد التبعية في تيسير المعاملات المالية

الباب الثاني

مظاهر التيسير وتطبيقاته في عقود المعاملات المالية

الفصل الأول

مظاهر التيسير وتطبيقاته من خلال سلطان الإرادة في عقود المعاملات المالية

188.....	المبحث الأول: الحرية التعاقدية وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية
188.....	المطلب الأول: التكييف الفقهي لإنشاء عقود المعاملات المالية
190.....	المطلب الثاني: التكييف الفقهي لاستحداث عقود المعاملات المالية
191.....	أ-مذهب المانعين من استحداث العقود
193.....	ب-الموقف المؤيد لحرية استحداث العقود
195.....	ج-الترجيح
196.....	المطلب الثالث: أثر الحرية التعاقدية في تطوير واستحداث عقود المعاملات المالية
196.....	أ-أثر الحرية التعاقدية في تطوير عقود المعاملات المالية: -بيع المرابحة للأمر بالشراء -أنموذجاً-
196.....	1-تعريف بيع المرابحة للأمر بالشراء
199.....	2-مشروعية بيع المرابحة للأمر بالشراء
204.....	ب-أثر الحرية التعاقدية في استحداث العقود: عقد التأمين-أنموذجاً-

- 1- مفهوم التأمين.....205
- 2- التكييف الشرعي للتأمين.....206
- 3- حكم عقود التأمين.....208
- 4- مقومات التأمين التعاوني.....206
- المبحث الثاني: مدى سلطان الإرادة في الاشتراط العقدي وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية221
- المطلب الأول: مفهوم الاشتراط التعاقدية.....221
- المطلب الثاني: مشروعية الاشتراط التعاقدية223
- 1- مذاهب الفقهاء في مدى حرية الإرادة في الاشتراط التقييدي.....224
- أ- اتجاه التصيق والتقييد.....224
- ب- اتجاه الموسعين.....226
- المطلب الثالث: أثر الاشتراط التقييدي في تيسير عقود المعاملات المالية- عقد القرض أنموذجا-.....230
- أولاً: مفهوم القرض ومشروعيته.....231
- ثانياً: مقومات عقد القرض.....232
- ثالثاً: تطبيقات الشروط الجعلية على عقد القرض.....235
- أ- حكم الشروط المناقضة لمقتضى عقد القرض.....235
- ب- حكم الشروط الملائمة لمقتضى عقد القرض.....236
- ج- حكم الشروط الجعلية التي تتجاوزها جهتا المصادمة والملائمة لمقتضى عقد القرض.....237
- 1- اشتراط عقد في عقد القرض.....237
- 2- اشتراط تأجيل القرض.....238
- 3- اشتراط الوفاء في غير بلد القرض.....240
- المبحث الثالث: الاشرط التعليقي وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية243
- المطلب الأول: مفهوم الاشتراط التعليقي243
- المطلب الثاني: مشروعية الاشتراط التعليقي.....244
- المطلب الثالث: أثر الاشتراط التعليقي في تيسير عقود المعاملات المالية- نماذج مختارة-.....249
- أ- تعليق عقد البيع بدلا عن الوعد الملزم في بيع المرابحة للأمر بالشراء.....249
- ب- تعليق البيع والهبة في عقد الإجارة المنتهية بالتملك.....250
- المبحث الرابع: شروط الإضافة وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية.....253
- المطلب الأول: مفهوم شرط الإضافة253
- المطلب الثاني: التكييف الفقهي لاشتراط الإضافة في العقود.....254
- المطلب الثالث: أثر اشتراط الإضافة في تيسير عقود المعاملات المالية- عقد الإجارة أنموذجا-.....255
- أ- مفهوم الإجارة ومشروعيتها.....255

- 1- مفهوم الإجارة..... 255
- 2- مشروعية الإجارة..... 256
- ب- تعريف الإجارة المضافة وتكييفها الفقهي..... 257
- 1- تعريف الإجارة المضافة..... 257
- 2- مشروعية الإجارة المضافة..... 258

الفصل الثاني: مظاهر التيسير في مقتضيات عقود المعاملات المالية وطرق انقضائها

- المبحث الأول: اللزوم والجواز وأثرهما في تيسير عقود المعاملات المالية..... 261
- المطلب الأول: مفهوم اللزوم العقدي..... 262
- المطلب الثاني: التكييف الفقهي لمبدأ اللزوم العقدي..... 262
- المطلب الثالث: تطبيقات التيسير من خلال مبدأ "اللزوم والجواز" - عقد السمسرة أنموذجاً-..... 266
- 1- مفهوم عقد السمسرة..... 266
- 2- مشروعية عقد السمسرة وأركانه..... 266
- 3- التكييف الفقهي لعقد السمسرة وأثره في تنوع صفته بين اللزوم والجواز..... 268
- المبحث الثاني: مبدأ الخيار في العقود وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية..... 272
- المطلب الأول: تعريف الخيار ومشروعيته..... 272
- المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لمبدأ الخيار..... 273
- المطلب الثالث: مظاهر التيسير في تطبيقات مبدأ الخيار - نماذج مختارة-..... 276
- أ- التيسير من خلال التوسع في أمد خيار الشرط..... 276
- ب- التيسير من خلال تحديد مقتضى خيار العيب وأمدته..... 279
- 1- موجب خيار العيب..... 281
- 2- توقيت خيار العيب..... 283
- المبحث الثالث: الإقالة وأثرها في تيسير عقود المعاملات المالية..... 286
- المطلب الأول: تعريف الإقالة ومشروعيته..... 286
- المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الإقالة وأثره في التيسير..... 288
- المبحث الرابع: الفسخ بالأعذار الطارئة وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية..... 292
- المطلب الأول: مفهوم العذر الطارئ ومشروعيته..... 292
- أ- مفهوم العذر الطارئ..... 292
- ب- مشروعية الأخذ بالعذر الطارئ..... 293
- المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لمبدأ العذر الطارئ..... 297
- أ- شروط الأخذ بالعذر الطارئ..... 297
- ب- معايير اعتبار العذر الطارئ..... 298
- ج- أحكام الأعذار الطارئة..... 299

المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ العذر الطارئ وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية- عقد المقاولة

303.....	أنموذجاً-
303.....	1-تعريف المقاولة.
303.....	2-التكييف الفقهي لعقد المقاولة.
305.....	3-أثر العذر الطارئ في فسخ عقد المقاولة.
310.....	الخاتمة:
314.....	الفهارس
315.....	فهرس الآيات القرآنية
318.....	فهرس الأحاديث النبوية والآثار
320.....	فهرس الأعلام
323.....	فهرس المصادر والمراجع
358.....	فهرس الموضوعات
365.....	ملخص البحث باللغة العربية
367.....	ملخص البحث باللغة الإنجليزية

ملخص البحث باللغة العربية

تناول البحث موضوع "نظرية التيسير في عقود المعاملات المالية- دراسة تطبيقية استقرائية-، مركزًا على استقراء مظاهر التيسير التشريعي في عقود المعاملات المالية، مستشهدا ببعض التطبيقات الفقهية من المبادئ العامة الحاكمة لعقود المعاملات المالية، ومن بعض فروعها. وقد بدا من خلالها الأثر الكبير لنظرية التيسير في تأطير أحكام المعاملات المالية على نحو يحقق مصالح الخلق من غير مشقة ولا حرج.

وقد قسمت هذه الرسالة إلى مقدمة، وفصل تمهيدي، وبابين، وخاتمة، فجاءت مفصلة على النحو الآتي:

-المقدمة: ضمّنتها تعريفًا عامًا بالموضوع، وبيان أهميته، وأسباب اختياره، وأهدافه، وتحديد إشكاليته، والدراسات السابقة فيه، وتحديد المنهج المعتمد في دراسته، والمنهجية المتبعة في تحريره، ثم خطة البحث.

-وأما الفصل التمهيدي، فخصّصته لتحليل مصطلحات عنوان البحث " النظرية، العقد، المعاملات المالية، التيسير"، ضمن أربعة مباحث.

تناولت في المبحث الأول: نظرية التيسير - المفهوم والعلاقة--، حيث تعلّق المطلب الأول منه بتحرير مفهوم النظرية في اللغة والاصطلاح، واختصّ المطلب الثاني بتقرير العلاقة المنهجية بين مصطلح "النظرية" و"التيسير".

وتناولت في المبحث الثاني مطلبين: تعرض المطلب الأول لبيان مفهوم العقد في اللغة والاصطلاح، والمطلب الثاني لتفصيل مقومات العقد (الصيغة والعاقدان والمحل).

أما المبحث الثالث فتعرضت فيه إلى تفصيل مفهوم المعاملات المالية ومبادئها التشريعية، ومقاصدها الشرعية، حيث خصّصت المطلب الأول لبيان حقيقة المعاملات المالية في اللغة والاصطلاح، وتناولت في المطلب الثاني أهم المبادئ التشريعية والمقاصد الشرعية التي تحكم قواعدها وفروعها.

وأما المبحث الرابع، ففصلت فيه مفهوم التيسير وأقسامه وأحكامه، ضمن مطلبين: تناولت في المطلب الأول: تعريف التيسير والألفاظ ذات الصلة به، وفي المطلب الثاني: مشروعية التيسير وأقسامه وأحكامه.

ثم خصّصت الباب الأول لمرتكزات نظرية التيسير من أصول الشريعة وقواعدها، مركزًا على بيان وجه العلاقة بين هذه المرتكزات ونظرية التيسير -نظرية وتطبيقيا-، ضمن فصلين، تناول الأول منهما مجموعة من الأدلة الشرعية، ضمن خمسة مباحث هي: القياس والاستحسان

والاستصلاح والعرف والاستصحاب. وتناول الفصل الثاني جملة من القواعد الشرعية، ضمن خمسة مباحث: قاعدة مراعاة الخلاف، وقاعدة الحيل، وقاعدة الفساد والبطلان، وقواعد وسائل المقاصد، وقواعد التبعية.

وتناول الباب الثاني مظاهر التيسير وتطبيقاته في عقود المعاملات المالية، ضمن فصلين، تعرضت في الفصل الأول إلى بيان مظاهر التيسير وتطبيقاته من خلال مبدأ الحرية التعاقدية، ضمن أربعة مباحث، اختص الأول ببيان الموقف الفقهي من مبدأ الحرية التعاقدية، واستخلصت فيه رجحان القول بإطلاق حرية التعاقد ضمن القواعد الشرعية العامة، وبينت وجه التيسير من خلال تقرير هذا المبدأ، سواء في جانب حرية الإقدام على إنشاء العقود المعروفة، أو في جهة استحداث عقود جديدة غير معهودة.

وتضمن المبحث الثاني بيان مدى حرية العاقد في الاشتراط التقييدي وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية، وتطرق المبحث الثالث إلى تفصيل أثر الاشتراط التعليقي في عقود المعاملات المالية، وأما المبحث الرابع فتناول تفصيل اشتراط إضافة العقود إلى الزمن المستقبل وأثر ذلك في تيسير عقود المعاملات المالية، مستشهدا ببعض التطبيقات في نماذج من العقود.

وتناولت في الفصل الثاني مظاهر التيسير وتطبيقاته في مقتضات عقود المعاملات المالية وفي طرق انقضائها، ضمن أربعة مباحث، خصصت المبحث الأول لتفصيل مناط التيسير من خلال صفتي "اللزوم والجواز"، في بعض التطبيقات الفقهية في عقود المعاملات المالية، وخصصت المبحث الثاني لدراسة مبدأ الخيار في العقود، وبينت أثره في تيسير عقود المعاملات المالية ضمن تطبيقات على عقود من المعاملات المالية، وتناولت في المبحث الثالث عقد الإقالة وأثره في تيسير عقود المعاملات المالية مع تطبيقات على عقود من المعاملات المالية، وتعرضت في المبحث الرابع إلى دراسة مسألة فسخ العقود بسبب الأعداء الطارئة مبينا أثر في تيسير عقود المعاملات المالية.

وختمت البحث بذكر أهم المصادر والمراجع المعتمدة فيه، مع بعض الفهارس الخادمة للرسالة. ثم خاتمة جامعة لأهم النتائج التي انتهت إليها الرسالة من خلال البحث الموضوعي والمناهج العلمية. ثم خاتمة دونت فيها أهم نتائج البحث.

Summary

The research addresses the topic of "The Theory of Facilitation in Financial Transaction Contracts - An Inductive and Applied Study," focusing on analyzing the manifestations of legislative facilitation in financial transaction contracts. The study cites various jurisprudential applications, deriving from general principles governing financial transaction contracts and specific branches within them. Through this examination, it reveals the significant impact of the facilitation theory in framing financial transaction rules in a manner that serves public interests without hardship or difficulty.

The dissertation is divided into an introduction, a preliminary chapter, two main chapters, and a conclusion, organized as follows:

- **Introduction:** Provides a general overview of the topic, its significance, reasons for selection, objectives, research question, previous studies, research methodology, and study structure.
- **Preliminary Chapter:** Analyzes key terms in the research title, "theory," "contract," "financial transactions," and "facilitation," across four sections:
 - The first section explores the concept of facilitation theory, covering its definition in both linguistic and technical contexts, and the methodological relationship between "theory" and "facilitation."
 - The second section delves into the definition of "contract" in both linguistic and technical senses, along with its essential elements (form, parties, and subject matter).
 - The third section discusses financial transactions, their legislative principles, and their Sharia objectives, including an exploration of the true nature of financial transactions and the main legislative principles governing them.
 - The fourth section defines facilitation, its types, and rulings.
- **First Chapter:** Examines the foundations of the facilitation theory within Sharia principles and their correlation with the theory of facilitation, both theoretically and practically, across two chapters:
 - The first chapter reviews Sharia evidence, including analogy, preference, public interest, custom, and presumption of continuity.
 - The second chapter discusses key Sharia principles such as considering differences of opinion, legal stratagems, invalidity and voidness, purposes of Sharia principles, and secondary rulings.
- **Second Chapter:** Investigates the manifestations and applications of facilitation in financial transaction contracts across two sections:
 - The first section discusses facilitation through the principle of contractual freedom, examining four aspects: the juristic stance on contractual freedom, unrestricted freedom within general Sharia principles, facilitation through this principle, and examples of known contracts and novel ones.
 - The second section addresses the aspects of facilitation in contract requirements and termination methods, covering binding and permissible conditions, contractual options, termination agreements,

and contract annulment due to unforeseen circumstances, supported by practical applications.

The research concludes with a list of sources and references used, indexes for the dissertation, and a summary of the main findings achieved through a methodical and academic approach.