

Under the Auspices of رعاية تحت



Organised by تنظيم



مؤتمر أيوفي السنوي السابع عشر للهيئات الشرعية

الأحد والاثنين ٣-٢ شعبان ١٤٤٠ هـ يوافق ٧ - ٨ أبريل ٢٠١٩ م
فندق الخليج، مملكة البحرين

الراعي الرئيس

بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



مصرف الجمهورية
JUMHOURIA BANK



الراعي البلاتيني

alBaraka NCB الأهلي

الراعي الذهبي

بنك الإثمار
Ithmaar Bank



المصرف
الخليجي
التجاري
KHALEEJI
COMMERCIAL
BANK

الراعي الفضي

البنك الإسلامي الأردني
الصكوك الوطنية
NATIONAL BONDS



ALSALAM BANK
البحرين

بنك البحرين الإسلامي
BisB

الشريك الإعلامي

Banker
MIDDLE EAST

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



الوطن البلاد



الترجمة الفورية برعاية

الشريك المعرفي

مصرف الجمهورية
JUMHOURIA BANK



REFINITIV

eoobiz
consulting

الجلسة الثانية

(إلزام الجهات الرقابية للبنوك الإسلامية

بالحظ من الدين عند السداد المبكر)

البحث الأول

إلزام الجهات الرقابية للبنوك الإسلامية بالحظ من الدين عند السداد المبكر

أ.د. عصام خلف العنزي

بسم الله الرحمن الرحيم

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

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

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

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

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

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

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

1 المجلد 1/ 83-84 المكتب التجاري.

2 أحكام القرآن للجصاص 467/1.

لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن أم المدين (ضع وتعجل) جائزة شرعا، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق".

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

القسم الثاني: "ضع وتعجل" بالشرط بين المتعاقدين.

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

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

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة:

1. ما رواه الإمام البيهقي عن المقداد بن الأسود - رضي الله عنه - أنه قال: أسلفت رجلا مائة دينار، ثم خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقلت له: عجل لي تسعين دينارا وأحط عشرة دنانير، فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: أكلت ربا يا مقداد وطعمته"². إلا أن هذا الحديث ضعفه راويه وهو الإمام البيهقي.

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

1 المنتقى للباي 64/5 - 65 دار الكتاب العربي.

2 السنن الكبرى 28/6.

3 المصنف لعبد الرزاق 8/ 71-75 منشورات المجلس العلمي، المنتقى للباي 64/5.

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

3. قياس مسألة "ضع وتعجل" على مسألة "أخري وأزيدك"، بجامع أن كلا منهما جعل للأجل ثمنا، أي أنه لما زاد له في الزمان زاد له في العوض، ولما حط عنه من الزمان حط عنه من العوض⁴.

يقول الإمام ابن عبد البر -رحمه الله -: إن من وضع من حق له لم يحل أجله ليستعجله، فهو بمنزلة من أخذ حقه بعد حلول أجله لزيادة يزدادها من غريمه لتأخيرها، ذلك لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزاء الأمد الساقط، والزائد بدلا وعوضا يزداده الذي يزيد في الأجل، ويسقط عن الذي يعجل الدين قبل محله، فهذان وإن كان أحدهما عكس الآخر، فهما مجتمعان في المعنى الذي وصفناه⁵.

ويقول صاحب بداية المجتهد: "ووجه الشبه أنه جعل للزمان ثمنا في كلتا الصورتين، فصورة "ضع وتعجل" تشابه صورة "أخري وأزيدك"⁶.

ولما كان هذا القياس من أقوى أدلة المانعين، إلا أنه يمكن أن يجاب عنه بالآتي:

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

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

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

3 الاستذكار 256/20 دار قتيبة.

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

5 الاستذكار 256/20 دار قتيبة.

6 بداية المجتهد 155/2.

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

وأكد هذا الإمام ابن عبد البر في النقل السابق عندما قال: "...فهذان وإن كان أحدهما عكس الآخر..."، مما يجعلنا أن نقول بأن لهما حكمين مختلفين.

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

ج - إن هذا القياس هو من باب قياس الشبه كما صرح به صاحب بداية المجتهد، ووجه الشبه أنه جعل للزمان ثمنا في كلتا صورتين، إلا أننا نقول إن قياس الشبه من الأقيسة المختلف فيها بين العلماء، فلا حجة فيه، لأن الجمهور أنفسهم قد اختلفوا في مدى حجتيته. كما أننا لا يمكننا اعتبار هذا القياس قياس علة، لأن الاعتياض عن الأجل لا يصلح أن يكون علة للحكم، لأن الأجل ليس في كل الأحوال لا يجوز الاعتياض عنه، وإلا أدى ذلك إلى منع البيع الآجل والبيع بالتقسيط.

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

1 إعلام الموقعين 357/3-359 دار الجيل.

دينه إلى غير جنسه تبقى ذمة الذي عليه الحق مشغولة وينتقل ما يشغل به إلى غير الجنس الأول فيصير فسخ دين في دين، وذلك غير جائز¹.

4. إن مسألة "ضع وتعجل" تؤدي إلى جهالة الثمن، فإذا كانت مشروطة بين المتعاقدين فإن الدائن لا يعرف كم سوف يتقاضى من دينه، كما أن المدين بحسب ما يتوفر لديه من سيولة، فإنه لن يعرف مقدار الدين الذي سوف يوفيه للدائن. وهذا الأمر بدأ يتكرر في أوساط طلبة العلم، ولذلك نقول إن "ضع وتعجل" إذا كانت مشروطة بين الطرفين لا تؤدي إلى جهالة الثمن بين المتعاقدين لعدة أسباب:

أ - إن الثمن في العقد محدد بين الطرفين، وهو معلوم عندهما، فالدائن حدد قيمة الدين، والمدين يعرف تماما مقدار الدين الذي يجب سداؤه، وإنما يصبح الثمن مجهولا إذا كان المدين ملزما بالسداد المبكر والدائن ملزم بتخفيض قيمة من غير تحديد موعد للسداد، إلا أنه في صورتنا فإن المدين ليس بملزم بالسداد المبكر، وإنما هو أمر اختياري بالنسبة له متى ما أراد، فالدين ثابت في ذمته وهو محدد ومعلوم. وهو شبيه بوضع الجوائح فإن الشارع اشترط أن يضع الدائن الثلث من دينه إذا أصابت الجائحة المدين، وهو من الشروط الشرعية، وتوقع حدوث الجائحة مستمر مع استمرار العقد، فهل أدى ذلك على جهالة الثمن.

بل الأمر بالخط من الدين بمقدار الثلث يعني أن الدين معلوم، لذلك عرفنا مقدار ثلث الدين. وكذلك في مسألة "ضع وتعجل" فإن اتفاق الدائن والمدين من الخط بمقدار 10% مثلا عند السداد المبكر يعني أننا نعلم مقدار الدين، حتى نعرف مقدار 10% منه.

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

1 المنتقى للباغي 5/ 64-65.

للقاضي إذا رفع إليه.

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

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

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

واستدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة:

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

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

1 الأم للشافعي 344/9 دار الكتب العملية، المذهب 311/1 دار المعرفة، المجموع 172/13 المكتبة السلفية، الإنصاف 236/5 دار إحياء التراث العربي، الفروع 55/4-56 عالم الكتب، المبدع 273/4-280، الاختيارات الفقهية 134 دار المعرفة، إغاثة اللهفان 11/2-14 الباي الحلبي، إعلام الموقعين 357/3-359.

2 رواه البيهقي في السنن 27/6-28، الدار قطني في سننه 46/3 والحكم في المستدرک 5/2.

عبدالرحمن بن حاتم: "الزنجي إمام في الفقه والعلم"، وقال ابن حبان في كتاب الثقات: كان من فقهاء أهل الحجاز منه تعلم الشافعي الفقه، وإياه كان يجالس قبل أن يلقي مالك بن أنس، وكان مسلم بن خالد يخطئ أحياناً، وقال عبدالله بن أحمد بن حنبل: قال أبي: مسلم بن خالد الزنجي كذا وكذا، وعن يحيى بن معين وأبو جعفر النفيلي وأبو داود: ضعيف، وقال علي بن المديني: ليس بشيء، وقال البخاري منكر الحديث¹.

ب - إن هذا الحديث قبل نزول آية الربا، حيث إن إجلاء بني النضير كان في السنة الثانية من الهجرة وذلك قبل نزول حرمة الربا².

إلا أن أصحاب القول المجيز بأن صورة "ضع وتعجل" ليست من صور الربا، فلا نسخ في هذه الحالة.

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

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

وقال ابن عباس -رضي الله عنهما- "إنما الربا أخر لي وأنا أزيدك، وليس عجل لي وأضع عنك"⁴.

4. إن ربا الجاهلية المتفق على حرمة أن يقول "أنظرنني وأزيدك"، وهذا يتضمن الزيادة في

1 تقريب التهذيب لابن حجر 245/2.

2 المبسوط للسرخسي 31/21، الاستذكار 265/20.

3 مصنف عبدالرزاق 71-71/8، شرح مشكل الآثار 61/11.

4 السنن الكبرى للبيهقي 28/6.

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

من هذا العرض السابق يتبين أن مسألة "ضع وتعجل" هي من المسائل الخلافية بين الصحابة -رضوان الله عليهم- كما أنها من المسائل الخلافية بين الفقهاء -رحمهم الله-، وهي مما يسوغ فيها الاجتهاد، إذ إن كل دليل يعرضه أحد الفريقين ليس قاطعاً في المسألة.

ولذلك أقول إن الخط من الدين بالإجمال مرغّب فيه بالشرع وذلك عدة صور منها:

أ - الوضع من الدين إذ حل الأجل:

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

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

ب - الوضع عن المشتري في الجوائح:

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

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

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

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

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

1. التجاوز عن المعسر.
2. الصلح بين المسلمين.
3. من حسن الاقتضاء.
4. زيادة الإرفاق بالمستقرض.

يقول الكمال: "وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف جياذ فصالحه على خمسمائة زيوف جاز، وكأنه أبرأه عن بعض حقه، وهذا لا يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة؛ لإفضائه إلى الربا، فجعل إسقاطا للبعض في المسألة الأولى، وللبعض والصفة في الثانية"¹.

فالصلح مرغّب فيه بالشرع، فقد روي أن كعب بن مالك -رضي الله عنه- تقاضى من أبي حدرد ديناً له عليه في عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها النبي -صلى الله عليه وسلم- وهو في بيته، فخرج حتى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالك فقال: يا كعب، فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر، فقال كعب: قد فعلت، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: قم فاقضه"².

ولذلك اتفق الفقهاء على أن من أقر لآخر بدين كأن يكون له عليه ألف دينار فصالحه

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

2 رواه البخاري في كتاب الصلح باب الصلح بالدين والعين.

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

ولو قلنا صورة "ضع وتعجل" بأن صالحه عن ألف حالة بخمسمائة مؤجلة فقد ذهب الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة وهو ما اختاره ابن تيمية وابن القيم إلى صحة هذا الخط والتأجيل، بل اعتبروا ذلك من المعروف وحسن الاقتضاء².

وذهب الشافعية وهو الأصح عند الحنابلة إلى أن الخط صحيح والأجل باطل، فيكون عليه خمسمائة حالة، لأنه سامح بخط البعض عن طيب نفسه³.

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

- حكم اشتراط الخط من القرض:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

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

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

1 المبدع 279/4-280.

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

3 مغني المحتاج 178/2-179، المبدع 280/4، كشف القناع 392/4.

4 المغني مع الشرح 363/4، الإنصاف 133/5، المجموع شرح المذهب 172/13.

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

ولذلك صرح المالكية بأمور تشترط في القرض منها: أن لا تجر نفعا للمقرض كأن يشترط رد شيء عفن بسالم، ومبلول بيابس، فإن وجدت القرينة على قصد نفع المقرض فإنه يجوز في جميع المسائل السابقة².

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

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

1 المراجع السابقة.

2 جواهر الإكليل 76/2.

مالا ولا يقابله شيء من الثمن، لكن اعتبروه مالا في المراجعة إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول كان أخذه بلا عوض¹.

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

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

- مبررات الجهات الرقابية لهذه التعليمات:

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

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

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

2. **المتعشرون:** وهو من أخذ تمويلا من البنك وفق اشتراطات البنك المركزي لمنح التمويل إلا أنه لا يستطيع الاستمرار بدفع التزاماته بالشروط الحالية للائتمان، فمثلا: يلزم

1 حاشية ابن عابدين 489.

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

3. من يرغب بالتحويل لبنك آخر: بأن كانت خدمات البنك الحالي سيئة أو تعامل البنك مع العميل لم يكن جيدا، أو لرغبة الحصول على خدمات أفضل من بنك آخر، فيقوم العميل بالحصول على تورق من بنك آخر لسداد جميع التزامات العميل لدى البنك الحالي، فإن هذا البنك ملزم بالخط من الدين. ولم تلزم البنوك المركزية أن تقوم البنوك بالخط من الدين لعميل لا يكون من تلك الفئات. أي أن الإلزام لم يكن مطلقا بحسب التعليمات الصادرة عن بنك الكويت المركزي.

- هل للجهات الرقابية الإلزام بالخط لمصلحة راجحة:

قلنا إن مسألة "ضع وتعجل" تعتبر من المسائل الخلافية التي يسوغ فيها الاجتهاد، وعليه هل حكم الحاكم ممثلا بالبنك المركزي يرفع الخلاف؟
نقصد برفع الخلاف، أن المسائل التي اختلف فيها الفقهاء وحكم الحاكم فيها بحكم، فإن حكمه يفصل بالنزاع والخلاف الذي وقع، ويسد باب الخصومة، ولا نعني بأن الخلاف ارتفع فلا يسوغ فيها الخلاف.

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

بحجة شرعية لا بمجرد حكمهم"¹.

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

يقول الإمام القرافي -رحمه الله- في الفرق السابع والسبعين: بين قاعدة الخلاف يتقرر في مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم، وبين قاعدة مسائل الاجتهاد يبطل الخلاف فيها ويتعين قول واحد بعد حكم الحاكم: "وذلك القول هو ما حكم به الحاكم على الأوضاع الشرعية، اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء"². ويقول الشيخ عليش: (ورفع) أي حكم الحاكم في نازلة فيها أقوال للأئمة بقول منها، فيرفع (الخلاف) أي العمل والفتوى في عين تلك النازلة التي حكم فيها بغير ما حكم به فيها"³.

كما جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (1801): القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان، واستثناء بعض الخصومات... وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق، فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه.

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

1 مجموع الفتاوى 383/35.

2 الفروق 179.

3 منح الجليل 352/8.

للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعا"¹.
ثم قال: "إن ولي الأمر الذي ليس بعالم مجتهد، لا يكون لأوامره وزن شرعي إلا إذا صدرت
بعد مشورة أهل العلم وموافقتهم"².

ومن ذلك يتبين أن حكم الحاكم يرفع الخلاف بشروط:

1. أن لا يعارض الحكم نصا من النصوص القطعية.
 2. أن يكون الحاكم من أهل العلم أو أن يصدر بعد مشورة العلماء.
 3. أن تكون المسألة من مسائل الاجتهاد.
 4. أن يحقق حكم الحاكم مصلحة معتبرة.
- وعلى ما سبق ذكره فإن الجهات الرقابية لها أن تصدر تعليمات تحقق المصلحة وفق الشروط
السابقة.

- هل يختلف الإلزام من الجهة الرقابية عن الاشتراط العقدي برضا طرفي المداينة؟

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

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

1 المدخل الفقهي العام 215/1.

2 المرجع السابق 222/1.

كتبه الفقير إلى عفو ربه
أ.د. عصام خلف العنزي

البحث الثاني

ضع وتعجل

في العقود بين المؤسسات المالية الإسلامية والعملاء

إعداد

أ.د. سيد محمد الطبطبائي

رئيس الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي

٢٠١٩م

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

والله الموفق إلى كل خير، والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول الخلاف الفقهي في (ضع وتعجل)

أولاً: مفهوم قاعدة: ضع وتعجل

قيل: هي أن يكون عليه دين لم يحل فيعجله قبل حلوله، على أن ينقص منه ومثل ذلك أن يعجل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر، وأن يأخذ قبل الأجل بعضه عيناً وبعضه عرضاً. (١)
وقيل: أن يكون لرجل على آخر دين مؤجل فيقول المديون لصاحب الدين: ضع بعض دينك وتعجل الباقي، أو يقول صاحب الدين للمديون: عجل لي بعضه وأضع عنك باقية. (٢)
وقيل: أن يكون لشخص على آخر دين إلى أجل فيسقط بعضه ويأخذ بعضه، مثل أن يكون عليه مائة درهم إلى شهر، فيقول له رب الدين عجل لي خمسين وأنا أضع عنك خمسين. (٣)

ثانياً: الخلاف في ضع وتعجل

تحرير محل النزاع:

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

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

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

(١) القوانين الفقهية (١٦٧).

(٢) فتاوى السبكي (٣٧٠).

(٣) كفاية الطالب (٢١٣/٢).

(٤) الذخيرة (١١/٥).

(٥) القوانين الفقهية (١٦٧).

(٦) شرح البخاري (١٠٣/٨).

أقوال العلماء في ضع وتعجل:

القول الأول: المنع مطلقاً سواء بشرط أو بغير شرط .

قال مالك: وَالْأَمْرُ الْمَكْرُوهُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا إِنْ يَكُونُ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الدَّيْنُ إِلَى أَجَلٍ فَيَضَعُ عَنْهُ الطَّالِبُ وَيُعَجِّلُهُ الْمَطْلُوبُ وَذَلِكَ عِنْدَنَا بِمَنْزِلَةِ الَّذِي يُؤَخَّرُ دَيْنُهُ بَعْدَ مَحَلِّهِ عَنْ غَرِيمِهِ وَيَزِيدُهُ الْغَرِيمُ فِي حَقِّهِ قَالَ: فَهَذَا الرَّبَا بِعَيْنِهِ لَا شَكَّ فِيهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ مِائَةُ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ فَإِذَا حَلَّتْ لَهُ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِغَنِي سِلْعَةٍ يَكُونُ تَمَنُّهَا مِائَةُ دِينَارٍ نَقْدًا بِمِائَةِ وَخَمْسِينَ إِلَى أَجَلٍ: هَذَا بَيْعٌ لَا يَصْلُحُ وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا كُرِهَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْطِيهِ ثَمَنٌ مَا بَاعَهُ بِعَيْنِهِ وَيُؤَخَّرُ عَنْهُ الْمِائَةُ الْأُولَى إِلَى الْأَجَلِ الَّذِي ذَكَرَ لَهُ آخِرَ مَرَّةٍ وَيَزْدَادُ عَلَيْهِ خَمْسِينَ دِينَارًا فِي تَأْخِيرِهِ عَنْهُ فَهَذَا مَكْرُوهٌ وَلَا يَصْلُحُ وَهُوَ أَيْضًا يُشَبَّهِ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ فِي بَيْعِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا حَلَّتْ دُيُونُهُمْ قَالُوا لِلَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَمَّا أَنْ تَقْضِيَ وَإِمَّا أَنْ تُرَبِّيَ فَإِنْ قَضَى أَخَذُوا وَإِلَّا زَادُوهُمْ فِي حُقُوقِهِمْ وَزَادُوهُمْ فِي الْأَجَلِ. (٧)

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

(٧) الموطأ (٦٧٣/٢).

(٨) الاستذكار (٤٨٨/٦).

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

قال الباجي: من له مائة مؤجلة فأخذ خمسين قبل الأجل، على أن يضع خمسين، لم يجز؛ لأنه اشترى مائة مؤجلة بخمسين معجلة، فدخله النساء والتفاضل في الجنس الواحد. (١٠)

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

وقال النفراوي: إِنَّمَا امْتَنَعَ لِأَدَائِهِ إِلَى سَلْفٍ جَرَّ نَفْعًا بَيَّانُهُ أَنَّ مِنْ عَجَلٍ شَيْئاً قَبْلَ وَجُوبِهِ يُعَدُّ مُسَلِّفًا لِمَا عَجَّلَهُ، لِيَأْخُذَ عَنْهُ بَعْدَ الْأَجْلِ مَا كَانَ فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ جَمِيعُ الدَّيْنِ، فَإِنْ وَقَعَ وَنَزَلَ رَدَّ إِلَيْهِ مَا أَخَذَهُ وَيَسْتَحِقُّ جَمِيعَ دَيْنِهِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجْلِ وَإِنْ لَمْ نَطَّلِعْ عَلَيْهِ حَتَّى انْقَضَى الْأَجْلُ وَجَبَ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَنْ يَدْفَعَ لَهُ الْبَاقِيَ الَّذِي كَانَ أَسْقَطَهُ عَنْهُ صَاحِبُ الدَّيْنِ^(١٢).

ثانياً: أنه بيع وسلف:

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

(٩) فتاوى السبكي (٣٤٠).

(١٠) شرح الزرقاني (٤٠٩/٣).

(١١) شرح ميارة الفاسي (٥٢٤/١).

(١٢) الفواكه الدواني (٩٠/٢).

(١٣) شرح الزرقاني (٤١٠/٣).

القول الثاني: لا يجوز ضع وتعجل إذا كان بشرط :

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

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

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

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

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

(١٤) بداية المجتهد (١٠٨/٢).

(١٥) فتاوى السبكي (٣٤٠).

(١٦) شرح مشكل الآثار (٦٤/١١).

(١٧) شرح مشكل الآثار (٦٤/١١).

أدلة القول الثاني:

١- روي عن المقداد بن الأسود قال: أسلفت رجلاً مائة دينار، ثم خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله ﷺ فقلت له: عجل لي تسعين ديناراً وأحط عشرة دنائير، فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: أكلت ربا مقداد وأطعمته^(١٨).

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

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

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

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

(١٨) قال السبكي: رواه البيهقي بسند ضعيف (فتاوى السبكي ٣٤٠)

(١٩) شرح مشكل الآثار (٦٢/١١).

(٢٠) شرح مشكل الآثار (٦٢/١١).

فعمر رضي الله عنه اعتبر ضع وتعجل عن بيع عين (نقود حالة) بدين (نقود مؤجلة) بأقل منها، واعتبر ذلك منهى عنه.

٤- وعن يونس قال أنبأنا ابن وهب أن مالكا أخبره عن أبي الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبي صالح مولى السفاح أنه قال: بعت بزألي من أهل دار نخلة ومن أهل السوق إلى أجل ثم أردت الخروج إلى الكوفة فعرضوا علي أن أضع عنهم وينقذوني فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا أمرك أن تأكل من ذلك ولا أن توكله وكما حدثنا أحمد بن الحسن أنه سمع سفيان يقول أبو الزناد عن بسر بن سعيد عن زيد بن ثابت أنه سئل عن ذلك فكرهه وقال لا تأكله ولا توكله. (٢١)

٥- قال ابن رشد: عمدة من لم يجز (ضع وتعجل) أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجمع على تحريمها، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه في الموضعين جميعاً، وذلك أنه هنالك ما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمناً، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمناً (٢٢).

٦- لأن من عجل شيئاً قبل وجوبه عد مسلفاً فكأن الدافع أسلف رب الدين خمسين ليأخذ من ذمته إذا حل الأجل مائة ففيه سلف بزيادة فإن وقع ذلك رد إليه ما أخذ منه فإذا حل الأجل أخذ منه جميع ما كان له أولاً وهي المائة (٢٣).

(٢١) شرح مشكل الآثار (٦٢/١١).

(٢٢) بداية المجتهد (١٠٨/٢).

(٢٣) كفاية الطالب (٢١٤/٢).

القول الثالث: الجواز مطلقاً:

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

مناقشة نسبة القول بالجواز لابن عباس وسعيد بن المسيب وزفر:

أولاً: ابن عباس:

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

ثانياً: سعيد ابن المسيب:

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

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

(٢٤) بداية المجتهد (١٠٨/٢).

(٢٥) الاستنكار (٤٨٨/٦).

(٢٦) بداية المجتهد (١٠٨/٢).

(٢٧) بداية المجتهد (١٠٨/٢).

(٢٨) الاستنكار (٤٨٨/٦).

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

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

ثالثاً: زفر:

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

(٢٩) الاستذكار (٤٩٠/٦).

(٣٠) الاستذكار (٤٩٠/٦).

أدلة القائلين بالجواز:

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

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

درجة الحديث:

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

مناقشة الدليل:

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

أولاً: أنه قبل تحريم الربا:

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

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

(٣٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٨/٦)، وقال السبكي: ضعفه البيهقي وغيره، وقال الحاكم صحيح الإسناد (السبكي ٣٤٠)
(٣٣) إغاثة اللهفان (١٣/٢).

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

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

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان لا يرى بأساً أن تقول أعجل لك وتضع عني.

(٣٤) شرح مشكل الآثار (٦٤/١١).

مناقشة الأثر:

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

فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث. (٣٥)

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

(٣٥) الاستذكار (٤٨٨/٦).

(٣٦) إغائة للهفان (١٣/٢).

المبحث الثاني قرارات المجامع الفقهية والهيئات الشرعية

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

أولاً: مجمع الفقه الإسلامي:

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

ثانياً: الأيووفي:

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

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

ثالثاً: لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف بدولة الكويت:

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

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

مع إحاطة لجننتكم الموقرة بأنه لا يتم الصرف للشركة حسب النظام إلا بعد إحضار براءة ذمة من جميع الأسواق والأفرع التابعة للجمعية بعدم وجود أي توالف أو رواكد لها من البضاعة. لذا يرجى التكرم بموافاتنا حول مدى شرعية العمل لنظام الخصم المحاسبي المكتسب للسادة الموردين بالجمعية.

فأجابت اللجنة بما يلي:

إذا كان حط الدين المؤجل مشروطاً بتعجيله فهو ممنوع، لأنه من قبيل (ضع وتعجل) ، أما إذا كان من غير شرط ملفوظ ولا ملحوظ، فهو جائز فيكون حينئذ تبرعاً من الدائن إلى المدين، وعليه فلا يجوز للجمعية المستفتية أن تخصم من الثمن مقابل تعجيلها الثمن للبائع".

رابعاً: الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي:

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

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

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

فأجابت الهيئة:

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

خامساً: بنك البلاد:

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

الراجح:

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

أولاً: الأدلة السابقة الواردة في الباب.

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

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

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

أولاً: استحداث شرط واجب في العقود:

إن التعليمات تتضمن إلزام البائع (البنك) بأن لا يبيع السلعة بالأجل إلا مع شرط "ضع وتعجل"، وإن لم ينص عليه في العقد. وهو شرط غير مسبوق في العقود في الفقه الإسلامي أو المعاملات المالية الإسلامية منذ الصدر الأول إلى زمننا هذا، وفي الحديث الصحيح: "دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُوا اللَّهَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ". (٣٧)

ثانياً: مخالفة قاعدة (ضع وتعجل) بالشرط:

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

(٣٧) صحيح مسلم (١١٥٧/٣).

تشتترط رضا الطرفين، وفي هذه التعليمات إجبار البائع على الرضا بالخط من الثمن دون اتفاق.

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

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

رابعاً: أنه يقطع العمل ببيع المساومة:

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

(٣٨) حواشي الشرواني (٤/٤٣٧).
(٣٩) درر الحكام (١/٣١٦).

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

وبعبارة أخرى: بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ هُوَ الْبَيْعُ الَّذِي يَقَعُ بَعْدَ بَيَانِ الْبَائِعِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ عَلَى رِبْحٍ مَعْلُومٍ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ الثَّمَنِ (٤١).

وبذلك يتم إلغاء معاملات بيوع المساومة من البنوك الإسلامية التي هي إحدى الصيغ الرئيسة في العمليات المالية الإسلامية.

خامساً: أنه نوع من أنواع التسعير:

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

سادساً: أن فيه المشابهة للنظام الربوي:

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

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

(٤٠) المغني (١٢٩/٤).
(٤١) درر الحكام (٩٩/١).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

سابعاً: وجود الربط بين العقود:

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

(٤٢) انظر بحثنا في أحكام التسعير.

المصادر والمراجع

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

— كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ، اسم المؤلف: أبو الحسن المالكي الوفاة: ٩٩٩٩ ، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤١٢ ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي.

— الذخيرة ، اسم المؤلف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الوفاة: ٦٨٤ ، دار النشر: دار الغرب - بيروت - ١٩٩٤ م ، تحقيق: محمد حجي.

— حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، اسم المؤلف: عبد الحميد الشرواني الوفاة: ٩٩٩٩ ، دار النشر: دار الفكر - بيروت.

— القوانين الفقهية ، اسم المؤلف: محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي الوفاة: ٧٤١ ، دار النشر:

— شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، اسم المؤلف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني الوفاة: ١١٢٢ ، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ ، الطبعة: الأولى.

— إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان ، اسم المؤلف: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله الوفاة: ٧٥١ ، دار النشر: دار المعرفة - بيروت - ١٣٩٥ - ١٩٧٥ ، الطبعة: الثانية ، تحقيق: محمد حامد الفقي.

— شرح مشكل الآثار ، اسم المؤلف: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الوفاة: ٣٢١ هـ ، دار النشر: مؤسسة الرسالة - لبنان / بيروت - ١٤٠٨ هـ — ١٩٨٧ م ، الطبعة: الأولى ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط.

— الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ، اسم المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي الوفاة: ٤٦٣ هـ ، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٠٠٠ م ، الطبعة: الأولى ، تحقيق: سالم محمد عطا-محمد علي معوض.

— درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، اسم المؤلف: علي حيدر الوفاة: ٩٩٩٩ ، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت ، تحقيق: تعريب: المحامي فهمي الحسيني.

الجلسة الثالثة

(طرق توقي مخاطر الملكية في التّمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك)

البحث الأول

طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك

بحث مقدم

لمؤتمر الأيوبي السنوي السابع عشر

7 و 8 أبريل 2019

المنامة - البحرين

اعداد

د. محمد علي القري

عضو مجلس الأمناء - الأيوبي

بسم الله الرحمن الرحيم

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

مقدمة

تكاد تنحصر المخاطر المحيطة بالعمل المصرفي التقليدي على ما يسمى بالمخاطر الائتمانية، لأن جل عمل هذه البنوك يقوم على الاقراض الذي ينتهي إلى علاقة مداينة فأضحى الخطر الأساس الذي يواجه البنك هو فشل العميل المدين في سداد الدين الثابت في ذمته في الوقت المحدد له، وهو ما يسمى بالمخاطر الائتمانية، أما البنوك الإسلامية فإنها تعمل بصيغ تمويل متنوعة، ومن أهمها التمويل بطريق عقد الاجارة، وعقد الاجارة بيع للمنافع بينما يحتفظ المؤجر وهو البنك بملكية الأصل المولد للمنافع طوال مدة العقد أي حتى يجري بيعه أو هبته إلى العميل في نهاية عقد الإجارة الأمر الذي يترتب عليه تحمل المصرف لنوع جديد من المخاطر غير معهود في عمليات التمويل لدى البنوك التقليدية وهي مخاطر الملكية، وهو موضوع هذه الورقة، ولن نتطرق في هذه الورقة للخلاف بشأن حكم عقد الايجار المنتهي بالتملك إذ ان هذا خارج عن موضوع الورقة، ولكننا نأخذ بما أخذت به المجامع الفقهية والهيئات الشرعية بإجازة صيغة عقد الإجارة الذي يتضمن وعداً بالبيع.

وان المتأمل في الأحكام المتعلقة بعقد الاجارة التي تزخر بها المدونات الفقهية يرى انها مبنية على فتاوى أصدرها العلماء في الزمن القديم وكان مدركها العرف في ذلك الزمان،

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

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

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

1 - أنظر: القراني، الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام، ص218. ابن القيم في اعمم الموقعين، ج3، ص27. وابن عابدين في نشر العرف، ج2، ص125.

عقد الإجارة المنتهي بالتمليك

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

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

1- الإشكال الأساس:

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

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

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

2- معنى مخاطر الملكية:

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

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

3- هل المخاطر بحد ذاتها مطلوبة لتحقيق المشروعية:

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

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

1 - والمكروه ربما كان الموت أو الجروح أو الخسارة في الأموال أو عدم تحقق الربح المتوقع.

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

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

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

4- العلاقة العكسية بين المخاطرة والعائد:

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

5- المخاطر الأساسية المنبثقة عن الملكية في عقد التأجير المنتهي بالتملك:

المخاطر التي هي محل النظر في هذه الورقة هي المخاطر التي لو لم يكن المصرف مالكا للأصل المؤجر لم يتعرض لها، أما المخاطر الائتمانية وغيرها مما هو موجود في جميع عقود التمويل فليست محل الاهتمام هنا.

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

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

1- مخاطر الصيانة

مضى عرف الناس على تقسيم صيانة الأصول المؤجرة مثل المعدات والمنازل والآلات ونحوها إلى قسمين، الأول ما كان متصلاً بالاستخدام يزيد بزيادته وينقص بنقصه⁽¹⁾، ويسمى الصيانة التشغيلية فهذا مرتبط بالمنافع التي هي ملك المستأجر ولا خلاف في انه مسئول عن هذا الشق من الصيانة، والثاني متصل بقدرة الأصل المؤجر على توليد المنافع ويسمى الصيانة الهيكلية أو الأساسية، فهذا من مسؤولية مالك الأصل المؤجر باعتبار ان مقتضى عقد الاجارة حصول المستأجر على المنافع التي هي محل العقد طوال مدة الاجارة فما احتيج إلى عمله لتحقيق هذه الاستمرارية كان من مسؤولية المالك المؤجر. والأصل ان الصيانة الهيكلية من مسؤولية المؤجر جاء ذلك في قرار الجمع الفقهي الدولي الإسلامي، رقم 103 (6/11) حيث نص: "... ان الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شط ولا يجوز اشتراطها على المستأجر".

وقد اختلف الناس قديماً⁽²⁾، وحديثاً في وضع الحدود بين ما يكون من مسؤولية المالك وما يكون من مسؤولية المستأجر، ولذلك وجدنا ان القوانين تجعل التفريق بينهما راجع إلى العرف⁽³⁾. ولكن الذي لا اختلاف حوله ان الهلاك الجزئي والكلي للأصل المؤجر (سواء كان سيارة أو منزلاً... إلخ) يدخل ضمن الصيانة الهيكلية التي هي من مسؤولية المالك. أما هل تقتصر الصيانة الهيكلية على ذلك فهو مسألة تحتاج إلى مزيد دراسة.

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

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

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

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

1- طرق معالجة مخاطر الصيانة في تطبيقات المصرفية الإسلامية:

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

1-1- الطريقة الأولى:

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

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

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

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

2- الطريقة الثانية:

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

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

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

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

ومواصفاته وأصدر أمر الشراء إلى البنك قائلاً اشتريه وأنا استأجره منك فإن عليه ان يضمن الصيانة الهيكلية.

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

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

إلا ان المتأمل لهذا التفريق بين الحالتين يتبين له ان البنوك لا تصدر إلا عن رأي وطلب العميل وتعيينه للمورد وتحديدده للمواصفات الأمر الذي يدل على ان الحالة الثانية غير موجودة أصلاً فانتهي الأمر إلى ان جميع عقود التأجير المنتهي بالتملك في هذا المصرف يتحملون الصيانة الهيكلية في جميع الأحوال.

3- الطريقة الثالثة:

تضمن المستأجر بالشرط:

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

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

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

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

2- ما جاء من أقوال لأهل العلم وان كانت ضعيفة بشأن يد المستأجر هل هي يد أمانة أم يد ضمان كما جاء في الذخيرة للقرافي (ج5، ص502)، "وفي الجواهر يد المستأجر يد أمانة على المعروف من المذهب ... وقيل ضامن كالقابض في البيع الفاسد".

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

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

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

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

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

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

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

- 5- واستأنسوا بما ورد بشأن العارية من قول بعض الفقهاء ومنهم الامام أحمد والشافعي ان العارية مضمونة ومعلوم الشبه بين العارية والاجارة إذ المعقود عليه في كليهما منافع تستوفي شيئاً فشيئاً فقد جاء في مسائل الامام أحمد للميموني في (937) (تحقيق صالح الكليه)، "سمعت أحمد يقول أذهب في العارية انما مردودة اليد هنا آخذه وهي خلاف الوديعة وذكر حديث سمره على اليد..."، قال المحقق "دلت هذه الرواية على ان الإمام أحمد يرى ان العارية مضمونة على المستعير متى تلفت تعدى أو لم يتعدى".
- ونقل صالح عن أبيه مثل ذلك وقال: "العارية مؤداة خالف أو لم يخالف فهو ضامن"، وكذا في رواية الكوسج. وجاء في الأم (ج3، ص344) والمهذب (ج1، ص370) والوجيز (ج1، ص204) قول الشافعي رحمه الله ان "العارية مضمونة".
- 6- ان الذين منعوا تضمين المستأجر الصيانة الهيكلية عللوا ذلك بأن هذا الضمان يؤدي إلى جهالة الأجرة. جاء في الموسوعة الفقهية (ج1، ص286): "ولا يجوز اشتراط صيانة العين على المستأجر لأنه يؤدي إلى جهالة الأجرة فتفسد الاجارة بهذا الاشتراط باتفاق المذاهب". إلا أن الأمر في يوم الناس هذا مختلف وبخاصة في عمليات التأجير التي تمارسها المؤسسات المالية حيث يمكن تقدير هذه الصيانة بطريقة ترفع عنها الجهالة إذ الصيانة الأساسية هي ما تسميه شركات التأمين الهلاك الجزئي أو الكلي والتأمين عليه معروف مشهور ورسومه غير خافية ويمكن معرفتها بدقة عند التعاقد فارتفعت الجهالة.

4- الطريقة الرابعة:

العينة الايجارية:

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

البائع ثمناً للوحدة السكنية، وبهذه الطريقة يتحمل المالك تكاليف الصيانة الهيكلية، والبنوك في ماليزيا تعتمد هذه الطريقة بناء على ما جرى عليه العمل عندهم من جواز بيع العينة. والمتأمل في هذه الصيغة يتبين له أنها ليست العينة التي قال بمنعها جمهور الفقهاء وإنما هي ما اشتهر باسم "عكس العينة"، وعكس العينة من الفقهاء من جعل حكمها مختلف عن العينة، فالبائع في صورة العينة له دين مستحق على المشتري لأنه باعه السلعة بثمن مؤجل ثم يشتري عنه السلعة بالنقد أما عكس العينة فالبائع قد استوفي حقه من المشتري وانتهت العلاقة الأولى ف شراء السلعة ليس معاقدة بين دائن ومدين فاختلفت. ومن رأي هذا الفرق مؤثراً قال فيها بالجواز قال المرداوي في الانصاف: "الثالثة عكس العينة مثلها في الحكم ...، على الصحيح من المذهب ونقل أبو داود يجوز بلا حيلة"، (الانصاف، ح11، ص194)، ومثل ذلك في الروض المربع. وقال ابن تيمية: "ولو كانت عكس مسألة العينة من غير تواطؤ ففيه روايتان عن أحمد ..."، (ص 167 القواعد النورانية لابن تيمية)⁽¹⁾.

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

2- مخاطر الدفعة المقدمة

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

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

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

1 - والتي اشتهرت باسم Subprime mortgage.

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

هل هذا من مخاطر الملكية:

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

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

إن هيكل التأجير المنتهي بالتملك لا يكون مجدداً للبنوك إلا أن يطبق فيه الحل الأول بمعنى أن يكون ما يقبضه البنك من المستأجر دخلاً (income) للبنك وليس مبلغاً

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

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

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

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

والثانية: ما يكون من ايجارات قبضها المؤجر قبل وقت استحقاقها. والأصل ان هذه المبالغ بما أنها قابلة للرد للمستأجر في حال لم يتمكن من استيفاء المنفعة فيجب عندئذٍ على البنك ان يسجلها في جانب الخصوم في دفاتره لأنها مبالغ غير مستحقة للبنك وهو وان ملكها بالعقد فإن ملكه عليها غير مستقر. ولكن الإجراءات البنكية تقتضي تسجيلها كدخل للبنك وإلا لم يعد هذا العقد صالحاً لعمل البنوك.

معالجة هذا الاشكال:

الطريقة الأولى:

عمدت بعض البنوك إلى اعتبار ان الدفعة المقدمة - مهما كانت كبيرة - فإنها أجرة للشهر الأول فإذا انقضى أصبح ملكاً تاماً مستقراً للبنك لا يمكن للمستأجر استردادها بحال حتى لو كانت تمثل نسبة الربع أو الثلث من أجرة مدة عشرين سنة باعتبار ان ما يقابلها من منافع قد وقع استيفائه.

الطريقة الثانية:

البعض الآخر من البنوك اعتبر الأجرة مملوكة للمؤجر بالعقد وما كان منها معجلاً يستحقه بتسليم العين وان المؤجر عندئذٍ يملك ما قبض ملكاً مستقراً ولا سبيل لاسترداده من قبل المستأجر ويستندون في ذلك إلى أقوال بعض أهل العلم من ذلك قول للشافعي

رحمه الله نقله عنه النووي في المجموع والماوردي في الحاوي الكبير (ج3، ص318): "وإنما اختلف قوله هل ملكها بالعقد ملكاً مستقراً مبرماً أو ملكها ملكاً موقوفاً مراعي فأحد قوله نص عليه في البويطي وغيره قد ملكها بالعقد ملكاً مستقراً مبرماً كأثمان المبيعات وصدقات الزوجات لأنه لما جاز له التصرف فيها حتى لو كانت الأجرة أمة كان له وطؤها دل على ان ملكه مستقر عليها ..).

وقال النووي في المجموع شرح المذهب (ج ، ص) : "وان كان معه أجرة دار لم يستوف المستأجر منفعتها وحال عليها الحول وجبت فيها الزكاة لأنه يملكها ملكاً تاماً وفي وجوب الاخراج قولان قال في البويطي يجب لأنه يملكها ملكاً تاماً فأشبهه مهر المرأة (ج5، ص180) والقول الآخر لا يجب.

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

3- المخاطر القانونية

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

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

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

هذه مخاطر تواجهها البنوك التي تقدم التمويل اعتماداً على عقد الاجارة المنتهي بالتملك.

1 - وهذا نموذج على بعض الأحكام القضائية وهو الحكم الصادر من محكمة التمييز في البحرين رقم 2010102/15/129/3 بشأن الايجار المنتهي بالتملك، حيث أطلقت المحكمة على العقد شروط البيع لا الإجارة واعتبرته عقد بيع بالتقسيط كما عرفه القانون، ونص الحكم على ما يلي:

"إن اتفاقهما ان نقل الملكية للشركة موقوف على استيفاء كامل الثمن بسداد آخر قسط وهو ما يتوافر بشأن أركان عقد البيع بالتقسيط كما هي معرفة به في القانون من رضا وبيع وثمن ولا عبء بما أطلقه الطرفان على العقد بتسميته اجاراً منتهاً بالتملك".

طرق معالجة هذا الخطر في التطبيق المصرفي:

الطريقة الأولى: الرهن:

تعتمد البنوك الإسلامية في بعض البلدان لتفادي هذا الخطر إلى إجراء يُستغرب وهو الدخول مع المستأجر في عقد الاجارة المنتهي بالتملك بالطريقة المعتادة وبنفس الشروط والأحكام المعروفة ثم بعد ذلك الدخول معه في عقد رهن يكون هو (أي المستأجر) رهنًا والبنك هو المرتهن للعقار محل عقد الاجارة. ووجه الاستغراب ان العقار مملوك للبنك والمالك أقوى من الرهن، والمستأجر لا يملك العقار فكيف يكون رهنًا لما لا يملك؟⁽¹⁾.

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

والطريقة أن يبرم الطرفان عقد الاجارة المنتهي بالتملك كالمعتاد ويبقى الأصل مملوكًا للمؤجر بملكية موثقة بالتوثيقات المعتادة قانونياً. ثم يعتمد المؤجر (البنك) إلى الطلب من عميله توقيع عقد الرهن الذي يكون المستأجر رهنًا والمؤجر مرتهنًا. فإذا ماطل المستأجر في دفع الأجرة بادر البنك إلى التنفيذ على الرهن بكل يسر وسهولة كما تفعل البنوك مع المقترضين.

1 - وقد وجه السؤال التالي للهيئة الشرعية لمصرف الراجحي: وجدنا في بعض الأحيان أنه يرغب العميل في استئجار عين معينة ولكنه يرغب بأن يتم تحويل الملكية إلى اسمه مع رهنها لنا لما في ذلك من فوائد ضريبية بالنسبة للعميل فهل يجوز بعد شرائنا للمعدات وبعد تأجيرها أن نحول الملكية إلى المستأجر مع رهنها لنا؟
فأجابت: إذا كانت هذه الطريقة التي تعرضها الشركة لا تعتبر غشاً نحو القانون في البلد الذي تتم فيه العملية وإنما تعتبر مخرجاً قانونياً واستفادة من ثغرة من ثغرات القانون فإن الهيئة لا ترى مانعاً من الدخول في هذه العملية.
(مجموعة فتاوى الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار رقم 112).

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

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

الطريقة الثانية: الوعد بالهبة لا البيع:

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

4- مخاطر التوقف المؤقت للمنفعة

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

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

جاء في المغني لابن قدامة " (4185) فصل وأن شرط على مكثري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها (ج21). ومنهم من الزم المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة حتى في وقت تعطل الأصل مقابل أن يزيد له في المدة بقدر ما فاتته من أيام عند تعطل المنافع إلا أن هذا مظنة أن يحدث جهالة في المدة⁽¹⁾.

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

1 - قال في المغني لابن قدامة " ولا يجوز أن يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولاً" (ج21 مسألة (4685)).

5- مخاطر التأمین

التأمین علی الأصل المؤجر جزء مهم من هیکل الإيجار المنتهی بالتملیک، وقد أجازت بعض الهيئات الشرعیة للمصرف أن يجعل رسوم التأمین جزءاً من الأجرة سواء قام بها المصرف مباشرة أو أناب عنه المستأجر للقیام بها⁽¹⁾، إلا ان هذا الترتیب وان كان یفنی بالغرض فی التمويل للمساكن والسيارات، ولكن الأمر یختلف بالنسبة للمعدات الثقيلة والطائرات والسفن ونحو ذلك، إذ ان التأمین نفسه یكتنفه مخاطر إخفاق شركة التأمین فی الوفاء بالتزاماتها، ومعلوم ان شركات التأمین تقوم بجهد لا یعرف الكلل فی التخلص من الالتزام بالتعویض عند وقوع المكروه وذلك بالبحث عن أي سبب یمكن من خلاله التوصل إلى ذلك.

أضف إلى ذلك ان دفع التعویض فی مثل هذه العمليات لا بد ان یكتنفه التقاضي لدى المحاكم لكثرة وقوع الخلاف بین شركة التأمین والمستفید. وهو علی كل حال یتغرق وقتاً یمضي بدون ان یحقق البنك ربحاً علی أمواله.

معالجة هذا الخطر:

تعتمد بعض المصارف الإسلامیه لمعالجة هذا الخطر إلى توكیل المستأجر للقیام بإنشاء وثیقة التأمین مع تحملها (أي البنوك) للرسوم المقررة علی هذه الوثیقة وهذا هو الإجراء المناسب فی مثل هذه العقود، ولكن الوكالة هنا تتضمن شروطاً مؤداها - وام لم تكن بهذا الوضوح - ضمان المستأجر لشركة التأمین بالقول بأنه فی حالة عدم دفع شركة التأمین التعویض خلال مدة شهر مثلاً من وقوع الحادث فإن هذا یعتبر مخالفة من العميل لشروط عقد الوكالة الذي نص بأنه یجب ان یتخیر شركة موثوقة وعدم الدفع الناجز یدل علی انه لم یختیر شركة التأمین المناسبة وبناء علیه فإنه یكون ضامناً للتعویض المستحق للمالك وعلیه

1 - من ذلك ما جاء فی الفتوى رقم 3 فی ندوة البركة الخامسة حیث نصت: "ویجوز تحمیل التأمین للمستأجر إذا كان مبلغه معلوماً لأنه یعتبر جزءاً من الأجرة"، (الفتاوى الشرعیة فی الاقتصاد مجموعة دلة البركة).

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

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

6- مخاطر القيمة المتبقية

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

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

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

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

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

7- مخاطر تقلب العائد

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

والنوع الثاني هو البنوك، وتقلب العائد بالنسبة للبنوك مخاطرة لا يقتصر أثرها على معدل الأرباح بل هو أكبر من ذلك من جهة انه ربما يؤدي إلى انهيار المؤسسة المصرفية إذ ان الإدارة البنكية تقتضي ان تكون العائدات على استخدامات أمواله تزيد على العائد الملتزم به البنك لمصادر أمواله فإذا انخفض العائد بحيث صار أقل مما يجب دفعة لمصادر الأموال أصبح المصرف مضطراً إلى تعويض الفرق من رأسماله ومن ثم يتجه إلى الإفلاس.

وتعتمد المصارف إلى التحوط، بالدخول مع بنوك أكبر منها في عقود تجميعها من آثار التقلبات إلا ان هذه العقود تكون قصيرة الأجل وأقصى ما تصل إليه 5 سنوات فلا تغطي مخاطر تمويل المساكن.

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

الطريقة الأولى: الربط بالمؤشر:

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

الطريقة الثانية: التصكيك:

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

البحث الثاني

حمایه المملکیة فی الإجاره التمولیه

دراسه تأصیلیه تطبیقیه

د. خالد بن محمد السیاری

بسم الله الرحمن الرحيم

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

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

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

الدراسات السابقة:

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

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

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

مشكلة البحث:

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

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

تقسيمات البحث:

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

القسم الأول: تأصيل حماية الملكية في الإجارة التمويلية.

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

وبالله تعالى التوفيق.

د. خالد بن محمد السيارى

khalid@sayari.sa

في مدينة الرياض

رجب 1440 (مارس 2019)

القسم الأول

تأصيل حماية الملكية في الإجارة التمويلية

المبحث الأول: مقدمات تمهيدية:

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

المبحث الثاني: موقف الأطراف الأخرى من تحمل مؤسسة التمويل الإسلامي مخاطر

الملكية في الإجارة التمويلية:

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

المسألة الأولى

المقصود بحماية مخاطر الملكية

أولاً: مفهوم الحماية:

الحماية أو التوقي أو التحوط أو الوقاية، مصطلحات متقاربة، وتناولها عدد من الباحثين، ويمكن الاكتفاء بما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وخلاصته:

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

والحماية بهذا المعنى أعم من ضمان رأس المال، من حيث إن الضمان هو الالتزام من جهة معينة بتحمل ما يلحق برأس المال من خسارة أو تلف أو نقصان؛ أما الحماية فهي وقاية رأس المال فيشمل الضمان المباشر وغير المباشر... والتحوط بمعناه العام، يقصد به الوقاية والحماية للمال من المخاطر، وهو بهذا المعنى يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ المال)². وقريب منه ما جاء في المعيار الشرعي رقم (45) بشأن حماية رأس المال والاستثمارات، الصادر عام 2010م³.

ثانياً: مفهوم الخطر:

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

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

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

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

⁴ زاد المعاد 723/5.

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

ثالثاً: أنواع المخاطر:

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

1. المخاطر الائتمانية (وهي المخاطر الناشئة عن تعثر الممول)⁶.
 2. مخاطر السوق (وهي المخاطر الناشئة عن تغير الأسعار، مثل: الفائدة وهامش الربح، الصرف، والأوراق المالية، والسلع)⁷.
 3. مخاطر التشغيل (وهي مخاطر فشل العمليات الداخلية من الموظفين والأنظمة الإلكترونية والإجراءات الداخلية. ويدخل فيها: المخاطر الناشئة عن حيازة الممول وتملكه للسلع وتحمله تبعة هلاكها وعيوبها وصيانتها)⁸.
- والورقة تعنى بالنوع الثالث المتعلق بمخاطر ملكية العين المؤجرة التي تقع على عاتق مؤسسة التمويل، وتحتاج معها إلى الأخذ بأسباب وأساليب وطرق الحماية والتوقي من مخاطرها بما يجعلها في منأى عن التأثير بها، وتحاول الورقة فحص ودراسة هذه الأسباب وتقويمها من الناحية الشرعية، وأثرها على حكم المعاملة.
- ### رابعاً: مفهوم إدارة المخاطر:

إدارة المخاطر تعني العمل على تهيئة البيئة الملائمة لرصد المخاطر التي تواجهها المؤسسة المالية وإدارتها وقياسها ووضع الترتيبات الملائمة للتحكم فيها وتجميع آثارها بتجنبها أو تخفيفها أو

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

⁶ إدارة المخاطر ص 31 و 65.

⁷ إدارة المخاطر ص 31 و 115 و 163.

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

نفيها، وعادة ما يكون ذلك من إدارة مختصة في المؤسسة المالية⁹. وتعنى الورقة هنا بعرض وتقييم أبرز وسائل وأساليب حماية مؤسسة التمويل (المؤجر) من مخاطر ملكية العين المؤجرة بالحماية سواء بتقليلها أو الحد منها أو حتى نفيها عن المؤسسة وإلغائها، وذلك بنقلها إلى طرف آخر، سواء أكان ذلك الطرف هو العميل (المستأجر)، أم مالك العقار، أم شركة التطوير العقاري، أم مورد السلعة، أم شركة المقاوله، أم شركة التأمين، أم شركة الصيانة، ومدى توافق ذلك مع الأصول الشرعية ومقتضيات عقد الإيجار التمويلي وآثاره.

⁹ إدارة المخاطر ص28.

المسألة الثانية

التخريج الفقهي للإجارة التمويلية وأثره في حماية الملكية

أولاً: الاتجاهات في التخريج الفقهي للإجارة التمويلية:

سأقتصد في تناول هذه المسألة بالقدر الذي نحتاج إليه في هذا البحث، إذ ليس المقصود إعادة البحث في أصل هذا العقد فقد تناوله الباحثون في محافل مختلفة وصدرت به قرارات جماعية، والذي يعنينا هنا أثر الاختلاف في هذه المسألة على الموضوع محل البحث. لقد اختلف الاجتهاد الفقهي المعاصر في التخريج الفقهي لعقد الإجارة التمويلية على اتجاهين معروفين:

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

1. أنه عقد إجارة فاسدة، فيحكم بأجرة المثل، وتعاد العين للممول فله غنمها وعليه غرمها¹⁰.

2. أنه عقد قرض مع رهن العين، فيحكم برد أصل القرض دون فوائد، ويحكم بالعين للعميل فله غنمها وعليه غرمها¹¹.

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

1. أنه عقد بيع ناجز بثمن آجل، مع رهن العين. فيحكم بالوفاء بالثمن أصله وربحه، ويحكم بالعين للعميل¹².

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

3. أنه عقد إجارة معهود فقها، ثم عقد تملك منفصل للعين ببيع أو هبة¹⁴.

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

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

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

¹² رأي الشيخ محمد بن جبير في تحفظه على قرار هيئة كبار العلماء رقم (198).

¹³ رأي الشيخ عبدالله البسام في الاختيارات الجلية في المسائل الخلافية 39/3 و 40.

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

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

ثانيا: الموازنة بين التخرجات الفقهية للإجارة التمويلية¹⁶:

• يمكن تجاوز التخرجات الفقهية المنبثقة من إبطال العقد، بعد وضوح صورة العقد، ونضوج الرأي فيه، وانتشار التعامل به على مستوى الأفراد والشركات والحكومات، وصدور أنظمة فيه، فلم يعد من الملائم أن يكون تصحيح العقد محلا للخلاف، فإن إبطاله يخالف مقصدا شرعيا في العقود، وهو ثبات التعامل بين الناس واستقراره ولزومه، وتماشيا مع القاعدة الشرعية في تصحيح العقود إذا وقعت ما أمكن لا سيما إذا ترتب على إبطالها ضرر.

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

• ويظل الخلاف قائما ومؤثرا بين القول بأنه إجارة معهودة ثم عقد تمليك، وبين القول بأنه إجارة من نوع خاص، وسبب الخلاف أن أبرز من أخذ بالقول بأنه إجارة معهودة فقها: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وقد ذكر القرار ستة ضوابط للعقد، قد أثار أحدها كثيرا من الجدل وحصل توسع في تفسيره، وهو ضابط: (أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع)، وهو يحتمل أحد معنيين:

1. إما ألا تراعى مقتضيات عقد التمليك وأحكامه أثناء مدة الإجارة كتحميل تبعة هلاك العين واستحقاق نماء العين.

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

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

¹⁵ مقتضى المعيار الشرعي للإجارة، وعليه عدد من قرارات الهيئات الشرعية كما سيأتي، وبعض الدراسات القانونية، مثل بحث: الطبيعة القانونية لعقد اليزنغ للقاضي حبيب مزهر ص74.

¹⁶ بحث حق التملك في الإيجار التمويلي للباحث.

- أن القرار استعار هذه العبارة من قول السنهوري: (الإيجار الساتر للبيع تكون الأجرة مجاوزة لأجرة المثل، ويكون ثمن التملك تافها)¹⁷.
- إذا تقرر هذا، فإن تطبيق معنى هذا الضابط متعسر أو متعذر¹⁸. ومهما يكن من أمر، فإن قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي يتفق عليه (نظريا) غالب الفقهاء المعاصرين، باعتبار تمايز عقد الإيجار عن عقد البيع، وقلما تجد من يخالف فيه.
 - وإنما قد يثور الخلاف ويشدد في آثار القول بأنه عقد إجارة من نوع خاص. فهو يشبه عقد الإجارة المعهود فقها، فتغلب أحكامه عليه، لكن لا يلزم من ذلك طرد جميع أحكام الإجارة عليه إذا كان في طردها مخالفة لمقتضيات العدل فيما يتعلق باستحقاق الغنم وتحمل الغرم. وهذا يجعل الضابط المذكور في قرار المجمع (أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع) محل مراجعة، لأن تنفيذ هذا الضابط سيفرغ القول بجواز الإجارة المنتهية بالتملك من مضمونه، إذ يتعذر إخفاء قصد التملك في هذا العقد، فلا مناص حينئذ من تأثر الأجرة به، ولو أمكن عدم مراعاة التملك لتوجه المستأجرون لجهات ومؤسسات الإيجار العادي، ولم يكن هناك حاجة لاستحداث هذا العقد من أصله¹⁹.
 - ومهما يكن من أمر، فإن هذا القول هو الذي عليه تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية لما واجهته من عقبات قانونية وعملية، وهو الذي جعل بعض كبار فقهاء العصر يرى أن هذه التطبيقات: خروج على قرار مجمع الفقه الإسلامي²⁰.
 - وسبب هذا الخروج هو طبيعة عقود التأجير التمويلي التي قال عنها بعض رجال القانون إنه (يكثُر فيها الخروج على القواعد العامة في عقد الإيجار)²¹، و(عقد الإيجار يشكل الركيزة العقدية الأساسية إلا أنه استقل بذاته وأصبح عقدا مستقلا له مميزاته الخاصة وأحكامه التي تميزه عن غيره من العقود، فهو عملية مبتكرة، وعقد ذو طبيعة خاصة)²².

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

¹⁸ الملتقيات الفقهية (الشيخ الصديق الضير) ص732.

¹⁹ مناقشات مؤتمر شوري الفقه الثاني (مناقشة د. عبدالرحمن الأطرم)، في الكويت عام 1428هـ.

²⁰ الملتقيات الفقهية (الشيخ الصديق الضير) ص732.

²¹ التأجير التمويلي من الوجهة القانونية ص50.

²² الطبيعة القانونية لعقد اللينغ ص74.

- (وعقد التأجير التمويلي ليس عقد إيجار عادي، وإنما هو عقد ذو طبيعة خاصة، لذلك فهو يخرج في الكثير من أحكامه عن القواعد العامة التي تنظم عقد الإيجار العادي)²³.
- وأما من جهة الاجتهاد الفقهي فإن هذا القول هو المفهوم من المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك فيما يتعلق برد الفرق بين أجرة المثل وأجرة التمويل عند فوات التملك الذي قابله الزيادة في الأجرة، فهذا الحكم لا يتفق مع مقتضيات عقد الإجارة التي تستحق الأجرة فيها مقابل استيفاء المنفعة، وإنما روعي فيه قصد التملك²⁴، ومثله تفريق المعيار الشرعي في الضوابط والأحكام بين إجارة العين لمن باعها إجارة عادية وإجارة تمويلية. وقد صدر بهذا القول عدد من قرارات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في المملكة وخارجها، وبه صدر نظام الإيجار التمويلي في المملكة ولائحته التنفيذية.
- جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (597) عام 2014م: (وبعد التأمل في أبرز المسائل الشرعية التي تضمنها العقد المشار إليه ومنها: حكم اشتراط المصرف دفعة تملك يدفعها العميل في نهاية مدة الإجارة تشمل مجموع التكاليف والمصروفات والنفقات التي تكبدها المصرف فعلاً على العقار، وحكم تمديد عقد الإجارة عند رغبة العميل في تأجيل التملك، وحكم دفع المصرف للعميل ما زاد عما يستحقه المصرف في حالات التلف أو نزع الملكية أو بيع العقار لطرف ثالث أو تقييم العقار لغرض تأجيله لطرف ثالث، وقد استصحب الهيئة في نظرها تلك المسائل خصائص هذا العقد الجديد والقواعد الشرعية لتحقيق العدالة بين طرفي العقد ودرء ما يفضي إلى النزاع).

- وجاء في قرار الهيئة الشرعية للمصرفية الإسلامية في البنك الأهلي التجاري رقم (1/147) عام 2011م: (سيقوم البنك بالتأمين على العقار المؤجر وفي حال حدوث تلف كلي للعقار أثناء سريان عقد الإجارة بسبب لا يرجع للمستأجر أو بأفة سماوية فإن العقد سينفسخ، وفي حال استحق البنك تعويضاً عن الضرر من شركة التأمين فإن

²³ تطورات حديثة في التأجير التمويلي ص156.

²⁴ مستندات المعايير الشرعية ص269، الملتقيات الفقهية ص716 و732 و738 و742.

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

- وهذا التخريج هو أعدل الأقوال في نظر الباحث، فليس في مراعاة قصد التملك محذور شرعي، إذ (الأصل في المعاملات كلها: أصلها وشرطها وجميع ما تعلق بها، الأصل فيه الحل والإباحة إلا ما دل الدليل الشرعي على منعه)²⁵، وهذا يستدعي من الفقيه والقاضي النظر في شروط العقد وأحكامه بما يحقق العدالة بين أطرافه، وخلوه من الربا والغرر. ولهذا العقد نظائر في الشريعة كما في الفقرة القادمة.
- وفي تقديري أن سبب استحواذ بعض العقود المعاصرة المستجدة على كثير من الجدل (كعقد الإيجار التمويلي وعقد التأمين) هو ارتباطها بآحاد الناس، وإلحاحهم بالسؤال والاستفتاء، فيحاول الفقيه والمفتي سد حاجة المستفتي مع استعجاله الجواب مما قد يترتب عليه خروج بعض الآراء دون نظر وتأمل مكتمل، ولو بحثت تلك المسائل بعيداً عن ضغط المؤثرات الاجتماعية والتجارية، مراعية المحددات العلمية، لوصلت الآراء في ظني إلى نتائج أمتن تأصيلاً، ولو تأملنا في عقود معاصرة أخرى لوجدناها أشد تعقيداً وأكثر إشكالاً، ويثور في ذهن الباحث جملة من الإيرادات عليها، ورغم ذلك لم يحصل عليها جدل علمي لافت، ويعود ذلك فيما يبدو إلى عدم ارتباطها المباشر بآحاد الناس، ويمكن التمثيل لذلك بعقود البوت المشتمل على خلطة عقود.

ثالثاً: نظائر فقهية للإجارة التمويلية²⁶:

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

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

²⁵ المناظرات الفقهية، ابن سعدي ص175.

²⁶ ينظر: دراسة شرعية أعدها الكاتب بتكليف من المجلس الشرعي لغرض تطوير المعيار الشرعي للإجارة.

أربابها أو انتقلت لملك مسلم. فقليل إنه بيع، وقيل إنه إجارة؛ قال ابن تيمية: (وكلا القائلين خرج في قوله عن قياس البيوع والإجازات، والتحقيق: أنها معاملة قائمة بنفسها ذات شبه من البيع ومن الإجارة). وقال ابن القيم: (والخراج وإن شارك الإجارة في شيء؛ فيبينهما فروق عديدة)، وقال ابن رجب: (ليس بأجرة محضة؛ بل شبيه بالأجرة ومتروك بينهما وبين البيع، بل هو للبيع، لإطلاق مدته؛ أقرب).

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

3. عقد المصالحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه ونحوها، فليس بإجارة محضة لعدم تقديره المدة وهو شبيه بالبيع، ولذا قال الحنابلة: (فكانت يباعا تارة وإجارة تارة أخرى).

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

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

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

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

ومن العقود المترددة الأخرى:

1. عقد هبة الثواب، فقد جعله الأحناف شبهها بالبيع والهبة المحضة، وترتبا على ذلك قال الحنفية في آثاره: (إنه اشتمل على جهتين؛ فيجمع بينهما ما أمكن، عملا بالشبهين)، وبعض المالكية يرى أنه عقد بيع خُفف فيه شرط معلومية الثمن، فتسامح في جهالة ثواب (عوض) الهبة.

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

3. عقد المساقاة، فهو عقد يجمع بين الإجارة والمشاركة؛ فأخذ من الإجارة لزوم العقد وتحديد المدة، وأخذ من المشاركة طريقة تحديد العوض، وعدم استحقاق العامل العوض إلا بتحقيق الناتج. ولذا قال بعض الحنفية: (فيها معنى الإجارة والشركة؛ تنعقد إجارة ثم تتم شركة). وقال بعض المالكية: (هي دائرة بين الشركة والإجارة ولذا اختلف في لزومها؛ فقليل تلزم تغليبا للإجارة، وقليل لا تلزم تغليبا للشركة، وقليل لا تلزم إلا بالشروع في العمل قياسا على الجعالة، وقليل شركة مركبة من شركة الأموال والأعمال). وقال بعض الشافعية: (ولا يلزم من شبهها بالإجارة أن تعطى جميع أحكامها).

4. ومنها عقد السمسرة فهي عقد مركب من الجعالة والإجارة، فهي عقد لازم ليس للسمسار إخلافه، والعوض لا يستحق إلا بتمام العمل.

والغرض مما تقدم أن ثم عقودا وتعاملات قد ظهرت استتباعا لحاجات الناس، ورأى فيها الفقهاء إلحاقها بأحد العقود، أو تخصيصها بأحكام تراعي العدالة بين الطرفين وتخلو من الربا

²⁹ قرار مؤتمر شوري الفقهي رقم 2/5.

والغرر.

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

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

يترتب على التخريج الفقهي المختار للإجارة التمويلية جملة من الآثار والأحكام وصولاً إلى التوازن العقدي المطلوب بين أطراف التعاقد، وتحقيقاً للعدالة في تطبيق قاعدة الغنم بالغرم والخراج بالضمان، ومنها:

1. استحقاق نماء العين المؤجرة، فلا تستحق مؤسسة التمويل أي نماء للعين يزيد على

المتبقي من دين التمويل، سواء أكان هذا النماء ناتجاً من ارتفاع قيمتها (ريح رأسمالي) أو من تامين عقاري أو تعويض تأميني، فإنه حق للعميل الممول، وهو ما اصطلحت عليه بعض الاجتهادات الفقهية والقانونية المعاصرة بتسميته (حق التملك في الإيجار التمويلي)³⁰.

2. تحمل تبعات ملكية العين المؤجرة، فلا يلزم مؤسسة التمويل تحمل جميع تبعات

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

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

مخاطر ملكية العين المؤجرة).

3. **أجرة مثل العين المؤجرة**، فإن سوق الإيجار التمويلي يختلف عن سوق الإيجار العادي فيما يتعلق بالرجوع إلى أجرة المثل، ومن أبرز المؤثرات في ذلك ما يسمى: (خدمات ما بعد العقد)، فإن الخدمات التي تقدمها مؤسسة الإيجار التمويلي للعميل تختلف عن الخدمات التي تقدمها مؤسسة الإيجار العادي، وهذا الاختلاف ظاهر بين شروط العقود وأعراف المتعاملين والأنظمة الحاكمة وتعامل الجهات الإشرافية، والشروط والأعراف معتبرة في التعامل³¹.

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

المسألة الثالثة

تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة

أولاً: تحمل (المؤجر) مخاطر ملكية العين المؤجرة:

مضان البحث في هذه المسألة ظاهر، وكلام الفقهاء فيها معلوم في الغالب، فعامة الفقهاء على أن الأصل أن المؤجر يتحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة؛ لأنه المالك والضمان فرع عن الملك ومن أظهر آثاره، ويشمل ذلك ضمان العين من التلف وكذا الإصلاح. ويمنع تحميل المستأجر ذلك؛ لأنه أمين، فيمنع شرط تحمله ضمان العين المؤجرة وصيانتها (عمارتها وممرتها)؛ لمخذور الغرر، ولكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه³².

ووجه ذلك أن هذا الشرط يؤدي إلى تحمل المستأجر نفقات (مصرفات) مجهولة، وهذا يؤدي إلى جهالة الأجرة حينئذ لأن "المشروط يصير أجرة وهو مجهول فتصير الأجرة مجهولة"³³، و"المجهول إذا انضم إلى معلوم صيّر مجهولاً"³⁴، فهو شرط فاسد.

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

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

ثالثاً: أنواع صيانة العين المؤجرة:

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

³³ بدائع الصنائع 194/4.

³⁴ حاشية المغربي الرشيد على نهاية المحتاج 266/5.

³⁵ المراجع السابقة، عدا ما إذا كانت العين المؤجرة وقفاً أو ملك بيتيم، وبعض فقهاء الحنابلة يرون إجبار المؤجر في الوقف وفي غيره، مثل ابن تيمية والمرداوي؛ جاء في الإنصاف 464/14: (حكى في التلخيص أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسر، وإقامة مائل. قلت: وهو الصواب. قال الشيخ تقي الدين: للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المكان المأجور، فإن كان وقفاً، فالعمارة واجبة من وجهين: من جهة أهل الوقف، ومن جهة حق المستأجر. انتهى. وليس له إجباره على التجديد. على الصحيح من المذهب. وقيل: بلى).

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

صيانة العين المؤجرة (عمارتها وممرتها) على نوعين مشهورين³⁷:

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

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

رابعا: تحمل (المستأجر) مخاطر ملكية العين المؤجرة:

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

الموجب الأول: التعدي والتفريط:

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

قال ابن تيمية: (يد الأمانة إذا أتلقت شيئا أو تلف بتفريطها أو عدوانها ضمنته، كيد المستأجر والمودع والمضارب والوكيل)⁴⁰.

الموجب الثاني: العرف:

جاء في المبسوط 144/15: (وعمارة الدار وتطينتها وإصلاح الميزاب وما وهي من بنائها على رب الدار؛ لأن به يتمكن المستأجر من سكنى الدار، وكذلك كل سترة يضر تركها بالسكنى؛ لأن المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة، فإن أبي أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه؛ إلا أن يكون استأجرها وهي

³⁷ المغني 33/8، المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات ص 451 و453 و456.

³⁸ الاختيارات الجلية في المسائل الخلافية مع نيل المآرب للشيخ عبدالله البسام 272/3.

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

⁴⁰ مجموع الفتاوى 197/29.

كذلك وقد رآها، فحينئذ هو راض بالعيب فلا يردّها لأجله).
 وجاء في المبسوط 157/15: (على المؤاجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده، ولأن المرجع في هذا إلى العرف).
 وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 85: (ورد علي سؤال فيمن أجر مطبخا لطبخ السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها فتل ف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروط، فصار كأنه صرح بضمانها عليه)⁴¹.
 وفي نهاية المحتاج 303/5: (عليه أيضا رفع الحمل وحطه وشد الحمل وحله... لاقتضاء العرف جميع ذلك، وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكثري والدابة، فلا يلزمه شيء مما مر لأنه لم يلتزم سوى التمكين منها).
 وجاء في كشف القناع 106/9 و 108: (ويلزم المؤجر مع الإطلاق كل ما يتمكن به المستأجر مما جرت به عادة أو عرف... وقال في الإنصاف: ويتوجه أن يرجع في ذلك إلى العرف).
 والذي يظهر لي أن اعتبار هذا الموجب واستصحابه له أثره في النظر إلى طبيعة الإجارة العادية واختلاف سوقها وخدماتها عن الإجارة التمويلية.

الموجب الثالث: التهمة:

خرّجت بعض الاجتهادات الشرعية تحميل المستأجر في إجارة الأعيان المؤجرة إجارة تمويلية على القول بتضمين الأجير المشترك في إجارة الأشخاص، بجامع أن كلاهما من الأمناء، والموجب لتضمينهم: الغياب بالسلعة فيخفى هلاكها، فكأننا في محل التهمة، وعلى هذا عمل بعض الهيئات الشرعية⁴².

ولهذا نظائر فقهية مثل: تضمين الحارس⁴³ والراعي⁴⁴ والسجّان⁴⁵، لاشتراكهم في هذا المعنى، ويرون أن أعمال مؤسسات التمويل الإسلامي تشبه هذا.

⁴¹ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 379.

⁴² دراسات المعايير الشرعية 3123/4.

⁴³ اختيارات ابن تيمية ص 195، فتاوى ابن تيمية 555/29، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 209/2/11، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 378. خلافا للجمهور: نهاية المحتاج 311/5، الشرح الصغير 41/4 و 44، بلغة السالك 49/4.

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

⁴⁵ مختصر الفتاوى المصرية ص 349، فتاوى ابن تيمية 556/29، اختيارات ابن تيمية ص 196، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 209/2/11.

جاء في تجربة البنك الإسلامي للتنمية مع الإجارة التمويلية: (البنك مؤسسة تمويلية تمتد عملياته في جميع الدول، والأصول التي يؤجرها تختلف مواصفاتها وتتعدد أنواعها وتباين أغراضها مما يجعل التزام البنك بصيانتها أمراً عسيراً إن لم يكن مستحيلاً... وهو أمر يفوق طاقة مؤسسات التمويل الإسلامية ويضعف مركزها في مواجهة مؤسسات التمويل غير الإسلامية)⁴⁶. ويرد على هذا التخريج أن الفقهاء الذين يرون التضمين بما يغاب عليه من الأعيان (أو ما يسمى الأموال الباطنة عند بعض الفقهاء)، قد خصّصوا ذلك بالمنقولات دون العقارات التي لا يخفى هلاكها⁴⁷.

والذي يظهر لي أن هذا التخريج يصح بقيدتين:

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

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

الموجب الرابع: الشرط:

الحنفية:

جاء في المبسوط 157/15: (ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم في كل شهر لمرمته مع الأجرة وأذن له أن ينفقها عليه فهو جائز؛ لأنه معلوم المقدار). ومثله قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص 357: (اشترط المرمّة على المستأجر يفسدها، والحيلة أن ينظر إلى قدر ما يحتاج إليه فيُضمّ إلى الأجرة، ثم يأمره المؤجر بصرفه إليها، فيكون المستأجر وكيلاً بالاتفاق).

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

المالكية:

⁴⁶ الندوات الفقهية لبيت التمويل الكويتي 448/2.

⁴⁷ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 382.

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

ويفهم من هذا جواز شرط الصيانة على المستأجر إذا كان لها حدّ معلوم.

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

وجاء في بلغة السالك 63/4: (المرمة والتطيين إن كانا مجهولين لا يجوز اشتراطهما على المكثري إلا من كراء وجب لا من عنده؛ كأن يقول: كلما احتاجت لمرمة أو تطيين كالتبييض فرمه أو طينه أو بيضه من الكراء. وأما إن كانا معلومين؛ كأن يعين للمكثري ما يرممه أو يشترط عليه التبييض في السنة مرة أو مرتين فيجوز مطلقا؛ كان تبرعا من عند المكثري، أو من كراء وجب). والذي يظهر لي أن المقصود بقوله: (كراء وجب)، أي أن المستأجر إما أن يتحمل مصروفات الصيانة الأساسية المعلومة على حسابه الخاص، أو يقاصها من أجرة منفعة سبق استيفائها، وذلك احترازا من مقاصتها مع أجرة منفعة لم تستوف؛ لئلا يكون من فسخ الدين عند المالكية. قال في الشرح الصغير 63/4: (وجاز في كراء الدور... شرط مرمة على المكثري، أي إصلاح ما تحتاج إليه الدار مثلا من كراء وجب، أو شرط تطيين للدار مثلا على المكثري من كراء وجب على المكثري، إما في مقابلة سكنى مضت، أو باشتراط تعجيل الأجرة، أو لجريان العرف بتعجيله؛ احترازا من شرط رممها أو تطيينها الآن على أن تحسبه مما سيجب عليك؛ فلا يجوز لفسخ ما في الذمة في مؤخر).

فالذي يظهر أن المالكية يرون جواز شرط تحميل المستأجر تبعة العين المؤجرة عند انتفاء المحذور ونصوا على محذورين:

1. انتفاء الغرر، بأن يُعلم قدر ما قد يتحمله المستأجر، ويكون ذلك بتحديد مبلغ محدد يكون بمثابة أجرة مأخوذة في الاعتبار، أو يكون ذلك بوضع حدّ أعلى يخفف الغرر.
2. انتفاء فسخ الدين بالدين، كما سبق.

الشافعية:

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

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

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

الحنابلة:

جاء في المغني 34/8: (وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري كعمارة الحمام إذا شرطها على المكري فالشرط فاسد لأن العين ملك للمؤجر فنفتها عليه). وهذا النقل في تحمل الصيانة الأساسية، وأما في تحمل ضمان العين مطلقا، فجاء في النقل التالي:

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

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

عليك. فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان، فلا ينتفي بشرطه... وإن قال: خذه فاتجر به، والريح كله لي، كان إبطاعاً... فإن قال مع ذلك: وعليك ضمانه. لم يضمه؛ لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة، فلا يزول ذلك بشرطه).

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

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

الاجتهاد المعاصر:

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

وقال الشيخ محمد الأشقر: (إن كان قدر الصيانة معلوماً جاز هذا الاشتراط؛ لأن الفقهاء جميعاً قد عللوا بالجهالة، فإن لم تكن جهالة لم يثبت لأن الحكم دائر مع علته وجوداً وعدمًا)⁴⁹. وقال د. نزيه حماد بعد أن بيّن أهمية هذه المسألة في العقود المالية ومنها الإجازات بأنواعها: (يترجح في نظري جواز اشتراط الضمان على الأمناء وأنه صحيح ملزم إذا لم يؤد ذلك الشرط إلى تفريغ عقد الأمانة من مضمونه وتعريضه عن حقيقته واتخاذ ذريعة إلى التعامل بالربا)⁵⁰.

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

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

⁴⁹ الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة ص 269.

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

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

خامساً: الخلاصة والنتيجة في تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة:

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

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

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

الصورة الأولى: أن يصاغ الشرط في عقد الإيجار التمويلي على هذا النحو:

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

فالذي يظهر لي أن هذا شرط صحيح ملزم، وعامة الفقهاء على جوازه، فقد قرروا مع تأكيدهم على أن ضمان العين المؤجرة على المستأجر، إلا أنه لا يجبر على تنفيذها كما تقدم⁵³، وله الإذن للمستأجر بتنفيذ الإصلاحات، فإن شرط المستأجر عليه الرجوع رجع عليه وإلا فلا.

ولكن يلاحظ أن هذا الشرط لا يسقط حق المستأجر في الفسخ بخيار العيب، ولا يمنح المؤجر لزوم العقد مع وجود نقص المنفعة أو تعيبها، وهذه مخاطرة لا تزال قائمة⁵⁴ عند مؤسسات التمويل وتحتاج إلى استخدام وسائل للحماية منها، وهذا هو محل الإشكال في الصورة التالية.

الصورة الثانية:

1/ أن يصاغ الشرط على أنه التزام على المستأجر، مع تحديد مبلغ محدد أو مع وضع حد أعلى لما قد يتحمّله أو كان له عرف يرجع إليه، فيظهر فيه الجواز.

2/ أن يصاغ الشرط على أنه التزام على المستأجر، دون تحديد ما قد يتحمّله المستأجر، ولا يوجد عرف يرجع إليه، مع إسقاط حق المستأجر في فسخ العقد، وليس له الخيار في ذلك. فالذي يظهر لي أن هذا الشرط بهذا القيد إن كان:

1. في الإجارة المعهودة فقها أو الإجارة العادية أو الإجارة التشغيلية أو التقليدية

(بحسب تعبير علم القانون والمحاسبة المعاصرة)، فينظر:

⁵³ المراجع المذكورة سابقا، وقارن مع بحث: الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة للأشقر ص270.

⁵⁴ إلا إن قيل إن هذه المخاطرة ضئيلة، فالمستأجر إجارة تمويلية مستفيد من هذه الإصلاحات لأن ملكية العين المؤجرة ستؤول إليه فلن يتطلع حينئذ للفسخ. ينظر: بحث بدائل تضمين المستأجر في الإيجار التمويلي ص22 و28.

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

ويرد على هذا الرأي جملة من الاعتراضات⁵⁷:

الأول: أن التأمين في عقود التمويل هو تأمين على الديون وليس تأميناً ضد تلف الأصول، ويؤكد هذا أن مؤسسات التمويل التي تتحمل المستأجر تبعة تلف العين، لا تطالبه عند التلف بقيمة العين وقت التلف كما هو مقتضى الضمان، وإنما تطالبه بالمتبقي من دين التمويل.

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

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

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

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

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

⁵⁶ المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات ص493.

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

في هذا العقد خاصة، ولهذا الحكم مأخذان:

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

الفقهي لهذا العقد وآثاره وأحكامه المترتبة عليه.

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

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

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

له، فكان منعه للغير متجها. وهذا القصد غير حاضر في الإيجار

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

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

المستأجر بالإصلاح، وألا يفسخ العقد من أجل ذلك⁵⁸.

• عيوب العين المؤجرة الخفية في العين فيها تفصيل:

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

المعايير الشرعية على منع شرط البراءة من العيوب في عقد الإجارة دون عقد البيع

فيجوز هذا الشرط فيه، وألحقت عقد الاستصناع بعقد الإجارة في منع شرط البراءة

من العيوب لوجود العمل⁵⁹.

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

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

الإجارة العادية.

⁵⁸ بدائل تضمنين المستأجر في الإيجار التمويلي ص6.

⁵⁹ معيار المراجعة، ومعيار الإجارة، ومعيار الاستصناع، ومعيار خيارات السلامة. وينظر: بدائع الصنائع 195/4 و208.

المسألة الرابعة

وسائل الحماية من المخاطر بين المخارج الشرعية والحيل الممنوعة

توطئة:

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

ثم غلبت بعرف الاستعمال على ما يكون من الطرق الخفية إلى حصول الغرض وبحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة، فإن كان المقصود أمرا حسنا كانت حيلة حسنة، وإن كان قبيحا كانت قبيحة، ولما قال النبي صلى الله عليه وسلم: (لا تتركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلون محارم الله بأدنى الحيل)، صارت في عرف الفقهاء إذا أطلقت قصد بها الحيل التي يستحل بها المحارم)⁶⁰.

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

أولا: تعريف المخارج الشرعية:

المخارج هي التخلص من الحرج كتففيذ أمر الشارع بما لا يتجاوز أثره ما قصده الشارع منه عندما يكون تنفيذه بالكيفية التي رسمها الشارع يؤدي إلى ضرر لظرف طارئ لا يريده الشارع من هذا الحكم، ومنه قوله تعالى: (وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث)، وهو الذي يسميه الحنفية بالحيل⁶².

وبين ابن تيمية المقصود بقوله: (أن يظهر قولاً وفعلاً مقصوده به مقصود صالح، وإن ظن الناس

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

⁶¹ الموافقات 33/3.

⁶² معجم لغة الفقهاء ص 386.

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

ثانيا: الحيل الممنوعة:

الحيلة هي التوصل بما هو مشروع لما هو غير مشروع، أو ما يشبه المشروع وليس بمشروع⁶⁴. وبين ابن قدامة المقصود بقوله: (أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق، ونحو ذلك)⁶⁵. كما بين ابن تيمية المقصود بقوله: (أن يقصد بالعقود الشرعية ونحوها غير ما شرعت العقود له، فيصير مخادعا لله... ومقصوده حصول الشيء الذي حرمه الله لولا تلك الحيلة، وسقوط الشيء الذي يوجب الله تعالى لولا تلك الحيلة)⁶⁶.

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

بتأمل وسائل وأساليب حماية مخاطر ملكية العين المؤجرة، سواء بتقليلها أو نفيها، يظهر أنه من الأخذ بالأسباب المشروعة لحماية المال، ويبقى النظر فيما يترتب على تلك والوسائل والأساليب، ولم يظهر لي فيها سوى محذور الغرر، لاسيما إذا كان المتحمل لهذه المخاطر هو العميل المستأجر، فينبغي أن يكون ذلك في حدود العرف والشرط المعلوم أو الذي يؤول إلى العلم، وبما يحقق العدالة بين أطراف المعاملة التمويلية. وما كان هذا سبيله فهو من المخارج المشروعة، وأما ما ترتب عليه غرر مؤثر فإنه ممنوع، فأى وسيلة من وسائل حماية مخاطر ملكية العين المؤجرة تؤول إليه فهي من الحيل الممنوعة.

⁶³ بيان الدليل على بطلان التحليل ص177.

⁶⁴ معجم لغة الفقهاء ص168.

⁶⁵ المغني 6/116.

⁶⁶ بيان الدليل على بطلان التحليل ص177.

المسأله الخامسة

مخاطر الملكية فی التمويل الإسلامی

أولاً: مدى قبول معايير المخاطر فی التمويل الإسلامی لتحمل الممولین مخاطر الملكية، وقبول الممولین رفع الأجرة فی مقابلها:

إذا أرادت مؤسسة التمويل الإسلامی تحمل جمیع مخاطر ملكیه العین المؤجرة، فإن ذلك يؤثر على ارتفاع العائد الإیجاری فی مقابل ذلك، لما هو معلوم من العلاقة الطردیه بین العائد والمخاطرة.

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

والأمر نفسه یقال فی عائد عقد الإجارة التمویلیة، فإن تحمل المیزد من تبعات الملكية على الممول (المؤجر) ینعكس على ارتفاع العائد الإیجاری الذي یتوجب دفعه من العميل (التموّل)، وهذا يفرضه سوق العرض والطلب بین مؤسسات التمويل الإسلامی نفسها، وبینها و بین مؤسسات التمويل التقليدي.

وهذا كما یقال فی عقد الإيجار التمويلي المفرد، یقال فی اتفاقیات التمويل الجماعي بالإجارة، وصكوك الإجارة، والصنادیق الاستثماریه العقاریة المؤجرة، فإن أي مخاطر یزید تحميلها على الممول، یرتفع مقابلها العائد الإیجاری الذي یتوجب دفعه من الممول.

والخلاصة أن قد یتعذر قبول تحمل مؤسسة التمويل الإسلامی جمیع مخاطر ملكیه العین المؤجرة فی ضوء معايير المخاطر فی التمويلات الإسلامیه لما له من تأثير على المركز المالي للمؤسسات المالیه الإسلامیه أو قدرتها على المنافسة فی السوق.

ثانياً: أثر ارتفاع مخاطر الملكية فی التمويلات الضخمة بالإجارة فی عدم تحمل المؤسسات المالیه الإسلامیه لها:

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

المبحث الثاني

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

أولاً: موقف الجهات الإشرافية والرقابية:

قد تتحفظ الجهات الإشرافية والرقابية مثل البنك المركزي على تحمل مؤسسة التمويل الإسلامي مخاطر ملكية العين المؤجرة في الإجارة التمويلية دون أن ينعكس ذلك على تحمل أعباء إضافية على رأس مال البنك بسبب زيادة مخاطر هذا النوع من التمويل، وما ينبغي تخصيصه من أوزان المخاطر بما يتناسب مع الالتزامات التي قد تتعرض لها، ومن ذلك تحمل مؤسسة التمويل تبعات تلف العين المؤجرة والعيوب والإصلاح وارتفاع تكاليف التأمين. وهذا ما تملّيه معايير متطلبات كفاءة رأس المال، التي تعني نسبة رأس مال البنك إلى مخاطره، وهي معيار ملاءة البنك التجاري ومدى قدرته على الاستمرار ومواجهة المخاطر المحتملة من تعثر أو إفلاس، والبنك المركزي مسؤول عن مراقبة هذه النسبة حماية للمودعين ومحافظة على الثقة في النظام المالي في الدولة.

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

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

ثالثاً: موقف القوانين ومعايير المحاسبة والمحاكم المختصة:

[1] القوانين:

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

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

- (10) وكان نصها: "يتحمل المؤجر تبعة هلاك المال المؤجر متى كان ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه"، إلا أن القانون عدل عام 2001م بإضافة العبارة الآتية: "وللطرفين الاتفاق على تحمل المستأجر تبعة هلاك المال المؤجر".
2. وجاء في قانون تنظيم عمليات الإيجار التمويلي اللبناني، الصادر عام 1420 (1999م) المادة (4): "تقع مخاطر هلاك المال المؤجر على المستأجر حتى لو حصل ذلك نتيجة فعل خارج عن إرادته".
3. وجاء في قانون التأجير اليمني، الصادر عام 1428 هـ (2007م) المادة (1/11): "يتحمل المستأجر كامل المسؤولية عن سلامة الأصل المؤجر، كما يتحمل أي مخاطر متعلقة بفقدانه أو إتلافه أو سوء تركيبه أو سوء استخدامه، بالإضافة لأي مخاطر يكون المستأجر سببا في وقوعها وذلك منذ وقت استلامه للأصل المؤجر إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك".
4. وجاء في قانون التأجير التمويلي الأردني، الصادر عام 1429 هـ (2008م) المادة (14) ونصها:
- "أ- يتحمل المستأجر مسؤولية سلامة المأجور وتبعة أي مخاطر متعلقة بهلاكه أو تلفه أو سوء استخدامه أو استغلاله وأي مخاطر أخرى منذ لحظة تسلمه الفعلي له، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.
- ب- انهلاك المأجور أو استحالة استعماله وفقا للغايات المقررة له بعد تسلمه، ولو كان ذلك عائدا لظروف قاهرة أو لسبب خارجي لا يد له فيه، لا يعفي المستأجر من التزاماته بموجب عقد التأجير ولا يتيح له المطالبة بفسخه، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك".
5. وجاء في قانون التأجير التمويلي الفلسطيني، الصادر عام 1429 هـ (2008م)، المادة (1/13): "تكون تبعة هلاك العين المؤجرة على المستأجر".
6. وجاء في قانون التأجير التمويلي السوري، الصادر عام 1431 هـ (2010م) المادة (32/أ): "يتحمل المؤجر تبعة هلاك المال المؤجر متى كان ذلك بسبب يعود إلى المؤجر،

وتقع تبعة الهلاك على المستأجر باستلام المأجور، وفي حال عدم القدرة على تحديد تاريخ استلامه المأجور تنتقل التبعة للمستأجر من تاريخ توقيع العقد".
7. بينما كان نظام الإيجار التمويلي السعودي الصادر عام 1433هـ (2012م) النظام الوحيد الذي يمنع صراحة تحميل المستأجر تبعة هلاك العين، فجاء في المادة (9) ونص المقصود منها:

"1- لا يتحمل المستأجر تبعة هلاك الأصل المؤجر ما لم يتعد أو يفرط.

2- يتحمل المؤجر تبعة الهلاك إذا كان بسببه أو بقوة قاهرة".

[2] معايير المحاسبة:

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

[3] المحاكم المختصة:

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

ولكل اجتهاد من هذه الاجتهادات آثار مختلفة فيما يتعلق بتحمل تبعات ملكية العين المؤجرة:

1. ففي حال الحكم بأنه عقد بيع أو قرض، فتبعات ملكية العين على العميل.

2. وفي حال الحكم بأنه عقد إجارة فاسدة أو عقد إجارة معهود فقها، فتبعات ملكية

العين على مؤسسة التمويل.

⁶⁷ معايير المحاسبة الدولية.

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

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

رابعاً: موقف مؤسسات الاجتهاد الفقهي الجماعي:

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

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

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

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

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

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

6. وفي البند 8/1/5: (العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم

يقع من المستأجر تعد أو تقصير، ويجوز له أن يؤمن عليها عن طريق التأمين المشروع كلما كان ذلك ممكناً، ونفقة التأمين على المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادت على ما كان متوقعا عند تحديد الأجرة).

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

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

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

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

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

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

من الخلل فإن وقع العقد بهذا الشرط فسد، للجهالة. ويستثنى من ذلك الحالات التالية:
1) الصيانة التشغيلية: وهي ما يستلزمه استعمال العين المستأجرة لاستمراريتها استخدامها (كالزيوت المطلوبة للآلات والمعدات).

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

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

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

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

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

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

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

القسم الثاني

تطبيقات حماية الملكية في الإجارة التمويلية لدى المؤسسات المالية الإسلامية

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

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

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

1. التأمين على العين، وتحمل نفقتها على حساب المؤجر وأخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة.
2. التعاقد مع شركة صيانة، وتحمل نفقتها على حساب المؤجر وأخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة.
3. اشتراط أن يحسب في ثمن تملك العين المؤجرة جميع نفقات تبعات ملكية العين المؤجرة.
4. وضع أجرة تكميلية (إضافية) مع الأجرة الأساسية (اشتراط جعل قسط التأمين جزءاً من الأجرة دون وضع حد أعلى لغرض تحميل المستأجر التغير الذي قد يحصل في أقساط التأمين).

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

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

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

الجماعي:

1. اشتراط ضمان المستأجر ملكية العين المؤجرة مطلقا أو عند عدم إثبات تعديده.
2. تضمين المستأجر ملكية العين بصفة تعاقدية أخرى.
3. اشتراط المؤجر البراءة من عيوب العين المؤجرة.
4. تحمل المؤجر تبعة هلاك العين، ثم تغطيتها من شركة التأمين، ثم وضع ضوابط لإخفاق شركة التأمين تؤول إلى تضمين المستأجر ونقل تبعات الملكية الأخرى إلى المستأجر.
5. توكيل المستأجر بالتعاقد ومتابعة تنفيذ صيانة العين الأساسية والتأمين، مع كفالته لشركة الصيانة وشركة التأمين.
6. اشتراط ما يتعذر أو يعجز المستأجر عن تنفيذه وتطبيقه (بصفته وكيلا عن المؤجر في صيانة وتأمين العين المؤجرة) لغرض تحميله ضمان العين.
7. توكيل المستأجر بالتعاقد ومتابعة تنفيذ إنشاء العين، مع كفالته لشركة المقاول.
8. التعاقد مع العميل لإنشاء العين باعتباره صانعا لغرض تضمينه وتحمله مسؤولية أي خلل في الأصول.
9. إلزام المستأجر بشراء العين عند الهلاك أو الإخلال.

النوع الأول

الشروط التي يمكن قبولها في ضوء قرارات مؤسسات الاجتهاد الفقهي الجماعي

الشرط الأول: التأمين على العين على حساب المؤجر:

وصورة هذا الشرط أن يتعاقد المؤجر مع شركة التأمين ويدفع تكلفتها، ثم يراعي ذلك عند احتساب الأجرة عند التعاقد، وقد نص على جوازه المعيار الشرعي للإجارة في البند 8/1/5. وانتفاء المحذور الشرعي في هذا الشرط ظاهر من أوجه:

1. معلومية الأجرة.

2. تحمل المؤجر أي زيادة لاحقة في قسط التأمين.

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

4. للمؤجر احتساب أي تكاليف تكبدها في احتساب الأجرة.

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

الشرط الثاني: التعاقد مع شركة صيانة على حساب المؤجر:

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

الشرط الثالث: تضمين نفقات الملكية في ثمن التمليك:

تعتمد بعض الهيئات الشرعية إلى اشتراط تضمين نفقات الملكية (التي لم تؤخذ في الاعتبار في بداية العقد) في ثمن تمليك العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإجارة ورغبة العميل في تملك العين. جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (597) عام 2014م: (للمصرف أن يشترط في عقد الإجارة ثمنا لتمليك العقار المؤجر بعد انتهاء مدة الإجارة (دفعه التملك)، يُحسب فيه ما تكلفه من مصروفات على العقار مدة الإجارة بما في ذلك مصروفات الصيانة الأساسية وغيرها؛ وجاز ذلك الاشتراط باعتبار العقد حين التمليك بيعا بثمان معلوم تاليا لعقد الإجارة،

ووجود هذا الشرط في عقد الإجارة ليس شرطاً في الإجارة، وإنما هو شرط لإنفاذ الوعد بالتملك اللاحق الذي التزم به المؤجر، ولأن تنفيذ هذا الشرط إنما يكون عند اختيار المستأجر التملك).

وهذا تطبيق لإحدى طرق التملك في الإجارة التمويلية المجازة في المعيار الشرعي للإجارة وقرار الجمع، وهي الإجارة مع الوعد بالبيع بثمن يتفقان عليه في حينه، ونص إحدى الصور المجازة في قرار الجمع: (عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجر معلومة في مدة معلومة، واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان).

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

الشرط الرابع: الأجرة التكميلية:

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

الصورة الأولى:

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

الصورة الثانية:

أن يتفق على جعل جزء من الأجرة أمانة لدى المستأجر لتغطية مصروفات الصيانة والتأمين، وما فاض منه فيعاد للمؤجر، وما نقص فيغطيه المؤجر، ولا يظهر في هذه الصورة محذور شرعي لمعلومية الأجرة، ولتحمل المؤجر ما زاد عليها، وجاء بجوازها المعيار الشرعي للإجارة في البند

4/2/5.

الصورة الثالثة:

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

1. فإن كان عقد الإجارة غير لازم طول مدة التمويل وإنما يكون التمويل عبارة عن عقود إجارة متتالية تتجدد باتفاق الأطراف في حينه، أو كان تعديل الأجرة يخضع لموافقة الطرفين في كل فترة، فيظهر الجواز، جاء في المعيار الشرعي رقم (54) بشأن فسخ العقود عام 2014 بند 2/11: (من تطبيقات الفسخ بالشرط: إذا اشترط المؤجر أنه يحق له عند كل فترة جديدة من عقد الإجارة إضافة أجرة تكميلية لتغطية ما تكبده عن الفترة السابقة للصيانة أو التأمين أو ضرائب الملكية، ورفض المستأجر قبول ذلك؛ فإنه يحق للمؤجر فسخ العقد، وإذا كان هنالك تعهد سابق من المستأجر بالشراء؛ فللمؤجر مطالبة بتنفيذ ذلك على ألا تضاف الأجرة التكميلية لهذه الفترة إلى ثمن الشراء).

2. وإن كان عقد الإجارة لازما طول مدة التمويل، فيظهر الجواز أيضا إذا وضع له حد أعلى، تخفيفا للغرر، وتحديدًا للأجرة بما يجعلها تؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي للنزاع. جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (209) عام 2010: (في حال صعوبة تقدير تكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وضرائب الملكية عند بدء التعاقد؛ فيجوز الاتفاق على أن يكون جزء من الأجرة مبلغا مقطوعا لتغطية تلك التكاليف ويتعهد المؤجر ألا يقتطع منه إلا ما تكبده فعلا). وجاء في قرار هيئة بنك البلاد رقم (22) عام 2013: (يمكن أن تكون الأجرة مكونة من جزئين محددين؛ أحدهما يسمى "الأجرة الأساسية" ويكون مستحقا للمؤجر، والآخر يسمى "الأجرة التكميلية

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

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

الصورة الرابعة:

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

الاحتمال الأول: المنع، لما فيها من الغرر. وهذا ظاهر قرار الجمع والمعيار الشرعي.

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

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

الشرط الخامس: تحمل المستأجر الضرائب:

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

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

الاحتمال الثاني: الجواز، وهو أقوى عندي، ومستنده:

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

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

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

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

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

الشرط السادس: ضمان العميل لمالك العين:

وهذا الشرط له صورتان:

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

تجاه مؤسسة التمويل؛ كتسليم العين في الوقت المحدد، أو الحفاظ على جودة بمستوى معين، أو مراعاة مقاييس جهة معينة، أو اختيار مواد بمواصفات خاصة. أو ضمان ما يترتب على اختيار العين بالأوصاف المحددة؛ كموقع العين، أو سعتها، أو تحملها. ويظهر الجواز في هذه الصورة، ويستأنس بما جاء في المعيار الشرعي للمراجعة، البند 1/5/2: (يجوز للمؤسسة أن تحصل من العميل (الآمر بالشراء) على كفالة (ضمان) حسن أداء البائع الأصلي لالتزاماته تجاه المؤسسة بالصفة الشخصية للعميل، وليس بصفته آمرًا بالشراء، ولا وكيلًا للمؤسسة، وعليه فلو لم يتم عقد المراجعة تظل كفالته قائمة. **ولا تطلب مثل هذه الكفالة إلا في الحالات التي يقترح فيها العميل بائعًا معينًا تشتري المؤسسة منه السلعة موضوع المراجعة.** ويترتب على هذا الضمان تحمل العميل الضرر الواقع على المؤسسة نتيجة عدم مراعاة البائع لمواصفات السلعة وعدم الجدية في تنفيذ التزاماته، مما يؤدي إلى ضياع جهود المؤسسة وأموالها أو يترتب عليه الدخول في منازعات ومطالبات باهظة).

الصورة الثانية: ضمان تلف العين وعيوبها.

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

النوع الثاني

الشروط التي قد يتعذر قبولها في ضوء قرارات مؤسسات الاجتهاد الفقهي الجماعي
الشرط الأول: تضمين المستأجر:

وهذا الشرط له صور:

الصورة الأول: تضمين المستأجر ملكية العين المؤجرة مطلقا:

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

ويظهر لي أن التضمين في عقود الأمانات فيه تفصيل:

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

عقد العارية بالشرط عند من يرى أن المستعير أمين.

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

عند الشرط جاز وإلا فلا.

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

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

إلى الغرر⁷¹.

الصورة الثانية: تضمين المستأجر ملكية العين المؤجرة بالتهمة بأن يضمن النقص والتلف والعيب عند عدم إثبات تعديه أو تفريطه:

ونقل عبء الإثبات على الأمين، صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ونص المقصود منه: (ينتقل عبء الإثبات في دعوى الخسارة إلى البنك خلافا للأصل، بشرط وجود قرائن تخالف أصل دعواه بعدم التعدي. ومما يقوي العمل بهذا الأصل:

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

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

⁷¹ استفتت هذا من الزميل الشيخ ناصر الداود في جملة مناقشات مفيدة.

ادعائه بعدم التعدي أو التقصير.

2. ثبوت التهمة على الأمين: والمراد بها رجحان الظن بعدم صدقه (المضارب) في ادعائه عدم التعدي أو التقصير. إذ إن من المتوقع من المضارب حفظ رؤوس الأموال المستثمرة من الخسارة، وتحقيق الأرباح والمكاسب.

3. ثبوت المصلحة لنقل عبء الإثبات إلى المضارب (البنك)، حماية لأموال المستثمرين من الخسارة عند ادعاء المضارب أو هلاك أموال المستثمرين⁷².

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

1. عدم تضمين العميل عند إثبات عدم تعديه أو تفريطه بأحد وسائل الإثبات المعتمدة شرعا وقانونا.

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

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

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

الاتجاه الأول: الجواز، باعتبار أن الضمان جاء في صفة تعاقدية أخرى مستقلة، ولم يشترط عقد الضمان في عقد الإجارة، بمعنى أن عقد الضمان يسري ولو فسخ عقد الإجارة. ويستأنس أصحاب هذا الاتجاه بما جاء في معيار الضمانات البند 2/2/2: (إذا كانت الوكالة

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

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

الاتجاه الثاني: المنع، وذلك لأن الضمان بهذه الصورة حيلة على ممنوع، لأن هذا في حكم المشروط، كما أن قياس هذه الصورة على ما ورد في المعيار المذكور، قياس مع الفارق؛ لأن المقصود في الصورة المذكورة في المعيار أن يكون الوكيل بالاستثمار كفيلا عن مدين عمليات الاستثمار بعقد مستقل، ولا يضمن إلا إذا تخلف المدين عن السداد، وليس ضمانا مطلقا⁷³. والذي يظهر أن محل الخلاف بين الاتجاهين هو في حكم المواطأة على العقود، أو حكم الشروط المتقدمة على العقد هل تأخذ حكم الشروط المقارنة للعقد أم لا؟

ومذهب الحنفية والشافعية على أن الشرط المتقدم لا يؤثر فلا يلحق العقد ولا يلزم الوفاء به، فهو في حكم الوعد حينئذ. ومذهب المالكية والحنابلة على أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن له، واختار القول الثاني ابن تيمية وابن القيم وجماعة من الفقهاء المعاصرين⁷⁴.

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

الشرط الثاني: اشتراط المؤجر البراءة من عيوب العين المؤجرة:

البحث في شرط البراءة من العيوب في عقد البيع معلوم، وهو محل خلاف بين الفقهاء، والذي عليه المالكية ورواية في المذهب واختيار ابن تيمية: صحة شرط البراءة من كل عيب لا يعلمه البائع دون ما علمه وكتمه؛ لآثار الصحابة، ولما فيه من الغش والخيانة⁷⁵.

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

وهذا الحكم في عقد البيع، دون عقد الإجارة، فرغم إجارة المعيار الشرعي للمراجعة هذا الشرط

⁷³ دراسات المعايير الشرعية 985/2.

⁷⁴ المجموع 374/9، القواعد النورانية ص302، مجموع الفتاوى 336/29 و353، إعلام الموقعين 107/3، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص270-273.

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

⁷⁶ الاختيارات ص184.

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

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

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

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

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

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

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

وكثيرا ما يتكرر هذا الشرط في صكوك الإجارة، وهو أن يضمن عقد وكالة الخدمات التي تتضمن توكيل المؤجر للمستأجر بمتابعة تنفيذ الصيانة والتأمين، بالتعاقد مع شركات مؤهلة، والحصول على تأمين مناسب، ثم وضع شروط يتعذر تطبيقها، لتؤول هذه الشروط والقيود إلى

⁷⁷ بدائع الصنائع 210/4، الشرح الصغير 63/4، غاية المحتاج 298/5 و314، المغني 34/8 و114.

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

تضمن المستأجر بدلا عن شركة التأمين، ومن الأمثلة التي تكرر في هذا الصدد أن تدفع شركة التأمين تعويض الضرر أثناء 30 يوما تاريخ وقوع الضرر، وإن مضى هذه المدة دون دفع شركة التأمين، يعد تقصيرا وإهمالا من قبل المستأجر (وكيل الخدمات) في اختيار شركات ذات كفاءة وخبرة وعناية، ومن المعلوم أن هذه المدة لا تكفي في أعراف شركات التأمين في دفع تعويض الخطر الذي تحقق في المعاملة المذكورة، لا سيما مع ضخامة مبالغ التعويضات المطلوبة كما في تمويلات المشاريع والأصول ذات القيمة العالية.

الشرط الرابع: توكيل المستأجر بالتعاقد ومتابعة تنفيذ صيانة العين الأساسية والتأمين، مع كفالتة لشركة الصيانة وشركة التأمين، وكذلك توكيل المستأجر بالتعاقد ومتابعة تنفيذ إنشاء العين، مع كفالتة لشركة المقاول:

وقد رأت بعض الهيئات الشرعية جواز تضمين المستأجر في:

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

2. عقد وكالة الإنشاءات بأن يضمن شركة المقاول في أداء التزاماتها.

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

والكلام في الشرط الأول قريب من هذا الشرط فأغنى عن إعادته.

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

وهذا يتكرر في التمويل بالإجارة الموصوفة في الذمة، التي تحتاج فيها العين إلى إنشاء، فبدلا من أن تتعاقد مؤسسة التمويل مع شركة مقاول، وتعرض إلى مخاطر تعثرها أو تأخرها أو إخلالها، وبدلا من أن توكل العميل بذلك، فإنها تعتمد على التعاقد مع العميل مباشرة باعتباره في مقام شركة المقاول، وتتخلص مؤسسة التمويل بذلك من تبعات ملكية العين الموصوفة المؤجرة، فيما

يتعلق بعيوبها وتأخر تسليمها.

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

الشرط السادس: إلزام المستأجر بشراء العين عند الهلاك:

وظفت بعض تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية القول بجواز التعهد بشراء الأصول المؤجرة بالقيمة الاسمية⁸⁰، في تغطية مخاطر ملكية العين المؤجرة، وذلك بأن يلتزم المستأجر وحده في عقد الإجارة بشراء العين المؤجرة عند الهلاك بالمتبقي من أقساط الأجرة. وهذا شرط ممنوع من وجهين:

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

هذا ما تيسر في كتابة هذا الموضوع، وكما تقدم القول بأنها محاولة في فحص ودراسة الحالات العملية وتطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية تجاه وسائل حماية وطرق توقي مخاطر ملكية الأعيان المؤجرة إجارة تمويلية، وما سبق كتابته هو جهد المقل واجتهاد الباحث، وهو عرضة للخطأ والصواب، وهو في حاجة إلى سماع آراء العلماء والخبراء والباحثين وتقويمهم. وبالله تعالى التوفيق، والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل...

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

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

الجلسة الخامسة

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

البحث الأول

مؤتمر أيوفي السابع عشر للهيئات الشرعية
مملكة البحرين - 2/3 شعبان 1440 هـ الموافق لـ 7/8 أبريل 2019م

الجوانب التقنية لإدراج الصكوك في الأسواق المالية

د. حاتم الحبيب غومة

أستاذ مشارك، جامعة سانت فرانسيس إكزافيير كندا
المدير التنفيذي لشركة غولديناريوس



مقدمة: الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية

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

Msg:HELP DESK

Page 1/1

SUKUK CO LTD 4.715 05/16 102.6840/103.1440 (4.11/4.01) BGN @15:42

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

SUKUK AL WAKALA

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

سندات

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

مقدمة: الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية

عرض شاشة رويترز: إصدار الحكومة البريطانية – سندات 2021

GBR		GBT821=		116.070 +0.023 +0.02% GBP	
GBT821=		TREASURY		8 %	
07JUN21		STR		GBP ISN GB0009997999	
Latest BidChg Size Reuters Yld BYldCg Contributor Loc Time Date					
B↑116.070		A116.113 +0.023		x 0.609 0.591 -0.01 TR COMPOSITE GLB 15:01 28MAR	
B↓116.069		A116.116		x 0.609 0.590 TR COMPOSITE GLB 15:00 28MAR	
B↑116.077		A116.118		x 0.606 0.589 TR COMPOSITE GLB 14:58 28MAR	
Source <CALCS_EXPLAINED>					
Real Time Calculations			Reference Data		Daily View
Time/Date 15:01 28MAR			Ticker GILT		Bid Bid Yld
Latest B↑116.070 A116.113			Issue Rating FCH AA		05:00 0 116.048 0 0.618
Reuters Yld 0.609 0.591			Issuer Dom GB		08:32 H 116.131 L 0.584
ISMA Yld 0.61 0.59			Amt O/S 24354 mln		12:44 L 116.019 H 0.63
Clean/GrossPrc 116.070 118.532			Par Value 0.010		28MAR C 116.047 C 0.619
Benchmark Spd -3.20 GB2YT=RR			Pay Freq SEMI ANN		Daily Return(%)
Int G-Spread -3.377			Issue Prc 98.531		Codes
Swap/ OAS / z Spd -33.94 / -33.35 / -33.35			Issue Date 29FEB96		All Quotes
ASwp(Std/1M/3M/6M) -36.42 / -17.85 / -27.47 / -37.59			Next Coupon 07JUN19		0#GBT821=
TEDSpd/OISSpd -10.87			Ind News [GVD]		SDL 0999799
Int Basis / Int CDS +45.28 11.94			Related Data <0#FIXEDINCOME>		
Zero Curve <GBPSWAPC>			Issuer News 20:00		
Swap Point / Curve +0.948 <GBPIRS>			Yield Date		
Acc Int / Days Acc 2.46154 / 112			Asset Status Re-Opening		
Mod Dur / BPV 2.018 / 2.393			Yld Convntn CompYield		
Conv 5.302			Day Count Act/Act		
Settle Date 29MAR19					

عرض شاشة رويترز: إصدار الحكومة البريطانية – صكوك 2019

GBR

GBSUKRS9816=RRPS

100.376 -0.008 -0.01% GBP

GBSUKRS9816=RRPS Quote

GBSUKRS9816=R

2.036 %

22JUL19

STR

GBP

ISN

XS1079249816

Latest

BidChg

Size

Reuters Yld

B Yld Cg

Contributor

Loc

Time

Date

B+100.376

A100.407

-0.008

x

0.814

0.715

-0.007

TR PRICING

LON

13:21

28MAR

B+100.383

A100.414

x

0.792

0.692

TR PRICING

LON

09:20

28MAR

B+100.381

A100.412

x

0.798

0.699

TR PRICING

LON

07:39

28MAR

Source

RRPSBONDS

Real Time Calculations

Reference Data

Daily View

Time/Date

13:21 28MAR

Latest

B+100.376

A100.407

Reuters Yld

0.814

0.715

ISMA Yld

0.82

0.72

Clean/GrossPrc

100.376

100.764

Benchmark Spd

+5.449

GB3MT=RR

Int G-Spread

+3.941

Swap/OAS/z Spd

-11.011 /

-2.1 /

-2.1

ASwp(Std/1M/3M/6M)

-1.483 /

9.043 /

-1.762 /

-14.46

TED Spd/OISSpd

+6.16

Int Basis / Int CDS

+12.178

10.100

Zero Curve

<GBPSWAPC>

Swap Point / Curve

+0.925

<GBPIRS>

Acc Int / Days Acc

0.388

/

69

Mod Dur / BPV

0.309

/

0.311

Conv

0.191

Settle Date

01APR19

Ticker

HMTRS

Issue Rating

Issuer Dom

GB

Amt O/S

200

mln

Par Value

1000.000

Pay Freq

SEMI ANN

Issue Prc

100.000

Issue Date

02JUL14

Next Coupon

22JUL19

Ind News

[FIN]

Related Data

<0#FIXEDINCOME>

Issuer News

Yield Date

Asset Status

Issued

Yld Convntn

Day Count

Bid

Bid Yld

04:02

O

100.376

O

0.814

09:20

H

100.383

L

0.792

04:02

L

100.376

H

0.814

27MAR

C

100.384

C

0.821

Daily Return(%)

+0.004

Codes

All Quotes

CCE 107924981

مقدمة: الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية

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

مقدمة: الصكوك الإسلامية في الأسواق العالمية

- الخلاصة: في السوق الثانوية، يتم التعامل مع الصكوك الإسلامية والتسويق لها على أنها البديل الشرعي للسندات الربوية التقليدية.
- من منظور شرعي و نظري، يُعدّ هذا إخلالا كبيرا و اجحافا في حقّ الصكوك. حيث ينتُج عن هذا إحتزالا لثراء هياكل الصكوك المختلفة ويُقرّم مختلف هذه الهياكل في هيكل واحد يتلخّص في أنّه يدُرّ عائدا ثابتا و يضمن رأس مال المستثمر.
- النتيجة من الناحية التقنية، و خاصّة خارج حدود الدول الإسلامية: لا يرى المستثمر فرقا بين الصكوك الإسلامية و السندات التقليدية.

محاوَر العرض:

- من هذا المنطلق (الغير مرضي لكنّه واقعي وحقيقي كما رأينا سابقا)، سنتناول في هذا العرض المحاور التالية:
- الإداج في الأسواق الماليّة وأهدافه
- واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالميّة (هل كلّ الصكوك مدرجة؟)
- طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك (أين تُدرج الصكوك؟)
- الغاية من إدراج الصكوك في الأسواق العالميّة (مالهدف من إدراج الصكوك؟)
- تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة
- الخلاصة و نظرة الباحث لجدوى إدراج الصكوك

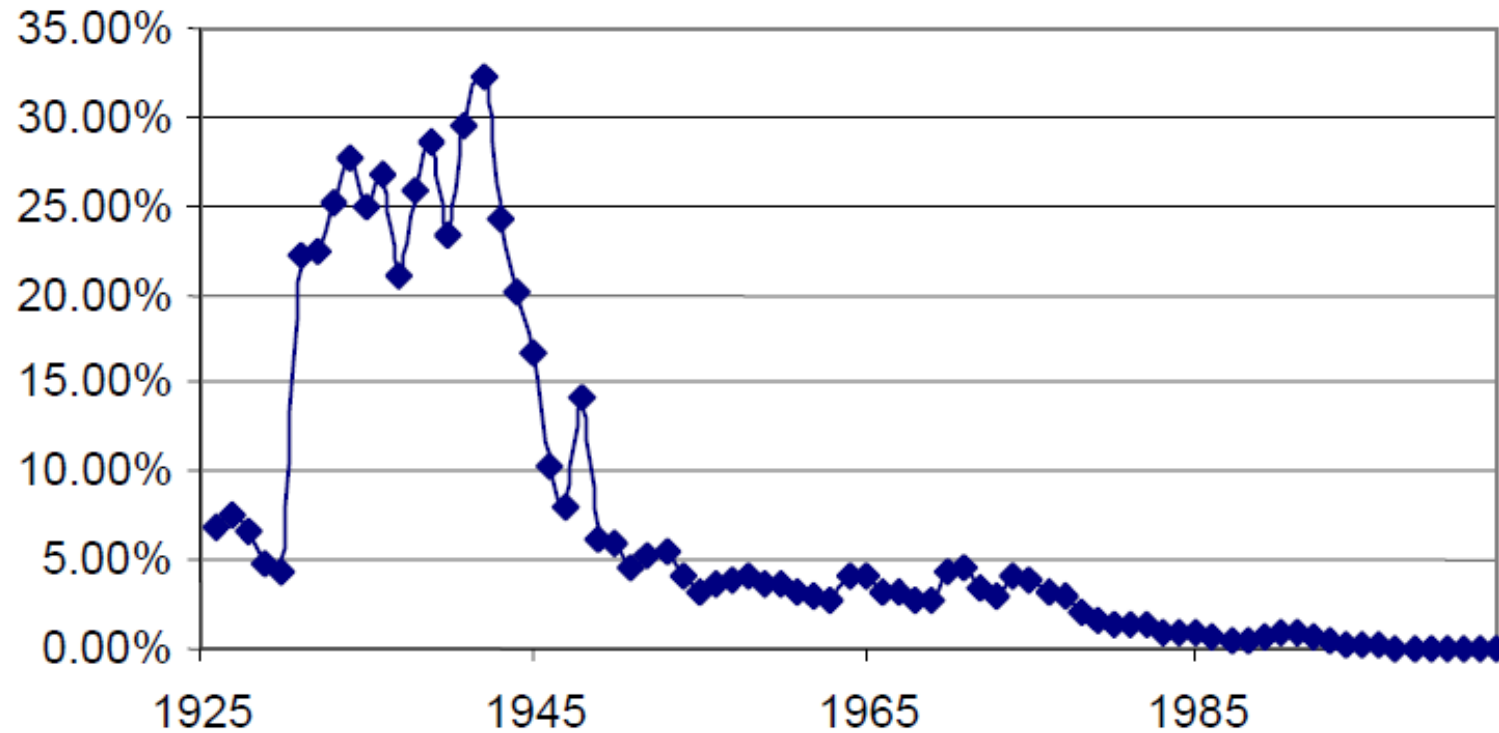
الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- الأسهم والسندات هي من أكثر الأوراق المالية انتشارا و شيوعا على مستوى العالم.
- عندما تصل الشركة إلى حجم مُعيّن ونسبة معينة من النمو، فإنّ إدراجها في السوق المالية يُعدّ نتيجة حتمية لهذا التطوّر.
- الملاحظ أنّ حجم سوق الأسهم العالمي هو أقلّ من حجم سوق السندات العالمي.
- حسب تقرير SIFMA FACT BOOK لسنة 2018 فإن سوق السندات أكبر حجما من سوق الأسهم:

سوق الأسهم	سوق السندات	
85.3 ترليون دولار	100.1 ترليون دولار	حجم السوق سنة 2017
720.7 مليار دولار	21.1 ترليون دولار	إجمالي الإصدارات لسنة 2017
270 مليار دولار	762.4 مليار دولار	معدل حجم التداول اليومي في أمريكا 2017

الإدراج في الأسواق الماليّة وأهدافه

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



(المصدر: بورصة نيويورك - NYSE - (Biais and Green (2018)

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

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

فما السبب وراء ذلك ؟

- لنعرف سبب عزوف مصدري السندات التقليديّة عن إدراجها في الأسواق المالية، يتوجّب علينا التوقّف عند الأهداف التي عادة ما يسعى وراءها المُصدر عند إدراج الورقة المالية.
- فما تعريف الإدراج وما هي أهمّ أهدافه؟

الإدراج في الأسواق الماليّة وأهدافه

• ما هو الإدراج؟

- يعرف الإدراج على أنّه عملية تسجيل ورقة ماليّة لدى هيئة رقابيّة وسوق ماليّة لتكون بذلك قابلة للتداول بين المستثمرين في ذلك البلد.
- يعتبر هذا المصطلح أكثر إستعمالاً لدى الأسهم حيث أنّ الشركات، وعند بلوغها مستوى معيّن من النموّ، يتمّ إدراجها في البورصة ويمكن بذلك لعموم المستثمرين أن يصبحوا مساهمين ويشترون أسهم الشركة.
- تختلف عملية الإدراج حسب البلد، السوق الماليّة، الهيئة الرقابيّة، طبيعة الورقة الماليّة، إلخ.

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

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

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

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

- السبب الأول لعدم إدراج معظم السندات هو كبر حجم هذا السوق الذي يفوق بكثير القدرات التنظيمية والوجستية لأعلى الأسواق العالمية
- حيث يمثل تنوع السندات (أحجام مختلفة، عملات مختلفة، تواريخ إستحقاق مختلفة، الخ) أكبر عائق حالي لإدراج كل السندات
- على عكس الأسهم، حيث أنّ أغلبية الشركات لها سهم واحد لا يتغير.
- مثال:

- توجد 3604 شركة مدرجة في بورصة اليابان (نهاية 2017)
- لو أنّ كل شركة تصدر 5 إصدارات سنوياً
- بالإضافة إلى امكانية الحكومات و الولايات و البلديات اصدار سندات وإدراجها
- لنا أن نتصور صعوبة التعامل مع هذا الأمر من جهة السوق (الإدارة اللوجستية) و من جهة المستثمر (الذي سيلتبس عليه الأمر أمام هذا التنوع الهائل)

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

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

الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

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

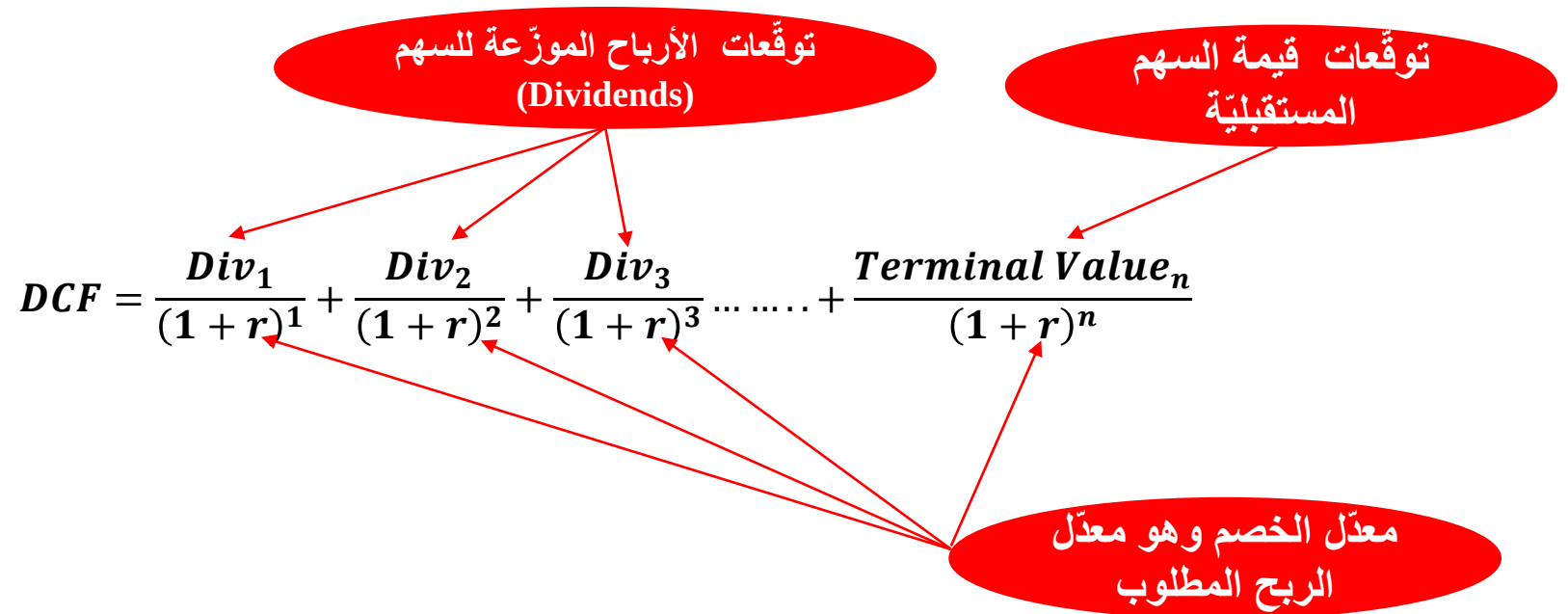
The diagram illustrates the components of the Discounted Cash Flow (DCF) formula. A red oval at the top right contains the text "تدفقات نقدية مستقبلية للأوراق المالية" (Future cash flows for financial instruments). Red arrows point from this oval to the $CF_1, CF_2, CF_3, \dots, CF_n$ terms in the formula. Another red oval at the bottom right contains the text "معدل الخصم وهو معدل الربح المطلوب" (Discount rate, which is the required rate of return). Red arrows point from this oval to the r terms in the formula's denominators.

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

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

الإدراج في الأسواق الماليّة وأهدافه

- مثلاً و بطريقة مبسّطة، لتقييم سهم شركة معيّنة، يُكتب نموذج التدفّق النقدي المخصوص هكذا :



الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

- مثلاً و بطريقة مبسّطة، لتقييم سهم شركة معيّنة، يُكتب نموذج التدفّق النقدي المخصوص هكذا :

توقعات الأرباح الموزّعة للسهم (Dividends)

توقعات قيمة السهم المستقبلية

$$DCF = \frac{Div_1}{(1+r)^1} + \frac{Div_2}{(1+r)^2} + \frac{Div_3}{(1+r)^3} \dots \dots \dots + \frac{Terminal Value_n}{(1+r)^n}$$

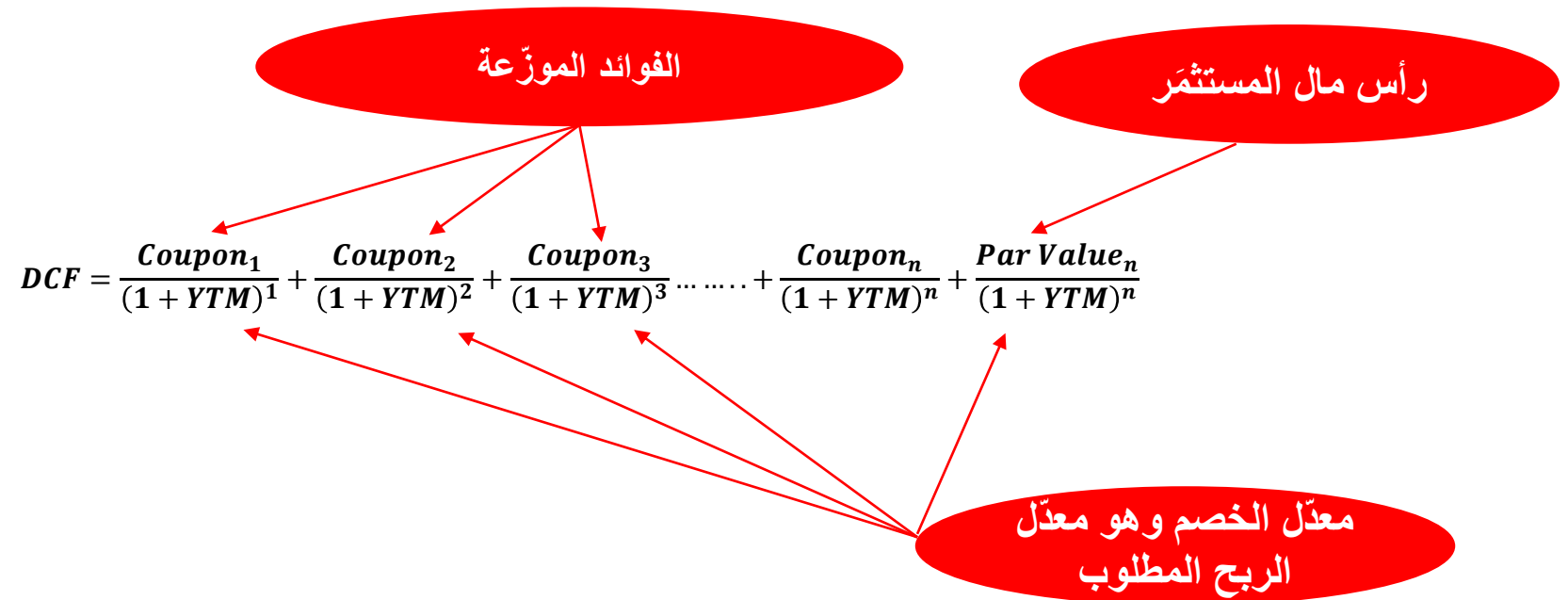
معدّل الخصم وهو معدّل الربح المطلوب

بالنسبة للأسهم، يحتاج هذا النموذج لسوق مال فعّال أين تتكاثر فيه معلومات إقتصادية ومالية و تتقاطع فيه تكهّنات وآراء مختلفة تساعد على تحديد:

- توقعات الأرباح الموزّعة
- توقعات قيمة السهم المستقبلية
- توقعات معدّل الخصم

الإدراج في الأسواق الماليّة وأهدافه

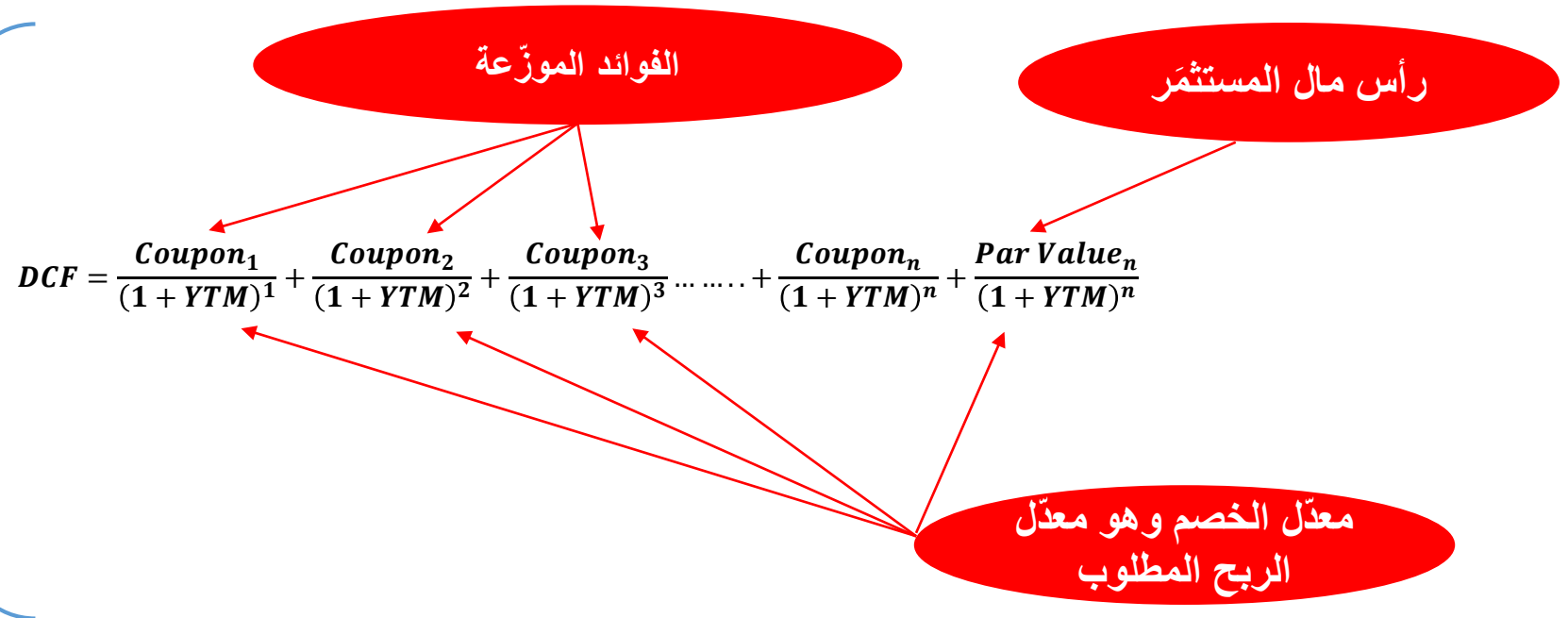
• أمّا إذا أردنا تقييم سند شركة معيّنة، يُكتب نموذج التدفّق النقدي المخصوص هكذا :



الإدراج في الأسواق المالية وأهدافه

• أمّا إذا أردنا تقييم سند شركة معيّنة، يُكتب نموذج التدفّق النقدي المخصوص هكذا :

- بالنسبة للسندات، في أغلب الأحيان تكون الفوائد الموزّعة و رأس المال معروفة مسبقاً، ممّا يسهّل عملية التسعير ويجعل من إدراج السند في بورصة للتداول أمراً أقلّ أهمية.



واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

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

واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

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

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

(بيانات مجمعة من تمصون رويترز بتاريخ 23 مارس 2019)

واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

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

النسبة	العدد	
56.9%	111	صكوك أحاديّة الإدراج
33.8%	66	صكوك ثنائيّة الإدراج
9.2%	18	صكوك ثلاثيّة الإدراج
100.0%	195	الإجمالي

(بيانات مجمّعة من تمصون رويترز بتاريخ 23 مارس 2019)

واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

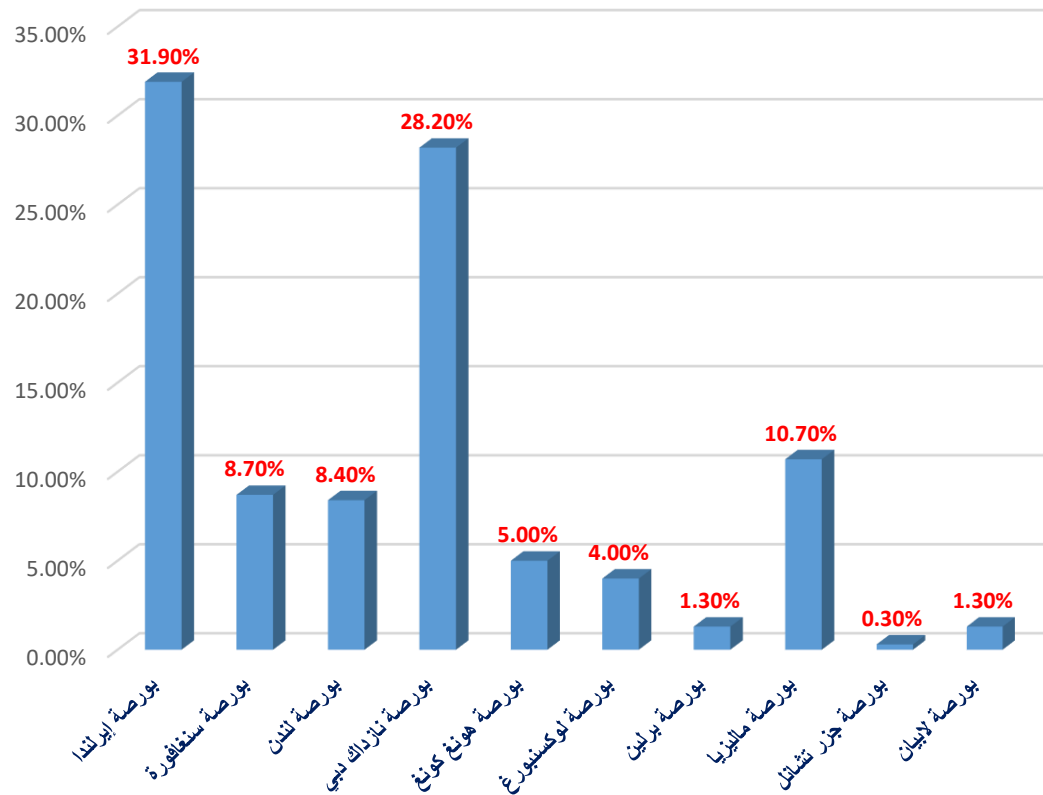
• يبين الجدول التالي توزيع نسب إدراج الصكوك (بالدولار الأمريكي) حسب سوق الإدراج

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

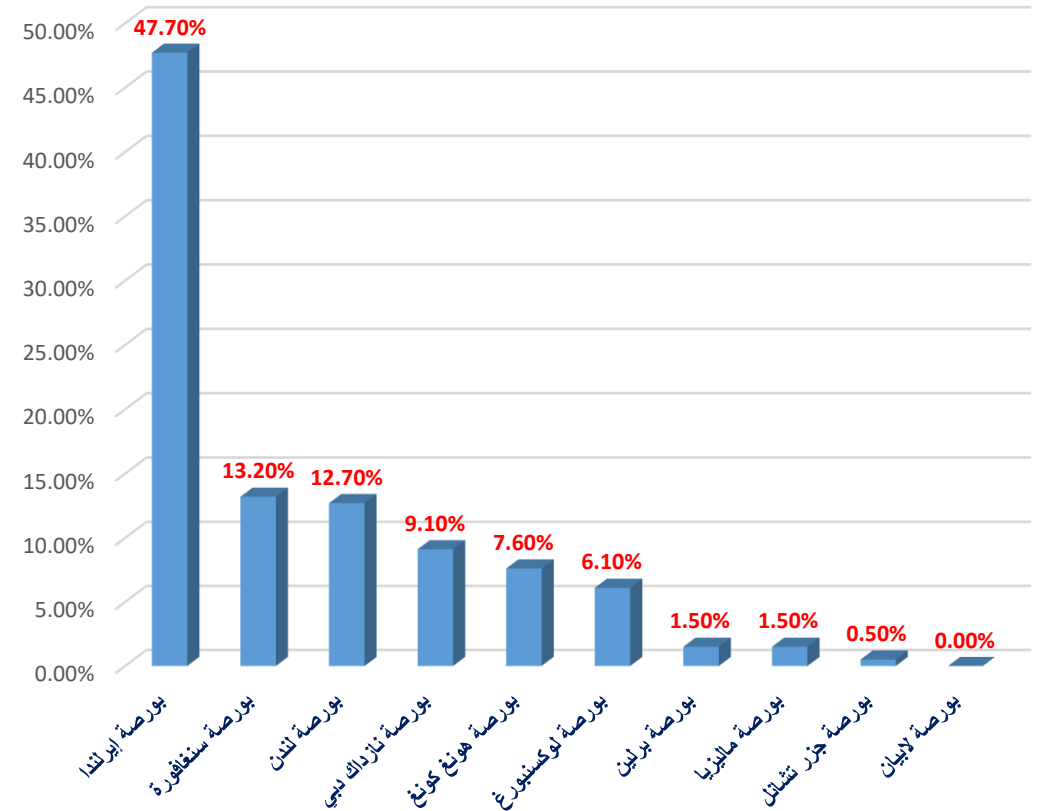
(بيانات مجمعة من تمصون رويترز بتاريخ 23 مارس 2019)

واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

نسبة الإدراج حسب السوق باعتبار الإدراجات الأحادية والثنائية والثلاثية



نسبة الإدراج حسب السوق باعتبار الإدراجات الأحادية فقط



واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

- رغم أنّها تُعامل معاملة السندات، فإنّ السواد الأعظم من الصكوك، خاصّة تلك التي تستهدف أسواقا خارجيّة، يتمّ إدراجها في بورصات عالميّة.
- هذه الظاهرة ليست غريبة، حيث أنّ مصطلح الصكوك يبقى مصطلحا جديدا دخيلا على ما تعارف عليه المستثمرون الأجانب خاصة.
- كما أنّ هذه الظاهرة ليست جديدة و لا حكرًا على مصطلح الصكوك. حيث أنّ السندات كانت في بدايتها تُدرج في الأسواق، و لكن مع زيادة حجم السوق و تنوّع الإصدارات، بدأ منذ ثلاثينيات القرن الماضي تراجع إدراجها في الأسواق مقابل زيادة تداولها خارج الأسواق المنظمة.
- أيضا، أغلب السندات الخضراء عند ظهورها (وهو مصطلح جديد نسبيا يرجع إلى سنة 2007) يتمّ إدراجها في أسواق ماليّة حاليّا.
- حسب تقرير **Climate Bonds Initiative** لشهر فبراير 2017، فإنّ 72% من السندات الخضراء المتداولة نهاية 2016 (حوالي 130 مليار دولار) هي مُدرجة في بورصات عالميّة أهمّها بورصة لوكسمبورغ.

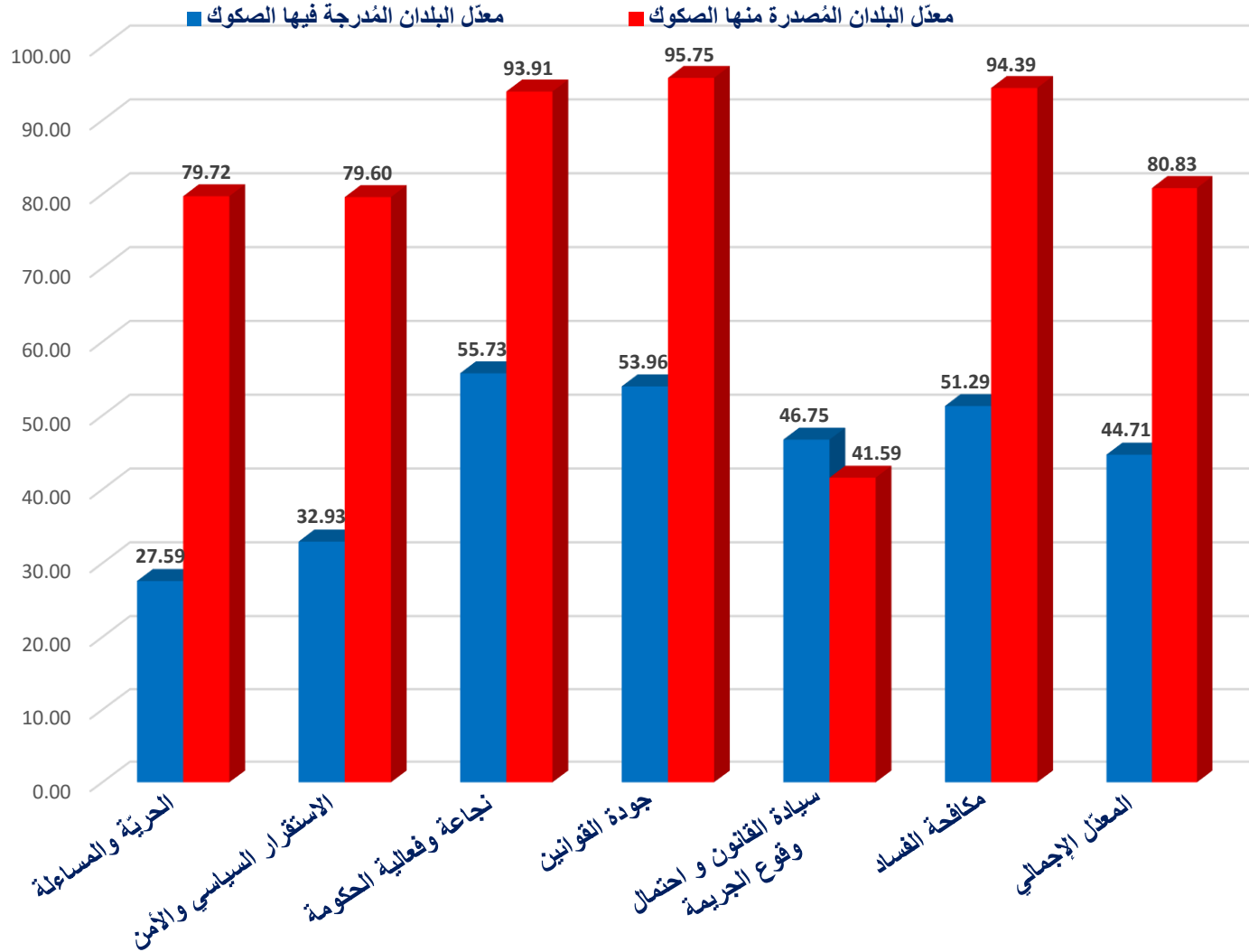
واقع إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

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

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

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

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

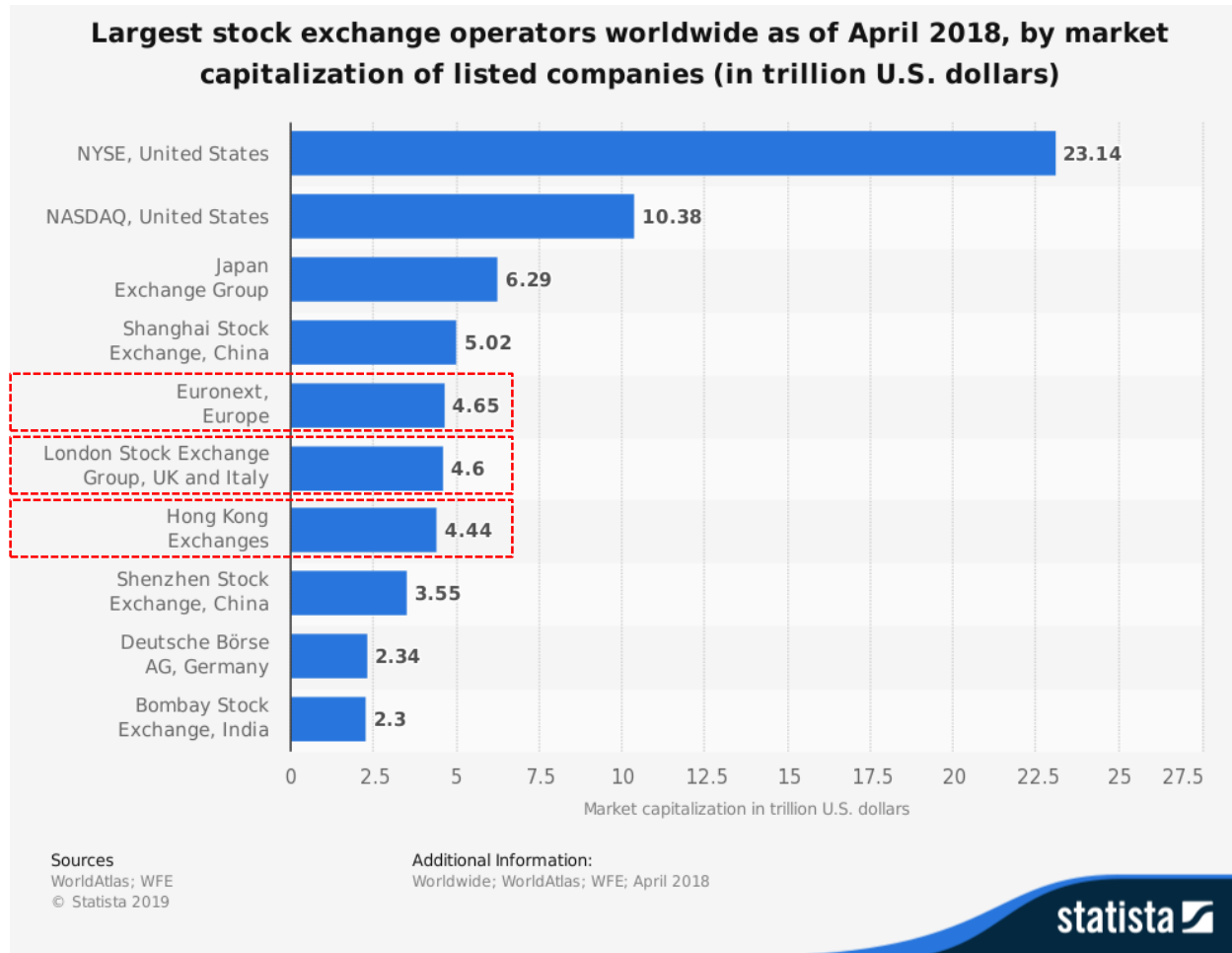


- يبدو جلياً أنّ الدول التي يتمّ فيها إدراج الصكوك، هي بالدرجة الأولى دول ذات مستوى عالٍ من الحوكمة الرشيدة و نجاعة القوانين (علامة 80.83 من 100).
- وهذا ليس غريباً لأنّ المستثمر يبحث أولاً و بالأساس عن المناخ المناسب (الإقتصادي و السياسي و الإجتماعي) الذي يمكنه من الإستثمار و هو آمن على ممتلكاته.
- هذا المناخ المناسب يتطلب قوانين ناجعة تحمي المستثمرين من أي خطر ممكن.
- ما يعزز هذا الإستنتاج أو أنّ جلّ الصكوك المُصدرة على الأسواق العالمية هي تحت طائلة قوانين أجنبية (القانون البريطاني).

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

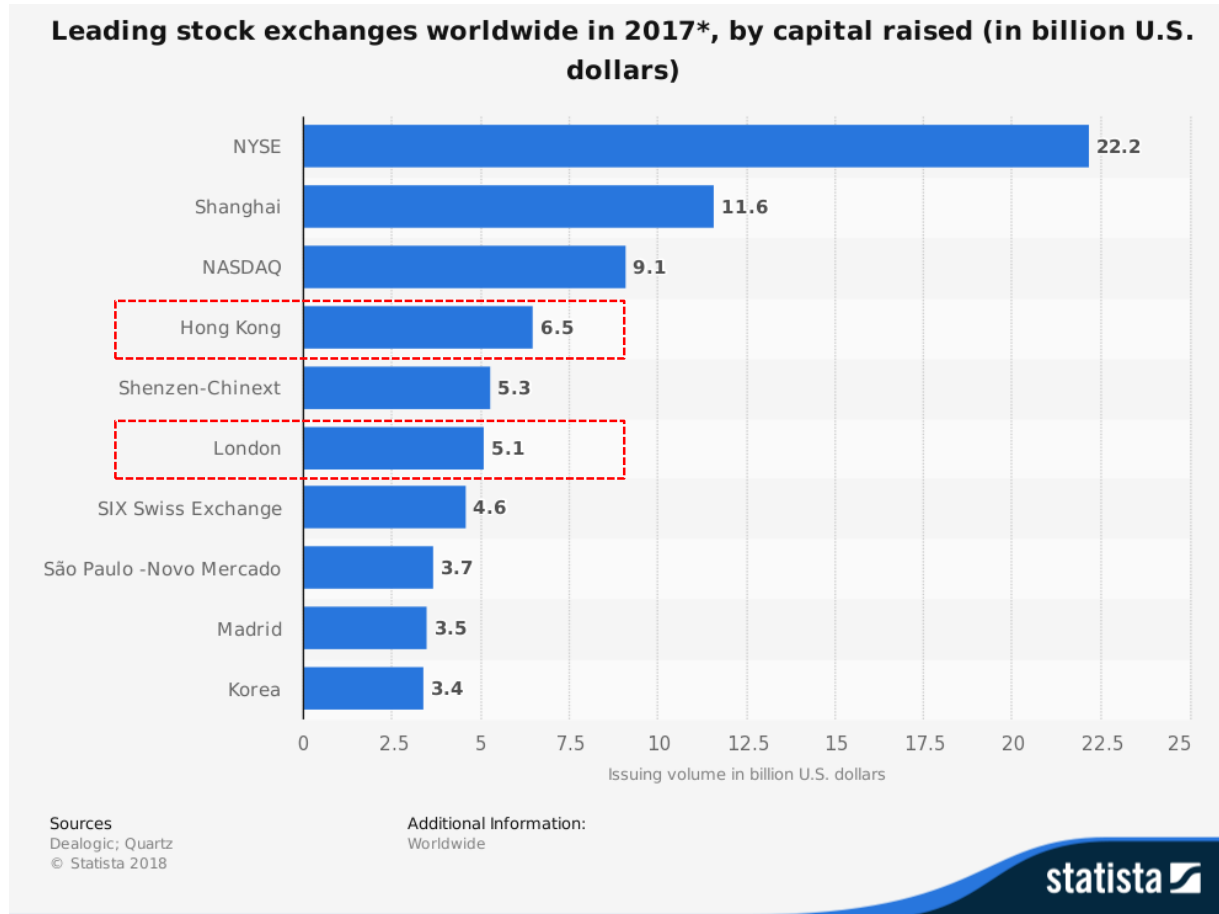
- بالإضافة إلى الحوكمة الرشيدة، يسعى المستثمر إلى الإستثمار في الأسواق الماليّة التي تمكّنه من تداول الورقة الماليّة بيعا و شراء دون عناء (تقنيا، سيولة عالية، شفافيّة، إلخ)
- من أجل ذلك، يسعى مصدرو الصكوك الإسلاميّة إلى إنجاح إصداراتهم و ذلك بالتوجّه إلى أسواق عالميّة ذات سمعة كبيرة، وتاريخ عريق، و حجم تداول ضخم.
- على سبيل المثال، تستحوذ بورصة إيرلندا (المملوكة لـ Euronex) و بورصة لندن و هونغ كونغ مجتمعة على حوالي 68% من الصكوك المصدرة بالدولار و المدرجة في أسواق عالميّة.
- ليس غريبا أن نرى هذه البورصات الثلاثة تُصنّف من بين أكبر عشر بورصات في العالم من ناحية حجم التداول، قيمة الموارد الماليّة المعبّأة و كذلك من أقدم الأسواق في العالم (حسب ما هو مبين في ترتيب الإتحاد العالميّ للبورصات World Federation of Exchanges)

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك



- الترتيب العالمي للأسواق المالية حسب القيمة السوقية بتاريخ أبريل 2018

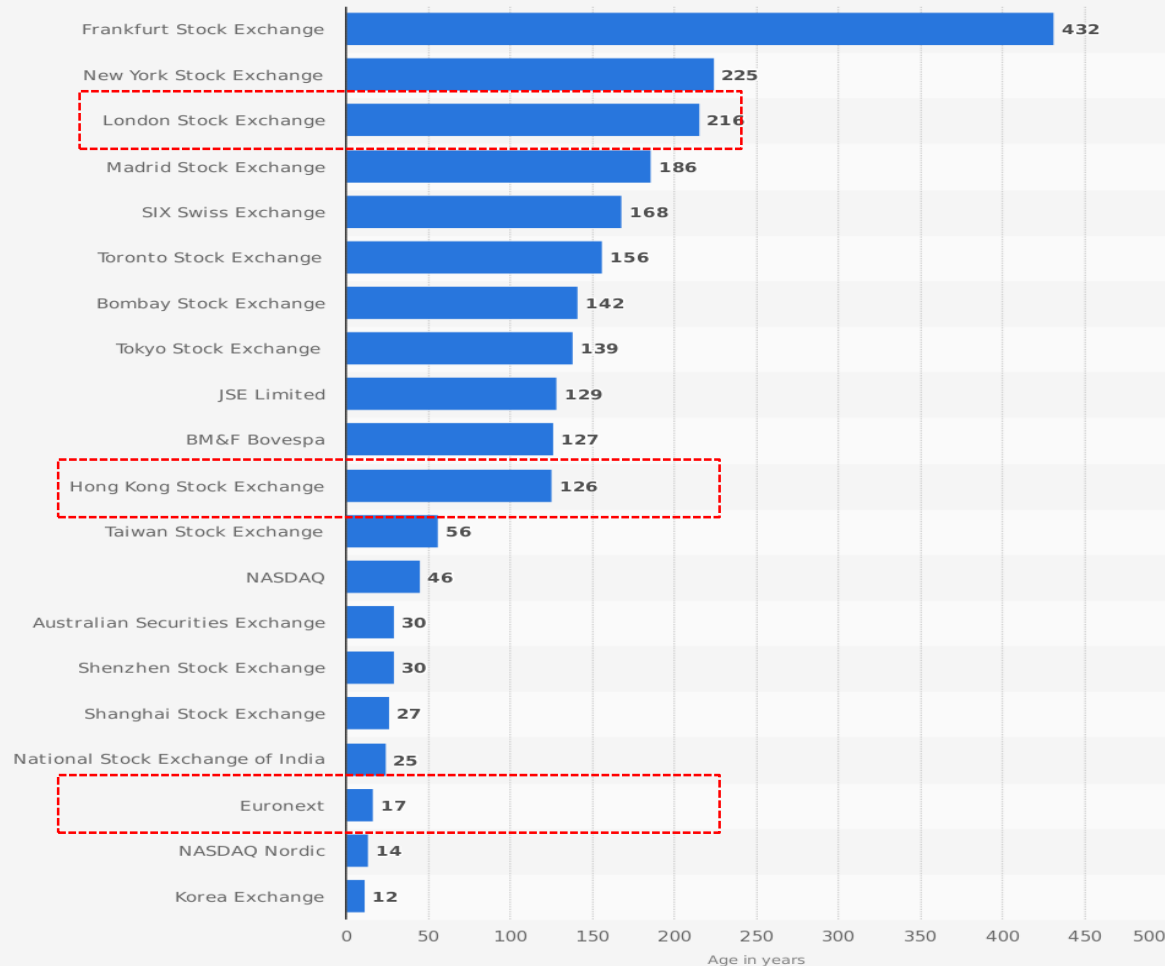
طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك



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

طبيعة الأسواق التي تُدرج فيها الصكوك

Age of leading exchanges worldwide as of April 2018 (in years)



Sources
Visual Capitalist; Various sources
(StocksToTrade.com)
© Statista 2018

Additional Information:
Worldwide; Visual Capitalist; Various sources (StocksToTrade.com)

• الترتيب العالمي للأسواق المالية
حسب الأقدمية بتاريخ أبريل
2018

الغاية من إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

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

الغاية من إدراج الصكوك في الأسواق العالمية

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

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة

- بيّنا سابقا كيف يتم التعامل مع الصكوك في الأسواق الثانويّة عبر ابراز كفيّة عرض بياناتها (راجع عرض شاشات بلومبرغ و رويترز لإصدارات الصكوك الإسلاميّة).
- لنرى الآن كيف يتمّ الإدراج عمليّا وهل تُعامل الأسواق العالميّة الصكوك على أنّها مختلفة عن السندات أو مشابهة لها عند طلب الإدراج.
- سنأخذ الإدراج في بورصة لندن كمثال حيّ على ذلك.

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة

- حسب الموقع الإلكتروني لبورصة لندن تمرّ عملية إدراج أي ورقة مالية بمرحلتين أساسيتين:

- **المرحلة الأولى:** التسجيل لدى (والحصول على موافقة) الوكالة البريطانية للإدراج (UK Listing Authority). تقوم الوكالة بمراجعة نشرة الإصدار وغيرها من الوثائق المطلوبة وعند قبولها لطلب المُصدر، فإنّه يتمّ القبول رسميًا بالورقة المالية ويتمّ ضمّها إلى قائمة الأوراق المالية الرسمية المسموح لها بالتداول داخل بريطانيا (The Official List)
- **المرحلة الثانية:** التقدّم بطلب لتداول الورقة المالية في بورصة لندن

- تُصنّف كلّ من الوكالة البريطانية للإدراج (خلال المرحلة الأولى) و بورصة لندن (خلال المرحلة الثانية) الصكوك الإسلامية على أنّها ورقات مالية تُمثّل دينًا على غرار السندات الربويّة.

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة

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

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

Search the List :

Sukuk

Search

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

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

1

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

- الدليل الأول من موقع الوكالة البريطانية للإدراج: لو بحثنا في موقع الوكالة عن أمثلة لإصدارات الصكوك فسنجد أنّها مصنّفة على أنّها دين كما هو مبين في الصورة

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة

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

 **London**
Stock Exchange

Search for quotes, news, documents

Home page > Prices & markets > Debt securities > Debt Securities

DEBT SECURITIES

SEARCH FOR DEBT SECURITIES

Trading service: Fixed interest (Trade reporting Only)

Name/code: Sukuk

SEARCH

List debt securities starting with:

0 9 A B C D E F G H I J K L M N O P Q R S T U V W X Y Z

• الدليل الثاني من موقع
بورصة لندن:

لو بحثنا في موقع بورصة لندن
عن أمثلة لأصدارات الصكوك
فسنجد أنّها مصنّفة على أنّها
دين كما هو مبين في الصورة

All data delayed by at least 15 minutes | as at 20/3/33

Click to download list of securities available on the Order Book for Fixed Income Securities

DOWNLOAD

Click to download full list of debt securities admitted on non-Order Book segments

DOWNLOAD

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

تعامل البورصات العالمية مع الصكوك المدرجة



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

Shares	☐	n/a	☐
ETFs	☐	n/a	☐
ETCs	☐	n/a	☐
ETNs	☐	n/a	☐
Depository Receipts	☐	n/a	☐
Securitised Derivatives	☐	Interest rate	☐
		Equity	☐
		Credit	☐
		Currency	☐
Bonds	☐	Sovereign Bond	☐
		Other Public Bond	☐
		Convertible Bond	☐
		Covered Bond	☐
		Corporate Bond	☐
		Other	☐

• الدليل الثالث من استمارة طلب التداول ببورصة لندن:

- السؤال عدد 22 من الإستمارة لا يُفرد الصكوك بتصنيف خاص باعتبارها ورقة مالية مستقلة تختلف عن الأوراق التقليدية.

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

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

Retail Bond	☐
Green Bond	☐
Sukuk	☐

- في حين أنّ السؤال عدد 42 يصنف صراحة الصكوك على أنها دين

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

الخلاصة و نظرة الباحث لجدوى إدراج الصكوك

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

الخلاصة و نظرة الباحث لجدوى إدراج الصكوك

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

الخلاصة و نظرة الباحث لجدوى إدراج الصكوك

- فيما يخص إصدارات الحكومة من الصكوك على السوق المحليّة، يمكن انشاء منصّة تداول الكترونيّة على غرار ما هو معمول به في بلدان أخرى (مثلا موقع TreasuryDirect لإصدارات سندات الولايات المتّحدة).
- ستمكّن هذه المنصّة عامّة الناس داخل البلد من تداول الصكوك الحكومية مباشرة مما يخلق سوقا ثانويّة نشطة ينتفع منها المستثمرون و باقي الشركات و المؤسسات الماليّة.
- بالإضافة إلى ذلك فإنّ هذه المنصّة ستكون تحت الرقابة المباشرة للحكومة التي يمكن لها أن تضمن توافق التداول مع أحكام الشريعة الإسلاميّة.

شكرا على الإهتمام
إن أصبت فمن الله
و إن أخفقت فمن نفسي
حاتم الحبيب غومة

hghouma@stfx.ca

Ghouma.hatem@gmail.com

البحث الثاني

إدراج الصكوك في الأسواق المالية العالمية

ومدى توافق متطلباته مع هياكلها الشرعية

محمد عوض الدويله

المدير التنفيذي لسوق النقد في مجموعة بيت التمويل الكويتي

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

السؤال الأول: ماهي طبيعة الأسواق المالية العالمية التي تدرج الصكوك فيها؟

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

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

ماهي مميزات هذا السوق

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

ما هي العيوب

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

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

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

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

السؤال الثاني: ماهي الأوراق المالية التي تقبل الأسواق المالية العالمية إدراج الصكوك في فئتها؟
للأجابة على هذا السؤال، يجب فهم نظرة المستثمرين وأسواق الإدراج للصكوك. حيث أنه الأسواق تنظر للصكوك كسوق يافع وله مستقبل كبير في المنظور القصير و المتوسط، وتهدف هذه الأسواق لأستحواذ على هذا سوق الصكوك. يجب الإشارة هنا بأنه كلمة سوق تعني هنا منصات الإدراج وليس التداول فقط، لكن تداول الصكوك في تلك المنصات شبه معدوم في أغلبها الا بأستثناء منصات الأسواق المحلية التي تسمح بتداول الصكوك المحلية المقيمة بعملات محلية.

وهنا يأتي السؤال، لماذا هناك تداول بدرجة قليلة للصكوك في لأسواق المحلية وبينما هو شبه معدوم في أسواق الإدراج العالمية؟

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

- 1- الصكوك العالمية يكون أمين الأستثمار بالعادة بنك عالمي كبير بينما الصكوك المحلية يكون أمين الأستثمار جهه أو بنك محلي.
- 2- القوانين المحلية تكون عادة سد في وجه المستثمرين العالميين ومنصوصة آخذتا بعين الاعتبار المستثمر المحلي وليس العالمي.
- 3- فتح حساب للتداول في سوق محلي يتسم عادة بالصعوبة.
- 4- الأسواق المحلية المختصة بالصكوك المحلية عادة تكون صغيرة وليست مناسبة لمستثمر عالمي.
- 5- المستثمرين العالميين بالعادة لا يجذبون الأستثمار في أوراق مالية مقيمة بعملات محلية خوفا من مخاطر تذبذب العملة.

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

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

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

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

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

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

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

دولة أصدرت صك مراجعة بقيمة 10 مليون دولار أمريكي لمدة خمس سنوات، لكن بعد بعض الوقت تدهورت الحالة الاقتصادية للصك وزادت مخاطره عن يوم الأصدار الأصلي. في هذه الحالة بعض المستثمرين يرغبون ببيع تلك الصكوك بقيمة 9 مليون دولار لكن الهيكل الشرعي طبعاً يمنعهم من ذلك بسبب التحريم. لذلك من وجهة نظري بأن صكوك المراجعة وغيرها من صكوك الديون لا تتناسب مع المستثمرين لعدم وجود مخرج للبيع الا في حالة الاحتفاض بالصك لكامل المدة ويجب إدراج الصكوك القابلة للتداول فقط.

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

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

1- نشرة الأصدار و أن تكون وفقاً لمعايير السوق أو المعايير الدولية.

2- القوائم المالية لعدد معين من السنوات.

- 3- يجب أن يكون الأصدار أكثر من قمة سوقية معينة بحسب السوق (أكثر من 100 مليون على سبيل المثال).
- 4- التوافق على أي شروط أخرى كتطبيق معايير دولية معينة.

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

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

المراجع:

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

البحث الثالث

The Challenges of Incorporating Sukuk in Global Financial Markets

Introduction

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

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

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

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

The Current State of the Global Sukuk Markets

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

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

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

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

² Law No. 19/2008, Indonesia.

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

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

³ Capital Markets Law No.95/1992

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

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

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

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

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

Sukuk Classification in Global Financial Markets

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

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

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

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

⁶ London Exchange, 26 February 2019.

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

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

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

⁸ International Islamic Finance Report 2016, p. 103.

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

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

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

¹⁰ <http://www.iilm.com/about-us>

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

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

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

¹¹ "Rules Applicable to Sukuk", Financial Sector Oversight Commission, 26 January 2011.
http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Publications/Communiqués/Communiqués_2011/C_sukuk_260111_eng.pdf

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

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

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

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

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

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

¹³ "Annual Sukuk Report", International Islamic Financial Market, April 2018, p. 54-55, <http://www.iifm.net/system/files/private/en/IIFM%20Sukuk%20Report%202018-compressed.pdf>

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

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

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

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

The Extent to which the Requirements of Global Financial Market Integration Affect the Shariah Compliance of Sukuk Structures

There is no doubt that the Shariah compliance of sukuk structures has been affected by global financial markets. This is because of attempts to adjust sukuk structures to ease their entry into those markets but because of competition between the Islamic and conventional financial markets, as conventional securities and financial instruments remain the first choice for most investors who may be neither aware of nor interested in the benefits of Shariah-compliant investment. As such, Islamic finance experts have found means, such as the abovementioned benchmarking, to encourage ordinary investors other than observant Muslims to invest in sukuk and Islamic financial instruments whether in Muslim-majority or Western countries. Also, developing countries' need for foreign direct investment (FDI) has led to a stagnation in the structuring of sukuk, especially those that waiver between Shariah compatibility and the lack thereof, such as *murabahah*. Rather, the solution is more innovation in Islamic finance products. Here, the meaning of innovation is not to find new methods and disguises to insert the consumption of interest (*riba*) into Shariah-compliant transactions with Islamic phrasing, but to avoid its occurrence completely, a feat that is easier in wealthy countries such as Saudi Arabia, which have more leeway to experiment with new sukuk structures such as hybrid *murabahah-mudarabah* sukuk.

It is notable that Saudi Arabia issued hybrid sukuk on 20th April 2017 with a value of USD nine million divided into two tranches: the first with a five-year tenure and the second with a tenure of ten years¹⁶. These sukuk were characterized by a duality of both *murabahah* and *mudarabah* underlying contracts, with 51% of the funds invested in the *mudarabah* agreement and the remaining 49% invested in the *murabahah* agreement. These sukuk are considered sovereign

¹⁶ Sukuk Database, <https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/ksa-sukuk-limited-2-5082/>.

sukuk because they were issued by an SPV owned by the Saudi government. Although the SPV was formed as an offshore entity in the tax haven of the Cayman Islands, the originator is the Saudi Ministry of Finance. The profit rate (3.628% for the ten-year sukuk and 2.894% for the five-year sukuk led to an A+ Fitch rating which expressed confidence in the stability of the sukuk and in the Saudi government as the originator¹⁷. Another reason for the positive rating was the use of the *murabahah* profits to ensure the payment of the principal and any unpaid periodic distribution amounts to the sukuk holders upon the sukuk's maturity. Additionally, the sukuk agreement contained a "no lien" provision, preventing the originator from disposing of its assets in such a way that could jeopardize its ability to fulfill its obligations to the sukuk holders. While the pairing of the *murabahah* and *mudarabah* agreements in an asset-based arrangement may have attracted foreign investors who might otherwise have been anxious about investing in hybrid sukuk, other hybrid sukuk pairings could be on the horizon.

An Alternative Asset-Backed Sukuk Structure

Specifically, a successful future sukuk issuance could involve hybrid *mudarabah-ijarah* sukuk as a means of improving Egyptian public infrastructure through a partnership between the Egyptian governments and a trusted Egyptian corporate entity with a high credit rating. In such a structure, the Egyptian real estate development company would be the originator to guarantee a high credit rating for the issuance and establish an SPV in Egypt meeting the FRA's capital requirements for issuers. The sukuk transaction would be based on a number of underlying contracts, the first of which would be a sale agreement between the Egyptian government and the development company for public real estate assets (such as schools or hospitals). This agreement would then be followed by a second sale agreement between the company and the issuer, then a *mudarabah* agreement

¹⁷ "Fitch Rates Saudi Arabia's Sukuk A+", Reuters, 20 April 2017. <https://www.reuters.com/article/fitch-rates-saudi-arabias-sukuk-a-idUSFit996793>

between the issuer (silent partner) and the company (*mudarib*), after which the development company would sign a management agreement with the relevant Egyptian ministry (i.e. Ministry of Education or Ministry of Health) in which it would pay the ministry to assist it in developing the real estate assets and increasing their value. Simultaneously, an *ijara* agreement would be concluded between the issuer (lessor) and the Egyptian government (lessee), with the value of the lease payments used to pay the periodic distribution amounts to the sukuk holders. These asset-backed sukuk would be fully Shariah-compliant as the underlying assets for both the *mudarabah* and *ijarah* agreements would be the source of the sukuk holders' profits as well. When the sukuk reach maturity, the sukuk holders will receive a return on their original investment when the Egyptian government repurchases the assets at their new market price. The final source of profit for the investors will be the increased value of the assets. Not only would these hybrid sukuk comply with all Shariah requirements, but a profitable end result for sukuk holders would encourage other developing countries to use the model as a tool for infrastructure development.

Basel III Compliance and Sukuk

Another factor affecting sukuk structures has been Basel III compliance. When the Basel III framework was announced at the 2010 Basel conference in an attempt to shore up the liquidity reserves for banks after the 2009 global financial crisis, sukuk issuance became a method to increase Tier I and Tier II capital in accordance with Basel classifications. Tier I sukuk differ from Tier II sukuk in many aspects, among them the perpetuity of Tier I sukuk and the possibility of their conversion into shares. In fact, perpetual sukuk have been issued in the past few years, such as the Bereket One Ltd. sukuk issued last year in Turkey as the first Tier I-compliant sukuk at a value of USD 205 million and a 10% profit rate¹⁸. In contrast Tier II sukuk are characterized by a

¹⁸ Sukuk Database, <https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/bereket-one-ltd-6838/>.

greater risk exposure, among them hybrid sukuk. The Islamic Financial Services Board (IFSB) issued a standard in coordination with Basel III which can be interpreted as classifying perpetual sukuk as Alternative Tier I capital while classifying *mudarabah* and *wakalah* sukuk with a tenure of five years or more as Tier II capital¹⁹. In this case, it is clear that global financial markets have had a positive effect on sukuk structures because Islamic financial institutions confront the same problems as their conventional counterparts, and Shariah compliance does not insulate them from the financial and economic crises that plague global markets. As such, the core Basel III requirement of a minimum 10.5% ratio of capital to risk-weighted assets could incentivize additional Alternative Tier I sukuk issuances, a matter of significant importance in all states, especially those with reduced liquidity reserves.

Market Treatment of Sukuk in Consideration of Different Risks as Compared to Conventional Securities

Although asset-based sukuk have been issued in global financial markets, it would be disingenuous to consider it a true integration of sukuk as the Shariah-compliant benchmark of true asset ownership and profit sharing is not present. Therefore, when discussing the integration of sukuk into secular markets, it's more appropriate to refer to asset-backed sukuk, which are treated as debt instruments despite their closer resemblance to stocks. In conventional markets, debt instruments are classified in accordance with their risk. Upon the integration of sukuk into global financial markets, the question is whether it is appropriate to evaluate sukuk using the same standards employed in the risk evaluation of conventional securities. Sukuk carry a variety of risks including credit risk, inherent risk and risk incurred through external factors.

¹⁹ "IFSB 15: Revised Capital Adequacy Standard for Institutions Offering Islamic Financial Services (Excluding Islamic Insurance [Takaful] Institutions and Islamic Collective Investment Schemes", 28 January 2014, [https://www.ifsb.org/standard/2014-01-28_eng_IFSB15%20Revised%20Capital%20Adequacy_\(Jan%202014\).pdf](https://www.ifsb.org/standard/2014-01-28_eng_IFSB15%20Revised%20Capital%20Adequacy_(Jan%202014).pdf)

The major credit rating agencies play a fundamental role in reporting the credit risk of sukuk. Among them, there are those that use evaluate sukuk using the same criteria used to evaluate conventional bonds, while others incorporate a separate methodology to assess sukuk's credit risk. Standard and Poor's (S&P) uses a methodology for rating sukuk that it developed in 2015 that specifies that sukuk receive the same rating as the originator if the following criteria are met: that the contractual cash obligations between the originator and the issuer suffice to fulfill the issuer's obligations to the sukuk holders, that the originator's sukuk obligation be ranked *pari passu* with its other unsecured obligations, that it be impermissible for the originator to renege on its obligation to pay the issuer, that the originator agree to pay all procedural costs for the sukuk's issuance, and that the ratings agency view the possibility of a "total loss" or a default as remote²⁰. If the sukuk fulfill all of the criteria except for the *pari passu* requirement, they are granted the same rating as the originator's other unsecured obligations²¹. While the methodology is clear and precise, it does not apply to all sukuk, as S&P differentiates between sukuk with a single originator and those with multiple originators. The ratings agency also differentiates between sukuk in which the payments of the originator to the issuer correspond with payments made from the issuer to the investors which usually occurs in *ijarah* or *murabahah* sukuk and those in which the originator's obligations do not necessarily cover the periodic distribution amounts that the issuer must pay to the sukuk holders. S&P does not rate the latter unless the sukuk holders are entitled to demand the full principal if one of the periodic distribution amounts is not paid.

Still there is an inherent risk in sukuk that is not present in conventional debt instruments, and that is the risk that the sukuk could be declared un-Islamic during their tenure. This possibility was realized in the case of the Dana Gas sukuk which were issued in Dubai based on a specific form

²⁰ "Methodology for Rating Sukuk", Standard and Poor's, Section Nine, 15 February 2015.

²¹ *Ibid*, Section Ten.

of *mudarabah* agreement that was deemed un-Islamic following the issuance of revised standards in 2007 and 2013. The end result was that the burden of assessing the Shariah compliance of the sukuk issuance was shifted from the scholars to the courts. When Dana Gas refused to pay the sukuk holders the due amount of USD 700 million when the sukuk reached maturity²², citing the fatwa that the sukuk were no longer Shariah-compliant, it shook the entire Islamic financial market and damaged investor confidence. Some scholars believe that the first fatwa establishing the Shariah compliance of the sukuk that the Shariah board released upon the sukuk's issuance and the contract's execution should remain valid for the duration of the agreement. This opinion is valid because a key Shariah principle is the fulfillment of agreements, and sukuk holders do not expect the sukuk agreement to be invalidated or voided because of new *fiqh* developments.

Additionally, the *mudarabah* agreement that was approved as Shariah-compliant by Dar ul Shariah of Dubai Islamic Bank still remains an Islamic finance agreement used worldwide. The conflict that arose over the Dana Gas *mudarabah* agreement involved a number of intersecting contractual relationships between the sukuk holders and the issuer and between the issuer and the originator, as well as secondary contracts for asset management and maintenance. Dana Gas claimed that the determination of the rate of return in accordance with prevailing interest rates instead of asset profits rendered the sukuk un-Islamic. Eventually, the company reached a settlement with the sukuk holders allowing them to exchange the previous sukuk for new Shariah-compliant sukuk with a three-year tenure²³. The effect of this case is not limited to *mudarabah* sukuk as implied by scholars supporting Dana Gas but rather the case represents a threat to the integration of sukuk in

²² Barbuscia, Davide. "UAE's Dana Gas Leaves Sukuk Unpaid- But No Default Declared", Reuters, 31 October 2017. <https://www.reuters.com/article/dana-gas-sukuk/uaes-dana-gas-leaves-maturing-sukuk-unpaid-but-no-default-declared-sources-idUSL8N1N60IT>

²³ Vizcaino, Bernardo and Torchia, Andrew. "Islamic Finance Feels Heat from 700 mln Dana Sukuk Saga", Reuters, 15 May 2018, <https://www.reuters.com/article/dana-gas-sukuk-implications/islamic-finance-feels-heat-from-700-mln-dana-sukuk-saga-idUSL5N1SM0BW>.

global financial markets overall because the essential condition of securities is that the issuer comply with its financial obligations to the investors and compensate them if the issuance is voided. If a similar situation occurs in the future, it could lead to the exclusion of sukuk from Western markets. The only methods of avoiding such an occurrence are to issue international sukuk standards delineating the responsibilities of the originator and the issuer if the sukuk are declared un-Islamic and consulting with lawyers and Shariah experts to insert contractual provisions protecting investors from the issuer's arbitrary termination of the agreement and fluctuating fatwa trends that could negatively impact investors in the ever-changing field of sukuk. The Dana Gas dispute also highlights the difficulty of choosing the governing law in sukuk issuances and enforcing its application when multiple jurisdictions are involved. In this case, the assets were located in Egypt and Kurdish territory in Iraq, the sukuk agreement specified English law as the governing law, and the sukuk were issued in Dubai. As such, the High Court of London and the Sharjah courts assumed competing positions with regard to issuing rulings as to whether Dana Gas was obligated to pay the sukuk holders. The conflict of laws issue arose because the *mudarabah* agreement between Dana Gas as the originator and Dana Gas Ltd. as the issuer and the sale agreement for the assets to UAE law, while the purchase undertaking was subject to English law. The purchase undertaking stipulated the issuer's right to demand the originator's purchase of the assets at the agreed upon price in the case of certain occurrences²⁴, and it would be logical that a fatwa of non-Shariah compliance would activate the purchase undertaking. The Dana Gas dispute would not have reached the same magnitude and scale if UAE legislation had imposed complete independence between the originator and the issuer. This is necessary because the subsidiary relationship between the originator and the issuer frustrates the fiduciary

²⁴ Dana Gas Offering Circular 2013. <http://www.danagas.com/en-us/Investors/Tab%20006%20OFFERING%20CIRCULAR.pdf>

relationship between the issuer and the sukuk holders. Debt instruments with agreements subject to different jurisdictions face the same risk as sukuk however, the risk of one jurisdiction issuing a ruling preventing the issuer from fulfilling its obligations to investors is elevated in sukuk because of the dependence on the transfer of beneficial ownership and not simply fixed interest.

Is the Integration of Sukuk into Global Financial Markets a Necessity?

It is disingenuous to suggest that Islamic financial scholars and experts have a choice when integrating sukuk into global financial markets. Regardless of whether countries accommodate sukuk issuances through specialized legislation or treat them as conventional debt securities, sukuk will always be in competition with their traditional counterparts. Neither does the Islamic financial sector exist in a state of isolation from global market risks and concerns. Even so, secular financial market objectives should not compel Islamic financial professionals to sacrifice Shariah compliance for economic gains. The ideal situation is a co-existence between the conventional and Islamic financial markets, with Shariah-compliant adaptations to financial crises and coordination with Western legislatures and ratings agencies to develop sukuk-specific frameworks that recognize the unique risks and characteristics of sukuk.

الجلسة السادسة

(تصحيح العقود الفاسدة وأثره في استقرار التّعاملات
وتطبيقاته المعاصرة)

البحث الأول

تصحيح العقود الفاسدة وأثره في استقرار التعاملات وتطبيقاته الفقهية

د. بشير "محمد عز الدين" الغرياني

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ.

توطئة:

يعد استقرار التعاملات المالية مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية، نظرا لما يمثلها الاستقرار من أهمية في رواج التجارة، وتطور الاقتصاد، ومعرفة كل أطراف العقد بآثاره، المتمثلة في الوفاء بالتزاماتهم وطلب حقوقهم؛ وما يترتب على ذلك من تجنب للمنازعات الناشئة عن فسخ العقود، وعدم استقرارها.

وقد توسع الفقهاء في اجتهاداتهم لتحقيق هذا المقصد، وأخذ هذا التوسع مظاهر متعددة، منها: تصحيح عقود المعاملات المالية الفاسدة في نظر الشريعة؛ إما لعدم توافر شرط من شروط انعقادها وصحتها، أو لأحداث شرط ورد نص بتحريمه، أو شرط منافي للمقصود من العقد، أو مؤد إلى جهالة وغرر يفضيان إلى المنازعة والاختلاف، في عقود البيوع، والإيجارات، والشركات.

ويرتكز تصحيح العقود الفاسدة على مبادئ وقواعد أصولية وفقهية، منها:

- 1 - قاعدة أن (إعمال الكلام أولى من إهماله)، ففي تجنب الفسخ وتصحيح العقود والتصرفات إعمالاً للكلام، وهو أولى من إهماله؛ كما يقول علماء القواعد الفقهية¹.
- 2 - مبدأ تقليل الخصومات والنزاعات بين الناس؛ المقرر بوجود أحكام فقهية كثيرة، مُعلّلة بتشوف الشارع لتقليل الخصومات وحصرها.

وفي تصحيح العقود الفاسدة وإمضائها تحصيل لهذا المبدأ؛ ذلك أن نقض العقود الفاسدة وفسخها، وما يترتب عليه من وجوب رد العوضين إلى أصحابهما بعد الانتفاع بهما، وحوالة سوقهما، وما قد يعرض لهما من تعلق حق الغير بهما: بيع، أو هبة، أو رهن، أو غير ذلك، أو يعرض لهما من زيادة أو تلف، وما يستوجبه كل ذلك من تقويم - فتح لباب الخصومات

¹ المنشور في القواعد الفقهية 1/ 103، وأشبه السيوطي 128.

والمنازعات التي قد يصعب الفصل فيها وحلها؛ وفي تصحيحها استقرار للتعامل، وتحقيق للمصالح، مع توازن دقيق بين هذه المقاصد والمصالح.

3 - قاعدة إزالة الضرر الأشد؛ فإن الضرر الناشئ عن فسخ العقود أشد من الضرر الناشئ عن فعل المنهي عنه؛ ففي البيع يحصل من فسخ عقده، ورد المبيع بعد فواته من الضرر والظلم بأحد المتعاقدين أشد من ضرر ارتكاب النهي؛ فقد تباع سلعة في زمن الغلاء بيعاً فاسداً، ثم يعثر على الفساد في زمن الرخاء، فيظلم البائع في أن يرد عليه عين سلعته وهي لا تساوي في وقت الرد إلا يسيراً؛ أو قد تباع سلعته في الرخاء بيعاً فاسداً، ثم يعثر على الفساد في الشدائد، فيظلم المشتري في رد السلعة المباعة وهي تساوي كثيراً، والله تعالى يقول: ﴿لا تظلمون ولا تُظلمون﴾¹.

وليس هذا خاصاً بالمعاملات المالية؛ ففي عقد النكاح الفاسد - مثلاً - يكون الضرر الناشئ عن فسخه بعد حصول مفوته، وما يترتب عنه من توطيد استقرار الأسرة، وحصول المودة والرحمة، وشدة الاستئناس بالمفوت، سواء كان المفوت دخولاً، أو طول عشرة، أو ولادة ولد - أشد من الضرر الناشئ عن فعل المنهي عنه؛ والضرران إذا تقابلا، ولم يمكن الخروج منهما، وجب ارتكاب أخفهما.

4 - دليل النهي أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعده؛ لما يقتضيه به من القرائن المرجحة؛ فقد جاء في الصحيح من حديث عائشة قولها صلى الله عليه وسلم في إعادة تأسيس البيت على قواعد إبراهيم «لولا حداثة قومك بالكفر لنقضت البيت، ثم لبنيته على أساس إبراهيم»². فخشي صلى الله عليه وسلم أن تنكر قلوب قومه أن يدخل في البيت ما لم يعهدوه، فأبقاه على حاله، وجزء من أساس إبراهيم باقي خارج البيت؛ وفي هذا دليل على مشروعية إبقاء المنهي عنه على حاله؛ خوفاً من حدوث مفسدة أعظم من مصلحة إنجائه وإزالته³.

¹ سورة البقرة 279، وانظر المدونة 444/5 والبيان والتحصيل 380/7.

² صحيح البخاري. كتاب: الحج. باب: فضل مكة وبنائها. وصحيح مسلم بشرح النووي 88/9. كتاب:

الحج. باب: نقض الكعبة وبنائها.

³ انظر الموافقات 204/4. 62.

- أما القول برد العقود الفاسدة مطلقاً؛ اعتماداً على قاعدة "ما بني على فاسد فهو فاسد"، فهو قول نظري محض؛ لا يوافق حاجات الناس من الناحية العملية، ويوجب مشقة وحرماً في التعاملات اليومية العديدة، وفيه ابتعاد عن التيسير الذي بنيت عليه الشريعة. ويتضمن التصحيح عند الفقهاء منظومة كاملة تشمل التصحيح بتحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر، وحذف مفسده من شرط أو غيره، كما تشمل إمضاءه بعد فواته بقيمته السوقية لا بما اتفق عليه عاقداه، وإمضاءه بعد فواته بالمسمى إن كان مختلفاً فيه؛ مراعاة للخلاف. وسيتناول هذا البحث طرق تصحيح العقود الفاسدة التي ذكرها الفقهاء، وتأصيلها، والشروط الواجب توافرها في التصحيح، وبعض تطبيقاتها الفقهية.

المقصود من تصحيح العقود الفاسدة:

يورد الفقهاء مصطلح «تصحيح العقد» ويقصدون به معنيين:

الأول: الحكم على العقد بالصحة ابتداءً من حين انعقاد العقد وإبرامه، ومن ذلك القول: بأن «فقهاء الحنابلة أوسع الفقهاء في تصحيح العقود مع وجود الشرائط الجعلية»؛ ويقصدون أن الشروط الجعلية لا تؤثر فساداً في العقود، بل هي صحيحة ابتداءً غير فاسدة؛ وقولهم: العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهراً حتى يتبين خلافه، أي الحكم عليها بالصحة ابتداءً فلا تحتاج إلى مراجعة شروطها وأركانها؛ وقولهم: الأصل في العقود الصحة، فمن ادعى الفساد فعليه إثباته.

المعنى الثاني: تحويل العقد من الفساد إلى الصحة، فالعقد المراد تصحيحه هو فاسد ابتداءً ثم صحح، أي وقع فاسداً، ثم حول صحيحاً؛ بسبب حذف مفسده، أو بغيره من ضوابط التصحيح التي ذكرها الفقهاء؛ والمعنى الثاني أكثر قرباً لصيغة «التفعيل» التي جاء على وزنها مصطلح التصحيح؛ وهو المقصود بهذا البحث، وعليه يدور الكلام الآتي:

المراد بتصحيح العقود الفاسدة تثبيتها وتقريرها وعدم فسخها؛ ثم ترتيب آثارها الشرعية عليها، فتصير - كما يقول الفقهاء - كالصحيحة ابتداءً؛ فالبيع الفاسد - مثلاً - إذا فات لا يُفسخ، بل يُصحح ويصير كالصحيح ابتداءً، فيُصبح بيعاً لازماً نافذاً، ليس لأحد المتعاقدين

أن یرده بعد تصحیحه، إلا إذا كان رده بسبب استحقاق، أو عیب قدیم فیہ، أو بتراضی المتعاقدين علی الإقالة.

ویشمل التصحیح العقود المستمرّة التي یأخذ تنفیذ التزاماتها وقتا کالإجارة والمساواة، ویقصد بتصحیح عقودها الفاسدة استمرارها وإمضاؤها، سواء ما تعلق بما مضى من مدتها، أو بما بقي منها، ویكون هذا التصحیح بحذف المفسد، أو بتحويل عقدها الفاسد إلى عقد آخر تتوفر فیہ عناصره، وأركانہ.

فإذا صحح عقد الإجارة الفاسدة - مثلاً - بحذف المفسد أصبح کالإجارة الصحیحة ابتداءً، تترتب علیہ جمیع آثار الصحیحة من نفاذ العقد ولزومه، ومن وجوب الأجرة المسماة إلى غیر ذلك من الآثار.

أما إذا صحح عقد الإجارة الفاسدة بتحويله إلى عقد آخر صحیح، فإنه لا تجرى علیہ - بعد هذا التحويل - أحكام الإجارة، بل أحكام العقد المحول إلیه، وآثاره:

فإذا حول عقد الإجارة الفاسدة إلى عقد جعالة، أخذ أحكام الجعالة: من حیث عدم لزوم عقدها، وكون العامل لا یشتحق الجعل فیها إلا بتمام العمل، والحکم بصحتها علی عمل مجهول، أو مع عامل غیر معین، أو مع عدم حصول قبول من العامل، أو من حیث ما یشترط فیها من عدم تعین زمن لفعل المتعاقد علیہ، إلى غیر ذلك من الأحكام التي تميز الجعالة عن الإجارة.

وإذا حولت النازلة من إجارة فاسدة إلى عقد قرض، تجرى علیها أحكام القرض، لا أحكام الإجارة؛ وأهم ما یميز القرض عن الإجارة، ویختلف به عنها دفع الأجرة والضمان، فلا یجوز فی القرض دفع أجرة عنه؛ إذ الأجرة زیادة علی أصل القرض، وهي من أنواع النفع للمقرض المحرمة شرعاً.

كما یختلف ضمان العین المؤجرة عن ضمان المال المدفوع قرضاً؛ فمتولی العین المؤجرة من مستأجر وأجير أمين، لا ضمان علیہ إن ادعی التلف أو الضیاع؛ أما المقرض فیضمن ما أخذه من مال قرضاً، سواء استهلكه أو تلف عنده، فیجب علیہ أن یرد مثله.

وإذا لم يمكن تصحيح العقود المستمرة، إذا فسدت بحذف مفسدها، أو بتحويل عقدها الفاسد إلى عقد آخر؛ فتصحح ما مضى من مدتها، لا ما بقي منها؛ فيصحح من عقد الإجارة الفاسدة - مثلاً - ما مضى زمنه، واستوفيت منفعته، ويفسخ منه ما بقي من مدته إن اطلع على الفساد في أثناء مدة الإجارة، ويكون هذا التصحيح بدفع أجرة المثل، أو بدفع الأكثر من المسمى وأجرة المثل، أو الأقل منها.

اجتهادات الفقهاء في تصحيح العقود الفاسدة، وأساسها:

تعددت اجتهادات الفقهاء في النظر إلى العقود الفاسدة، من حيث وجوب فسخها، وإمضاءها؛ وهل تفسخ في جميع أحوالها؛ أم أن بعض هذه العقود تصحح وتثبت على كل حال وبعضها يصحح إن فات؟ وإذا صحح فهل يرد إلى صحيحه أو إلى صحيح غيره؟ وهل يكون في عوضه المسمى، أو المثل، أو القيمة؟ وهل يمكن تدارك العقود الفاسدة بحذف مفسدها، أو بتحويل النازلة من عقد فاسد إلى عقد آخر صحيح؟ للفقهاء في تصحيح العقود الفاسدة - إجمالاً - مذهبان:

الأول منهما: لفقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية والأباضية أن العقد الفاسد لا يمكن تصحيحه ولو قبض المبيع - في البيع مثلاً - وفات؛ إذ لا ينقلب الفاسد صحيحاً، ولا يمكن للعاقدين أو أحدهما إصلاح ما فسد من غير ابتداء عقد، أو تجديده¹؛ فقد صرح الإمام الشافعي أن «البيع الفاسد لو مرت عليه الآباد واختار البائع والمشتري إنفاذه لم يجز»²؛ وقال: (ولو باع رجل عبداً بمائة دينار إلى العطاء أو إلى الجداد أو إلى الحصاد كان فاسداً ولو أراد

¹ الأم 96.5/3 والمغني 252/4 وشرح منتهى الإرادات 647.127.60/2 والمحلى 564/ والإيضاح 285/3 وما بعدها.

² الأم 5/3.

المشتري إبطال الشرط وتعجيل الثمن لم يكن ذلك له؛ لأن الصفقة انعقدت فاسدة فلا يكون له، ولا لهما إصلاح جملة فاسدة إلا بتجديد بيع غيرها¹.

وذهبوا إلى أنه لا يترتب على العقد الفاسد أثر من ملك أو حرية تصرف؛ ففي المحلى: (كل من باع يبع فاسدا فهو باطل، ولا يملكه المشتري، وهو باق على ملك البائع، وهو مضمون على المشتري إن قبضه ضمان الغصب سواء سواء، والثمن مضمون على البائع إن قبضه، ولا يصححه طول الأزمان، ولا تغير الأسواق، ولا فساد السلعة ولا ذهابها، ولا موت المتبايعين أصلا)؛ وفي الأشباه والنظائر السيوطي: "والتصرفات بالشراء الفاسد كلها كتصرفات الغاصب؛ إلا في وجوب الحد عليه"².

ورتبوا على هذا القول وجوب رد عين المبيع في كل وقت، وعلى كل حالة، لا يؤثر في هذا الوجوب عيب، ولا يمنع منه فوت من حوالة سوق، أو نماء سلعة أو فسادها، أو تصرف فيها ببيع، أو إجارة، أو تبرع من هبة وصدقة أو وقف وغيرها؛ بل يجب نقض ذلك كله، وعدم إنفاذه، ورد جميع ما دفعه البائع والمشتري إلى صاحبه، إضافة إلى أرش نقصه إن تعيب في يده، إلا إذا تلف المبيع بذهاب عينه فالواجب فيه القيمة³.

قلت: ودفع القيمة عند هؤلاء الفقهاء في حال التلف هو من باب الضمان والغرامات؛ لا من باب تصحيح العقد وإمضائه⁴.

ما يترتب على هذا القول:

إضافة إلى وجوب رد عين المبيع في العقد الفاسد، وحرمة التصرف فيه، وعدم إنفاذ كل تصرف أو عقد يطرأ عليه، فإن آثاراً ومترتبات أخرى تلزم - بناء على هذا الرأي الفقهي - منها: أنه لا أثر ينتج عن قبض المبيع، ولا عن فواته، فلا ينتقل بهما، أو بأحدهما ملك؛ ومنها لزوم المشتري

1 الأم 96/3.

2 الأشباه والنظائر للسيوطي/ 312.

3 الأم 96.5/3 و 243/6 وشرح منتهى الإرادات 647.127.60/2 والمغني 252/4 وما بعدها والمحلى 564/8 والإيضاح 285/3 وما بعدها.

4 انظر نهاية المحتاج 376/3 وشرح منتهى الإرادات 218/2

رد زيادة المبيع المتصلة والمنفصلة لأنها جميعاً نماء ملك البائع؛ ودفع المشتري أجره المبيع مدة بقائه في يده، وضمائنه له حين تلفه، وأنه لا يرجع بما أنفق عليه، وليس له حبسه إلى حين قبض الثمن؛ إلى غير ذلك من الآثار التي ملخصها أن العقد الفاسد لا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح في الجملة.

المذهب الثاني: للحنفية، والمالكية الذين يرون أن العقد الفاسد يمكن تصحيحه، فيرتفع فساده، ولا يفسخ، فالبيع الفاسد - مثلاً - يصبح بيعاً صحيحاً، نافذاً، لازماً، ليس لأحد المتعاقدين أن يردّه بعد أن صحح¹.

وقد نص على ذلك مالك، وابن القاسم، وهو رأي جميع أصحاب مالك، كما قال ابن رشد الذي وصف الرواية المقابلة لهذا القول في المذهب بالشذوذ² وقال: قد نص مالك في غير ما موضع من المدونة، وغيرها على أن البيع الحرام إذا فات تراذ المتبايعان القيمة بينهما فيه، ولم ترد السلعة المباعة بعينها، ووصف ابن رشد رد القيمة بأنه تصحيح للعقد الفاسد بالقيمة³.

قلت: ومذهب مالك، وأصحابه هو المعلوم، المنصوص عليه في كتب المتقدمين والمتأخرين من أصحاب المختصرات، وغيرهم الذين تدور الفتوى عليهم⁴.

وأقدم من رأيت من الفقهاء أنه يرى إمضاء العقد الفاسد، وعدم رده، ربيعة الرأي، فقد روى سحنون في المدونة عن ابن وهب عن ربيعة قال: كل بيع حرام لم يدرك حتى يتفاوت فلا يستطاع رده إلا بظلم فقد تفاوت رده⁵.

1 انظر البحر الرائق 103/6 والمدونة 444.445/5. وأشباه ابن نجيم 249.

2 انظر البيان 365/9. ومسائل ابن رشد 648/1. 202 والمدونة 444/5. 44

3 انظر مسائل ابن رشد 203/1

4 انظر - مثلاً - التفرع لابن الجلاب 186/2 والكافي لابن عبد البر 356 والمقدمات 76/6 والشرح الكبير 71/3

والرسالة مع شارحيها زروق، وابن ناجي 122/2.

5 المدونة 148/1.

أساس هذا الرأي:

يعلل فقها الحنفية إمضاء عقد البيع الفاسد، وعدم فسخه، بأنه بيع مشروع بأصله؛ فهو منعقد، يتقوى أولاً بقبض المعقود عليه بإذن من البائع الذي سلطه على التصرف في الشيء المبيع، ويتقوى ثانياً - فيرفع فساد، ويصبح بيعاً صحيحاً لازماً - بفوات المبيع عند المشتري: إما بزيادته في يده بعد قبضه قبضاً صحيحاً بإذن البائع، أو تعلق حق الغير به ببيعه أو هبته أو رهنه، أو غير ذلك من المفوتات¹.

ويقترّب الاجتهاد المالكي من الحنفي في رؤيته للعقد الفاسد، فيرى أنه بيع منعقد، يمضي بالفوات ولا يرد؛ جاء في المدونة: البيع الحرام بيع، وإن كان المتعاقدان قد أخطأ فيه وجه العمل، فيلزم المشتري قيمة المبيع يوم قبضه إذا فات بنماء، أو نقصان، أو اختلاف سوق².

آثار تصحيح العقود الفاسدة:

تترتب على تصحيح العقد الفاسد بعد تصحيحه آثار على صفات العقد، وعلى المعقود عليه، على النحو الآتي:

الأثر الأول: صحة العقد، ولزومه، وانتقال الملك، ونفاذ تصرفات المشتري بالبيع، والهبة، وغيرها من العقود³؛ جاء في تبين الحقائق: "ويجب على كل واحد من العاقلين فسخ العقد الفاسد؛ لأن رفع الفساد واجب عليهما؛ (إلا أن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو ييني) أي إذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ؛ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد"⁴؛ وفي المدونة:

1 انظر أصول السرخسي 90.89/1 والبحر الرائق 6/103.

2 انظر المدونة 4/147.

3 إلا عقد الإجارة فتفسخ؛ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار، وفساد العقد عذر. انظر الحر الرائق 6/103

والاختيار 2/27.26

4 تبين الحقائق 5/64.

البيع الحرام بيع، وإن كان المتعاقدان قد أخطأ فيه وجه العمل، فيلزم المشتري قيمة المبيع يوم قبضه إذا فات بنماء، أو نقصان، أو اختلاف سوق¹.

الأثر الثاني: هل يعد الربح الناتج عن الاتجار بالسلعة المشتراة شراء فاسدا - ربحا حلالا طيبا؟

يرى فقهاء الحنفية أنه لو بيعت السلعة المشتراة شراء فاسدا بربح أزيد من الثمن الذي اشترت به كان ذلك الربح خبيثا غير حلال يجب التصديق به؛ جاء في الدر المختار: (فإن باعه) أي باع المشتري المشتري فاسدا (بيعا صحيحا باتا) (لا) يطيب (للمشتري) ما ربح في بيع يتعين بالتعيين، بأن باعه بأزيد؛ لتعلق العقد بعينه فتمكن الخبث في الربح فيتصدق به" وفي حاشية ابن عابدين: لأن ما يتعين بالتعيين يتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه، والنقد لا يتعين في عقود المعاوضة، فلم يتعلق العقد الثاني بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق، وإنما لم يتعين النقد؛ لأن ثمن المبيع يثبت في الذمة، بخلاف نفس المبيع؛ لأن العقد يتعلق بعينه، ومفاد هذا الفرق أنه لو كان بيع مقابضة لا يطيب الربح لهما؛ لأن كلا من البديلين مبيع من وجه ولو كان عقد صرف يطيب لهما².

أما فقهاء المالكية فلم أر لهم تصريحاً في حكم الربح؛ إلا أنهم نصوا على أن تصحيح العقد الفاسد يترتب عليه انتقال ملك المبيع إلى المشتري؛ ففي حاشية الصاوي: إنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض، وأما ملكه فإنما ينتقل للمشتري بالفوات بعد القبض³؛ وإطلاق الملك على المبيع يفيد حلية الانتفاع به، والتصرف فيه؛ الأمر الذي يدل على أن الربح الناتج عن التصرف في المبيع الفاسد بعد تصحيحه، هو ربح حلال طيب عند فقهاءهم.

1 المدونة 147/4.

2 انظر حاشية ابن عابدين 305/7. 304

3 انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير 2/ 38.

تأمل في هذين الأثرين:

يتبين من دراسة هذين الأثرين أمران:

الأول: أن أهم أثر في نظرية الفساد عند الحنفية ليس انتقال ملك المبيع إلى المشتري بالقبض؛ لأنهم نصوا على أن الملك الناتج عن القبض في العقد الفاسد ملك خبيث، محرم شرعاً؛ لوجود النهي عن الفساد، ويترتب على هذا الخبث والتحريم في الملك الآتي:

1 - أنه ملك لا يحل الانتفاع به، فلا يحل أكله لو كان طعاماً، ولا لبسه لو كان ثياباً، ولا ركوبه لو كان مركوباً؛ لأن الملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرير للفساد¹.

لكن لا يلزم من حرمة الفعل وهو الأكل أن يكون أكل حراماً؛ لأنه قد يكون المأكول حراماً كالميتة وملك الغير، وقد لا يكون حراماً كما هنا - أي في المقبوض بعقد فاسد - لأنه أكل ملك نفسه، إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من وجوب الرد للمبيع².

2 - يجب على كل من المتعاقدين فسخ العقد قبل القبض وبعده، ورد ما أخذه كل منهما إلى صاحبه إن قبضه؛ إزالة للخبث، ورفعاً للمعصية والفساد إن لم يفت المبيع بمفوت من المفوتات المعتبرة شرعاً³.

3 - إذا أصر المتعاقدان على إمضاء العقد الفاسد، وعلم به القاضي فإنه يجب عليه الحكم بفسخه ولو بعد القبض جبراً عليهما؛ حقاً للشارع، ما لم يفت المبيع⁴.

4 - أن الربح الناتج عن الاتجار بالسلعة المشتراة شراء فاسداً لا يعد ربحاً حلالاً طيباً؛ فالسلعة المشتراة شراء فاسداً لو بيعت بربح أزيد من الثمن الذي اشترت به كان ذلك الربح خبيثاً غير حلال⁵.

1 انظر بدائع الصنائع 304/5.

2 انظر حاشية ابن عابدين 388/7.

3 انظر المختار وشرحه الاختيار 26/2 وحاشية ابن عابدين 294/7.

4 انظر البحر الرائق 103/6.

5 انظر حاشية ابن عابدين 305/7. 304

بل أهم نتيجة وأثر في نظرية الفساد هي أن البيع الفاسد قابل للتصحيح إن فات عند المشتري بعد قبضه؛ فيصبح بيعاً صحيحاً، لازماً ليس لأحدهما رده؛ وهو ما يؤدي إلى استقرار التعامل في العقود؛ وهذا بعينه ما يقول به فقهاء المالكية.

الأمر الثاني: توسع فقهاء المالكية في أثر التصحيح أكثر من فقهاء الحنفية؛ ويتمثل ذلك في أن الربح الناتج عن الاتجار بالسلعة المشتراة شراء فاسداً يعد ربحاً حلالاً طيباً، وهذا ما نص على خلافه فقهاء الحنفية، كما سبق بيانه.

طرق تصحیح العقد الفاسد

جمعت من طرق التصحیح التي ذكرها الفقهاء أربعة طرق، هي:
تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر، وحذف الشرط المفسد، وإمضاء العقد الفاسد بعد فواته
بقيمتة السوقية لا بما اتفق عليه عاقداه، وإمضاؤه بعد فواته بالمسمى إن كان مختلفا فيه؛ مراعاة
للخلاف.

أولا: تحويل العقد الفاسد:

عرف الفقه الإسلامي قاعدة تحول العقود منذ نشأته الأولى على يد الفقهاء من أصحاب
رسول الله ﷺ؛ ويعد ذكرهم للتحويل تأصيلا لقاعدته التي بنى عليها من جاء بعدهم من أئمة
الفقه المجتهدين الذين طبقوا هذه القاعدة بذكرهم بعض مسائل بنيت عليها فأصبحوا
كالمؤسسين لها؛ ثم أتى من بعدهم من الفقهاء من أصحاب المذاهب المختلفة من فرّع هذه
المسائل بالتنظير لها والتخريج عليها.

ولم يذكر هؤلاء الفقهاء – على ما اطلعت عليه – قاعدة التحويل باسمها، كما لم يفصلوا في
أدلتها، وشروطها، وضوابط التخريج عليها، وعلاقتها ببعض القواعد الأخرى، وأثرها في
تصحیح العقود الفاسدة، إلى غير ذلك من أحكامها؛ إلا إشارات، أو إيماءات متناثرة في أبواب
الفقه المختلفة؛ وسيتناول هذا المطلب تأصيل تحول العقود في الفقه الإسلامي، وأثره في تصحیح
العقود المالية الفاسدة.

التحول في اصطلاح الفقهاء:

الانتقال بالتصرف الذي أنشأه المتعاقدان من عقد مسمى انعقدَ واكتمل، إلى عقد مسمى
آخر؛ فهو منحصر في العقود القائمة المنعقدة التي لها وجود مادي فعلا؛ أما التصرف الذي
يكون في مجلس العقد وطور الإنشاء قبل استكمال الإيجاب والقبول: من تغيير للعقد، أو ذكر
شروط وتعديلات تؤدي إلى إنشاء عقد آخر في المجلس، فلا تعد تحويلا للعقد.

مصطلحات مشابهة لمصطلح تحول العقد:

مصطلح: "إسقاط الشرط"، والفرق بينه وبين "تحول العقد":

یعد تحول العقد وإسقاط الشرط، طریقین لتصحیح العقود، یتوصل بهما إلى تفادی
تقریر حالات البطلان والفساد، أو التقلیل منهما، والحد من آثارهما؛ لما قد یترب علیهما من
آثار سیئة.

لكن هناك فروقا بین تصحیح العقد الفاسد بتحويله إلى عقد آخر صحیح، و بین تصحیحه
بإسقاط شرطه المفسد، تجعل كلا منهما مستقلا بمفهومه، وشرطه وآثاره، ومن تلك الفروق:
1 - أن تحول العقد هو: استبدال عقد جدید صحیح بعقد قديم فاسد.

أما إسقاط الشرط فتصحیح للعقد بإبقائه على العقد الأصلي نفسه، مع إزالة المفسد اللاحق
به.

2 - أن حق إسقاط الشرط المفسد ثابت لمنشئه من المتعاقدين، متوقف على إرادته؛ لأن في
إجباره على إسقاط شرطه مع إمضاء العقد تخلف لرضاه الذي هو القاعدة في العقود، والأساس
فيها؛ لكن في تخييره بین حذف شرطه المفسد مع إمضاء العقد و بین فسخ العقد الفاسد
حصول لرضاه؛ إذ خيره تنفي ضرره كما يقول الفقهاء.

أما حق تحول العقد الفاسد فلا يرجع فيه إلى إرادة المتعاقدين؛ لأن التحول يكون لرفع الظلم
أو الفساد اللذين ترتبا على العقد الفاسد، مما يعد تحصيله واجبا شرعيا؛ لرفع المعصية عن
العقود.

- مصطلح: "إسقاط الحرام" في العقد المشتمل على حلال وحرام، كمبادلة عرض بحيوان
وخمر، والفرق بينه وبين "تحول العقد":

إسقاط الحرام في العقد المشتمل على الحلال والحرام يعني إسقاط الجزء الفاسد من العقد، وإبقاء
الجزء الآخر الحلال صحیحا باعتباره عقدا مستقلا؛ أما في التحول فإلغاء لكامل العقد الفاسد،
بتحويله إلى عقد آخر صحیح.

وتشترك قاعدة إسقاط الحرام في العقد المشتمل على الحلال والحرام، مع قاعدة تحول العقد
الفساد على مبدأ أساسه استبقاء التصرف الفاسد الذي أنشأه المتعاقدان، وتجنب فسخه إذا
توافرت شروط ذلك؛ استقرارا للتعامل بين المتعاقدين.

ويتميز التحول بأن الفساد في عقده فساد كلي، أما العقد المشتمل على حلال وحرام فالفساد فيه فساد جزئي، يصح بإسقاط الجزء الفاسد فيه إذا كان باقية مشتملا على عناصر عقد قائم بذاته.

أنواع التحول، وأهميته:

تتنوع أهمية تحويل العقد تبعا لأنواعه، على النحو الآتي:

1 - تحويل العقد الفاسد إلى صحيح، وتكمن أهميته في كونه وسيلة يراود منها تحقيق استقرار التعامل بين الناس، وإمضاء تصرفاتهم، وعدم فسخها، أو نقضها.

2 - تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر فاسد، تُعالج آثار التصرف بناء عليه، وتأتي أهمية التحويل في كونه أداة لرفع الظلم الواقع على أحد العاقلين، كما في تحويل المغارسة الفاسدة إلى إجارة فاسدة؛ ذلك أن الحكم بفسخ عقد المغارسة الفاسدة يترتب عليه أن الغارس لا يستحق شيئا على عمله إلا بثبوت الغرس وبلوغه الحد المشترك، وفي الفسخ قبل بلوغ هذا الحد وعدم إعطاء الغارس شيئا ظلم له؛ أما إذا حولت النازلة إلى إجارة فاسدة يستحق معها الغارس أجره مثله فيما عمله يكون قد روعيت قواعد الشرع في عدم الاستمرار في العقد الفاسد مع ضمان عدم وقوع الظلم على أحد العاقلين.¹

3 - تحويل العقد الصحيح إلى آخر صحيح، وبه تظهر المرونة والسعة الفقهية واضحة من خلال صحة إحداث التغيير على العقود وجوازها، المتمثل في إعطاء الخيارات للمتعاقلين في زيادة تصرفات على العقد، أو إنقاصها، ينتفع بهما أحد المتعاقلين أو كلاهما، تؤدي أحيانا إلى الانتقال إلى عقد آخر، مع عدم التأثير على صحة التصرف الذي أنشأه المتعاقدان، بمراعاتهما في هذه الخيارات لقواعد الشرع، وشروط صحة العقد، وتجنب نواهيهم ومفسداته.

وبالتالي فإن العقد لا يكون عرضة لمصالح الناس وقضاء حوائجهم، من خلال الإلزام التام للمتعاقلين بموجبات العقد، وتقييد تصرفاتهم، بل هو وسيلة منظمة للوصول لغاية المتعاقلين في تبادل المنافع والأعيان؛ فلهم أن يضيفوا على العقد ما يعين لهم من تصرفات نافعة، ما

¹ انظر البيان والتحصيل 404 / 15.

دامت هذه الإضافات لا تتعارض مع الأسس الفقهية وضوابطها؛ وإن أدت هذه الإضافات إلى تغيير تكييف العقد، وانتقاله إلى عقد آخر.

وهذا ما عناه ابن رجب وعنون له في قواعده بقوله: "توارد العقود المختلفة بعضها على بعض، وتداخل أحكامها"¹؛ كما إذا وقع العقد صحيحاً، وبعد مضي فترة رأى المتعاقدان إضافة تصرف جديد في العقد يحقق حاجة لهما، وينتج على هذا التصرف تغيير العقد إلى عقد آخر صحيح؛ فإذا رهنه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به "فإنه يصير عارية حال الانتفاع به، ويأخذ أحكام العارية من حيث ضمانه؛ بناء على قول من يرى من الفقهاء ضمان العارية وإن بلا تفريط أو تعد،² كما يترتب عليه زوال لزوم الرهن على إحدى الروايتين في الفقه الحنبلي³.

نشأة قاعدة التحول، وأدلتها وتأصيلها:

نشأة قاعدة التحول:

عرف الصحابة قاعدة التحول، وطبقوها لمعان وفوائد حصرت منها اثنتان:

الأولى: الانتقال بالنازلة من عقد غير جائز، إلى عقد جائز تترتب عليه آثار صحيحة. والثاني: حرز أموال اليتامى وحفظها من الضياع.

ويعد الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أول من ذكر - بناء على التبع التاريخي الفقهي - فكرة تحول العقود حينما اقترح على عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يحول عقد القرض فيجعله مضاربة في قصة تجارة ابني عمر بن الخطاب بمال بيت المال⁴.

¹ قواعد ابن رجب/166.

² وهو مذهب الحنابلة، وعليه جمهور أصحابهم، ونص الإمام أحمد عليه كثير متكرر جداً. انظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 6/112، وشرح منتهى الإرادات 2/293.

³ بناء على إحدى طريقتين، والثانية ترى أن إعارة الرهن للمرتحن لا تزيل اللزوم بخلاف الإعارة لغير المرتحن. انظر القواعد لابن رجب/166.

⁴ حكى ذلك ابن داود شارح المختصر، وتبعه القاضي حسين، والإمام الغزالي، وابن الصلاح. انظر تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير 3/58. وقد ذكر الإمام الشافعي أن جليس عمر الذي أشار عليه بالتحول هو من أصحاب رسول الله صلى الله عليه

وتبين من هذا الأثر أن الصحابة صححوا هذا العقد بتحويله من عقد قرض أبرمه أبو موسى الأشعري مع ابني عمر رضي الله عنهم إلى عقد مضاربة، ولم يفسخوا هذا العقد من أصله للمحابة الواقعة فيه لابني عمر، بل حوّلوه إلى عقدٍ نتج عنه حفظ حقوق بيت المال بحصوله على جزء من الربح، وحفظ حقوق ابني عمر باستحقاقهما جزءاً من الربح ناتج عن تجارتها في المال؛ فإن الربح كما يُستحق بالمال يُستحق بالعمل.

والمعنى الآخر الذي طبق له الصحابة قاعدة تحول العقود؛ هو حرصهم على حفظ أموال الناس والنصيحة لهم لبلوغ ذلك؛ فقد كانوا ينقلون ما كان في عهدتهم أمانة من أموال اليتامى من عقد ودیعة إلى عقد قرض ليحفظوها من الهلاك؛ فعن ابن عمر أنه كانت تكون عنده أموال اليتامى فيتسلفها ليحرزها من الهلاك¹، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن معمر قال: سئل الزهري عن مال اليتيم كيف يصنع؟ قال: كل ذلك كان يفعل، منهم من يتسلفه فيحرزه من الهلاك².

وتبرز أهمية اجتهاد فقهاء الصحابة في تحول العقود في النقاط الآتية:

- 1 - تفتن الصحابة إلى خصائص العقود وأحكامها، وآثارها، والحاجة إليها.
- 2 - يعد ذكرهم للتحول تأصيلاً لقاعدته التي بنى عليها من جاء بعدهم من أئمة الفقه المجتهدين.
- 3 - تطبيقهم لقاعدة التحول في حفظ أموال الناس والنصيحة لهم لبلوغ ذلك، المتمثل في نقل ما كان في عهدتهم أمانة من أموال اليتامى من عقد ودیعة إلى عقد قرض ليحفظوها من الهلاك؛ كما في فعل ابن عمر رضي الله عنه
- 4 - إرشادهم الناس إلى العقد الأقرب الذي يحقق لهم حاجتهم، ويقرب مصالحهم، كما صنع الزبير رضي الله عنه.

وسلم، ولم يسمه. انظر الأم 34/4.

1 أخرجه البيهقي في الوصايا، باب ما يجوز للوصي أن يصنعه.

2 المصنف/ عبد الرزاق الصنعاني في الزكاة، باب: كيف يصنع بمال اليتيم

تحول العقد الفاسد إلى عقد آخر، وتطبيقاته الفقهية:

يتفرع تحول العقد الفاسد لتصحيحه إلى فرعين، هما:

الفرع الأول: تحول العقد الفاسد إلى آخر صحيح، ويمثل له بالتطبيقات الآتية:

تحويل عقد الإجارة إلى عقد جعالة، في المعاملة على تحصيل شيء غير معين قدره، بجزء منه: إذا أجر شخص غيره على أن يقتضي له دينه من المدينين بجزء منه كنصفه أو رבעه من غير أن يبين له مقدار الدين كانت تلك إجارة فاسدة؛ عند فقهاء المالكية؛ لجهالة الأجرة فيها؛ ومثل ذلك تأجير على حصاد زرع، أو جذ نخله، أو لقط زيتونه بجزء منه، من غير بيان مقدار ما يحصد، أو يجذ، أو يلقط.

لكن يمكن تصحيح تلك المعاملات بتحويلها إلى عقد جعالة بزيادة شرط فيها ينص على أن للعامل النسبة المتفق عليها في كل جزء مما يعمل؛ ففي اقتضاء الدين ينص علي أن للعامل من كل شيء اقتضاه: نصفه أو رבעه أو غير ذلك مما يتراضيا عليه؛ وكذلك علي أن له من كل ما يحصد من الزرع، أو يجذ من النخل، أو يلتقط من الزيتون جزءا يتفقان عليه¹.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

1 - حصول التحول في هذا المسألة كان عن طريق إضافة تصرف جديد عليها، حصلت به أحكام عقد آخر صحيح وشروطه؛ ذلك أن المعاملة على عمل شيء غير معين قدره لا تجوز إلا علي وجه الجعالة؛ لصحة الاكتفاء بمعرفة نسبة الجعل، واغتفار جهالة مقداره عند العقد؛ وهذا أحد الفروق بين الإجارة والجعالة.²

لكن تصحيحها علي وجه الجعالة لا يتم إلا بإضافة شرط فيها يتمثل في استحقاق العامل النسبة المتفق عليها في كل جزء يعمل؛ لأنه بغير هذا الشرط لا يستحق العامل شيئاً من الجعل

¹ انظر البيان 414/8، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 10/4.

² من الفقهاء الذين نصوا على جواز إعطاء نسبة في الجعالة إذا كان العوض مما يحصل من العمل: - الحنابلة: في قولهم: إذا قال الأمير: "من دل على حصن كذا فله كذا" كانت جعالة صحيحة. قواعد ابن تيمية 170.

- المالكية: في قولهم: في تحصيل الديون بجزء منها أن ذلك جعالة صحيحة انظر البيان 414/8 والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 10/4.

إلا بإتمام جميع العمل كما هي القاعدة في الجعالة فيضيع عمله سدى في شيء استفاد منه الجاعل؛ فمثلاً باقتضاء جزء من الدين وترك باقيه انتفاع للجاعل دون العامل، وذلك غير جائز في عقد الجعالة¹.

2 - يترتب على هذا التحويل سريان أحكام الجعالة من حيث عدم لزومها، وعدم جواز تحديد زمن للعمل فيها؛ للضرر الواقع على العامل بذلك؛ لأن العامل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل وقد ينقضي الزمن قبل التمام فيذهب عمله باطلاً²، إلى غير ذلك من أحكامها.

مثال آخر: تحول شركة المفاوضة إلى شركة عنان عند فقهاء الحنفية:

تبنى شركة المفاوضة عند فقهاء الحنفية على مشاركة اثنين فأكثر في جميع ما يملك من نقد، على وجه التفويض العام بينهما، بحيث يكون كل منهما وكيلاً عن الآخر فيما وجب له، وكفياً عنه فيما وجب عليه؛ كما أنها قائمة عندهم على تمام المساواة وتحقيقها ابتداء وانتهاء. فقد اشترطوا لصحة شركة المفاوضة المساواة في مال الشركة من حيث قدره وقيمته، وأن يدخل كل شريك كل ما لديه من نقد، فلا يصح أن يكون لأحدهم مال خارج الشركة مما تجور به الشركة من النقدين.

فلو انعقدت الشركة مستوفية لهذه الشروط، ثم ملك أحد الشركاء مالاً: بإرث أو هبة أو وصية، أو قبض ديناً نقداً كان دائماً به بطلت الشركة؛ لفوات المساواة فيما يصلح أن يكون رأس مال للشركة.

لكن فقهاء الحنفية نصوا على أنه يمكن تصحيحها بقلبها إلى شركة عنان؛ لأن شركة العنان لا تشترط فيها المساواة، بل تصح مع التفاضل والمساواة في رأس المال، وتصح ببعض مال الشريك الذي يحق له أن يشارك بما شاء من ماله ويبقى ما يشاء³.

¹ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 64/4.

² انظر حاشية الدسوقي 10/4، والشرح الكبير 63.62/4.

³ انظر المختار وشرحه الاختيار 14/3-18 والفتاوى الهندية 308/2. 311 والبحر الرائق 182/5.

185.

وفتح القدير 160/3.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

1 - لم يكن حصول التحول من شركة المفاوضة الفاسدة إلى شركة عنان عن طريق إضافة تصرف جديد يحدثه الشريكان على عقد الشركة يحمل معنى شركة العنان وخصائصها؛ بل لأن فقدان شرط المساواة التي تبطل به المفاوضة غير مبطل لشركة العنان، الأمر الذي جعل تكييفها على شركة العنان صحيحة مستوفية لأركانها وشروطها، من غير إضافة تصرف جديد من شرط أو غيره.

وإنما تأتي ذلك؛ لتفرع شركة العنان عن شركة المفاوضة - أو كما يقول علماء الحنفية عنها: إنها أخص وأدون¹ من شركة المفاوضة - واستواء أحكامهما، إلا في بعض شروط تجب في المفاوضة ولا تجب في العنان؛ فلذلك صاغ فقهاء الحنفية ضابطا في تصحيح شركة المفاوضة الفاسدة بتحويلها إلى شركة عنان يقول: إن كل موضع فسدت فيه المفاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان صارت عنانا².

2 - لو اتفق الشريكان برضاها على تحويل المفاوضة إلى عنان، صح لهما ذلك؛ اعتمادا على عموم ضابط الحنفية في أن "كل موضع فسدت فيه المفاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان صارت عنانا"؛ فلو تراضيا بعد العقد على إسقاط شرط من الشروط الواجب توافرها في صحة شركة المفاوضة والتي لا تشترط في شركة العنان، كإسقاطهم شرط التساوي في رأس مال الشركة أو في ربحها، أو إسقاط الكفالة، أو تقييد أحد الشركاء بنوع من التجارة، أو ما أشبه ذلك مما لا يشترط في العنان ويحقق مصلحة لهما، فإنها تتحول إلى شركة عنان تأخذ أحكامها وشروطها.

3 - لا يعني تحول العقد من شركة مفاوضة إلى شركة عنان سقوط الالتزامات المترتبة عن شركة المفاوضة من عقود وتعهدات وديون؛ بل إن هذه الالتزامات واجبة التنفيذ؛ لتعلق حق الغير بها أولا، ولأن التحول لا تأثير له في تغير تفاصيل أحكام الشركة؛ وذلك لمساواة العنان للمفاوضة في الأركان والأحكام والشروط والمفاسدات، ولا يفترقان إلا في بعض شروط تجب

¹ انظر البحر الرائق/5192. والمبسوط 11/176

² انظر المختار وشرحه الاختيار 3/14 - 18 والبحر الرائق 5/182. 185،

للمفاوضة ولا تجب للعنان¹؛ فقد نص فقهاء الحنفية أن ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة².

لكن ينبغي تقييد وجوب تنفيذ الالتزامات بالالتزامات المترتبة عن مجالات الشركة وأعمالها، لا الالتزامات المترتبة على كفالة كل منهما عن الآخر لَدَيْنِه بسبب لا علاقة له بمال الشركة من تجارة أو إجارة أو استهلاك أو غصب فالآخر غير ضامن له ولا كفيل عنه كما هو الشأن في شركة المفاوضة.

الفرع الآخر: تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر فاسد لتصحيح آثاره عليه:

الأصل تصحيح العقد الفاسد بإرجاعه إلى أصل نفسه: تعالج آثار العقود الفاسدة بناء على العقد الفاسد نفسه؛ لا بناء على عقد آخر فاسد؛ لسببين:

أولهما: الأصل أن كل عقد أصل مستقل بنفسه، فوجب أن يرد فاسده إلى فاسد نفسه³.

الثاني: قياسا على عقود البيع والإجارة والنكاح؛ التي يرد فاسدها إلى فاسد نفسها؛ فالبيع الفاسد يرد إلى ثمن المثل، والإجارة الفاسدة ترد إلى أجرة المثل، والنكاح الفاسد يرد إلى مهر المثل؛ فوجب أن ترد سائر العقود الفاسدة إلى فاسد مثلها.

تطبيقات تحويل العقد الفاسد، إلى عقد إجارة فاسدة:

يرجع سبب تحويل النازلة من عقد فاسد إلى عقد الإجارة الفاسدة، فتعالج آثارها بناء على الإجارة الفاسدة، ولا تعالج آثارها بناء على العقد الفاسد نفسه؛ للأسباب الآتية:

السبب الأول: تحقق رضا المتعاقدين:

إذا اشترط أحد المتعاقدين شرطا لإبرام عقده، فإن الأصل وجوب الالتزام بهذا الشرط؛ إذ لو أجبر على تنفيذ العقد من غير مراعاة لشرطه، للزم على ذلك فقدان حصول الرضا المبينة عليه كافة العقود؛ لكن يحدث أحيانا أن يكون هذا الشرط غير جائز وقد جرى تطبيق العقد، الأمر الذي يؤدي إلى إشكال شرعي عند مراعاة آثار هذا الشرط، وإلى فقدان حصول الرضا إذا لم

1 انظر البحر الرائق 5/191، 182

2 انظر الفتاوى الهندية 311/2.

3 انظر الشرح الكبير على مختصر خليل 3/540.

تراجع آثاره، ويخرج من هذا الإشكال بتحويل هذه النازلة إلى عقد جديد وتكييفها عليه؛ ويتضح هذا في تحول عقد الإعارة إلى إجارة فاسدة:

إذا اشترط المعير على المستعير - وإن لم يفرط أو يتعد - ضمان ما لا يصح اشتراط ضمانه مما لا يغاب عليه كدابة مثلاً؛ فهذا الشرط غير جائز - عند فقهاء المالكية - في العارية؛ لأنها قائمة على أمانة المستعير وعدم تضمينه، فيفسخ عقد العارية إن اطلع عليه قبل استيفاء المنفعة¹؛ فإن استوفيت المنفعة أو بعضها نكون أمام إشكال سواء في مراعاة الشرط؛ لفساده، أو في عدم مراعاته لكون المعير لم يرض بالإعارة إلا بحصول شرطه.

وقد خرج الفقهاء من هذا الإشكال بتحويل هذا العقد من الإعارة؛ فقالوا: إن اشتراط الضمان على المستعير يخرج المسألة عن حكم العارية وسنتها وأهم خصائصها وهو أمانة المستعير وعدم تضمينه، يخرجها إلى باب الإجارة؛ لأن هذا الشرط يؤدي إلى أن هذا العقد عقد معاوضة، إذ يجب على المستعير دفع عوض للمعير في حال تلف الشيء المعار بضمان قيمته التي لا تلزمه شرعاً؛ إذ العارية لا عوض فيها، فخرج هذا العقد عن العارية، ولحق بعقد الإجارة المبنية على المعاوضة²، لكنها إجارة فاسدة لجهالة العوض فيها؛ لأنه كأنه أجره بقيمتها وهي مجهولة، فيرد هذا العوض المجهول إلى معلوم وهو أجره المثل فيما استوفيت منفعته³.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

- لم يكن حصول التحول من العارية إلى الإجارة بسبب إضافة تصرف جديد أحدثه المتعاقدان بعد انعقاد العقد، بل حصل بسبب أمرين:

أولهما: وجود شرط الضمان المصرح به في العقد؛ الذي أخرج المسألة عن حكم العارية وسنتها وأهم خصائصها وهو أمانة المستعير وعدم تضمينه.

ثانيهما: استيفاء منفعة الشيء المعار أو بعضها؛ لأنه لو اطلع على عقد العارية قبل استيفاء المنفعة لوجب فسخه؛ ولم يحول إلى عقد إجارة.

1 انظر حاشية الدسوقي 436/3.

2 إنما لحقت الإعارة بالإجارة لا بغيرها من العقود؛ لشبهها بها في كونها انتفاعاً مؤقتاً.

3 انظر البيان والتحصيل 334/15. وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير 436/3. والمقدمات 252/2.

- روعي بهذا التحول عدم استمرار فساد العقد بسبب شرطه المفسد، كما روعي المعير عند اشتراطه تضمين المستعير الذي يستلزم حصوله على عوض، وقد تمثل هذا العوض بعد هذا التحول في حصوله على أجره المثل.

- التعليل لوقوع الإجارة فاسدة بجهالة العوض فيها لا يفهم منه أنه إذا كانت قيمة الشيء المعار معلومة أن تكون الإجارة صحيحة؛ استحساناً؛ لأن قيمة الشيء المعار قد تكون كبيرة، وفي إلزام المستأجر بدفعها كأجرة مسماة، وهي بعيدة في قيمتها عن أجره المثل إلحاق ظلم بالمستأجر تأباه الشريعة.

السبب الثاني: وجود مفسد مخرج للعقد عن حقيقته:

قد ينشأ العقد فاسداً بسبب مفسد ترتب عنه خروج العقد عن ماهيته وحقيقته إلى عقد آخر، الأمر الذي لا يجوز معه معالجة الآثار بناء على العقد الأول؛ فيحول حينئذ إلى عقد آخر فاسد يمكن تطبيق تلك الآثار عليه؛ وذلك مراعاة لعدم تداخل العقود واحتفاظ كل عقد بحقيقته التي تميزه عن غيره من العقود، كما في صورة المساقاة الآتية:

اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر أخذ زيادة من نقد أو عرض على نسبته من الثمار: لا يجوز لأحد المتعاقدين في المساقاة أن يشترط زيادة على نسبته من الثمار نقداً أو عرضاً، فإذا حصل ذلك خرجا عن حقيقة عقد المساقاة، وانتقل تصرفهما إلى عقد إجارة فاسدة؛ لأنه إن كانت الزيادة من رب الحائط؛ فكأنه استأجر العامل على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من عين أو عرض وبجزء من ثمرته، وذلك إجارة فاسدة توجب الرد لأجرة المثل، ويحسب منها تلك الزيادة، ولا شيء له من الثمرة.

وإن كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عن حقيقة المساقاة إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها؛ لأن العامل كأنه اشترى الجزء المسمى له من الثمرة من ربع أو نصف بما دفعه لرب الحائط وبأجرة عمله، فوجب أن يرد إلى أجره مثله، ويأخذ ما دفعه ولا شيء له من الثمرة¹.

¹ انظر الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه 261/2.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

- تبين أن سبب الفساد إذا كانت الزيادة من رب الحائط هو جهالة العوض المتمثل في الثمار التي يستحقها العامل التي قد تحصل أو لا تحصل؛ ولا يقال إن أصل المساقاة متصفة بهذا الغرر كذلك؛ لأنه يمكن القول إن هذا العقد بهذا الشرط لم يعد عقد مساقاة بل انتقل إلى إجارة يشترط فيها اكتمال شروط صحتها من انتفاء جهالة العوض وغيره من الشروط.

- لم يعض عقد المساقاة بتصحيحه بإعطاء مساقاة المثل، بل فسخ؛ لأن الفساد لم يكن لحصول ضرر أو غرر، أو نحو ذلك من كل ما يفسد عقد المساقاة ولا يخرجها عن حقيقتها؛ بل كان الفساد مخرجاً للمساقاة عن حقيقتها إلى عقد آخر كما هو واضح في عرض المسألة؛ وهذا هو الفارق بين ما يجب فيه أجرة المثل مع فسخ العقد، وبين ما يجب فيه مساقاة المثل مع إمضاء العقد¹.

السبب الثالث: وقوع ظلم على أحد العاقلين:

لا يمكن - أحيانا - التعامل مع نتائج الفاسد نفسه وآثاره، إلا بوقوع ظلم على أحد المتعاقدين، فيلجأ إلى تحويل النازلة إلى عقد آخر فاسد، يمكن تصفية تلك الآثار عليه من غير وقوع ظلم للعاقلين أو أحدهما؛ وتشمل العقود التي تحول إلى إجارة فاسدة؛ رفعا للظلم العقود الآتية: العقود التي يكون العوض فيه على البلاغ لا يستحق العامل فيه شيئا إلا بالتمام؛ والعقود التي يكون الربح فيها تابعا للمال وكان عمل أحد العاقلين فيها أكثر من صاحبه؛ والعقود التي لا يحق للعامل فيها القيام بالجائحة.

أ - العقود التي يكون العوض فيه على البلاغ، ولا يستحق العامل فيه شيئا إلا بالتمام، كما في تحويل المغارسة الفاسدة إلى إجارة فاسدة؛ ذلك أن الحكم بفسخ عقد المغارسة الفاسدة يترتب عليه أن الغارس لا يستحق شيئا على عمله إلا بثبوت الغرس وبلوغه الحد المشروط؛ فإن المغارسة كما يقول الفقهاء على البلاغ لا يستحق العامل فيها شيئا إلا بالتمام²، وفي الفسخ قبل بلوغ هذا الحد وعدم إعطاء الغارس شيئا ظلم له، أما إذا حول هذا العقد إلى إجارة فاسدة

¹ انظر الشرح الكبير 548/3.

² انظر التسولي 159/2.

يستحق معها الغارس أجرة مثله فيما عمله يكون قد روعيت قواعد الشرع في عدم الاستمرار في العقد الفاسد مع ضمان عدم وقوع الظلم على أحد.¹

ب - العقود التي ليس للعامل فيها القيام بالجائحة؛ ويتمثل ذلك في:

التحول من المساقاة إلى الإجارة:

يشترط فقهاء المالكية لصحة المساقاة ألا تنعقد بعد بدو صلاح الثمار؛ وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة²؛ لأن في ذلك منفعة لرب الحائط المتمثلة في سقوط الجائحة عنه؛ لأن الثمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن للمساقي "العامل" قيام بالجائحة، وكان بالخيار بين أن يتمادى على مساقاته، أو يخرج عنها.

فإذا وقع هذا العقد فسخ إن اطلع عليه قبل فواته بالعمل؛ فإن فات بالعمل حول عقده من مساقاة إلى إجارة فاسدة يجب فيها أجرة المثل يستحقها العامل فيما عمل³.

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

- لم يصحح عقد المساقاة بعد بدو الصلاح بإعطاء مساقاة المثل وإمضائه وعدم فسخه؛ لأن هذا المفسد يخرج المساقاة عن حقيقتها⁴.

- وقع التحول من عقد مساقاة إلى إجارة لسببين:

أولاهما: أن العامل في الإجارة له أن يقوم بالجائحة بعد بدو صلاح الثمار؛ فله أن يرجع بأجرة مثله فيما عمل؛ وفي ذلك رفع للظلم عن العامل، وتجنب لضياع عمله سدي.

ثانيهما: أن هذه الأجرة للعامل المستحقة في الإجارة مترتبة في الذمة؛ أما عوض العامل في المساقاة فمتعلق بالثمار المعينة الناشئة من عمل مساقاته.

1 انظر البيان والتحصيل 404/15.

2 انظر المدونة ومختصر خليل والشرح الكبير عليه 539/3، وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير أن سحنون أجاز المساقاة بعد بدو الصلاح على حكم الإجارة؛ بناء على مذهبه من انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة.

3 انظر البيان 168.167/12.

4 انظر المصدر السابق نفسه.

ج - العقود التي يكون الربح فيها تابعا للمال وكان عمل أحد العاقدین فيها أكثر من صاحبه؛ ويتمثل ذلك في تحويل شركة العنان الفاسدة إلى الإجارة الفاسدة: تفسد شركة العنان عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والظاهرية وزفر من الحنفية باشتراط التفاوت بين نسبة رأس المال المشارك به في الشركة من أحد الشركاء وبين نسبة ربحه¹. ونص فقهاء المالكية على فسخ عقد الشركة إن اطلع على هذا الشرط قبل العمل، فإن اطلع عليه بعده فللعقد أحكام أخرى تتمثل في شيئين: أن يوزع الربح تبعا لرأس المال المشارك به، لا على ما اتفقا عليه، وأن يحول عقد الشركة إلى إجارة فاسدة فيما يتعلق بما زاد به أحد العاقدین من العمل على صاحبه، فيعطى أجرة مثله في ذلك؛ لئلا يضيع عمله سدى بلا مقابل، وفي ذلك غبن وظلم له².

التحليل الفقهي لهذا التطبيق:

- يلاحظ في هذا التحول أنه لم يتم في كامل العقد؛ بل في جزئه؛ فقد تحول منه فقط ما تعلق بعمل أحد الشريكين الزائد على عمل شريكه، ولم يتعلق بتوزيع الربح الذي يتبع رأس المال كما هو المقرر في شركة العنان.

. يتضح في هذا التحول رفع للظلم والغبن الذي قد يقع على أحد المتعاقدين؛ وذلك جلي باتفاق شريكي العنان على أن يسهم أحدهما بثالث المال، مع دخوله على المناصفة في الربح والعمل، مما تفسد معه الشركة؛ وتصحيحها بالاعتصار على إرجاع نسبة الربح إلى نسبة المال المشارك به، من غير معالجة للتفاوت الواقع بين نسبة العمل ونسبة المال المشارك به - ينشأ عنه وقوع ظلم عليه.

لكن بإعطائه أجرة ما زاد من العمل على صاحبه، رفع للغبن عنه، مع تطبيق قاعدة الربح تابع للمال المقرر في شركة العنان بتنفيذ توزيع نسبة الربح تبعا لنسبة المال المشارك به.

¹ انظر مختصر خليل مع الشرح الكبير 354/3 وتحفة المحتاج 389/2 والمحلّى 8/ والاختيار 18/3.

² انظر الشرح الكبير للدردير 354/3، وشرح التسوي 211/2.

ثانيا: تصحيح العقد الفاسد بحذف المفسد

يعد تصحيح العقد بحذف المفسد أحد طرق تصحيح العقود الفاسدة، وقد أخذ بهذا المصحح الفقهاء الحنفي، والمالكي الذي توسع فقهاؤه في الكلام على حذف المفسد، وتأصيله، وذكروا شروط حذفه والتصحيح به، كما سيتضح فيما يأتي:

ما نص عليه فقهاء المالكية من حذف المفسد:

قرر فقهاء المالكية أن حذف الشرط المفسد يعد أحد طرق تصحيح العقود الفاسدة، التي يمكن أن تنقلب صحيحة إذا رضي مشروطها بالتنازل عنه وحذفها؛ وقد نصوا من الشروط المفسدة التي يصح العقد بحذفها على الآتي:

أولاً: إسقاط الشرط المناقض للمقصود من العقد:

النوع الأول من الشروط المفسدة للعقد، التي يمكن تصحيح العقد بحذفه، هو: الشرط المناقض للمقصود بالعقد، ومنه: الشرط الذي يقتضي التحجير على المشتري فيما اشتراه، الذي يؤدي إلى نقص في الملك؛ كما يقول الإمام مالك في الموطأ.¹

ويقتضي الملك التأم للمبيع الذي ذكره الإمام، إعطاء المشتري الحقوق الآتية:

أولاً: القدرة على انتفاع المشتري بالمبيع، على أي وجه أراده، خال من الضرر.

ثانياً: التصرف في المبيع بكل ما أجازته الشريعة من تصرفات وعقود: كالبيع والإجارة والرهن والتبرع والإعارة.

ثالثاً: إقامة العلاقة - بهذه العقود والتصرفات - مع من يشاء ممن له أهلية التصرف.

رابعا: استمرار ملك المشتري للمبيع؛ حتى انتقاله لورثته في حال موته، إلا إذا أراد المشتري إنهاءه، بنقله للغير بالتبرع به أو بيعه.

وبالاستقراء للأمثلة التي ذكرها فقهاء المالكية للشرط المناقض للمقصود من العقد تبين الأوجه الآتية:

¹ الموطأ 2/616.

أن اشتراطَ البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أو يهبه - مثلاً - تقييداً لحقه في التصرف. أو على أنه إن باع السلعة فهو أحق بها بالثمن الذي تباع به، أو اشتراها به منه؛ أو لا يبيعها إلا لفلان أو جهة معينة؛ تقييداً للمشتري في إقامة العلاقة مع من يشاء. والشرطُ عليه ألا يزرع الأرض التي اشتراها أو يبيي عليها، أو ألا يخرج بالمبيع من البلد تحجيراً عليه في الانتفاع به.

كما أن الاشتراط عليه أن يبيع المبيع بعد زمن أو يهبه، تقييداً زمناً للملك¹. ويمكن أن نُلخص تلك الأوجه كلها فيما قاله - العلامة التسولي - أن المؤثر في هذه الشروط هي كونها من باب (اشتراط ما يوجب الحكم خلافه؛ لأن الحكم يوجب جواز تصرف المشتري في مشتراه على أي وجه شاء)².

تصحيح العقد بحذف الشرط المناقض للمقصود بالعقد:

المشهور عند فقهاء المالكية أن العقد الفاسد بسبب شرطه المنافي للمقصود من العقد إذا عُلم به قبل فوات السلعة، يمكن تصحيحه، فينقلب من الفساد إلى الصحة؛ إذا رضي مشترطه (البائع) بالتنازل عنه وحذفه³؛ مع إلزامه بقبول الثمن نفسه المتعاقد عليه⁴. وقد نص على هذا النوع من التصحيح من أئمة المالكية: مالك، وابن القاسم، وغيرهما⁵ وهذه بعض نصوص فقهاءهم حول صحة العقد إذا تم حذف الشرط المحجّر المنافي للمقصود من العقد:

ففي المدونة: (عن علي بن زياد عن مالك بن أنس فيمن ابتاع جارية على أن لا يبيعها ولا يهبها فباعها المشتري، أنه ينقض البيع وترد إلى صاحبها إلا أن يرضى أن يسلمها إليه ولا شرط

1 انظر بعض هذه الأمثلة في: المقدمات لابن رشد 64/2، وشرح التسولي 7/2.

2 شرح التسولي على العاصمية 7/2.

3 انظر المدونة 319/4 والمقدمات لابن رشد 65/2 وإكمال الإكمال 296/5 والشرح الكبير على مختصر خليل 67.66/3 وتهذيب البراذعي 657/2.

4 انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 67/3.

5 لم ير هذا التصحيح من فقهاء المالكية: أشهب، كما في التوضيح 353/5.

فيها)¹. وجاء في مقدمات ابن رشد عند كلامه على صور الشرط الذي يقتضي التحجير على المشتري، إذا وقع شيء منها: (أنه يفسخ ما دام البائع متمسكا بشرطه، وإن ترك الشرط صح البيع، وهو المشهور في المذهب)²؛ وفي مختصر خليل مع الشرح الكبير: (وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة أو حذف شرط التدبير ونحوه من كل شرط يناقض المقصود)³.

ومن أمثلة الشرط الفاسد المناقض لمقتضى العقد في باب الإجارة، التي يمكن تصحيح عقد الإجارة بحذفها:

1. شرط ضمان الأجير والمستأجر: يرى فقهاء المالكية أن متولي العين المؤجرة من أجير كراخ للغنم ومستأجر للدار أمين، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع والتلف، ولا يضمن إلا إذا حصل منه تفريط، فلو شرط عليه ضمانها بغير تفريط، فالشرط فاسد مفسد للعقد، مخالف لمقتضاه في ألا يضمن متولي العين المؤجرة إلا بالتعدي والتفريط. لكن إذا سقط الشرط قبل فوات العقد بانقضاء مدته، فتمضي الإجارة وتصحح بالأجرة التي تراضيا عليها حال العقد⁴.

2 - شرط عدم استفادة المستأجر من العين المؤجرة بكامل مدتها إن خرج منها: جوز فقهاء المالكية استئجار العقار شهراً - مثلاً - على شرط أنه إن سكن مستأجره يوماً فأكثر من الشهر لزمته الأجرة بتمامها ولو خرج منه، لكن بشرط أن يملك المستأجر الانتفاع ببقية المدة بالسكنى أو الإسكان أو غير ذلك من وجوه الانتفاع. فإن دخلاً على خلاف ذلك، واشترط على المستأجر أنه إذا خرج من العقار في أثناء المدة فإنه لا يتصرف فيه بسكنى ولا غيرها، كان العقد فاسداً؛ لمخالفته لمقتضى العقد؛ لأن مقتضاه أن

1 المدونة 319/3.

2 المقدمات 65/2.

3 مختصر خليل مع الشرح الكبير للدردير 67/3.

4 نفس المصدر 24/4.

يستفيد المستأجر بكامل المدة المتفق عليها؛ لكن إن أسقط هذا الشرط قبل انقضاء المدة صح العقد¹.

الإمام ربيعة بن أبي عبد الرحمن (ربيعة الرأي)، أقدم من نص على تصحيح العقد بحذف الشرط المَحْجَر:

ينبغي أن تنسب نظرية حذف المفسد في الفقه الإسلامي إلى الإمام ربيعة بن أبي عبد الرحمن؛ فإنه أول من نص - بناء على ما اطلعت عليه - على تصحيح العقد الفاسد بسبب الشرط المحجر إذا رضي مشروطه بالتنازل عنه وتركه؛ فقد ورد في المدونة عن سحنون قال: (وأخبرني ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ربيعة بن عبد الرحمن أنه قال: كل شرط احتجر به على رجل في جارية يبتاعها، يُمنع به هبتها وبيعها، أو ما يجوز للرجل في ملكه، أو يشترط عليه أن يُلتمس ولدها ولا يعزلها؛ فلا يحل له أن يطأها على شيء من هذه الشروط.

وإن اشترط ذلك عليه فأهل الجارية أحق بجواز البيع إن تركوه من الشروط وخلوا بينه وبين الجارية بغير شرط، وإن أبوا تناقضوا البيع؛ وذلك أنه لا يحل له من الجارية ما اشتراها له به من أن يمسه والحاجة له إليها والشرط الذي اشترط عليه فيها؛ فأهل الجارية بالخيار إن شاءوا وضعوا عنه الشرط، وإن شاءوا نقضوا البيع، إن لم يطأها؛ فإن وطأها كان في ذلك رأي الحكم².

فقد صرح الإمام ربيعة بأن البائع بالخيار إن شاء وضع الشرط عن المشتري، أي: أسقطه؛ وإن أبى نقض البيع، وفي قوله: "لا يحل له أن يطأها على شيء من هذه الشروط" موافقة لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، الذي رواه مالك في الموطأ، وفيه: "أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية، واشترطت عليه أنك إن بعتهما فهي لي بالثمن الذي تبيعها به؛ فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، قال عمر بن الخطاب: لا تقر بها وفيها شرط لأحد"³.

1 انظر حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير 44/4.

2 المدونة 319/4.

3 الموطأ 616/2.

وفي قول عمر في هذا الأثر إشارةً لنظرية حذف المفسد في الفقه الإسلامي؛ بناءً على تأويل بعض الفقهاء لقول عمر: "لا تقر بها وفيها شرط لأحد"، أنه قصد به أنه "لا يجوز للمبتاع أن يطاءً حتى يوقف البائع فيتترك الشرط ويمضي البيع"؛¹ قال ابن رشد: وهو أظهر التأويلات؛ لأن ظاهر الأثر أنه إنما سأله بعد أن اشتراها؛ لا قبله مستشيراً له في شرائها؛ راداً بذلك على تأويل ابن حبيب لقول عمر: لا تقر بها وفيها شرط لأحد؛ أي: لا تشتريها وفيها شرط لأحد.²

لمن الحق في الخيار بين إسقاط الشرط مع إمضاء البيع، وبين فسخ العقد؟

أعطى الفقهاء الحق في الخيار بين إسقاط الشرط والتنازل عنه مع إمضاء البيع، وبين عدم التنازل عنه وفسخ العقد - أعطوا هذا الحق لمشرطه وهو البائع؛ فهو أحق بإجازة عقد البيع - كما قال الإمام ربيعة الرأي - إن ترك شرطه وخلى بين المشتري وبين سلعته بغير شرط، وإن أبي نقض البيع.³

وإنما أُعطي حق الخيار للبائع؛ لأن البيع قد وقع بأنقص من الثمن المعتاد؛ لأجل الشرط؛⁴ فعولج هذا النقص بتخييره بين إمضاء البيع بالثمن نفسه المتعاقد عليه، وبين فسخ البيع إن أراد التمسك به؛ وتخييره يرفع الضرر عنه.

شبهة على تصحيح العقود بحذف الشرط المناقض للمقصود من العقد:

قد يقال: إن في تصحيح عقد البيع بإسقاط الشرط المحجر ظلم للبائع؛ ذلك أنه لم يرض بانعقاد العقد إلا بوجود شرطه؛ فكيف جاز العقد بإسقاط الشرط، مع وجود هذا الظلم؟!
يجاب عن ذلك، بأن في إعطاء الخيار لمشرط الشرط المناقض للمقصود من العقد: إما بالتنازل عن شرطه وإمضاء البيع، أو بعدم التنازل عنه وفسخ البيع - إعطاؤه هذا الخيار رفع للظلم الواقع عليه؛ إذ خيره تنفي ضرره كما يقول الفقهاء.

1 البيان والتحصيل 7/ 265.

2 انظر المصدر السابق نفسه.

3 انظر المدونة 4/ 319. ومقدمات ابن رشد 2/ 65.

4 انظر الشرح الكبير على مختصر خليل 3/ 67. ومقدمات ابن رشد 2/ 65.

فعولج الظلم على البائع عند التصحيح بإسقاط الشرط بتخييره؛ كما عولج ضرر الإخلال بالثمن - عند فوات السلعة وعدم تخييره بالإسقاط - باستحقاقه الأكثر من الثمن والقيمة يوم القبض؛ لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعتاد؛ لأجل الشرط؛¹ فارتفع بذلك ما قد يُحدثه الشرط من الإخلال بالثمن.

¹ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 67/3. ومقدمات ابن رشد 65/2.

إسقاط شرط القرض مع عقد البيع

النوع الثاني من الشروط المفسدة للعقد، التي يمكن تصحيح العقد بحذفه، هو: شرط السلف مع البيع:

دليل النهي عن شرط السلف مع البيع، وعلمته:

ذهب الفقهاء إلى منع اجتماع القرض مع البيع في عقد واحد، وأنه إذا اشترط أحد المتبايعين قرضاً من العاقد الآخر في عقد البيع، فإنه يقع فاسداً؛¹ وحكى بعضهم الإجماع على هذا المنع.²

وقاس الفقهاء على عقد البيع عقوداً أخرى، فمنعوا كل ما قارن السلف من إجارة أو شركة أو قراض أو نكاح؛ لاشتغالها على علة النهي الوارد في الحديث³؛ وهو ما ورد في الموطأ وسنن النسائي والترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف.⁴

تصحيح العقد بحذف شرط السلف مع البيع:

المشهور في مذهب مالك أن عقد البيع الفاسد بسبب شرط سلف أحد المتبايعين من الآخر يصحح إن حذف شرط السلف، بالثمن المسمى نفسه الذي وقع البيع به؛ ويفسخ العقد إن أبي مشترط السلف ترك شرطه؛⁵ وهذه نصوص أقوال فقهاءهم: جاء في الموطأ: قال مالك - بعد تفسيره لحديث النهي عن بيع وسلف - «فإن ترك الذي

1 انظر البحر الرائق 93/6 وتحفة المحتاج 138/2 والمغني 260/4 والمحلى 552/8

2 انظر شرحي ابن ناجي وزروق على الرسالة 124/2.

3 انظر شرح ابن ناجي على الرسالة 125/2.

4 روى مالك بلاغاً: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف. ووصله النسائي، والترمذي وقال: حديث حسن صحيح. انظر: الموطأ 657/2 كتاب: البيوع. باب: السلف وبيع العروض بعضها ببعض.

وسنن الترمذي 534/3 كتاب البيوع، باب: كراهية بيع ما ليس عندك. وسنن النسائي 7/288 كتاب:

لبيوع. باب: بيع ما ليس عند البائع.

5 انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 67/3. والبيان والتحصيل 215/7، والمقدمات 65/2.

ومقابل المشهور أن العقد يفسخ ما دامت السلعة قائمة؛ فإن فاتت السلعة وجبت فيها القيمة بالغة ما

بلغت؛ كانت أقل من الثمن أو أكثر. انظر البيان والتحصيل 265/7، والمقدمات لابن رشد 66.65/2.

اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا».¹

وفي البيان والتحصيل: أن البيع على السلف يفسخ على القول "المشهور ما دام البيع متمسكا بشرطه؛ فإن ترك السلف صح البيع"؛² وفي مختصر خليل مع الشرح الكبير: (وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة أو حذف شرط التدبير ونحوه من كل شرط يناقض المقصود).³

الشبه على تصحيح العقد الفاسد بحذف شرط السلف:

قد يقال: إن في تصحيح عقد البيع بإسقاط شرط السلف ظلم لمشتربه؛ ذلك أنه لم يرض بانعقاد العقد إلا بوجود شرطه؛ فكيف جاز العقد بإسقاط الشرط، مع وجود هذا الظلم؟
يجاب عن ذلك، بأن في إعطاء الخيار لمشتري السلف: إما بالتنازل عن شرطه وإمضاء البيع، أو بعدم التنازل عنه وفسخ البيع - إعطاؤه هذا الخيار رفع للظلم الواقع عليه؛ إذ خيره تنفي ضرره كما يقول الفقهاء.

فعولج الظلم على البائع عند التصحيح بإسقاط الشرط بتخييره؛ كما عولج ضرر الإخلال بالثمن - عند فوات السلعة وعدم تخييره بالإسقاط - باستحقاقه الأكثر من الثمن والقيمة إن كان المشتري للسلف هو المشتري؛ وإيجاب الأقل من الثمن والقيمة إن كان مشتري السلف هو البائع⁴، فارتفع بذلك ما قد يُحدثه الشرط من الإخلال بالثمن.

هل يجبر صاحب الشرط الفاسد على إسقاط شرطه، أم أن ذلك يرجع إلى رضاه واختياره؟

الأظهر فقها أن صاحب الشرط يخير بين إسقاط شرطه مع إمضاء العقد، وبين التمسك بشرطه مع فسخ العقد؛ وأن الأمر راجع إليه؛ للآتي من الأدلة:

1 - يتضح من تعبير الفقهاء إلى أن الاختيار يعود لصاحب الشرط؛ ففي الموطأ قال مالك:

1 الموطأ 657/2

2 انظر البيان والتحصيل 265 / 7

3 مختصر خليل مع الشرح الكبير للدردير 67/3.

4 انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 67/3. ومقدمات ابن رشد 65/2.

«فإن ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزاً»¹؛ وفي التمهيد لابن عبد البر: "إذا طاع الذي اشترط السلف بترك سلفه"²؛ وفي مقدمات ابن رشد: "يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكا بشرطه"³

2. أن في إجبار صاحب الشرط على إسقاط شرطه مع إمضاء العقد، إكراهًا له على عقد لم يرتضه؛ لأنه قد يقول بأنه إنما اختار العقد ورضي به بسبب الشرط المصاحب له؛ ومبنى العقود وشرعيتها على الرضا.

أما إذا خير بين إسقاط شرطه مع إمضاء العقد، وبين التمسك بشرطه مع فسخ العقد؛ فقد رفع الظلم عنه؛ إذ خيره تنفي ضرره، كما يذكر ذلك الفقهاء.

المفسدات التي لا تصح بحذف المفسد:

يتناول هذا المطلب ما نص عليه فقهاء المالكية من الشروط المفسدة التي لا يصح العقد بحذفها؛ بل يجب فسخها، ولو رضي مشترط الشرط بحذفه؛ وهي:

1 - البيع الفاسد بسبب وجود الشرط الحرام لذاته:

إذا شرط في عقد البيع شرط حرام فإنه يبطل العقد ولا يصح بحذف الشرط المفسد، والمقصود بالشرط الحرام، الحرام لذاته؛ كبيع محل واشتراط أن يباع فيه الخمر أو أن يكون مجمعا لأهل الفساد، أو نحو ذلك من المحرمات.⁴

وذلك احترازًا من الشيء المشروط إذا كان في أصله حلالًا جائزًا، كاشتراط البائع على المشتري أن يحتفظ بما اشتراه ولا يبيعه ولا يهبه، فهذا الفعل المشروط مما يجوز للمشتري فعله؛ والممنوع إنما هو اشتراطه في العقد، ويندرج هذا النوع من الشروط تحت الشروط المحجرة على المشتري فيما اشتراه والمنافية لمقتضى العقد، والتي سبق بيان أنها قابلة للتصحيح بحذف الشرط المفسد المحجر المنافي لمقتضى العقد.

1 الموطأ 657/2

2 التمهيد 193/12.

3 المقدمات لابن رشد 65/2.

4 شرح التسولي على العاصمية 8/2.

2 - البيع الفاسد بسبب وجود شرط مؤدي إلى الغرر:

إذا شرط في عقد البيع شرط يؤدي إلى حصول صورةٍ من صور الغرر والجهالة في البيع؛ ففسد عقده ولا يصحح ولو رضي مشترطه بالتنازل عنه؛ ففي مقدمات ابن رشد أن (الشرط إذا آل به البيع إلى الغرر أو الجهالة في الثمن أو المثلون، فالبيع فاسد مفسوخ على كل حال، ولا خيار في إمضائه لأحد المتبايعين)¹ وأنه (إذا باع الرجل السلعة بثمن مجهول أو إلى أجل مجهول، أو ما أشبه ذلك فسخ على كل حال في القيام والفوات، شاء المتبايعان أو أياها)². وفي باب الإجارة اشترط فقهاء المالكية لتصحيح عقد الإجارة بحذف الشرط المفسد ألا يوجب الشرط المفسد غرراً شديداً، فإن أوجب ذلك فسخ عقد الإجارة ولو أسقط الشرط، كما إذا أجر شخص داراً لمدة شهر، على أنه إن خرج منها في أثناء المدة رجعت الدار المستأجرة لربها، ولزمته الأجرة كاملة، فإن هذا يوجب غرراً في أصل العقد؛ إذ معنى رجوعها لربها انفساخ العقد، فهو غرر أشد من غرر اشتراط ألا يتصرف في الدار المستأجرة بسكني ولا غيرها³.

3 - اجتماع السلف مع بيع الصرف:

سبق بيان أن اشتراط عقد السلف مع عقد البيع أو مع غيره من عقود المعاوضة، هو شرط فاسد مفسد للعقد، لكن يمكن تصحيحه إن رضي مشترط السلف بحذف شرطه. واستثنى فقهاء المالكية عقد الصرف من هذه القاعدة، فذكروا أنه إن اجتمع السلف والصرف في عقد واحد فسد عقد الصرف وفسخ عقده ولو رضي مشترط السلف بتركه؛ وعللوا ذلك بأن عقد الصرف أضيق العقود، فيتشدد فيه أكثر مما يتشدد في سائر البيوع⁴.

وتتمثل مظاهر تشدد الفقهاء في الصرف في أنهم يشترطون فيه المناجزة الصحيحة التامة للعوضين؛ بحيث لا يفارق أحدهما صاحبه إلا سلمه كل العوض المعقود عليه؛ ولهذا فإنهم لا يجيزون في الصرف البيع بالآجل: مقسطاً أو لا، ولا التأخير في جزء من المصروف، ولا المواعدة

1 المقدمات لا بن رشد 66/2.

2 المقدمات 64 / 2.

3 انظر شرح الزرقاني على مختصر خليل 44/7 والشرح الكبير على مختصر خليل 44/4.

4 انظر البيان والتحصيل 38/7

بعقده، ولا الحوالة بعوضه، كما لا يجيزون فيه شرط الخيار أو الكفالة أو الرهن، ولا التصديق في جنس المصروف ولا عدده ولا وزنه، ولا أن يوكل غيره في القبض بغير حضوره؛ إلى غير ذلك من دلائل التشدد.¹

4 - العقد الفاسد بعد فواته:

يشترط الفقهاء لتصحيح العقد الفاسد بحذف المفسد أن تكون السلعة قائمة عند المشتري، لم تفت بما يفوت به المبيع الفاسد،² من حوالة سوق فأعلى، كتغير في ذات المبيع، أو تلفه، أو نقل ملكيته بيع أو تبرع: من هبة أو وقف، أو تعلق حق الغير به برهنه أو إجارته، أو غير ذلك من مفوتات البيع الفاسد.³

فإن فاتت السلعة، وكان الشرط المفسد مناقضا للمقصود من العقد فإن العقد يصحح بالدفع للبائع الأكثر من الثمن والقيمة يوم القبض؛ لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعتاد؛ لأجل الشرط؛⁴ ففي المدونة: (عن علي بن زياد عن مالك بن أنس فيمن ابتاع جارية على ألا يبيعها ولا يهبها فباعها المشتري أنه ينقض البيع وترد إلى صاحبها إلا أن يرضى أن يسلمها إليه ولا شرط فيها، فإن كانت قد فاتت فلم توجد أعطي البائع فضل ما وضع له من الشرط).⁵ وحكى ابن رشد قولاً آخر في طريقة تعويض البائع بسبب إسقاط شرطه، قائلاً: (وقيل إنه يرجع البائع على المشتري إذا فاتت بمقدار ما نقص من الثمن بسبب الشرط على كل حال، ولا ينظر في ذلك إلى القيمة كانت أقل من الثمن أو أكثر، ووجه العمل في ذلك على هذا القول أن تقوم السلعة بشرط وبغير شرط، فما كان بين القيمتين من الأجزاء رجع البائع على المبتاع بذلك الجزء من الثمن).⁶

وإن فاتت السلعة، وكان الشرط المفسد هو: اشتراط السلف مع البيع؛ فإن العقد يصحح

1 انظر المقدمات لابن رشد 17.14/2، والموافقات للشاطبي 201/3.

2 انظر البيان والتحصيل 264/7. والشرح الكبير على مختصر خليل 67/3.

3 انظر مفوتات البيع الفاسد في مختصر خليل مع الشرح الكبير 72/3. وما بعدها.

4 انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 67/3. ومقدمات ابن رشد 65/2.

5 المدونة 319/3.

6 المقدمات 65/2.

بالأكثر من الثمن والقيمة يوم الفبض إن كان البائع هو مشترط السلف، فإذا باع السلعة بعشرين وقيمتها ثلاثون أو بالعكس لزمه ثلاثون؛ ويصحح بالأقل من الثمن والقيمة إن كان المشتري هو مشترط السلف، فإذا اشترى السلع بعشرين وقيمتها ثلاثون أو بالعكس لزمه عشرون.¹

تصحيح حذف المفسد عند فقهاء الحنفية:

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن العقد الفاسد ينقلب صحيحاً إذا زال المعنى المفسد للعقد قبل تقرر الفساد وثبوته؛ وتقرر الفساد يحصل إما بانقضاء المجلس، أو بمرور ثلاثة أيام، أو بأكثر من ذلك على حسب اختلاف المفسد؛ ونصوا من ذلك على مسائل:

1 - عقد بيع، جُهل فيه أحد العوضين:

إذا حصل عقد بيع، مع جهالة في الثمن أو المبيع فحكمه الفساد، إلا إذا علم العوضان بتسمية الثمن وتحديد المبيع قبل تقرر الفساد وثبوته بانقضاء المجلس فينقلب صحيحاً؛ فإذا زالت الجهالة بعد انقضاء المجلس لم يصحح العقد؛ لثبوت الفساد حينئذ وتقرره.

2 - شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام:

إذا شرط في عقد البيع خيار الشرط لأكثر من ثلاثة أيام فهو عقد فاسد؛ إذ لا يجوز عند فقهاءهم اشتراط الخيار لمدة تزيد على ذلك؛ وينقلب العقد صحيحاً إذا أجاز من له الخيار البيع في أثناء الثلاثة الأيام، ولو في ليلة الرابع، لارتفاع المفسد قبل تقراره؛ لأن الفساد إنما يحصل باليوم الرابع.

وبإجازة من له الخيار إمضاء البيع قد زال المعنى المفسد قبل مجيئه، فينقلب العقد صحيحاً.

3 - الجهالة اليسيرة في أجل تسليم الثمن:

قسم فقهاء الحنفية الجهالة في أجل تسليم الثمن إلى جهالة يسيرة متقاربة، وجهالة كبيرة متفاوتة، على النحو الآتي:

¹ انظر المدونة 319/4، والمقدمات لابن رشد 65/2، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 67/3.

الجهالة اليسيرة، ومثلوا لها بتأجيل الثمن إلى الحصاد، والقطاف، والجذاذ، وقدم الحجاج، وخروجهم، ونحو ذلك مما يكون الأجل فيه متقارباً¹، ورأوا أنه إذا أبطل المتعاقدان هذا الأجل قبل حلوله انقلب العقد صحيحاً؛ لأن الفساد كان للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقررهِ، وهي جهالة في شرط زائد لا في صلب العقد، فيمكن إسقاطها؛ وإن مضت المدة قبل حذف هذا الأجل وإبطاله تأكيد فسادهِ.

الجهالة الكبيرة: ومثلوا لها بتأجيل الثمن إلى الميسرة، وإلى أن تمطر السماء، ونحو ذلك مما يتفاوت فيه الأجل، فينقلب معه العقد صحيحاً، بشرط إلغاء المتبايعين الأجل في مجلس العقد قبل التفرق ونقد الثمن.

وخالف الإمام زُفر فقهاء الحنفية؛ حيث ذهب إلى أنه لا ينقلب العقد جائزاً بعد أن انعقد بوصف الفساد، ولو أبطل الأجل في المجلس².

¹ ذهب المالكية إلى جواز التأجيل بهذه الآجال ونحوها مما فيه جهالة يسيرة؛ لأنها معلومة عند الناس، وحدّوها بوسط ما ذكر من القطاف، والحصاد، ونحوها. انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 117/3.

² انظر البحر الرائق 303/5 و 97/6 والاختيار 30/2.

ثالثاً: تصحيح العقد الفاسد، بالقيمة السوقية

إذا وقع العقد فاسداً ولم يمكن تصحيحه بتحويله إلى عقد آخر صحيح، ولا بحذف مفسده؛ لعدم توافر شروط التصحيح بهما؛ فإنه يصحح - إذا فات وقت فسخه - بالقيمة السوقية التي يقوم بتقديرها المختصون المزاولون للتقويم من أهل سوقها؛ سواء أكانت سلعة، أم منفعة، أم خدمة؛ ولا يمضي العقد بالعوض المسمى المتفق عليه في العقد؛ لأن العوض المسمى ملغى تبعا لفساد العقد، ويقوم التقويم من المقومين مقام الرضا من العاقلين¹.

والغالب عند فقهاء المالكية على المشهور الأظهر عندهم أن كل عقد فاسد يرد إلى صحيح نفسه في إعطاء القيمة السوقية؛ فالبيع الفاسد يعطى فيه ثمن المثل، والإجارة الفاسدة تعطى فيها إجارة المثل؛ والجعالة الفاسدة جعل المثل، والقراض الفاسد قراض المثل؛ والمساقاة الفاسدة تستحق فيها مساقاة المثل؛ أما غيرهم من الفقهاء فلا يوجبون في الإجارة والجعالة والقراض والمساقاة إلا أجره المثل.

ووجه ما ذهب إليه فقهاء المالكية الأدلة الآتية:

الأول: أن هذه العقود أصول في نفسها جوزتها السنة، فوجب أن يرد فاسدها إلى صحيحها. الثاني: قياساً لها على سائر العقود الجائزة من البيع والإجارة؛ فالبيع الفاسد يرد إلى ثمن المثل، والإجارة الفاسدة ترد إلى أجره المثل، فوجب أن ترد هذه العقود إلى أصول نفسها.

الثالث: أن ذلك أدنى إلى العدل، وأقرب إلى ما تراضى عليه العاقدان؛ فالرد إلى جعل المثل في الجعالة الفاسدة - مثلاً - اقتراب إلى ما تراضى عليه المتعاقدان في الجعل المسمى؛ إذ أن عوض الجعل يكون أكثر - غالباً - من عوض الأجرة؛ لارتباط الجعالة بالغرر والمخاطرة؛ فالعامل في الجعالة إنما آثارها على عقد الإجارة - مع علمه بأن عمله وعناؤه وتعبه قد يذهب سدى فيها - لأن عوض عمله فيها أكبر من عوض الإجارة.

وتختلف أحكام القيمة السوقية تبعا لاختلاف العقود الفاسدة، من البيوع والإجازات والشركات، ولنأخذ مثلاً لذلك عقد البيع الفاسد؛ وتفاصيل تصحيحه بإعطاء القيمة السوقية.

¹ انظر بداية المجتهد 540.

مذاهب الفقهاء في تصحيح عقد البيع الفاسد بالرجوع إلى القيمة السوقية:

سبق بيان أن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية والأباضية يرون أن عقد البيع الفاسد لا يمكن تصحيحه ولو قبض المبيع وفات؛ إذ لا ينقلب الفاسد صحيحاً، ولا يمكن للعاقدين أو أحدهما إصلاح ما فسد من غير ابتداء عقد، أو تجديده¹.

ويرى فقهاء الحنفية والمالكية تصحيح العقد الفاسد بإعطاء القيمة السوقية للمبيع إن كان عرضاً، أو مثله إن كان مثلياً²؛ جاء في تبين الحقائق: (ولو تصرف فيه المشتري ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشتري من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه، إذا كان تصرفه بعدما قبضه بإذن البائع، وليس للبائع إبطاله، وعلى المشتري القيمة أو المثل إن كان مثلياً)؛ وفي شرح الخرشي: فإن فات المبيع بيعاً فاسداً كله، أو أكثره بمفوت ضمن المشتري في المقوم القيمة حين القبض وفي المثلي مثله³.

ويطلق الفقهاء مصطلح «القيمة»، ويريدون به - أحياناً - بدل المبيع ليشمل المثلي إذا كان المبيع مثلياً، والقيمة إذا كان مقوماً⁴.

شروط تصحيح عقد البيع الفاسد بالقيمة:

نص فقهاء الحنفية والمالكية على أن عقد البيع لا يصحح بالقيمة السوقية إلا بتوافر شرطين، هما: حصول قبض للمعقود عليه، وحدوث مفوت يمنع رده⁵؛ وتفصيل أحكام الشرطين في الآتي:

الشرط الأول: القبض:

يتفق المذهبان الحنفي والمالكي على أن القبض شرط لتصحيح العقد الفاسد وإمضائه بالقيمة؛ لكنهم اختلفوا في الأثر الذي يترتب على القبض في العقد الفاسد؛ على النحو الآتي:

¹ الأم 96.5/3 والمغني 252/4 وشرح منتهى الإرادات 647.127.60/2 والحلى 564/ والإيضاح 285/3 وما بعدها.

² انظر المختار وشرحه الاختيار 27/2

³ انظر شرح الخرشي على مختصر خليل 4/ 86.

⁴ انظر البحر الرائق 101/6

⁵ انظر أصول السرخسي 90.89/1 والبحر الرائق 6/ 103. والمدونة 147/4.

يرى فقهاء الحنفية أن عقد البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض¹؛ جاء في مختصر القدوري: (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بإذن البائع - وفي العقد عوضان كل واحد منهما هو مال - ملك المبيع بقيمته)؛ وقد اختلف فقهاء الحنفية في مقدار هذا الملك؛ فيرى العراقيون منهم أن المشتري يملك التصرف في المبيع دون عينه، واستدلوا على ذلك بعدم حل أكله لو كان طعاماً، وعدم حل لبسه لو كان ثياباً، وعدم وجوب الشفعة فيه لشفعيها².

ويرى أهل بلخ من الأحناف أن المشتري يملك المبيع عينه؛ وهو المختار المنصوص عليه في كلام محمد الشيباني، وصححه مؤلفو المذهب، ومشوا عليه؛ ودلوا على ملكية المشتري له بأنه هو الخصم لمن يدعيه؛ وأنه إذا أعتقه بعد قبضه صح العتق، وكان الولاء له؛ ولو باعه كان الثمن له؛ ولو بيعت دار إلى جنب المبيع فالشفعة له؛ ولو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قُطع؛ ولو أعتقه البائع لم يعتق، وهذا كله دليل على ملكية المشتري للمبيع.

وأجابوا عما استدل به العراقيون من عدم حل المبيع لو كان طعاماً، بأن ذلك لا يدل على عدم الملك بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك، ولا يحل؛ كما أجانوا عن عدم وجوب الشفعة في السلعة المبيعة؛ بأن حق البائع لم ينقطع عنها، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع عن المبيع³.

أما فقهاء المالكية فلا يرون انتقال ملك المبيع في البيع الفاسد بالقبض، بل لا يزال المبيع على ملك بائعه يجب رده إليه، وفسخ العقد الفاسد⁴؛ ويترتب على استمرار ملك البائع للمبيع؛ أنه يجوز له التصرف في المبيع بالهبة وغيرها؛ فقد ورد في المدونة أن للبائع بيعاً فاسداً جواز هبة ما باعه لرجل أجنبي قبل فواته⁵؛ الأمر الذي يدل على أن البيع الفاسد لا ينقل قبل الفوات ملكاً.

1 انظر المختار وشرحه الاختيار 26/2.

2 انظر البحر الرائق 101/6.

3 نفس المصدر والصفحة.

4 انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 71/3 وشرح زروق على الرسالة 122/2.

5 انظر المدونة 329/4.

وما ينتقل بقبض المبيع في الفقه المالكي هو الضمان خاصة، فالمشهور في المذهب أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد ضمنه¹، من وقت قبضه إلى حين الحكم برده²؛ لأنه قبضه على وجه تملكه³.

الشرط الثاني: الفوات:

كما اشترط فقهاء الحنفية والمالكية لتصحيح العقد الفاسد، حصول مفوت يمنع فسخ العقد ورد المعقود عليه؛ ويتمثل المفوت في زيادة المبيع في يد المشتري، أو نقصه، أو تعلق حق الغير به ببيعه أو هبته أو رهنه، أو اختلاف سوقه، أو غير ذلك من المفوتات⁴؛ على اختلاف بين المذهبين في بعض المفوتات؛ جاء في تبين الحقائق: "ويجب على كل واحد من العاقلين فسخ العقد الفاسد؛ لأن رفع الفساد واجب عليهما؛ (إلا أن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو ييني) أي إذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ؛ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد"⁵.

وجاء في الشرح الكبير: (ورد) المبيع بيعا فاسدا لربه إن لم يفت وجوبا ويحرم انتفاع المشتري به ما دام قائما (فإن فات) المبيع فاسدا بيد المشتري (مضى ...)؛⁶ وورد في شرح تنقيح الفصول للقرافي «البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة، وهي حوالة الأسواق، وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها؛ على تفصيل في ذلك في كتب الفروع»⁷.

وإنما وجب فسخ العقد الفاسد، ورد العوضين إلى أصحابهما، إن اطلع عليه قبل فواته؛ لما ورد في صحيح مسلم عن أبي سعيد قال: «أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمر، فقال:

1 انظر المدونة 37/4 والبيان والتحصيل 489.80/8 وشرح زروق على الرسالة 122/2.

2 انظر حاشية الدسوقي 71/3.

3 انظر القوانين الفقهية لابن جزي 249.

4 انظر أصول السرخسي 90.89/1 والبحر الرائق 6/103. والمدونة 147/4.

5 تبين الحقائق 64/5.

6 انظر مختصر خليل مع الشرح الكبير 72/3.

7 شرح تنقيح الفصول للقرافي 77 وانظر حاشية الدسوقي 71/3 وما بعدها.

ما هذا التمر من تمرنا، فقال الرجل: يا رسول الله، بعنا تمرنا صاعين بصاع من هذا؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هذا الربا فردوه، ثم يبعوا تمرنا، واشتروا لنا من هذا»¹.

ففيه دليل على أن المقبوض ببيع فاسد يجب رده على بائعه، واسترداد المشتري ثمنه، إذا كان قائماً بعينه لم يفت؛ بناء على توجيه المذهبين: الحنفي والمالكي.

وقد روى مالك في الموطأ من حديث يحيى بن سعيد مرسلاً أنه قال: أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السَّعْدَيْنِ أن يبيعا آنية من المغنم من ذهب أو فضة، فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا، أو كل أربعة بثلاثة عينا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أرئيتما فرداً»².

تفصيل للمالكية في التصحيح بالقيمة السوقية:

سبق بيان أن المذهب المالكي يتفق مع المذهب الحنفي في التصحيح بإعطاء القيمة السوقية للمبيع إن كان عرضاً، أو مثله إن كان مثلياً؛ إلا أن لفقهاء المالكية تفصيلاً في الرجوع إلى القيمة لم أره في الفقه الحنفي؛ ملخصه أنهم يصححون عقد البيع الفاسد - أحياناً - بالقيمة بالغة ما بلغت، وأحياناً بإعطاء الأكثر من الثمن والقيمة، أو الأقل من الثمن والقيمة، وذلك تبعاً لنوع المفسد، ويتضح ذلك مما يلي:

اشتراط فقهاء المالكية لتصحيح عقد البيع الفاسد بقيمته السوقية بالغة ما بلغت، توافر الشروط الآتية:

1 - أن يفوت العقد الفاسد بمفوت يمنع فسخه؛ فإن كان قائماً لم يفت فيجب فسخه؛ لعدم حصول ضرر على العاقدین من الفسخ؛ ومنعاً من الاستمرار على الفساد، ويقول بهذا الشرط الحنفية أيضاً، كما سبق بيانه.

2 - أن يكون عقد البيع متفقاً على فساد³، داخل المذهب وخارجه، فإن كان مختلفاً في فساد⁴ فإنه يمضي بالثمن بعد فواته؛ مراعاة للخلاف.

¹ صحيح مسلم بشرح النووي 22/11 - 23 كتاب: المساقاة والمزاعة. باب: الربا.

² الموطأ 632/2. كتاب البيوع. باب: بيع الذهب بالفضة تبرأً، وعيناً.

³ انظر مختصر خليل مع الشرح الكبير 71/3

⁴ انظر فتاوي عليش 125/2 والشرح الكبير للدردير 71/3.

3 - ألا يتضمن عقد البيع اشتراط سلف أحد المتابعين من الآخر، فإن تضمن هذا الشرط فهو عقد فاسد في فقه المذاهب الأربعة¹، بل إن ابن قدامة قال: لا أعلم في فساد خلافاً². ومع كونه متفقاً على فساد، فإنه لا يصحح بالقيمة إن فات، كما هي القاعدة في المتفق على فساد عند المالكية، بل بالأكثر من الثمن الذي وقع به البيع والقيمة إن كان مشروط السلف هو البائع؛ لأن المشتري لما أسلف البائع أخذ السلعة بالرخص، فعومل بنقيض قصده، بإلزامه دفع الأكثر من الثمن والقيمة.

وإن كان مشروط السلف هو المشتري فيصح عقد البيع بدفع الأقل من الثمن والقيمة؛ لأن البائع لما أسلف المشتري أعطى السلعة بالزيادة على ثمنها، فعومل بنقض قصده بإعطائه الأقل من الثمن والقيمة³.

قال ابن رشد الحفيد: «ومالك في هذه المسألة أفقه من الجميع»⁴؛ أي لأنه لم يفسح عقد البيع المشروط فيه سلف، كما فعل فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية والأباضية، ولم يصححه بالقيمة، كما حكم بذلك فقهاء الحنفية، بل صححه بالأكثر من الثمن والقيمة إن كان مشروط السلف البائع، وبالأقل من الثمن والقيمة إن كان مشروط السلف المشتري؛ تفادياً للربا المتمثل في السلف بزيادة، وتحقيقاً للعدل بين المتعاقدين، وتأدياً للعائد المشروط للسلف بمعاملته بنقيض قصده.

5 - ألا يتضمن عقد البيع شرطاً يقتضي التحجير على المشتري⁵ في السلعة التي اشتراها، كألا يتصرف فيها ببيع أو هبة أو إجارة، أو ألا يخرج بها من البلد، أو أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، أو غير ذلك من الشروط التي تفيد نقصاً في الملك؛ فإن تضمن هذا الشرط كان عقداً

1 انظر البحر الرائق 93/6 والمغني 260/4 وتحفة المحتاج 138/2 والمقدمات 65/2.

2 انظر المغني 260/4.

3 انظر حاشية الدسوقي 67/3 والمقدمات 65/2 والكافي 356.

4 بداية المجتهد 552.

5 أما إذا كان التحجير على البائع من المشتري فالبيع جائز صحيح، مع بطلان الشرط. انظر شرح التسولي 7/2.

فاسداً عند المالكية والشافعية¹، ويراها الحنفية والحنابلة وغيرهما عقدا جائزا مع بطلان الشرط². ومع كونه عقدا مختلفا في فساده فإنه لا يمضي بالثمن، كما هي القاعدة في المختلف في فساده؛ لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعتاد لأجل الشرط؛ ولا يمضي بالقيمة، بل يمضي بالأكثر من الثمن والقيمة؛ لأن الثمن إن كان أكثر فقد رضي المشتري بدفعه عند إنشاء العقد، مع علمه بالشرط؛ وإن كانت القيمة أكثر كان ذلك دليلا على أن الثمن المسمى أنقص من المعتاد؛ لأجل اشتراط الشرط³.

ومثال ما توافرت فيه الشروط للتصحيح بالقيمة ما كان فساده بسبب الإخلال بشرط من شروط صحته: كحصول الغرر في العقد، أو في أحد العوضين، أو كليهما، أو في الأجل فيها، أو في أحدهما.

فمثال الغرر الحاصل في العقد ما نهي عنه من بيعتين في بيعة، وبيع المكيل والجزاف في صفقة واحدة مما لا يجوز اجتماعهما؛ وما أشبه ذلك مما يكون الغرر في عقده.

وأما الغرر في الثمن والمثمن، أو في أحدهما فيحصل إما بالجهل في صفتها: كبيع جنين في بطن أمه، وبيع الطعام بكيل مجهول، وبيع سلعة بجزاف من الدنانير؛ أو بعدم القدرة على تسليمهما: كالطير في الهواء، والسلعة بيد غاصبٍ منكرٍ للغصب ولا بينة عليه، أو مقررٍ به ممتنعٍ من دفعها وهو مما لا تأخذه الأحكام.

وأما الغرر بالأجل في الثمن والمثمن، فمثل أن يبيع سلعة بثمن مؤجل مجهول: كنزول المطر، أو موت شخص، أو كان المسلم فيه مؤجلا بأجل فيه جهالة واضحة؛ إلى غير ذلك من وجوه الفساد الراجعة إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، التي تصحح إذا فاتت بالقيمة إذا كان مقوما، أو بالمثل إذا كان مثليا⁴.

1 انظر بداية المجتهد 524 والشرح الكبير على مختصر خليل 66/3 والبيان 264/7 والمجموع للنووي 453/9.

2 انظر الاختيار 29/2 والمغني 112.251/4 وشرح منتهى الإرادات 32.31/2.

3 انظر الشرح الكبير للدردير 67/4.

4 انظر المقدمات 73/2-76 ومختصر خليل والشرح الكبير عليه 71/3.

القيمة تحل بالفوات، ولو كان الثمن مؤجلاً:

إذا صحح البيع الفاسد عند فواته بالقيمة، فإنها تحل بالفوات، ويجب تعجيلها، وقد نص على ذلك الإمام مالك في المدونة بقوله: من باع إلى أجل مجهول فالقيمة فيه حالة إن فاتت السلعة.¹ وقد ذكر هذا الحكم أيضاً في البيان والتحصيل²، وفي شروح الرسالة³، ولم تُذكر علة - فيما اطلعت عليه - لوجوب تعجيل القيمة.

ويظهر أن وجوب تعجيل القيمة، وحلولها بالفوات إنما شرع لمنع حصول مفسد «فسخ الدين في الدين».

ذلك أن الثمن المترتب على المشتري في العقد الفاسد إذا أسقط وفسخ في قيمة يتأخر قبضها عن وقت الفسخ كان ذلك من باب فسخ الدين في الدين، بشرط أن تكون القيمة أكثر من الثمن المسمى.

وإذا صح هذا التعليل فإن القيمة إذا كانت مثل الثمن المسمى في العقد، أو أقل منه فلا مانع من تأخيرها؛ لأن من شروط حصول مفسد فسخ الدين في الدين أن يكون المفسوخ فيه أكثر من الدين الأصلي، إن كانا من جنس واحد،⁴ كما هو الشأن في الثمن والقيمة غالباً. من تلزمه أجره المقوم؟:

إذا وجبت القيمة في البيع الفاسد فأجرة المقوم على العاقدين: البائع والمشتري؛ لأنهما دخلا البيع بمعنى واحد، فليس أحدهما أولى بالدفع من الآخر.⁵

هل القيمة متعينة، أو أن للعاقدين أن يتصالحا بدلها بما شاء:

إذا صحح العقد الفاسد بالقيمة فهل يجوز للبائع أن يتصالح في القيمة التي وجبت له، فيأخذ بدلها ما شاء من العروض والحيوان أو عملة أخرى أو غير ذلك؟

1 انظر المدونة 232/2.

2 انظر البيان والتحصيل 87/7.

3 انظر - مثلاً - شرح زروق على الرسالة 122/2.

4 انظر حاشية الدسوقي 62/3.

5 انظر شرح زروق على الرسالة 122/2.

لم أر نصاً للفقهاء في ذلك، ويظهر أن الصلح بذلك عقد بيع، فيشترط لجوازه شروط:
1- أن يكون ذلك بعد معرفة القية؛ لئلا يكون بيعاً بثمن مجهول، ولنص الفقهاء على أن الصلح قبل معرفة القيمة فاسد على الأصح¹.

2- أن يعجل البائع أخذ ما تصالحا عليه بدل القيمة من عروض وحيوان وعملة أخرى؛ لأن قيمة المبيع الفاسد قد صارت ديناً في ذمة المشتري بمجرد فوات المبيع، فلا يفسخه في مؤخر؛ بل يجب على المشتري أن يعجل إقباض البائع ما تصالحا عليه؛ لأن تأخيره وإنظاره يوجب فسخ الدين في الدين.

وفسخ الدين في الدين مُحَرَّم، مفسد للعقود، سواء أكان المفسوخ فيه - وهو المصالح به - ديناً في الذمة، أم معيناً: كحيوان وعرض وعقار تأخر انتقال ضمانه لحصول قبضه؛ لكونه غائباً عن مجلس الفسخ، وهو ما نص عليه فقهاء المالكية في مفسد فسخ الدين في الدين².
كما أن تأخير قبض ما تصالحا عليه بدل القيمة يوجب صرفاً مؤخراً إن كان المصالح به عملة أخرى.

فإن كان من العملة نفسها جاز تأخيره إذا كان قدر القيمة فأقل؛ لأنه من حسن الاقتضاء، وليس من باب فسخ الدين الممنوع، فإن كان أكثر من القيمة منع، لأنه سلف جر نفعاً³.

هل تصحيح العقود الفاسدة بالقيمة السوقية، اتفاقي أو قضائي؟

الأصل أن العقد الفاسد يصحح بمجرد الفوات من غير الحاجة إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي؛ ويجب على كل من المتعاقدين القبول بتصحيحه، ويصير لازماً بمجرد فواته، لا يحق لأي منهما فسخه ولا رد المعقود عليه بعد فواته، إلا إذا كان رده بسبب استحقاق، أو عيب قديم فيه، أو وجود خيار شرط، أو بتراضي المتعاقدين على الإقالة؛ وأنه لا يلجأ للقضاء إلا إذا امتنع أحد العاقدين على القبول بذلك؛ للأدلة الآتية:

1 انظر شرح التسولي على العاصمية 222/1.

2 انظر شرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 62.61/3.

3 انظر مسألة المصالحة بمؤخر عن شيء مستهلك في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 324.323/3.

1 - نصوص الفقهاء في أن حقّ فسخ العقد الفاسد، وردّ المعقود عليه، ينقطع بمجرد حصول مفوت عليه، من غير اتفاق على إرادة التصحيح؛ ومن ذلك قولهم في بيع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد أنه نافذ، وأن حق استرداد البائع الأول ساقط؛ لتعلق حق الغير به؛ جاء في تبين الحقائق: "ويجب على كل واحد من العاقلين فسخ العقد الفاسد؛ لأن رفع الفساد واجب عليهما؛ (إلا أن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو يبي) أي إذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ؛ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد"¹.

وفي البحر الرائق ما نصه: (قوله إلا أن يبيع المشتري) أي فليس لكل منهما فسخه، وإنما نفذ بيعه لأنه ملكه بملك التصرف فيه، وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول إنما كان لحق الشرع، وحق العبد مقدم لحاجته².

2 - تحريج تصحيح العقود على فسخها؛ فقد نص الفقهاء على أن ولاية فسخ العقود الفاسدة قبل فواتها للعاقلين؛ ولا يشترط إذن القضاء في فسخها ولا تنفيذ الفسخ؛ إذ هي ليست من ولاية القضاء إلا في حالتين:

أ - إذا استمر العاقدان في العقد الفاسد ولم يفسخاه، فيجب على القاضي الحكم بفسخه إذا علم بالفساد؛ حقا لله تعالى؛ لأنه من المنكر الذي يجب تغييره، جاء في البحر الرائق: (وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسدا؛ وعلم به القاضي له فسخه حقا للشرع، ما لم يفت المبيع)³.

ب - أو إذا اقتضت الإجراءات القانونية تنفيذ التصحيح قضاء، في حالات خاصة كبيع العقار ونحوه.

1 تبين الحقائق 64/5.

2 انظر البحر الرائق 103/6.

3 انظر البحر الرائق 103/6.

ما لا يمكن تصحيحه، من عقود البيع الفاسد بالقيمة:

هناك أنواع من عقود البيع الفاسد لا يمكن تصحيحها بالقيمة، ويجب ردها ولو فاتت حتى في الفقه الحنفي والمالكي، اللذان يصححان العقد الفاسد، وبمضيانه؛ وهذه الأنواع وأحكامها تتمثل في الآتي:

يرى فقهاء الحنفية أن البيع الباطل - وهذا من ثمرات تفريق الاجتهاد الحنفي بين الباطل والفاسد - غير منعقد، ولا يترتب عليه شيء من أحكام أو التزامات؛ فلا يحصل به ملك، ولا ينعقد فيه تصرف، ولا تلحقه الإجازة، ولا يصحح ولو فات، ويجب فيه رد العوضين إلى أصحابها، ولو حصل قبض أو فوت¹؛ لأن محل تصحيح البيع في الفقه الحنفي إنما هو عقده الفاسد الذي يعد عقداً مشروعاً، منعقداً، لكنه مشتمل على وصف زائد نهي عنه الشرع، يمكن تداركه بإسقاطه، أو تصحيحه بالقيمة كاتصافه بالربا، أو جهالة في الثمن أو الأجل.

والباطل من البيوع هو ما فقد شرطاً من شروط انعقاده المتعلقة بصيغته التي هي ركنه، أو بالمتعاقدين، أو بالمعقود عليه على النحو الآتي:

1 - من شروط الصيغة موافقة القبول للإيجاب في المبيع والثن، فإن خالفه لم ينعقد البيع، كأن يقول له: بعثك هذا الثوب بدينار، فيقول له المشتري: قبلت شراء هذه الدابة بدينار، أو قبلت شراء هذا الثوب بدينارين.

2- وأن يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد؛ فلا ينعقد إذا فارق أحد المتعاقدين المجلس قبل تمام العقد.

3 - وأن يحصل الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، أو المضارع المرد به الحال، بأن يقصد العاقد ذلك، أو كان المضارع مستعملاً عرفاً للحال، أو اقترن به ما يعينه للحال؛ كقول البائع: أبيع الآن.

فلا ينعقد البيع إذا كان بصيغة الأمر، أو بالمضارع غير الدال على الحال، أو المتمحض للاستقبال بأن اقترن بالسين أو سوف مثل: سأبيعك أو سوف أبيعك؛ لأنه لا يفيد العقد،

¹ انظر المختار 27/2. والبحر الرائق 75/6 - 77 و 281/5. وحاشية ابن عابدين 18/7 وبدائع الصنائع 305/5.

- بل الوعد بإنشاء العقد في المستقبل، كما لا ينعقد بالمضارع بصيغة الاستفهام، كهل تبيني.
- 4 - من شروط العاقد العقل؛ فلا ينعقد بيع من فقد الأهلية كالمجنون، والصبي غير المميز الذي لا يعقل معنى العقد، ولا يقصده.
- 5 - والتعدد في الوكلاء؛ فلا ينعقد بيع وكيل واحد عن العاقلين، يتولى طرفي العقد، إلا إذا كان ولياً، أو وصياً، أو قاضياً.
- 6 - من شروط المعقود عليه المبيع أن يكون موجوداً؛ فلا ينعقد بيع المعدوم كنتاج النتاج، والثمار والزروع قبل ظهورهما وانعقادهما.
- كما لا ينعقد ما له خطر العدم كبيع اللبن في الضرع، والحمل في البطن، والزيت في زيتونه، وعصير العنب في حبه، وغيرها مما فيه غرر في حصوله.
- ولا ما فيه غلط في الجنس كبيع ياقوته فإذا هي زجاج، أو هذه الخنطة فإذا هي دقيق، أو هذا الدقيق فإذا هو خبز؛ لأن المبيع معدوم.
- 7 - وكونه مالاً؛ فلا ينعقد بيع الميتة التي ماتت حتف أنفها إلا ميتة السمك والجراد، كما لا ينعقد بيع الجوسي وذبيحته، وجلد الميتة قبل الدبغ، وجلد الخنزير مطلقاً.
- 8 - متقوماً؛ فلا ينعقد بيع ما لا قيمة له شرعاً، كبيع الخمر، والخنزير في حق المسلم؛ أما في حق الذمي فينعقد بيعه؛ كما لا ينعقد بيع آلات الملاهي عند أبي يوسف ومحمد، خلافاً لأبي حنيفة.
- 9 - مملوكاً في نفسه؛ فخرج بيع الأموال المباحة قبل إحرازها، كبيع الصيد في الهواء، والسمك في الماء، والكلاء في مرعاه، والماء في نهره.
- 10 - مقدوراً على تسليمه؛ فلا ينعقد بيع معجوز التسليم كبيع حيوانه الشارد الذي لا يقدر عليه، في ظاهر الرواية، ويبيع دينه لغير من عليه الدين، ويجوز بيعه للمديون؛ لعدم الحاجة إلى التسليم، ولا يبيع المغصوب لغير غاصبه إذا كان منكراً له، ولا بينة تثبت الغصب¹.

¹ انظر البحر الرائق 278/5 وما بعدها و 77/6 وحاشية ابن عابدين 14.13/7 ودور الحكام المواد 205. 170. 208. 171.

11 - يشترط في الثمن لينعقد البيع به شرط واحد، وهو وجود المالية فيه؛ فالميتة، والدم المسفوح، وحبة الحنطة، وغيرها مما لا يعد مالاً شرعاً، إذا كانت ثمناً لا ينعقد البيع بها؛ سوا في ذلك أكان المبيع مالاً، أم لا؛ لأن البيع مبادلة بمال، وهنا مبادلة مال بغير مال، فبطل العقد لفقد ركن منه¹.

ولا يشترط في الثمن لينعقد البيع بقية ما يشترط في المبيع؛ لأن عقد البيع وإن كان مبناه على البدلين - كما يقول ابن نجيم - لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن؛ فالثمن غير مقصود بل وسيلة إلى المقصود؛ إذا الانتفاع بالأعيان، لا بالأثمان؛ ولذا يشترط لانعقاد البيع وجود المبيع دون الثمن، والقدرة على تسليم المبيع دون تسليم الثمن، وينفسخ العقد بهلاك المبيع لا بهلاك الثمن؛ كما يشترط التقوم في المبيع لا في الثمن، فلو باع شيئاً وجعل ثمنه خمرًا فإن البيع ينعقد فاسداً؛ ويصح بإعطاء قيمة المبيع².

ما لا يمكن تصحيحه من البيوع في الفقه المالكي:

1 - بيع من فقد الأهلية: لا ينعقد بيعٌ إذا كان أحد العاقلين، أو كلاهما غير مميز لصغر أو إغماء أو جنون؛ أو غياب عقل بسبب مسكر أو مخدر أو مرقد ولم يبق عنده شيء من التمييز بحيث إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء لم يفهمه، ولم يحسن الجواب عنه؛ لأن بفقد التمييز فقد ما يدل على الرضا³، فلم توجد حقيقة العقد، ولا ماهيته⁴.

2 - بيع اليتيم المولى عليه: إذا باع يتيم مولى عليه سلعة ما، وفات عقده بزيادة المبيع أو بتعلق

¹ انظر البحر 77/6. ومجلة الأحكام وشرحها: درر الأحكام مادة 210

² انظر البحر 278/5. 277. وحاشية بن عابدين 8/7. ومجلة الأحكام وشرحها: درر الأحكام مادة: 212

³ ورد هذا التعليل في حاشية الدسوقي، ناقلاً له عن البناني، وأصله للمقري في قواعده. قلت: لكن الأولى في التعليل أن يقال: لم ينعقد بيع غير المميز لأن بفقد التمييز فقد ما يدل على قصد إنشاء العقد، لا فقد ما يدل على الرضا؛ إذ حصول الرضا ليس من شروط انعقاد العقد، ولا من شروط صحته عند المالكية، بل هو شرط للزوم العقد فقط؛ فعقد المكره على بيع سلعته عقد صحيح، غير لازم، فله الخيار في إمضاء العقد أو رده. انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 6/3.

⁴ انظر شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه 7/5 وحاشية الرهوني على الزرقاني 19/5. 20 والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 5/3.

حق الغير به: بأن باعه المشتري لغيره، أو وهبه له، فإن هذا العقد يفسخ؛ جاء في المدونة «قال ابن القاسم: ويبيع اليتيم عندي بمنزلة ما لم يبيع»¹.

3 - عقد على ما لا يصح بيعه على أي حال، أي: ما لا يصح بيعه لذاته - لا لغر فيه، ولا لجهل به، ولا لاتصافه بالربا - كبيع الحر، وأم الولد، وجلود الميتة، ولحوم الأضاحي، وما أشبه ذلك مما لا ينعقد بيعه، ولا يصح بحال.

أما ما لا يصح بيعه من أجل ما دخله من ربا، أو غرر، أو فساد يكون في ثمنه، أو مثمونه: كالجهل بهما أو بأجل تسليمهما، أو عدم القدرة على تسليمهما، وكبيع الثمرة قبل بدو صلاحها وبيع حبل الحبلية، وما أشبه ذلك مما يرجع الفساد فيه إلى الغرر، والجهالة فإنه قابل للتصحيح بالقيمة إذا فات.²

مقارنة بين المذهب الحنفي والمالكي فيما لا يمكن تصحيحه من عقود البيع:

يتبين مما سبق أن الفقه المالكي أوسع تصحيحاً لعقود البيع الفاسد من الفقه الحنفي الذي لا يصح من عقود البيع ما كان منها باطلاً غير منعقد:

فلا يصح بيعاً كان المبيع فيه معدوماً، أو له خطر العدم، أو كان غير مال، أو غير متقوم، أو غير مملوك في نفسه، أو غير مقدور على تسليمه، أو كان الثمن غير مال شرعاً، أو كان العاقد فيه متحداً، أو فاقدا لأهلية عقد البيع، أو كان الإيجاب غير موافق للقبول، أو لم يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد، أو حصلاً بصيغة الأمر، أو بالمضارع غير الدال على الحال، أو المتمحض للاستقبال؛ وقد مر بيان ذلك كله والتمثيل له.

أما الفقه المالكي فيستثنى من تصحيح عقود البيع ثلاثة أنواع فقط لا يمكن تصحيحها، بيع فاقدا الأهلية، وبيع اليتيم المولى عليه، وبيع ما لا يصح بيعه لذاته؛ ويصح ما عداها مما فيه جهالة في الثمن، أو المثل، أو الأجل، أو غير منتفع به شرعاً، أو غير مقدور على تسليمه، أو ما أشبه ذلك من وجوه الغرر، أو دخله ربا، أو حرام بين متفق عليه، أو مختلف فيه، الذي يأتي بيانه في المبحث الآتي:

¹ المدونة 4/453.

² انظر مسائل ابن رشد 200/1 - 203.

رابعاً: تصحيح العقود الفاسدة بالعوض المسمى؛ مراعاة للخلاف

يعد إمضاء العقد الفاسد بالعوض المسمى مراعاة للخلاف، من طرق تصحيح العقد الفاسد، والأصل أن يمضي العقد الفاسد بعد فواته بقيمته السوقية، لا بالمسمى المذكور في العقد؛ لأن الثمن المسمى ملغى لكونه وقع في عقد فاسد؛ ولكن فقهاء المالكية حكموا بإمضاء العقد الفاسد بعد فواته بالعوض المسمى، إذا كان الحكم بالفساد محل خلاف بين الفقهاء، ولو كان الخلاف خارج المذهب؛ مراعاة للخلاف فيه؛ جاء في حاشية الخرشي: فإن فات المبيع بيعاً فاسداً كله؛ أو أكثره بمفوت مما يأتي مضى بالثمن، إن كان مختلفاً فيه بين الناس ولو كان الخلاف خارج المذهب¹.

واستثنى فقهاء المالكية عقوداً مختلفاً في فسادها لا تمضي بالثمن؛ لأن إمضاءها بالثمن يؤدي إلى ظلم المشتري، أو وقوع منهى عنه؛ أو انتفاء الرضا، وهي:

- إن اطلع على عيب قدّم في المبيع بيعاً فاسداً مختلفاً في فسادها، فيصحح العقد بالقيمة أو المثل، لا بالثمن؛ لئلا يتضرر المشتري؛ لأن الثمن الذي جعله في المبيع إنما هو لاعتقاد سلامته من العيوب².

- إن أدى الإمضاء بالثمن إلى ممنوع، كبعض صور بيع العينة مختلف في فسادها تصحح بالقيمة لا بالثمن؛ لتأدية إمضاءها بالثمن إلى ممنوع، وهو سلف جر نفعاً.

- ألا يتضمن عقد البيع الفاسد شرطاً يقتضي التحجير على المشتري في المبيع، كألا يتصرف فيه ببيع أو غيره، ومع كونه عقداً مختلفاً في فسادها فإنه لا يمضي بالثمن، كما هي القاعدة في المختلف في فسادها؛ لوقوع البيع بأنقص من الثمن المعتاد لأجل الشرط؛ ولا يمضي بالقيمة، بل يمضي بالأكثر من الثمن والقيمة؛ لأن الثمن إن كان أكثر فقد رضي المشتري بدفعه عند إنشاء العقد، مع علمه بالشرط؛ وإن كانت القيمة أكثر كان ذلك دليلاً على أن الثمن المسمى أنقص من المعتاد؛ لأجل حصول الشرط³.

1 انظر شرح الخرشي على مختصر خليل 4 / 86.

2 انظر فتاوى عليش 2/ 126 وشرح الزرقاني على مختصر خليل 5/ 142.

3 انظر الشرح الكبير للدردير 4/ 67.

الأثر الرجعي لتصحيح العقود الفاسدة:

إذا صحح العقد الفاسد وترتبت عنه آثار الصحيح فهل يكون تأثير تصحيحه رجعياً من وقت انعقاد العقد الفاسد إلى ما بعده، أو يكون تأثيره مقتصرًا من حين تصحيحه، لا قبله؟ لم أر من الفقهاء من ذكر هذه المسألة سوى صاحب الموافقات الذي حكى فيها الاحتمالين، من غير ترجيح لأحدهما¹.

ويترتب على هذا الخلاف أحكام منها:

1 - لو حال الحول على المبيع في عقد بيع فاسد، وهو في يد المشتري قبل تصحيحه ثم صحح، فهل تجب زكاته على البائع؛ بناء على أنه عقد بيع فاسد لم يزل ملكه عنه ولم يصحح حتى حال عليه الحول.

أو أن زكاته تجب على المشتري؛ بناء على ملكه له الثابت بتصحيح العقد بأثر رجعي يصل لوقت إبرام العقد.

2 - يوجب فقهاء الحنفية فسخ عقد البيع الفاسد ونقضه إذا اطلع عليه قبل فواته، ووجوب رد المبيع إلى البائع، مع وجوب رد زيادته المنفصلة، سواء كانت متولدة عنه كالولد، أو غير متولدة عنه كالكسب، والغلة، والريع.

فإذا صحح عقد البيع الفاسد فهل يسقط وجوب رد الزيادة المنفصلة إلى البائع، بناء على أن لتصحيح عقد البيع الفاسد أثراً رجعياً، أم يجب رد هذه الزيادة؛ بناء على اقتصار تأثير التصحيح من وقته.

3 - يثبت فقهاء المالكية في بيع الخيار الفاسد غلة المبيع وأجرته للبائع؛ لأن الضمان منه ولو قبض المشتري المبيع، فلا ينتقل الضمان في بيع الخيار الفاسد بالقبض. لكن إذا صحح عقد بيع الخيار الفاسد، فهل تصحيحه يوجب أثراً رجعياً، تجب معه غلة المبيع وأجرته للمشتري، أم لا.

¹ انظر الموافقات للشاطي 295/1.

- 4 - يحكم المالكية للمشتري بإرجاع ما أنفقه على المبيع بيعاً فاسداً، إذا كان المبيع لا غلة له؛ لارتباط أحكام الرجوع بالنفقة، بوجود الغلة للمبيع.
- فإذا أنفق المشتري على المبيع الذي لا غلة له، ثم صحح العقد، فهل يحق للمشتري الرجوع بالنفقة؛ بناء على أن تصحيح عقد البيع الفاسد تصحيح له من حينه لا من أصله؛ أم لا.

الخاتمة

1 - يعد تصحيح العقود الفاسدة من وسائل استقرار التعامل بين الناس، عن طريق إمضاء تصرفاتهم، وعدم فسخها، أو نقضها؛ ويشمل تصحيح العقود الفاسدة تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر، وحذف مفسده من شرط أو غيره، كما يشمل إمضاءه بعد فواته بقيمته السوقية لا بما اتفق عليه عاقداه، وإمضاءه بالمسمى المتفق عليها؛ مراعاة للخلاف.

2 - المراد بتصحيح العقود الفاسدة تثبيتها وتقريرها وعدم فسخها؛ ثم ترتيب آثارها الشرعية عليها، فتصير - كما يقول الفقهاء - كالصحيحة ابتداء؛ فالبيع الفاسد - مثلاً - إذا فات لا يُفسخ، بل يُصحح ويصير كالصحيح ابتداء، فيُصبح بيعاً لازماً نافذاً، ليس لأحد المتعاقدين أن يردده بعد تصحيحه، إلا إذا كان رده بسبب استحقاق، أو عيب قدم فيه، أو بتراضي المتعاقدين على الإقالة.

ويشمل التصحيح العقود المستمرة التي يأخذ تنفيذ التزاماتها وقتاً كالإجارة والمساقاة، ويقصد بتصحيح عقودها الفاسدة استمرارها وإمضاؤها، سواء ما تعلق بما مضى من مدتها، أو بما بقي منها، ويكون هذا التصحيح بحذف المفسد، أو بتحويل عقدها الفاسد إلى عقد آخر تتوفر فيه عناصره، وأركانه

كما تصح آثار العقود الفاسدة المستمرة، إذا لم يمكن تصحيحها، فتصحح ما مضى من مدتها، لا ما بقي منها؛ ويفسخ منه ما بقي من مدته إن اطلع على الفساد في أثناء مدة العقد.

3 - أهم أثر في نظرية الفساد عند الحنفية ليس انتقال ملك المبيع إلى المشتري بالقبض؛ لأنهم نصوا على أن الملك الناتج عن القبض في العقد الفاسد ملك خبيث، محرم شرعاً؛ لوجود النهي عن الفساد؛ بل أهم نتيجة وأثر في نظرية الفساد هي أن البيع الفاسد قابل للتصحيح إن فات عند المشتري بعد قبضه؛ فيصبح بيعاً صحيحاً، لازماً ليس لأحدهما رده؛ وهو ما يؤدي إلى استقرار التعامل في العقود؛ وهذا بعينه ما يقول به فقهاء المالكية.

4 - توسع الفقه المالكي في تصحيح عقود البيوع الفاسدة:

على الرغم من اشتهاً أن نظرية الفساد نظرية حنفية، وأنها قائمة عندهم على التفريق بين البطلان والفساد في الأسباب والآثار، وأن من آثار هذا التفريق تصحيح العقود الفاسدة؛

وعلى الرغم من اشتهار أن جمهور الفقهاء ومنهم المالكية لا يفرقون بين البطلان والفساد في الأسباب والآثار؛ إلا أنه يمكن أن نقرر أن الفقه المالكي قد شارك الفقه الحنفي في تصحيح العقد الفاسد، بل مضى أبعد منه في أعمال العقد الفاسد، وعدم إلغائه وإهماله، وزاد عليه خطوات كبيرة في التوسع في تصحيحه؛ وآية هذه الدعوى الأدلة الآتية:

أ - توسع الفقه المالكي في طرق تصحيح العقد الفاسد.

ب - وفي المفوتات التي يصحح به العقد الفاسد.

ج - وأن الملك الناتج عن القبض في العقد الفاسد ملك طيب، مباح شرعا.

د - وأن فقهاء المالكية يستثنون ثلاثة أنواع فقط من البيوع لا يمكن تصحيحها بالقيمة السوقية؛ أما الفقه الحنفي فيستثني أحد عشر نوعا لا يمكن تصحيحها.

5 - تأتي أهمية تحويل العقد الفاسد إلى عقد آخر فاسد في كونه أداة لرفع الظلم الواقع على أحد العاقلين.

أما في تحويل العقد الصحيح إلى آخر صحيح فتظهر المرونة والسعة الفقهية واضحة من خلال صحة إحداث التغيير على العقود وجوازه، المتمثل في إعطاء الخيارات للمتعاقلين في زيادة تصرفات على العقد، أو إنقاصها، ينتفع بهما أحد المتعاقلين أو كلاهما.

6 - عرف الفقه الإسلامي قاعدة تحول العقود منذ نشأته الأولى على يد الفقهاء من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ وبعد ذكرهم للتحويل تأصيلا لقاعدته التي بنى عليها من جاء بعدهم من أئمة الفقه المجتهدين الذين طبقوا هذه القاعدة بذكرهم بعض مسائل بنيت عليها فأصبحوا كالمؤسسين لها؛ ثم أتى من بعدهم من الفقهاء من أصحاب المذاهب المختلفة من فرّع هذه المسائل بالتنظير لها والتخريج عليها.

7 - يعد الإمام ربيعة بن أبي عبد الرحمن (ربيعة الرأي) أقدم من تكلم على تصحيح العقد بحذف الشرط المحجر.

والحمد لله أولا وآخرا.

البحث الثاني

تصحيح العقود الفاسدة وأثره في استقرار التعاملات وتطبيقاته الفقهية

الشيخ أفلح بن أحمد الخليلي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه ودعا بدعوته إلى يوم الدين.

أما بعد فقد تلقيت بيد التقدير دعوة كريمة من الأخ الكريم عمر مصطفى أنصاري القائم بأعمال الأمين العام لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حفظه ربي للمشاركة في بحث حول: "تصحيح العقود الفاسدة" في مؤتمر أيوفي وتقبلتها بقبول حسن؛ وسطرت هذه السطور وأسأل الله التسديد في القول والفعل؛ وأسأله جل وعلا أن يتقبلها بقبول حسن بمنه وفضله، وأسأله أن يثيب قليلها بكثيره؛ إنه سميع قريب مجيب الدعاء.

وقسمت الموضوع إلى النقاط التالية:

مفهوم تصحيح العقود:

مقدمات بين يدي تصحيح العقود:

مدى الحاجة إلى تصحيح العقود: أهمية تصحيح العقود

نماذج لتصحيحات وقعت في عهد النبي صلوات الله وسلامه عليه

طرق تصحيح العقود الفاسدة وتطبيقاتها الفقهية.

العقود التي تقبل التصحيح:

أثر تعارف الناس في تصحيح بعض الشروط الفاسدة.

هل تصحيح العقود الفاسدة اتفاقي أو قضائي؟

تطبيقات معاصرة لتصحيح العقود الفاسدة. "المراجعة نموذجاً".

خاتمة.

ومن الله أستمد العون والتوفيق.

مفهوم تصحيح العقود:

جاء في تاج العروس: "وَصَحَّحَهُ: أزالَ مَرَضَهُ" فالتصحيح هو إزالة الفساد والبطالان عن العقد؛ ولا يكون ذلك إلا بإلباسه رداء الصحيح. ووزن فَعَّلَ يحتمل اثني عشر معنى منضبطا فضلا عن المعاني غير المنضبطة؛ وقد جمعها المحقق الخليلي في قوله:

كثّر بـ"فَعَّلَ" غالبا، واسلب، وعد وادع، وصير، واختصر قولاً ورد
صيّر كأصله، وللمصير كأصله جاء، وكالتفكير
ومن مكان القصد، أو وقت العمل جاء كهجّر، ومرادفاً فعل¹

وفي هذا السياق يحتمل التصيير والتعدية؛ وهي الأظهر؛ لأن صح لازم بنفسه. ويمكن تعريفه بأحد تعريفين: "تحويل العقد الفاسد إلى عقد صحيح بطرق شرعية"؛ وهو التعريف الأخص للتصحيح.

ويمكن أن يعرف بتعريف أعم: "وهو التعامل مع آثار العقد الفاسد بمقتضى قواعد الشرع"، وهو يشمل رد المظالم وأداء الحقوق، والتبعات المالية كأجرة المثل أو مهره أو ثمنه في بعض الصور—وسياأتي بعضها بإذن الله—وما يتعلق بذلك، وسنام الأمر التوبة إلى الله من التورط في العقود المحرمة—إن كان العقد الفاسد محرماً، وهو الأصل—.

وغالب البحث يتعلق بالتعريف الأول؛ لكن أشير إشارات إلى التعريف الأعم؛ وهو مقتضى التوبة من الربا.

وحتى يكون التصحيح منضبطاً نوضحه بالمثال التالي:

- زواج الرجل بأخته وسائر محارمه نسباً أو رضاعاً باطل، وتصحيح الأمر بمفارقتها لها، ولا يمكن تحديد نكاحهما، وليس هو التصحيح المقصود.

1. سعيد بن خلفان الخليلي، مقاليد التصريف. سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة.

- زواج الرجل بامرأة بدون رضاها ثم رضيت قبل الدخول بها؛ فقد قال بعض الفقهاء بجواز إتمام العقد الأول.

مقدمات بين يدي تصحيح العقود:

يقوم النظر في الموضوع على بحث الركائز التي يعتمد عليها؛ فلا يمكن أن يرفع شاهق البنیان إلا ثابت الأركان، والأركان التي سنعتمد عليها ما يلي:

1. الوساطة بين الصحة والبطان وأثرها على العقود:

لا يهمننا في هذا السياق تفصيل أحكام الصحة والبطان وآثارهما على العقود بأنواعها، وإنما الذي يهمننا مناقشة وجود وسيط بينهما وأثر ذلك على العقود؛ وقبل بيان المسألة يجمل تعريفهما؛

الصحيح: هو ما ترتبت عليه آثاره الشرعية، وهو ما استكمل أركانه واستوفى شروطه وانتفت موانعه، ويدل في العبادات على الإجزاء على الأصح.

والفاسد والباطل بمعنى عند جمهور أهل العلم، وهما متغايران عند الحنفية¹؛ وإليك بيانهما عندهم.

الباطل: "هو ما تخلف فيه ركن من أركان العقد أو شرط من شروط انعقاده" أو هو "ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه"؛ وهو شامل لما تقدم ذكره من الزواج بالمحارم وبيع عين محرمة العين كالميتة والدم².

¹ الفصول في الأصول؛ للعلامة أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق د. عجيل النشمي (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط2، 1414هـ 1994م)، 2/ 182، المستصفي، للإمام أبي حامد الغزالي (بيروت: المكتبة العصرية وغيرها، 1433هـ 2012م)، 130/1، البحر المحيط للإمام الزركشي، (دولة الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ط2، 1413هـ 1992م)، 321/1 وما بعدها، القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، لابن لحام، ضبط محمد شاهين (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ 1995م)، ص97، طلعة الشمس، للإمام السالمي، تحقيق عمر حسن القيام. (سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالمي؛ ط1، 2008م)، 329/2، الموسوعة الفقهية الكويتية (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية؛ ط5، 1425هـ 2004م) 8/ 106 وما بعدها "بطان" 317/26 وما بعدها "صحة" 32/ 116 وما بعدها "فساد".

² قد يقال بتحقيق البطان إن كانت العين غير قابلة للتحويل كلحم الميتة ولحم الخنزير؛ فقد جوز بعض الفقهاء بيع الميتة إن قصد بها جلدتها، وهو بعيد.

الفاسد: هو: "ما تخلف فيه شرط من شروط صحة العقد" أو هو "ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه"، كالبيع بشرط فاسد مثل الشرط الربوي؛ لأن العقد يمكن تجريده من هذا الشرط. والصحة والفساد من خطاب الوضع أو من آثاره على الأقرب، لأن توفر الأركان والشروط وارتفاع الموانع يقتضي الصحة، وزوال ركن أو شرط أو وجود مانع - حال كونه ركنا أو شرطا أو مانع - ينفي الصحة ويقتضي البطلان. ولا ينفي ذلك تأثرهما بخطاب التكليف؛ لأن خطاب الوضع يتفرع على خطاب التكليف في كثير من الأحيان¹.

واستثنى كل مذهب من قاعدته بعض الصور، ولا تعني الإشارة إليها هنا، وإنما أمثل بقول السيوطي في الاستثناءات على قول الشافعية حيث يقول: "الباطل والفساد عندنا مترادفان إلا في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض وفي العبادات في الحج..²". وأحكام الصحة والبطلان شهدت بما كثير من الأدلة من كتاب الله وسنة نبيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وطبقته الأمة تطبيقا عمليا في مختلف حقبتها؛ فليس من حق أحد أن ينقض غزلا غزلته الشريعة بتجريد الباطل من ثوبه وإلباسه قهرا ثوب الصحيح. والذي يعني في هذا السياق هو إمكان تصحيح العقد الفاسد بتجريده من أسباب فساده؛ بخلاف الباطل فلا يمكن تصحيحه إلا بالمعنى الثاني للتصحيح.

2. الفساد في حق طرف أو في حق الطرفين:

العقد إما أن يكون صحيحا في حق كلا طرفيه أو أما أن يكون فاسدا في أحدهما، وأما أن يكون فاسدا في حق أحدهما باطلا في حق الآخر فلا؛ وحتى نتصور الأمر لابد من النظر في الآتي:

¹ طلعة الشمس 330/2.

² الأشباه والنظائر للعلامة السيوطي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ) المكتبة الشاملة ص286.

اختلاف الحكم التكليفي بين العاقلين:

الأصل أن يتمثل الحكم التكليفي بين العاقلين؛ فإذا حرم في حق طرف حرم في حق الطرف الآخر، وهذا الأصل تعرض عليه بعض العوارض التي تفرق بين العاقلين في الحكمين؛ والعوارض هي ما يلي:

1. الضرورة؛ فإذا اضطر أحد العاقلين لما سوغت له الشريعة ساغ له تناوله ولو بالعقد الفاسد؛ فمن اضطر لأكل ميتة وما شابهها فيسوغ له شراؤها؛ فالله تعالى يقول: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ **البقرة: ١٧٣**، فإذا أن يقال بشمول الآية للشراء إن قلنا بعموم المقتضى وهو مذهب جماعة من الأصوليين، وأما أن يقال بالإذن بالشراء بدلالة الالتزام إن لم نقل بعموم المقتضى؛ فالإذن بالأكل يستلزم الإذن بالشراء إن تعذر الحصول عليه بدونه، وفي الضرورة أشير إلى مسألة مهمة وهي الضرورة إلى عقد الربا بالنسبة للمقترض؛ فقد اختلف الفقهاء في جوازه بالنسبة له فقليل بجوازه وقيل بمنعه وعليه معول بعض الإباضية¹، ولعل الأول أقرب والله أعلم.

2. الحاجة: ولأجله أجاز بعض الإباضية والشافعية دفع الرشوة بشروط صعبة التحقق، وفصل العلامة السبكي القول فيها وشروطها بما يثلج الصدر؛ فهي محرمة مطلقاً في حق الآخر جائزة في وقت الحاجة للآخذ².

ولذلك نماذج أخرى.

ولكن لا يعني ذلك صحة هذه العقود والله أعلم؛ وإنما جاز الدخول فيها للضرورة أو للحاجة، وذلك لا يمنع فساد العقد، ولهذا لا يقال بثبوت تملك المشتري الميتة ولا بالزام المقترض ولا الراشي دفع الرشوة -إن أجلت- بل العقد باطل، ولا يتحقق به نقل ملكية الثمن ولا المثمن،

¹ زيادات أبي سعيد الكدومي على كتاب الإشراف لابن المنذر النيسابوري، 269/3.

² ينظر فتاوى السبكي للعلامة علي السبكي، تحقيق حسام الدين القدسي (بيروت: دار الجيل، ط1، 1412هـ 1992م)، 203/1 ومعيد النعم ومبيد النقم؛ للإمام ابن السبكي، (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1407هـ 1986م). ص48-49، وينظر المدونة الكبرى للإمام أبي غانم الخراساني، بتعليق القطب، تحقيق د. مصطفى باجو (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ط1، 1428هـ 2007م)، 282/3.

وقد سبق الكلام عن حرمة الدخول في العقود الفاسدة في الأصل؛ لكن تستثنى الضرورة أو الحاجة في الحكم التكليفي لا في الفساد، والله أعلم.

ويوجد إشكال متكرر، وهو اختلال ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه بعلم أحد طرفي العقد دون علم صاحبه؛ فقد يطلب العميل تمويلاً لشراء بيت من زوجه ويخفي حقيقة ملكيته للبيت، فالعقد كله صوري؛ وإذا علم المصرف بحقيقة المعاملة حرم عليه التعاقد، وقد نصت عليه المعايير¹، والمصرف معذور إن خفيت عليه الحجة؛ لكن إن انكشفت الحقيقة فلا يخلو إما أن تنكشف بحجة شرعية تثبت ملكيته للبيع وبطلان الصفقة من أصلها؛ وهي تقضي بطلان العقد أصلاً وتجنّب الأرباح.

وأما أن يقر العميل بكذبه بعد إتمام العقد² فلا يلزم المصرف شيء إلا من باب الاحتياط والورع؛ لأن إقرار العميل حجة قاصرة؛ لا تعداه، وهي بالنسبة للمصرف دعوى؛ لا يلزمه قبولها إلا بينة.

والأصل إن صدقه الطرف الآخر فالواجب عليه التخلص من ربح الصفقة؛ وهذا جلي في الأصل؛ لأنه مطالب بالتورع في ماله؛ لكن ينبغي للوكيل أن يستأذن الأصل قبل التخلص من ربحها؛ لأن الأصل قد لا يصدق الدعوى، وهذا جلي في المصارف لأنها لا تمثل المؤسسات، وإنما تمثل المودعين، وإن كنت أؤكد أهمية التأكيد على تورع العقود وضرورة انضباطها.

2. دلالة النهي على الفساد:

وجذور الفساد والبطلان يرتبطان بدلالة النهي على الفساد؛ وقد أولاها أهل العلم عناية بالغة حتى أفردت برسائل خاصة؛ وكلامهم طويل السيل عظيم الذيل، ولم أستطع أن أبجر في بحار معارفهم لتلاطم أمواجها؛ ولا يكاد يوجد مذهب من المذاهب الفقهية التزم أتباعه قولاً مطرداً؛ بل تجد التطبيق ينقض التأصيل أحياناً كثيرة، بل نجد الخلاف جلياً في نسبة الأقوال إلى المذاهب؛ فالخلاف وارد في عند الإباضية حتى صعب تحديد النسبة إلى المذهب³، والخلاف

¹ المعايير الشرعية ص 205.

² أما إن أقر أثناء عقد الإجارة المنتهية بالتملك مثلاً فشراء المصرف صحيح،

³ ينظر جامع ابن بركة 321/2 - 322 طلعة الشمس 191/1 - 196.

أشد في النسبة إلى الحنفية؛ فقد عزا بعض أصولي الحنفية إلى أئمتهم القول بدلالة النهي على الصحة؛ بينما قال إليهم الجصاص بتعويلهم على الفساد¹؛ وثمَّ وسط بين ذينك القولين، وهو أنه لا يدل على الفساد ولا على الصحة، وعند المالكية نجد الأمر لا يختلف عن سابقهم؛ فقد قال ابن العربي: "وأرباب الأصول من المالكية جهلوا مالك رحمه الله فقالوا إن له قولين حسبما تقدم تفسيره، والصحيح من مذهبه أن النهي على قسمين: نهي يكون لمعنى في المنتهي عنه ونهي يكون لمعنى في غيره فإن كان المعنى في المنتهي عنه دل على فساده، وإن كان المعنى في غير المنتهي عنه فذلك يختلف إلا أن الأغلب فيه أنه لا يدل على الفساد"²، وعزا الزركشي إلى القرافي نسبة القول بشبه الفساد إليهم³.

والأمر ذاته عند الشافعي فحكى عنه القولان⁴.

ولهذا فالقاعدة —على أي قول من هاتيك الأقوال والله أعلم— غالبة؛ وقد عبر عن ذلك الإمام السالمي بقوله: "حاصل المقام أن القائلين بأن النهي لا يدل على فساد المنتهي عنه إنما ينفون دلالة على ذلك عند عدم القرينة الدالة على ذلك، فأما إذا قامت قرينة على شيء من أفراد النهي أنه يدل على فساد ذلك المنتهي عنه؛ فإنهم يُسلمون دلالة على ذلك لتلك القرينة، ويجعلونه كالمستثنى من قاعدة النهي، وكذا القائلون بأن النهي يدل على فساد المنتهي عنه؛ فإنه يقولون بذلك عند عدم المانع عن دلالة على ما ذكر، فإن وُجد المانع لذلك في شيء من أفراد النهي سلّموا أن ذلك الفرد بعينه لا يدلُّ على فساد المنتهي عنه، لذلك المانع، وجعلوه كحكم المستثنى من قاعدتهم في النهي، هذا تحرير المقام، فاشدد به يدك، فإنه مهمٌّ جدًّا، ولا تكاد تجده"⁵.

ومن الأقوال الوجيهة أن النهي يدل على الفساد إن كان النهي لذات المنتهي عنه، وأما إن كان لغيره فلا يدل على الفساد.

¹ ينظر الفصول في الأصول؛ 171/2، وينظر المستصفي، 80/2.

² المحصول للعلامة ابن العربي، تحقيق: حسين علي البديري، (الأردن: دار البيارق، ط1، 1420هـ-1999م)، (المكتبة الشاملة) ص71.

³ ينظر البحر المحيط 445/2.

⁴ ينظر المستصفي، 78/2 وما بعدها والبحر المحيط 443/2.

⁵ طلعة الشمس 189/1-190.

والذي يعني هنا أن حرمة الشيء لا تستلزم فساد؛ فقد يصح العقد الملتبس بمحرم كالبيع إبان نداء الجمعة والتصرية وغيرها عند كثير من العلماء؛ فليس كل نهي يقتضي الفساد؛ وإنما كثير من المناهي دلت الأدلة على صحتها وعلى أثم صاحبها، ولصاحب الحق تعويض شرعي ثابت حق النقض.

والخلاف شهير في الشرط الباطل هل ينسحب بطلانه على أصله أم لا، والخلاف شهير بين فقهاء المذهب الواحد، وقد بحثه بتوسع أخي الأستاذ عبدالله السليمي في بحثه القيم "الشرط الباطل المقترن بعقود المعاوضات: أثره وتطبيقاته الفقهية"¹.

3. حكم الدخول في العقد الفاسد:

مما يظهر للنظر أول الأمر أن الإقدام على العقود الفاسدة محرم؛ لأنه يستلزم أكل المال بالباطل؛ والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۚ﴾ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَْ غَدَوَانًا وظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا ۚ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴿النساء: ٢٩ - ٣٠﴾ وحذرت من ذلك كثير من الآيات والأحاديث، وهو ممنوع من ذلك حتى لو نوى تصحيح العقد بعد ذلك؛ فذات التورط بالعقد الفاسد حرام².

على أن الغالب الأعم أن فساد العقد أثر من آثار حرمة؛ والشرعية جعلت العقد مطية إلى تحقيق مبتغاه؛ فإذا لم يحقق مبتغاه سقط اعتباره؛ فكل وسيلة لم تحقق غايتها سقط اعتبارها. وتردد فيه بعض الشافعية³.

والقائلون بالجواز يعولون على حديث صيغة من صيغ حديث بريرة؛ وفيه: "خذيها واشترطي لهم الولاء"؛ فقد أذن النبي صلوات الله وسلامه عليه لعائشة رضي الله عنها بالاشتراط الباطل بناء على هذه الرواية، بيد أن الحديث روي بصيغ مختلفة؛ وفي بعضها لم تذكر هذه الصيغة

¹ بحث مقدم للتخرج من كلية العلوم الشرعية (غير مطبوع عند الباحث نسخة منه).

² ونية التوبة حينما يقدمها الإنسان قبل معصيته تكون من خطوات الشيطان لإيقاعه في المعصية، وقد جرأت نية التوبة الكاذبة إحوه يوسف عليه السلام حتى شجع بعضهم بعضاً على قتله بقولهم: ﴿اقْتُلُوا يُوسُفَ أَوْ اطْرَحُوهُ أَرْضًا يَخْلُ لَكُمْ وَجْهُ أَبِيكُمْ وَتَكُونُوا مِن بَعْدِهِ قَوْمًا صَالِحِينَ﴾ يوسف: ٩ فعلى الحذر من شرك الشيطان.

³ ينظر الأشباه والنظائر؛ للإمام ابن السبكي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ/1991م)، 245/1

أصلاً؛ ولهذا تصورها الإمام الشافعي غلطاً حيث قال: "وحدث يحيى عن عمرة عن عائشة أثبت من حديث هشام، وأحسبه غلط في قوله: "واشترطي لهم الولاء" وأحسب حديث عمرة: "أن عائشة كانت شرطت لهم بغير أمر النبي وهي ترى ذلك يجوز فأعلمها رسول الله أنها إن أعتقتها فالولاء لها وقال: لا يمنعك منها ما تقدم فيها من شرطك، ولا أرى أمرها أن تشتترط لهم ما لا يجوز؛ قال الشافعي وبهذا نأخذ"¹.

وقد اختلف أهل العلم كثيراً في تأويل الصيغة على افتراض ثبوتها؛ فلا يلزم من ثبوتها صحة المدعى.

لكن فرق بعض أهل العلم بين نوعين من أنواع الفاسد؛ أي فساد تناقض وفساد حرمة؛ وقبلوا في فساد التناقض المتأمة؛ وهو مذهب بعض الإباضية؛ وقد أجروا تطبيقه على بعض مسائل المساقاة عند من منعها مطلقاً منهم وهم قليل، أو منعها في بعض الصور. المصنف م12 ج 21 ص458.

ولا يسوغ إتمام الفاسدة عموماً، وقد نص أهل العلم على القاعدة بصيغة عامة في كل العقود، كابن السبكي والسيوطي وغيرهما أو في عقود محددة كقول ابن بركة: "والإجارات الفاسدة التي ورد النهي عنها لا يجوز إتمامها، ولا الحل فيها وتراضي الناس بذلك². وستأتي بإذن الله التعرض له في 1

وقال العلامة ابن دقيق العيد في رد النبي صلى الله عليه وسلم ما الغنم: "وبذلك يتبين ضعف عذر من اعتذر من الفقهاء عن بعض العقود الفاسدة بأن المتعاضدين تراضيا وأذن كل منهما للآخر في التصرف، والحق أن الأذن في التصرف مقيد بالعقود الصحيحة".

[فتح الباري - ابن حجر 12/ 142] ولا أدري هل يشمل كلامه بيع الغرر إن أتمها العاقدان بعد أن انزاح الغرر وانكشفت حقيقة العقد ومحلّه، وكذا في الضرر إن رضي المتضرر، والغبن بعد إذن المغبون.

¹ اختلاف الحديث الإمام الشافعي، تحقيق: عامر أحمد حيدر (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1405 هـ 1985 م)، (المكتبة الشاملة)، ص520، وينظر خلاف أهل العلم في تأويل الحديث فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام ابن حجر (بيروت: دار المعرفة، 1379 هـ) 5/190.

² ابن بركة 2/395 المسعودي ص173.

وليس بعيدا عن ذلك نص الإمام الخليلي رحمه الله: "بيع الجزر والبصل قبل قلعه قال الشيخ ابن يوسف: "لا يصح"؛ فهو من قبيل بيع الحرام، والوالد سعيد بن خلفان يقول: "منتقض؛ فإن أتموه تم"، وبه يقول جماعة من العلماء، وقول الشيخ ابن يوسف أحب إلي¹ بيد أن مصطلح النقض مفتقر إلى البيان؛ فكأنه لا يعني البطلان، ولهذا عده مقابلا للقول بنفي الصحة، وإنما يعني تسويغ إبطاله؛ فهو -والله أعلم- قريب من مصطلح موقوف.

4. بين تصحيح الفاسد وإنفاذ الموقوف:

وقد توسع دائرة التصحيح لتشمل تحويل العقود إلى العقد الموقوف إلى نافذ والجائز إلى لازم؛ لأن العقود تقسم باعتبارات متعددة؛ فقد أوجز الدكتور وليد بن هادي التقسيمات في عبارة موجزة حيث قال: "وتنقسم العقود من حيث الصحة إلى صحيح وباطل، ومن حيث اللزوم إلى لازم وجائز، ومن حيث النفاذ إلى نافذ وموقوف، ومن حيث العوض إلى تبرع ومعاوضة، ومن حيث الصيغة إلى منجز ومعلق على شرط ومضاف إلى المستقبل، ومن حيث المعرفة إلى مسماة ومستحدثة، ومن حيث موضوعها إلى تمليكات كالمعاوضات والتبرعات، وإلى إسقاطات كإبراء الدين، وإلى إطلاقات كالوكالة، وإلى تقييدات كعزل الوكيل ومنع المحجور، وإلى توثيقات أو ضمانات كالرهن والكفالة، وإلى استحفاظات كالإيداع والحراسة، وإلى عقود المشاركات بأنواعها"².

والخلاصة أن ثمة طرق شرعية لإنفاذ العقد الموقوف؛ وليس مما يتعلق ببحثنا إلا عرضا، وسنشير إليه لماما؛ لأن جملة من العقود التي يحكم عليها بعض الفقهاء بالفساد أو البطلان يحكم عليها آخرون بأنها موقوفة حتى يتمها أو يرفضها صاحب الحق، كالغرر في العقود والغش والنجش وقبل الرؤية والفضولي والمريض مرض الموت والوصية بأكثر من الثلث والوصية لوارث.

والترخص أولى في العقود التي لا يمكن أن تتم إلا مشابة بغير مثل حفر بئر؛ فالأراضي تتفاوت رخاوة وصلابة، ويمكن أن تمثل لذلك بالحراسة في وقت الفتن والخوف والحرب -أجارنا الله

¹ الفتح الجليل ص 431.

² أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور وليد بن هادي (ط1، 1432هـ 2011م)، ص 36، ويراجع مقدمات في المال والملكية والعقد ضمن حقبة طالب العلم الاقتصادية، للدكتور القره داغي (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط2، 1434هـ 2013م)، 4/ 224 وما بعدها.

منها- وما يلحق بذلك من نظائر، وقد سوغ بعض أهل العلم للأجير نقض العقد؛ وقد رخصت المعايير في بعض العقود التي تتوقف عليها الحاجة العامة¹؛ ولعل الحراسة منها، والله أعلم.

وقد قرر ابن بركة (ت362 تقريباً) ثبوت الخيار للمتضرر بتلقي الركبان والنحش والتصرية وغيرها بقوله: "ويعجبني أن يكون كل غرر يذهب له مال هذا طريقه"²، وقال أيضاً: "ويعجبني أن يكون الخيار للمشتري إن شاء قبل البيع وإن شاء نقض"³، وقيل بثبوت البيع، ولا خيار للمشتري، وهو قول لبعض الإباضية، وهو بعيد؛ لأن الضرر مرفوع شرعاً.

مدى الحاجة إلى تصحيح العقود: أهمية تصحيح العقود:

إصلاح الفاسد أمر ضروري، لأن آثار العقد السابق لم تتحقق شرعاً، وبناءً على ذلك فكل التصرفات أو العقود التي تجرى على محل العقد فاسدة، وهو مواصلة لعمل محرم؛ فالإشكال عقدي بعدم ترتب الآثار الشرعية على العقد، والإشكال الأكبر منه هو مخالفة وأكل أموال الناس بالباطل؛ فالله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۚ﴾ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا ۚ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴿النساء: ٢٩ - ٣٠﴾ والوعيد شامل لأكل المال الباطل⁴.

والله تعالى يقول في الربا: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ۚ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ۚ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۚ فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ ۚ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ ۖ هُمْ

¹ المعايير الشرعية ص782.

² جامع ابن بركة 323/2

³ جامع ابن بركة 324/2، وينظر ص325.

⁴ اختلف المفسرون في عود اسم الإشارة "يفعل ذلك"؛ فقيل بقصره على قتل النفس وقيل بأنه ولأكل المال بالباطل، وقيل بأنه وعيد لكل محرم ورد من أول السورة، وقيل هو وعيد للمحرمات الواردة بعد قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا ۚ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۚ﴾ النساء: ١٩ وهو رأي الطبري، والقول الثاني وجيه، ينظر تفسير الطبري،... تفسير الكيا الهراسي... تيسير التفسير... تفسير ابن عاشور

فِيهَا خَالِدُونَ ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيلُ الصَّدَقَاتِ ۚ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾ ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ ﴿فَإِنْ لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۚ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾
البقرة: ٢٧٥ - ٢٧٩ "ولكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون" قاعدة كلية تعني العدالة في أجهل صورها.

والمال عظيم الخطورة؛ ولهذا يسأل العبد يوم القيامة عن كسبه وعن إنفاقه؛ عن أبي برزة الاسلمي قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسئل عن عمره فيم أفناه، وعن علمه فيم فعل، وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفقه، وعن جسمه فيم أبلا"، وتوالت الأحاديث تؤكد هذا المفهوم فعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال القليل من أموال الناس يورث النار، ورواه الربيع عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ردوا الخيط والمخيطة، وإياكم والغلول؛ فإنه عار على أهله يوم القيامة" ورواه ابن ماجه وابن حبان بصيغة: "فأدوا الخيط والمخيطة وإياكم والغلول؛ فإنه عار على أهله يوم القيامة"¹، وبالجملة فإن العناية بالمال في الإسلام عظيمة؛ وتضمنت الشريعة حدان للحفاظ على المال هما حد السرقة وحد الحراة؛ والحمة شاملة أكل أموال الناس بالباطل والغش وضروب السحت والرشوة والربا والغرر وما شابهها؛ فلا بد للواقع فيها أن يصلح ما بينه وبين الله وما بينه وبين الناس؛ فالله تعالى فتح لعباده أبواب التوبة وإن بلغت ذنوبهم عنان السماء؛ لكن لا بد للتوبة من رد المظالم؛ فعن أبي عبيدة قال سمعت ناسا من الصحابة يروون عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الذنوب على وجهين: ذنب بين العبد وربه وذنب بين العبد وصاحبه؛ فالذنب الذي بين العبد وربه إذا تاب منه كان كمن لا ذنب له، وأما ذنب بينه وبين صاحبه فلا توبة له حتى يرد المظالم إلى أهلها".

والخلاصة من ذلك كله أن التصحيح لغاية إيمانية تحقق حقيقة عبوديته لربه واستسلامه لأوامره ونواهيه، وهي أهم من المصالح المادية كلها، ومع ذلك فللتصحيح آثار على المعاملات المالية

¹ رواه الربيع كتاب

ففيها ترتب الآثار المطلوبة من العقد، وقد تشتمل بالإضافة إلى ذلك تطيب النفوس وإصلاح ذات البين، والألفة والمحبة بين أفراد المجتمع المسلم.

فإن أنكر منكر أصل تصحيح العقود؛ وقال بأن الشريعة منعت تصحيح العقود مطلقاً؛ فالله تعالى يقول: ﴿فَلَمَّا أَلْقَوْا قَالَ مُوسَىٰ مَا جِئْتُمْ بِهِ السَّحَرُ ۚ إِنَّ اللَّهَ سَيُبْطِلُهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ﴾ **يونس: ٨١**؛ فأني يصلح أحد ما نفى الله إصلاحه؛ والفاسدون هم العاملون للعمل الفاسد؛ ويؤكد هذا المدلول قوله سبحانه: ﴿لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ﴾ **الأنفال: ٨** فإذا أبطله الله فلا مناص من الحكم الكلي ببطلانه، ويقول النبي صلوات الله وسلامه عليه: "من علم عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"؛ فلا قول بعد قوله، ولا حكم مع حكمه.

ولا شك أن التمسك بظواهر بالنصوص الشرعية واجب مع عدم المعارض الأقوى؛ فأني يسوغ العمل بها وقد قابلها ما هو ألصق بالمدلول منها؟ والله يبطل الباطل ولا يصلح الفساد؛ لكنه يأمر عباده أن يصلحوا ما أفسدوا ويظهروا أنفسهم من أدرانها حتى يحفظوا بالزلفى، وليس كلامنا في إصلاح الفساد مع بقاءه على فساد، وإنما كلامنا في تنقيته قدر الاستطاعة من الفساد.

نماذج لتصحيحات وقعت في عهد النبي صلوات الله وسلامه عليه:

نصت الشريعة على بطلان جملة من العقود؛ كتحريم ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وما شابهها.

وبين يدي مناقشة الموضوع أجد من المناسب أن أجمع بعضاً من التطبيقات¹ النبوية على صاحبها أفضل صلاة وأزكى سلام لتبصرنا ببعض العقود الفاسدة ووسائل التعامل معها، ولا أتبعها بالتعليق هنا إلا لماماً، وسأستعين ببعضها في موضوعها بإذن الله تعالى.

عن عبد الله بن بريدة، قال: جاءت فتاة إلى عائشة فقالت: «إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بها خسيسته، وإني كرهت ذلك» فقالت عائشة: "اقعدي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذكري ذلك فجاء نبي الله صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له فأرسل إلى أبيها،

¹ اقتصر في الغالب الأعم على التطبيقات لأهميتها البالغة؛ لأنها تجمع بين التأصيل والتطبيق في آن واحد.

فلما جاء أبوها جعل أمرها إليها، فلما رأت أن الأمر قد جعل إليها « قالت: إني قد أجزت ما صنع والدي، إنما أردت أن أعلم هل للنساء من الأمر شيء أم لا¹ ». قال البيهقي في سننه الكبرى بعد الرواية: "وهذا مرسل ابن بريدة لم يسمع من عائشة رضى الله عنها".

وظاهر الرواية أن العقد أقر بتوفر شرطه؛ إذ رضا المرأة من شروط النكاح. عن نافع أن ابن عمر تزوج وقال في موضع آخر: عن ابن عمر أنه تزوج ابنة خاله عثمان بن مظعون قال: فذهبت أمها إلى النبي صلى الله عليه وسلم: فقالت: إن ابنتي تكره ذلك، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يفارقها وقال: "لا تنكحوا اليتامى حتى تستأموهن، فإذا سكتن فهو إذنهن" فتزوجها بعد عبد الله المغيرة بن شعبة²، وقد أبطل النبي صلوات الله وسلامه عليه جملة من العقود الباطلة أو يحتمل أنه أبطلها؛ ومن ذلك:

- الافتداء من الحد: وهو جلي في قول أب العسيف للنبي صلوات الله وسلامه عليه في قضية الزنى المعروفة: "...إن ابني كان عسيفا على هذا فزني بامرأته فقالوا لي على ابنك الرجم ففديت ابني منه بمائة من الغنم ووليدة ثم سألت أهل العلم فقالوا إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لأقضين بينكما بكتاب الله: أما الوليدة والغنم فرد عليك..."³، وعلق عليه ابن دقيق العيد بقوله: "وبذلك يتبين ضعف عذر من اعتذر من الفقهاء عن بعض العقود الفاسدة بأن المتعاضدين تراضيا وأذن كل منهما للآخر في التصرف، والحق أن الأذن في التصرف مقيد بالعقود الصحيحة"⁴، ولا أدري أتم العقد حقيقة بين الأطراف عليه؛ فنقض النبي صلوات الله وسلامه عليه العقد؛ ولا أدري الضمير في "ففديت ابني منه" أعائد إلى الرجم إلى "هذا"

¹ رواه البيهقي في السنن الصغرى؛ كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة، برقم 2395 (الرياض: مكتبة الرشد، 1422هـ/2001م)، 122/6.

² رواه البيهقي في السنن الصغرى؛ كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة، برقم 3289، 119/6.

³ رواه البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، برقم 2549 تحقيق البغا.

⁴ فتح الباري 12/ 142.

أي زوج المرأة؛ أو أنه كان يعرض الفداء وليس خبراً عنه، أي فعلى الاحتمال الأول فهو خبر، وعلى الثاني في إنشاء، والأول أظهر وأقوى، وعلى التسليم بالخبرية لا يلزم تمام الصفقة؛ ويحتمل أنه عرض الصفقة أي تم الإيجاب، ولا تتم الصفقة إلا بقبولها، والأظهر والأقرب تمام الصفقة؛ وقد أورد ابن حجر رواية وعلق عليها تعليقا مهما حيث قال: "وفي رواية عمرو بن شعيب" أما ما أعطيته فرد عليك؛ "فان كان الضمير في أعطيته لخصمه تأيدت الرواية الماضية¹، وان كان للعطاء فلا"²، والتعبير بالرد في قوله: "فرد عليك" إن تمت الصفقة يقتضي نقضها، وعلى غيرها فهو محمل على المعنى اللغوي في الرد، وكلام ابن دقيق مبنى على تمام الصفقة، والله أعلم، وبغض النظر عن دلالة الحديث فلا شك في بطلان كل مساومة في حد من حدود الله تعالى،

- ربا الجاهلية، فقد روى جابر بن عبد الله رضوان الله عليه: "وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضع ربانا: ربا عباس بن عبد المطلب؛ فإنه موضوع كله"³، وهو منسجم مع دلالة آيات الربا في سورة البقرة.

- الخداع سواء كان فعليا أو قوليا: عن الأعرج قال أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "...ولا تصروا الإبل والغنم؛ فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها؛ إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعا من تمر"⁴، وربما قيل بأن الحديث ليس في تصحيح الباطل، وإنما في إنفاذ الموقوف، وفي تفصيل الحديث خلاف بين أساطين العلم، وقد رواه الإمام الربيع: "...ولا تصروا الإبل والغنم" دون زيادة.

- الغرر: عن سعيد بن المسيب قال: قلنا له: شيء بلغنا عنك في المزارعة، قال: كان ابن عمر لا يرى بها بأساً حتى بلغه عن رافع بن خديج، فأتاه، فأخبره رافع: (أن رسول الله ﷺ أتى بني حارثة، فرأى زرعاً في أرض ظهير فقال: ((ما أحسن زرع ظهير)) قالوا:

1 الظاهر أنه يقصد بالرواية الماضية رواية صالح بن كيسان وفيها "أما الوليدة والغنم فردها".

2 فتح الباري 140/13.

3 رواه مسلم، الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم 3009.

4 رواه مالك، باب ما يُنهي عنه من المساومة والمبايعة، برقم 1383.

(ليس لظهير) قال: ((أليس أرض ظهير؟)) قالوا: (بلى؛ ولكنه زرع فلان) قال: ((فخذوا زرعكم، وردوا عليه النفقة)) قال رافع: فأخذنا زرعنا، ورددنا إليه النفقة، قال سعيد: أفقر أخاك أو أكره بالدرهم¹ وحديث ابن أبي نعيم، قال: حدثني رافع بن خديج (أنه زرع أرضاً، فمر به النبي P وهو يسقيها فسأله: ((لمن الزرع؟ ولمن الأرض؟)) فقال: (زرعي ببذري وعملي لي الشطر ولبني فلان الشطر) فقال: "أرئيتما فرد الأرض على أهلها وخذ نفقتك"² والظاهر والله أعلم أن النهي مقيد بما كانوا يتعاملون به، فقد كانوا يؤاجرون الأرض على الماذينات، وأقبال الجداول، ولم يكن لهم كراء إلا ذلك، وهذا الضرب من العلاج حول المعاملة إلى باب آخر،

عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت. ثم قال: بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما

فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك. ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعاً فأربحا فلما دفعاً ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما. أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه. فقال عمر أدياه. فسكت عبد الله وراجع عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً. فقال عمر قد جعلته قراضاً. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال³.

¹ رواه أبو داود، باب التشديد في ذلك، برقم 3401.

² رواه أبو داود،

³ رواه مالك في الموطأ؛ القراض، باب ما جاء في القراض، برقم 1389.

عن مالك بن أنس، عن حميد الأعرج، وغير مالك يقول: عن مجاهد، أن رجلاً أحيا أرضاً مواتاً، فغرس فيها وعمر، فأقام رجل البينة أنها له، فاختصما إلى عمر بن الخطاب، فقال لصاحب الأرض: إن شئت قومنا عليك ما أحدث هذا، فأعطيته إياه، وإن شئت أن يعطيك قيمة أرضك أعطاك.

عن سليمان بن داود الخولاني، أن عمر بن عبد العزيز كان يقضي في الرجل إذا أخذ الأرض، فعمرها وأصلحها، ثم جاء صاحبها يطلبها، أنه يقول لصاحب الأرض: «ادفع إلى هذا ما أصلح فيها، فإنما عمل لك»، فإن قال: لا أقدر على ذلك، قال للآخر: «ادفع إليه ثمن أرضه» قال أبو عبيد: فهذا غير الحكم الأول، ألا ترى أنهم لم يأمرُوا الغارس بالقلع، ولكنهم خيروا رب الأرض بين أن يعطي قيمة العمارة مبنية غير منقوضة، وبين أن يأخذ ثمن الأرض براحاً؟ وأما الوجه الثالث: فأن يحتجر الرجل الأرض، إما بقطيعة من الإمام، وإما بغير ذلك، ثم يتركها الزمان الطويل غير معمورة. قال أبو عبيد: وقد جاء توقيته في بعض الحديث عن عمر أنه جعله ثلاث سنين ويمتنع غيره، من عمارتها لمكانه، فيكون حكمها إلى الإمام.

609 - قال: حدثنا أحمد بن عثمان، عن عبد الله بن المبارك، عن معمر، عن ابن أبي نجيح - قال أبو عبيد: أحسبه - عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقواماً أرضاً، فجاء آخرون في زمن عمر فأحيوها، فقال لهم عمر حين فزعوا إليه: تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم، لولا أنها قطيعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئاً، ثم قومها عامرة، وقومها غامرة، ثم قال لأهل الأصل: إن شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك، وخذوا أرضكم، وإن شئتم ردوا عليهم ثمن أديم الأرض هي لهم قال: قال معمر: ولم أعلم أنهم علموا أنها لقوم، حين عمروها.

وقد قيل عن الشيباني عن أبي قيس الأودي أن امرأة من عائد الله يقال لها سلمة زوجتها أمها وأهلها فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقال أليس قد دخل بها؟ فالتكاح جائز، أخبرنا أبو حازم الحافظ أنبأ أبو الحسن بن حمزة أنبأ أحمد بن نجرة ثنا سعيد بن منصور ثنا هشيم أنبأ الشيباني فذكره رواه أبو عوانة وابن إدريس عن الشيباني عن بحرية بنت هانئ بن قبيصة أنها زوجت نفسها بالقعقاع بن شور وبات عندها ليلة وجاء أبوها فاستعدى عليها رضي الله عنه

فقال أدخلت بها؟ قال: نعم فأجاز النكاح. وهذا الأثر مختلف في إسناده وامتته ومداره على أبي قيس الأودي وهو مختلف في عدالته وبحرية مجهولة، واشتراط الدخول في تصحيح النكاح إن كان ثابتاً والدخول لا يبيح الحرام، والإسناد الأول عن علي رضي الله عنه في اشتراط الولي إسناده صحيح فالاعتماد عليه وبالله التوفيق \13417\.

البيهقي في سننه الكبرى ج 7/ص 112 ح 13427 قلت وهو ضعيف. وهو الذي عول عليه موسى بن علي من فقهاء الإباضية، وهو مبني فيما يبدو على قاعدة مراعاة الخلاف؛ أي التفريع على قول آخر عند الاحتمالية.

طرق تصحيح العقود الفاسدة وتطبيقاتها الفقهية.

لتصحيح العقود بالمعنى العام طرق متعددة؛ منها ما يلي:

التراد: وهو الأصل الأول في العقود الفاسدة والباطلة؛ وهو أصل رفع الظلم عن النفس وعن الغير؛ فقد قال رب العزة جل جلاله: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ البقرة: ٢٧٩، وهو تصحيح العلاقة مع الله وإنابة إليه.

وهذا الأصل سهل إن بقيت العين؛

قال ابن بركة: "والذي توجهه الشريعة من الحكم في ذلك أن السلعة إن كانت قائمة ردت إلى صاحبها لعدم صحة البيع عليها، وإن كان قد استهلكها كان عليه مثلها إن كان لها مثل يضبط بكيل أو وزن، وإن كانت مما لا تضبط بالكيل والوزن وليس لمثلها عين معلومة كان عليه قيمتها يوم استهلكها، والقول قول الضامن لها مع يمينه، والله أعلم"¹.

ودلت عليه أدلة كثيرة؛ فمنها ما سبق من حديث العسيف ونقض افتداء والد العسيف لولده بقوله عليه الصلاة والسلام: "أما الوليدة والغنم فرد عليك.."، وأبطل النبي صلوات الله وسلامه عليه هبة بشير لابنه النعمان دون بقية إخوته، وفي رواية موطأ مالك: "فَارْجَعُهُ"، وهو رغبة الفاروق في تعامل والديه مع واليه أبي موسى الأشعري قبل أن يحول الأمر إلى المضاربة؛

¹ جامع ابن بركة 321-322.

فقال لهما: "أديا المال ورجحه"، وهو شامل للنكاح فعن ابن عمر أنه تزوج ابنة خاله عثمان بن مظعون قال: فذهبت أمها إلى النبي صلى الله عليه وسلم: فقالت: إن ابنتي تكره ذلك، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يفارقها.

وهو معول عليه في العقود الموقوفة أيضا؛ فالنبي صلى الله عليه وسلم نهي أن يتلقى الجلب، فإن تلقاه إنسان فابتاعه، فصاحب السلعة فيها بالخيار، إذا ورد السوق

ويستثنى من ذلك تلف العين أو تأثرها أو كانت العين محرمة العين كالميتة قال أبو ستة: "فإن الرد إنما يظهر من جانب البائع فقط، وقد يقال الأولى أن يبقى على ظاهره فيأخذه ليدفنه مثلا"¹.

والتراد وارد في جميع عقود المعاوضات والتبرعات الفاسدة بأنواعها المختلفة، وهو وارد في النكاح لكنه ترد عليه إشكالات لا سيما في البيع إذا تلفت العين وفي الإجارة والمساقاة والمزارعة والمغارسة إذا عمل العامل فلا بد فيها من عوض، وهو ما سيأتي في الوجوه الأخرى بإذن الله، والإشكال في النكاح إذا وقع الوطء فلا بد فيه من المهر.

التتام: وهو إتمام العقد الأول بعد تنقيته من سبب الفساد.

فإذا كان السبب الغرر فإتمام العقد بإزالة الغرر والتراضي بعده؛

وإن كان السبب ديناً فقبضه والتراضي على إتمام العقد بعده.

وإن كان غير مقدور على تسليمه فالتراضي بعد القدرة على تسليمه.

وإن أوصى الميت بأكثر من الثلث ورضى الورثة عند بعض أهل العلم، وهكذا.

وإن كان البائع فضولياً فبعد إتمام المالك.

وهذا كله بناء على أن العقد السابق فاسد؛ وهو ما قد يلح في حديث عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته ولم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال له قولاً شديداً ثم دعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة". وفي كل الصور السابقة خلاف.

فإذا تراضى الطرفان على محل واضح ترتبت عليه آثار العقد الصحيح؛ لأن العقود الـ

¹ الإيضاح 285/3، ثم تناول هل عليه أن يرد مثلها إلى الفقراء توبة أو لا.

وإذا نقضوه انتقض.

وأمام حل التتامم نقف أمام إشكاليين لابد من حلّهما؛

أولهما: هل التتامم يشمل السكوت عن العقد؟

يشعر كلام بعض الإباضية بأن السكوت عن نقض العقد يقتضي الإتمام؛ ولعلمهم يعولون على أن السكوت في مقام البيان بيان؛ وقد عولت الشريعة على الصمت فيما هو أشد خطبا وخطورة من ذلك كإذن البكر في النكاح، وهذا القول عندي بعيد واقعا؛ لأن التراضي مشاب بتصور ثبوت العقد الأول؛ فقد قيل لا ينسب إلى ساكت قول؛ وقد يسكت المغبون من الطرفين لا للرضى؛ لكنه مكبل بقيود العقد الأول؛ سواء توهّم صحته أو علم بفساده، لكنه وجد حرجا في نقضه، وأخذ المال بحرج من صور أكل المال بالباطل؛ فما لم يكن عن تراض فهو من الباطل والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ النساء: ٢٩، وشهدت بذلك كثير من الأدلة إلا ما استثناه الشارع.

ولا شك أن إتمام الولي للنكاح - إن تم دون علمه أو دون رضاه - لا يتم بمجرد السكوت؛ فلا بد من النطق أو ما يقوم مقامه، والله أعلم.

قال ابن السبكي: "ومنها: المقبوض بعقد المعاوضة على المذهب له حكم المقبوض بعقد فاسد على الصحيح؛ فيطالب كل من المتعاطيين صاحبه. بما دفعه إن كان بقايا وبضمانه عند التلف فإن مائل الثمن القيمة خرج الغزالي على مسألة الظفر، وقال الشيخ أو حامد: لا مطالبة لواحد منهما وتبرأ ذمتها بالتراضي واستشكله الرافعي بسائر العقود الفاسدة؛ فإنه لا براءة وإن وجد التراضي"¹.

ثانيهما: هل التتامم عقد جديد أو هو إتمام للعقد سابق؟

تحرير هذه المسألة هي جذر القضية كلها؛ وسائر فروعها ثمرة من ثمارها؛ وستأتي الإشارة إلى فروعها تبعا بإذن الله، ولا أجد بين يدي تأصيلا يروي الغليل فيه؛ وإنما الذي وجدته تعبيرات تشعر باجتماع العاقلين كقول الإمام السالمي في بيع عين بها خيار: "هذا عيب في البيع ولهم

¹ الأشباه والنظائر لابن السبكي، 295/1.

نقضه بهذا العيب، وإن تناماه، والله أعلم¹. لا سيما أنه عبر أن لهم -بالجمع- نقضه؛ ولا يصدق المثال على المطلوب؛ لأن السؤال متضمن لجهل الطرفين بالخيار. وتعبيرات كثير من أهل العلم تشعر بإتمام المتضرر فقط أو صاحب الحق عموماً، وهي تقتضي أنه إتمام للعقد السابق، ومبنى هذا القول أن الطرف الآخر لا ضرر عليه في ذلك؛ لا سيما أنه عالم بحقيقة المعقود عليه وتفصيله. لكنني أستعين الله وأقول:

نعود إلى التأصيل الأول لمفهوم الفاسد، وهو ما لا تترتب عليه آثاره الشرعية؛ وهو أكبر فارق بين العقد الصحيح والعقد الفاسد؛ وإذا كانت لا تترتب عليه آثاره الشرعية بذاته فلا شك أن التعويل -في ترتب الآثار الشرعية- على التتمام تجري علي؛ فهو إنشاء عقد جديد؛ وهذا الأصل الذي ينبغي أن يكون، وعلى قياد هذا الأصل للعاقدين تغيير محل العقد فضلاً عن شروطه التفصيلية.

لكن إدراك الأصل لا يغني عن إدراك ما سواه؛ لأن إنشاء العقد مرة أخرى يتوقف على توفر جميع شروطه؛ وهي غير متوفرة في جملة من الصور إما لفقدان أهلية أحد العاقدين أو لتلف محل العقد، وقد تكون متوفرة لكن تغيرت الأسعار تغيراً فاحشاً، وهو يؤدي إلى ضرر بالغ. ولذا حولت استجماع صورها التطبيقية حتى تساعدنا على دقة تكييفها، وهي صور متعددة لأنها مركبة من فوات محل العقد "قد يفوت كل المحلين لا سيما إن كان مبادلة عين بعين" أو فوات أحد العاقد ثم بيان نوعية العقد؛ لكن أحببت ذكر بعض الصور فقط؛ وهي:

- قد يغير العاقدان محل العقد (الثلث أو السلعة أو شروطهما)؛ وفي هذه الحال لا يتصور إلا أن يكون عقداً جديداً.

- قد يبقى العقد على حاله دون أي تعديل بتراضي الطرفين، وهنا يرد السؤال عن إمكانية إتمام العقد على صورته السابقة، ولا يخلو من إشكال؛ فالأصل أن العقد الأول فاسد؛ وليس العاقدان مضطرين لإتمامه؛ لكن قد يستدل المرخص له "فلما جاء أبوها جعل

¹ كذا في الأصل الظاهر أن في الجواب نقصاً؛ والصواب: "وإن تناماه تم".

أمرها إليها، فلما رأت أن الأمر قد جعل إليها" قالت: إني قد أجزت ما صنع والدي؛ فلم يحدد نكاحها؛ ولم يشترط إقرار وليها إبان موافقتها، قلت ينبغي أن نحرر فاعل "جعل أمرها" أهو النبي صلوات الله وسلامه عليه، أو هو والدها؟ وهو أقرب مذكور؛ فإذا جعل والدها لها الخيار؛ فالولي حاضر موافق، لكن عمر رضوان الله عليه ومن أشار عليه جددا العقد بعد فوات وقته.

● قد يفوت محل العقد فيتلف المبيع في يد المشتري، وهو ضامن له؛ لأنه أخذه بنية التملك، وهي تستبع الضمان، أي تمنعه من مطالبة الطرف الآخر برد الثمن دون رده للعين بدعوى تلفها الذي لم يتسبب فيه، ويتعين في هذه الصورة إتمام العقد الأول دون إنشاء عقد جديد؛ لأنه لا يتسنى إنشاء عقد جديد، واستساغة الإتمام هنا لتطبيق قواعد العدالة فقط؛ فهي الحاكمة الكلية على العقود؛ فالله تعالى يقول: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ ۖ فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمْلِكُ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ البقرة: ١٩٤.

وأما إنفاذ العقد الموقوف فهو أرخص، ويكتفى بإتمام من له الحق، كالمغشوش وما شابه؛ لأن العقد موقوف على موافقته، والخلاف في تفاصيله شهير؛ والأصل فيه ما رواه الأعرج قال أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تصروا الإبل والغنم؛ فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر"، ومثله أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى أن يتلقى الجلب، فإن تلقاه إنسان فابتاعه، فصاحب السلعة فيها بالخيار، إذا ورد السوق "وما صدق عليه يصدق على بقية الخيارات، وقد أطل بسطها الدكتور عبدالستار أبو غدة في بحثه القيم الخيارات¹.

¹ ينظر الخيار وأثره في العقود للدكتور عبدالستار أبو غدة (سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية: دلة البركة؛ إدارة التطوير والبحوث، ط2، 1405 هـ 1985 م)،

● إتمام غير العاقد:

الأصل أن يتم العاقد لكن قد يفتقر العقد إلى إتمام غير العاقد إن تعلق به حق الإتمام، وهو جلي في جملة من الصور كإتمام المالك في بيع الفضولي، ومنه إتمام الأصيل إن تجاوز الوكيل حدود الوكالة، وإتمام المرأة إن زوجها وليها دون إذنها أو إتمامه إن تزوجت دون إذنه، وإتمام السيد زواج عبده، -ولعله مثله إتمام الوالد زواج ابنه- وهذا كله قبل الدخول، وفي المسألتين خلافات وإشكالات، أو أتم ولي الصبي عقود، وإتمام الوارث إن أوصى الميت "المورث" لوارث أو أوصى بأكثر من الثلث، وهذه الصورة تختلف عن سابقتها لأن الإتمام فيها بعد الوفاة لكن ورد في رواية.

وقد يتم العاقد عقده بعد تمام أهليته كإتمام الصبي لما عقده في صباه من قسمة¹.

الأرش: أي جبر النقص:

وهو خيار جلي في تلف العين قبل الرد سواء أكان التلف كلياً أم جزئياً؛ وقد لا يتيسر نقض البيع لأن المشتري لتصرف المشتري فيما اشتراه بيعة أو هبة أو بناء وما شاكل ذلك.

وقد نص الفقهاء على مشروعية الأرش من حيث الجملة فقد قال العلامة ابن بركة: "واختلف أصحابنا في الأمة إذا وطئت ثم ظهر بها عيب كان بها في ملك البائع؛ فقال أكثرهم: ليس له ردها، وله أرش العيب، وقال الباقر: له ردها"²، وقال البسيوي بأن الغش الذي لا يجوز في البيع ويكون البائع خائناً فهو ضامن للفضل في ذلك، والظاهر أنه يقصد ضمان الفرق بين السعيرين³، ولا أظن القول بذلك إلا عند تعذر رد الصفقة أو وقوع ضرر بالرد؛ وإلا فهذا الخيار وراد عند وقوع الضرر بالرد فيما يبدو سواء على البائع كالأمة الموطوءة أو السلعة المستهلكة وما شابهها أو على المشتري بتغير الأسعار أو بعمارته للأرض وما شابه ذلك.

¹ اختلف الفقهاء إذا قسم الشركاء سهامهم ولا ولي للصبي فقيل ليس لهم نقض القسمة حتى يبلغ الصبي ويرضى -والظاهر مثله لو رضي ولية منهج الطالبين

² جامع ابن بركة 324/2.

³ مختصر البسيوي ص 296.

وقد فصل العلامة ابن رجب الأقوال في المسألة حيث قال: "واختلفوا في البيع، فمنهم من قال: إنه فاسد، وهو رواية عن أحمد، اختارها طائفة من أصحابه، ومنهم من قال: إن كان الناجش هو البائع، أو من واطأه البائع على النجش فسد؛ لأن النهي هنا يعود إلى العقاد نفسه، وإن لم يكن كذلك، لم يفسد، لأنه يعود إلى أجنبي. وكذا حكى عن الشافعي أنه علل صحة البيع بأن البائع غير الناجش، وأكثر الفقهاء على أن البيع صحيح مطلقاً وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في رواية عنه، إلا أن مالكا وأحمد أثبتا للمشتري الخيار إذا لم يعلم بالحال، وغبن غبنا فاحشا يخرج عن العادة، وقدره مالك وبعض أصحاب أحمد بثلاث الثمن، فإن اختار المشتري حينئذ الفسخ، فله ذلك، وإن أراد الإمساك، فإنه يحط ما غبن به من الثمن، ذكره أصحابنا"¹.

ولا يحضرنى دليل مباشر على ذلك؛ لكن تدل عليه جملة كبيرة من الأدلة غير المباشرة؛ وانتزع الكلام أولاً من بسط العلامة ابن حزم الظاهري الأدلة الشرعية المؤكدة لحق الانتصار - وإن كان كلامه فيمن غصب مالا وما شابهه، وذات الأدلة تثبت ما قلناه - حيث قال: "بُرْهَانُ ذَلِكَ: قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى {وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ} وَقَوْلُهُ تَعَالَى {وَلَمَنْ أَنْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ}. وَقَوْلُهُ تَعَالَى {وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ وَجِزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ}. وَقَوْلُهُ تَعَالَى {وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ}. وَقَوْلُهُ تَعَالَى {فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ}. وَقَوْلُهُ تَعَالَى {إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيرًا وَانْتَصَرُوا مِنْ بَعْدِ مَا ظَلَمُوا}. وَمِنْ طَرِيقِ أَبِي دَاوُدَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ يُونُسَ حَدَّثَنَا زُهَيْرُ بْنُ مُعَاوِيَةَ حَدَّثَنَا هِشَامُ بْنُ عُزْرَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّ هَذَا أُمُّ مُعَاوِيَةَ جَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَإِنَّهُ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَبَنِي، فَهَلْ عَلَيَّ مِنْ جُنَاحٍ أَنْ أَخَذَ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا قَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعُرْمَاءِ الَّذِي أُصِيبَ فِي ثَمَارٍ ابْتِاعَهَا: خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ وَهَذَا إِطْلَاقٌ مِنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِصَاحِبِ

¹ جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، للعلامة ابن رجب.

الْحَقُّ عَلَى مَا وَجَدَ لِلَّذِي لَهُ عَلَيْهِ الْحَقُّ. وَمِنْ طَرِيقِ الْبُخَارِيِّ، حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ يُوسُفَ، حَدَّثَنَا اللَّيْثُ، -هُوَ ابْنُ سَعْدٍ- حَدَّثَنِي يَزِيدُ -هُوَ ابْنُ أَبِي حَبِيبٍ- عَنْ أَبِي الْخَيْرِ هُوَ مَرْثَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْيَزَنِيُّ، عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ الْجُهَنِيِّ [قَالَ]: "قُلْنَا لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّكَ تَبْعُنَا فَتَنْزِلَ بِقَوْمٍ لَا يَفْقَرُونَ، فَمَا تَرَى فِيهِ فَقَالَ لَنَا عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنْ نَزَلْتُمْ بِقَوْمٍ فَأَمَرَ لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ فَأَقْبَلُوا فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا فَخُذُوا مِنْهُمْ حَقَّ الضَّيْفِ"¹.

ويتأكد ما قاله بالأدلة الشرعية المؤكدة لرفع الضرر؛ وقد نقشتها الشريعة بحروف من نور في تفاصيل الحياة البشرية؛ وصورة الضرر تظهر إن اشترى إنسان سلعة غبن فيها وتعدر عليه ردها لتغييرها مثلاً، فلا بد من إنصافه، ويمكن أن يستوحى من حديث أنس رضوان الله عليه؛ ففيه: أن أبا بكر رضي الله عنه كتب له فريضة الصدقة التي أمر الله رسوله صلى الله عليه وسلم (من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة، وليست عنده جذعة وعنده حقه؛ فإنها تقبل منه الحقة، ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له أو عشرين درهماً، ومن بلغت عنده صدقة الحقة، وليست عنده الحقة، وعنده الجذعة؛ فإنها تقبل منه الجذعة، ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين، ومن بلغت عنده صدقة الحقة، وليست عنده إلا بنت لبون؛ فإنها تقبل من بنت لبون ويعطي شاتين أو عشرين درهماً ومن بلغت صدقة بنت لبون وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين. ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فإنها تقبل منه بنت مخاض ويعطي معها عشرين درهماً أو شاتين"².

تحويل إلى عقد آخر:

والأصل في تحويل العقد الفاسد إلى دائرة أخرى ما رواه أبو جعفر الخطمي قال بعثني عمي أنا وغلاما له إلى سعيد بن المسيب قال فقلنا له شيء بلغنا عنك في المزارعة قال: كان ابن عمر لا يرى بها بأساً حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث فأتاه فأخبره رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بني حارثة فرأى زرعاً في أرض ظهير (بضم الظاء صاحب الأرض) فقال: " ما أحسن زرع ظهير " قالوا: ليس لظهير قال " أليس أرض ظهير؟ " قالوا بلى ولكنه

¹ المحلى، للعلامة ابن حزم،

² رواه البخاري كتاب الزكاة، باب من بلغت عنده صدقة بنت مخاض وليست عنده، برقم 1385.

زرع فلان قال " فخذوا زرعكم وردوا عليه النفقة " قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا إليه النفقة. قال سعيد أفقر أخاك (أفقر أخاك أي أعطه أرضك عارية ليزرعها) أو أكره بالدرهم. وقد عول عليه الفاروق رضوان الله عليه بإشارة أحد جلسائه حينما حول العقد مع عقد القرض مع ولديه إلى عقد مضاربة، والظاهر أن قصد العدالة من ناحية والاحتياط من ناحية أخرى، وإلا فلو أخذ بظاهر العقد السابق لكان له وجه ظاهر؛ لكن همة الفاروق رضوان الله عليه لا تقبل بغير الأعلى.

وقد يستلهم ذلك من حديث: "من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته"¹. بيد أن الحديث فيه مقال ففي سنده شريك بن عبدالله قال عنه ابن حجر: (صدوق يخطيء كثيراً، تغير حفظه منذ ولي القضاء بالكوفة...) ⁽²⁾ علاوة على ذلك فهو مدلس قال عبدالحق الإشبيلي: كان يدلس. وقال ابن القطان: وكان مشهوراً بالتدليس⁽³⁾ وأورده ابن حجر في المرتبة الثالثة من المدلسين.

قلت: وقد روي الحديث عند أبي داود وأبي عبيد بالعنعنة.

وهو-على التسليم بثبوته، وهو معول بعض أهل العلم- لم يثبت الأجرة، وإنما أثبت النفقة، والله أعلم.

وأجد مناسباً في مقامي هذا أن أذكر قاعدة أراها مهمة؛ وهي أن كثيراً من أهل العلم لجأ إلى تحويل كثير من العقود الفاسدة كالمساقاة والمضاربة والمزارعة والمغارسة والجعالة إن التبتت بما

¹ رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها رقم 3403 ص 610، وأبو عبيد الأموال، كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها وإحيائها وحماها، باب إحياء الأرضين واحتجارها والدخول على من أحيها رقم 708 ص 122، والترمذي 648/3 رقم (1366) وقال عنه: حسن غريب. وذكر أن العمل عليه عند بعض أهل العلم، وهو قول أحمد وإسحاق وذكر تحسين البخاري له.

² تقريب التهذيب، حجر العسقلاني، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف (دار المعرفة، ط2: 1975م 351/1).

² تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، (بيروت: دار إحياء التراث، ط1: 1991م) 296/4.

² تنظر الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص363.

² ينظر المساقاة مشروعيتها وشروطها وأحكامها، للباحث، (مطابع النهضة)، ص186-192.

² كذا في الأصل ولعلها (تكن) بالتاء.

² كذا في الأصل والصواب (للمساقاة) وهو الذي ذكر في عقد للعلامة ابن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف (دار المعرفة، ط2: 1975م 351/1).

³ تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، (بيروت: دار إحياء التراث، ط1: 1991م) 296/4.

يفسدها إلى إجارة، وأعطوا العامل -إن عمل- أجرة المثل، وأجرة المثل هي حل حتى لا يستباح عمل دون عوض، ولذلك صور متعددة.¹

وقد طبق ذلك الإباضية والحنفية والشافعية والحنابلة، وهو قول عند المالكية، ولكل مذهب تفصيلات في قولهم لا تعيني هنا، وذهب بعض المالكية إلى التعويل على العقد نفسه كمساقاة المثل ومضاربه إن أتم العامل العمل، ولهم في ذلك تفصيلات مهمة، وقد ذكرت بعض كلامهم في بحث المساقاة.²

قال القرافي مبيناً لها: "ففي 'الجواهر' المساقاة الفاسدة إذا أدركت قبل الشروع فسخت، أو بعد الفراغ ففي الواجب أربعة أقوال: أجرة المثل، مساقاة المثل مطلقاً ما لم تكن أكثر من المشترط إن كان للشرط للمساقى، أو الأقل إن كان الشرط للمساقى⁴ التفصيل لابن القاسم: أجرة المثل إن خرجا إلى الإجارة الفاسدة، أو بيع الثمار قبل بدو صلاحها، كاشتراط أحدهما زيادة من عين أو عرض أو غيرهما، فالمالك مستأجر بأجرة فاسدة، والعامل مشتر للثمرة بما زاده، وإلا فمساقاة المثل إذا لم يخرجها عن حكمها بل عقدها على غرر الحائط على النصف وآخر على الثلث، واشتراط من العمل ما لا يلزم مما لا يبقى مؤبداً.

قال الشيخ أبو الوليد: الذي وجد فيه لابن القاسم مساقاة المثل أربع مسائل؛ اثنتان في "المدونة": إذا ساقاه -وفي الحائط ثمر- أطعم، أو اشترط المساقى العمل معه، واثنتان في "العتبية": اجتماعها مع البيع في عقد، أو ساقاه سنة على النصف وسنة على الثلث.

الحال الثالثة: أن يعثر عليها في أثناء العمل، فيفسخ والواجب فيه أجرة المثل -إذا انتهى على ما تقدم من تفصيل ابن القاسم- وله أجرة مثله فيما عمل إلى حين العثر، ولا يفسخ ما الواجب فيه مساقاة المثل، بل يمضي وله مساقاة مثله، ولو كانت أعواماً وبقي بعضها بعد

1 تنظر الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص 363.

2 ينظر المساقاة مشروعيتها وشروطها وأحكامها، للباحث، (مطابع النهضة)، ص 186-192.

3 كذا في الأصل ولعلها (تكن) بالتاء.

4 كذا في الأصل والصواب (للمساقى) وهو الذي ذكر في عقد الجواهر عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين بن نجم بن شاس. تحقيق: د. محمد أبو الأحقان. وأ. عبدالحفيظ منصور. (بيروت: دار الغرب الإسلامي ط 1: 1415هـ/1995م). 824/2.

العثور، بنى على مساقاته فيها مساقاة المثل، فهذه ثلاثة أحوال للمساقاة الفاسدة¹ وعليه معول الظاهرية.

والذي يبدو لي أن نقل العقد من باب إلى باب خلاف الأصل؛ ويطراً عليه إشكال آخر حسب رأي الحنفية والشافعية² لأنهم لا يقولون بتبعيته للبذر، وهو خلاف رواية الخطمي السابقة، وذكر في بذل المجهود بأنهم قد يتأولون الحديث بأنه ثبت للنبي p أن البذر لأصحاب الأرض³، وهذا التأويل ضعيف لأن النبي p لم يستفصل، وتركه دليل العموم عند كثير من الأصوليين⁴، وما ذكره في بذل المجهود تكلف واضح؛ لأنه قائم على دعاوى - وإن لم يصرح بتفصيلها-؛ الأولى في تشخيص الواقع بأن البذر منهم، والثانية علمه صلوات الله وسلامه عليه بذلك، والثالثة قيام الحكم على الدعاوى السابقة، ولا دليل - حسب علمي - على شيء من هذه الدعاوى.

والأشد من ذلك أن الرضا المشروط في العقود لا يتحقق في كثير من الصور؛ بل قد يقع الضرر البالغ؛ فرب الشجر والأرض في المساقاة والمزارعة والمغارسة قد لا يجد غير أرضه وشجره؛ ففي إلزامه بالأجرة مشقة بالغة لا يلتزمها بمقتضى العقد الفاسد؛ وقد تكون أكثر بكثير من أجرة المثل؛ بل قد تربو على أضعاف المسمى، ولا تطيب نفسه بدفع أكثر مما اتفقا عليه في عقدهما، وأخشى أن يندرج ذلك تحت أكل مال الإنسان بغير طيب نفسه.

على أن أجرة المثل قد تكون أقل بكثير مما يتطلع العامل الذي كد في أرضه من نتائج المساقاة والمزارعة لا سيما إن كان أميناً في عمله؛ فلا تقنع نفسه بغير المسمى؛ فلا يرضى بأجرة يتصورها دون المسمى.

والخلاصة أن العدالة أن يلتزم العقد كما هو، وهذا يقتضي أيضاً أن لا يعول على مساقاة المثل ولا مزارعته ولا مغارسته إلا في صور عارضة، سيأتي ذكر ما تيسر منها بإذن الله؛ لأن المثلية متوقفة على العرف؛ ومن المعلوم بأن العرف لا يعول عليه إن صرح العاقدان بخلافه، وقد نص

1 الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، (دار الغرب ط1: 1994م) 113-114/6.

2 إرشاد الساري شرح صحيح البخاري، للعلامة القسطلاني، (دار الفكر والطباعة والنشر والتوزيع)، 178/4.

3 بذل المجهود في حل أبي داود للعلامة خليل أحمد السهانفوري، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون) 67/15.

4 ينظر المساقاة للباحث، ص190.

على ذلك الأصوليون، وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي، بل من المقرر أن العرف الخاص أقوى من العرف العام؛ والدلالة بين شخصين (أي العرف الخاص بينهما) أقوى من العرف العام وإن لم يصرحا به لفظاً؛ فكيف يلغى التصريح الذي تراضى عليه العاقدان؟ وكيف يمنعان مما تراضيا عليه ويلزمان بما لم يتراضيا عليه؟

فإن قيل بأن فساد العقد حرم العاقدين أثره؛ إذ الفارق بين الصحيح وبين الفاسد ترتب الآثار على العقد الصحيح وعدم ترتبها على العقد الفاسد؛ وهو منطق يسلم به الجميع، ولهذا لو علم الفساد من أول الأمر لما طُلب أي واحد من العاقدين بإتمام العقد، ولكن بما أن العامل بذل جهده في عمله فلا يباح عمله دون عوض، وأجره المثل هي العوض العادل.

فالجواب بأن المنطق الأول مسلم به اتفاقاً؛ لكن لا تسلم النتيجة المترتبة عليه؛ فغاية العوض تحقيق العدالة والمقاربة من الرضا؛ لأن الشريعة قائمة على العدالة بأجل صورها؛ وهي من أهم وأظهر خصائص الشريعة الكلية، ولا تتحقق العدالة بنقض ما اتفقا عليه وإلزامها بغيره.

ولا يقال بأن الخسارة المتضمنة في العقد الفاسد هي أثر الحرمة؛ لأننا قد قدمنا أن التلازم بين الفساد والحرمة مخدوش؛ فقد يتحقق الفساد دون حرمة، وقد تثبت الحرمة دون فساد، ويتأكد ذلك بأن أحد العاقدين مستفيد من هذا التغيير على حساب صاحبه.

وهذا المثال يجري على مهر المثل؛ إذ اختلفت كلمة أهل العلم في النكاح الفاسد؛ وقد لخص في الموسوعة الكويتية: **وَاخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي الْوَاجِبِ مِنَ الْمَهْرِ، هَلْ هُوَ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ أَوْ الْأَقْلُ مِنْهُمَا؟ فَعِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَزُفَرٍ مِنَ الْحَنَفِيَّةِ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ. وَعِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ - غَيْرِ زُفَرٍ - لَهَا الْأَقْلُ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا وَمِنْ الْمُسَمَّى. وَعِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ لَهَا الْمُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى كِنِكَاحِ الشُّعَارِ فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ. وَعِنْدَ الْحَنَابِلَةِ لَهَا الْمُسَمَّى فِي الْفَاسِدِ (وَهُوَ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ) وَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ فِي الْبَاطِلِ (وَهُوَ مَا اتَّفَقَ عَلَى فَسَادِهِ)¹.**

وجميع تلك الأقوال لا تخلو من إشكال إلا القول ببقاء المسمى كما هو، والدليل عليه أن العاقدين تراضيا عليه؛ فأني يلغى ما اتفقا عليه قولياً وتراضيا عليه قلبياً؟ ويعول على ما لم يتفقا

1 الموسوعة الفقهية الكويتية، 123/8.

عليه ولا تراضيا عليه؟ وقد يكون صداق المثل أكثر بكثير من المسمى؛ فلماذا يلزم الزوج بأكثر مما اتفقا عليه؟

وقد ثبت صداق المثل فيما إذا لم يسم؛ فصداق المثل هو أقرب الحلول إلى العدالة؛ فلا يحمل ما إذا سمي لوجود ما هو أولى بالاعتبار، فلا يحمل أحدهما على الآخر للفارق المؤثر بينهما. ويستبعد أن تحصل المرأة في نكاحها الباطل على أكثر من العقد الصحيح؛ إذا كان مهر المثل أكثر؛ فبطلان عقدها كان أنفع لها، كما يستبعد أن ينتفع الرجل ببطلان نكاحه حتى يعفى من بعض تبعاته ما دام حصل على بغيته من وطء امرأته¹.

وهذا كله لا ينفي أجره ولا مهر ولا ثمن المثل مطلقاً؛ فهي معتبرة في صور لا بد منها؛ وذلك إذا كانت محرمة العين أو مجهولة أو غير منضبطة أصلاً أو وقع الإيجاب عليها؛ أي أن الخلل في الثمن والمهر والأجرة، وقد لخص الإمام الحصري الصور التي تجب في المسمى في المهر فقال: "...أن يكون مجهولاً أو حراماً أو يشترط فيه شرطاً فاسداً، فذلك باطل فكأنه لم يسم لها صداقاً، فإن دخل بها كان لها مهر مثلها، وكذلك إن سمي لها في العقد أقل من ربع دينار، أو أقل من درهين على قول".

ويمكن أن نتصور أجره المثل إن ثبت بطلان المساقاة والمزارعة والمغارسة والمضاربة قبل إتمام العمل، فالعامل يستحق أجره المثل؛ لتعذر حصوله على الثمر أو الزرع أو الربح؛ لأنه لم يتحقق بعد، وقد يقال بحصوله على الناتج بنسبة عمله، أي إذا اتفقا على أن للعامل نصف الثمر مثلاً فعمل نصف المدة فله ربع الناتج؛ لكن ضبط ذلك يصعب؛ لصعوبة ضبط مقدار العمل وهي يقاس بالمدة أو بالجهد أو بالأجرة المعتادة على ذلك العمل بمفرده وتحويله إلى نسبة من العمل الكلي، وكل ذلك غير منضبط؛ فالأعمال المجردة تختلف عن الأعمال المجتمعة، وأجرة المثل أولى في مثل هذه الاعتبارات جميعاً.

العقود التي تقبل التصحيح:

1 مع ملاحظة أن المهر أشد من ثمن المثل وأجرته؛ لأن الإيضاح لا تباح بالبذل ينظر المغني للعلامة ابن قدامة المقدسي، (بيروت: دار الكتاب العربي 1392هـ/1972م)، 563/5-564.

سبق الكلام أن تصحيح العقود إما أن يكون بتحويلها إلى عقد جائز شرعاً؛ وهو يتصور في بعض العقود دون بعض، وأما أن يكون بمعنى التعامل الشرعي مع العقد الفاسد، وهو سائغ في جميع العقود لرد الحقوق ودفع المظالم؛ بناء على التعريف الثاني للتصحيح؛ فإليك بيانه: لا يخلو العقد الباطل أو الفاسد أن يكون فساداً لذات محل العقد؛ كالعقد على الميتة والدم ولحم الخنزير؛ أو عقد النكاح على أمه أو أخته أو على ذكر مثله فالعقد لا يقبل التصحيح بتاتا.

وإن كان الخلل لوصف عارض من عوارض المحل أو وصف من أوصافه؛ فإن زال العارض كبيع مجهول ثم يعلم أو نجش فيزول ويصح إتمام العقد بينهما، ويصح نقضه. والخلاصة من ذلك كله أن نضبط العقود التي لا تقبل التصحيح حتى يتسنى لنا ضبط التي تقبله؛ فإليكها:

- الربا: وهو لا يقبل التتامم؛ وإنما يتحول إلى قرض دون زيادة كما قال تعالى:
- فوات أهلية أحد العاقلين: وهو شامل لموته أو جنونه أو الحجر عليه لسفه أو غيره؛ والظاهر أن الحجر عليه لا يحول دون إكمال عقود المعاوضات، لأن لوليه إتمام العقد؛ فإذا كان له ابتداء العقد فإتمامه من باب أولى؛ لاسيما إن اقتضته مصلحته، وإن كانت مصلحته في خلافه نقض العقد؛ لأنه صلاحية الولي في النظر في مصالح وليه، وفوات الأهلية يحول دون إتمام عقد المتبرع؛ لأن الولي غير مخول بالتبرع.
- فإن كان الوقت يسمح بإلغاء العقد الأول وإنشاء عقد آخر بتراضيهما، وهو يتم بتراضي الطرفين فحسن؛ فالله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ النساء: ٢٩،
- ويتزاد حسب عبارة الشماخي واستشكل الشيخ أبو ستة رد المحرمات العينية كما سبق¹، أما الخمر فالإتلاف ولا يطالب برده، ولكن إن استهلكها المشتري ثم عاد يطالب بثمنها.

• لكن ورد في رواية عن ابن عباس قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم: « من الكلب خبيث ». قال: فإذا جاءك يطلب ثمن الكلب فاملاً كفيه تراباً ولا أدري هل القول الأخير من الحديث أو من ابن عباس رضوان الله عليه أو من دونه من الرواة؛ لأن جملة من الروايات خلت من هذه الزيادة.

• يتباين خلل العقود بين خلل يقع في الربا وبيع ميتة ودم وآخر لا ينفك عن الغرر وثالث يدفع إلى الضرر؛ على أنها من ناحية أخرى تقسم إلى خلل مقصود وغير مقصود أو مقصود من طرف دون غيره؛ وثم خلل يكتشف قبل استكمال العقد أو بعده وقبل انتقال العين للمشتري أو بعد انتقالها أو بعد تلفها.

أثر تعارف الناس في تصحيح بعض الشروط الفاسدة.
عولت الشريعة في كثير من أحكامها على الأعراف؛ حتى عده جماعة من الأصوليين دليلاً شرعياً مستقلاً، بيد أن العرف الذي تعترف به الشريعة وتحكم به على أهله هو العرف الصحيح؛ وقد نص أهل العلم أن شروط التعويل على العرف أن لا يناقض شرعاً؛ وإلا فالعرف المناقض للشريعة لا تعترف به الشريعة اعترافاً شرعياً؛ ونص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي؛ وسيأتي نصه بإذن الله بعد قليل.
وإن كانت تعترف به كواقع لا بد لها من مراعاته في الأحكام، ويقع الخلط بين هذين البابين، ولا بد من التفريق بينهما.

وحجته تتوقف على توفر شروطه؛ وقد أجملت في قرار مجمع الفقه الإسلامي:
" أولاً: يراد بالعرف ما اعتاده الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، وقد يكون معتبراً شرعاً أو غير معتبر.

ثانياً: العرف، إن كان خاصاً، فهو معتبر عند أهله، وإن كان عاماً، فهو معتبر في حق الجميع.
ثالثاً: العرف المعتبر شرعاً هو ما استجمع الشروط الآتية:

أ - أن لا يخالف الشريعة، فإن خالف العرف نصاً شرعياً أو قاعدة من قواعد الشريعة فإنه عرف فاسد.

- ب - أن يكون العرف مطّرداً (مستمراً) أو غالباً.
- ج - أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف.
- د - أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه، فإن صرحا بخلافه فلا يعتد به¹.
- والعرف المعول عليه هو العرف الخاص في التعامل المصرفي على أن يكون مشهوراً أمام الجماهير؛ أما إذا كان الناس لا يعرفونه فلا يلزمون بمقتضاه، والتعويل على العرف الخاص لا يلغي العرف العام كلية، وإنما يلغيه عند التعارض والتناقض.
- ولا يقلل ذلك أهمية العرف في هذا الأمر؛ لأن تصحيح العقود الفاسدة يفتقر أحياناً إلى ثمن المثل وأجرة المثل ومهر المثل ومساقاة المثل ومزارعة المثل ومضاربة المثل، ولا قائمة لها إلا بالعرف؛ فهو عمدتها.

وقد سبقت الإشارة إليه.

هل تصحيح العقود الفاسدة اتفاقي أو قضائي؟

الأصل أن التصحيح لا يفتقر إلى تدخل قضائي، وأما إن اختلف الطرفان فالمرجع القضاء، وليست مهمة القضاء تصحيح الباطل، وإنما مهمته إحقاق الحق، وليست دائماً بتصحيح العقد فالباطل لا يصحح كتزويج محرمة وبيع ميتة ودم؛ فلا عبرة بالعقد؛ فلا بد من نقض الباطل.

لا يخلو العقد أن يتفق العاقدان على تصحيحه وهو الأولى والأجدى.

بيد أن من الواضح أن حكم القاضي لا يحل حراماً؛ وهو ما دل عليه قول النبي صلوات الله وسلامه عليه: "وأحكم على نحو ما أسمع.." ولا شك أن بقية القضاة لا يحلون ما لا يحل على لسان محمد صلوات الله وسلامه عليه؛ ولذلك أدلة كثيرة، وإن خالف الحنفية في ذلك حتى قال الجصاص في تحرير رأي الإمام أبي حنيفة: "إذا حكم الحاكم ببيئة بعقد أو فسخ عقد مما

1 قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 47 (5/9)، وهو كلام نص عليه المحققون سابقاً؛ ينظر أجوبة المحقق الخليلي.

يصح أن يتبدأ فهو نافذ ويكون كعقد نافذ عقدها بينهما وإن كان الشهود شهود زور¹، وقد أطل الاستدلال لذلك؛ لكن رأي الجمهور أقوى، والشواهد عليه أقوى². ومن ناحية أخرى هي أن القاضي إذا حكم بصحة ما المختلف في حكمه أخذ بحكمه؛ لأن التفريق بين ما اتفق عليه وما اختلف فيه جلي؛ وقد نص عليه أهل العلم من كافة المذاهب³؛ وأضاف أصوليو المالكية لذلك قاعدة أخرى؛ فقالوا بمراعاة القاضي للخلاف؛ أي أن القاضي يفرع على أقوال الخصمين؛ فلو تم العقد وهو مختلف فيه فليل بفساده وقيل بصحته فللقاضي أن يفرع على الصحة وإن كان يرى الفساد في خاصة نفسه ما دام الخلاف ظنياً⁴. وهل يجبر على التتام؟

أهم شروط العقد الرضا؛ فالإجبار ينفي أهم شروط العقود؛ وليس التتام أمراً سورياً؛ وإنما هو سعي لإصلاح العاقدین لما أفسداً؛ لكن يجبر المنتفع منها بجبر ضرر الطرف الآخر؛ فعليه ما غرم ما أتلّف؛ وقد سبق أن دفع الضرر قد يكون بأجرة المثل أو ثمن المثل أو مهر المثل، وما إلى ذلك.

هل لتصحيح العقد الفاسد أثر على عوائده في الفترة قبل التصحيح؟ سبق الكلام عن مدلول إتمام العقد وهو مظهر من مظاهر تصحيحه، والأصل أن يتم بإنشاء عقد جديد؛ لأن العقد السابق فاسد؛ وآثار العقود تتحقق بعد صحتها لا قبل صحتها، وكان العقد قبل ذلك فاسداً؛ وهذا هو الأصل؛ فلا تمتد آثار العقد لتشمل الماضي، وبناء على ذلك فالإتمام بعقد جديد مقتصر أثره على المستقبل، ولا يمتد إلى الماضي، بل لا ينبغي أن يحتال لإثباته للماضي؛

لكن هذا الإطلاق له مقيد؛ ونشير إلى تقيدين: أولهما فوات المحل: إذا فات محل العقد فلا يتأتى مع فواته إنشاء عقد بشروطه الشرعية، ولهذا لابد من تطبيق قواعد العدالة حتى يرفع الظلم عن العباد، وقد سبق الاستشهاد بحديث: "فلما

1 أحكام القرآن للإمام الحصاص تحقيق: محمد الصادق قمحاوي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ)، 314/1.

2 ينظر الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، للقاضي علي قراعة، (ط2)، 1344هـ 1925م)، ص306.

3 ينظر الفصول في الأصول 2/ 182 والقواعد والفوائد الأصولية، ص97.

4 الموافقات

جاء أبوها جعل أمرها إليها، فلما رأت أن الأمر قد جعل إليها" قالت: إني قد أجزت ما صنع والدي"، وهو يشعر بأنها أتمت العقد السابق، وهو وارد لكنه ليس بمتعين، وقد أشار جليس عمر على عمر رضوان الله عليه أن يجعله قراضاً؛ فشمّل القراض المتأخر المدة المتقدمة، وإن أبرم أول أمره على أنه عقد قرض.

وفوات المحل إما حقيقة وإما حكماً؛ فحقيقة يعني التلف الحقيقي لمحل العقد أي العين التي وقعت عليها الصفقة، وحكماً يشمل ما إذا تعذر الوصول إليه بأي عارض من العوارض؛ وأشير هنا إلى بعض العوارض:

- تناقل محل العقد بين الأيدي بالبيع والشراء المتوالي وفي نقض تلك البيوع حرج شديد؛ والشرعية جاءت برفع الحرج؛ والله تعالى يقول: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ المائدة: ٦ ويقول سبحانه: ﴿هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ﴾ الحج: ٧٨، وقد مال جماعة من الفقهاء إلى نقض تلك البيوع جميعاً؛ وهو المتوافق مع الأصل.

- استحالة العين إلى عين أخرى: وهذا مبحث طويل اختلف الفقهاء قديماً وحديثاً في كثير من تفصيلاته¹، وليس المقصود في هذا المبحث التغير الكلي؛ وإنما يشمل التغير الجزئي؛ فطحن البر والشعير مؤثر والله أعلم عليه؛ لأن إلزام البائع بإخذها مطحونة ضرر عليه، والشرعية لاحظت بقاء أوصاف العين بدقة في حفظها للحقوق؛ فعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أبما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره"²

وبناء على إتمام العقد قال جماعة من أهل العلم بأن المرأة إن لم ترض بتزويج وليها ثم رضيت قبل الدخول لا بأس بنكاحها، وهكذا أن زوجت نفسها فأقر وليها النكاح قبل الدخول.

1 شدتني مناقشة أخي وشيخي الدكتور باحمد ارفيس في كتابه القيم: "الأطعمة المصنعة حديثاً"، للشيخ باحمد بن محمد ارفيس، (قسنطينة: جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، 1430هـ/2009م)، مرقون. ص 447.

2 رواه الربيع في مسنده، كتاب البيوع، باب في الربا والانفساخ والغش برقم 586

وقد سبق في قصة ابن عمر قول رجل من جلساء عمر: "يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا. فقال عمر: قد جعلته قراضا. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال".

ثانيهما: أن الإتمام يحتمل إتمام العقد السابق دون إنشاء عقد جديد؛ وهذا قوي جدا في إنفاذ الموقوف، وليس قويا في إصلاح الفاسد حسبما يظهر لي الآن، لكنه وجه محتمل وذكره بعض أهل العلم.

تطبيقات معاصرة لتصحيح العقود الفاسدة. "المراجعة نموذجا":

حاولت أن أجد بعض التطبيقات المعاصرة للتطبيقات لا سيما في الصيرفة الإسلامية، وقبل البداية أود التنبيه بأن عامة عقود الصيرفة بعيدة عن وصف البطالان حسب تقسيمات الحنفية، ويستثنى من ذلك الأسهم المختلطة التي تمتلكها البنوك، وأتمنى أن تسعى المصارف للتخلص منها عاجلا، وهي تشتمل على ما يمكن أن يسمى البطالان الجزئي وكتبت في ذلك جوابا مطولا مدعوما بأدلة منع الأسهم المختلطة وشواهدا، وتسعى المصارف للتخلص من أرباحها بما يعرف بـ"التطهير"، ويمكن أن يتصور شيء من ذلك في بيع سلعة غير موجودة أصلا، وهو محتمل في المراجعات الدولية أكثر من ورده في التجارات المحلية. وإنما يطرأ عليها الفساد وهو على ضروب كثيرة:

وملخصها أن المصرف قد يبيع المراجعة قبل تملكه أو قبل قبضه وضمانه، أو يكون المشتري هو المورد أو وكيله -أي تكون المعاملة عينة- أو قد تكون السلعة وهمية أصلا فضلا عن وجود شرط مبطل أو كانت السلعة محرمة، وهو نادر الوقوع؛ لكنه متصور حينما يكون الشراء بالبطاقة بأنواعها، وفي هذه الصور جميعا يחדش شراء المصرف للسلعة من العميل فلا تدخل ملكه أصلا، ويستثنى من ذلك بيعه السلعة قبل قبضه؛ فقد تتحقق فيه الملكية لكن لم يتحقق شرط استحقاق الربح، ولهذا أجاز له بعض الفقهاء التولية: أي يبيع السلعة بنفس قيمتها¹، ولا أحبذ له ذلك، وفي تفصيلات مسائل القبض خلاف طويل.

1 ينظر مدونة أبي غانم الخرساني، بتعليق القطب، تحقيق د. مصطفى باجو (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ط1، 1428هـ، 2007م)، وهو الذي نص عليه الإمام الخليلي رحمه الله. الفتح الجليل، (المطبعة العربية بدمشق، 1385هـ، 1965م)،

ويمكن أن يفسد العقد بين المصرف والعميل؛ بفساد العقد الأول أو بنفس موجبات الفساد في العقد الأول، وأضيف هنا أمراً وراداً في السلع الدولية وهو تلف العين قبل استلام العميل لها، وهو وارد في الاستيراد المتكرر كالمواد الغذائية التي يسرع إليها التلف¹. وإليك بعض النماذج:

● أن يبيع المورد للعميل مباشرة سلعة المراجعة قبل LBO - وهو إيجاب المصرف - من المصرف، ثم يبيع المصرف سلعة هو لم يملكها أصلاً للعميل - وهو المالك الحقيقي لها -.

● أن يقبض العميل السلعة من المورد بعد LBO مباشرة قبل دخول السلعة قبض المصرف وضمانه، وقبل الإذن بتسليم السلعة له SRD، وهو بيع للسلعة قبل قبضها، وفيه خلاف طويل.

● أن تكون السلعة وهمية؛ وهو ربما يقع في السلع الدولية، وارد أن يقع في السلع المحلية. وجميع صور الفساد السابقة إما أن يكتشف قبل الدخول في العقد أو بعد إتمامه وقبل تلف العين أو بعد تلف العين حقيقة أو حكماً.

والمصرف مطالب بجملة من الواجبات أشير إلى الآتي منها، وأركز على خاتمها: والواجب الأول: اتخاذ وسائل تحول دون الخطأ بالتحقق من السلعة والتثبت من ملكيتها وقبضها وحليتها، وضبط البطاقات حتى لا تقبل شراء المحرمات كالخمر والدخان وما شابهها²؛ إذ لكل سلعة رقم "كود" محدد؛ فإذا أمكن صيانة البطاقة عن شراء المحرمات الأرقام فلا بد من اتخاذ هذه الوسيلة.

ص447، اختلف أهل العلم في اشتراط الضمان في التولية والشركة إذ لا يتوفر فيهما عنصر الربح فقبل بالمنع وقيل بالجواز، ينظر ربح ما لم يضمن: دراسة تأصيلية تطبيقية للدكتور مساعد بن عبد الله الحقييل (السعودية: دار الميامن للنشر والتوزيع، بنك البلاد، ط1، 1432هـ. 2011م)، ص113 وما بعدها، وأجوبة المحقق الخليلي 166/4.

1 تطلب بعض المحلات التجارية تمويلاً متكرراً ويوكلها المصرف بالشراء له، ثم حينما تصل البضائع إلى الميناء مؤمنة يصرف المصرف LBO للمحل؛ لكن قد يفاجأ بتلف بعض البضائع؛ فلا بد أن يتحملها المصرف بنفسه أو بتأمينه.

2 بل ينبغي أن تكون للبنك سياسة في ترك بعض الشبهات احتياطاً، لا سيما مع قوة الشبهة، وهذه السياسات لها أثر في رد الناس إلى الجادة.

الواجب الثاني: حسن اختيار العاملين سلوكا وعلماء؛ ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبْتَ اسْتَأْجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ القصص: ٢٦.

الواجب الثالث: تدريب العاملين في المجال المصرفي تدريباً شرعياً ببيان الأحكام الشرعية والسعي لتهديب الأخلاق حتى لا يسيل لعاب بعض العاملين لدراهم معدود ويبيعون دينهم بمعاملة محرمة؛ وكتابة طرق تنفيذ العاملين بوضوح حتى تضبطهم لائحتهم الإرشادية بوضوحها ودقتها وسهولة تطبيقها.

الواجب الرابع: تقوية الرقابة الشرعية على المعاملات؛ حتى يتسنى ضبط المخالفات وإدراكها المبكر.

الواجب الخامس: السعي قدر الاستطاعة لبيان الأحكام للعملاء؛ لأن كثيراً من العملاء لا يتصورون المبادئ الأولى للصيرفة، وقد يقعون في خطأ يفسد المعاملة من حيث لا يشعرون، وهو واجب مشترك ينبغي أن تشترك فيه الجهات الإعلامية والتربوية والشرعية حتى تكشف للمجتمع حقيقة المعاملة الشرعية بضوابطها.

الواجب السادس: وهو بيت القصيد هنا؛ تصحيح المعاملة الفاسدة؛ وقد التقيت بالأخوين الكريمين عيسى الريامي والأزهر ثم التقيت بالدكتور منصور القضاة فاستفدت من لقائي بهم كثيراً في الناحية العملية التي تجربها بعض المصارف، وملخص كلامهم في إصلاح العقود ممزوجاً بتعليقاتي يمكن رجعه إلى ثلاثة مع طريق رابعة هي تطهير الأرباح؛ وأشير إلى الطرق ثم أتبعها بالطريق الرابعة:

- تحديد العقد: تحديد العقد أول أمره سهل جداً لا سيما قبل استلام العين سواء بقيت في اليد أو لا؛ لكن تتعقد بالقبض وما يتبعه من مظاهر الملكية؛ لا سيما إن تلفت العين، وخلاصة الأمر أن المصرف إن اتضح له شراء العميل لسلعة المراجعة حرم عليه إتمام الصفقة، وقد نصت المعايير على ذلك؛ فقد جاء فيها: "إذا صدر من العميل جواب بالقبول على إيجاب البائع الموجه إليه خاصة أو الخالي من أي توجيه فإن البيع يكون قد تم مع العميل؛ فلا يجوز للمؤسسة إجراء عملية المراجعة في تلك السلعة" وجاء بعد ذلك: "يجب إلغاء أي ارتباط عقدي سابق بين العميل الأمر بالشراء والبائع

الأصلي إن وجد، ويشترط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقية، وليست صورية، ولا يجوز تحويل العقد المبرم بين العميل والمورد إلى المؤسسة¹، لكن إن اكتشف المصرف تورطه في الدخول فلا يصح إتمام المعاملة؛ والعمل مع بعض المصارف فسخ المصرف المعاملة الأولى -وهي غير منعقدة شرعاً- ويطالب عمليه أن يفسخ شراؤه لسلعة المراجعة مع بائعها "المورد"، ويوقع العميل والمورد وثيقة على الفسخ؛ إذ شراء العميل من المورد صحيح؛ وتبقى السلعة أمانة في يد المشتري؛ ثم يشتري المصرف السلعة من المورد -بائع المراجعة- ويعيد بيعها للعميل بالمراجعة مرة ثانية.

وأحب أن أضع بين يدي الموضوع ما خطر ببالي تجاه هذا الحل:
الإشكالات من الناحية النظرية:

- أن تحديد العقد وارد إذا كانت السلعة باقية في يد العميل، وجملة من السلع كالمنازل والسيارات تكون مرهونة لصالح المصرف²؛ لكن ثمة سلع لا ترهن أصلاً كالهواتف وما شابهها، وقد يكتشف الأمر بعد تلف السلعة.
 - أن العميل والمورد قد يمتنعان عن تحديد العقد؛ لا سيما في المراجعات الدولية والاعتمادات المستندية، وقد أكد الأخوين الكريمين أن الغالب الأعم من العملاء يسألون عن الحل الشرعي؛ والحمد لله، وأن المصالح التي تربط المورد بالمصرف تدفعه إلى الاستجابة لطلبه، وأن العميل محتاج إلى سد الدين عنه، لا سيما أن المورد والعميل لن يتغير عليهما الثمن ولا الأجرة.
- الإشكالات من الناحية الشرعية:

- أن النبي صلوات الله وسلامه عليه نهي عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه؛ والظاهر أن هذا النهي معلل بالضرر، وإذا طابت نفوس أطراف العقد كلها فلا إشكال فيه، والرخصة فيه تطل بوجهها؛ فلا يعتبر هذا إشكالا كبيرا إلا عند رفض العميل أو المورد نقض العقد، وهنا يملك المصرف الطريق الثاني.

1 المعايير الشرعية ص 204.

2 قد يكون الاكتشاف بعد فك الرهن وسداد القسط كله.

■ أن العقد تنتابه الصوریة أكثر من المراجعة للآمر بالشراء بصورتها المباشرة؛ لأن السلعة قد انتقلت إلى العميل، والخلاف بین الفقهاء فی المراجعة للآمر بالشراء شهیر، وهذه أشد منها؛ لا سیما إن استهلكت العین ولو جزئیا حتی تغيرت قیمتها فی السوق تغيراً مؤثراً، وقد شرطت المعاییر أن تكون الإقالة حقیقة فی جاء فیها: " ویشرط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقیقیة، ولیست صوریة".

■ أن العقد لا یصح إن تلفت السلعة أو خرجت من ملكیة العميل، والظاهر أن تجدد العقد غیر وارد فی هذه الصیغة فی المصرف نفسه. وأذكر أني رأیت فی شیء من صیغ بعض المصارف تحديد منصوص لطریق التخرج إن ظهرت الأرض -مثلاً- مستحقة، ولا أذكر طریقتها، ولم یتيسر لی سبل الوصول إلى طریقة التعاقد، وسمعت أحد الإخوة بأن للمصرف أن یشرط على عميله إن ثبت بطلان العقد بسبب من العميل أو لسبب خارجي فللمصرف أن یجدد العقد بصورته بذات بنود وشروط العقد السابق، والعمل متعهد سلفاً بتجديد الصفقة بذلك، وهذا یحول دون تلكؤ العميل دون تجديدها.

● التنصل والتعذر عن إكمال المعاملة: وهو خيار سهل لا سیما أن المصرف لا یحول الثمن إلا بعد أيام من الصفقة حتی یتحقق من تبعاتها؛ فإذا تبین له تملك العميل للعین قبل دفع الثمن تنصل من المعاملة کلیة، وهذا وجه وجیه، وقد نصت المعاییر على وجوب إلغاء الارتباط العقدي بین العميل والمورد إلغاء حقیقاً كما سبق، وهذا الوجه وارد حتی لو دفع المصرف وتبین له فساد المعاملة؛ فالمبلغ المدفوع یتحول تلقائياً إلى قرض، ویجب رده فوراً؛ لأن الأجل مربوط بالعقد الظاهر؛ فإذا بطل العقد فلا اعتبار بالأجل المحدد فیهِ، ومثاله لو أن العميل اشترى سيارة من الوكالة "المورد" وأخفی شراءها وطلب من المصرف تمویلاً فبادر المصرف إلى شراء السيارة من الوكالة فاكتشف قبل

شرائه أو بعده أن السيارة ملك للعميل فشراؤه فاسد؛ ولو نصل نفسه ورفض إتمام المعاملة برأت ذمته واستبرأ لدينه وعرضه.

● تحويل المعاملة من باب إلى آخر، وهو شامل لما سبق ذكره من تحول المعاملة إلى قرض، لكن هذا التحول لا يحقق للمصرف بغيته؛ لأن القرض ليس محلاً للربح في الشريعة؛ وعلى المصارف الإسلامية أن تلتزم تعاليمها، لكن التعامل الوراد أن معاملة لم تتحقق فيها شروط المراجعة لأن العين تحتاج إلى تركيب فبحثت الهيئة الشرعية في تحويلها إلى استصناع؛ لكنها أبقت العقد على صورته الأولى، وقد سبق أن تحويل العقد إلى عقد آخر وارد شرعاً، ولا مانع منه إن كان يحقق العدالة المنشودة شرعاً، ولا يمنع من أخذ الربح على المعاملة البديلة بشروطها على أن تلتزم قواعد التخريج على ذلك الباب؛ مع ملاحظة أن "الخارج بالضمنان".

● التطهير: وهو تجنب أرباح الصفقة، وهو الكي بالنسبة للمصرف؛ ولا يلجأ إليه إلا عند إلزام الهيئة الشرعية، وقد أخبرني الأخوان الكريمان عيسى والأزهر أن الهيئة تفرق بين حال تعمد موظف المصرف وحال خطأ العميل أو خطأ الموظف دون قصد؛ ففي الحال الأولى يلزمون بتجنب الأرباح، وفي الحال الثاني يترخصون بتجديد العقد كما سبق، وأقول بأن التفريق بين العمد والخطأ له وجه في الجملة؛ مع أن الصحة والفساد من خطاب الوضع أو من آثاره - ولا يمنع ذلك تأثرهما بخطاب التكليف -، وهو لا ينفي وجود خلاف طويل بين الأصوليين في إدراجهما تحت أي القسمين "التكليفي أو الوضعي"؛ لكن الأقرب مع قدمنا، والخلاصة أن سد الذرائع يسوغ منع تلاعب الموظفين في الصيرفة الإسلامية حتى يستقيموا على الصراط السوي، و"قد يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن"¹؛ القوانين لها دور في تصحيح العقود.

¹ وهذا المثال صادق على من أعرض عن القرآن، وإلا فالقرآن هو أعظم ما توزع به النفوس عن الشر وتدفعه به إلى الخير: فهو الهداية والرشد والنور والخير والرحمة وما إلى ذلك.

الخاتمة

بحمد الله وتوفيقه تم تحرير هذه الوريقات فإن كان ما فيها حقاً فالحمد لله أولاً وآخراً، وما توفيقى إلا بالله، وإن كان خطأً فما أكثر زلات اللسان والجنان؛ وأسأل الله المغفرة والعفو، وألتمس منك أخي الكريم النصيح والتوجيه والدعاء، وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

أهم المراجع

- أجوبة المحقق الخليلي.
- أحكام القرآن للإمام الجصاص تحقيق: محمد الصادق قمحاوي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ).
- اختلاف الحديث للإمام الشافعي، تحقيق: عامر أحمد حيدر (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1405هـ 1985م)، (المكتبة الشاملة).
- إرشاد الساري شرح صحيح البخاري، للعلامة القسطلاني، (دار الفكر والطباعة والنشر والتوزيع
- الأشباه والنظائر للعلامة السيوطي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ) المكتبة الشاملة
- الأشباه والنظائر؛ للإمام ابن السبكي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ 1991م).
- الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، للقاضي علي قراعة، (ط2، 1344هـ 1925م).
- أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور وليد بن هادي (ط1، 1432هـ 2011م).
- الإمام ابن بركة، ودوره في المدرسة الإباضية، للشيخ زهران المسعودي.
- الإيضاح.
- البحر المحيط للإمام الزركشي، (دولة الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الدينية، ط2، 1413هـ 1992م).
- بذل المجهود في حل أبي داود للعلامة خليل أحمد السهانفوري، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون).

- تقريب التهذيب، للعلامة ابن حجر العسقلاني، تحقيق عبدالوهاب عبد اللطيف (دار المعرفة، ط2: 1975م 351/1).
- تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، (بيروت: دار إحياء التراث، ط1: 1991م)
- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، للعلامة ابن رجب.
- الخيار وأثره في العقود للدكتور عبدالستار أبو غدة (سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية: دلة البركة؛ إدارة التطوير والبحوث، ط2، 1405هـ 1985م)،
- الأطلعمة المصنعة حديثاً، للشيخ باحمد بن محمد ارفيس، (قسنطينة: جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، 1430هـ 2009م).
- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، (دار الغرب، ط1: 1994م).
- ربح ما لم يضمن: دراسة تأصيلية تطبيقية للدكتور مساعد بن عبد الله الحقييل (السعودية: دار الميامن للنشر والتوزيع، بنك البلاد، ط1، 1432هـ 2011م).
- زيادات أبي سعيد الكدومي على كتاب الإشراف لابن المنذر النيسابوري.
- سعيد بن خلفان الخليلي، مقاليد التصريف. سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة.
- الشرط الباطل وتطبيقاته الفقهية للأستاذ عبد الله السليمي، بحث مقدم للتخرج من كلية العلوم الشرعية (غير مطبوع عند الباحث نسخة منه).
- طلعة الشمس، للإمام السالمي، تحقيق عمر حسن القيام. (سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالمي؛ ط1، 2008م).
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين بن نجم بن شاس. تحقيق: د.محمد أبو الأحفان. وأ.عبدالحفيظ منصور. (بيروت: دار الغرب الإسلامي ط1: 1415هـ/1995م).
- فتاوى السبكي للعلامة علي السبكي، تحقيق حسام الدين القدسي (بيروت: دار الجيل، ط1، 1412هـ 1992م)
- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام ابن حجر (بيروت: دار المعرفة، 1379هـ).

- الفصول في الأصول؛ للعلامة أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق د. عجيل النشمي (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط2، 1414هـ 1994م).
- قرارات مجمع الفقه الإسلامي
- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، لابن لحام، ضبط محمد شاهين (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ 1995م).
- ليه الإمام الخليلي الفتح الجليل، (المطبعة العربية بدمشق، 1385هـ 1965م)،
- المحصول للعلامة ابن العربي، تحقيق: حسين علي اليدري، (الأردن: دار البيارق، ط1، 1420هـ-1999م)، (المكتبة الشاملة).
- المحلى، للعلامة ابن حزم،
- مختصر البسيوي، للعلامة البسيوي.
- مدونة أبي غانم الخراساني، بتعليق القطب، تحقيق د. مصطفى باجو (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ط1، 1428هـ 2007م).
- المدونة الكبرى للإمام أبي غانم الخراساني، بتعليق القطب، تحقيق د. مصطفى باجو (سلطنة عمان: وزارة التراث والثقافة، ط1، 1428هـ 2007م)
- المساقاة مشروعيتها وشروطها وأحكامها، للباحث، (مطابع النهضة).
- المستصفي، للإمام أبي حامد الغزالي (بيروت: المكتبة العصرية وغيرها، 1433هـ 2012م).
- معيد النعم ومبيد النقم؛ للإمام ابن السبكي، (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1407هـ 1986م).
- المغني للعلامة ابن قدامة المقدسي، (بيروت: دار الكتاب العربي 1392هـ/1972م).
- مقدمات في المال والملكية والعقد ضمن حقبة طالب العلم الاقتصادية، للدكتور القره داغي (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط2، 1434هـ 2013م).
- الموافقات

- الموسوعة الفقهية الكويتية؛ (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية؛ ط5، 1425هـ 2004م).