

الفصل الثاني

المرابحة كما تجريها المصارف الإسلامية

اتخذ التطبيق المعاصر للمرابحة إحدى صورتين:

إحدهما: أن تكون السلعة عند المرباح ويبيعها لآخر بالثمن الأول مع زيادة ربح معلوم فهنا المرباح يشتري لنفسه أولاً دون طلب مسبق ثم يعرضها للبيع مرابحة، وهذه الصورة يمكن أن نطلق عليها الصورة العامة أو الأصلية^(١)، وهى المطبقة فى كثير من معارض السلع المعمرة أو المتاجر المتخصصة فى نوع معين من السلع ولها مخازنها، حيث يذهب إليها المشتري ليستفيد من تنجيم الثمن، بالإضافة إلى تخصصها فى هذا النوع من السلع.

الثانية: أن يطلب المشتري من المرباح - فرداً كان أم مؤسسة - شراء سلعة معينة أو يحدد أوصافها على أن يشتريها بثمنها وزيادة ربح معلوم، وهذه الصورة يطلق عليها «المرابحة للأمر بالشراء»، وهى تناسب المصارف ومؤسسات التمويل المالى، وذلك من وجوه ثلاثة:

أحدها: لا يعقل أن يتاجر المصرف فى جميع السلع، ولا يعقل أيضاً أن يتخصص فى تجارة سلعة معينة، وإلا لكان ذلك يضيّق من دائرة نشاطه، كما لا يمكن - اقتصادياً - شراء جميع السلع وعرضها انتظاراً لطلبها لما يصاحب ذلك من تكاليف ومجهودات كبيرة لدراسة الأسواق ولوجود مخاطر كبيرة تتمثل فى عدم القدرة على تصريف البضاعة وتعطيل جزء من أمواله فى المخزون السلعي، ولذلك كان من الأنسب له أن يشتري السلعة لمن يطلبها منه على أن يوكل تحديد السلعة ومواصفاتها للمشتري وتكون تبعة تصريف السلعة ومدى ملاءمتها اقتصادياً للسوق على عاتق المشتري.

الثانى: لا يطلب من المصرف أو المؤسسة تدبير مخازن كبيرة لاستيعاب السلع التى يشتريها، حيث إنه يشتري بحسب الطلب.

الثالث: لا يطلب من المصرف أو المؤسسة تأهيل كفاءات بشرية لتنفيذ هذه الصورة بعكس الصورة الأولى، حيث يتطلب من المتجر أن تكون عنده كفاءات متخصصة فى عمليات التسويق بيعاً أو شراءً^(٢).

(١) هذه الصورة العامة هى التى وردت بها كتب الفقه وينطبق عليها من الأحكام الفقهية ما سبق عرضه فى الفصل الأول.

(٢) التفاصيل العملية لعقد المرابحة فى النظام المصرفى الإسلامى - أ. د. محمد عبد الحليم عمر - أعمال ندوة خطة الاستثمار فى البنوك الإسلامية - مؤسسة آل البيت - الأردن.

وبذلك يختلف بيع المربحة الذى تتعامل به المصارف الإسلامية عن صورة المربحة المعروفة عموماً والمبحوثة فى مؤلفات مختلف المذاهب الفقهية المعتبرة، فالمربحة عند الفقهاء هى نوع من التجارة يكشف فيها التاجر - البائع - للمشتري رأسماله فى السلعة الموجودة بحوزته، وذلك بحسب ما اشتراها أو بما قامت عليه ثم يضيف ربحاً مبيناً معلوماً، أما بيع المربحة الذى تتعامل به المصارف الإسلامية فيبدأ من عند صاحب الحاجة الذى يأتى إلى المصرف لطلب شراء سلعة معينة ليست موجودة بحوزة المصرف، وذلك على أساس أن الطالب يعد بأن يشتري السلعة التى يطلبها من المصرف بما تقوم عليه من تكلفة زائداً الربح الذى اتفق عليه معه^(١).

وقد عرف بيع المربحة للأمر بالشراء بأنه :

« قيام البنك بتنفيذ طلب التعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثانى بالنقد الذى يدفعه البنك كلياً أو جزئياً، وذلك فى مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء »^(٢).

أساس ظهور صورة المربحة للأمر بالشراء :

لم تكن هذه الصورة معروفة أساساً فى التعامل قبل عام ١٩٧٦ عندما اكتشف أحد الباحثين فى قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - من خلال بحثه الذى كان يعده لنيل درجة الدكتوراه فى موضوع « تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية »^(٣)، وجاءت بداية الخيط من خلال مراجعة كتاب الأم للإمام الشافعى - رحمه الله - حيث ورد فيه : « وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال : اشتر هذه وأربحك فيها كذا، فاشترها الرجل، فالشراء جائز، والذى قال أربحك فيها بالخيار : إن شاء أحدث فيها بيعاً وإن شاء تركه، وهكذا إن قال : اشتر لى متاعاً ووصفه له أو متاعاً أى متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ويكون فيما أعطى من نفسه بالخيار، وسواء فى هذا ما وصفت إن كان قال ابتاعه وأشتره منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونا بالخيار فى البيع الآخر »^(٤).

(١) تطبيقات بيوع المربحة للأمر بالشراء من الاستثمار البسيط إلى بناء سوق رأس المال الإسلامى د. سامى حسن حمود - مؤسسة آل البيت - الأردن.

(٢) المادة ٢ من قانون البنك الإسلامى الأردنى رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨.

(٣) هذا الباحث هو الدكتور سامى حسن حمود الذى حصل على الدكتوراه من كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٧٦ - ورأيه هذا فى حينه اتفق معه عليه الأستاذ محمد فرج السنهورى، الدكتور زكريا البرى المشرف على الرسالة.

(٤) الأم - المرجع السابق ذكره.

ويقول الباحث :

وجدت أن هذا الباب يسد حاجة الناس بصورة أوسع مما يسدها باب المضاربة الشرعية لو كان هو المنفذ الوحيد للتمويل في نطاق عمل البنك الإسلامي، فقد كانت المضاربة التي هي صورة من صور المشاركة بين رأس المال وعمل الإنسان هي المخرج الوحيد الذي كان يطرحه المفكرون الإسلاميون في العقد السادس والسابع من هذا القرن لحل مشكلة الاستثمار والتمويل الإسلامي، ولكن لم يقل لنا هؤلاء المفكرون كيف يمكن أن يمول البنك الإسلامي بالمضاربة شخصاً يريد شراء سيارة لاستعماله الشخصي مثلاً، أو أثاثاً لمسكنه، حيث لا يوجد ربح ولا تجارة... إن قاعدة الإسلام مبنية على رفع الحرج عن الناس وأن عدل الشريعة مبنى على التيسير في دين الله، وأنه لا يمكن النظر في إلزام الناس بقبول ما لا يريدون قبوله، طالما أن في الشرع متسعاً للاختيار، ولكن الضيق يأتي من نقصان العلم والمعرفة بالأحكام».

ونوضح في هذا الفصل المراحل التي يمر بها تنفيذ وتطبيق المراجعة للآمر بالشراء، مع بيان موقف الفقه الإسلامي من العملية.

ويمر تطبيق المراجعة للآمر بالشراء بأربعة مراحل :

الأولى : طلب الشراء « الأمر بالشراء » من العميل للبنك .

الثانية : الوعد بالشراء .

الثالثة : شراء المصرف للسلعة .

الرابعة : البيع بالمراجعة .

ونخصص لكل مرحلة مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

طلب الشراء

تبدأ العملية بتلقى المصرف طلباً من المشتري يوضح فيه رغبته في أن يقوم المصرف بشراء سلعة معينة محددة الكم والوصف على أن يشتريها الطالب من المصرف مربحة، ويتم ذلك وفق أنموذج يسمى « طلب شراء، أو طلب شراء مربحة، ورغبة بالشراء ».

وهذا الأنموذج تظهر فيه البيانات الآتية :

« نوع البضاعة وطبيعتها، بيان وأوصاف البضاعة، الكمية المطلوبة، المستندات المقدمة، مصدر الشراء وعنوانه، شروط ومكان التسليم والمخازن، التكلفة الكلية، نوع العملة، دفعة ضمان الجدية، برنامج السداد المقترح، الضمانات، بيانات شخصية » على أن البنك لا يقوم بتنفيذ الخطوة الثانية إلا بعد دراسة الطلب من جميع الجوانب وتشمل ما يلي :

- ١ - سلامة البيانات المقدمة من العميل سواء عن نفسه أو البضاعة موضوع الصفقة أو المورد.
- ٢ - دراسة سوق السلعة حتى يضمن إمكانية تسويقها في حالة نكول العميل عن الشراء.
- ٣ - التأكد من أن الطلب يدخل فعلاً ضمن نشاط العميل حتى لا تكون العملية ستاراً لحصوله على مبلغ الصفقة.
- ٤ - التأكد من أن العملية تتفق والأغراض التي يمولها المصرف.
- ٥ - التأكد من أن العملية تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين السائدة.
- ٦ - دراسة الحالة المالية للعميل، للتأكد من قدرته على سداد الثمن.
- ٧ - بيان تكلفة العملية بالتفصيل.
- ٨ - تحديد نسبة الربح طبقاً لنوع السلعة وأجل السداد.
- ٩ - تحديد الأسلوب المقترح لتنفيذ العملية من حيث كيفية دفع الثمن للموردين وتحصيله من العميل.
- ١٠ - تحديد الضمانات المقترحة لضمان حق المصرف في تحصيل الثمن على أساس حالة العميل وقيمة الصفقة.

وقد تقوم بعض المصارف بالحصول على عروض أخرى تطابق نوع السلعة ومواصفاتها بغرض

المقارنة والحصول على أفضل العروض لإتمام الصفقة، وهذا أمر له أهميته لأن فيه خدمة للعميل في تخفيض السعر له.

وقد نجد أن العميل هو الذى يقوم بالدراسة المبدئية لتحديد السلعة موضوع الصفقة وتحديد مصادرها وسعر شرائها وجميع الشروط الأخرى المتعلقة بالشراء الأول، وهذا أمر طبيعى لأنه هو الذى يحتاج إلى السلعة وأقدر على تحديد مواصفاتها ويعرف مصادرها ولديه خبرة بها على أن يقتصر دور المصرف بعد ذلك فى التحقق من سلامة وصدق ما يطلبه العميل.

وما جاء عن الإمام الشافعى يؤكد صحة هذا الإجراء، حيث قال: «وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال: اشتر هذه وأربحك فيها... وهكذا إن قال: اشتر لى متاعاً ووصفه له، أو متاعاً أى متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع الأول».

ويفهم من هذا أن المشتري هو الذى يقوم بتحديد السلعة تعييناً أو وصفاً، وتطبيق ذلك فى الوقت الحاضر يكون باتصال المشتري بالموردين والحصول منه على فاتورة مبدئية وتقديمها مع طلب الشراء للمصرف.

والقواعد العامة فى الفقه الإسلامى لا تأبى هذا العمل فالأصل فى الأشياء الإباحة^(١)، وحيث لا دليل يدل على حرمة ذلك فتبقى على الأصل وهو الحل.

كما أن ما يقوم به المصرف من دراسة العملية وتحقيق طلب المشتري أمر لازم وضرورى للحفاظ على أموال مستثمرى أموالهم لديه، فضلاً عن أن المصرف الإسلامى له طبيعة خاصة، فالمفترض فيه أنه يقوم بالتعامل وفقاً للشرعية الإسلامية، فلا يعقل أن يكون مصرفاً إسلامياً ثم يقوم بشراء سلع حرمت الشريعة الإسلامية التعامل فيها.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ٦٠ - مطبعة مصطفى الخلبى ١٩٥٩.

المبحث الثاني

عقد الوعد بالشراء

بعد دراسة المصرف لطلب الشراء وقبوله القيام بتنفيذ العملية يبرم عقد وعد بالشراء مع العميل بموجبه يلتزم العميل بشراء ما طلبه من المصرف، وكذا يلتزم المصرف بالبيع، ويرجع السبب في إبرام عقد وعد بالشراء مع العميل - كما يقال - إلى أن المصرف إذا اشترى السلعة التي أرادها العميل فإنه يشتريها بأموال المودعين لديه فإذا لم يأخذها العميل وكانت لها طبيعة خاصة لخسر المصرف ما دفعه فيها وإذا استطاع أن يسوقها فربما يبيعها بأقل مما اشتراها به، ومن هنا حفاظاً على أموال المودعين كان إبرام عقد الوعد بالشراء.

ويتضح من الاطلاع على نماذج عقد الوعد بالشراء أنها تشتمل على البيانات الآتية:

- ١ - المقدمة التي تشتمل على البيانات الخاصة بطرفي العقد وموضوع العقد وهو البيع مرابحة.
- ٢ - الإحالة إلى طلب الشراء فيما يتعلق بتحديد نوع البضائع ومواصفاتها، وغير ذلك من البيانات التي وردت فيه.
- ٣ - إقرار العميل بتنفيذ وعده بالشراء عند إخطار المصرف له بأن البضاعة جاهزة أو ورود مستنداتها باسم المصرف.
- ٤ - شروط ومكان التسليم.
- ٥ - بيان الثمن ونسبة الربح.
- ٦ - تعهد العميل باستيفاء كافة الضمانات المتفق عليها واللازمة لإبرام عقد البيع مرابحة.
- ٧ - قيام العميل بدفع مبلغ مقدم كعربون لضمان الجدية من القيمة المباعة للبضاعة موضوع العقد، وذلك لضمان تنفيذ العميل لالتزاماته قبل المصرف.
- ٨ - بيان عدد الأقساط التي يقسط عليها الثمن والنص على حجز قيمة عربون ضمان الجدية وخصم مستحقاته منها.
- ٩ - النص على أنه إذا امتنع مصدر الشراء الذي عينه الطرف الثاني (العميل) عن تنفيذ الصفقة أو أخرها عن موعد التسليم المتفق عليه لا يكون المصرف مسئولاً عن أى ضرر يعود على الطرف الثاني الذي عليه أن يدفع للمصرف كافة المصاريف التي تحملها من جراء عدم التنفيذ.

١٠ - النص على أنه فى حالة وفاء المصرف بالتزاماته المنصوص عليها وامتناع العميل عن إبرام عقد البيع مرابحة فإنه لا يحق للعميل استرداد العربون، فضلاً عن أنه يحق للمصرف أن يبيع السلعة بالسعر الذى يراه لحساب الطرف الثانى وقبض الثمن استيفاء لحقه، فإذا لم يفِ ثمن البيع بحقه يكون العربون مكملأ لهذا الثمن، وإلا كان للبنك الحق فى الرجوع على العميل لاستيفاء حقه .

١١ - النص على أنه إذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذه أو قدم بيانات غير صحيحة فيتحمل وحده مسئولية أية أضرار قد تلحق الطرف الآخر نتيجة لذلك .

١٢ - النص على أن ما ورد ذكره يخضع للقوانين والأعراف النافذة فى الدولة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو الإحالة إلى هيئة تحكيم يختارها الطرفان .

١٣ - النص فى بعض النماذج على أن الشاحن يعتبر وكيلاً عن الطرفين اعتباراً من وقف استلامها وحتى ميناء الوصول .

ونقف أمام بعض البيانات الهامة التى أثارت كثيراً من الجدل والنقاش وهى :

أ - الإلزام بالوعد فى عقد المrabحة للآمر بالشراء .

ب - دفع مبلغ من المال كعربون لضمان الجديدة .

ج - احتساب مبلغ التأمين الذى يؤمن به المصرف على السلعة ضمن ثمن السلعة، لكن سنؤجل دراسة هذه المسألة إلى المبحث الرابع عند الحديث عن ثمن البضاعة وما يدخل فى الثمن، وندرس المسألة الأولى والثانية، وذلك فى فرعين :

الفرع الأول

الإلزام بالوعد فى عقد المrabحة للآمر بالشراء

ونتناول فى هذا الفرع معنى الوعد وحكم الإلزام بالوعد مطلقاً، والإلزام بالوعد فى المrabحة المصرفية فى ثلاثة مطالب .

المطلب الأول

تعريف الوعد

الوعد يستعمل في الخير والشر، يقال وعد يعد - بالكسر - وعداً، قال الفراء: يقال وعدته خيراً ووعدته شراً، فإذا أسقطوا الخير والشر قالوا في الخير: الوعد والعدة، وفي الشر: الإيعاد والوعيد^(١).

والوعد ليس فيه إلزام الشخص نفسه شيئاً الآن، وإنما: إخبار عن إنشاء الموعود به في المستقبل، وذلك على خلاف العقد الذي يرتب آثاره في الحال بمجرد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بالقبول الصادر من الآخر، لكن قد يترادف الوعد مع العهد، وقد ترجم البخاري لأحد أبواب جامعته بقوله: «باب من أمر بإنجاز الوعد» ثم استدل على مضمون الباب بأربعة أحاديث أولها حديث أبي سفيان بن حرب في قصة هرقل أورد منه طرفاً، وهو أن هرقل قال له: سألتك ماذا يأمركم فزعمت أنه أمركم بالصلاة والصدق والعفاف والوفاء بالعهد، ولولا أن الوعد والعهد متحدان لما تم هذا الاستدلال فثبت من صنيعة أنهما متحدان.

ولكن قد يظهر الفرق بينهما في أن الوعد أعم من العهد مطلقاً فإن العهد هو الوعد الموثق فأينما وجد العهد وجد الوعد من غير عكس لجواز أن يوجد الوعد من غير توثيق، ويمكن أن يكون بينهما عموم وخصوص من وجه، فالوعد أعم من العهد بأن العهد لا يطلق إلا إذا كان الوعد موثقاً والوعد أعم من أن يكون موثقاً أو لا يكون كذلك، ويشهد على ذلك أن النبي ﷺ ذم في الوعد إخلافه وفي العهد غدره، فعلم أن العهد أشد وأوثق من الوعد ويؤيده قوله تعالى: ﴿الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه﴾ أما أن العهد أعم من الوعد فبأن الوعد لا يطلق إلا على ما يكون لشخص آخر، والعهد يطلق على ما يكون لشخص آخر أو لنفسه كما لا يخفى، ومنه قوله تعالى: ﴿أو كلما عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم﴾ فهاهنا عهدهم ليس إلا على أنفسهم بالإيمان، وقوله تعالى: ﴿إلا الذين عاهدتم من المشركين﴾، فهنا معاهدة المؤمنين لا على أنفسهم بل من المشركين، وأما الوعد فلا يوجد في كلام العرب إلا لرجل آخر ومنه قوله تعالى: ﴿ربنا وأدخلهم جنات عدن التي وعدتهم﴾^(٢).

كما أن بين العقد والعهد ترادف يقول ابن منظور، والعهد والجمع عقود، وهي أوكد

(١) مختار الصحاح باب الواو مع الدال.

(٢) عون المعبود في شرح سنن أبي داود - ٣٣٩/١٣.

العهد، ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله ألزمته ذلك فإذا قلت: عاهدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته، ذلك باستيثاق، والمعاهدة: المعاهدة، وعاهده: عاهدته وتعاهد القوم: تعاهدوا، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قيل هي العهود^(١)، ومع ذلك فالعهد لا يطلق: إلا على تلاقى إرادتين أما العهد فيطلق عليهما وعلى ما التزم به الشخص تجاه نفسه ووثق ذلك.

(١) لسان العرب لابن منظور ٢٩٧/٣.

المطلب الثاني

الإلزام بالوعد

وردت أدلة كثيرة تحت على الوفاء بالوعد وتحذر من إخلافه إلا أن الفقهاء قد اختلفوا فى الإلزام بالوفاء بالوعد، وهو مبنى على أن الأمر بالوفاء بالوعد هل هو على الوجوب فيلزم به الواعد ديانة وقضاء أم على الندب والاستحباب فيكره له الإخلاف: لكى لا يقضى عليه به.

قال النووى: «أجمعوا على أن من وعد إنساناً شيئاً ليس بمنهى عنه فينبغى أن يفي بوعدده، وهل ذلك واجب أو مستحب فيه خلاف، ذهب الشافعى وأبو حنيفة والجمهور إلى أنه مستحب، فلو تركه فاته الفضل وارتكب المكروه كراهة شديدة ولا يأنم من حيث هو خلف، وإن كان يأنم إن كان قصد به الأذى وذهب جماعة إلى أنه واجب منهم عمر بن العزيز، وبعضهم إلى التفصيل»^(١).

ويتضح من قول الإمام النووى أن فى المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: وجوب الوفاء بالوعد والقضاء به وهو قول جملة من الصحابة والتابعين منهم سمرق بن جندب والحسن البصرى والقاضى سعيد بن أشوع وعمر بن عبد العزيز وإسحق بن راهوية وابن شبرمة وقول عند المالكية، ورأى ابن القيم.

قال البخارى فى كتاب الشهادات من صحيحه «باب من أمر بإنجاز الوعد».

حيث قال: وفعله الحسن وذكر إسماعيل «إنه كان صادق الوعد» وقضى ابن الأشوع^(٢) بالوعد وذكر ذلك عن سمرق بن جندب^(٣)، وقال المسور بن مخزومة^(٤) سمعت النبى ﷺ وذكر صهرأ له

(١) لم يورد النووى هذا القول فى شرحه لمسلم وإنما أورده عنه المباركفورى فى تحفة الأحوذى على شرح الترمذى ٣٨٣/٧.

(٢) ابن الأشوع هو سعيد بن عمرو بن أشوع كان قاضى الكوفة فى زمان إمارة خالد القسرى على العراق، وذلك بعد المائة، قال يحيى بن معين: سعيد بن عمرو بن أشوع القاضى مشهور يعرفه الناس، وقال ابن حجر فى لسان الميزان: سعيد بن عمرو بن أشوع الهمدانى الكوفى قاضياً ثبت.

يراجع: الجرح والتعديل لأبى حاتم الرازى ٥٠/٤، لسان الميزان لابن حجر ٢٣١/٧.

(٣) سمرق بن جندب الفزارى يكنى أبا سليمان كان من حلفاء الأنصار، روى عنه أبو رجاء العطاردى والشعبى وابن أبى ليلى وطرف بن الشخير وآخرون، ومات قبل سنة ستين، الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر ٧٨/٤.

(٤) المسور بن مخزومة القرشى، أبو عبد الرحمن الزهرى له رؤية للنبي ﷺ كان صغيراً فى عهده ﷺ، روى عنه عروة بن الزبير وسليمان وابن أبى مليكة، الجرح والتعديل ٢٩٧/٨، التاريخ الكبير للبخارى ٤١٠/٧.

قال : وعدنى فوفى لى ، قال أبو عبد الله : ورأيت إسحق بن إبراهيم يحتج بحديث ابن الأشوع .

وقد رد ابن حجر قول المهلب أن إنجاز الوعد مأمور به مندوب إليه عند الجميع وليس بفرض ، فقال : ونقل الإجماع فى ذلك مردود فإن الخلاف مشهور لكن القائل به قليل ، وقال ابن عبد البر وابن العربي : أجل من قال به عمر بن عبد العزيز^(١) .

وقال ابن حزم : « وقال ابن شبرمة : الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر »^(٢) .

وقال عlish : « والوفاء بالعدة (بالتخفيف) مطلوب لا خلاف واختلف فى وجوب القضاء بها على أربعة أقوال حكاه ابن رشد فى كتاب جامع البيوع ، وفى كتاب العارية ، وفى كتاب العدة فقيل : « يقضى بها مطلقاً ، وقيل لا يقضى بها مطلقاً ، وقيل يقضى بها إن كانت على سبب وإن لم يدخل الموعد بسبب العدة فى شىء ، وقيل : يقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعد بسبب العدة فى شىء... »^(٣) .

القول الثانى : يستحب الوفاء بالوعد ويكره الإخلاف ، ولا يقضى به ، وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية ، وقول عند المالكية .

قال ابن حزم : « من وعد آخر بأن يعطيه مالا معيناً أو غير معين أو بأن يعينه فى عمل ما ، حلف له على ذلك أو لم يحلف لم يلزمه الوفاء به ويكره له ذلك ، وكان الأفضل لو وفى به ، وسواء أدخله بذلك فى نفقة أو لم يدخله كمن قال : تزوج فلانة وأنا أعينك فى صداقها بكذا وكذا أو نحو هذا ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى سليمان »^(٤) .

وقال ابن نجيم : « لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً »^(٥) .

وقال ابن حجر : لأن خلف الوعد لا يقدح إلا إذا كان العزم عليه مقارناً للوعد ، أما لو كان عازماً ثم عرض له مانع أو بدا له رأى فهذا لا توجد منه صورة النفاق »^(٦) .

القول الثالث : التفصيل ذهب فريق من الفقهاء إلى التفصيل .

فذهب الحنفية إلى أن المواعيد تكون لازمة إذا كانت فى صورة التعاليق كما قاله ابن نجيم فى

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٣٤١/٥ .

(٢) المحلى لأبن حزم ٢٨/٨ ، وابن شبرمة هو عبد الله بن شبرمة كان قاضياً لأبى جعفر على قضاء الكوفة هو ومحمد بن أبى ليلى كان عفيفاً صارماً عاقلاً يشبه النساك ، ثقة فى الحديث ، شاعراً ، حسن الخلق جواداً معرفة الثقات لأبى الحسن العجلي الكوفى ٣٣/٢ - مكتبة الدار - المدينة المنورة - ١٩٨٥ - ١٤٠٥ هـ .

(٣) فتح العلى المالك ٢١٢/١ .

(٤) المحلى ٢٨/٨ .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم .

(٦) فتح البارى ١١١/١ .

الأشباه وجاء في الدر المختار: «وبيع الوفاء... صورته أن يبيعه العين بألف على أنه إذ رد عليه الثمن رد عليه العين... قيل هو رهن فتضمن زوائده، وقيل بيع يفيد الانتفاع به... وقيل إن بلفظ البيع لم يكن رهناً ثم إن ذكر الفسخ فيه أو قبله أو زعماء غير لازم كان بيعاً فاسداً، ولو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به لأن المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس وهو الصحيح كما في الكافي والخانية» (١).

والمشهور عند المالكية: يقضى بالوعد إن ارتبط بسبب ودخل الموعد بسبب الوعد في شيء وهو المشهور في المذهب وهو مذهب ابن القاسم، وقيل: يقضى به ولو لم يدخل الموعد بسبب الوعد في شيء» (٢)، وعن بعض المعاصرين: أن الوعد لازم في التبرعات غير لازم في المعاوضات، وقيل: يلزم ديانة لا قضاء» (٣).

أدلة الأقوال ومناقشتها:

أولاً: أدلة القائلين يلزم الوعد مطلقاً:

استدل أصحاب القول الأول القائلين بوجوب الوفاء بالوعد والقضاء به بما يلي:

١ - بما ورد في القرآن والسنة من أدلة تأمر بالوفاء بالعقود والعهود وتحذر من إخلاف العهد.

من القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

قال القرطبي: قال الحسن: يعني بذلك عقود الدين وهي ما عقده المرء على نفسه، من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخير وعتق وتبديل وغير ذلك من الأمور ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة، وكذلك ما عقده على نفسه لله من الطاعات كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام، وقال الزجاج: المعنى: أوفوا بعقد الله عليكم وبعقدكم بعضكم على بعض، وهذا كله راجع إلى القول بالعموم وهو الصحيح في الباب» (٤).

وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الإسراء: ٣٤]، قال الطبري: وأوفوا بالعقد الذي تعاقدون الناس في الصلح بين أهل الحرب والإسلام وفيما بينكم أيضاً والبيوع والأشربة والإجازات وغير ذلك من العقود» (٥)، والعهد هنا أعم من أن يكون عقداً أو وعداً.

(١) الدر المختار ٢/ ٢٨٧.

(٢) فتح العلي المالك ١/ ٢١٢.

(٣) بيع الرباحة للامرء بالشراء، مقال منشور بمجلة الأمة القطرية العدد ٦١، د. رفيق المصري، الاستثمار اللاربوي في نطاق عقد الرباحة، د. حسن الأمين، بحث منشور بمجلة المسلم المعاصر عدد ٣٥.

(٤) الجامع لأحكام القرآن - القرطبي - ٦/ ٣٢.

(٥) تفسير الطبري - ٩/ ٤٩٩.

وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١].

قال القرطبي: لفظ عام لجميع ما يعتد باللسان ويلتزمه الإنسان بالعدل والإحسان لأن المعنى فيها: افعلوا كذا وانتهوا عن كذا فعطف ذلك على التقدير^(١).

وقد زكى الله المؤمنين بالعهد، فقال تعالى: ﴿بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ٧٦].

وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٧].

كما حذر القرآن الكريم من نقض العهود وإخلاف الوعود فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (٢) كَبِيرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ (٣)﴾ [الصف: ٢، ٣].

فقد ذم الله من يقول الخير ولا يفعله والوعد إذا أخلف قول لم يفعل فيلزم أن يكون كذباً محرماً وأن يحرم إخلاف الوعد، قال ابن حجر: «وقرأت بخط أبي - رحمه الله - فى إشكالات على الأذكار للنووى ولم يذكر جواباً عن الآية يعنى قوله تعالى: ﴿كَبِيرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ وحديث «آية النفاق».

قال: والدلالة للوجوب منها قوة فكيف حملوه على كراهة التنزيه مع الوعيد الشديد؟ وينظر هل يمكن أن يقال يحرم الإخلاف ولا يجب الوفاء؟ أى يأتى بالإخلاف وإن كان لا يلزم بوفاء ذلك^(٢).

ومن السنة:

ما رواه البخارى ومسلم وغيرهم عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان.

وعن عبد الله بن عمرو أن النبى ﷺ قال: أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر» وعند مسلم «إذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أخلف، وإذا خاصم فجر»^(٣).

قال ابن حجر: «وقال القرطبي والنووى: حصل من مجموع الروايتين خمس خصال لأنهما

(١) الجامع لأحكام القرآن - القرطبي - ١٠/ ١٦٩.

(٢) فتح البارى: ٥/ ٣٤١.

(٣) صحيح البخارى - كتاب الإيمان ١/ ٢١، صحيح مسلم - كتاب الإيمان ١/ ٧٨.

تواردتا على الكذب في الحديث والخيانة في الأمانة وزاد الأول الخلف في الوعد، والثاني الغدر في العهد والفجر في الخصومة قلت: وفي رواية مسلم الثاني بدل الغدر في العهد الخلف في الوعد كما في الأول فكان بعض الرواة تصرف في لفظه لأن معناه قد يتحد، وعلى هذا فالمريد خصلة واحدة وهي الفجور في الخصومة... ووجه الاختصار على هذه العلامات الثلاث أنها مبنية على ما عداها إذ أصل الديانة منحصر في ثلاث: القول، الفعل، النية فنبه على فساد القول بالكذب، وعلى فساد الفعل بالخيانة، وعلى فساد النية بالخلف، لأن خلف الوعد لا يقدح إلا إذا كان العزم عليه مقارناً للوعد أما لو كان عازماً ثم عرض له مانع أو بدا له رأى فهذا لم توجد منه صورة النفاق» (١).

وروى الشيخان من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ قال: يرفع لكل غادر لواء يوم القيامة بقدر غدرته فيقال هذه غدره فلان بن فلان» (٢).

وروى مسلم عن حذيفة بن اليمان قال: ما منعني أن أشهد بدرأ إلا أني خرجت أنا وأبي حسيل، قال: فأخذنا كفار قريش قالوا: إنكم تريدون محمداً فقلنا ما نريده ما نريد إلا المدينة فأخذوا منا عهد الله وميثاقه لننصرفن إلى المدينة ولا نقاتل معه فأتينا رسول الله ﷺ فأخبرناه الخبر فقال: انصرفا، نفى لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم» (٣).

وإذا كان كل هذا التحذير من إخلاف الوعد فهذا من أظهر الأدلة على حرمة.

وقد نوقش الاستدلال بهذه الأدلة: بأنه لا حجة فيها على الإلزام بالوعد لأنها ليست على ظاهرها، لأن من وعد بما لا يحل أو عاهد على معصية فلا يحل له الوفاء بشيء من ذلك كمن وعد بزنا أو بخمر أو بما يشبه ذلك، فصح أن ليس كل من وعد فأخلف أو عاهد فغدر مذموماً ولا ملوماً ولا عاصياً، بل قد يكون مطيعاً مؤدياً فرضاً، فإذا كان كذلك فلا يكون فرض إنجاز الوعد والعهد إلا على من وعد بواجب عليه كإتصاف من دين أو أداء حق فقط، وأيضاً فإن من وعد وخلف واستثنى فقد سقط عنه الحنث بالنص والإجماع المتيقن» (٤).

ورد على ذلك: بأن تخصيص الأدلة بما كان إنجاز فرضاً لا وجه له، وهو يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله» (٥).

أولاً: ما رواه البخاري في صحيحه عن جماعة من السلف أنهم يوجبون الوفاء بالوعد ويقضون

(١) فتح الباري ١/ ١١١.

(٢) صحيح البخاري ٣/ ١١٦٤، صحيح مسلم ٣/ ١٣٥٩.

(٣) صحيح مسلم ٣/ ١٤١٤.

(٤) المحلى ٨/ ٢٩.

(٥) إعلام الموقعين ١/ ٣٠٢.

به منهم الحسن البصري والقاضي سعيد بن عمرو بن أشوع وإسحق بن راهويه .

كما نقل ابن حزم عن القاضي ابن شبرمه أنه كان يقول الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد»، فهذه الآثار عن خيرة علماء السلف تثبت وجوب الوفاء بالوعد والإلزام به^(١).

ثانياً: أدلة القائلين بعدم لزوم الوفاء بالوعد :

١ - ما رواه مالك في الموطأ عن صفوان بن سليم أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ أكذب لامرأتي يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: لا خير في الكذب، فقال الرجل: يا رسول الله أعدها وأقول لها؟ فقال رسول الله ﷺ: لا جناح عليك^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ منعه من الكذب المتعلق بالمستقبل فإن رضا النساء إنما يحصل به، ونفى الجناح على الوعد، وهذا يدل على أمرين: أحدهما: أن إخلاف الوعد لا يسمى كذباً لجعله قسيم الكذب، وثانيهما: أن إخلاف الوعد لا حرج فيه^(٣).

ويناقش هذا الدليل من وجهين:

أحدهما: أن الحديث من ناحية سنده غير ثابت، قال الحافظ العراقي في تخريج أحاديث الإحياء^(٤) «أخرجه ابن عبد البر في التمهيد من رواية صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار مرسلًا^(٥)، وهو في الموطأ عن صفوان بن سليم معضلاً^(٦) من غير ذكر عطاء».

(١) مراجع سابقة.

(٢) الموطأ للإمام مالك ٩٨٩/٢.

(٣) الفرق للقرافي ٢١/٤.

(٤) إحياء علوم الدين ١٣٢/٣.

(٥) الحديث المرسل: قال صاحب الكفاية في علم الرواية: رواية الراوي عمن لم يعاصره أو لم يلقه نحو رواية سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ومحمد بن المنكدر والحسن البصري ومحمد بن سيرين وقتادة وغيرهم من التابعين عن رسول الله ﷺ، وبمثابته في غير التابعين.

أما حكم العمل به فقد اختلف العلماء في ذلك فقال بعضهم: إنه مقبول ويجب العمل به إذا كان المرسل ثقة عدلاً وهو قول مالك وأهل المدينة وأبي حنيفة وأهل العراق وغيرهم، وذهب الشافعي إلى العمل بالمرسل إذا جاء نحوه مسنداً، أو لو وافقه مرسل آخر أرسله من أخذ العلم عن غير رجال التابعي الأول.

(٦) المعضل: ما سقط من إسناده اثنان فصاعداً وهو نوع من المنقطع، وأصحاب الحديث يقولون: أعضله فهو معضل بفتح الضاد، ومثاله: ما يرويه تابعي التابعي قائلًا فيه قال رسول الله ﷺ، وكذلك ما يرويه من دون تابعي التابعي عن رسول الله ﷺ أو عن أبي بكر وعمر وغير ذاك للوسائط بينه وبينهم، الكفاية - ٢١/، وصفوان بن سليم هو الإمام أبو عبد الله المدني الفقيه روى عن ابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس وسعيد بن المسيب توفي عام ١٣٢ هـ.

وعطاء بن يسار أبو محمد المدني روى عن زيد بن ثابت وأبي أيوب وعائشة وروى عنه زيد بن أسلم وصفوان بن سليم، وكان ثقة جليلاً مات عام ١٠٣ وقبل بل توفي سنة بضع وتسعين، تذكرة الحفاظ ١/٩٠، ١٣٤.

وقال السيوطي: «قال ابن عبد البر لا أحفظه مسنداً بوجه من الوجوه، وقد رواه ابن عيينة عن صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار مرسلًا» (١).

الثاني: من حيث الدلالة: أن الحديث جاء في علاقة الرجل بامرأته ويتجاوز فيها ما لم يتجاوز في غيرها، فقد روى مسلم في صحيحه عن أم كلثوم بنت عقبة أنها لم تسمع رسول الله ﷺ يرخص في شيء مما يقول الناس كذب إلا في ثلاث: الحرب، والإصلاح بين الناس، وحديث الرجل امرأته وحديث المرأة زوجها» (٢).

وقال الباجي في شرح الحديث: «يريد - والله أعلم - أن يخبرها عن أمر بخلاف ما هو عليه، فقال رسول الله ﷺ: لا خير في الكذب يريد - والله أعلم - في كذب ينافي الشرع، وأما ما كان لإصلاح فقد روى فيه حديث ليس إسناده بذلك: «كل الكذب يكتب على ابن آدم إلا ثلاثاً: كذب الرجل لامرأته ليرضيها، ورجل كذب ليصلح بين اثنين، ورجل كذب في خديعة حرب».

وهذا الحديث من رواية شهر بن حوشب، وقد اختلف الناس في تأويل هذا المعنى... وقول الرجل: «أعدها يا رسول الله وأقول لها؟ فقال: لا جناح عليك يحتمل أن يريد أعدها وأنا أعتقد الوفاء ففرق بين المستقبل والماضي» (٣).

٢ - ما رواه الترمذي وأبو داود عن زيد بن أرقم قال: قال رسول الله ﷺ إذا وعد الرجل وينوى أن يفى به فلم يف فلا جناح عليه» (٤).

وعند أبي داود: «إذا وعد الرجل أخاه ومن نيته أن يفى له فلم يف ولم يجيء للميعاد فلا إثم عليه» (٥).

حيث يدل هذا الحديث على رفع الجناح والإثم عمن لم يفى بوعدده، وهذا دليل على عدم الحرمة.

ويناقش هذا الحديث من وجهين:

أحدهما: ما ذكره الترمذي عن هذا الحديث فقال: هذا حديث غريب وليس إسناده بالقوى، على بن عبد الأعلى ثقة، ولا يعرف أبو النعمان ولا أبو وقاص وهما مجهولان.

وقال المباركفوري: «أما أبو النعمان فوثقه ابن حبان، وأما أبو وقاص فهو مجهول بالاتفاق ولم

(١) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ١/٢٥٤، المكتبة التجارية الكبرى - مصر.

(٢) صحيح مسلم ٤/٢٠١١.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٧/٣١٣.

(٤) جامع الترمذي ٥/٢٠.

(٥) سنن أبي داود ٤/٢٩٩.

أر من وثقه فالحديث ضعيف»^(١).

ومثل هذا لا يحتج به في مقابلة الأدلة الأخرى.

الثاني: أن عدم الوفاء هنا ليس عمداً، بل لغدر يمنع من الوفاء، قال بذلك شراح الحديث.

ويدل عليه قوله: «ومن نيته أن يفى»، فهو ينوى الوفاء لكن لم يستطع، أما إذا كان ناوياً الغدر فيأثم.

٣ - إن الله حرم الوعد من غير استثناء لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولْنَ لشيءٍ إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾، فيقتضى هذا أن من وعد ولم يستثن فقد عصى الله تعالى في وعده ذلك، ولا يجوز أن يجبر أحد على معصية، فإن استثنى فقال - إن شاء الله - تعالى أو إلا أن يشاء الله - أو نحوه مما يعلقه بإرادة الله فلا يكون مخلفاً لو عده إن لم يفعل لأنه إنما وعده أن يفعل إن شاء الله تعالى، وقد علمنا أن الله تعالى لو شاء لأنفذه فلم يشأ الله تعالى كونه»^(٢).

ويناقش ذلك بأن الآية البريمة جاءت في مقام الإرشاد للنبي ﷺ إلى الأدب فيما إذا عزم على شيء ليفعله في المستقبل أن يرد ذلك إلى مشيئة الله علام الغيوب، حيث إن النبي ﷺ قد أخبر الكفار أنه سيخبرهم عن أهل الكهف والروح وذى القرنين ولم يستثن، فاحتبس الوحي عنه خمسة عشر يوماً حتى شق ذلك عليه وأرجف الكفار به فنزلت عليه سورة الكهف مفرجة.

ولا تدل الآية على تحريم الوعد من غير استثناء، والعجب أن تحمل هذه الآية على تحريم الوعد من غير استثناء ولا تحمل الآيات الكثيرة والأحاديث الصحيحة الصريحة في شأن الوفاء بالوعد والتحذير من إخلافه على الحرمة.

ثالثاً: أدلة الفريق الثالث:

١ - استدل القائلون بالتفرقة بين صدور الوعد مصحوباً بأدوات التعليق وبين صدوره مجرداً، حيث يلزم في الأولى ولا يلزم في الثانية بحاجة الناس إلى ذلك وإلا أضيقوا من جراء عدم الإلزام، يقول الحصكفي: «لأن المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس وهو الصحيح كما في الكافي والخانية»^(٣)، ويقول الزرقا في شرح القواعد: «المواعيد التي تصدر من الإنسان فيما يمكن ويصح التزامه له شرعاً إذا صدرت منه بصور التعليق، أي بأن كانت مصحوبة بأدوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع تكون لازمة لحاجة الناس إليها، وإذا صدرت بغير صورة التعليق لا

(١) تحفة الأحوذى ٣٨٣/٧.

(٢) المحلى ٢٩/٨.

(٣) شرح الدر المختار ٢٨٧/٢.

تكون لازمة لعدم وجود ما يدل على الحمل والمنع، بل تكون مجرد وعد وهو لا يجب الوفاء به قضاء»^(١).

والاستدلال بحاجة الناس إلى الإلزام فى مثل ذلك ينطبق على ما إذا ارتبط الوعد بسبب سواء دخل الموعد بسبب العدة فى شىء أو لم يدخل.

٢ - أما الذين فرقوا بين التبرعات والمعاوضات فوجه ذلك عندهم أن الأولى تقبل مالا تقبله المعاوضات، حيث تحتل عقود التبرعات وقوع الغرر فيها والجهالة، وهو مالا يجوز فى المعاوضات.

يقول د. رفيق المصرى: «وإذا علمنا أن الغرر يغتفر منه فى التبرعات مالا يغتفر فى المعاوضات علمنا لماذا حرم الإلزام بالوعد فى البيع وجاز فى التبرع فى بعض الحالات»، ويقول د. الأمين: «إن مسألة لزوم الوفاء بالوعد قضاء أو عدم لزومه، إنما تتعلق فقط بمسائل المعروف والإحسان دون عقود المعاوضات ومنها البيع»^(٢).

ويناقش هذا من وجهين:

أحدهما: أن النصوص التى أوجبت الوفاء وحرمت الإخلاف جاءت عامة مطلقة ولم تفرق بين وعد ووعد، ولا دليل يخصص عمومها أو يقيد إطلاقها.

الثانى: أنه إن كان لابد من تفرقة بين النوعين فالذى ينبغى ألا يقبل فيه الخلاف هو الوعد فى شئون المعاوضات والمعاملات التى يترتب عليها التزامات وتصرفات مالية واقتصادية قد تبلغ الملايين ويترتب على جواز الإخلاف فيها إضرار بمصالح الناس وتغيير بهم»^(٣).

وإذا كان المالكية قد أجازوا الإلزام بالوعد إذا ارتبط بسبب، وكان ذلك فى مسائل المعروف والإحسان، حيث إنه ما على المحسنين من سبيل، فأولى أن يلزم بذلك فى مسائل المعاوضات.

ولا علاقة بين كون عقود التبرعات تقبل مالا تقبله المعاوضات فلا يؤدى الإلزام بالوعد إلى شىء مما ذكر.

٣ - أما الذين فرقوا بين اللزوم ديانة وقضاء، حيث قالوا: إن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق ومحاسن العادات، مما ينفى معه تدخل السلطات القضائية للجبر على الوفاء به والإلزام به.

ويناقش هذا: بأن الأصل هو الإلزام بكل ما أوجبه الله ورسوله، وما مهمة ولى الأمر إلا تنفيذ ما

(١) شرح القواعد الفقهية - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا - ٤٢٥ - دار القلم - دمشق.

(٢) د. رفيق المصرى، د. حسن الأمين مرجعان سابقان.

(٣) بيع المراجعة للأمر بالشراء، د. يوسف القرضاوى ٧٧.

أمر الله به ومعاقبة من خرج عليه بحكم مسئوليته الشاملة .

وما فرق الفقهاء بين الديانة والقضاء إلا فيما كان له ظاهر وباطن فيحكم القضاء بالظاهر ويكل إلى الله السرائر، كما في حكم القاضى لمن هو ألحن بحجته، ومن شهدت له البيّنة ولو كاذبة .

وقد سبق أن من قالوا بالإلزام بالوعد منهم من تولى السلطة القضائية، ومنهم من كان خليفة على المسلمين وكانوا يقضون بذلك^(١) .

وبعد عرض ما تقدم من أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها اتضح ما يلي :

– النصوص الشرعية الآمرة بالوفاء بالوعد لم تفرق بين وعد ووعد، ولا بين ما كان مرتبطاً بسبب أو لم يرتبط .

– إن ما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك، ومن هنا فإن الراجح .

الإلزام بالوعد ديانة مطلقاً، وهو ملزم قضاء إذا أمكن للقضاء التدخل فيه، أو كان معلقاً على سبب ودخل الموعد فى كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام فى هذه الحالة، إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر .

(١) بيع المراجعة للأمر بالشراء، مرجع سابق .

المطلب الثالث

الإلزام بالوعد فى المربحة المصرفية

أدى اختلاف الفقهاء فى مسألة الإلزام بالوعد مطلقاً إلى اختلاف العلماء المعاصرين والاقتصاديين فى الإلزام بالوعد فى المربحة المصرفية واختلاف التطبيق فى المؤسسات المالية المختلفة، ففريق يرى أن الوعد غير ملزم للطرفين المصرف والعميل، وفريق يرى أن الوعد ملزم للواعد (المصرف) غير ملزم للعميل، وفريق يرى أن الوعد ملزم لكل من الطرفين.

ويدعم الفريق الأول مجمع الفقه الإسلامى بجدة، حيث أصدر القرار رقم ٢، ٣ فى دورته الخامسة، حيث جاء فيه: «بعد الإطلاع على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء فى موضوع الوفاء بالوعد فى بيع المربحة للأمر بالشراء» واستماعه للمناقشات التى دارت حولهما قرر:

أولاً: الوعد «وهو الذى يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود فى كلفة نتيجة الوعد ويتحدد أثر الإلزام فى هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثانياً: المواعدة (وهو التى تصدر من الطرفين) يجوز بيع المربحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما فإذا لم يكن خيار فإنها لا تجوز لأن المواعدة الملزمة فى بيع المربحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع، حتى لا تكون هناك مخالفة لنهى النبى ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

ويوصى بأنه فى ضوء ما لاحظته من أن أكثر المصارف الإسلامية اتجه فى أغلب نشاطاته إلى التمويل عن طريق المربحة للأمر بالشراء بالتالى:

أولاً: أن يتوسع نشاط المصارف فى شتى أساليب تنمية الاقتصاد ولا سيما إنشاء المشاريع الصناعية أو التجارية بجهود خاصة أو عن طريق المشاركة والمضاربة مع أطراف أخرى.

ثانياً: أن تدرس الحالات العملية لتطبيق (المربحة للأمر بالشراء) لدى المصارف الإسلامية لوضع أصول تعصم من وقوع الخلل فى التطبيق وتعين على مراعاة الأحكام الشرعية العامة أو الخاصة ببيع المربحة للأمر بالشراء^(١).

(١) وقد ناصر هذا الاتجاه بقوة د. رفيع المصرى فى مقال له بمجلة الأمة القطرية عدد ٦١، ود. حسن الأمين فى بحث له بمجلة المسلم المعاصر عدد ٣٥، ولا يوجد فيما أعلم - مصرفاً من المصارف يطبق المربحة بشرط الخيار للمتواعدين.

أما الفريق الثاني القائل بلزوم الوعد للواعد (المصرف) دون العميل فطبق في بنك فيصل الإسلامي السوداني بناء على ما رأته هيئة الرقابة الشرعية لديه^(١).

والفريق الثالث القائل بلزوم الوعد لكل من الطرفين [المصرف والعميل]، وهو الأكثر تطبيقاً في المؤسسات المالية المختلفة منها:

بيت التمويل الكويتي (الكويت).

بنك فيصل الإسلامي المصري (مصر).

المصرف الإسلامي الدولي (مصر).

بنك دبي الإسلامي (الإمارات).

بنك قطر (قطر).

البنك الإسلامي الأردني (الأردن).

ويقف خلف هذه المؤسسات هيئات الرقابة الشرعية لديها التي ترى لزوم الوعد لكل من الطرفين.

ففي سؤال للمستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي حول مدى جواز قيام بيت التمويل بشراء سلع وبضائع نقداً بناء على رغبة ووعد من شخص ما بأنه مستعد إذا ما ملكنا السلعة وقبضناها أن يشتريها منا بالأجل^(٢).

فكان الجواب: «إن ما صدر من طالب الشراء يعتبر وعداً، ونظراً لأن الأئمة قد اختلفوا في الوعد هل هو ملزم أم لا؟ فإنني أميل إلى الأخذ برأى ابن شبرمة - رضى الله عنه - الذي يقول: إن كل وعد بالتزام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً يكون وعداً ملزماً قضاءً وديانةً، وهذا ما تشهد له النصوص القرآنية والأحاديث النبوية، والأخذ بهذا المذهب أيسر على الناس والعمل به يضبط المعاملات، لهذا ليس هناك ما نعوذ من تنفيذ مثل هذا الشرط^(٢)».

(١) يقول د. حسن الأمين في بحثه المشار إليه سابقاً: لأنني أذكر تماماً أن هذا الموضوع عرض علينا حينما كنت عضواً بهيئة الرقابة ببنك فيصل الإسلامي السوداني، وكان رأي الهيئة بالإجماع هو عدم القول بإلزام الأمر بالشراء، وإنما تعرض عليه السلعة بعد حصول البنك عليها فإن أعرض عن شرائها باعها البنك لمن يشاء، وعلى البنك أن يحتاط لنفسه بالنسبة لتلك البضاعة قبل استيرادها تحسباً لما قد يطرأ من تبدل.

(٢) دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية - المصرف الإسلامي الدولي - ١٠٤، وما يذكر أن المستشار الشرعي قد أجاب في سؤال لبيت التمويل الكويتي عن عميل حضر إليهم وطلب شراء بضاعة ما ووعد البيت بشراؤها بالأجل وقام فعلاً بترتيب إجراءات شحن البضاعة وشحنات البضاعة فعلاً وقبل وصولها وصل إلى البيت خبر بأن الشخص الذي طلبها له مشاكل ومطلوب من دائنيه بمبالغ مالية وأنه موضوع تحت التصفية في المحكمة، وكان السؤال هل ينفذ بيت التمويل وعده ويسلم البضاعة ويدخل ضمن التصفية أم يمتنع =

وفى فتوى لمؤتمر المصرف الإسلامى الأول المنعقد فى دبی ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.

عرض على المؤتمر الصورة التالية :

يطلب المتعامل من المصرف شراء سلعة يحدد جميع أوصافها ويحدد مع المصرف الثمن الذى سيشتريها به وكذلك الثمن الذى سيشتريها به المتعامل من البنك بعد إضافة الربح الذى يتفق عليه بينهما .

فجاءت توصية المؤتمر بما يلى :

* يرى المؤتمر أن هذا التعامل يتضمن وعداً من عميل المصرف بالشراء فى حدود الشروط المنوه عنها ووعداً آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقاً لذات الشروط، إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاء طبقاً لأحكام المذهب المالكى وملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأمكن للقضاء التدخل فيه .

وهى نفس توصية المؤتمر الثانى الذى عقد فى الكويت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، وكذلك أفتت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامى المصرى بذلك^(١) .

أدلة كل فريق ومناقشتها :

أولاً: أدلة من قال بعدم جواز الإلزام بالوعد لكل من الطرفين [المصرف والعميل] فى المراجعة المصرفية .

الدليل الأول : الماعدة فى المراجعة تشبه بيع الإنسان ما ليس عنده وهو منهى عنه، أما إنها تشبه بيع الإنسان ما ليس عنده فهو ما نص عليه الإمام الشافعى فى الأم، حيث قال : « وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال : اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشترها الرجل فالشراء جائز، والذى قال أربحك

= عن إكمال وعده للحفاظ على حقوقه، وفى حالة عمل عقد البيع مع هذا الشخص وبيع البضاعة ثم وصول خبر بأن الشخص مطلوب من دائنيه هل تسلم له البضاعة فى هذه الحالة أم لا ؟ فكان الجواب : إن الوعد غير ملزم قضاء عند جمهور الفقهاء، و من الواجب المحافظة على أموال المساهمين والمودعين بالأ تسلم البضاعة للشخص المطلوب، أما فى حالة إبرام عقد البيع وقبل تسليم البضاعة ومعرفة إفلاس المشتري فلا تسلم له البضاعة، لأن البائع أولى باسترداد حقوقه من بقية الغرماء فيحبس العين التى باعها له ولم تسلم، وذلك لخرب ذمة المشتري بالتفليس .

والملاحظة أن الفتوى فى الصورة المذكورة فى صلب الصفحة بنيت على أن الوعد ملزم ديانه وقضاء، وفى الصورة الثانية المذكورة فى هامش الصفحة بنيت على أن الوعد غير ملزم .

(١) يراجع دليل الفتاوى الشرعية فى الأعمال المصرفية السابق ذكره، الفتاوى الاقتصادية إصدار شركة صخر لبرامج الحاسب الآلى، الإصدار الثانى الفتوى رقم ٢٦، ٤٣٧، ٤٤٠، ٥٧٧، ١٠٤٩، ١٢٦٨، ١٢٨٢، ١٣٢٣ .

فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً وإن شاء تركه، وهكذا إن قال: اشترى متاعاً ووصفه له، أو متاعاً أى متاع شئت وأنا أربحك فيه، فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار، وسواء فى هذا ما وصفت إن كان قال: أبتاعه وأشتريه منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار فى البيع الآخر فإن جدداه جاز، وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شيئين:

أحدهما: أنه تبايعاه قبل يملكه البائع.

والثانى: أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا...» (١).

فقول الإمام الشافعى: «تبايعاه قبل يملكه البائع» دليل على أن الإلزام بالشراء حين طلبه كالبيع، ولم تكتمل شروطه، حيث لم يملك المأمور السلعة بعد.

وهذا المعنى هو ما ذكره المجمع الفقهي بجدة، حيث قال: المراجعة الملزمة فى بيع المراجعة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهى النبى ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده (٢).

أما كون بيع الإنسان ما لا يملك أو يبيعه ما ليس عنده منهياً عنه فتشهد له أحاديث نبوية كثيرة منها ما رواه الترمذى وأبو داود والنسائى وابن ماجه عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ما ليس عندك» (٣)، وأخرج ابن حبان فى صحيحه والترمذى، وقال حسن صحيح عن حكيم بن حزام قال: «قلت يا رسول الله يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما أبيع منه ثم أبتاعه له من السوق؟ فقال لا تبع ما ليس عندك» (٤).

والمراد بما ليس عندك أى ما ليس فى ملكك وقدرتك، قال الشوكانى: «وظاهر النهى تحريم بيع مالم يكن فى ملك الإنسان ولا داخلاً تحت مقدرته، وقد استثنى من ذلك السلم فتكون أدلة جوازه مخصصة لهذا العموم، وكذلك إذا كان المبيع فى ذمة المشتري إذ هو كالحاضر المقبوض» (٥).

ويناقش هذا بما يلى:

لا يسلم أن المراجعة على المراجعة من باب بيع ما ليس عند الإنسان، فالبيع فى المراجعة مؤجل

(١) الأم للإمام الشافعى ٣/ ٣٣.

(٢) قرارات المجمع الفقهي الدورة الخامسة.

(٣) قال الترمذى: حديث حسن صحيح، سنن الترمذى ٣/ ٣٣٥، نيل الأوطار ٥/ ٢٣٤.

(٤) والحديث رواه أحمد وأصحاب السفن، تلخيص الحبير ٣/ ٥.

(٥) نيل الأوطار ٥/ ٢٣٥.

إلى ما بعد شراء المصرف السلعة وتملكه لها، أما مرحلة المواعدة فليس فيها بيع ولا شراء، وإنما هي التزام من الطرفين على إتمام الصفقة بعد اكتمال مراحلها، وهو ما نص عليه في الفتاوى الصادرة بالإلزام بالوعد، حيث جاء في توصيات المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي: «المواعدة على بيع المربحة للآمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراه وحيازتها ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الوعد السابق هو أمر جائز شرعاً طالما كانت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهلاك قبل التسليم وتبعية الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفى، وعلى ذلك فالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أو بيع ما لا يملك لا ينطبق على المربحة في مرحلة المواعدة، حيث لا يكون بيع ولا شراء»^(١).

وهذا التكييف للمواعدة على بيع المربحة هو أساس كل الشبهات التالية، حيث اعتبروا أن الإلزام بالوعد يعد بمثابة العقد المكتمل للأركان، وليس هناك من قائل بذلك.

يقول ابن حزم: «والتواعد في بيع الذهب بالذهب أو بالفضة، وفي بيع الفضة بالفضة وفي سائر الأصناف الأربعة بعضها ببعض جائز تباعاً بعد ذلك أو لم يتباعاً لأن التواعد ليس بيعاً»^(٢)، فابن حزم هنا يقرر أن التواعد ليس عقداً ولا بيعاً مع أنه من القائلين بعدم لزوم الوعد إلا أنه لا تلازم بين لزوم الوعد وبين اعتباره عقداً، فالوعد سواء قلنا باللزوم أو عدمه هو وعد ينطبق عليه أحكام الوعد.

الدليل الثاني: المواعدة على بيع المربحة من بيع العينة^(٣) وبيع العينة محرمة.

أما كونها من بيع العينة فقد ذكرها المالكية في الصور الممنوعة من بيع العينة، قال الدردير في الشرح الكبير: «بخلاف قول الأمر: اشتراها بعشرة نقداً وأنا أخذها منك بائني عشر لأجل كشهر مثلاً، فلا يجوز لما فيه من سلف جر نفعاً، ثم تارة يقول الأمر: لى، وتارة لا يقول لى، وإليهما أشار بقوله: ولزمت السلعة الأمر بالعشرة، إن قال في الفرض المذكور اشتراها لى، ويفسخ البيع بائني عشر لأجل»^(٤).

(١) بيع المربحة للآمر بالشراء - د. يوسف القرضاوى - ٦٠.

(٢) المحلى ٥١٣/٨.

(٣) العينة بالكسر: الربا، وقيل السلف، وبيع العينة: إذا باع رجل من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل معلوم ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الذى باعها به، وقال الرافعى «وبيع العينة هو أن يبيع شيئاً من غيره بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن نقد أقل من ذلك النقد»، ويقول الدردير: «بيع من طلبت منه سلعة قبل ملكه إياها لطلبها بعد شرائها».

يراجع لسان العرب ٣/٣٠٦، نيل الأوطار للشوكانى ٥/٢٩٤، فتح العزيز على هامش المجموع ٨/٢٣١،

الشرح الكبير ٨٨/٣.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٨٩/٣.

والصورة المذكورة التي عدها فقهاء المالكية من الصور الممنوعة هي ما تحدث في المراجعة المصرفية، حيث يذهب العميل (الامر) للمصرف ليشتري له سلعة بكذا على أن يشتريها العميل بثمن أكثر إلى أجل.

أما كون بيوع العينة محرمة فقد ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة^(١)، وأجازها الشافعية والظاهرية^(٢).

وحجة من قال بالتحريم ما يلي :

الدليل الأول : ما رواه أحمد وأبو داود عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا ضمن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم »، وفي لفظ « إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم »^(٣).

وروى الدارقطني عن ابن إسحق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم فقالت : يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة وإني ابتعته منه بستمائة نقداً، فقالت لها عائشة : بئس ما اشتريت وبئس ما شريت، إن جهاده مع رسول الله ﷺ قد بطل إلا أن يتوب ».

وفي رواية : « عن أبي إسحق الهمداني عن أمه العالية بنت أبيغ قالت : خرجت أنا وأم محبة إلى مكة فدخلنا على عائشة فسلمنا عليها، فقالت لنا : من أنتن؟ قلنا : من أهل الكوفة، قالت : فكأنها أعرضت عنا، فقالت لها أم محبة : يا أم المؤمنين : كانت لي جارية وإني بعتها من زيد بن أرقم الأنصاري بثمانمائة درهم إلى عطائه، وأنه أراد بيعها فابتعتها منه بستمائة درهم نقداً، قالت : فأقبلت علينا فقالت : بئسما شريت وما اشتريت فأبلغني زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ، إلا أن يتوب، فقالت لها : أرايت إن لم آخذ منه إلا رأس مالى، قالت : فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف »^(٤).

(١) شرح فتح القدير ٢٠٨/٥، الشرح الكبير ٨٩/٣، المغنى ١٢٧/٤، شرح منتهى الإرادات ١٥٨/٢.

(٢) فتح العزيز ٢٣١/٨، المحلى ٤٨/٩.

(٣) الحديث رواه الإمام في المسند ٢٨/٢، وأبو داود في سننه ٢٧٤/٣، قال الشوكاني : الحديث أخرجه أيضاً الطبراني وابن القطان وصححه، وقال ابن حجر في بلوغ المرام : رجاله ثقات إلا أنه قال في التلخيص : وعندى أن إسناده الحديث الذى صححه ابن القطان معلول لأنه لا يلزم من كون رجاله ثقاتاً أن يكون صحيحاً، تلخيص الحبير ١٩/٣.

(٤) الحديث رواه الدارقطني في سننه، وقال : أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما، ورواه الإمام أحمد وسعيد بن منصور عن غندر عن شعبة عن أبي إسحق السبيعي، ورواه أبو حنيفة في مسنده عن أبي إسحق السبيعي عن امرأة أبي السفر، سنن الدارقطني ٥٢/٣، سنن البيهقي الكبرى ٣٣٠/٥.

وجه الدلالة: مما تقدم أن الحديث الأول فيه دليل على التحريم لربطه بين فعل المذكور في الحديث وبين نزول البلاء والعذاب، أما الحديث الثانى ففيه دليل واضح على التحريم لأن ما قالتها السيدة عائشة، مما لا يدرك بالرأى ولا يثبت بالاجتهاد والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه (١).

ويناقش هذا بما يلى:

١ - خبر أبى إسحق عن امرأته فاسد لوجوه:

الأول: أن امرأة أبى إسحق مجهولة الحال لم يرو عنها أحد غير زوجها وولدها يونس، على أن يونس قد ضعفه شعبة بأقبح التضعيف وضعفه يحيى القطان وأحمد حنبل (٢).

ويرد على هذا:

بأن العالمة بنت أيفع زوجة أبى إسحق السبيعى ذكرها ابن سعد فى الطبقات، وابن حبان فى الثقات، أما ولدها يونس فقد وثقه العجلي فى معرفة الثقات ووثقه ابن معين وابن سعد فى الطبقات، وصحح صاحب تهذيب الكمال القول القائل بتوثيقه، قال: وأخرج له البخارى فى صحيحه فى كتاب القراءة خلف الإمام، وقال ابن حجر: صدوق يهمل قليلاً (٣).

الثانى: أن امرأة أبى إسحق لم تسمع هذا الحديث من أم المؤمنين وذلك أنه لم يذكر عنها زوجها ولا ولدها أنها سمعت سؤال المرأة لأم المؤمنين ولا جواب أم المؤمنين لها، إنما فى حديثها دخلت على أم المؤمنين أنا وأم ولد لزيد بن أرقم فسألتها أم ولد بن أرقم، وهذا يمكن أن يكون ذلك السؤال فى ذلك المجلس، ويمكن أن يكون فى غيره، وفى رواية لهذا الحديث عن سفيان الثورى عن أبى إسحق السبيعى عن امرأة أبى السفر أنها باعت من زيد بن أرقم، وفى رواية من طريق عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن أبى إسحق السبيعى عن امرأته قالت سمعت امرأة أبى السفر تقول: سألت عائشة أم المؤمنين، وبهذا يتبين أن امرأة أبى إسحق لم تسمعه من أم المؤمنين وإنما روته عن امرأة أبى السفر، وهى التى باعت من زيد وهى أم ولد لزيد، وهى فى الجهالة أشد وأقوى من امرأة أبى إسحق فصارت مجهولة عن أشد منها جهالة ونكرة (٤).

(١) شرح فتح القدير ٢٠٩/٥، المغنى لابن قدامة ١٢٧/٤.

(٢) المحلى ٤٩/٩، سنن الدارقطنى ٥٢/٣، ضعفاء العقيلي ٤٥٧/٤، الجرح والتعديل ٢٤٣/٩٠.

(٣) معرفة الثقات ٣٧٧/٢، تهذيب الكمال ٤٨٨/٣٢، الكاشف فى معرفة من له رواية فى الكتب الستة ٤٠٢/٢، تقريب التهذيب ٦١٣/١.

(٤) الطبقات الكبرى لابن سعد ٤٨٧/٨، أقول: لم يخرج له البخارى، كما ذكر صاحب تهذيب الكمال بل خرج له مسلم فى كتاب الإمامة ١٤٧٤/٣.

ويرد على هذا :

بأنه قد صرح فى بعض الروايات بسماع امرأة أبى إسحاق من السيدة عائشة مما روى البيهقى، عن أبى إسحاق قال: دخلت امرأتى على عائشة وأم ولد لزيد بن أرقم، وعنده عن العالية قالت: كنت قاعدة عند عائشة - رضى الله عنها - فأتتها أم محبة فقالت: ...، وعنده « قالت: خرجت أنا وأم محبة إلى مكة فدخلنا على عائشة(١) ».

وامرأة أبى السفر ذكرها ابن سعد فى الطبقات(٢).

وبهذا تكون الروايات التى صرحت بسماع امرأة أبى إسحاق من أم المؤمنين أكثر.

الثالث: من البرهان الواضح على كذب هذا الخبر وضعفه وأنه لا يمكن أن يكون حقاً أصلاً ما فيه مما نسب إلى أم المؤمنين من أنها قالت: أبلغنى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله إن لم يتب، وزيد لم يفته مع رسول الله ﷺ إلا غزوتان بدر وأحد، وشهد معه عليه السلام سائر غزواته وأنفق قبل الفتح وقاتل وشهد بيعة الرضوان تحت الشجرة بالحديبية، ونزل فيه القرآن وشهد الله تعالى له بالصدق وبالجنة على لسان رسوله ﷺ أنه لا يدخل النار أحد بايع تحت الشجرة.. فوالله ما يبطل هذا كله ذنب من الذنوب غير الردة عن الإسلام فقط، وقد أعاده الله تعالى منه برضاه عنه وأعاد أم المؤمنين من أن تقول هذا الباطل.

وعلى فرض أن ما فعله زيد بن أرقم من الذنوب لكان يؤجر عليه أجراً واحداً لأنه يدخل تحت باب من اجتهد فأخطأ فلا يبطل جهاده فى شيء عمله مجتهداً(٣).

ويرد على هذا :

بأن الله قد توعد أكل الربا بأكثر مما قالته أم المؤمنين، وعذر زيد أنه لم يكن يعرف أنه محرم ما فعله، وليس قصد أم المؤمنين إبطال جهاد زيد، بل قصدت أن هذا من الكبائر التى يقاوم إثمها ثواب الجهاد، ويصير بمنزلة من عمل حسنة وسيئة بقدرها فكانه لم يعمل شيئاً(٤).

الرابع: على فرض صحة هذا الخبر فإنه يحمل على أنه من قول أم المؤمنين عائشة وما قولها بأولى من قول زيد إذا تنازعا(٥).

(١) سنن البيهقى ٣٣١/٥.

(٢) الطبقات الكبرى ٤٨٧/٨.

(٣) المحلى ٥٠/٩.

(٤) إعلام الموقعين ١٤٨/٣.

(٥) المحلى ٥٠/٩.

ويرد على هذا :

بأن ما قالته أم المؤمنين لا يدخل في باب الاجتهاد ومثله لا يصدر إلا عن توقيف .
الخامس : يحتمل أن يكون إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء، وهو أجل مجهول^(١) .

ويرد على هذا :

بأن الثابت من مذهبها جواز البيع إلى العطاء فلا يؤول حديثها إلى ذلك، ولأنها كرهت العقد الثاني، حيث قالت : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت مع عرائه عن هذا المعنى^(٢) .

السادس : يحتمل أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل القبض .

ويرد على هذا :

بأن أم المؤمنين قد تلت آية الربا، وهذا دليل على أن الوعيد للربا لا لعدم القبض^(٣) .

السابع : إذا اختلف بعض أصحاب النبي ﷺ في شيء فقال بعضهم فيه شيئاً، وقال بعضهم بخلافه كان المعول عليه الأخذ بقول من معه القياس، والقياس مع زيد بن أرقم، والقياس هنا أن البيع الأول الذي أجل فيه الثمن بيع تام، والبيع الثاني غير البيع الأول^(٤) .

ويرد على هذا : بأن هذا العمل يراد به التحيل لأكل الربا فيكون النهي من هذا الباب .

ويقول ابن القيم : « لو لم يأت في هذه المسألة أثر لكان محض القياس ومصالح العباد وحكمة الشريعة تقتضي تحريمها أعظم من تحريم الربا فإنها ربا مستحل بأدنى الحيل » .

وقد انتصر ابن القيم لهذا الحديث وقال :

« رواه الإمام أحمد وعمل به، وهذا حديث فيه شعبة، وإذا كان شعبة في حديث فاشدد يديك به فمن جعل شعبة بينه وبين الله فقد استوثق لدينه، وأيضاً فهذه امرأة أبي إسحق وهو أحد أئمة الإسلام الكبار، وهو أعلم بأمراته وبعدها، فلم يكن ليروى عنها سنة يحرم بها على الأمة، وهي عنده غير ثقة ولا يتكلم فيها بكلمة، بل يحابيها في دين الله، هذا لا يظن بمن هو دون أبي إسحاق، وأيضاً فإن هذه امرأة من التابعين قد دخلت على عائشة وسمعت منها وروت عنها ولا يعرف أحد قدح فيها بكلمة، وأيضاً فإن الكذب والفسوق لم يكن ظاهراً في التابعين، بحيث ترد به روايتهم، وأيضاً فإن هذه المرأة معروفة واسمها العالية وهي جدة إسرائيل، وأيضاً فلم يعرف أحد قط من التابعين أنكر على العالية هذا الحديث ولا قدح فيها من أجله ويستحيل في العادة أن تروى

(١) الأم ٣/٦٨، العناية على الهداية ٥/٢٠٨ .

(٢، ٣) العناية على الهداية ٥/٢٠٨ .

(٤) الأم ٣/٦٨ .

حديث باطلاً ويشتهر في الأمة ولا ينكره عليها منكر، وأيضاً فإن في الحديث قصة وعند الحفاظ إذا كان فيه قصة دلهم على أنه محفوظ، وأيضاً فهذا الحديث إذا انضم إلى تلك الأحاديث والآثار أفادت بمجموعها الظن الغالب إن لم يفد اليقين، وأيضاً فإن آثار الصحابة موافقه لهذا الحديث مشتقة منه مفسرة له، وأيضاً كيف يليق بالشريعة الكاملة التي لعنت آكل الربا وموكله، وبالغت في تحريمه وأذنت صاحبه بحرب من الله ورسوله أن تببيحه بأدنى الحل مع استواء المفسدة»^(١).

الدليل الثاني: من الآثار:

ما روى عن أنس - رضى الله عنه - أنه سئل في العينة فقال: إن الله لا يخذع هذا مما حرم الله ورسوله^(٢).

وروى عن ابن عباس قال: اتقوا هذه العينة، لا تبع دراهم بدراهم وبينهما حريرة، وفي رواية أن رجلاً باع من رجل حريرة بمائة ثم اشتراها بخمسين، فسأل ابن عباس عن ذلك فقال: دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة^(٣).

وتناقش هذه الآثار بأنها معارضة بما روى عن آثار من الصحابة والتابعين.

فروى عن ابن عمر أنه ذكر له رجل باع سرجاً بنقد ثم أراد أن يبتاعه بدون ما باعه قبل أن ينتقد، فقال ابن عمر: لعله لو باعه من غيره باعه بدون ذلك ولم يره بأساً.

وما روى عن ابن سيرين قال: لا بأس بأن يشتري الشيء إلى أجل ثم يبيعه من الذي اشتراه منه بأقل من الثمن إذا قصصه.

وليس قول واحد بأولى من الآخر^(٤).

الدليل الثالث: إن الصحابة كعائشة وابن عباس وأنس أفتوا بتحريم مسألة العينة وغلظوا فيها هذا التغليظ في أوقات ووقائع مختلفة فلم يجيء عن واحد من الصحابة ولا التابعين الرخصة في ذلك فيكون إجماعاً.

ويناقش هذا:

بأن زيد بن أرقم قد خالف، وغاية الأمر أنها مسألة ذات قولين للصحابة وهي مما يسوغ فيها الاجتهاد.

ويرد على هذا:

(١) إعلام الموقعين ٣/ ١٤٧.

(٢، ٣) إعلام الموقعين ٣/ ١٤٨، المحلى ٩/ ٤٨.

(٤) المحلى ٩/ ٤٨.

بأن زيداً لم يقل قط إن هذا حلال ولا أفتى بها يوماً ما، ومذهب الرجل لا يؤخذ من فعله إذ لعله فعله ناسياً أو ذاهلاً أو غير متأمل ولا ناظراً أو متأولاً أو ذنباً يستغفر الله منه ويتوب، أو يصبر عليه وله حسنات تقاومه فلا يؤثر شيئاً، قال بعض السلف: العلم علم الرواية، يعنى: أن يقول رأيت فلاناً يفعل كذا وكذا إذ لعله قد فعله ناسياً.

وقال إياس بن معاوية: لا تنظر إلى عمل الفقيه، ولكن سلّه يصدقك، ولم يذكر عن زيد أنه أقام على هذه المسألة بعد إنكار عائشة وكثيراً ما يفعل الرجل الكبير الشيء مع ذهوله عما في ضمنه من مفسدة فإذا نبه انتبه، وإذا كان الفعل محتملاً لهذه الوجوه وغيرها لم يجوز أن يتقدم على الحكم ولم يجوز أن يقال مذهب زيد بن أرقم جواز العينة^(١).

الدليل الرابع: بيع العينة إنما يقع غالباً من مضطر إليها، وإلا فالمستغنى عنها لا يشغل ذمته بألف وخمسمائة في مقابلة ألف بلا ضرورة وحاجة تدعو إلى ذلك، وقد ورد النهي عن بيع المضطر^(٢).

ويناقش هذا: بأنه ليس بالضرورة أن يلجأ إليها المضطر.

الدليل الخامس: العينة وسيلة إلى الربا، بل هي من أقرب وسائله، والوسيلة إلى الحرام حرام فيجب سد ذريعة الربا، وسد ذرائع الحرام واجب.

أما كونها وسيلة إلى الربا فهذا ما يشهد له النقل والعرف والنية والقصد وحال المتعاقدين، أما النقل فقد ثبت عن ابن عباس وغيره ذلك - كما تقدم.

وأما شهادة العرف بذلك فأظهر من أن تحتاج إلى تقرير بل قد علم رسول الله ﷺ وعباده من المتبايعين ذلك قصدهما أنهما لم يعقدا على السلعة عقداً يقصدان به تملكها ولا غرض لهما فيه بحال وإنما الغرض والمقصود مائة بمائة وعشرين، وإدخال تلك السلعة في الوسط تلبيس وعبث.

وأما النية والقصد: فالأجنبي المشاهد لهما يقطع بأنه لا غرض لهما في السلعة وإنما القصد الأول مائة بمائة وعشرين، فضلاً عن علم المتعاقدين ونيتهما، ولهذا يتواطأ كثير منهم على ذلك قبل العقد ثم يحضران تلك السلعة محللاً لما حرم الله ورسوله.

أما كون الوسيلة إلى الحرام حرام فبانت بالكتاب والسنة والفطرة والمعقول.

فإن الله مسح اليهود قردة وخنازير لما توسلوا إلى الصيد الحرام بالوسيلة التي ظنوها مباحة وسمى أصحاب رسول الله ﷺ والتابعون مثل ذلك خديعة، وأيضاً: فإن هذا العقد يتضمن إظهار

صورة مباحة وإضمار ما هو من أكبر الكبائر، فلا تنقلب الكبيرة مباحة بإخراجها في صورة الذي لم يقصد نقل الملك فيه أصلاً وإنما قصده حقيقة الربا.

ويقول ابن رشد في مقدمة كتاب بيوع الآجال:

وأصل ما بنى هذا الكتاب: الحكم بالذرائع، ومذهب مالك القضاء بها والمنع منها، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور.... ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة ويتوصل بها إلى استباحة الربا، وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة إلى أجل ثم يبتاعها بخمسين نقداً، فيكونا قد توصلا بما أظهراه من البيع الصحيح إلى سلف خمسين ديناراً في مائة إلى أجل، وذلك حرام لا يجوز^(١).

ويناقش هذا من وجوه:

أحدها: أنه استدلال على الجزئية الخاصة بدليل عام، والأولى أن تذكر أدلة خاصة لحل النزاع يقول القرافي المالكي بعد أن ذكر جملة من الأدلة والوجوه على وجوب سد الذرائع في قضية بيوع الآجال «فهذه وجوه كثيرة يستدلون بها وهي لا تفيد، فإنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة، وهذا مجمع عليه، وإنما النزاع في ذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها، فينبغي أن تذكر أدلة خاصة لحل النزاع وإلا فهذه لا تفيد، وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها فينبغي أن تكون حجتهم القياس خاصة ويتعين عليهم حينئذ إبداء الجامع حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق، ويكون دليلهم شيئاً واحداً وهو القياس، وهم لا يعتقدون أن دليلهم القياس^(٢).

الثاني: أن المالكية اعتبروا سد الذرائع في بيوع العينة لمن عرف عنهم التحايل على الحرام، ولم يعتبروها عامة، يقول الدردير في الشرح الكبير: وأهل العينة قوم نصبوا أنفسهم لطلب شراء السلع منهم وليست عندهم فيذهبون إلى التجار فيشترونها منهم ليبيعوا لمن طلبها منهم^(٣)، ويقول ابن رشد في المقدمات: «يتهم أهل العينة فيما لا يتهم فيه غيرهم لعادتهم بالمكروه^(٤)، ويقول القرافي: «من علم منه تعمد الفساد حمل عقده عليه وإلا أمضى فإن اختلفت العادة منع الجميع^(٥).

(١) المقدمات لابن رشد.

(٢) الفروق للقرافي ٢٦٦/٣.

(٣) الشرح الكبير ٨٨/٣.

(٤) المقدمات ٥٢٦، الذخيرة ١٦/٥.

(٥) الفروق ٢٦٨/٣.

ومن هنا قد توجد صورة من صور التعامل يتوصل بها إلى المكروه أو المحرم، ومع ذلك لا تمتنع لأن المتعاملين ليسوا من أهل العينة أو من لا يعلم منهم تعمد الفساد، ولذلك قال ابن رشد: إن كان المتبايعان من أهل العينة أو أحدهما لم يجز ذلك بحال، وإن لم يكونا من أهل العينة جاز في بعض الأحوال^(١).

الثالث: ما ذكره ابن حزم «أنهما إن كانا أرادا الربا - فتحيلاً بهذا العمل فبارك الله فيهما فقد أحسنا ما شاء إذ هربا من الربا الحرام إلى البيع الحلال، وفر من معصية الله تعالى إلى ما أحل، ولقد أساء ما شاء من أنكر هذا عليهما، وأثم مرتين لإنكاره إحسانهما ثم لظنه بهما ما لعلهما لم يخطر ببالهما»^(٢).

ثانياً: حجة من قال بالجواز:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [سورة البقرة: ٢٧٥].

وجه الدلالة: أن اللفظ عام يشمل كل بيع ومنه بيع العينة، فيكون بيع العينة حلالاً بنص الآية لعمومها وشمولها، إلا ما نص على إخراجها من هذا العموم، ولم يثبت ما يحرم بيع العينة فيبقى داخلاً تحت العموم المفيد للجواز.

ويناقش هذا:

بأن الآية عامة، ولكن عمومها يجوز تخصيصه كما خصص منها بيع الغرر، وهذا ظاهر عند الجمهور القائلين بجواز تخصيص عموم القرآن بأخبار الآحاد، وعند الحنفية الذين منعوا تخصيص عموم القرآن بأخبار الآحاد فإنهم أجازوا التخصيص بأخبار الآحاد إذا كان قد سبق أن خصصت إما بآية أو حديث متواتر أو مشهور، وهذه الآية مخصصة بيقين بتحريم بيع الغرر والميتة والدم والخمر، وقد ورد من الأحاديث والآثار ما يصلح بمجموعها أن يخصص منها بيع العينة.

الدليل الثاني: ما رواه البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خير فجاءه بتمر جنيب فقال رسول الله ﷺ أكل تمر خير هكذا؟ قال: لا.. والله يا رسول الله إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ لا تفعل، بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيباً^(٣).

قال ابن حجر «واستدل به على جواز بيع العينة وهو أن يبيغ السلعة من رجل بنقد ثم يشتريها

(١) المقدمات: ٥٣٧.

(٢) المحلى ٥٢/٩.

(٣) صحيح البخاري، مع فتح الباري ٤/٤٦٧، صحيح مسلم مع شرح النووي ٢٠/١١.

منه بأقل من الثمن لأنه لم يخص بقوله: «ثم اشتر بالدراهم جنباً» غير الذى باع له الجمع» (١)
فترك النبى ﷺ التفصيل مع قيام احتمال أن تعود الدراهم إلى بائع الجنب التى هى عين ماله دل
ذلك على صحة البيع مطلقاً سواء كان من البائع أم غيره.

ويناقش هذا:

بأن الحديث مطلق، والمطلق لا عموم له وإذا عمل به فى صورة سقط الاحتجاج به فى غيرها فلا
يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باعه تلك السلعة بعينها (٢).

الدليل الثالث: ما رواه البيهقى بسنده، وابن حزم أن رجلاً باع من رجل سرجاً ولم ينقد ثمنه
فأراد صاحب السرج الذى اشتراه أن يبيعه فأراد الذى باعه أن يأخذه بدون ما باعه منه فسأل عن
ذلك ابن عمر، فلم ير به بأساً.

وقال ابن عمر: فلعله لو باعه من غيره باعه بذلك الثمن أو أنقص.

وعن ابن سيرين: أن رجلاً باع بعبيراً من رجل، فقال: أقبل منى بعبيرك وثلاثين درهماً فسألوا
شريحاً فلم ير بذلك بأساً (٣).

ويناقش هذا:

بأن هذه الآثار معارضة بآثار أخرى عن عائشة وابن عباس وأنس بن مالك والصحابى إذا قال:
حرم أو أمر رسول الله ﷺ يعتبر فى حكم المرفوع فتقدم آثار المنع على الإباحة.

الدليل الرابع: إن المتابعين قد أتيا عملاً بظاهره الجواز ولم يتبين من جهتهما إرادة التوصل به إلى
المحرم فلا يجوز اتهامهما بقصد المحرم لإبطال عقدهما بذلك (٤).

ويناقش هذا:

بأن الظاهر إنما يعمل به إذا لم تقم قرينة تفيد غيره وها هنا القرينة موجودة وهى العرف المعهود
الذى بين قصد الناس من هذا البيع والشرط المتعارف ينزل منزلة المنصوص، فكان ذلك من أقوى
القرائن التى يجب العمل بها فإبطال بيعهما هو مقتضى الظاهر لا عمل بمجرد التهم وما جر إلى
الحرام وجب منعه.

والراجع بعد عرض الأقوال ومناقشتها أن بيع العينة إذا كان بقصد التحايل على الربا، ويعرف
ذلك بما إذا كان فيه مواطاة لفظية أو عرفية أو ملحوظة، فهذا لا يجوز أما إذا باع الرجل بيعاً باتاً

(١) (٢، ١) فتح البارى ٤/ ٤٦٨.

(٣) سنن البيهقى الكبرى ٥/ ٣٣١، المحلى ٩/ ٥٠.

(٤) (٤) الام ٣/ ٦٩.

ليس فيه مواطاة - أيًا كانت - على التحايل، فذلك جائز، وبهذا نجمع بين الأدلة على الجواز والدالة على المنع لأن إعمالهما جميعاً أولى من إهمال أحدهما، وهذا الذي يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

بعد عرض ما تقدم من أقوال الفقهاء حول بيع العينة وما انتهينا إليه من ترجيح أحد الأقوال يأتي السؤال: هل ما يحدث في المصارف الإسلامية من تطبيقات للمرابحة يدخل في باب بيع العينة المنهى عنه؟

إن العينة المنهى عنها تختلف عما يطبق في المصارف الإسلامية، فيقول ابن منظور في اللسان: والعينة: الربا، وعين التاجر: أخذ بالعينة أو أعطى بها.

والعينة: السلف، واعتان الرجل: إذا اشترى الشيء بنسيئة، وقال الأزهري: يقال: عين التاجر يعين تعييناً وعينه قبيحه، وهي الاسم، وذلك إذا باع من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل معلوم ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الذي باعها به^(١).

ويقول ابن الأثير: أن يبيع من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل مسمى ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذي باعها به^(٢).

وعند الفقهاء لم تخرج عما قاله أهل اللغة، وهي تعني أن البائع سلم المشتري مائة ليستلمها عند الأجل مائة وعشرين أو أكثر، وهو ما يتخذه أهل الحيل ذريعة إلى أكل الربا المحرم دون قصد البيع والشراء فهم يستحلون الربا باسم البيع، ولذلك قال المالكية «يتهم أهل العينة فيما لا يتهم فيه غيرهم لعادتهم بالمكروه».

أما المعاملة التي تتم في المصارف الإسلامية باسم بيع المرابحة فمن الواضح أن العميل الذي يجيء إلى المصرف طالباً شراء سلعة معينة يريد هذه السلعة بالفعل حتى إنه ليحدد مواصفاتها ومصادر صنعها، فالسلعة مطلوب شراؤها بيقين والمصرف يشتريها بالفعل ويساوم عليها ثم يبيعها للعميل الذي طلب الشراء ووعد به.

ومن هنا يكون ادعاء أن هذا النوع من البيع يدخل في بيع العينة المنهى عنها، ادعاء مرفوضاً ولا دليل عليه، ويؤكد ذلك ابن تيمية في فتاويه عندما يتحدث عن الحيل المنوعة «ومن ذرائع ذلك: مسألة العينة وهو أن يبيعه سلعة إلى أجل، ثم يبتاعها منه بأقل من ذلك، فهذا مع التواطؤ يبطل البيعين لأنها حيلة، وإن لم يتواطأ فإنهما يبطلان البيع الثاني سداً للذريعة، ولو كانت عكس مسألة العينة من غير تواطؤ: ففيه روايتان عن أحمد وهو أن يبيعه مالا ثم يبتاع منه بأكثر

(١) لسان العرب ١٣/٣٠٦.

(٢) النهاية ٣/٣٣١.

مؤجلاً وأما مع التواطؤ فربما محتال عليه .

ولو كان مقصود المشتري الدراهم وابتاع السلعة إلى أجل لبيعها ويأخذ ثمنها فهذا يسمى التورق ففي كراهته عن أحمد روايتان، بخلاف المشتري الذى غرضه التجارة أو غرضه الانتفاع أو القنية فهذا يجوز شراؤه إلى أجل بالاتفاق^(١).

وعلى ذلك فإن صورة البيع الذى تجر به المصارف الإسلامية ليس من العينة ولا من الحيل فى شيء مادام يشتري السلعة بغرض التجارة أو الانتفاع .

وأن الصورة التى ذكرها المالكى ما هى إلا عمل اجتهدى محض منهم، ولم يجىء به كتاب ولا سنة ولهذا اختلفوا فى تفاصيل الأحكام وفى وجه المنع^(٢).

ويوجد فارق بين ما جاءت النصوص بمنعه وبين ما يطبق فى المصارف فالأولى عبارة عن عقدين، أما الثانية فوعد بالتعاقد ثم بيع ولا يخفى ما بينهما من فرق .

الدليل الثالث :

أن المراجعة المصرفية تدخل تحت النهى عن بيعتين فى بيعة أو صفقتين فى صفقة : ووجه دخولها تحت هذا الباب : أن المواعدة إذا صارت ملزمة للطرفين (المصرف والعميل) صارت عقداً بعد أن كانت وعداً، وكانت هناك بيعتان فى بيعة، فالبيعة الأولى بين المصرف وعميله المشتري، والثانية بين المصرف والبائع^(٣).

أما النهى عن بيعتين فى بيعة، فقد رواه الترمذى عن أبى هريرة قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين فى بيعة^(٤)، قال وفى الباب عن عبد الله بن عمرو وابن عمر وابن مسعود .

قال الترمذى : حديث أبى هريرة حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم^(٥) . وروى أبو داود عن أبى هريرة قال : قال النبى ﷺ : من باع بيعتين فى بيعة فله أو كسهما أو الربا^(٦)، وفى المسند عن عبد الله بن مسعود أنه قال : لا تصلح صفقتان فى صفقة .

وفى المسند عن ابن مسعود قال : نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين فى صفقة واحدة^(٧) .

(١) فتاوى ابن تيمية ٢٩/٢٦ .

(٢) بيع المراجعة للأمر بالشراء ٤١، د. يوسف القرضاوى .

(٣) بيع المراجعة د. رفيق المصرى، المرجع السابق ذكره .

(٤) سنن الترمذى ٣/٥٣٣، وقال حسن صحيح وعليه العمل عند أهل العلم .

(٥) سنن أبى داود ٣/٢٧٤ وفى إسناده محمد بن عمرو بن علقمة وقد تكلم فيه غير واحد .

(٦) المسند ١/٣٩٨، وأورده الحافظ فى التلخيص وسكت عنه، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد رجال أحمد

ثقات وأخرجه البراز والطبرانى فى الكبير والأوسط، تلخيص الحبير ٣/١٢، مجمع الزوائد ٤/١٥١ .

وفى المسند عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين فى بيعة وعن بيع وسلف وعن ربح مالم يضمن وعن بيع ما ليس عندك» (١).

وفى الموطأ عقد الإمام مالك باباً ترجمه بقوله: «باب النهى عن بيعتين فى بيعة».

وذكر فيه من بلاغاته أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين فى بيعة، وبلغه أن رجلاً قال لرجل ابتع لى هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل، فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه، وبلغه أن القاسم بن محمد سئل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقداً أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل فكره ذلك ونهى عنه.

وقال مالك فى رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقداً أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل قد وجبت للمشتري بأحد الثمنين إنه لا ينبغي ذلك لأنه إذا أخرج العشرة كانت خمسة عشر إلى أجل، وإن نقد العشرة كان إنما اشترى بها الخمسة عشر إلى أجل، وقال مالك فى رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقداً أو بشاة موصوفة إلى أجل قد وجب عليه بأحد الثمنين أن ذلك مكروه لا ينبغي لأن رسول الله ﷺ قد نهى عن بيعتين فى بيعه، وهذا من بيعتين فى بيعة، وقال مالك فى رجل قال لرجل اشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعاً أو الصيحاني (نوع من التمر) عشرة أصوع، أو الخنطة المحمولة خمسة عشر صاعاً أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لى إحداهما، أن ذلك مكروه لا يحل، وذلك أنه قد أوجب له عشرة أصوع صيحانياً فهو يدعها ويأخذ خمسة عشر صاعاً من العجوة أو تجب عليه خمسة عشر صاعاً من الخنطة المحمولة فيدعها ويأخذ عشرة أصوع من الشامية، فهذا أيضاً مكروه ولا يحل وهو أيضاً يشبه ما نهى عنه فى بيعتين فى بيعة، وهو أيضاً مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام اثنان بواحد» (٢).

والأحاديث والآثار المتقدمة وإن لم ترو فى الصحيحين، إلا أن منها ما صححه الترمذى والآخر يبلغ درجة الحسن بضم بعضه إلى بعض.

ويناقش هذا الدليل من وجهين:

أحدها: المراد بالنهى عن بيعتين فى بيعة.

الثانى: مدى تطابق تفسير النهى عن بيعتين فى بيعة مع المراجعة المصرفية.

الوجه الأول: المراد بالنهى عن بيعتين فى بيعة.

وردت عدة تفسيرات لهذا النهى منها:

١ - ما ذكره الإمام الشافعى فقال: «بأن يقول بعثك بألف نقداً أو بألفين إلى سنة فخذ أيهما

(١) المسند ١٧٤/٢.

(٢) الموطأ للإمام مالك ٣٦٦/٢ وما بعدها.

شئت أنت وشئت أنا».

ونقل ابن الرفعة عن القاضي أن المسألة مفروضة على أنه قبل على الإيهام، أما لو قال: قبلت بألف نقداً أو بألفين بالنسيئة صح ذلك.

ونقل الترمذى هذا التفسير عن بعض أهل العلم.

٢ - وذكر الشافعى تفسيراً آخر فقال: هو أن يقول بعثك ذا العبد بألف على أن تبيعنى دارك بكذا، أى إذا وجب لك عندى وجب لى عندك».

قال الشوكانى، وهذا يصلح تفسيراً لرواية: «من باع بيعتين فى بيعة فله أوكسها أو الربا»، فإن قوله: «فله أوكسهما» يدل على أن الشيء الواحد بيع بيعتان، بيعة بأقل وبيعة بأكثر^(١).

٣ - وفى مسند الإمام أحمد «قال أسود قال شريك قال سماك «الرجل يبيع البيع فيقول هو بنساء كذا وكذا وينقد كذا وكذا»^(٢).

ويتفق هذا التفسير مع تفسير الإمام الشافعى الأول.

٤ - ونقل الشوكانى عن ابن رسلان فى شرح السنن تفسيراً آخر «هو أن يسلفه ديناراً فى قفيز حنطة إلى شهر فلما حل الأجل وطالبه بالحنطة قال: بعنى القفيز الذى لك على إلى شهرين بقفيزين فصار ذلك بيعتين فى بيعة، لأن البيع الثانى قد دخل على الأول فيرد إليه أوكسهما وهو الأول»^(٣).

٥ - يفهم من إيراد الإمام مالك فى باب النهى عن بيعتين فى بيعة للأثر المروى عن ابن عمر فى رجل قال لرجل ابتع لى هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل فكرهه ونهى عنه، أن هذا أحد تفسيرات النهى عن بيعتين فى بيعة^(٤).

٦ - قال الباجى فى المنتقى «وقال الفقهاء فى معنى بيعتين فى بيعة أن يتناول عقد البيع بيعتين على ألا تتم إلا واحدة مع لزوم العقد، فهذا هو معنى بيعتين فى بيعة»^(٥).

وهذا التأويل من الباجى مرده إلى ما ذكره الإمام مالك فى بلاغاته، وما أفتى به هو نفسه.

(١) نيل الأوطار ٥/ ٢٣١.

(٢) المسند ١/ ٣٩٨.

(٣) نيل الأوطار ٥/ ٢٣١.

(٤) الموطأ ٢/ ٣٦٦.

(٥) المنتقى للباجى ٥/ ٣٦.

٧ - قال ابن حزم « ولا يحل بيعتان فى بيعة مثل :

أبيعك سلعتى بدينارين على أن تعطينى بالدينارين كذا وكذا درهماً، أو كمن ابتاع سلعة بمائة درهم على أن يعطيه دنانير كل دينار بعدد من الدراهم، ومثل أبيعك سلعتى هذه بدينارين نقداً أو بثلاثة نسيئة، ومثل أبيعك سلعتى هذه بكذا وكذا على أن تبيعنى سلعتك هذه بكذا وكذا فهذا كله حرام... » (١).

٨ - ما ذكره ابن القيم حيث قال : « والتفسير الثانى : أن يقول : أبيعكها بمائة إلى سنة على أن اشتريها منك بثمانين حالة، وهذا معنى الحديث الذى لا معنى له غيره، وهو مطابق لقوله : (فله أو كسهما أو الربا) فيما أن يأخذ الثمن الزائد فيربى، أو الثمن الأول فيكون هو أو كسهما »، وهو مطابق لصفقتين فى صفقة، فإنه قد جمع صفقتى النقد والنسيئة فى صفقة واحدة ومبيع واحد، وهو قصد بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها ولا يستحق إلا رأس ماله، وهو أو كس الصفقتين فإن أبى إلا الأكثر كان قد أخذ الربا، فتدبر مطابقة هذا التفسير لألفاظه ﷺ وانطباقه عليها وما يشهد لهذا التفسير ما رواه الإمام أحمد عن ابن عمر عن النبى ﷺ أنه نهى عن بيعتين فى بيعة وعن بيع وسلف »، فجمعه بين هذين العقدين فى النهى لأن كلا منهما يؤول إلى الربا لأنها فى الظاهر بيع وفى الحقيقة ربا ».

واستدل ابن القيم على تحريم العينة بحديث النهى عن بيعتين فى بيعة، وقال : « إن ذلك لا يمكن وقوعه إلا على العينة ».

وفى موضع آخر ينفى ابن القيم تفسير النهى عن بيعتين فى بيعة بما قاله معظم الفقهاء ويرجع تفسيره فيقول : « إنه نهى عن بيعتين فى بيعة، وهو الشرطان فى البيع فى الحديث الآخر، وهو الذى لعاقده أو كس البيعتين أو الربا فى الحديث الثالث، وذلك سدا لذريعة الربا فإنه إذا باعه السلعة بمائة مؤجلة ثم اشتراها منه بمائتين حالة (٢) فقد باع بيعتين فى بيعة فإن أخذ بالثمن الزائد أخذ بالربا، وإن أخذ بالناقص أخذ بأوكسهما، وهذا من أعظم الذرائع إلى الربا، وأبعد كل البعد من حمل الحديث على البيع بمائة مؤجلة أو خمسين حالة، وليس ها هنا ربا ولا جهالة ولا غرر ولا قمار ولا شىء من المفاصد فإنه خيره بين أى الثمنين شاء وليس بأبعد من تخيره بعد البيع بين الأخذ والإمضاء ثلاثة أيام » (٣).

(١) المحلى ١٥/٩.

(٢) جاءت العبارة فى الكتاب بهذه الصياغة ولعل الصواب : « باعه السلعة بمائة مؤجلة ثم اشتراها منه بخمسين حالة ».

(٣) إعلام الموقعين ٣/١٣١، ١٣٢.

نخلص مما تقدم عرضه من أقوال العلماء فى تفسير النهى عن بيعتين فى بيعة أنه محمول على ما يلى :

- عدم استقرار الثمن فى صورة بيع الشئ الواحد بثمنين أحدهما آجل والآخر عاجل .
- التعليق بالشرط المستقبل .
- اجتماع البيع والسلف ويلزم من ذلك الربا، واجتماع البيع والصرف .
- أن يعقد عقد البيع على بيعتين، ولا تتم إلا واحدة مع لزوم العقد .
- بيع العينة .

الوجه الثانى : مدى تطابق تفسير النهى عن بيعتين فى بيعة مع المراجعة المصرفية .

لو أخذنا بأى تفسير من التفسيرات الواردة فى معنى النهى عن بيعتين فى بيعة فتكون صورة المراجعة المصرفية بعيدة كل البعد عن هذا المفهوم، لأنها مواعدة على بيع حقيقى لسلعة مطلوبة بالفعل، وليس احتيالياً للحصول على القرض الربوى، وليس ثمت ثمنان معروضان نقد بكذا ونسيئة بكذا، وإنما ثمن واحد معلوم، وغير معلقة على شرط مستقبل، ولا يجتمع معها عقود أخرى كالسلف أو غيره .

الدليل الرابع : من أدلة القائلين بعدم جواز المواعدة على المراجعة المصرفية .

بيع المراجعة مع الإلزام بالوعد يفضى إلى بيع مؤجل البدلين، فلا المصرف يسلم السلعة فى الحال ولا العميل يسلم الثمن، وهذا ابتداء الدين بالدين أو الكالىء بالكالىء، وقد أجمع الفقهاء على النهى عنه^(١) .

مناقشة الدليل :

لا خلاف بين الفقهاء فى عدم مشروعية بيع الدين بالدين ابتداء، وإن كان الحديث الوارد فى النهى عن بيع الكالىء بالكالىء قد ضعفه العلماء^(٢) لكن حكى الإجماع على

(١) د. رفيق المصرى فى مقال له بمجلة الأمة القطرية، سبق ذكره .

(٢) الحديث رواه الدارقطنى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - وأخرجه الطبرانى عن رافع بن خريج وصححه الحاكم على شرط مسلم؛ وتعقب بأن الحديث الأول والثانى تفرد به موسى بن عبيدة الرىذى فلا يصلح الثانى شاهداً، وقال الإمام أحمد : عن الرىذى لا تحل الرواية عنه عندي، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال : ليس فى هذا حديث يصح ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين، وقال الشافعى : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث .

وقال ابن حجر فى التلخيص : وهم الحاكم فى مستدركه فإن راوى الحديث موسى بن عبيدة الرىذى لا موسى بن عقبة، قال البيهقى : والعجب من شيخنا الحاكم كيف قال فى روايته عن موسى بن عقبة وهو خطأ، =

عدم الجواز (١).

إلا أنه في المواعدة على بيع المراجعة ليس ثمت بيع ولا شراء فالبيع لا ينعقد إلا بعد شراء المصرف للسلعة وتملكه لها، وبالتالي فلا سبيل إلى القول بأن المواعدة على المراجعة المصرفية من باب بيع الدين بالدين.

الدليل الخامس:

القول بالإلزام في المواعدة على المراجعة من باب التلفيق في المذهب، وهو منهي عنه.

أما كون الإلزام في المواعدة على المراجعة تلفيقاً فبياناه: أنهم أخذوا جواز المراجعة للآمر بالشراء من الشافعي مع أنه أعطى الخيار للمتبايعين، ثم أخذوا الإلزام بالوعد من مذهب المالكية مع أنهم لا يجيزون صورة المراجعة للآمر بالشراء.

يقول د. رفيق المصري: «القول بأن المراجعة في المصارف الإسلامية عملية مستحدثة غير صحيح، فقد نص عليها فقهاء من مذاهب مختلفة كالمالكية والشافعية والحنفية والحنابلة، وكل من نص عليها فقد حرّمها، ودور الفقهاء المعاصرين دور تلفيقي فحسب، صارت حلالاً عندهم بالتلفيق بين مذاهب ليست حلالاً في واحد منها».

ثم يبين المدعى ما قاله بنصوص من كتب المذاهب الأربعة يتضح منها دليل دعواه (٢):

أ - روى الإمام مالك في الموطأ باب (النهى عن بيعتين في بيعة) أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: ابتع لى هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل، فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر، فكرهه ونهى عنه.

= والعجب من شيخ عصره أبى الحسن الدارقطنى، حيث قال فى روايته عن موسى بن عتبة: «والحديث الذى أخرجه الطبرانى لا يصلح شاهداً لحديث الدارقطنى فإنه من طريق موسى بن عبيدة أيضاً سنن الدارقطنى ٧١/٣: نيل الأوطار ٢٣٦/٥، معجم الطبرانى الكبير ٢٦٧/٤، مستدرک الحاكم ٦٥/٢، مجمع الزوائد ١٤٣/٤، التلخيص الحبير ٢٦/٣، الأم للشافعي ٧/٣، المجروحين من المحدثين لأبى حاتم البستي ٢٣٤/٢.

(١) قال السبكي فى تكملة المجموع: «أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز نقل ذلك ابن المنذر، وقال أحمد: إجماع الأئمة أن لا يباع دين بدين» تكملة المجموع ١٠٧/١٠، وقد رد ابن القيم دعوى الإجماع فقال: «إن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع، وإنما ورد النهى عن بيع الكالئى بالكالئى هو المؤخر الذى لم يقبض كما لو أسلم شيئاً فى الذمة وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق»، إعلام الموقعين ٣٤٠/١.

(٢) د. رفيق المصري - المرجع السابق.

وقال ابن جزى فى القوانين الفقهية : «إن العينة ثلاثة أقسام :

الأول : أن يقول رجل لآخر : اشترى لى سلعة بعشرة وأعطيك خمسة عشر إلى أجل ، فهذا ربا حرام .

والثانى : أن يقول له : اشترى لى سلعة وأنا أربحك فيها ولم يسم الثمن فهذا مكروه .

والثالث : أن يطلب السلعة عنده فلا يجدها ثم يشتريها الآخر من غير أمره ، ويقول : قد اشتريت السلعة التى طلبت منى فاشترها منى إن شئت فهذا جائز» .

ب - قال الشافعى فى الأم : «إذا أرى الرجل الرجل السلعة ، فقال : اشتر هذه وأربحك فيها كذا ، فاشترها الرجل ، فالشراء جائز ، والذى قال : أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً وإن شاء تركه ، وهكذا إن قال : اشترى متاعاً ، ووصفه له ، أو متاعاً أى متاع شئت وأنا أربحك فيه ، فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ، ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار ، وسواء فى هذا ما وصفت إن كان قال ابتاعه وأشتره منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار فى البيع الآخر ، فإن جدده جاز وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شئئين :

أحدهما : أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع .

الثانى : أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه .

ج - فى كتاب الحيل للإمام محمد بن الحسن رواية السرخسى «قلت رأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الأمر بألف درهم ومائة درهم فأراد المأمور شراء الدار ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للأمر فلا يأخذها ، فتبقى فى يد المأمور ، كيف الحيلة فى ذلك ؟ قال : يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام .. وإن لم يرغب الأمر فى شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار ، فيدفع عنه الضرر بذلك .

فلو كانت المربحة الملزمة جائزة عند الحنفية لما احتاجوا إلى مثل هذه الحيلة المشروعة . فهذه الأمثلة لا تميز الإلزام فى المربحة إذا لم تكن السلعة مملوكة للمصرف^(١) .

ويناقش هذا ببيان معنى التلفيق ونطاقه .

قال ابن منظور : لفق : لفتت الثوب ألفقه لفقاً ، وهو أن تضم شقه إلى أخرى فتخطيهما ولفق الشقتين يلفقهما لفقاً ولفقهما : ضم إحداهما إلى الأخرى ، فخاطهما والتلفيق أعم .

(١) د . رفيق المصرى - مرجع سابق .

فالتلفيق لغة ضم شيء إلى آخر^(١).

وعند الفقهاء: أخذ صحة الفعل من مذهبين معاً بعد الحكم ببطلانه على كل واحد منهما بمفرده.

ومثاله: متوضئ لمس امرأة وخرج منه نجاسة من غير السبيلين، فهذا الوضوء باطل باللمس عند الشافعية وبخروج النجاسة عند الحنفية.

وبهذا يتبين أن التلفيق إنما يكون في تقليد مذاهب متعددة في مسألة واحدة ولا يأتي في الاجتهاد، فإذا ترجح لدى من عنده علم بالأدلة ووجه الترجيح بينها بأن الراجح في لمس المرأة للمتوضئ عدم النقض، وبخروج النجاسة من غير السبيلين النقض فلا يعد هذا تلفيقاً لأنه ما اعتمد على فقه الشافعية أو الحنفية بل رجح بنظره ومن هنا نستطيع أن نحمل كلام الفقهاء حول بطلان الحكم الملقق^(٢).

فأى رأى فقهي في مسألة ما مبنى على الاستدلال والترجيح لا يدخل دائرة التقليد، ولا يعتبر من التلفيق الذى ذكره من ذكره وإن خرج الرأى فى النهاية بصورة جديدة لم يقل بها واحد من المذاهب المتبوعة لأن هذا يقال فيمن يأخذ من المذاهب بطريق التقليد المحض دون اعتماد على الأدلة وموازنة بعضها ببعض.

ثانياً: أدلة القائلين بجواز الإلزام بالوعد فى المراجعة للآمر بالشراء لكل من الطرفين (المصرف والعميل).

قالوا: إن هذه العملية مركبة من وعد بالشراء وبيع بالمراجعة يلتزم فيها الأمر بالشراء بتنفيذ وعده كما يلزم البنك بذلك أيضاً وكل من الإلزام بالوعد وبيع المراجعة قد أقامنا الأدلة على مشروعيتها^(٣). مما يغنى عن الرعاة هنا.

ثالثاً: أدلة القائلين بجواز الإلزام بالوعد للمصرف دون العميل.

أراد أصحاب هذا القول التوفيق بين الرأيين السابقين فأفتوا بجواز الإلزام للمصرف أما العميل فيعطى الخيار، حيث يقوم المصرف بعرض السلعة عليه فإن أعرض عن شرائها باعها البنك لمن يشاء.

ويرى أصحاب هذا الرأى أن هذا القول يخرج العملية من دائرة بيعتين فى بيعه، ومن بيع ما ليس عند الإنسان ومن سلف وزيادة.

(١) لسان العرب ٣٣٠/١٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ٧٤/١، حاشية الدسوقي ٢٠/١.

(٣) يراجع مشروعية المراجعة فى الفصل الأول ومشروعية الإلزام بالوعد فى الفصل الثانى.

ويناقش هذا:

بأن القول بإلزام المصرف دون العميل تحكم بلا دليل وتخصيص بغير مخصص، فإذا كانت هناك أدلة تلزم المصرف بالوعد فهي نفسها التي تلزم العميل أيضا.

كما أن القول بأن الإلزام بالوعد للطرفين يدخل العملية في نطاق البيوع المنهى عنها قد سبقت مناقشته ورده.

بعد عرض ما تقدم من الأدلة ومناقشتها يتضح بجلاء أن المواعدة على المربحة المصرفية جائزة شرعاً إذا استكملت العملية جميع عناصرها الشرعية ولا علاقة بينها وبين المعاملات المنهى عنها.

الفرع الثاني

دفع العربون

تشتمل عقود الوعد بالشراء على بندين يتعلقان بالعربون :

أحدهما : وافق الطرف الثاني (العميل) على سداد مبلغ كذا عند التوقيع على هذا العقد كتأمين لضمان الجدية وتنفيذ التزاماته قبل الطرف الأول .

الثاني : وافق الطرف الثاني على سداد القيمة البيعية للبضاعة موضوع هذا التعاقد للطرف الأول بعد إبرام عقد البيع بالمزاينة على .. قسماً يستحق القسط الأول فور إبرام عقد البيع بالمزاينة وتسدد باقى الأقساط على فترات دورية كل منها كذا شهراً ويحق للطرف الأول حجز قيمة تأمين ضمان الجدية وخصم مستحقاته منها .

ويتضح من هذين البندين أن العميل يدفع مبلغاً من المال وذلك ضماناً لتنفيذ التزاماته قبل المصرف بالإضافة إلى خصم مستحقات المصرف من هذا المبلغ إذا تباطأ العميل عن الدفع فى المواعيد المتفق عليها .

وقد أثار وجود هذه البنود فى عقود الوعد بالشراء جدلاً بين المؤيدين والمعارضين للمرابحة المصرفية فالمعارضون لها كان وجود هذا البند أحد أسباب معارضتهم .

يقول الأستاذ يوسف كمال « ولقد منع الجمهور بيع العربون بمعنى أن يكون المبلغ المدفوع مقدماً للبائع إن عدل عن الشراء فى بيوع المواعدة التى للمشتري فيها الخيار لأنه من باب الغرر والمقامرة وأكل المال بغير عوض ، وأجازه أحمد ... وهكذا فى سبيل إباحة هذا البيع الذى أصله عملية تحويل تجارى من المصرف للمشتري كقرض بفائدة أجزى بيع ما لم يقبض وألزم بالوعد فى البيوع وجحد العربون عند عدم الشراء اعتماداً على شواذ الفتيا ومخالفة لرأى الجمهور (١) .

بينما جاءت فتوى المؤتمر الثانى للمصرف الإسلامى تقول : « يرى المؤتمر أن أخذ العربون فى عمليات المزاينة وغيرها جائز بشرط أن لا يحق للمصرف أن يستقطع من العربون المقدم إلا بمقدار الضرر الفعلى المتحقق عليه من جراء النكول .

ونتناول فى هذا الفرع تعريف العربون وآراء الفقهاء فيه ثم حكم دفع العربون فى عمليات المزاينة المصرفية وذلك فى ثلاثة مطالب :

(١) المصرفية الإسلامية - الأزمة والمخرج - يوسف كمال محمد - ٩٧ . الطبعة الثانية ١٩٩٦ ، والأستاذ/ يوسف كمال أحد الاقتصاديين المعروفين فى مجال الاقتصاد الإسلامى وله كتب كثيرة فى هذا المجال .

المطلب الأول

تعريف العربون

قال أهل اللغة في العربون ست لغات : عربون ، عربان - بضم العين وإسكان الراء - فيهما - وعربون - بفتحهما، وأربان، وأربون، وأربون بالهمزة بدل العين، والوزن كالوزن، قيل وأفصحهن : عربون بفتح العين والراء، وهو عجمي معرب^(١).

وعند الفقهاء:

قال الإمام مالك: أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكاري الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل على أنى إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذى أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء^(٢).

يقول ابن رشد: وصورته أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به^(٣).

وقال النووي: أن يشتري شيئاً ويعطى البائع درهماً أو دراهم ويقول إن تم البيع بيننا فهو من الثمن وإلا فهو هبة لك^(٤).

وقال ابن قدامة: والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فذلك للبائع^(٥).

وبذلك يتفق الفقهاء فيما بينهم على صورة العربون في البيع، فهو إن تم البيع احتسب جزءاً من الثمن وإن لم يتم البيع بسبب من جهة المشتري فلا يأخذه المشتري ويكون مقابلاً للعدول وتعويضاً عما يكون قد أصاب البائع من ضرر.

وذكر ابن الأثير في النهاية أنه سمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع أى إصلاحاً وإزالة فساد

(١) لسان العرب ١٣/ ٢٨٤، المجموع للنووى ٩/ ٣٣٥.

(٢) الموطأ ٢/ ٦٠٩.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ١٢٢.

(٤) المجموع ٩/ ٣٣٥.

(٥) المغنى ٤/ ١٦٠.

لثلا يملكه غيره باشرائه^(١).

ويقوم العربون بإحدى وظائف ثلاث:

١ - أن يكون جزءاً من الثمن يقبضه البائع من المشتري لتوكيد انعقاد العقد وضممان جدية تنفيذه، فإذا نفذ العقد بعد ذلك خصم العربون من الثمن المستحق للبائع.

وأما إذا لم ينفذ لعدم الوفاء وتعرض المشتري للحكم عليه بالتعويض بسبب عدم التنفيذ خصم العربون من مبلغ التعويض.

٢ - قد يراد بالعربون أن يكون وسيلة لإثبات انعقاد العقد، فقد لا يحرر الطرفان عقداً ويسلم أحدهما للآخر عربوناً ويطلب منه مخالصة بمبلغ العربون، وعن طريق هذه المخالصة يستطيع المتعاقد الذى دفع العربون أن يثبت العقد الذى بدىء فى تنفيذه بدفع العربون، ويكون البدء بالتنفيذ هنا من الجانبين لأن من أخذ مبلغ العربون قد قبله وأعطى عنه تخالصاً.

٣ - قد يراد بالعربون أن يكون مقابلاً للعدول أو تعويضاً عنه فإذا عدل المشتري عن إتمام الصفقة خسره وإن عدل البائع ردّ ضعفه حتى ولم لم يترتب على العدول أى ضرر.

وهو ما أخذ به القانون المدنى المصرى. أما فى حالة قيام العربون بالوظيفة الأولى فإنه لا يخصم من العربون إلا ما يقابل الضرر الذى لحق البائع من جراء عدم تنفيذ العقد^(٢).

وتعريف الفقهاء للعربون يفهم منه أنه يؤدى الوظيفة الأولى وهو ما يتضح أيضاً من البنود الواردة فى عقود الوعد وما انتهت إليه فتاوى وتوصيات بعض المؤتمرات إذ يقول العقد «وافق الطرف الثانى على سداد مبلغ كذا عند التوقيع على هذا العقد كتأمين لضممان الجدية وتنفيذاً لالتزاماته قبل الطرف الأول».

وفى موضع آخر يقول «ويحق للطرف الأول حجز قيمة تأمين ضمان الجدية وخصم مستحقاته منها» وجاء فى فتوى المؤتمر الثانى للمصرف الإسلامى فتوى رقم ٧ يرى المؤتمر أن أخذ العربون فى عمليات المربحة وغيرها جائز بشرط أن لا يحق للمصرف أن يستقطع من العربون المقدم إلا بمقدار الضرر الفعلى المتحقق عليه من جراء النكول^(٣).

ولم يتعرض الفقهاء ولا العقود النمطية لعمليات المربحة لنكول البائع عن تنفيذ العقد إلا جملة عامة تقول «إذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ هذا الوعد أو قدم بيانات أو معلومات أو مستندات غير صحيحة فيتحمل وحده مسؤولية أية أضرار قد تلحق الطرف الآخر نتيجة لذلك

(١) النهاية لابن الأثير ٢٠٠/٣.

(٢) العقود المسماة د. عبد المنعم البداروى - ١٦٠ ط ١ - ١٩٦٠.

(٣) الفتاوى الاقتصادية - مرجع سابق.

وفقاً لما تحكم به هيئة التحكيم الوارد ذكرها فى البند الثانى بهذا العقد» .

التفرقة بين العربون وما قد يشته به من مصطلحات :

يكثر استخدام مصطلحات ثلاثة فى بيع المربحة بل وربما فى سائر أنواع البيوع وهذه المصطلحات هى :

العربون، مقدم الثمن، دفعة ضمان الجدية .

ولعل التداخل والالتباس بين هذه المصطلحات الثلاثة يرجع إلى معنى مشترك يحصل بينها أو ما يسمى بأن بينها عموم وخصوص وجهى، فوجه العموم بينها يكمن فى حالة ما إذا كان كلا منها يعبر عن مرحلة باة فى عملية التعاقد وهى إبرام عقد البيع .

فالعربون فى هذه الحالة يأخذ معنى تأكيد العقد والبدء فى تنفيذه وهذا أحد معانى العربون، ومقدم الثمن أيضاً يأخذ نفس المعنى بل هو بصريحه يعتبر كذلك، أما دفعة ضمان الجدية فتأخذ نفس المعنى أيضاً إذا تمت على النحو المذكور أى فى مرحلة ما بعد انعقاد البيع وتكون دليلاً على الجدية فى تنفيذه .

أما وجه الخصوص فى هذه المصطلحات الثلاثة فيتحدد على النحو التالى :

العربون إذا دفع لضمان حق العدول عن إبرام العقد ومن ثم يكون ذلك فى مرحلة سابقة على انعقاد العقد .

مقدم الثمن كجزء من ثمن المبيع ومن ثم فلا يتصور أن يكون ملزماً إلا بعد انعقاد العقد ثم البدء فى تنفيذه وعلى هذا النحو لا يشترك مع العربون بالمعنى السابق ولا يصح أن يختلط به فى المعنى ولا فى التنفيذ .

أما دفعة ضمان الجدية فيشترك مع العربون بالمعنى السابق الذى يتم كضمان لحق العدول بالنسبة للمشتري يستحقه البائع إذا كان العدول من جانب المشتري^(١) .

وتأسيساً على ما تقدم فإن النص على سداد مبلغ معين فى عقود الوعد بالشراء وهى مرحلة سابقة على مرحلة البيع النهائى يكون من باب البيع بالعربون أو دفعة ضمان الجدية وليس كمقدم ثمن إذ لم يتم بعد إبرام عقد بيع السلعة إلا بعد دخول السلعة فى ملكية البائع مربحة .

(١) الاستثمار والرقابة الشرعية فى البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية . د . عبد الحميد البعلى . ١١٧ .

المطلب الثاني

آراء الفقهاء فى البيع بالعربون

يتخذ دفع العربون إحدى صورتين:

الأولى: أن يقتصر الشرط بالعقد حيث يقوم مشترى السلعة بدفع مبلغ من المال على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فذلك للبائع.

وقد اختلف الفقهاء فى هذه الصورة على رأيين:

الأول: عدم الجواز وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس والحسن.

الثانى: الجواز وبه قال أحمد، وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمرو ابن سيرين^(١).

أدلة القول الأول:

١ - ما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه^(٢) ومالك عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «نهى النبى ﷺ عن بيع العربان»^(٣).

وهذا دليل واضح على النهى عن البيع بالعربون.

ويناقش هذا:

بأن الحديث لا يصلح للاحتجاج به قال النووى:

«رواه مالك فى الموطأ قال: أخبرنى الثقة عن عمرو بن شعيب فذكره، ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء»^(٤).

(١) حاشية الدسوقي ٦٣/٣، المجموع ٣٣٤/٩، المغنى ١٦٠/٤.

(٢) ذكر فى نيل الأوطار أن الحديث رواه أحمد وأبو داود والنسائى، والصواب: أن النسائى لم يرو هذا الحديث وإنما رواه ابن ماجه.

(٣) سنن أبى داود ٢٨٣/٣، سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢، ٧٣٩، الموطأ ٦٠٩/٢، سنن البيهقي الكبرى ٣٤٤٢/٥.

(٤) لا يحتج بهذا الحديث لأن فيه من لم يسم، وقد اعتبر العلماء أن هذا النوع من أنواع المنقطع وقال ابن كثير فى الباعث: وأما رواية الثقة عن شيخ فهل يتضمن تعديله ذلك الشيخ أم لا؟ فيه ثلاثة أقوال: ثالثها: إن كان لا يروى إلا عن ثقة فتوثيق وإلا فلا، والصحيح أنه لا يكون توثيقاً حتى ولو كان ممن ينص على عدالة شيوخه، ولو قال حدثنى الثقة لا يكون ذلك توثيقاً له على الصحيح لأنه قد يكون ثقة عنده لا عند غيره... مقدمة ابن الصلاح ٥٦، الباعث الحثيث ١٣٦.

ورواه أبو داود في سننه عن القعنبي عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب وهذا أيضاً منقطع لا يحتاج به^(١).

ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرخامي عن حبيب بن أبي حبيب كاتب مالك^(٢) عن عبد الله بن عامر الأسلمي^(٣) عن عمرو بن شعيب، وحبيب بن أبي حبيب هذا وعبد الله بن عامر الأسلمي هذا ضعيفان باتفاق المحدثين.

وذكر البيهقي رواية مالك وهي قوله: بلغني عن عمرو بن شعيب، ثم قال البيهقي: هكذا روى مالك هذا الحديث في الموطأ فلم يسم راويه الذي رواه عنه، قال: ورواه حبيب بن أبي حبيب عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب، وقيل: إنما رواه مالك عن ابن لهيعة^(٤)، ثم رواه البيهقي بإسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن عمرو، ثم قال البيهقي: عاصم هذا فيه نظر^(٥)، وحبيب بن أبي حبيب هذا ضعيف وعبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتاج بهما، والأصل في هذا الحديث مرسل مالك^(٦).

٢ - في البيع بالعربون غرر ومخاطرة وأكل للمال بغير عوض، وكل هذا منهي عنه.

يقول الدسوقي «والظاهر منعه في جميع العقود لأنه من أكل أموال الناس بالباطل»^(٧).

ويقول ابن رشد «وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال

(١) القعنبي هو عبد الله بن مسلمة بن قعنب بصرى ثقة رجل صالح قرأ مالك عليه نصف الموطأ وقرأ هو على مالك النصف الباقي. معرفة الثقات ٦١/٢

(٢) ذكر في المجموع «عن حبيب بن أبي ثابت» والصواب ما ذكرناه من أنه «حبيب بن أبي حبيب» سنن ابن ماجه ٧٣٩/٢.

وهو: حبيب بن أبي حبيب كاتب مالك بن أنس، يروى عن مالك وربيعة، كان يورق بالمدينة على الشيوخ، ويروى عن الثقات الموضوعات كان يدخل عليهم ما ليس من أحاديثهم «المجروحين من المحدثين ٢٦٥/١

(٣) عبد الله بن عامر الأسلمي قال عنه أحمد بن حنبل: عبد الله بن عامر الأسلمي ضعيف وقال البخاري: عبد الله بن عامر يتكلمون في حفظه. ضعفاء العقيلي ٢٨٣/٢.

(٤) ابن لهيعة: عبد الله بن لهيعة الحضرمي قاضي مصر، اختلط في آخر عمره وكثر عنه المناكير في روايته، وقال ابن حبان: كان صالح ولكنه كان يدلّس عن الضعفاء، وقال العلاء في جامع التحصيل في أحكام المراسيل «لم يسمع ابن لهيعة من عمرو بن شعيب شيئاً وقد روى عنه الكثير». جامع التحصيل ٢/٥، طبقات المدلسين لابن حجر ٥٤.

(٥) عاصم بن عبد العزيز بن عاصم الأشجعي قال النسائي ليس بالقوى، وقال البخاري. فيه نظر، وذكره العقيلي في الضعفاء، تهذيب التهذيب ٤١/٥

(٦) سنن البيهقي الكبرى ٣٤٢/٥

(٧) حاشية الدسوقي ٦٣/٣.

بغير عوض»^(١).

ويقول النووي «ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر وأكل المال بالباطل»^(٢).

فيتحصل من هذه الأقوال أن هناك ثلاثة أمور تفسد البيع بالعربون :

الغرر والشرط الفاسد وأكل المال بغير عوض .

ومحل الغرر في البيع بالعربون هو في نتيجة العملية فهو يدفع إليه العربون على أنه إن تمت حسب من الثمن وإلا فقدته المشتري ومثل هذا يعد غرراً فلا يدرى أتمم العملية ويحسب العربون من الثمن أو لا تتم فيفقدته المشتري .

أما الشرط الفاسد فهو في قوله «إن تم البيع بيننا فهو من الثمن وإلا فهو هبة لك» .

ووجه فساد هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا من مصلحته ولا يتعلق به غرض لا يورث تنازاعاً فيكون فاسداً .

أما أكل المال بغير عوض فهو في حالة ما إذا عدل المشتري عن الشراء فيفقد ما دفعه فيكون البائع قد أكل مالا بغير عوض، ويقول ابن قدامه : «ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه إلى أجله لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حالة الشراء، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة .

٣ - البيع بالعربون بمنزلة الخيار المجهول، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما . ولا يصح هذا باتفاق^(٣) .

ثانياً : أدلة من قال بالجواز :

١ - ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم أنه «سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحلّه» .

ويناقش هذا : بأنه حديث مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف^(٤) .

٢ - ما روى عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضى عمر وإلا فله كذا وكذا، قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب إليه؟ قال أى شيء أقول هذا

(١) بداية المجتهد ١٢٢/٢ .

(٢) المجموع ٣٣٥/٩ .

(٣) المغنى ١٦٠/٤ .

(٤) نيل الأوطار ٢٣٥/٥ .

عمر - رضى الله عنه^(١).

وقد تأول ابن قدامة هذا الأثر بأنه يحتمل أن يكون الشرط قد وقع قبل البيع وذلك جمعاً بين فعل عمر - رضى الله عنه - وبين الخير وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد العربون. وعلى ذلك فالدليل لا يحتج به فى هذه الصورة.

الراجع:

بعد عرض الأقوال وأدلتها يتضح أن كلا منها يعوزه الدليل المأثور الصحيح، ولكن يقوى القول الأول: القياس وهو وجه قوى للترجيح. فيكون عدم الجواز مبنياً على أساس الغرر والشرط الفاسد وأكل المال بغير عوض.

الصورة الثانية: أن يكون الشرط سابقاً على العقد كأن يدفع إليه قبل البيع درهما ويقول له: لا تبع هذه السلعة لغيرى وإن لم أشتريها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك.

وقد صحح الشافعية هذه الصورة وجوزوها فقال «قال أصحابنا إن قال هذا الشرط فى نفس العقد فالبيع باطل وإن قاله قبله ولم يتلفظا به فى حالة العقد فهو بيع صحيح هذا مذهبنا»^(٢).

أما الحنابلة فجوزوا هذه الصورة فى شقها الأول أى إن اشترى المشتري السلعة أما إذا لم يشتريها فقال ابن قدامة «وإن لم يشتري السلعة فى هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن فى حال الشراء، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما فى الإجارة»^(٣).

وقال البهوتى «فإن دفع لبائع أو مؤجر قبل العقد درهما وقال: لا تعقد مع غيرى فإن لم أخذه فالدرهم لك ثم عقد معه واحتسب الدرهم من الثمن أو الأجرة صح لخلو العقد عن شرط وإلا رجع بالدرهم لأنه بغير عوض ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخيره لأجله...»^(٤).

وهذه الصورة وإن كانت صحيحة لخلو العقد بعدها من الغرر والشرط المفسد حيث يبرم العقد باتاً ونهائياً إلا أنه مازال فيها أكل مال الغير بغير عوض، وهو ما نبه إليه ابن قدامة حيث قال: «وإن

(١) المغنى ٤/ ١٦٠، والاحتجاج بهذا الخبر هو ما استند إليه الإمام أحمد فى جواز العربون، ومن أصول الإمام أحمد أن أقوال الصحابة وفتاويهم حجة عنده تلى حجة أحاديث الرسول ﷺ الصحيحة وتقدم على المرسل من الأحاديث والضعيف من الأخبار، إعلام الموقعين ١/ ٢٤.

(٢) المجموع ٩/ ٣٣٥.

(٣) المغنى ٤/ ١٦٠.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٦٥.

لم يشتتر السلعة فى هذه الصورة لم يستحق البائع شيئاً لأنه يأخذه بغير عوض».

ويبرر أحد المعاصرين جواز هذه الصورة فيقول يترجح لدينا قول الإمام أحمد رضى الله عنه لا باعتبار أنه يجيز ما منعه الجمهور وإنما لأنه شرط فى اتفاق سابق على عقد البيع التزم به طالب الشراء ويسببه يدخل البائع فى تعهدات والتزامات أخرى، ويكون حديث الجواز هنا سنداً ودليلاً إذا انتفى الغرر والمخاطرة المنهى عنها، ويكون حديث النفى سنداً ودليلاً فى حالة الغرر^(١).

ويرد على هذا رأى ما قلناه من قبل من أن العقد ينتفى عنه الغرر والمخاطرة لكن يبقى أكل البائع للمال بغير عوض إن عدل المشتري عن الشراء مانعاً من جواز هذه الصورة.

وقد ذهب الكثير من المعاصرين إلى جواز العربون معللين ذلك بجريان العرف التجارى عليه فيقول د. الزحيلي «وقد أصبحت طريق البيع بالعربون فى عصرنا الحاضر أساساً للارتباط فى التعامل التجارى الذى يتضمن التعهد بتعويض الغير عن التعطل والانتظار، وفى تقديرى أنه يصح ويحل بيع العربون وأخذه عملاً بالعرف لأن الأحاديث الواردة فى شأنه عند الفريقين لم تصح»^(٢) كما أجازته الكثير من الفتاوى الصادرة عن المؤتمرات الاقتصادية^(٣).

ومع ذلك إن اعتبرناه تعويضاً عن ضرر يقع على عاتق البائع فينبغى أن يقدر بقدره ولا يستحقه البائع بمجرد عدول المشتري عن الشراء، وأيضاً ينبغى أن يحفظ حق المشتري فى التعويض إن عدل البائع ولا يحفظ حق واحد بإهدار حق الآخر، فيقرر حق التعويض عن الأضرار التى تلحق أحد المتبايعين من جراء عدول أحدهما لما تقرر فى القواعد الفقهية من أن الضرر يزال.

(١) الاستثمار والرقابة الشرعية - د. عبد الحميد البعلى - ١١٧.

(٢) الفقه الإسلامى وأدلته - د. وهبة الزحيلي - ٤ / ٤٥٠.

(٣) فتوى رقم ٧ الصادرة عن المؤتمر الثانى للمصرف الإسلامى بالكويت ١٠٤٣ هـ ١٩٨٣ م.

المطلب الثالث

دفع العربون في عمليات المراجعة المصرفية

بعد عرض ما يتعلق بالعربون من أحكام، فقد ألقى هذا الخلاف بظلاله على التطبيقات المصرفية لبيع المراجعة. فهناك من أبطل المراجعة التي تجريها المصارف الإسلامية لأسباب متعددة ومنها التعامل بالعربون^(١).

ويرى المجمع الفقهي الإسلامي بجدة جواز التعامل بالعربون ولكن يستثنى من البيوع في كل ما يشترط لصحته قبض أحد البدلين في مجلس العقد (السلم) أو قبض البدلين (مبادلة الأموال الربوية والصرف)، ولا يجري في المراجعة للأمر بالشراء في مرحلة المواعدة ولكن في مرحلتى البيع التالية للمواعدة.

كما اشترط المجمع لجواز بيع العربون أن تقيد فترة الانتظار بزمان محدود ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء^(٢).

فهنا نجد أن قرار المجمع هو جواز التعامل بالعربون واستثناؤه للعقود التي يشترط فيها قبض أحد البدلين أو كليهما يستقيم مع طبيعة هذه العقود، أما استثناؤه للمراجعة للأمر بالشراء في مرحلة المواعدة فهذا لأنه يرى عدم الالتزام بالوعد فإذا دفع المشتري عربوناً فهذا يعنى إلزامه بالوعد وإلا ضاع عليه العربون.

وفي تطبيقات بيت التمويل الكويتي أجاب المستشار الشرعي لهم عن سؤال حول أخذ العربون ومصادرته وفي حال تخلف المشتري عن الشراء فقال:

«أخذ العربون من هذا العميل جائز شرعاً وإذا أخلف وعده جاز مصادرة العربون إذا اشترط ذلك في العقد»^(٣).

وفي فتوى أخرى يقول فيها: «ويجوز تقديم عربون من المشتري على أنه إن أتم الصفقة احتسب من الثمن وإن لم يعقد الصفقة ترك العربون للبائع فهذا جائز بشرط وجود البضاعة التي هي محل الصفقة والأولى للبائع ألا يتقاضى من العربون إلا بقدر ما لحقه من ضرر عدم الشراء طبقاً لتوصيات المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي»^(٤) ومن هنا تكون الفتوى الأولى قبل هذا المؤتمر.

(١) المصرفية الإسلامية - ٩٧ - يوسف كمال.

(٢) قرار رقم (٨٥/٣/٧٦) الدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي.

(٣) فتوى رقم ٥ لبيت المال الكويتي.

(٤) فتوى رقم ١٢٦ بيت التمويل الكويتي.

أما مؤتمر المصرف الإسلامي الذي عقد بالكويت عام ١٩٨٣ فقد رأى - كما ذكرنا - جواز العربون لكن لا يصادر منه إلا بمقدار ما لحق البائع من ضرر من جراء عدم إتمام الصفقة . وهو ما عملت به مجموعة دلة البركة^(١)، وما يظهر من مطالعة عقود الوعد بالشراء الصادرة عن المصارف الإسلامية .

يخلص لنا مما تقدم أن هناك أربعة آراء في دفع العربون في عمليات المراجعة المصرفية :
الأول : الحرمة موافقة لرأى الجمهور في بيع العربون .

الثاني : الجواز في المرحلة التالية لمرحلة المواعدة، وهي مرحلة البيع النهائي وحجة هذا الرأي في عدم الجواز لا ترجع إلى أنهم لا يجيزون بيع العربون بل لأنهم لا يرون الالتزام بالوعد .

الثالث : الجواز مطلقاً مع مصادرة جميع العربون إن عدل المشتري عن الشراء . موافقة لرأى الإمام أحمد وما روى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وابن سيرين .

الرابع : الجواز لكن لا يؤخذ منه عند عدول المشتري عن الشراء إلا بمقدار ما لحق البائع من ضرر، وذلك تخلصاً من أوجه الفساد التي ذكرها الجمهور في بيع العربون حيث يكون شرط العربون في المرحلة السابقة على عقد البيع فينتفى عنه بذلك الغرر والشرط الفاسد، ويؤخذ منه بمقدار الضرر الفعلي الذي لحق البائع فينتفى عنه أكل المال بلا عوض^(٢) .

وهذا الرأي الأخير هو الأولي بالقبول وقد نصت العقود النمطية للوعد بالشراء على هذا الرأي فتقول « اتفق الطرفان على أنه في حالة وفاء الطرف الأول بالتزاماته المنصوص عليها في هذا العقد وامتناع الطرف الثاني عن إبرام عقد البيع بالمراجحة واستلام البضاعة أو المستندات الخاصة بها لا يحق للطرف الثاني استرداد عربون دفعة ضمان الجدية المشار إليها في البند السادس من هذا العقد ويحق للطرف الأول الاحتفاظ بهذا العربون وبيع هذه البضاعة بالسعر الذي يراه لحساب الطرف الثاني وقبض الثمن استيفاء لحق الطرف الأول، وإذا لم يف ثمن البيع بحقوق الطرف الأول يكون العربون المدفوع مكماً لهذا الثمن وإذا لم يف كان للبنك الحق في الرجوع على الطرف الثاني لاستيفاء باقي حقه بكافة الوسائل دون اعتراض من الطرف الثاني بذلك . ويجب إضافة فقرة تنص على أنه « وفي حالة وفاء ثمن البيع بحقوق الطرف الأول يسترد المشتري ما دفعه من عربون ... » كما يجب أن يحفظ حق المشتري في أمرين :

أحدهما : تعويضه عما إذا عدل البائع عن إتمام الصفقة .

الثاني : إذا استثمر المصرف مبلغ العربون فيجب أن يأخذ المشتري الأرباح الناتجة عن هذا الاستثمار لأن المبلغ ملكه .

(١) فتوى رقم ٦ المستشار الشرعي لمجموعة دلة البركة .

(٢) سبق عرض أدلة هذه الأقول ومناقشتها . في المطلب الثاني من هذا الموضوع .

المبحث الثالث

شراء المصرف للسلعة

بعد أن تنتهى الإجراءات فى مرحلة المواعدة تبدأ المرحلة التالية، وهى قيام المصرف بإجراءات شراء السلعة المطلوبة حتى يتمكن من بيعها مربحة للعميل، ولا يجوز للمصرف أن يبرم عقد بيع لهذه السلعة المأمور بشرائها، إلا بعد أن يملكها، ولذلك تنطبق على هذه المرحلة جميع أركان وشروط عقد البيع:

ويقوم المصرف فى هذه المرحلة بما يلى:

١ - الاتصال بالموردين بائعى السلعة المطلوبة.

٢ - التعاقد على شراء السلعة.

٣ - ضمان المصرف للسلعة حتى بيعها للعميل.

ونتناول هذه الأمور بمزيد من التفصيل مع توضيح ما يتعلق بها من أحكام شرعية، وذلك فى فروع ثلاثة.

الفرع الأول

الاتصال بالموردين

يقوم المصرف بالاتصال بالموردين بعدة طرق أهمها:

١ - إذا كان المورد محدداً في طلب الشراء المقدم من العميل، فإن المصرف تكون لديه بيانات عنه وعن البضاعة وأسعارها من واقع الفاتورة المبدئية، وشروط التسليم والدفع، وبذلك فإنه يبدأ في الاتصال به واتخاذ إجراءات الشراء بالطرق المعتادة، وهذا لا يمنع لدى بعض البنوك من أن يحصل المصرف على عروض من موردين آخرين.

٢ - إذا لم يكن المورد محدداً في طلب الشراء فإن المصرف يتولى بواسطة الإدارة المعنية لديه الاتصال بالموردين والحصول على عروضهم ثم يبدأ في الشراء.

٣ - أن يكون هناك اتفاق مسبق بين المصرف وبعض الموردين على تصريف سلعهم من خلال عمليات المراجعة في المصرف، وبذلك فإن العميل حينما يذهب للمورد للشراء يرسله إلى المصرف فيقدم طلب شراء وبعد دراسته وإبرام عقد الوعد يصدر أمر توريد للمورد ويشتري منه البضاعة، ثم يوكل المصرف المورد في عملية البيع مربحة للعميل.

٤ - توكيل المصرف للعميل في الاتصال بالموردين والتعاقد معهم وبيعها لنفسه كأن يطلب شخص من المصرف شراء سلعة معينة لبيعها له مربحة فيتفق معه المصرف على توكيله في عملية الشراء ثم توكيله ثانية في بيعها لنفسه مربحة.

وقد تتجاوز بعض المصارف الأحكام الشرعية فتعطي للعميل شيكاً بالمبلغ لشراء السلعة بنفسه وأخذها مربحة.

والطرق الثلاثة الأولى لا غبار عليها شرعاً أما الطريق الرابع وهو توكيل العميل في الشراء والبيع لنفسه فغير مشروع لما فيه من شبهة الربا، حيث تظهر العملية كأنها قرض بفائدة وهذا حرام.

وقد ذهب جمهور الفقهاء على عدم جواز بيع الموكل بالشراء لنفسه، وذلك لتهمة المحاباة^(١) والتهمة هنا أظهر وأشد، إذ يعد تحايلاً على الربا، فقد لا تكون هناك سلعة، وإنما تتم العملية

(١) يراجع في ذلك: بدائع الصنائع ١٣٥/٥.

بداية المجتهد ٢/٢٢٧.

تكملة المجموع ١٤/١٢٢.

المغنى ٦٨/٥.

صوريا لحصول العميل على مبلغ الصفقة حالاً ورده آجلاً بزيادة، وتذكر السلعة بينه وبين المصرف لتغطية العملية.

ويلاحظ أنه في حالة السلع المستوردة بقيود، حيث يزاول المصرف نشاطاته في دولة يخضع الاستيراد فيها لقوانين وقرارات تحدد بموجبها لمن يريد أن يستورد في تلك الدولة حصة معينة للاستيراد، وتصدر له رخصة بذلك، وبما أن رخصة الاستيراد تكون باسم المستورد ولتحقيق شروط بيع المراجعة، ومنها أن تكون السلعة في ملك المصرف أو لا حتى يمكنه من بيعها مربحة وحلاً لذلك يتم في هذه الحالة تطبيق بيع المراجعة بإحدى طريقتين:

الأولى: أن يقوم العميل بالتنازل عن رخصة الاستيراد للمصرف حتى يمكنه شراء السلعة باسمه ثم يبيعها مربحة.

الثانية: أن تستخدم الموافقات أو رخص الاستيراد الممنوحة للعملاء لاتمام عملية الاستيراد وترد مستندات الشحن باسم المصرف ويتم تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية باسم العميل وإبرام عقد البيع مربحة معه، وبذلك تدخل البضاعة إلى الدولة باسم العميل، وهذا ما يحدث في بنك فيصل الإسلامي المصري، حيث إن قوانين الدولة تحظر على غير المصريين الاستيراد، ويعتبر بنك فيصل في مصر عن المصارف المشتركة نظراً لوجود مساهمين أجانب فيه^(١).

(١) د. محمد عبد الحليم عمر - مرجع سابق.

الفرع الثاني

التعاقد على شراء السلعة

إن قيام المصرف بشراء السلعة ينطبق عليه جميع أحكام عقد البيع من وجوب توافر أركان العقد وشروطه، وأى تخلف لركن أو شرط يجعل العقد باطلاً أو فاسداً، وبذلك تنتفى أحد شروط صحة بيع المربحة وهو كون العقد الأول صحيحاً.

ونناقش فى هذا الفرع أهم صيغ التعاقد المستخدمة فى بيع المربحة للآمر بالشراء.

ثم شروط التعاقد، وأخيراً ضمان المخاطر التى تتعرض لها السلعة خلال مرحلة الشراء الأول.

المطلب الأول

صيغ التعاقد فى المراجعة للآمر بالشراء

يتم التعاقد مع المورد بأحد الصيغ الآتية، وذلك حسب نوع السلعة ومكان شرائها:

- ١ - إصدار أمر توريد ثم ورود الفاتورة من المورد، وهذا الأسلوب يتم فى الشراء المحلى.
- ٢ - فتح الاعتماد المستندى، وورود مستندات الشحن التى يتسلمها الشاحن وكلياً عن المصرف، ويتم هذا فى المشتريات الخارجية.
- ٣ - إبرام عقد شراء بين المصرف والمورد، وهذه الصورة واضحة بخلاف الصورتين الأوليين فتحتاجان إلى شىء من التوضيح.

أولاً: إصدار أمر التوريد من المصرف:

وهذا يعد بمثابة الإيجاب الذى هو أحد عنصرى الصيغة، وورود الفاتورة من المورد بمثابة القبول، ويلزم أن يوافق القبول الإيجاب فى جميع العناصر من حيث صفة المبيع وقدر الثمن وغير ذلك.

ويشير هذا الأسلوب مسألتين:

الأولى: البيع بلفظ الاستدعاء «صيغة الأمر»، كأن يقول المشتري «بعتنى كذا».

الثانية: التعاقد بالمراسلة.

المسألة الأولى: البيع بلفظ الاستدعاء:

ذهب الحنفية إلى أن العقد لا ينعقد بصيغة الاستقبال، وهى صيغة الأمر ما لم يقل المشتري بعد ذلك اشتريت.

يقول الكاسانى: «وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهى صيغة الأمر بأن يقول المشتري للبائع: بع عبدك هذا منى بكذا، فيقول البائع: بعت، قال أصحابنا - رحمهم الله - لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت، وكذا إذا قال البائع للمشتري اشتر منى الشئ بكذا، فقال: اشتريت، لا ينعقد ما لم يقل البائع: بعت»^(١).

وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى انعقاد البيع به.

(١) بدائع الصنائع ١٣٣/٥.

قال الدردير في الشرح الكبير «وإن حصل الرضا بقول المشتري للبائع بعنى ونحوه بصيغة الأمر ابتداء فيقول له البائع بعث ونحوه، وإذا انعقد فيما إذا كان القبول بصيغة الأمر متقدمة على الإيجاب فأولى إذا كان الإيجاب بصيغة الأمر وهو مقدم بأن يقول البائع اشتر السلعة منى أو خذها بكذا ونحوه» (١).

وقال المحلى فى شرح المنهاج: «ولو قال: بعنى، فقال بعثك انعقد البيع فى الأظهر لدلالة بعنى على الرضا، والثانى: لا ينعقد لاحتمال يعنى لاستبانة الرغبة، ولو قال: اشتر منى فقال اشتريت فكما لو قال بعنى فقال بعثك» (٢).

وقال ابن قدامة: «وإن تقدم بلفظ الطلب فقال: بعنى، فقال بعثك صح، وعنه لا يصح» (٣).

ووجه قول الحنفية: أن قوله: «بع أو اشتر»، طلب الإيجاب والقبول، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً فلم يوجد إلا أحد الشطرين فلا يتم الركن.

ووجه قول الجمهور: أن هذه الصيغة تصلح شطر العقد فى الجملة، وهى تصلح فى عقد النكاح، فأولى أن تصلح فى عقد البيع لأن الركن فى كل واحد منهما هو الإيجاب والقبول، ولأن أساس العقد هو التراضى ولفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما له عرفاً.

والراجع ما ذهب إليه الجمهور من أن العقد ينعقد بكل ما يدل على مقصوده فإذا تبين من صيغة الأمر أنها إيجاب وليس طلباً فإنه ينعقد بها العقد.

المسألة الثانية: التعاقد بالمراسلة.

فى معظم الأحوال لا يقوم قسم المراجعة بالمصرف بالذهاب إلى أماكن وجود السلعة للتعاقد مع البائعين، بل يتم ذلك عن طريق المكاتبات أو إرسال فاكسات.

وقد أجاز الفقهاء التعاقد بهذه الطريقة لأنها تؤدى نفس الغرض الذى تؤدى إليه الصيغة القولية المباشرة يقول الكاسانى «لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه. وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر فى المجلس» (٤).

(١) الشرح الكبير ٣/٣.

(٢) شرح المحلى على المنهاج ١٥٣/٢.

(٣) الكافى ٣/٢.

(٤) بدائع الصنائع ١٣٨/٥.

ويقول الإمام النووي «والثاني وهو الأصح أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبه لحصول التراضي لاسيما، وقد قدمنا أن الراجح اعتقاده بالمعاطاة» (١).

ويقول ابن قدامة: «ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه» (٢).

ثانياً: فتح الاعتماد المستندي للمرابيعات الخارجية:

الاعتماد المستندي هو: تعهد صادر من مصرف بناء على طلب العميل لصالح الغير يلتزم المصرف بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، بشروط معينة واردة في هذا التعهد، ومضمون برهن حيازي على المستندات المثلة للبضائع المصدرة» (٣).

فإذا أراد تاجر أن يستورد سلعاً من الخارج فإنه يدفع ثمنها في المصرف على أن يقوم المصرف عن طريق مراسليه في الخارج بتحويل هذا المبلغ إلى بلد المصدر بعد الاستيثاق من المستندات والكمبيالات المسحوبة على هذا المستورد، ويتقاضى المصرف في مقابل ذلك عموله وأجراً.

لكن في حالة المراجعة المصرفية لا يفتح المصرف اعتماداً لأحد فهو نفسه المستورد الذي يشتري السلعة، وفي هذه الحالة تجتمع في المصرف ثلاث صفات من خلال نظام الاعتمادات المستندية في التجارة الدولية والتعامل بأسلوب البيع بالمراجعة للآمر بالشراء، وهذه الصفات هي:

١ - فاتح الاعتماد المستندي.

٢ - المشتري للبضاعة والمالك لها.

٣ - البائع للبضاعة للآمر بالشراء.

فالمصرف هنا يرسل إلى المورد الأجنبي للسلعة عن طريق فرعه أو مراسله الأجنبي خطاباً يخطر فيه بفتح الاعتماد وقيمتة ومدته وشروطه، ويقوم الفرع أو المراسل من مراجعة الوثائق والمستندات ويتم البيع، وهذه صورة جائزة شرعاً إذا استكملت العملية باقي عناصر المشروعية.

(١) المجموع ١٦٧/٩.

(٢) المغنى ٥/٤.

(٣) موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة (٢٩٢) د. عبد الله العبادي.

المطلب الثاني

شروط المعقود عليه لبيعه مرابحة

يلزم أن تتوافر في السلعة المعقود عليها لبيعها مرابحة جميع شروط المعقود عليه التي نص عليها الفقهاء، وكثير من هذه الشروط يلتزم بها المصرف، إلا أن الخلل قد يقع في بعض الشروط، وهي كما يلي:

١ - صلاحية المعقود عليه للبيع مرابحة.

٢ - تحقق شرط ملكية المصرف للسلعة قبل بيعها مرابحة.

٣ - استلام السلعة وقبضها.

وذلك في ذلك ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: صلاحية المعقود عليه للبيع مرابحة:

عرف الفقهاء البيع بما يفيد أنه ينصرف إلى ما يملك أو يكون قابلاً لذلك، فعرفه الحنفية بأنه «مبادلة شيء مرغوب فيه بمثل على وجه مفيد مخصوص»^(١).

وعرفه المالكية بأنه «عقد معاوضة على غير منافع ولا منعة لذة»^(٢).

وعند الشافعية «عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأييد لا على وجه القرية»^(٣)، وعند الحنابلة «مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً»^(٤).

يتضح من ذلك أن عقد البيع ينصب على ما يجوز تملكه ملكاً مؤبداً، فخرج بذلك ما لا يملك أو يملك لكن لا على سبيل التأييد كالإجارة مثلاً.

ومن هنا فإن المصرف لا يدخل في عملية المrabحة، إلا إذا كانت على سلعة تصلح للبيع فلا يجوز له الدخول في عملية تدون على أنها مرابحة، وفي حقيقة الأمر تمويل بالربا.

ومن أمثلة ذلك:

- أن يذهب صاحب سيارة للمصرف ويقول: أريد أن أعمل عمرة في السيارة، وليس معي

(١) شرح الدر المختار ٢/١٩٠.

(٢) الشرح الكبير ٢/٢.

(٣) حاشية قليوبي ٢/١٥١.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٣.

التكلفة وأريدك أن تمولها لى على أسدك على عام واحسب الزيادة التى تريدها، فهذه الصورة لا يشتري المصرف سلعة ليعيد بيعها مرابحة، بل يغطى تكلفة وأجرة الميكانيكى، وأجور العمال ليست محلاً للمرابحة، وإنما هى ديون على رب العمل، فإذا دفعها المصرف فكأنه أعطاه قرضاً فإذا أخذ زيادة كانت ربا، ومثل ذلك يقال على كل ما ليس بسلعة.

— أن يتعاقد العميل مع المصرف على شراء سلعة بالمرابحة ويتفقان على أن مكان التسليم هو ميناء الوصول، ويستلم العميل السلعة المطلوبة، ثم يتعذر على العميل بعد ذلك دفع الجمارك المستحقة على بضاعته فيلجأ للمصرف لكى يدفعها له على أن يسددها العميل على أقساط وزيادة على المبلغ المدفوع، فهذا ربا صريح لا ربحاً.

* أما إذا قام المصرف بشراء السلعة ونقلها وخلص جماركها فإنه يضيف ذلك كله إلى الثمن ويحسب له ربحاً ويجب على المصرف ألا يدخل في مرابحة إلا على سلع لا تباع بجنسها، وهذا من الشروط التى أجمع عليها الفقهاء لأنه إن اشترى مثلاً ذهباً أو فضة فباعه بجنسه إلى أجل مع زيادة فإن الزيادة تكون ربا لا ربحاً.

المسألة الثانية: تملك المصرف للسلعة قبل بيعها مرابحة:

اشترط الفقهاء لصحة البيع أن يكون المبيع مملوكاً لبائعه ملكية تامة، فلا يجوز للبائع أن يبيع ما لا يملك لا مرابحة ولا مساومة.

وهذا الشرط مأخوذ مما ورد فى السنة المطهرة من أحاديث تفيد النهى عن بيع الإنسان ما لا يملكه.

روى الترمذى عن حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى، أبتاع له من السوق ثم أبيعه، قال: لا تبع ما ليس عندك^(١)، يقول ابن القيم: «فإنه إذا باعه شيئاً معيناً وليس فى ملكه ثم مضى ليشتريه ويسلمه له كان متردداً بين الحصول وعدمه فكان غرراً يشبه القمار فنهى عنه».

ويقول: «وبيع ما ليس عنده من قسم القمار والميسر لأنه قصد أن يربح على هذا لما باعه ما ليس عنده، والمشتري لا يعلم أنه يبيعه ثم يشتري من غيره، وأكثر الناس لو علموا ذلك لم يشتروا منه بل يذهبون ويشترون من حيث اشتري هو، وليست هذه المخاطرة التجارية، بل مخاطرة المستعجل بالبيع قبل القدرة على التسليم»^(٢).

ويقول الشوكانى: «وظاهر النهى تحريم ما لم يكن فى ملك الإنسان، ولا داخلاً تحت مقدرته،

(١) الحديث رواه أيضاً أحمد وأصحاب السنن وابن حبان فى صحيحه، تلخيص الحبير ٥/٣.

(٢) زاد المعاد فى هدى خير العباد - ابن القيم - ٢٦٢/٤.

وقد استثنى من ذلك السلم^(١).

وروى الترمذى وأبو داود وغيرهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع، ولا ربح مالم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(٢)، وروى النسائى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ ليس على الرجل بيع فيما لا يملك^(٣).

ويقول الكاسانى فى الشروط التى ترجع إلى المعقود عليه: «ومنها: وهو شرط انعقاد للبائع، أن يكون مملوكاً للبائع عند البيع فإن لم يكن لا ينعقد، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصة»^(٤).

ويقول النووى: «أن يكون مملوكاً لمن يقع العقد له فإن باشر العقد لنفسه فشرطه كونه مالكاً للعين وإن باشره لغيره بولاية أو وكالة فشرطه أن يكون لذلك الغير»^(٥).

ويقول الباجى فى شرح ما رواه مالك عن سعيد بن المسيب أن رجلاً سأله فقال: إني رجل أبيع بالدين، فقال: سعيد: لا تبع إلا ما أويت إلى رحلك»، ومعنى ذلك أن هذا الرجل قد أقر أنه ممن يداين الناس ويبيع منهم بالدين فنهاه أن يبيع منهم مالم يملكه بعد...»^(٦)، ويقول البهوتى: «الشرط الرابع: أن يكون المبيع مملوكاً له أى البائع ومثله الثمن ملكاً تاماً»^(٧).

وبناء على ما تقدم فإنه يجب أن يقوم المصرف بشراء البضاعة لحساب نفسه وتكون المستندات باسمه هو وأن يسبق ذلك مرحلة البيع للعميل مرابحة، أما إذا باع المصرف للعميل قبل تملك السلعة فإن العقد يكون فاسداً ولا يجوز بيعها مرابحة لأن من شروط بيع المرابحة أن يكون العقد الأول صحيحاً.

ونقل الملكية من البائع إلى المصرف إنما يكون بانعقاد العقد، وهذا هو الأصل أما إذا كان القانون يحتم إجراءات معينة لنقل ملكية مبيع، وذلك كالتسجيل فى الشهر العقارى لشراء العقارات، أو التسجيل لشراء السيارات، فقد رأى البعض من المعاصرين أنه لابد من التسجيل واتباع كافة الخطوات التى ألزم بها القانون وتوجيه ذلك عندهم: أن من حق ولى الأمر أن يقيد

(١) نيل الأوطار ٢٣٥/٥.

(٢) الحديث رواه الترمذى، وقال حسن صحيح ورواه ابن ماجه والنسائى وأحمد، نيل الأوطار ٢٣٤/٥، سنن الترمذى ٣٣٥/٣، المسند ٢٠٥/٢.

(٣) سنن النسائى ٣٩/٤.

(٤) بدائع الصنائع ١٤٧/٥.

(٥) المجموع ٢٥٩/٩.

(٦) المنتقى.

(٧) شرح منتهى الإرادات ١٤٣/٢.

بعض المعاملات بقيود ليس فيها حرمة شرعية حرصاً على مصلحة المتعاملين، حيث يحتج بالتسجيل أمام الغير، فضلاً عن المتعاقدين وحتى لا يجحد العقد بعد إبرامه لسبب أو لآخر.

بينما يرى آخرون أن نقل الملكية إنما يترتب على مجرد انعقاد العقد صحيحاً مستكماً لأركانه وشرائطه المعتبرة دون حاجة إلى أى إجراء آخر، وذلك من باب التيسير على الناس، وتبسيطاً للإجراءات وتخفيضاً لتكاليف السلعة خاصة فى البلاد التى يتطلب فيها التسجيل إجراءات مطولة وتكاليف كبيرة.

وإذا كان هذا رأى له وجهته، إلا أنه قد يرد اعتراض على هذا رأى من أنه لو اكتفى فى المبيعات التى تحتاج إلى إجراء شكلى بمجرد العقد الابتدائى فإن العميل سوف تنتقل ملكية المبيع إليه من البائع الأول وليس من المصرف، حيث إن القانون لا يعتد بملكية المصرف غير المسجلة، ويتعذر على العميل الرجوع على المصرف إن كان ثمت ما يوجب ذلك ويقتضيه ولا يجوز له الرجوع على البائع الأول لأنه إنما اشترى من المصرف وليس من البائع الأول.

لهذا أرى أنه يلتزم أن يقوم المصرف باتباع كافة ما يلزم لنقل الملكية من إجراءات وقواعد سنتها القوانين واللوائح الخاصة.

المسألة الثالثة : استلام السلعة وقبضها :

قبض السلعة أثر من آثار العقد الصحيح، وهو شرط لازم لانتقال ضمان السلعة من البائع إلى المشتري، فضلاً عن أن المشتري لا يملك التصرف فى السلعة إلا بعد قبضها - على ما سيتبين، ونعرض فى هذه المسألة أولاً: لما يحصل به القبض ثم ما يحدث فى تطبيقات المصارف، وأخيراً: حكم بيع الشيء قبل قبضه.

أولاً: ما يحصل به القبض !

يرى الحنفية أن القبض فى جميع المبيعات إنما يكون بالتخلى، والتخلى هو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، وكذا تسليم الثمن إلى البائع.

ووجه رأى الحنفية: أن التسليم فى اللغة: عبارة عن جعل الشيء سالماً خالصاً، يقال سلم فلان لفلان أى خلص له، وقال الله تعالى: «ورجلاً مسلماً لرجل»، أى سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري أى خالصاً له بحيث لا ينازعه فيه أحد، وهذا يحصل بالتخلى، فكانت التولية تسليمياً من البائع والتخلى قبضاً من المشتري.

ومع اتفاق الحنفية على أن القبض يحصل بالتخلى، إلا أنهم اختلفوا: هل هى قبض تام أم لا؟ حيث إنهم يفرقون بين القبض الذى ينقل ضمان المبيع من البائع إلى المشتري، فهذا يحصل

بالتخلية أما تصرف المشتري فى المبيع فيلزم له القبض التام، وفى ذلك تفصيل :

إذا كان المبيع مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة^(١)، فالتخلية فيها قبض تام فيخرج المبيع بمجرد التخلية عن ضمان البائع ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد .

أما إذا كان من المعدودات المتقاربة فيفرق بين بيعه جزافاً، حيث يحصل القبض بمجرد التخلية وبين بيعه عدداً، حيث يشترط العد مع التخلية عند أبى حنيفة أما أبو يوسف فلا يشترط ذلك، وإذا كان المبيع من المثليات فيفرق بين بيعه مجازفة فيحصل القبض بمجرد التخلية أو يباع مكايلة أو موازنة، التخلية غير كافية للتصرف فى المبيع، وإن كان ينتقل بها الضمان، بل لابد من كيل المشتري أو وزنه له^(٢).

ويرى المالكية أن القبض فى العقارات بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكينه من التصرف فيه، وفى غير العقارات من العروض والأنعام على حسب ما يجرى العرف فيه بين الناس، وإذا كان المبيع مما يكال أو يوزن أو يذرع أو يعد، فتمام القبض لا يكون إلا بكيله أو وزنه أو زرعه أو عده^(٣).

ويرى الشافعية أن الرجوع فى القبض إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام :

أحدها : العقار والثمر على الشجر فقبضه بالتخلية .

الثانى : ما ينقل فى العادة فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به .

الثالث : ما يتناول باليد كالدرهم والدنانير ونحوهما فقبضه بالتناول^(٤).

ويرى الحنابلة : أن قبض كل شئ بحسبه، فالمكيل المبيع مكايلة قبضه كيله، والمبيع جزافاً فقبضه نقله، وقبض ما يتناول باليد فقبضه بالتناول، وسائر ما ينقل قبضه نقله، وما لا ينقل قبضه التخلية بين المشتري وبينه لا حائل دونه^(٥).

ووجه الرجوع إلى العرف عند المالكية والشافعية والحنابلة أن القبض مطلق فى الشرع وليس فيه حد معين فيجب الرجوع فيه إلى العرف، وهو ما أميل إليه وأرجحه .

(١) المقصود بالمذروعات، أى ما يباع ذرعاً وهو من وحدات مقاييس الأطوال، ويستخدم فى العادة إما فى الأثواب أو فى الأراضى، والمعدودات، أى ما يباع بالعدد «أبيعك عشرون كذا»، والمعدودات قد تفاوت وحداتها وقد تتقارب .

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٢٤٤ .

(٣) الشرح الكبير ٣ / ١٤٤ ، ١٤٥ .

(٤) المجموع ٩ / ٢٧٦ .

(٥) الكافي ٢ / ٢٢ .

ولذلك قد تختلف الأعراف التجارية من بلد إلى بلد ومن زمان إلى زمان فلا حرج من الرجوع إلى أعراف كل بلد وكل عصر.

ثانياً: ما تقوم به المصارف في شأن استلام السلعة وقبضها:

ونعرض لأمرين:

أحدهما: من يقوم باستلام السلعة من المورد.

الثاني: كيفية قبض المصرف للسلعة.

الأول: من يقوم باستلام السلعة من المورد.

الوضع الطبيعي أن يقوم المصرف باستلام السلعة من المورد ليقوم ببيعها مربحة، ولكن قد يحدث في بعض المصارف أن الذى يتسلم البضاعة من المورد هو المشتري مربحة، وليس المصرف مع أن المصرف في هذه المرحلة هو المشتري، ولما تأت بعد مرحلة البيع النهائي، وفي بعض المصارف قد يحضر مندوب المصرف أو يحضر مندوب المصرف مع مندوب العميل.

والصورة الأولى: وهى استلام العميل للبضاعة من المورد قبل استلام المصرف لها خطأ شرعى، فعقد البيع بين المصرف والعميل لم ينعقد بعد، ولا يجوز أن يعقد إلا بعد استلام المصرف لها، حسب المكان المحدد للتسليم.

الثاني: كيفية قبض المصرف للسلعة.

ما يحدث في الواقع التطبيقي في المصارف الإسلامية هو الآتى:

أ - بالنسبة للمشتريات الخارجية يكون الشاحن وكيلاً عن المصرف، ولذلك يقوم هو بقبض السلعة من موردها ويسلمها إلى المشتري مربحة (العميل).

ب - بالنسبة للعقارات فإنه يخلو بين المصرف والعقار أى تحدث التخلية.

ج - بالنسبة للمنقولات فإنه في الغالب نظراً لعدم وجود قدرة تخزينية كافية لدى المصارف، فتظل السلعة في مخازن المورد حتى يبيعها المصرف مربحة.

والراجع لدى جمهور الفقهاء أن قبض المنقولات إنما يكون بالنقل، فإذا كانت سلعة المربحة سيارة أو أى أجهزة كهربائية، فيلزم أن ينقلها المصرف إلى مخازنه أو على الأقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به.

وإذا حضر مندوب المصرف مع العميل فيلزم أن يستلم السلعة أولاً مندوب المصرف ثم يسلمها بعد ذلك للعميل.

ثالثاً: بيع المبيع قبل قبضه :

كما ذكرنا قد تقوم بعض المصارف بإتمام عقد البيع مع العميل قبل أن تستلم السلعة بل ربما لا تعرف شيئاً عن السلعة، فبمجرد إرسال المستندات الدالة على نقل الملكية يقوم المصرف بالتعاقد مع العميل مرابحة، بل وفي معظم الأحوال يبرم عقد البيع مع العميل قبل أن يبتاعها المصرف، وهو ما تعرضنا له من قبل من وجوب تملك المصرف للسلعة قبل بيعها مرابحة.

أما مسألتنا فهي متعلقة بالتعاقد مع العميل مرابحة بعد ورود المستندات الدالة على نقل الملكية، وهى ما تسمى ببيع الشيء قبل قبضه، ويجب أن نعلم أن طريقه بعض المصارف فى بيع السلعة بمجرد ورود المستندات لا تتفق مع أى من آراء العلماء فى حقيقة القبض، أما أشهر أقوال العلماء فى بيع المبيع قبل قبضه فأربعة (١) :

أحدها: لا يجوز بيع أى مبيع قبل قبضه عقاراً كان أو منقولاً طعاماً أو غير طعام.

وهذا رأى الشافعية والزيدية والظاهرية ومحمد بن الحسن من الحنفية ورواية عن أحمد.

الثانى: يجوز بيع العقار قبل القبض ولا يجوز بيع المنقول قبل قبضه، وهو رأى أبى حنيفة وأبى يوسف (٢).

الثالث: يجوز بيع ما عدا الطعام قبل القبض وهو مشهور مذهب مالك.

الرابع: يجوز بيع ما عدا الطعام قبل القبض إن بيع كيلاً أو وزناً أو عدداً، وهو مذهب الحنابلة.

أدلة القول الأول :

١ - استدل أصحاب القول الأول بالأحاديث الدالة على منع بيع أى شىء قبل قبضه، وهذه

الأحاديث منها ما هو عام فى جميع المبيعات ومنها ما خص الطعام، منها :

- ما رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن ابن عمر أنهم كانوا يشترون الطعام من الركبان على عهد

النبي ﷺ فيبعث عليهم من يمنعهم أن يبيعه حيث اشتروه حتى ينقلوه حيث يباع الطعام.

- ولفظ مسلم: « كنا فى زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من

المكان الذى ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه » (٣).

(١) توجد أقوال أخرى فى هذه المسألة ولكنها غير مشهورة فى مذاهبها أو أنه لا دليل عليها وهى :

أ - ما نقل عن عثمان البتى بجواز بيع كل شىء قبل قبضه وهو رأى شاذ لا دليل عليه.

ب - لا يجوز بيع الطعام قبل القبض إذا كان ربوياً فقط، أما إذا كان الطعام غير ربوياً فلا، وهو قول عند المالكية.

(٢) يراجع المجموع ٩/ ٢٦٤، نيل الأوطار ٥/ ٢٣٨، شرح فتح القدير ٥/ ٢٦٤، الكافي ٢/ ٢١، الذخيرة

١٣٣/ ٥، المحلى ٨/ ٥١٨.

(٣) فتح البارى ٤/ ٤٠٩، صحيح مسلم ٣/ ١١٦٠.

- وروى البخارى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أما الذى نهى عنه النبى ﷺ فهو الطعام أن يباع، حتى يقبض، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شىء إلا مثله^(١).

- وروى الترمذى وغيره عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لمن يضمن ولا بيع ما ليس عندك»، قال الترمذى، وهذا حديث حسن صحيح^(٢).

وربح ما لم يضمن إنما يكون فى بيع الشىء قبل قبضه، حيث يربح منه مشتره ولم يدخل فى ضمانه بعد.

- وروى الإمام أحمد عن حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله إني اشتري ببوعاً فما يحل لى منها وما يحرم على؟ قال: إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه^(٣).

- وروى أبو داود والدارقطنى عن زيد بن ثابت أن النبى ﷺ نهى أن تباع السلع، حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم^(٤).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

بأن النهى ورد فى كثير من الأحاديث عاماً لا يفرق بين طعام وغيره، وذلك فى حديث ابن عباس وحكيم وزيد بن ثابت، والأحاديث الواردة فى تخصيص الطعام لا تقدم على الأحاديث العامة حيث لا تعارض فإن ذكر بعض أنواع العموم لا يخصه فإن من شرط انحصار أن يكون منافياً، والجزء لا ينافى الكل، وقد يكون له فائدة كالاهتمام بأمره، أو أنه إذا منع فى الطعام مع شدة الحاجة إليه فغيره أولى بالمنع^(٥).

واعترض على ذلك من وجهين:

الأول: أن خبر حكيم بن حزام والذى يفيد العموم خبر مضطرب^(٦) فلا يصلح للاحتجاج،

(١) فتح البارى ٤/ ٤٠٩، صحيح مسلم ٣/ ١١٦٠.

(٢) سنن الترمذى ٣/ ٥٣٥.

(٣) حديث حكيم أخرجه الطبرانى فى الكبير وفى إسناده العلاء بن خالد وثقه ابن حبان وضعفه موسى بن إسماعيل نيل الأوطار ٥/ ٢٣٨، معجم الطبرانى الكبير ٣/ ١٩٦، سنن البيهقى ٥/ ٣١٣.

(٤) حديث زيد أخرجه الحاكم وصححه وابن حبان وصححه وإن كان من رواية محمد بن إسحق وهو مختلف فى الاحتجاج به لكونه مدلس، إلا أن أبا داود لم يضعف الحديث فلعله اعتضد عنده أو ثبت.

صحيح ابن حبان ١١/ ٣٦٣، المستدرک ٢/ ٤٦، سنن أبى داود ٣/ ٢٨٢، سنن الدارقطنى ٣/ ١٣.

(٥) الذخيرة ٥/ ١٣٥.

(٦) الخبر المضطرب: هو الذى تختلف الرواية فيه فيرويه بعضهم على وجه وبعضهم على وجه آخر مخالف له،

وهذا إذا تساوت الروايتان، أما إذا ترجحت إحداها فلا يكون مضطرباً مقدمة ابن الصلاح ٩٣.

حيث روى من طريق خالد بن الحرث الهجيمي عن هشام الدستوائي عن يحيى بن أبي كثير قال :
حدثني رجل من إخواننا حدثني يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمه حدثه أن حكيم بن حزام
حدثه - وعبد الله بن عصمه متروك (١).

ويجاب عن هذا :

بأن الرجل الذي لم يسم في هذا الطريق قد سمي في رواية أخرى، وهي رواية همام بن يحيى
عن يحيى بن أبي كثير عن يعلى بن حكيم، ويعلى هذا ثقة، وذكر فيه أن يوسف بن ماهك سمعه
من حكيم بن حزام فلا يضره أن يسمعه أيضاً عبد الله بن عصمة (٢).

الثاني: أما ما جاء عن ابن عباس «ولا أحسب كل شيء إلا مثله»، هذا من رأيه هو، أما
الحديث فقصر النهي على الطعام، والعمل ينبغى أن يكون بنص الحديث لا برأى ابن عباس.

ويجاب عن هذا :

بأن ما ذكره ابن عباس من رأى إنما هو بعض ما في حديث حكيم بن حزام، فحديث حكيم
دخل فيه الطعام وغير الطعام فهو أعم، فلا يجوز تركه لأن فيه حكماً ليس في خبر ابن عباس (٣).

٢ - واستدل أصحاب هذا القول بما جاء في الآثار عن جابر بن عبد الله قال : «لا تبع بيعاً حتى
تقبضه، وروى من طريق عبد الرزاق أن عبد الرحمن بن عوف والزبير قالوا لعمر: إنه تزيف
علينا أوراق فنعطى الخبيث وناخذ الطيب، قال : فلا تفعلوا، ولكن انطلق إلى البقيع فبع
ورقك بثوب أو عرض فإذا قبضت وكان لك فبعه».

كما روى ذلك عن الحسن وابن شبرمة (٤).

أدلة القول الثاني :

يفرق هذا القول بين المبيعات المنقولة، حيث لا يجوز بيعها قبل قبضها وبين العقارات حيث
يجوز ذلك.

ووجه التفرقة بين المنقول والعقار أن في بيع المنقول قبل القبض احتمال انفساخ العقد على
تقدير هلاك المبيع بيد البائع، وتلك هي علة النهي، وذلك غرر وهو منهى عنه، أما العقار فالهلاك
فيه نادر.

وعلى هذا فتحمل الأحاديث الواردة في النهي عن البيع قبل القبض على المنقولات وتخرج

(١، ٢) المحلى ٨/ ٥١٩.

(٣، ٤) المحلى ٨/ ٥٢٠.

العقارات لهذه العلة .

وقد نوقش هذا :

بأن الأحاديث عامة لا تفرق بين منقول ولا عقار، وقياساً على فساد إجارة المبيع العقار قبل قبضه، فكذلك البيع .

وأجيب عن القياس بأن الإجارة تقع على المنافع وهلاك المنافع غير نادر^(١) .

أدلة القول الثالث :

١ - استدل من خص الطعام بالنهي بالأحاديث الواردة التي خصصت الطعام بالذكر، « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه »، من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكيله »، « إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه » .

فالتنصيص في هذه الأحاديث يدل على أن غيره بخلافه^(٢) .

ويناقش هذا من وجهين :

الأول : أنه استدلال بمفهوم المخالفة، والتنبيه مقدم عليه فإنه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره أولى .

الثاني : أن النطق الخاص الوارد في حديث حكيم وزيد بن ثابت، والذي يعمم النهى على جميع المبيعات تقدم على المفهوم^(٣) .

٢ - الطعام أشرف من غيره لكونه سبباً لقيام البنية وعماد الحياة فشدد الشرع فيه على عاداته من تكثير الشروط فيما عظم شرفه^(٤) .

ويناقش هذا : بأنه إذا كان التشديد فيما عظم شرفه بمنع بيعه قبل القبض فغيره أولى .

أدلة القول الرابع :

استدل من خص الطعام بالنهي، وكون هذا الطعام مكيلاً أو موزوناً بالأحاديث المخصصة للطعام، وهو لا يخلو من كونه مكيلاً، أو موزوناً، والأحاديث تدل بصريحها على منع بيع الطعام قبل قبضه وبمفهومها على حل بيع ما عداه^(٥) .

ويناقش هذا بما نوقش به أصحاب القول الثالث .

والراجح بعدما تقدم من عرض الأدلة ومناقشتها رجحان ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم، وذلك لقوة أدلتهم ووضوحها .

وبذلك لا يجوز بيع المبيع مرابحة إلا بعد قبضه واستلامه .

(٢) الذخيرة ٥/١٣٣ .

(٤) الذخيرة ٥/١٣٤ .

(١) شرح فتح القدير ٥/٢٦٤، ٢٦٥ .

(٣) المجموع ٩/٢٧١ .

(٥) المغنى ٤/٨٩، الكافي ٢/٢١٠ .

الفرع الثالث

ضمان المصرف للسلعة

السلعة في مرحلة الشراء الأول حتى بيعها للعميل مرابحة تكون في ملكية المصرف، وبالتالي فإن ضمانها إنما يكون على المصرف، وليس على العميل أى هو الذى يتحمل مخاطرها لأنه المالك لها في هذه المرحلة، فإذا تلفت أو تعيب أو استحققت فذلك كله على المصرف .

ومن الخطأ الشرعى أن يتحمل العميل تبعة هلاك أو استحقاق شىء لم يدخل فى ضمانه، بل ولم يعقد عليه، ومن هنا يتبين خطأ ما تنص عليه عقود الوعد فى المرابحة، من أن الثمن يشمل مصاريف التأمين أى تأمين المصرف على السلعة عند شرائه لها وقبل بيعها للعميل، فالتأمين هنا تكلفة لتبعة الهلاك، والذى يتحمل ذلك هو المصرف وليس العميل، وإذا تعرضت السلعة لمخاطر معينة فإن الذى يأخذ مبلغ التعويض هو المصرف فكيف يحمل العميل قيمة التأمين ويحصل المصرف على التعويض؟

لكن لو تعاقد العميل على السلعة مرابحة لكنه لم يقبضها ثم تلفت أو هلكت، بأن كانت فى مخازن المصرف ولم يستلمها العميل بعد، أو رست السفينة فى الميناء، ولم تفرغ حمولتها، ثم حدث إتلاف أو هلاك للسلعة، فهل يكون الضمان على المصرف لأن السلعة مازالت فى حوزته وتحت أمره، أم على العميل لأنه اشترى السلعة وتملكها بموجب المستندات؟

يرى الحنفية: أن الهلاك إذا كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه أو بفعل البائع فينفسخ عقد البيع، إما إذا كان بفعل المشتري فلا ينفسخ البيع وعلى المشتري دفع الثمن وإذا كان بفعل أجنبي لا ينفسخ البيع، ويكون المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن وطالب الأجنبي بالضمان.

أما إذا كان الهلاك أو التلف جزئياً ففيه تفصيل أيضاً:

- إن كان بآفة سماوية وكان النقصان فى السلعة نقصان قدر كعشرة أطنان قمح فيتلف خمسة منها، فهنا ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن ثم يكون المشتري بالخيار فى الباقي لتفرق الصفقة عليه إن شاء أخذه بحصته، وإن شاء فسخ البيع، وإذا كان النقصان نقصان وصف، فلا ينفسخ البيع أصلاً ولا يسقط عن المشتري شىء من الثمن، ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان يجرح نفسه فلا ينفسخ البيع ولا يسقط شىء من الثمن والمشتري بالخيار، إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن وإن شاء فسخ العقد .

- وإن كان الهلاك بفعل البائع فيبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن.
- وإن كان الهلاك بفعل المشتري فلا يبطل البيع ولا يسقط عنه شيء من الثمن لأنه صار قابضاً لكل المبيع بإتلاف بعضه^(١).

وقال المالكية: أن البيع الصحيح يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد إلا في ستة مواضع:

الأول: بيع الغائب على الصفة غير العقار.

الثاني: ما بيع على الخيار.

الثالث: ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد.

الرابع: البيع الفاسد.

الخامس: الثمار المبعة بيعاً صحيحاً على أصولها حتى الطيب ف ضمانها على بائعها للجائحة أى إلى وقت أمن الجائحة.

السادس: إذا حبس البائع السلعة عنده حتى يأتي المشتري بثمنها الحال، فإذا تلفت يضمنها البائع، وكذا إذا حبسها للإشهاد على تسليمها للمشتري فتلفت عنده، فهذه المواضع المذكورة يكون الضمان فيها على البائع لا على المشتري^(٢).

وقال الشافعية: المبيع قبل قبضه من ضمان البائع فإن تلف بآفة سماوية أو بفعل المبيع انفسخ البيع وسقط الثمن عن المشتري، أما إذا أتلفه المشتري فإتلافه قبض له، وإذا أتلفه أجنبي فالأظهر أن المشتري يخير بين أن يجيز البيع ويغرم الأجنبي القيمة أو يفسخ البيع ويغرم البائع الأجنبي القيمة^(٣).

وقال الحنابلة: ما يعتبر له القبض إذا تلف قبل قبضه، فالتبعة على البائع فيفسخ العقد، وهذا إذا كان المبيع طعاماً مكيفاً أو موزوناً أو معدوداً، وذلك لأنه تلف قبل تمام ملك المشتري عليه فأشبه ما تلف قبل البيع، وإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن لأنه تلف بتصرفه، وإن أتلفه أجنبي لم يفسخ العقد ويخبر المشتري بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن وبين إتمام العقد والرجوع ببذله، أما إذا أتلفه البائع احتمل أن يبطل العقد وقيل يكون حكمه حكم ما لو أتلفه أجنبي^(٤).

ويترجح لدى ما ذهب إليه الشافعية من أن المشتري لا يضمن إلا بالقبض، إلا إذا أتلفه المشتري بفعله أو بسبب منه فيضمنه.

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٨.

(٢) الشرح الكبير ٣/ ١٤٦.

(٣) شرح المحلى على المنهاج ٢/ ٢١١.

(٤) الكافي ٢/ ٢٣.

المبحث الرابع

البيع مربحة للعميل

هذه هي المرحلة الأخيرة من مراحل بيع المربحة للأمر بالشراء، حيث يقوم المصرف بإخطار العميل بوصول البضاعة المباعة في المكان المحدد للتسليم، وهنا إما أن يفي العميل بوعده في شراء البضاعة وإما ألا يفي، فإذا لم يفي العميل بوعده استخدم المصرف حقه في الرجوع على العميل طبقاً للعقد المبرم بينهما، حيث ينص العقد على ما يلي:

«اتفق الطرفان على أنه في حالة وفاء الطرف الأول بالتزاماته المنصوص عليها في هذا العقد وامتناع الطرف الثاني عن إبرام عقد البيع بالمربحة واستلام البضاعة أو المستندات الخاصة بها، يحق للطرف الأول بيع هذه البضاعة بالسعر السائد في السوق لحساب الطرف الثاني وقبض الثمن استيفاءً لحق الطرف الأول، وإذا لم يفي ثمن البيع بحقوق الطرف الأول كان له الحق في الرجوع على الطرف الثاني لاستيفاء حقه بكافة الوسائل دون أدنى اعتراض من الطرف الثاني على ذلك».

كما أنه يحق للمصرف أن يصادر من دفعة ضمان الجدية التي قدمها العميل عند إبرام عقد الوعد ما يفي له بحقه لكن لا يجوز للمصرف أن يصادر كامل المبلغ إذا استوفى حقه بجزء منه أو استوفى حقه من ثمن البضاعة.

وإضافة إلى ما تقدم فإن للمصرف أن يستفيد من الضمانات الأخرى المقدمة من العميل، وإذا نكل المصرف عن الوفاء بوعده فإنه يتحمل كافة الأضرار التي تلحق بالعميل وفقاً لما تقضى به هيئة التحكيم التي يتفق الطرفان على تشكيلها^(١)، كما أنه لا يسأل إذا امتنع المورد عن التنفيذ، أما إذا أوفى كل من الطرفين بوعده فيبرم عقد بيع بالمربحة بين المصرف والعميل، ويشترط فيه ما يشترط في أي عقد بيع، ولا يكتفى بما سبق إبرامه من اتفاق أو عقود، ويظهر من خلال مطالعة عقود البيع بالمربحة أنها تشتمل على البيانات التالية:

- بيانات عامة عن اسم العقد - تاريخه - مكانه .
- بيانات عن طرفي العقد .
- إقرار الطرفين بأهليتهما القانونية للتعاقد .
- موضوع العقد وتحيل العقود في بيان ما يتعلق بالبضاعة وأوصافها إلى طلب الشراء أو إلى عقد الوعد، حيث يعتبر طلب الشراء وعقد الوعد والعروض المبدئية والمستندات المقدمة من الطرف

(١) يلاحظ أن العقود تفصل كل التزام يقع على عاتق العميل، أما ما يجب أن يلتزم به المصرف تجاه العميل فإنه يذكر بإجمال أو يكتفى بإحالة الموضوع إلى هيئة تحكيم، والأولى أن تحدد مسؤولية كل من الطرفين حتى لا يقع نزاع عند الاختلاف.

الثانى جزء لا يتجزأ من عقد البيع ومتممين ومكملين له .

- تحديد ثمن البيع وقد تذكر بعض المصارف الثمن بإجمال دون النص على أن هذا الثمن يشتمل على المصاريف المدفوعة من الطرف الأول، وقد تفصل بعض المصارف الثمن .

- تحديد الربح، وقد تهمل بعض المصارف النص فى العقد على قدر الربح وتدخله مع الثمن، كما يتضح من خلال أتمودج عقد المراجعة للمصرف الإسلامى الدولى، حيث ورد فى البند رقم (٢) ما نصه: « باع الطرف الأول البضاعة المبينة بطلب الشراء رقم بتاريخ إلى الطرف الثانى الذى قبل الشراء بثمن إجمالى قدره

لكن مصرف قطر ينص على « حدد الثمن الإجمالى للبضاعة بمبلغ ريال قطرى متضمناً الثمن الأساسى والمصاريف المدفوعة من الطرف الأول مضافاً إليه ربح قدره »(١).

- التأكيد بأن البضاعة فى حيازة المصرف وهو بند لم يرد إلا فى عقود قليلة .

- إقرار الطرف الثانى بمعاينة البضاعة معاينة تامة نافية للجهالة، وأنها هى البضاعة المبينة فى طلب الشراء والوعد بالشراء .

- طريقة دفع الثمن .

- تحديد مكان التسليم .

- بيان الضمانات التى يجب أن يقدمها العميل ضماناً للوفاء بالثمن، وبيان ما يجب عليه عند تأخير الدفع .

- تحديد جهات الاختصاص فى حالة وقوع نزاع بشأن العقد .

- مسئولية العميل عن التصرف فى البضاعة وفق قوانين الدولة .

- إقرار العميل بأنه أبرأ المصرف من ضمان ما يكون من عيوب فى البضاعة .

- تحميل العميل وحده أى مصروفات أخرى غير واردة فى بنود تكلفة العملية .

ونتناول فى هذا البحث بخصوص عقد البيع مراجعة أهم البنود التى أثارت كثيراً من الجدل والخلاف وهى على النحو التالى :

- متى يتم إبرام عقد البيع مراجعة؟

- الثمن فى بيع المراجعة .

- طريقة دفع الثمن .

- ضمانات الوفاء بالثمن .

- توقف العميل عن دفع الثمن .

وذلك فى الفروع الآتية ..

(١) تراجع الملاحق المرفقة فى آخر الكتاب .

الفرع الأول

متى يتم إبرام عقد البيع مرابحة؟

الأصل أن يبرم المصرف عقد البيع مرابحة مع العميل بعد شرائه للبضاعة وحيازته لها بالفعل، وقد تنص بعض المصارف على أن البضاعة في حيازة المصرف، لكن كما سبق القول فإن بعض المصارف قد تعقد عقد البيع مرابحة بمجرد ورود المستندات الدالة على الملكية، أو ترسل العميل إلى معرض بيع السلعة لاستلامها من المالك الأول مباشرة.

ويرى البعض أن ذلك يجوز طالما كانت السلعة محددة ومعلومة مواصفاتها بدقة، وجاء في فتوى المستشار الشرعي للبنك الإسلامي الأردني: بأنه يجوز إتمام البيع مرابحة على أساس بوليصة الشحن عن طريق تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية، وذلك دون معاينة البضاعة الموضوعة في البوليصة.

وهذا الرأي مبني على ما أجازته الملكية من جواز بيع المبيع قبل قبضه ما لم يكن طعاماً^(١)، فقد جاء في جواب المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي على سؤال بهذا الخصوص: الاستلام إما أن يكون فوراً بمعاينة المبيع وعزله عن غيره وتحديد بحيث تكون البضاعة تحت حيازتك، وأنت المسؤول عما يحدث لها من وقت استلامك، وإما أن يكون استلاماً مؤجلاً بأن تشتري البضاعة وتمتلكها، ولكن يؤجل الاستلام إلى حين بيعها للغير، عندئذ تذهب إلى مخازن البائع وتستلمها منه كلياً أو جزئياً لتسلمها إلى المشتري، ويمكن تسلمها عند البيع وعزلها في مخازن البائع بصورة مميزة، وتكون حينئذ مضمونة على المشتري، وهو بيت التمويل وأمانة لدى البائع في مخازنه، وعلى العموم فإن الإمام مالك قال بجواز بيع ما لم يقبض فيما عدا الأطعمة، فيجوز عنده للمالك أن يبيع البضاعة التي يمتلكها ولو لم يحزها إذا لم تكن طعاماً^(٢).

وما ذهب إليه الملكية محل نظر إذ أنهم قد استندوا إلى دليل الخطاب في الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، ونوقش هذا الاستدلال بأن هناك أحاديث وردت في النهي عن بيع أي مبيع قبل قبضه لأن العلة واحدة لأن القبض شرط دخول المبيع في ضمان المشتري وقبل

(١) رأى البعض أن هذا الرأي مبني على جواز بيع البرنامج عند الملكية والصواب ما ذكرنا.

(٢) الفتاوى الاقتصادية، رقم ٥٨٣.

القبض لا ضمان عليه، وقد ورد النهى عن ربح ما لم يضمن^(١).

ولذلك فإنه لا يكفي أن تذكر بعض المصارف أن العميل قد عاين المبيع موضوع العقد، ولكن يلزم أن يكون المبيع فى ملكية المصرف وحوزته وإن المعاينة قد تمت بعد تملك المصرف للمبيع، ولكن هل يجوز للمصرف أن يشتري المبيع ويستلمه ثم يتركه أمانة فى مخازن البائع حتى يذهب العميل لاستلامه من هناك؟

لا مانع أن يتم بيع المرابحة بهذه الصورة لأن المصرف بذلك قد اشترى المبيع وملكه، وانتقل إلى ضمانه وحيابة البائع له من باب الأمانة لا من باب الملك.

(١) سبق تفصيل هذه المسألة فى البحث الثالث من هذا الفصل.

الفرع الثاني

الضمن فى بيع المربحة

تحدد جميع العقود ضمن المبيع مربحة إلا أن كثيراً منها لا يفصل الضمن ومشمولاته، فيذكر الضمن بإجمال والواقع أن ضمن المبيع مربحة مكون من ثلاثة عناصر :

– الضمن الأصلى .

– المصاريف التى أنفقها المصرف .

– الربح المتفق عليه .

أولاً: الضمن الأصلى :

يجب أن يعلم الضمن الأصلى للسلعة المبعة مربحة للعميل، لأن المربحة فى حقيقتها بيع بالضمن الأول مع زيادة ربح معلوم .

يقول الكاسانى : وأما شرائطه فمنها ما ذكرنا، وهو أن يكون الضمن الأول معلوماً للمشتري الثانى لأن المربحة بيع بالضمن الأول مع زيادة ربح والعلم بالضمن الأول شرط صحة البياعات كلها .

وقد عرضنا فى الفصل الأول إلى ما يطرأ على الضمن الأصلى من تغيرات وبيننا الراجع فيها، وهى كما يلى :

١ – إذا تم البيع الأول بين المصرف والبائع بنقد، ثم دفع المصرف نقداً غيره، فهل يكون الضمن الأصلى ما عقد به البيع أم ما نقد بالفعل ؟

والراجع أن الضمن الأول هو ما وجب بالعقد جنساً وقدرأ وصفة ولاعبرة بما حدث بعد العقد، لأن ما حدث بعد العقد تم بعقد آخر وهو الاستدال .

٢ – إذا زادت السلعة عند المصرف فهل يزيد ثمنها أم أن المصرف يبيعها بمثل ما اشتراها به؟ والراجع أن الزيادة إذا كانت موجودة عند التعاقد على السلعة فهى بمثابة جزء لا ينفصل عنها، وكذلك إذا حدثت الزيادة بعد العقد لكنها زيادة متصلة فإن المصرف يخبر بالضمن الأول دون زيادة .

أما إذا زاد المبيع زيادة منفصلة فهذه الزيادة لا تلحق بالمبيع، ويجوز للمصرف أن يبيع الأصل بالضمن الأول .

٣ – إذا حدث نقصان فى المبيع فهل ينقص من الضمن مقدار ما نقص من المبيع أم يبيع المصرف

بالثمن الأول؟

الراجح أنه يجب على المصرف أن يبين ما حدث للمبيع وأن يحط من الثمن الأول ما يقابل النقصان أو العيب .

٤ - إذا تغيرت أسعار المبيع بعد شراء المصرف له بالزيادة أو النقصان فهل يبيع المصرف بالثمن الذى اشترى به أم يخبر بسعر السوق؟

اتفق الفقهاء على أن الثمن الأول هو ما اشترى به المراجيح السلعة دون ما يعتريه من غلاء أو رخص .

٥ - إذا انتفع المصرف بالمبيع فهل ينقص من الثمن ما يقابل انتفاعه به أم يخبر بالثمن الذى اشترى به؟

إذا أدى انتفاعه بالسلعة إلى حدوث نقص أو عيب فيها فإنه يحط من الثمن مقدار ما حدث من عيب، أما إذا لم تتأثر السلعة بالانتفاع فإن المصرف يبيعها بالثمن الأول دون أن يحط شيئاً مقابل انتفاعه .

٦ - إذا حصل المصرف على خصم خاص فى ثمن المبيع، فهل يبيع بالثمن الأول قبل الخصم أم بعد الخصم؟

إذا حصل المصرف على الخصم قبل لزوم العقد فيلزم أن يحط المصرف من الثمن ما حصل عليه من خصم، أما إذا حصل على الخصم بعد لزوم العقد فإن الراجح أنه لا يلزم المصرف أن يحط من الثمن ما حصل عليه من خصم وهذا أمر نادر .

٧ - إذا اشترى المصرف السلعة بثمن مؤجل فهل يبيعها بسعرها الحال أم بما تعاقد عليه؟

يبيع المصرف السلعة بالثمن الذى تعاقد عليه، ولكن يجب عليه أن يبين أن هذا الثمن هو ثمن السلعة مؤجلاً^(١) .

ثانياً : المصاريف التى أنفقها المصرف^(٢) :

من المعروف أن المصرف يتكلف بعض المبالغ لشراء السلعة بخلاف ثمن شرائها، ولا يمنع الشرع من إضافة ما أنفقه المصرف من مصروفات على السلعة إلى الثمن الأصلي، لكن يجب مراعاة ما يلى :

١ - الراجح لدى الفقهاء أنه يضاف على الثمن الأول كل المصروفات التى تزيد فى المبيع قيمة أو

(١) تراجع هذه المسائل فى الفصل الأول .

(٢) يراجع ما سبق تفصيلاً فى هذه المسألة فى الفصل الأول .

ذاتاً، وجرى بها العرف التجارى، وما توجيه قوانين الدولة من ضرائب ورسوم وجمارك أما ضم ما أنفقه المصرف على نفسه أو ما تكبده المصرف من خسائر أو غرامات قد تكون نتيجة لتقصيره أو تقصير متبوعيه، فإنه لا يجوز فإذا ارتكبت السفينة التى تحمل البضائع أخطاء فى سيرها أو أتلقت رصيف الميناء أو غير ذلك من أوجه التقصير وتحمل المصرف غرامة ما فإن العميل لا يتحمل ذلك، وكذلك تأمين المصرف على البضاعة.

٢ - يجب أن تكون المصاريف معلومة ومحددة لأنها جزء من الثمن والضمن يجب أن يكون معلوماً.

ولذلك من الخطأ الشرعى أن نجد فى بعض العقود النص على أن المشتري يتحمل أية مصروفات أخرى غير واردة فى بنود تكلفة العملية أو ينص فى العقد على أن المصرف من حقه تعديل بعض بنود المصروفات مثل فرق العملة أو العمولة أو إضافة مصروفات أخرى غير مباشرة، فهذا كله يؤدى إلى جهالة الثمن وهو غير جائز شرعاً.

ثالثاً: الربح المتفق عليه:

الربح هو العنصر المقصود فى العملية، ومنه يستمد اسمها بيع المربحة، ويعد الربح هنا جزءاً من الثمن فى البيع مربحة، ولذلك يشترط فيه ما يشترط فى الثمن من حيث كونه معلوماً، فلا يكتفى بذكره فى عقد الوعد، ولا يدخل فى إجمال الثمن، ولا أن يؤجل تحديد الربح إلى موعد لاحق عن مجلس العقد.

ويثور فى تحديد الربح مسألتان:

الأولى: توزيع الربح على عناصر تكاليف المبيع.

الثانية: نسبة الربح.

المسألة الأولى: توزيع الربح على عناصر التكلفة:

سبق أن بينا أن للفقهاء رأيين:

الأول: احتساب الربح على الثمن الاصلى وعلى جميع المصروفات التى أنفقتها المصرف على المبيع وهو ما يسمى بالتحميل الشامل.

الثانى: لا يحسب ربح إلا على ما أنفقه المصرف على السلعة وكان له أثر فى عين السلعة أما المصروفات التى لا تؤثر فى عين السلعة كالمصاريف الإدارية والتسويقية، فتحسب فقط دون ربحها، وهو ما يسمى بالتحميل الجزئى.

والذى يجرى عليه العمل فى المصارف هو الرأى الأول، وهو ما أميل إليه^(١).

المسألة الثانية: نسبة الربح:

يحسب الربح على أساس نسبة مئوية من ثمن الشراء إضافة إلى المصروفات، ولا مانع شرعاً من تحديد أى نسبة يتفق عليها الطرفان إذا روعيت الضوابط الشرعية من عدم الاحتكار والاستغلال والغش والتدليس وغير ذلك.

لكن يلاحظ فى بعض المصارف أنها تربط بين النسبة التى تريدها وسعر الفائدة الربوى السائد فى السوق (١٨٪) مثلاً على جميع السلع، وهذا الارتباط، كما يقول البعض: يفرغ عملية المربحة من مضمونها الاقتصادى والشرعى وتصبح كأنها عملية إقراض الثمن للمشتري مربحة!

(١) تراجع هذه المسألة فى الفصل الأول.

الفرع الثالث

طريقة دفع الثمن

تسير جميع المصارف على أن العميل يدفع الثمن مقسماً على آجال معلومة، وهذه تيسر التعامل على العملاء وترغب في التعامل مع المصارف الإسلامية وتوسع مجالات الاستثمار باستخدام البيع مربحة.

وتأجيل الثمن أمر مشروع طالما أن الأجل معلوم فقد جاء في القرآن الكريم ما يثبت مشروعية تأجيل الثمن، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وصح عن النبي ﷺ أنه اشترى بالأجل ورهن درعه ضماناً للوفاء بالثمن^(١).

ويصحب تأجيل الثمن الزيادة فيه عن الحال، وفي الأرباح يكون هناك تناسباً طردياً للأرباح مع أجل السداد فتكون نسبة الربح ٥٪ مثلاً إذا كان السداد على شهرين و ١٠٪ إذا كان السداد على أربعة شهور وهكذا... وفي بيع المربحة لا يزداد في الثمن الأصلي مقابل الأجل، بل يزداد في الأرباح، وهى فى النهاية واحدة لأن الربح يصبح جزءاً من الثمن، وهنا هل يجوز زيادة الثمن مقابل الأجل، وثمت مسألة أخرى أن العميل قد يقوم بالسداد قبل الموعد، فهل يجوز للمصرف أن يخصم بعض ما عليه مقابل التعجيل، وهو ما يسمى بجائزة السداد المبكر، فتلك مسألتان:

المسألة الأولى: زيادة الثمن مقابل الأجل:

للعلماء فى ذلك قولان:

القول الأول: الجواز إذا توافرت الشروط الشرعية بأن تم العقد على أحد الثمنين، وكان الأجل معلوماً، وهو قول الجمهور.

القول الثانى: المنع وهو قول الهادوية من الزيدية وبعض العلماء.

يقول الشوكانى: «وقد ذهب إلى القول بأنه يحرم بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء زين العابدين على بن الحسين والناصر والمنصور بالله والهادوية والإمام يحيى، وقالت الشافعية والحنفية وزيد بن على والمؤيد بالله والجمهور إنه يجوز لعموم الأدلة القاضية بجوازه وهو الظاهر^(٢)».

(١) الحديث صحيح وسبق تخريجه.

(٢) نيل الأوطار ٥/ ٢٣٢.

أدلة القول الأول :

استدل المجوزون على قولهم بعموم الأدلة القاضية بجواز البيع، حيث إن بيع النساء بأكثر من ثمنه حالا بيع يستدل عليه بما يلي :

١ - عموم قوله تعالى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ، وبيع السلعة بأكثر من ثمنها نسيئة نوع من أنواع البيع فتشمله الآية بعمومها ، ولأن الأصل في الشرع حل جميع المعاملات إلا ما قام الدليل على منعه .

٢ - ما رواه مسلم وغيره عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل سواء بسواء ، بدأ بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ^(١) .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ وضع الضوابط الشرعية لمبادلة الأشياء ببعضها وعند اختلاف الأصناف وانتفاء علة الربا فيجوز البيع على حسب ما يشاء المتعاقدان فيجوز أن يتعاقدا حالاً أو يؤجلا الثمن ويكون السعر أكثر ، حيث لا مانع يمنع من ذلك وتعريف الربا لا ينطبق على هذه الزيادة في الثمن لأنه ليس قرضاً ولا بيعاً للأموال الربوية ، وإنما هو بيع محض ، وللبائع أن يبيع بضاعته بما شاء من ثمن ولا يجب عليه أن يبيع بسعر السوق دائماً وللتجار ملاحظ مختلفة في تقدير الأثمان ، فرما تختلف أثمان البضاعة الواحدة باختلاف الأحوال ، ولا يمنع الشرع أن يبيع المرء سلعته بثمن في حالة وبثمن آخر في حالة أخرى .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بالمنع والحزمة بما يلي :

١ - عموم قوله تعالى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ، وجه الدلالة : أن زيادة الثمن المؤجل عن الثمن الحال زيادة من غير عوض ولا يقابلها إلا الأجل ، وفي عقد معاوضة فهي ربا نسيئة ، لأن العلة فيه كون الزيادة لم يقابلها شيء من العوض إلا المدة .

ويناقش هذا من وجوه :

أحدها : أن ربا النساء والمجمع على تحريمه إنما يكون إذا كان كل من البديلين مالا ربوياً جمعتهم علة واحدة وبيع أحدهما بالآخر على التأخير ، وهنا تختلف السلعة عن الثمن جنساً ونوعاً فلا يصدق عليه أنه ربا نساء .

الثاني : أن القياس بين الربا والثمن المؤجل كان حجة أكلة الربا في عصر التنزيل ، حيث قالوا :

(١) الحديث سبق تخريجه .

«إنما البيع مثل الربا»، فرد الله عليهم «وأحل الله البيع وحرم الربا».

يقول الطبرى فى تفسير الآية: «وذلك أن الذين يأكلون من الربا من أهل الجاهلية كان إذا حل مال أحدهم على غيره يقول الغريم لغريم الحق زدنى فى الأجل وأزيدك فى مالك، فكان يقال لهما إذا فعلا ذلك: هذا ربا لا يحل، فإذا قيل لهما ذلك: قالوا: سواء علينا زدنا فى أول البيع أو عند محل المال، فكذبهم الله فى قولهم فقال: «وأحل الله البيع».

الثالث: أن الزيادة والضمن الأول أصبحا جميعاً ثمناً للمبيع فنحن أمام سلعة ثمنها كذا ويقسط على كذا، فالزيادة ليست مستقلة بل هى جزء من الثمن.

الرابع: أن السعر ليس له استقرار، بل لا بد فيه من التفاوت بحسب الغلاء والرخص والرغبة فى الشراء وعدمها، وداعى الحاجة وعدمها، ونحو ذلك مما يؤكد أن الزيادة لا تكون فى مقابل الزمن المجرد، بل تكون فى مقابل أشياء أخرى تختم تفاوت الأسعار بين الحاضر والمستقبل، وفى الغالب أن الإنسان لا يقوم على شراء العاجل بالضمن المرتفع الآجل، إلا لأنه يتربص ارتفاع الأسعار أو الاستفادة من البضاعة التى اشتراها ونحو ذلك.

الخامس: أن الثمن لا يزيد بعد عقد العقد حتى وإن تأخر المشتري فى دفع الأقساط المستحقة، أما فى الربا فإنه إذا تأخر فى الدفع يزيد عليه بمقدار ما تأخر.

٢ - ما روى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من باع بيعتين فى بيعة فله أو كسهما أو الربا»^(١)، وجه الدلالة: أن المراد أن يقول البائع للمشتري: هذا نقداً بكذا، ونسيئة بكذا أكثر من سعرها الحال، لأن البائع فى بيع السلعة بضمن مؤجل يجمع صفتين النقد والنسيئة فى صفقة واحدة وجعل النقد معياراً للنسيئة فلا يكون له إلا أو كسهما أو الربا أى لا يستحق إلا الأقل، فإن أخذ الزيادة كان ربا، وهذا يدل على تحريم زيادة ثمن السلعة المؤجل عن سعرها الحال.

يقول الشوكانى: «وأما فى التفسير الذى ذكره أحمد عن سماك وذكره الشافعى بعثك بألف نقداً أو ألفين إلى سنة ففيه متمسك لمن قال يحرم بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء»^(٢).

ويناقد هذا من وجهين:

أحدهما: أن الحديث فى إسناده محمد بن عمرو بن علقمة، وقد تكلم فيه غير واحد.

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) نيل الأوطار ٥/ ٢٣٢.

الثاني : أن الحديث مختلف فى تفسيره فقيل :

— أن المراد به بيع العينة .

— أن يحصل بيعان فى سلعة واحدة كأن يسلفه ديناراً فى صاع بر إلى شهر ثم عند حلول الأجل يقول له : بعنى الصاع الذى لك بصاعين إلى شهر .

— أن معناه « أبيعك هذه السلعة على أن تبيعنى دارك » .

— معناه أن يقول البائع : بعثك هذه السلعة بعشرة نقداً وبخمس عشرة إلى سنة ، فيقبل المشتري من غير تعيين^(١) .

ويلاحظ أن هذه الصور والمعانى لا تنطبق على محل النزاع .

والراجع بعدما تقدم هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز أن يكون سعر الأجل أكثر من سعر الحال ، لكن يشترط ألا يكون هناك استغلال من البائع لحاجة المشتري بحيث تكون الزيادة فاحشة ، ففى هذه الحالة يكون العقد محظوراً فى حق الطرف المستغل قياساً على بيع المضطر بزيادة على بدل المثل استغلالاً لحاجته .

ولكن نؤكد أنه يجب أن يكون الربح مقطوعاً به وباتاً عند التعاقد ولا تزيد النسبة إذا حدث تأخير من المدين بسبب أو لآخر بل يعالج الأمر بأحد الإجراءات المقررة للتوقف عن الدفع .

المسألة الثانية : الوضع من الدين مقابل التعجيل (جائزة السداد المبكر) :

قد يقوم العميل بتعجيل دفع ما عليه من أقساط للمصرف قبل حلول موعدها ويطلب إسقاط جزء من الدين مقابل التعجيل ، وهذه المسألة معروفة فى الفقه الإسلامى بـ « ضع وتعجل » وللفقهاء فيها ثلاثة أقوال^(٢) :

القول الأول : عدم الجواز مطلقاً ، وهو قول جمهور العلماء ، ومنهم عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت والشعبي وسعيد بن المسيب وأبو حنيفة والشافعى والمشهور عن أحمد .

القول الثانى : الجواز مطلقاً ، وهو قول ابن عباس وابن سيرين ، ورواية عن أحمد ، وروى ذلك عن النخعى وأبى ثور وزفر واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم .

القول الثالث : التفصيل :

فيجوز الوضع بالتعجيل إذا كان فى دين الكتابة ، ولا يجوز فى غيره وهو قول الإمام أحمد .

ورأى يقول بالجواز فى الديون الحالية ، وعدم جوازه فى الديون المؤجلة وهو قول المالكية .

(١) سبق تفصيل هذه الصور فى البحث الثانى من هذا الفصل .

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٤٥ ، بداية المجتهد ٢/ ١٠٨ ، فتح العزيز ١٠/ ٣٠٠ ، المغنى ٤/ ٣١٦ .

ورأى يقول بالمنع إذا كان الوضع شرطاً للتعجيل، أما إذا عجل المدين من غير شرط جاز للدائن أن يضع عنه بعض دينه تبرعاً، وهو قول الجصاص من الحنفية.

ورأى يقول: إن الوضع بشرط التعجيل يمنع في بيع المساومة ويجوز في بيع المربحة، وهو قول متأخرى الحنفية (١).

أولاً: أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول بالسنة والآثار والمقول:

من السنة: ما روى عن المقداد بن الأسود قال: أسلفت رجلاً مائة دينار ثم خرج سهمى في بعث بعثه رسول الله ﷺ، فقلت له: عجل لى تسعين ديناراً وأحط عنك عشرة دنائير فقال: نعم، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: أكلت ربا يا مقداد وأطعمته (٢).

وجه الدلالة من الحديث الشريف أن النبي ﷺ وصف ما فعله المقداد بأنه أكل الربا وأطعمه، وهذا يدل على حرمة لأن أكل الربا وإطعامه حرام.

ويناقش هذا الحديث: بأن في إسناده ضعف فمن رواه محمد بن يونس بن موسى، قال عنه الذهبي في التذكرة: وهو واه وقد اتهم بوضع الحديث، وقال ابن حبان: لعله قد وضع أكثر من ألف حديث، وقال ابن عدى: ترك عامة مشايخنا الرواية عنه، ورماه أبو داود بالكذب، وقال موسى بن هارون، وهو متعلق بأستار الكعبة اللهم إني أشهدك أن الكديمي كذاب يضع الحديث، وقال قاسم المطرز: أنا أجاثي الكديمي بين يدي الله، وأقول يكذب على نبيلك، وقال الدارقطني يتهم بالوضع، وأما إسماعيل الخطبي فقال: ثقة ما رأيت جمعاً أكثر من مجلسه (٣).

ومن الآثار:

١ - ما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع آجل بعاجل، قال: والآجل بالعاجل أن يكون لك على رجل ألف درهم فيقول أعجل لك خمسمائة ودع البقية (٤).

ويناقش هذا الأثر بأن فيه موسى بن عبيدة، وهو ضعيف، وذكر عن الإمام أحمد بن حنبل قوله: «لا تحل الرواية عندي عن موسى بن عبيدة، قلنا يا أبا عبد الله: لا يحل؟ قال: عندي، قلت: فإن سفيان وشعبة قد روايا عنه، قال: لو بان لشعبة ما بان لغيره ما روى عنه»، ونقل عن يحيى بن معين قوله: «موسى بن عبيدة لا يحتج بحديثه»، وسئل أبو زرعة عن موسى بن عبيدة فقال: ليس بقوى الحديث (٥).

(١) إغاثة اللهفان ١٢/٢، فتح العلى المالك ٢٨٩/١، أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١، الدر المختار ٧٨٦/٢.

(٢) الحديث رواه البيهقي في سننه ٢٨/٦، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ١٩٩٤م - ١٤١٤هـ.

(٣) تذكرة الحفاظ للذهبي ٦١٨/٢.

(٤) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ١٤٤/٤ دار الفكر.

(٥) الجرح والتعديل ١٥١/٨.

٢ - وروى الحافظ عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه تحت «باب الرجل يضع من حقه ويتعجل ما يأتي»:

- أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب وابن عمر قالوا: من كان له حق على رجل إلى أجل معلوم، فتعجل بعضه وترك له بعضه، فهو ربا، قال معمر: ولا أعلم أحداً قبلنا إلا وكرهه.

- أخبرنا عبد الرزاق عن الثوري عن ابن ذكوان عن يسر بن سعيد عن أبي صالح مولى السفاح قال: بعث بزا إلى أجل، فعرض على أصحابي أن يعجلوا لي وأضع عنهم، فسألت زيد بن ثابت عن ذلك فقال: لا تأكله ولا تؤكله.

- أخبرنا عبد الرزاق قال: أخبرنا ابن عيينه عن عمرو بن دينار قال: أخبرني أبو المنهال عبد الرحمن بن مطعم قال: سألت ابن عمر عن رجل لى عليه حق إلى أجل، فقلت: عجل لي وأضع لك فنهاني عنه، وقال: أبي أمير المؤمنين أن نبيع العين بالدين.

- أخبرنا عبد الرزاق قال: أخبرنا إسرائيل عن عبد العزيز بن رفيع عن قيس مولى بن يامين قال: سألت ابن عمر فقلت: إنا نخرج بالتجارة إلى أرض البصرة وإلى الشام فنبيع بنسيئة، ثم نريد الخروج فيقولون: ضعوا لنا وننقدكم فقال: إن هذا يأمرني أن أفتيه أن يأكل الربا ويطعمه وأخذ بعضدى ثلاث مرات، فقلت: إنما أستفتيك، قال: فلا (١).

وقد روى الإمام مالك في الموطأ تحت «باب ما جاء في الربا في الدين» كثيراً من الآثار التي رواها عبد الرزاق، ثم قال الإمام مالك «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 من غريمه، ويزيده الغريم في حقه، فهذا الربا بعينه لاشك فيه» (٢).

وتناقش هذه الآثار: بأنها معارضة بما صح عن ابن عباس أنه أجازها، وليس قول صحابي مقدماً على قول آخر ولا سيما أنه ليس فيه تصريح بالتحريم.

ومن المعقول:

فإنه إذا تعجل البعض وأسقط الباقي فقد باع الأجل بالقدر الذي أسقطه، وذلك عين الربا، كما لو باع الأجل بالقدر الذي يزيده إذا حل عليه الدين، فقال: زدني في الدين وأزيدك في المدة، فأى فرق بين أن تقول: حط من الأجل وأخط من الدين أو تقول: زد في الأجل وأزيد في الدين،

(١) مصنف عبد الرزاق ٨ / ٧١ - ٧٥.

(٢) الموطأ للإمام مالك ٢ / ٦٧٢.

نقص الأجل في مقابلة نقص العوض كزيادته في مقابلة زيادته، فكما أن هذا ربا فكذلك الآخر (١).

ويناقش هذا:

بأن قياسه على الربا قياس مع الفارق لأن هنا فيه وضع وتعجيل، فهو عكس الربا الذي فيه زيادة وتأخير، فالعائد هنا إلى الدائن أقل من حقه لا أكثر، بينما في البيع المؤجل نجد أن الثمن العائد إلى البائع أكثر من حقه لا أقل منه، فالربا هو الزيادة، وفي حالة الخط من الدين نقص ولا زيادة فلا وجه للقياس.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل المجوزون لضع وتعجل بالسنة والآخر والمعقول.

من السنة: ما روى عن ابن عباس قال: لما أمر النبي ﷺ بإخراج بنى النضير من المدينة جاءه أناس منهم فقالوا يا رسول الله: إنك أمرت بإخراجهم ولهم على الناس ديون لم تحل فقال ﷺ: ضعوا وتعجلوا، وفي رواية قال: لما أمر النبي ﷺ بإجلاء بنى النضير قالوا: يا محمد، إن لنا ديوناً على الناس، قال: ضعوا وتعجلوا (٢).

وهذا الحديث واضح في دلالة على الجواز.

ويناقش هذا الحديث من وجهين:

الأول: حديث ابن عباس فيه ضعف لأنه من رواية مسلم بن خالد الزنجي، وعبد العزيز بن يحيى المديني، الأول قال عنه العقيلي: كان ضعيفاً، وقال أبو داود: ضعيف الحديث، وقال البخاري: منكر الحديث، وقال أبو حاتم: لا يحتج به وأما الثاني فقال عنه العقيلي: يحدث عن الثقات بالبواطيل، ويدعى من الحديث ما لا يعرف به غيره من المتقدمين، وقال أبو حاتم الرازي في الجرح والتعديل: ناعبد الرحمن قال: سئل أبي عنه فقال: ضعيف ناعبد الرحمن، قال سألت أبا زرعة عن عبد العزيز بن يحيى المديني فقال: ليس يصدق، ذكرته لإبراهيم بن المنذر فكذبه،

(١) إغاثة اللهفان ١٢/٢، ١٣.

(٢) الحديث رواه البيهقي في سننه، وقال البيهقي ورواه الواقدي في سيره عن بن أبي الزهري عن عروة بن الزبير، وقال ابن القيم: هو على شرط السنن، ورواه الطبراني في المعجم الأوسط، ورواه الدارقطني، وقال: اضطرب في إسناده مسلم بن خالد وهو سيئ الحفظ ضعيف، ورواه الحاكم في المستدرک، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

السنن الكبرى للبيهقي ٢٨/٦، إغاثة اللهفان ١٣/٢، المعجم الأوسط للطبراني ٤٥٣/١، سنن الدارقطني ٤٦/٣، المستدرک على الصحيحين ٦١/٢.

وذكرته لأبي مصعب، فقلت يحدث عن سليمان بن بلال، فقال: كذب أنا أكبر منه ما أدركته^(١).

الثاني: على فرض صحة الحديث فإنه يحمل على أن ذلك قبل تحريم الربا فإن إجلاء بنى النصير كان فى السنة الرابعة للهجرة فى حين أن آيات الربا من آخر ما نزل من القرآن.

ويجاب عن الوجه الأول: بأن مسلم بن خالد الزنجى ثقة فقيه فى الحديث وهو شيخ الإمام الشافعى بمكة، وقد روى عنه الإمام الشافعى واحتج به، وقد صحح الحاكم فى المستدرک هذا الحديث^(٢).

ويجاب عن الوجه الثانى: بأنه لا يوجد تعارض بين جواز ضعوا وتعجلوا وبين تحريم الربا حتى ينسخ المتأخر المتقدم، فإن الوضع والتعجيل ضد الربا المحرم صورة ومعنى فإن الربا يتضمن الزيادة فى أحد العرضين فى مقابلة الأجل، وهذا فيه إضرار بالمدین أما الخط والتعجيل فهو متضمن براءة ذمة المدین من بعض الدين وانتفاع الدائن بما يتعجله فكلاهما حصل له الانتفاع من غير ضرر بخلاف الربا فإن ضرره لاحق بالمدین ونفعه مختص برب الدين^(٣).

ومن الأثر: صح عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه كان لا يرى بأساً أن يقول: «أعجل لك وتضع عنى»^(٤)، ويناقش هذا بأنه معارض بما روى عن ابن عمر وزيد بن ثابت، وليس قول واحد منهم بأولى من الآخر.

ومن المعقول:

١ - إن ضع وتعجل ضد الربا، فإن ذلك يتضمن الزيادة فى الأجل والدين، وذلك إضرار محض بالغريم، ومسألتنا يتضمن براءة ذمة الغريم من الدين وانتفاع صاحبه بما يتعجله فكلاهما حصل له الانتفاع من غير ضرر بخلاف الربا المجمع عليه فإن ضرره لاحق بالمدین ونفعه مختص برب الدين، فهذا ضد الربا صورة ومعنى.

٢ - إن مقابلة الأجل بالزيادة فى الربا ذريعة إلى أعظم الضرر، وهو أن يصير الدرهم الواحد ألفاً مؤلفة فتشتغل الذمة بغير فائدة، وفى الوضع والتعجيل تتخلص ذمة هذا من الدين وينتفع ذاك بالتعجيل.

٣ - إن الشارع له تطلع إلى براءة الذم من الديون، وسمى الغريم المدین أسيراً، ففى براءة ذمته

(١) الضعفاء للعقلى ٤/ ١٥٠، تذكرة الحفاظ ١/ ٢٥٥، الجرح والتعديل ٥/ ٤٠٠

(٢) تذكرة الحفاظ ١/ ٢٥٥.

(٣) الربا والمعاملات المصرفية - عمر بن عبد العزيز - ٢٣٥، ٢٣٦.

(٤) إغاثة اللفهان ٢/ ١٤، السنن الكبرى للبيهقى ٦/ ٢٨.

تخليصاً له من الأسر، وهذا ضد شغلها بالزيادة مع الصبر^(١).

وبعد أن ناصر ابن القيم رأى القائلين بالجواز فرّق بين دين القرض إذا قيل بلزوم تأجيله، حيث لا يجوز الوضع مقابل التعجيل، وبين ثمن المبيع والأجرة وعوض الخلع والصدّاق، حيث قال:

«فإنه في القرض يجب رد المثل فإذا عجل له وأسقط باقيه خرج عن موجب العقد، وكان قد أقرضه مائة فوفاه تسعين بلا منفعة حصلت للمقرض، بل اختص المقرض بالمنفعة فهو كالمربي سواء في اختصاصه بالمنفعة دون الآخر، وأما في البيع والإجارة فإنهما يملكان فسخ العقد وجعل العوض حالاً أنقص مما كان، وهذا هو حقيقة الوضع والتعجيل»^(٢).

أدلة القول الثالث:

١ - من قال بجوازه في دين الكتابة لأن ذلك يتضمن تعجيل العتق المحبوب إلى الله تعالى، والمكاتب عندما بقى عليه درهم - ولا ربا بين العبد وسيده فالمكاتب وكسبه للسيد - فكأنه أخذ بعض كسبه وترك بعضه^(٣).

٢ - من قال بالجواز في الديون الحالة وعدم الجواز في الديون المؤجلة حيث ينتفى الربا، فالفرق بين الدين المؤجل والدين الحال أن الدين الحال لا يشترط فيه الأجل ولا يكون التأجيل فيه حقاً من حقوق المدين، وبما أن الأجل منتف فلا يمكن أن يقال: إن الحصة الموضوعة من الدين عوض عن الأجل فلا يكون معنى الربا، وقد حمل أصحاب هذا القول النصوص على جواز وضع وتعجيل على هذه الصورة^(٤).

ومقتضى هذا القول: إنه إذا حل دفع القسط جاز للمصرف أن يضع عن المدين بعض دينه، أما إذا كان الدين مؤجلاً وما زال الأجل سارياً فلا يجوز.

٣ - من فرّق بين ما إذا كان الوضع مقابل التعجيل عن شرط أو عن غير شرط أنه إذا كان بشرط كان عقداً، وإذا كان بغير شرط ملفوظ أو ملحوظ عند التعاقد كان تبرعاً، وليس على المحسنين من سبيل ويغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات^(٥).

٤ - فرّق متأخرو الحنفية بين بيع المساومة وبيع المراجعة، حيث يمنع الوضع مقابل التعجيل في بيع المساومة ويجوز في بيع المراجعة.

قال الحصكفي في الدر «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،

(١) (٣، ٢، ١) إغائة للهفان ٣ - ١٣، ١٤.

(٢) فتح العلى المالك ١/ ٢٨٩، ٢٩٠.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٦٧.

وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندي مفتى الروم وعلمه بالرفق بالجانبين» (١)

وجاء في الفتاوى الحامدية، وفيها من الزيادة ما يلي :

سئل فيما إذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم فراحه عليه إلى سنة ثم بعد ذلك بعشرين يوماً مات عمرو المدين فحل الدين ودفعه الورثة لزيد، فهل يؤخذ من المراجعة شيء أم لا؟

الجواب: جواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت مبايعة عليها إلا بقدر ما مضى من الأيام، قيل للعلامة نجم الدين: أفتى به؟ قال: نعم (٢).

والراجع بعدما تقدم هو جواز الوضع مقابل التعجيل بغير معاقدة ولا مشاركة عليه، فيتم البيع مقابل ثمن معين مؤجل إلى أجل معلوم، وإذا أراد العميل التعجيل فيجوز للمصرف أن يضع عنه أو لا يضع.

(١) الدر المختار ٢/ ٧٨٦

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية ١/ ٢٩٣

الفرع الرابع

ضمانات الوفاء بالثمن

من المقرر فى جميع المصارف الحصول على ضمانات من العميل ضماناً للوفاء بالثمن، والنص فى العقود على حق المصرف فى استخدامها عند اللزوم.

ويتبين من مطالعة نماذج عقود بيع المراجعة أنها تطلب الضمانات التالية كاملة أو جزءاً منها :

١ - الضمان الشخصى المتعلق بسمعة العميل ومركزه المالى، وهذا يظهر فى دراسة العملية.

٢ - الحصول على رهن بقيمة الثمن أو رهن البضاعة ذاتها.

٣ - طلب كفالة شخص آخر ملء لضم ذمته إلى ذمته المشتري.

٤ - الحصول على كمبيالات أو سندات إذنية تدفع حال تقديمها للمدين.

٥ - التأمين على البضاعة محل العقد من الأخطار جميعها لصالح المصرف.

٦ - تقديم المشتري خطاب ضمان مصرفى بقيمة البضاعة للمصرف.

٧ - أن يضع المصرف الحجز على وديعة للمشتري لديه.

٨ - توقيع المشتري إيصال أمانة أو شيكات مؤجلة السداد بقيمة المبلغ.

٩ - وثيقة عقد البيع مراجعة.

١٠ - إعطاء المصرف حق امتياز البائع على السلعة المباعة طالما لم يدفع ثمنها كاملاً.

١١ - أية ضمانات أخرى يطلبها المصرف من المشتري ولا يحق للعميل أن يعترض أو يسوف.

وطلب المصارف ضماناً للوفاء بالثمن أمر جائز شرعاً لأن الثمن فى البيع المؤجل يصير ديناً على المشتري فور تمام العقد وبالتالي يجوز للمصرف أن يطالبه بتوثيق هذا الدين أو بضمان للتسديد عند حلول الأجل، ولكن ينبغى عدم المغالاة فى طلب الضمانات لأن هذا قد يكون إرهاقاً للعميل وسبباً لانصرافه عن التعامل مع المصارف الإسلامية.

وبالنظر فى هذه الضمانات نجد أنها ترجع إلى خمسة:

١ - حسن انتقاء العميل.

٢ - التوثيق بالكفالة.

٣ - التوثيق بالأوراق التجارية .

٤ - التوثيق بالرهن .

٥ - التأمين على المبيع .

ونتناولها في المسائل الآتية :

المسألة الأولى : حسن انتقاء العميل

لقد وضع الإسلام ضوابط للمعاملات المالية يجب أن تسير عليها، وحث على مجموعة من الخلال والصفات يجب أن يتحلى بها المتعاملون وهى الضمان الأكيد لمعالجة أى خلل يحدث بين المتعاملين .

وتحرى المصارف فى عملاتها صفات الأمانة والصدق فى التعامل والخوف من الله تعالى فى أكل أموال الناس بالباطل وتحرى الحلال واجتناب الحرام هو أشد ما يجب أن تلتفت إليه المصارف .

وإذا كان الإسلام قد حث على انتقاء من يدخل بيت المسلم ويأكل طعامه، وحثه على انتقاء من يزوجه بنته فإنه يحث على انتقاء من يعطيه ماله ديناً . لأنه إذا أعطى ماله لمن لا يتخلق بالخلق الإسلامى القويم سوف يضيع هذا المال ويهلك، ومن القواعد « درء المفسد مقدم على جلب المصالح » والمفاسد هنا إضاعة المال وعدم تسديد الدين .

ولذلك إن صح ما تقوم به المصارف من التدقيق فى اختيار العملاء سواء من حيث التمتع بسمعة ائتمانية وأخلاقية طيبة، والنظر فى مدى انتظام العميل فى سداد ديونه ومدى قدرته على الدفع والتعرف على المركز المالى . فهذا من أفضل الضمانات التى تيسر للمصرف الحصول على حقه .

المسألة الثانية : التوثيق بالكفالة

تنص كثير من المصارف على أن يقدم العميل كفالة شخصية من شخص موثق أو مؤسسة مالية (خطاب ضمان مصرفى) وبذلك تنضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصل فى المطالبة بسداد الثمن وهذا أمر مشروع لما روى أبو داود والترمذى عن أبى أمامة قال : « سمعت النبى ﷺ يقول فى الخطبة عام حجة الوداع : العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضى »^(١).

(١) روى هذا الحديث أيضاً أنس وابن عباس وأخرجه ابن عدى فى الكامل وأعله بأحد رواه وهو إسماعيل بن زياد السكونى وقال إنه منكر الحديث لا يتابع على عامة ما يرويه، وقال ابن طاهر : ابن أبى زياد شيخ دجال لا يحل ذكره إلا على سبيل القدح . نصب الرأية ٤ / ١١٨ .

قال الترمذى : حديث أبى أمانة حديث حسن غريب .

وجه الدلالة : أن الغارم الذى يلزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه وقد أقر النبى ﷺ ذلك فدل على الجواز .

وروى البخارى وغيره عن سلمة بن الأكوع - رضى الله عنه - قال : « كنا جلوساً عند النبى ﷺ إذ أتى بجنزة فقالوا : صلّ عليها ، فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : لا ، قال : فهل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، فصلّى عليه ، ثم أتى بجنزة أخرى فقالوا يا رسول الله : صل عليه ، فقال : هل عليه دين ؟ قيل : نعم ، قال : فهل ترك شيئاً ؟ قالوا : ثلاثة دنانير ، فصلّى عليها ، ثم أتى بالثالثة فقالوا : صل عليها ، قال : هل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، قال : فهل عليه دين ، قالوا : ثلاثة دنانير ، قال : صلوا على صاحبكم ، قال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلى دينه فصلّى عليه . »

وفى رواية ابن ماجه « فقال أبو قتادة وأنا أتكفل به » وزاد الحاكم فى حديث جابر « فقال هما عليك وفى مالك والميت منهما برىء ؟ قال : نعم فصلّى عليه » (١) .

والحديث واضح فى دلالة على جواز كفالة الدين (٢) .

المسألة الثالثة : التوثيق بالأوراق التجارية أو المدنية

قد تنص بعض المصارف على أن يقدم العميل للمصرف أوراقاً تجارية - كمبيالات - شيكات - سندات إذنية بقيمة المبلغ - واجبة الدفع حال تقديمها للمدين ، وأحياناً تطلب من العميل التوقيع على إيصال أمانة بقيمة المبلغ المدين به .

والأوراق التجارية كما عرفها القانونيون : محرر مكتوب وفقاً لأوضاع شكلية حددها القانون ، قابلة للتداول بالطرق التجارية ، ويمثل حقاً موضوعه مبلغ من النقود ، يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع أو فى ميعاد معين أو قابل للتعيين ، ويستقر العرف على قبوله كأداة لتسوية الديون شأنها شأن النقود (٣) .

وليس هناك ما يمنع شرعاً من التوثيق بالأوراق التجارية فهى بمثابة إقرار مكتوب من المدين بما

(١) الحديث رواه البخارى عن سلمة بن الأكوع ، ورواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن حبان من حديث جابر ورواه النسائى والترمذى وصححه من حديث أبى قتادة . تلخيص الحبير ٤ / ٤٨ .

(٢) كفالة الدين وإن كانت جائزة إلا أنها عقد تبرع لا يأخذ الكفيل عليها أجراً وفى حالة خطاب الضمان لا يجوز للبنك أن يتقاضى ما يسمى بفاقد ربحية على إصدارات هذا الخطاب بل يأخذ ما أنفقه فى سبيل إصداره للخطاب فقط .

(٣) الأوراق التجارية - د . على البارودى - ٩ .

عليه من ديون وقد أقرت المحاكم الفقهية التعامل بالأوراق التجارية^(١).

المسألة الرابعة: التوثيق بالرهن

الرهن كما عرفه الفقهاء: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر الوفاء^(٢) حيث يقدم المدين عيناً مالية ليست هي المبيع إلى المصرف ويحبسها المصرف حتى يوفى المدين ما عليه من دين وإلا كان للمصرف أن يستوفى الدين من العين المرهونة.

والرهن بهذا الشكل مشروع لقوله تعالى ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وما صح من أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعاماً ورهنه به درعه^(٣)، وانعقد الإجماع على جواز ذلك ومشروعيته. وتوجد ضوابط لكيفية التعامل مع الشيء المرهون سواء من قبل المرتهن أو الراهن لا يتسع المجال هنا لذكرها.

إلا أنه قد يوجد نوع آخر من أنواع الرهن لا يقبض فيه المرتهن (الدائن) على الشيء المرهون وإنما يبقى بيد الراهن والذي يقبضه هو مستندات الملكية، فبدلاً من أن يقدم المدين سيارة رهناً يقدم المستندات الدالة على ملكيتها فتبقى السيارة بيد المدين يستعملها لصالحه كيف يشاء، ولكن لا يجوز له نقل ملكيتها إلى شخص ثالث حتى يسدد ما عليه من دين، ويثبت للدائن حق بيعها إذا قصر صاحبها في أداء دينه، ويسمى هذا بالرهن السائل وهو الشائع في التطبيقات المعاصرة.

والسؤال الذى يرد هنا. هل قبض المستندات الدالة على الملكية يغنى عن قبض الشيء المرهون ويجعل الرهن صحيحاً؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال نعرض لآراء الفقهاء فى اشتراط القبض لصحة الرهن:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن قبض الشيء المرهون شرط لصحة الرهن ودليلهم قوله تعالى «فرهان مقبوضة» حيث وصف الله تعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضى أن يكون القبض فيه شرطاً صيانة لخبره تعالى عن الخلف. ولأنه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه فيكون كالهبة لا تلزم إلا بالقبض^(٤).

أما المالكية فذهبوا إلى أن القبض ليس بشرط صحة بل شرط كمال وتمام، فيلزم الرهن بمجرد

(١) جواز التعامل بالأوراق التجارية كوسيلة للوفاء وسداد الديون لا يؤدي إلى جواز خصم الأوراق التجارية فهذه من الربا المحرم.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) حاشية قليوبى ٢/ ٢٦١.

(٤) يراجع بدائع الصنائع ٦/ ١٣٧. شرح المحلى على المهاج ٢/ ٢٦٨، المغنى ٤/ ٢١٦ وهناك رواية عند الحنابلة أن القبض لا يلزم فى غير المكيل والموزون.

العقد ويجبر الراهن بعد ذلك على الإقباض ووجه ذلك قياسه على العقود اللازمة بالقول كالبيع حيث ينعقد العقد بمجرد الإيجاب والقبول^(١).

والفقه مع الذين قالوا باشتراط القبض، إلا أنه بالنظر فى الواقع المعاصر نجد أن ما يسمى الرهن السائل تتحقق فيه الحكمة التى من أجلها اشترط القبض فى الرهن. وذلك كما يلى :

١ - أن الدائن فى الرهن السائل وإن كان لا يقبض الشئ المرهون لكنه فى عموم الأحوال يقبض على مستندات الملكية وبالتالي لن يتمكن المدين من التصرف فى الشئ المرهون، ويستطيع الدائن الحجز على العين المرهونة وبيعها لأخذ مستحقاته وهو الغاية من قبض الشئ المرهون.

٢ - أنه يوجد فى قبض المستندات قبض معنوى حكمى للشئ المرهون وهو يشبه قبض الشيك والكمبيالة فى وفاء الديون وقد أقره العلماء المعاصرون.

٣ - المقصود من الرهن هو توثيق الدين وقد أجازت الشريعة لحصول هذا المقصود أن يحبس الدائن ملك المدين ويمنعه من التصرف فيه إلى أن يتم سداد الدين فإن رضى الدائن بحصول مقصوده بأقل من ذلك وهو أن يبقى الشئ المرهون بيد الراهن فليس فى ذلك محذور شرعى.

٤ - أن الرهن السائل فيه مصلحة للجانبين أما مصلحة الراهن فظاهرة حيث ينتفع بملكه ويستطيع من خلال هذا الانتفاع أن يسدد ما عليه من دين، وأما مصلحة المرتهن فمن حيث أنه يحتفظ بحق التسديد دون أن يضمن الشئ المرهون عند الهلاك.

٥ - أن القبض على الشئ المرهون ربما يكون متعذراً فى التجارة الدولية التى يكون البائع فيها فى بلد والمشتري فى بلد آخر، ويتطلب نقل الشئ المرهون إلى مؤنة كبيرة ونفقات باهظة.

٦ - اتساع حجم التجارات بالتعاملات الآجلة ولو اشترط القبض لاحتاج التجار إلى مخازن ضخمة لحفظ الشئ المرهون وفى ذلك مشقة^(٢).

مما تقدم نبيل إلى أن قبض المستندات الدالة على الملكية يغنى عن قبض الشئ المرهون.

لكن ما ذكر هو فى تقديم المدين مستندات ملكية لأشياء يمتلكها كعقارات وغير ذلك، لكن قد يقع أن المصارف تقبض العقود ومستندات ملكية الشئ المبيع نفسه، فإذا باع المصرف للعميل سيارة فإنها تحتفظ بعقد البيع ولا تعطيه الحق فى التصرف الكامل فيها حتى يسدد ما عليه من

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٠٦.

(٢) أحكام البيع بالتقسيط - القاضى محمد تقى الصفانى - بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامى بجدة.

ثمن وهى صورة قريبة مما يعرف بحبس المبيع لاستيفاء الثمن

وقد ذهب الجمهور إلى جواز حبس البائع المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان الثمن حالاً، بخلاف الحنابلة ووجه ذلك أن تسليم المبيع من مقتضيات العقد واستحقاق الثمن مرتب على تمام البيع ولجريان العادة بذلك^(١).

أما إذا كان الثمن مؤجلاً فلا يثبت حق الحبس لأنه سقط بالتأجيل وبالتالي لا يجوز إلا إذا استلم المشتري السلعة ثم ردها للبائع على سبيل الرهن فيجوز ذلك الحنفية وفى حالة عمليات المراجعة فإن الثمن يكون مؤجلاً فى الغالب وبالتالي لا يجوز للمصرف أن يحبس المبيع عنده ضمناً للوفاء بالثمن.

ولكن هل يجوز له أن يغفل يد العميل من التصرف الكامل بألا يسلمه المستندات الدالة على الملكية حتى يوفى بالثمن فيمتنع على العميل بيع الشيء المبيع وعدم إجراء أى حقوق للغير على الشيء المبيع كرهن وغيره، وأحياناً يشترط فى عقد البيع أن يحتفظ المصرف بحق ملكية الشيء المبيع حتى يقوم العميل بسداد كامل الأقساط المستحقة والوفاء بجميع حقوق الطرف الأول.

وتختلف الصورة الثانية عن الأولى فى أن الصورة الأولى تنتقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري لكنه يمنع من بعض التصرفات التى تؤدى إلى نقل ملكيتها لغيره كالبيع أو الهبة أما الصورة الثانية فإن نقل الملكية موقوف على سداد كامل الثمن.

الصورة الأولى: البيع المقترن بشرط عدم تصرف المشتري فى المبيع تصرفاً ناقلاً للملكية. للعلماء فى ذلك ثلاثة أقوال:

الأول: ما ذهب إليه الجمهور من أن هذا الشرط ينافى مقتضى العقد فيبطل به البيع وهو قول ابن عمر وعكرمة والأوزاعى ومالك وأبى حنيفة وجماهير العلماء.

الثانى: أن البيع صحيح والشرط صحيح وهو ما ذهب إليه ابن سيرين وعبدالله بن شبرمة وحماد بن أبى سليمان، وقول أحمد وإسحق بشرط ألا يكون أكثر من شرط.

الثالث: أن البيع صحيح ويبطل الشرط وهو قول الحسن البصرى والنخعى وابن أبى ليلى وأبو ثور وابن المنذر^(٢).

(١) يراجع بدائع الصنائع ٥/٢٣٧، شرح المحلى على المنهاج ٢/٢١٩، لقوانين الفقهية ٢٤٧ شرح منتهى الإرادات ٢/١٨٧.

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٦٩، الشرح الكبير ٣/٦٥، المجموع ٩/٣٧٦، كشف القناع ٣/١٩٤.

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بطلان العقد والشرط بما يلي :

١ - ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط (١) حيث يدل هذا الحديث على بطلان البيع والشرط.

ويناقش هذا الحديث من وجهين :

الأول : من ناحية سنده :

قال الصنعاني « أخرج الحاكم في علوم الحديث من رواية أبي حنيفة، وأخرجه الطبراني في الأوسط وهو غريب . وقد رواه جماعة واستغربه النووي » ونقل هذا أيضاً الشوكاني (٢).

الثاني : من ناحية الموضوع :

يعارض عموم الآيات والأحاديث التي توجب الوفاء بالشروط والعهود، ويعارض أدلة خاصة جاوز فيها النبي ﷺ البيع مع الشرط مثل حديث جابر (وسياتي) وحديث بريرة في استثناء شرط العتق . ويعارض الآثار مثل ما جاء عن عمر - رضى الله عنه - مقاطع الحقوق عند الشروط ويعارض ما أجمعت الأمة على جوازه كاشتراط الرهن والكفيل والضمين والتأجيل (٣).

٢ - ما رواه مالك في الموطأ والبيهقي في سننه أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك إن بعتهأ فهي لى بالثمن فاستفتى عمر بن الخطاب فقال : لا تقربها وفيها شرط لأحد (٤).

٣ - إن هذا الشرط يمنع كمال التصرف فى المبيع فيكون منافياً لمقتضى العقد فيبطل بسببه العقد والشرط.

أدلة القول الثانى :

استدل القائلون بصحة البيع والشرط :

١ - ما روى جابر بن عبد الله أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسببه، قال : فلحقنى رسول الله ﷺ فضربه ودعا له فسار سيراً لم يسر مثله، ثم قال بعنيه بوقية، قلت : لا، ثم

(١) الحديث رواه الطبراني فى الأوسط والخطابى فى المعالم وابن حزم فى المحلى وعده النووى فى المجموع غريباً
يراجع تلخيص الحبير ١٢/٣، نصب الراية ١٧/٤.

(٢) المجموع ٣٦٨/٩، سبل السلام ٢١/٣، نيل الأوطار ٥/٢٦٢.

(٣) شرح فتح القدير ٥/٢١٤.

(٤) الموطأ ٢/٦١٦، سنن البيهقي ٥/٣٣٦.

قال : بعينه بوقية فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلى ، فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدنى ثمنه ثم انصرفت فأرسل على إثرى ، قال : ما كنت لآخذ جملك فخذ جملك فهو مالك (١) .

وجه الدلالة : أن البيع هنا وقع مع شرط يستثنى منفعة المبيع مدة للبائع وكان ذلك مع النبى ﷺ فدل على جواز البيع مع الشرط .

ونوقش هذا : بأن ما حدث من النبى ﷺ لم يكن بيعاً مقصوداً وإنما أراد النبى ﷺ به والإحسان إليه بالثمن على وجه لا يستحى من أخذه - كما جاء فى بعض طرق الحديث .

وبأن الشرط لم يكن فى نفس العقد ، ولأنها قضية عين يتطرق إليها احتمالات ولا عموم لها فلا دلالة فيها (٢) .

٢ - ما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ قال : المسلمون على شروطهم (٣) فيدل الحديث على وجوب الوفاء بالشروط فيلزم ألا تبطل البيع .

٣ - أما ما استدل به أحمد على صحة البيع مع الشرط الواحد وعدم صحته مع الشرطين فلما صح عنده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف وعن شرطين فى بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٤) .

وتناقش هذه الأدلة : بأن الأحاديث الواردة بوجوب الوفاء بالشروط عامة خصصت بما نهى عنه من الشروط وتنصرف إلى الشروط الجائزة ويعد الشرط المنافى لمقتضى العقد شرطاً غير جائز .

أما قول الإمام أحمد فمبنى على مفهوم اللقب والصحيح الذى عليه الاكثرون أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يلزم النهى عن بيع وشرطين جواز شرط واحد (٥) .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بصحة البيع وبطلان الشرط :

- بما روى عن عائشة - رضى الله عنها - فى قصة بريدة عندما عرض أهلها عليها المكاتبه ويكون الولاء لهم فأبطل النبى ﷺ الشرط وصحح العقد حيث قال : خذوها فأعتقها واشترطى لهم الولاء ثم خطب فقال : ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط (٦) .

(١) الحديث صحيح متفق عليه رواه البخارى ٢/٩٦٨ ، صحيح مسلم ٣/١٢٢١ .

(٢) المجموع ٩/٣٧٧ .

(٣ ، ٤) الحديث سبق تخريجه .

(٥) المجموع ٩/٣٧٧ . (٦) الحديث سبق تخريجه .

ويناقش هذا :

بأن الشرط لم يكن فى نفس العقد بل كان سابقاً أو متأخراً، وأن اشترطى لهم وقع على سبيل التهديد .

موازنة وترجيح :

بعد عرض ما تقدم من أدلة ومناقشاتها فإنه يلزم أن نعرف أن كل شرط لابد وأن يشتمل على غرض مشروع ومصلحة ظاهرة يهدف إلى تحقيقها وهذا الشرط الذى يهدف إلى غل يد المبيع عن التصرفات الناقلة للملكية مدة معينة لحين الوفاء بكامل الثمن فهو وإن كان يؤثر على أهم خصائص الملكية وهو حرية تصرف المالك فى ملكه إلا أن من فوائده ضمان تسديد الثمن للبائع وعدم تهريب السلعة بين أكثر من مشتر.

ولذلك نميل إلى القول الثانى القائل بصحة البيع والشرط حيث إنه غرض هذا الشرط مشروع ولا يوقع فى محظور ولا يؤدى الالتزام به إلى غرر .

الصورة الثانية: البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية :

تختلف هذه الصورة عن سابقتها فى أن الأولى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري لكن يمنع من بعض التصرفات أما هذه الصورة فإن الملكية لا تنتقل بل يظل المبيع على ملك البائع، ولا تنتقل إلا بسداد كامل الثمن .

والأصل فى العقد أنه إذا انعقد مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة فإنه يرتب آثاره فى الحال يقول الكاسانى « أما البيع الصحيح الذى لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل وبعضها من التوابع أما الحكم الأصلى ... فهو ثبوت الملك للمشتري فى المبيع وللبيع فى الثمن للحال »^(١) .

ويقول القرافى فى الذخيرة « والأصل فى العقود اللزوم لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان والأصل ترتيب المسببات على أسبابها - وخيار المجلس عندنا باطل - والبيع لازم بمجرد العقد »^(٢) ومقتضى هذا الكلام أن العقد يرتب آثاره بمجرد انعقاده وعند القائلين بثبوت خيار المجلس فإنه بعد التفرق من المجلس يلزم العقد ويرتب آثاره يقول الشيرازى « وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخيرا »^(٣) وهذا يقتضى أنه بعد التفرق وقد أمضيا العقد فإنه يرتب آثاره وأحكامه وعلى رأسها نقل الملكية .

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٣ .

(٢) الذخيرة ٥/ ٢٠ .

(٣) المجموع شرح المهذب ٩/ ١٧٤ .

والقاعدة العامة أن الملكية لا ترتبط بدفع الثمن بل إنها تنتقل فور العقد ولو لم يكن المشتري قد دفع الثمن أو إذا اتفق على تأجيله .

لكن قد يقال إنه في البيوع ذات الثمن المؤجل أو المقسط يؤدي تطبيق هذه القاعدة العامة إلى تعريض البائع - وخاصة بيع المنقول - لخطر كبير في حالة امتناع المشتري أو عجزه عن دفع الثمن أو بعض أقساطه، لأنه إذا كان للبائع حق امتياز على المبيع لكن هذا الامتياز لا يبقى على الأشياء المنقولة إلا إذا ظلت موجودة تحت يد المشتري فإذا تصرف المشتري في المنقول فقد البائع امتيازَه .

ولذلك تفاديا لهذه المخاطر فإن البائع يضمن العقد شرطاً يحتفظ بمقتضاه بحق الملكية إلى حين الوفاء بالثمن أو دفع جميع أقساطه وهذا هو ما يعرف بشرط الاحتفاظ الملكية . أى بيع علق فيه انتقال الملكية على شرط دفع الثمن^(١) .

وقد نظم القانون المدني أحكام هذا البيع في المادة ٤٣٠ «إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع» . فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه كتعويض له عن فسخ البيع إذا لم تعرف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

إذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

وهنا هل يعترف الفقه الإسلامي بهذا الشرط ويعتبره مشروعاً؟ بمعنى أنه يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على وقف بعض آثار العقد وسريان بعضها الآخر، فيوقف نقل الملكية ويسرى استلام المبيع والانتفاع به انتفاعاً خاصاً؟

أرى أن هذا الشرط فيه خروج على القواعد العامة التي وضعها الشارع لضبط العقود ويفرغ العقود من مضمونها، وهو شرط يتنافى مع مقتضى العقد ولا يلائمه .

ف نجد أن المبيع قد استلمه المشتري كأمانة وليس كملك ثم هو يدفع كل شهر أو سنة قسطاً مالياً فهل هو يدفع ثمناً أم يدفع أجرة؟ إذا كان يدفع ثمناً فيلزم أن يكون مالكا، وإذا كان يدفع أجرة فيلزم أن يكون العقد عقد إجارة .

ولذلك فهذا الشرط ليس له فائدة عملية وذلك كما يلي :

١ - أن استلام المشتري للمبيع كما ينص العقد على سبيل الأمانة فإذا تلف أو هلك عنده بغير تعد أو تفريط فإنه لا يضمنه، أما إذا استلمه المشتري على سبيل التملك وتلف عنده أو

(١) العقود المسماة - د. عبد المنعم البدرأوى - ٢٦٠ .

هلك يتفريط أو بغيره فإنه يهلك عليه ويلتزم بدفع الثمن، أما في الحالة الأولى فإنه لا يغرم لأنه أمين وهذا أسوأ للبائع، لأن الثمن والمبيع ضاعا عليه.

٢ - وهو ما يقرره شرح القانون حيث يقول أحدهم « ما مدى الضمان الذى حققه هذا الشرط، إذا رجعنا إلى أحكام القضاء اتضح لنا أن هذا الشرط لم يحقق ما عقد عليه من آمال :

فأولاً: استقرت أحكام القضاء على عدم الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة دائنى تفليسة المشتري بمعنى أن لهؤلاء اعتبار المنقول مملوكاً للمشتري وإدخاله فى التفليسة، ومن ثم لا يكون للبائع حق إلا فى أن يدخل فى تفليسة المشتري كدائن عادى بما تبقى له من ثمن.

ثانياً: إذا تصرف المشتري فى المنقول المبيع بشرط الاحتفاظ بالملكية إلى مشتر حسن النية أى يجهل هذا الشرط فإن حق البائع فى استرداد المنقول سيتعطل إذ أن المشتري الثانى سيحتاج بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

ثالثاً: لم يعتبر القضاء الجنائى تصرف المشتري فى المنقول المبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية مكوناً لجريمة خيانة الأمانة وذلك لأن الشئ لم يوجد تحت يد المشتري بعقد من عقود الأمانة التى نص عليها قانون العقوبات (١).

وما تقدم ذكره إذا كان المبيع منقولاً أما إذا كان عقاراً فإن حق امتياز البائع يحقق له حماية تامة وكافية لحين استيفاء الثمن.

ونخلص مما تقدم أنه يلزم أن تنتقل الملكية للمشتري ويجوز - كما رجحنا - أن يمنع البائع المشتري من التصرفات الناقلة للملكية لحين وفاء الثمن.

المسألة الخامسة: التأمين على المبيع

يلتزم العميل طبقاً للعقد بالتأمين على البضاعة محل البيع تأميناً شاملاً ضد كافة الأخطار التى يمكن أن تتعرض لها البضاعة، وإذا أخل العميل بواجبه فى ذلك كان للمصرف أن يقوم به على حساب العميل دون الإخلال بحقه فى فسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الشرط.

وقد اتفق العلماء المعاصرون على جواز التأمين التعاونى الذى يقوم على التبرع.

أما التأمين التجارى الذى تقوم به شركات تبغى الربح فقد انتهى رأى المجمع الفقهى فى دورته الأولى عام ١٣٩٨ هـ إلى تحريم التأمين التجارى بأنواعه واستدل على ذلك بما يلى :

أولاً: عقد التأمين التجارى من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطى أو يأخذ فقد يدفع قسماً أو قسطين

(١) العقود المسماة - د. عبد المنعم البدر اوى - ٢٦٠ وما بعدها.

ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن، وقد لا تقع الكارثة أصلاً فيدفع جميع الاقساط ولا يأخذ شيئاً وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطى وما يأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده وقد ورد في الحديث الصحيح عن النبي ﷺ النهى عن بيع الغرر.

ثانياً: عقد التأمين التجارى ضرب من ضروب المقامرة لما فيه من المخاطرة فى معاوضات مالية ومن الغرم بلا جناية أو تسبب فيها ومن الغنم بلا مقابل أو مقابل غير مكافئ، فإن المستأمن قد يدفع قسطاً من التأمين ثم يقع الحادث فيغرم المؤمن كل مبلغ التأمين وقد لا يقع الخطر ومع ذلك يغنم المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل، وإذا استحكمت فيه الجهالة كان قماراً ودخل فى عموم النهى عن الميسر فى قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾.

ثالثاً: عقد التأمين التجارى يشتمل على ربا الفضل والنساء فإن الشركة إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا فضل والمؤمن يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة فيكون ربا نساء، وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا نساء فقط وكلاهما محرم بالنص والإجماع.

رابعاً: عقد التأمين التجارى من الرهان المحرم لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة ولم يبيح الشرع من الرهان إلا ما فيه نصرة للإسلام وظهور لأعلامه بالحجة والسنان وقد حصر النبي ﷺ رخصة الرهان بعوض فى ثلاثة بقوله ﷺ «لا سبق إلا فى نصل أو خف أو حافر» وليس التأمين من ذلك ولا شبيهاً به فكان محرماً.

خامساً: عقد التأمين التجارى فيه أخذ مال الغير بلا مقابل وأخذ المال بلا مقابل فى عقود المعاوضات التجارية محرم لدخوله فى عموم النهى فى قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

سادساً: فى عقد التأمين التجارى الإلزام بما لا يلزم شرعاً فإن المؤمن لم يحدث الخطر منه ولم يتسبب فى حدوثه وإنما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفعه المستأمن له والمؤمن لم يبذل عملاً للمستأمن فكان حراماً.

وقد خالف هذا القرار فى حينه أحد أعضاء المجمع وذهب إلى أن التأمين بكل أنواعه جائز لا حرج فيه واعتبر أن التأمين طريق تعاونى منظم لترميم الأضرار التى تقع على رؤوس أصحابها من المخاطر التى يتعرضون لها هو فى ذاته جائز شرعاً بجميع صورته الثلاث: «التأمين على الأشياء والتأمين من المسؤولية المسمى - تأمين ضد الغير - والتأمين على الحياة».

وقد رأى أنه التأمين بجميع صورة قائم على فكرة التعاون على تفتيت الأضرار وليس هناك تأميناً غير تعاوني.

وقد انتهى الرأي في كثير من هيئات الرقابة الشرعية للمصارف والمؤسسات المالية إلى جوازه وذلك لأنه لا سبيل أمام المصرف للحفاظ على أمواله إلا ذلك ولا يوجد في كثير من الأقطار منظمات التأمين التعاوني وينصحون بأنه إذا وجدت شركات التأمين التعاوني فلا يجوز التأمين لدى شركات التجارية. وأرى أن يقتصر التأمين التجاري على الضرورة فقط ولا يتجاوزها^(١).

(١) يراجع برنامج الفتاوى الاقتصادية - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - العدد السادس، ١٩٩٢ - ١٤١٢ هـ.

الفرع الخامس

توقف العميل عن الدفع

عالجت المصارف الإسلامية قضية توقف العميل عن الدفع بعدد من الإجراءات هي :

١ - استخدام الضمانات المقدمة إليها لاستيفاء حقوقها .

٢ - حلول كافة الأقساط اللاحقة فوراً دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائي ..

٣ - فرض مبلغ على العميل تعويضاً للمصرف عن الضرر الذى وقع عليها بسبب هذا التوقف .

والإجراء الأول لا شىء فيه لأن هذه الضمانات ما قدمت إلا لمعالجة مثل هذا الأمر، وقد سبق لنا فى الفرع الثالث من هذا الفصل توضيحها .

ونعرض لرأى الفقهاء فى الإجراء الثانى والثالث .

بداية يفرق الفقهاء بين ما إذا كان توقف المدين عن دفع الدين وانتظامه فى سداد ما عليه من أقساط عن إعسار وبين ما إذا كان عن مطل ولّى .

ففى الحالة الأولى فإن المدين يمهّل حتى يوسر ويترك يطلب الرزق لنفسه وعياله ودائنيه ولا تحل مطالبته ولا ملازمته ولا مضايقته، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى أوجب إنظاره إلى الميسرة فقال : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] .

وروى الشيخان عن حذيفة قال : قال النبى ﷺ : تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم قالوا : أعملت من الخير شيئاً؟ قال : كنت آمر فتيانى أن ينظروا ويتجاوزوا عن الموسر، قال : قال : فتجاوزوا عنه» وروى أبو هريرة عن النبى ﷺ قال : كان تاجر يداين الناس فإذا رأى معسراً قال لفتيانه : تجاوزوا عنه لعل الله أن يتجاوز عنا، فتجاوز الله عنه» (١) .

قال ابن حجر : «فإذا أعسر المديون وجب إنظاره ولا سبيل إلى ضربه ولا إلى حبسه» (٢) .

وقال ابن قدامة : «ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته» (٣) .

وقال القاضى ابن العربى : «إذا لم يكن المديان غنياً فمطله عدل وينقلب الحال على الغريم فتكون مطالبته ظلم لأن الله تعالى يقول : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾» (٤) .

(١) الحديث صحيح متفق عليه .

(٢) فتح البارى ٤ / ٣٦٢ .

(٣) المغنى ٤ / ٢٩٠ .

(٤) عارضة الأحوذى فى شرح الترمذى ٦ / ٤٧ .

وقال ابن رشد: «لأن المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء فإذا ثبت الإعسار، فلا سبيل إلى المطالبة ولا إلى الحبس بالدين لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر»^(١).

أما بيان ضابط الإعسار الذى يوجب الإنظار: فقد عَرَفَ علماء اللغة الإعسار بأنه: الضيق والشدة وقلة ذات اليد^(٢).

وفى الاصطلاح الفقهي: عدم قدرة المرء على أداء ما عليه من مال، أو زيادة الديون والالتزامات على ما عنده من مال^(٣).

وقد ضبط بعض العلماء الإعسار الذى يوجب الإنظار بألا يكون للمدين مال فائض عن حوائجه الأصلية يفى بدينه.

وذكر ابن رشد أن للمدين حالتين:

١ - إما أن يكون معدماً أى نفذ ماله كله فلم يبق عنده ما ينفقه على نفسه وعياله، فضلاً عن وفاء دينه، فهذا يجب على الدائن إنظاره لا محالة.

٢ - وإما ألا يكون معدماً لكنه يملك بعض المال، ولكنه قليل لا يكاد يكفيه للانفاق على نفسه وعياله بالمعروف وقضاء دينه إلا بمشقة وضرر، فإنظاره مرغّب فيه ومندوب إليه^(٤).

أما إذا كان المدين موسراً ولكنه يماطل فى سداد ما عليه من ديون ويهرب أمواله حتى لا يستطيع الدائن إثبات يساره فهذا هو الذى لا يمهّل ولا يترك وتتخذ ضده من الإجراءات المشروعة التى تأخذ منه الدين جبراً، وتتناول الإجراءات التى يتخذها البنك مع المدين المماطل فى المسائل الآتية:

المسألة الأولى: حلول كافة الأقساط اللاحقة فوراً (حلول الدين بالمماطلة):

ذكرت هذه المسألة فى بعض كتب الحنفية، حيث جاء فى حاشية جامع الفصولين «فى البزازية ولو قال: كلما دخل نجم ولو تؤد فالمال حال صح والمال يصير حالاً»^(٥).

فهذه الأقوال تفيد جواز مثل هذا الشرط وليس هناك ما يمنع من جوازه شرعاً.

(١) المقدمات الممهّدات ٣٠٦/٢.

(٢) لسان العرب ٥٦٣/٤.

(٣) بحث بيع التقسيط د. رفيق المصرى ١٨.

(٤) المقدمات الممهّدات ٣٠٦/٢.

(٥) جامع الفصولين ٤/٢.

المسألة الثانية: التعويض عن ضرر الماطلة:

أثار هذا الإجراء من قبل المصارف خلافاً كبيراً بين العلماء المعاصرين، فبينما اعتبره البعض عملاً مشروعاً رأى الآخرون أنه ربا محرم شرعاً ونتناول هذين الرأيين بشيء من التفصيل.

الرأى الأول: مشروعية التعويض المالي عن الماطلة في سداد الدين.

وهو رأى فريق من العلماء المعاصرين، ومن الهيئات الفقهية: هيئة كبار العلماء بالسعودية، هيئة الفتوى بدار المال الإسلامي، هيئات الرقابة الشرعية ببנקى فيصل الإسلامي والمصرف الإسلامي الدولي^(١).

ودليل هؤلاء ما يلي:

١ - ماطلة المدين في سداد ما عليه من ديون يوقع الضرر بالمصرف، والضرر منهى عنه إذ صح عن النبي ﷺ قوله «لا ضرر ولا ضرار»، كما أنه ظلم وأباح النبي ﷺ عرضه وعقوبته.

٢ - الشرط الجزائي المتضمن لتعويض الدائن ما يقع من ضرر جراء ماطلة المدين من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد له.

٣ - ما رواه البخارى في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرية: أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه.

وقال أيوب عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً، وقال: إن لم آتيك الأربعاء فليس بينى وبينك بيع فلم يجرى، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه.

٤ - فى القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعقود والعهود.

واشترط هذا الفريق للحكم بالتعويض على المدين الماطل ما يلي:

١ - أن يترك تقدير معذرة المدين من عدمها وتقدير ضرر الدائن إلى القضاء ولا يجوز الاتفاق مسبقاً بين الدائن والمدين على تحديد ضرر الدائن من تأخير الوفاء.

٢ - تحدد المحكمة التعويض بما فات الدائن من ربح معتاد في طرق التجارة العامة بأدنى حدوده

(١) د. مصطفى الزرقا بحث «هل يقبل شرعاً الحكم على المدين الماطل بالتعويض على الدائن»، مجلة الاقتصاد الإسلامي، بحوث الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
ومنهم د. صديق الضير، الشيخ عبد الحميد السائح، الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع وغيرهم.

العادية لو أنه قبض دينه في موعده واستثمره بالطرق المشروعة الحلال في الإسلام ولا عبرة لسعر الفوائد المصرفية.

٣ - ألا يكون المدين معسراً.

وقد نوقش أصحاب هذا القول فيما ذهبوا إليه من وجوه:

١ - إن الاستدلال بحديث لا ضرر ولا ضرار يدل على أن إزالة الضرر يجب أن تكون بطريق مشروع وليس بمنهى عنه، كما أن النص لا يفيد صراحة أو إشارة على أن إزالة ضرر المظل يكون بالتعويض، ولو كان هذا النص يدل على أن ضرر المماطل يزال بفرض المال عليه لكان ذلك واجباً، ولوجب على كل قاضٍ أو مفتى أن يقول به لكن لا يوجد في التاريخ من فعل ذلك مع كثرة قضايا المظل في كل عصر ومصر.

٢ - إن ضرر الدائن المعترف به شرعاً هو أنه لم يدفع إليه مبلغ الدين في وقته المحدد وإزالة هذا الضرر أن يسلم إليه ذلك المبلغ، وليس من حقه المشروع ما يزيد على مبلغ الدين فإنه ربا.

٣ - القول بأن الدائن لو حصل على مبلغ دينه في وقته المحدد لربح فيه الأرباح ففوات هذه الأرباح ضرر ينبغي أن يزال من قبل من تسبب في هذا الضرر قول غير مسلم به فقهاً وشرعاً، وإنما سلمت به النظريات الربوية، حيث تعتبر أن النقود مدرة للربح في نفسها بحساب كل يوم، لكن هذا المبدأ غير معتبر في الإسلام وإلا لكان الغاصب والسارق أولى بتطبيقه عليه، ولكن لا يوجد في تاريخ الفقه الإسلامي أحد ذهب إلى فرض التعويض المالى على غاصب النقود أو السارق لكونه فوت ربحها على المغصوب منه في مدة الغصب أو مدة السرقة، والمدين المماطل لا يتجاوز من أن يكون سارقاً أو غاصباً، ولم تفرض الشريعة على كليهما أى تعويض مالى، وكون الغاصب يضمن منافع الأعيان المغصوبة فإنما هذا يرد في الأعيان لا في النقود.

٤ - لا يوجد في الفقهاء والمحدثين من فسر العقوبة الواردة في الحديث «لى الواجد يحل عرضه وعقوبته»، بالعقوبة المالية على اختلاف بينهم في جواز التعزير بالمال، ومن فسرهما بذلك فالتعزير يحكم به حاكم لا الدائن نفسه، فكيف تنطبق هذه العقوبة على التعويض الذى يطالب به الدائن نفسه بدون حكم أى حاكم؟ (١).

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى تخريج جواز التعويض المالى للدائن على الأحكام الشرعية الآتية:

١ - لا يقاس التعويض المالى على ما لحق الدائن من خسارة بل يقاس بما حققه المدين من ربح خلال المدة التى امتنع فيها عن الوفاء تخريجاً على ما جاء فى المغنى:

(١) أحكام البيع بالتنقيط، مرجع السابق.

«إذا غصب أثماناً فاتجر بها، أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها، فقال أصحابنا: الربح للمالك والسلع المشتراة له»^(١)، ومثله من يمنع الدين من الدائن عند حلول الأجل دون عذر شرعي^(٢).

٢ - يخرج تعويض المصرف عن التأخير في الوفاء بالدين على أساس مضاربة المثل، فالمدين الذي يحبس الدين عن الدائن عند حلول الأجل دون عذر شرعي، وهو ممن يمارسون التجارة ويعملون في مجال الاستثمار، يكون قد استثمر مبلغ الدين دون اتفاق فيلزمه حصة رأس المال في الربح، كما فعل عمر بن الخطاب مع ولديه.

٣ - يخرج تعويض المصرف عن التأخير في وفاء الدين عند حلول الأجل على أساس التعزير بأخذ المال من ارتكب معصية لا حد فيها ولا كفارة وإعطائه لمن أصابه ضرر من جراء ذلك. وتناقش هذه التخريجات بما يلي:

١ - ضمان الغاصب لا يصح في النقود المغصوبة فإن منافع المغصوب عند من يقول بالضمان في الأعيان المغصوبة لا في النقود، حتى لو اتجر بالنقود المغصوبة وبيع فيها فالربح لا يقضى به للمغصوب في أصح القولين عند الشافعية، وهذا في الربح الذي تحقق فعلاً فما بالك في الربح المتوقع فقط؟^(٣).

ويرد على هذه المناقشة:

إن المذاهب قد اختلفت كلمتها في هذه المسألة ولا يحتج بمذهب على مذهب، قال ابن قدامة: «وإذا غصب أثماناً فاتجر بها أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها، فقال أصحابنا: الربح للمالك والسلع المشتراة له، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك، وعن أحمد: أنه يتصدق به»^(٤).

وقال الشيرازي في المهذب: «وإن غصب دراهم فاشتري سلعة في الذمة ونقد الدراهم في ثمنها وبيع ففي الربح قولان، قال في القديم: هو للمغصوب منه لأنه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد، فعلى هذا يضمه الغاصب إذا تلف في يده كالثمرة والولد، وقال في الجديد: هو للغاصب لأنه بدل ماله فكان له»^(٥).

(١) المغنى ٥/١٥٩.

(٢) عقد المراهبة، د. محمد الشحات الجندي ٢٢١.

(٣) أحكام البيع بالتقسيط ٣٧.

(٤) المغنى ٥/١٥٩.

(٥) المهذب ١/٣٧٠.

وقال الكاساني: «وأما الغلة فللغاصب عندنا»^(١)، وهو ما يفيد كلام الحصكفي في الدر: «وبخلاف منافع الغصب استوفاهما أو عطلها فإنها لا تضمن عندنا»^(٢)، إلا أن أبا حنيفة ومحمد يرون التصديق بالغلة لأنها خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان سبيلها التصديق، وعند أبي يوسف لا يلزم الغاصب التصديق بشيء لأنه ربح مضمون مملوك.

وقال ابن رشد: «وأما ما اغتلت منها بتصرفها وتحول عينها كاللدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح، فالغلة له قولاً واحداً في المذهب، وقال قوم: الربح للمغصوب منه، وهذا أيضاً إذا قصد غصب الأصل، وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق، ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى كان مما يزال به أو بما لا يزال به»^(٣)، ويقول ابن رشد: «وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام: «الحراج بالضمنان» وقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق».

فحاصل المسألة أن المذهب عند الحنابلة والقديم عند الشافعية أن منافع المغصوب للمالك، والمذهب عند الشافعية والحنفية والمالكية أن منافع المغصوب للغاصب.

٢ - التخريج على أساس التعزير بأخذ المال فيرد عليه:

أن التعزير^(٤) والعقوبة لا يستقل آحاد الناس ولا الدائن بتوقيعها، بل لابد أن يحكم بها حاكم، لكن هل يجوز أن يكون التعزير بالمال؟

يرى الحنفية أن التعزير لا يكون بأخذ المال، وفي قول عندهم يجوز إلا أنه يكون بإمساكه عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه فإن أيس من توبته صرفه إلى ما يرى، والمذهب الأول.

جاء في الدر «لا بأخذ مال في المذهب (بحر) وفيه عن البزازية، وقيل يجوز ومعناه: أن يمسه مدة لينزجر ثم يعيده له، فإن أيس من توبته صرفه إلى ما يرى، وفي المجتبى أنه كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ»^(٥).

وعند الشافعية في الجديد أنه لا يجوز بأخذ المال قال عميرة: «ولا يجوز على الجديد بأخذ المال»^(٦).

وعند المالكية يقول الدسوقي: «ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً وما روى عن الإمام أبي

(١) بدائع الصنائع ١٥٤/٧.

(٢) شرح الدر المختار ٥٦١/٢.

(٣) بداية المجتهد ٢٤١/٢.

(٤) التعزير: لغة المنع، وشرعاً: العقوبة المشروعة على معصية أو جناية لا حد فيها ولا كفارة.

(٥) شرح الدر المختار ٦٥/٢.

(٦) حاشية عميرة على شرح المحلى للمنمهاج ٢٠٥/٤.

يوسف صاحب أبي حنيفة من أنه جوز للسلطان التعزير بأخذ المال فمعناه كما قال البزازی من أئمة الحنفية أن يمسك المال عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه لا أنه يأخذه لنفسه أو لبيت المال، كما يتوهمه الظلمة، إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعى، أى كسراء أو هبة^(١).

وعند الحنابلة يقول ابن قدامه: «والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ، ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به، ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالإتلاف»^(٢).

ووجه هذا رأى عند الفقهاء أنه يخشى من إباحتها أن تغرى الحكام الظلمة بمصادرة أموال الناس بالباطل، وتودى إلى تمييز الأغنياء على الفقراء لأن الغنى يستطيع أن يدفع دائماً، أما الفقير فلا يستطيع ذلك.

ولذلك قد تنتقض هذه الوجوه فى عصرنا الحاضر، حيث نظمت شئون الدولة وروقت أموالها، وحيث تقرر الهيئة التشريعية الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة المالية، وحيث ترك توقيع العقوبات للمحاكم، فلم يعد هناك خوف من مصادرة أموال الناس بالباطل، وكذلك وجدت جرائم بسيطة كالتخالفات بحيث يستطيع أكثر الناس دفعها، ثم إن الهدف من التعزير هو التأديب، وقد يحصل التأديب بأخذ المال كما يحصل بغيره^(٣).

وقد ذهب إلى جواز التعزير بالمال ابن تيمية وابن القيم، يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين:

«وهذا الجنس من العقوبات (تغريم المال) نوعان: نوع مضبوط، ونوع غير مضبوط، فالمضبوط ما قابل المتلف... وأما النوع الثانى: غير المقدر، فهذا الذى يدخله اجتهاد الأئمة بحسب المصالح، ولذلك لم تأت فيه الشريعة بأمر عام، وقدر لا يزداد فيه ولا ينقص كالحدد، ولهذا اختلف فيه الفقهاء هل حكمه منسوخ أو ثابت، والصواب: أنه يختلف باختلاف المصالح ويرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة فى كل زمان ومكان بحسب المصلحة إذ لا دليل على النسخ، وقد فعله الخلفاء والراشدون ومن بعدهم من الأئمة».

وقد أثبت ابن القيم وقوع التغريم بالمال فى مواضع منها: تحريق متاع الغال من الغنيمة، منها: حرمان سهمه، منها: إضعاف الغرم على سارق الثمار المعلقة، منها: إضعافه على كاتم الضالة الملتقطة منها: أخذ شطر مال مانع الزكاة^(٤).

وبناء على ما تقدم فإن التعزير بالمال جائز ومشروع لكن يترك أمر تقديره إلى الحاكم.

(١) حاشية الدسوقي ٣٥٥/٤.

(٢) المغنى لابن قدامه ١٤٩/٩.

(٣) التشريع الجنائى، عبد القادر عودة ٧٠٦/٢.

(٤) إعلام الموقعين ٦٦/٢، الحسبة لابن تيمية ٥٢.

٣ - التخريج على أساس مضاربة المثل وما فعله عمر مع ولديه فيرد عليه :

أن ولدى عمر قد استثمرا المال بالفعل وربحاً فيه، أما الماثل فقد لا يستثمره ولا يربح، فضلاً عن ذلك فإنهما أخذ المال بداية من أبى موسى الأشعري لاستثماره، وقد أذن لهما فى ذلك، وعندما رأى عمر أن أبا موسى قد خصا ولديه بذلك محاباة لهما لأنهما ولدى خليفة المسلمين أبطل ذلك، وقضى بأن يؤديا جميع المال وربحه، ثم كان رأى أن يؤديا نصف الربح لأنهما كانا يضمننا المال لو هلك .

الرأى الثانى : عدم جواز التعويض المالى :

وهو رأى فريق من المعاصرين^(١) والمجمع الفقهى لرابطة العالم الإسلامى .

وحجة هؤلاء أن التعويض المالى عن التأخر فى سداد الدين هو الربا الذى حرمه الله ورسوله .

يقول الدكتور زكى الدين شعبان : وتصوير الربا الذى حرمه الله على هذا الوجه يدخل فيه - بلا ريب - الفائدة التى يأخذها الدائن فى مقابل التأخير فى دفع ثمن المبيع الذى لم يدفعه المشتري عند حلوله، وهى ما أجازها القانون الوضعى وعرفت فيه بفائدة التعويض .

ويقول الدكتور نزيه حماد : أما اتجاه بعض الباحثين المعاصرين إلى القول بمشروعية الحكم على المدين الماثل بالغرامة المالية جزاء مطله لجبر الضرر الذى لحق بالدائن على أساس سعر الفائدة فى المدة التى تأخر فيها عن وفاء الحق أو بمعيار عائد الاستثمار فى تلك الفترة لدى مصرف من المصارف الإسلامية أو غيرها، أو بمقدار ما فات الدائن من ربح معتاد فى طرق التجارة العامة بأدنى حدوده العادلة، لو أنه قبض دينه فى موعده واستثمره بالطرق المشروعة المتاحة كالمضاربة والمزارعة، فليس بسديد وما التعويض المالى للدائن فى هذا الرأى إلا فائدة ربوية، مهما اختلفت التسميات واختلفت مقاييس تقديره، ولا يحل استبدال التعويض الربوى المستقى من النظام الرأسمالى بالمؤيدات الشرعية التى نص عليها الفقهاء .

كما حذر أصحاب هذا القول بأن فتح باب التعويض التأخيرى يؤدى إلى إباحة الربا المحرم، كما حدث مع الكنيسة، فقد كانت الديانة النصرانية تحرم الربا بين النصارى وغيرهم وتتشدد فيه، غير أن تمسكهم بتحريم الربا اضمحل وضعف فى القرنين السادس عشر والثامن عشر على إثر الانتقادات التى وجهت إليهم والعوامل الاقتصادية الجديدة، فأجازوا للمقرض أن يتقاضى تعويضات من المقرض عما فاته من الربح بسبب القرض، ويجب أن يحصل اتفاق على هذا مقدماً، ثم أجازوا للمقرض أن يأخذ من المقرض ربحاً قليلاً لتأمين خطر الضياع الذى يتعرض له

(١) ومنهم د. ذكى الدين شعبان، ود. نزيه حماد، ود. محمد عثمان شبير - بالجامعة الأردنية، ود. عبد الناصر العطار وغيرهم - أعمال ندوة بيت التمويل الكويتى .

ماله المقرض، ثم أجازوا الشرط الجزائي... إلى أن أجازوا الفوائد الربوية المعتدلة غير المبالغ فيها^(١).

وانتهى قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩م إلى أن: الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو قرض باطل ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل سواء كان الشرط هو المصرف أو غيره لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه.

وقد نوقش أصحاب هذا القول بأن هناك فرقاً بين التعويض الذي يدفعه الماطل والفائدة الربوية من وجوه:

١ - الفائدة الربوية تلزم المدين في كل حال سواء كان معسراً أو موسراً، أما التعويض فلا يلزمه إلا إذا ثبت كونه موسراً، أما المعسر فلا يلزم بأداء أى تعويض.

٢ - الفائدة الربوية تلزم المدين فور تأخره في الأداء ولو كان التأخير ليوم واحد، أما التعويض فلا يلزمه، إلا إذا ثبت كونه ماطلاً وبعد إخطاره من قبل المصرف، وفي العادة لا يلزمه التعويض إلا بعد انتظار شهر من حلول الأجل.

٣ - الفائدة الربوية تلزم في كل حال، والتعويض لا يجب على المدين، إلا إذا تحققت أرباح في مدة الماطلة في حساب الاستثمار عند المصرف، فإن لم تتحقق أرباح في حساب الاستثمار عند المصرف فلا يطالب المدين بشيء.

٤ - الفائدة الربوية نسبتها معلومة للجانبين من أول يوم من الدخول في اتفاقية الدين، أما التعويض فلا يمكن معرفة نسبته عند الدخول في اتفاقية المراجعة، وإنما يتعين نسبته على أساس نسبة الأرباح الفعلية التي سوف تتحقق خلال مدة الماطلة.

وقد ردّ على هذه الفوارق بما يلي:

١ - الفرق الأول وهو أن التعويض لا يطالب به من قصر في الأداء من أجل الإعسار، فالرد هنا: أن إعسار المدين ويساره من الأمور التي يتعذر على المصرف التثبت فيها في كل قضية منفردة، فإن كل مدين يدعى أنه معسر ولا سبيل للمصرف إلا برفع الأمر إلى القضاء، ولذلك فإن الواقع العملي الذي تسير عليه المصارف أنها تصرح في اتفاقاتها بأن المدين يعتبر موسراً إلا في الحالة التي يقضى عليه بالإفلاس قانوناً، ومن المعلوم أن الإفلاس القانوني حالة نهائية لا توجد إلا نادراً، كما أن هناك كثيراً من الذين لم يحكم عليهم بالإفلاس، ولكنهم

(١) بحوث الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي - مرجع سابق، الفتاوى الاقتصادية.

معسرون بكل معنى الكلمة، فكيف يمكن أن يقال: إن المصارف لا تطالب بالتعويض إلا فى حالة يسار المدين؟!

٢ - الفارق الثانى وهو محاسبة التعويض بعد شهر من حلول الأجل فإنه على تقدير كونه معمولاً به فى المصارف، لكنه لا يعدو من أن يكون فرقاً لمدة شهر فحسب.

٣ - الفارق الثالث والرابع، وهو كون وجوب التعويض متوقفاً على حصول الأرباح فى مدة الماطلة، وكون نسبة التعويض غير معلومة من جهة كونها مبنية على حساب نسبة الأرباح، فإن هذا صحيح نظرياً، لكن من الناحية العملية فإن معظم العمليات المصرفية تدور حول المربحة المؤجلة، وإن تحقق الربح ونسبته فى هذه العمليات معروفة لدى المصرف ولدى عملائه، فأصبحت نسبة التعويض معروفة لدى الفريقين، ثم إن معظم المصارف تحاسب أرباحها بعد كل ستة أشهر، فلا تكون الأرباح معلومة بالضبط إلا عند نهاية كل فترة، فلو كانت مدة الماطلة فى أثناء هذه الفترة، فكيف تعرف الأرباح الحاصلة فى هذه الفترة بالضبط؟

وقد اقترح البعض خروجاً من هذا الخلاف إلى حل مؤقت، وهو أن يلتزم المدين عند توقيعه على العقد بأنه إذا قصر فى أداء واجبه المالى فسوف يتبرع بمبلغ معلوم النسبة من الدين إلى بعض الجهات الخيرية ويسلم ذلك المبلغ إلى المصرف بالنيابة عنه إلى تلك الجهات، ولا تملك هذه المبالغ للمصارف، وإنما تكون أمانة عنده للمصرف فى الجهات الخيرية.

والمستند الشرعى لهذا الالتزام أن الالتزام بالتبرع جائز عند جميع الفقهاء، ويلزم قضاء عند المالكية، ثم إنه يفيد فى الضغط على المدين لأداء دينه فى الوقت المحدد ويسد باب الماطلة، ولا يعتبر ربا لأنه لا يدخل فى ملك المصرف، بل يصرف إلى الجهات الخيرية^(١).

وقد اقترح أيضاً بدائل للمصرف يستطيع من خلالها أن يحصل على دينه المستحق لدى المدين منها:

١ - يجوز للدائن فى حال تعثر المدين فى سداد الدين أن يشتري جزءاً من عين السلعة التى سبق أن باعها إلى المدين بحيث يصبح شريكاً للمدين فيها وتجرى المقاصة بين الدين وبين ثمن ما اشتراه من المدين.

ولا يندرج هذا فى بيع العينة بسبب مرور فترة تحصل بها حوالة الأسواق (تغير الأسعار).

٢ - يجوز للدائن أن يشتري المعدات التى باعها إلى المدين أو جزءاً منها، ثم يؤجره إياها مع إجراء المقاصة فيما بين الدين و ثمن المعدات، ولا مانع من أن يقع بعد هذا الإيجار للمعدات وعد

(١) أحكام البيع بالتقسيط - محمد تقى العثمانى - مرجع سابق.

من البنك بتسليمك المستأجر إياها أو هبتها له فى نهاية مدة الإيجار على أن يقع عقد البيع لاحقاً فى حينه وتراعى الضوابط الشرعية لكل من عقد الإجارة وعقد البيع الثانى لها.

٣ - يجوز للدائن أن يفسخ البيع ويسترد المبيع إذا كانت السلعة باقية بحالها ولم يتصرف فيها المشتري ببيع أو هبة أو رهن ولم يطرأ عليها تغيير^(١).

موازنة وترجيح:

قبل ترجيح أحد الرأيين لابد من إيراد ما يلى:

أولاً: اتفق العلماء على أن مما طلة الغنى حرام شرعاً، بل قال الجمهور: إن فاعله يفسق به، يقول ابن حجر فى الفتح: «واختلف هل يعد فعله عمداً كبيرة أم لا؟ فالجمهور على أن فاعله يفسق، لكن هل يثبت فسقه بمطله مرة واحدة أم لا؟ قال النووى: مقتضى مذهبنا اشتراط التكرار، ورده السبكى فى شرح المنهاج بأن مقتضى مذهبنا عدمه، واستدل بأن منع الحق بعد طلبه وابتغاء العذر عن أدائه كالغصب والغصب كبيرة، وتسميته ظلماً يشعر بكونه كبيرة والكبيرة لا يشترط فيها التكرار، نعم لا يحكم عليه بذلك إلا بعد أن يظهر عدم عذره»^(٢).

ثانياً: حديث «لى الواجد يحل عرضه وعقوبته» رواه أحمد والنسائى وأبو داود والحاكم فى المستدرک وصححه، وكذا صححه السيوطى فى الجامع الصغير، لكن لم يقل أحد من العلماء فى مراد الحديث بأن يدفع الدائن للمدين مبلغاً مالياً من باب جبر الضرر، قال ابن المبارك: «يحل عرضه يغلظ له، وعقوبته يحبس له»^(٣)، وقال النووى: «قال العلماء: يحل عرضه بأن يقول: ظلمنى ومظلمنى، وعقوبته الحبس والتعزير»^(٤)، وقال سفيان: عرضه يقول: مظلمنى، وعقوبته الحبس»، وقال أحمد: عرضه شكايته وعقوبته: حبسه»^(٥).

ثالثاً: إن الشريعة الإسلامية جوزت أخذ الضمانات الكافية للوفاء بالدين، وعلى الدائن أن يستخدمها ليحصل دينه ويلجأ إلى التنفيذ على أموال المدين، وغير ذلك من الأوجه.

وقد نتساءل: إذا كان الدائن وهو هنا المصرف قد انتقى عملاءه بدقة وطلب منهم ضمانات كافية تزيد على عشر ضمانات وأعطى لنفسه الحق فى طلب ما يشاء من ضمانات أخرى، ثم يعجز بعد كل ذلك عن استيفاء حقه من تلك الضمانات، ويطالب بعد ذلك بتعويض؟!

(١) الندوة الفقهيّة الرابعة لبيت التمويل الكويتي ٢٧٦، ٢٧٧.

(٢) فتح البارى ٤/٥٤٤.

(٣) سنن أبى داود ٣/٣١٤.

(٤) شرح النووى على مسلم ١٠/٢٢٧.

(٥) فتح البارى ٥/٧٦.

إن مماثلة المدين بعد كل ذلك وعدم كفاية الضمانات التي قدمها لخطأ يرجع إلى المصرف في تقصيره وعدم استيثاقه وثبته من المتعاملين معه .

رابعاً: لا ننكر أن مماثلة المدين في سداد ما عليه من ديون تلحق الضرر بالمصرف وبأموال المودعين، إلا أن ذلك هو سمت التجارات فهي تقبل المخاطرة والغنم بالغرم، فقد قبل المصرف البيع إلى أجل مع زيادة سعر السلعة عن البيع الحال، وقد يعرضه ذلك لمخاطر عدم السداد وإعسار المدين وغير ذلك .

ولهذا فإنني أميل إلى الرأي القائل بعدم جواز أخذ المصرف التعويض المالي بسبب مماثلة المدين في سداد ما عليه من أقساط، وذلك لقوة الأدلة التي استند إليها المانعون، وأن المصرف أمامه الكثير من الوسائل والسبل لأخذ حقه، وإن لم يكف كل ذلك فلن يجدى فرض تعويض عليه ..