

دكتور عبد الحميد محمود البعاي

كلية الشريعة والقانون بدمنهور
جامعة الأزهر

الاستثمار والرقابة الشرعية

في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية
دراسة فقهية وقانونية ومصرفية

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة - ت ٣٩١٧٤٧٠

الطبعة الأولى

١٤١١ هـ — ١٩٩١ م

جميع الحقوق محفوظة

دار الفکر للطباعة والنشر
٩٢٥٣٠٦
الأزهر، ٣٠ مينا، أبو موسى، جوار جامع الأزهر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

١ - يقول الله تعالى : ﴿ ولقد صرفنا في هذا القرآن للناس من كل مثل ، وكان الانسان أكثر شيء جدلاً ﴾ (١) .

فالقرآن الكريم بكلياته وجزئياته منھاج حياة لأولى الألباب يكفل للناس الخير فى الحياة الأولى وفى الآخرة ، وتوضحه السنة النبوية تبيانا لكل شيء ما احتاج الناس الى بيان وهداية • وتطهير المال والاقتصاد من الباطل بكافة صورته وأساليبه قصة عمل وكفاح البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية ورجالها الصادقون فيما عاهدوا الله عليه فى أن يخلوا حلاله ويحرموا حرامه ما استطاعوا الى ذلك سبيلا .

ويشاء قدر هذه المؤسسات أن تظهر فى وقت عم فيه الفساد والافساد فى العالم شرقه وغربه وشاعت البلوى فى التعامل بالمحرم وتعافتت المشاكل من كل نوع حتى إن الانسان أصبح هلوعا جذوعا يؤسا كنودا منوعا لا ملجأ له من الله الا اليه بتطبيق شريعته والعمل بأحكام الاسلام ، ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يتقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين خسر الدنيا والآخرة وأولئك الذين ضل سعيهم فى الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا •

لذلك كانت المحددات الشرعية والضوابط الأصولية للعمل المصرفى الاسلامى توضح هويته وتبرز عالميته حتى تربوا أموال الناس بالحق

(١) الكهف : ٥٤

وتتسع لتلبية وسد حاجاتهم المتعددة والمتجددة فى كل زمان ومكان
وبحسبه رفعا للضيق ودفعاً للمشقة وجلباً للتيسير وتحقيقاً للخير
فى حياة الناس جميعاً .

ومن هنا كانت التبعة الملقاة على عاتق تلك المؤسسات المالية
والمصرفية الاسلامية بكل أشكالها وكان الإبتلاء الذى يواجهه العاملون
فيها مستخدمين فى ذلك كل أدوات العصر ومستحدثاته أو منجزاته
الهائلة .

وقد فرض كل ذلك اعداد هذا البحث تبيانا للضوابط الشرعية
الحاكمة فى كل مراحل عمل ونشاط المصرف الإسلامى محيلين فى
التفاصيل والجزئيات الى مظانها العلمية والعملية وأعمال لجان الفتوى
والهيئات الشرعية .

ومما يجدر التنويه به أن تناولنا للموضوعات الفقهية أو القانونية
أو المصرفية اما هو بالقدر اللازم لحاجة الموضوع محل البحث دون
الاستطراد الى مسائل أخرى قد تكون من مكملات الموضوع الفقهى
أو القانونى أو المصرفى من حيث هذا الموضوع فى ذاته .

كما قد يستلزم الأمر التعرض للمسألة أكثر من مرة ولكن من
زاوية أخرى أو لارتباطها بالموضوع محل البحث من ناحية جديدة .



٢ - تجربة العمل المصرفى والاقتصادى الإسلامى :

تأتى كتابة هذا البحث فى ظروف خطيرة تمر فيها البنوك والمؤسسات
المالية والاستثمارية الاسلامية بعملية تقييم شاملة ، ونظرة واعية فاحصة
ومدققة ، ولا بد ازاء كل ذلك أن تقف تلك المؤسسات وقفة حساب
ومحاسبة حتى لا تفرط أو تفرط فلا يفرط عليها أو تفرط هى فى
أمر نفسها ، وهنا لا بد من أمرين جوهرين هما :

١ - المراجعة والتنقيش والوقوف على ما عساه أن يكون موجودا من قصور أو تفریط فى الأموال والأعمال والأشخاص .

٢ - الرؤية النافذة المستقبلية لما يجب أن تكون عليه تلك المؤسسات بكل مكوناتها من استيعاب لمستحدثات العصر الفنية والادارية والتنظيمية وتقديم البدائل ذات الطبيعة الخاصة والمستخلصة من أصولها والمحقة لمقاصدها والملبية لحاجاتها المتعددة والمتجددة باستمرار حتى لا تتخلف تلك المؤسسات بجمودها عن اثبات وجودها المتجدد وتحقيق المقدرة والكفاءة الكافية والملائمة فى كل زمان ومكان وبحسبهما .

لقد كانت أول محاولة قانونية أو نظامية للعمل المصرفى والاقتصادى الاسلامى باصدار نظام بنك ناصر الاجتماعى فى مصر سنة ١٩٧١ ، اذ نص قانون البنك ونظامه الأول مرة على عدم التعامل بنظام الفائدة أو الربا أخذاً وعطاء .

ثم كانت أول تجربة عملية للعمل المصرفى الاسلامى الجاد والحقيقى بانشاء بنك دىبى الاسلامى فى سنة ١٩٧٥ تلتها تجربة بيت التمويل الكويتى فى مارس سنة ١٩٧٧ ثم بنك فيصل الاسلامى المصرى فى أغسطس سنة ١٩٧٧ والسودانى سنة ١٩٧٧ وهكذا كثرت البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية .

ومما يجدر ذكره أن هناك كيانات مالية واستشارية ظهرت على الساحة العملية وفى المجال الاقتصادى ، واتخذت من الشريعة الاسلامية شعارا لممارساتها ، وأكثر من ذلك اذ نصت هذه الكيانات فى نظمها الأساسية على ذلك المبدأ ولكنها لم تكن قد أعدت لهذا الأمر عدته لا على المستوى العلمى أو الفكرى أو الفقهى ولا على المستوى التنظيمى والادارى ولا على المستوى التشغيلى أو توظيف أموالها بما يكفل حفظها والمحافظة عليها فتمخض كل ذلك عن أسوأ كارثة اقتصادية لم تكند تفق منها المجتمعات التى ظهرت فيها تلك الكيانات الاقتصادية ، وألقت

بظلالها الكثبية على النفسية العامة للناس ووقع من الفساد والتهاجر في مصالحي العباد ما أثر على حياتهم اليومية .

ومثل تلك الكيانات التي فعلت غير ما قالت ضربه الله للناس في القرآن آية فقال تعالى : ﴿ مثلهم كمثل الذي استوقد نارا فلما اضاءت ما حوله ذهب الله بنورهم وبركهم في ظلمات لا يبصرون ﴾ (١) . والتشبيه في الآية غاية البلاغة فالنار اشراق واحراق ، ولو صدق مشعلوها لأضاءت وأسرت ، ولو كذبوا أحرقت ودمرت ، ولقد ساعد على اشعالها تجريد الحلات الاعلانية المضللة بغير حماية ، ولذلك كان النور في الآية بصيغة المفرد ، لأن سبيل الحق واحد ، وكانت الظلمات بصيغة الجمع لأن سبل الضلال كثيرة .

كما نأتمى الكتابة في هذا البحث وقد تخطت المؤسسات المالية والاستثمارية الاسلامية ذات الأنظمة القانونية الصادقة في كل مكان من الأرض مرحلة التجريب والتجربة وأصبحت ذات نظم قانونية مستقرة ، ومن ثم تعمل في اطار من الشرعية الدستورية والقانونية التي تمثل جزءا من سيادة الدولة ، وبذلك أصبحت هذه المؤسسات من معالم النشاط الاقتصادي العالمي والمحلى على المستوى الجزئى والكللى فى الاقتصاد، ويتعين بالتالى أن يحسب حسابها فى السياسات الاقتصادية والنقدية والمصرفية والمالية حتى يسكن الاستفادة بها ومنها بالقدر الملائم والأسلوب الأمثل لطبيعة نشاطها وأدائها وتنظيماتها .

ولا يجب أن تنتهى من مقدمة البحث بغير أن نركز على البنك الاسلامى للتنمية بجدة الذى مر فى انشائه بالمراحل الآتية :

١ - صدر بيان العزم بائشاء البنك الاسلامى للتنمية فى الاجتماع الأول لوزراء الدول الاسلامية بمنظمة المؤتمر الاسلامى الذى عقد فى مدينة جدة فى ٢٤ من ذى القعدة سنة ١٣٩٣ هـ (١٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٣ م) .

٢ - فى ٢٢ زجب من عام ١٣٩٤ هـ (١٠ أغسطس سنة ١٩٧٤ م)
صادق المؤتمر الثانى لوزراء مالية الدول الاسلامية الذى انعقد بجدة
على اتفاقية تأسيس البنك الاسلامى للتنمية على أن يبدأ سريان هذه
الاتفاقية فى ١٢ من ربيع الآخر عام ١٣٩٥ هـ (٢٣ من ابريل سنة ١٩٧٥ م) *
٣ - عقد بمدينة الرياض الاجتماع الافتتاحى لمجلس محافظى البنك
الاسلامى للتنمية فى ١٧ من رجب عام ١٣٩٥ هـ (٢٦ من يوليو
سنة ١٩٧٥ م) وتم الافتتاح الرسمى للبنك فى ١٥ من شوال عام ١٣٩٥ هـ
(٢٠ من أكتوبر سنة ١٩٧٥ م) *

وبذلك استغرقت عملية انشاء البنك حتى افتتاحه أكثر من ثلاث
سنوات كاملة ولا شك أنه حدث مصرفى واقتصادى اسلامى عالمى
من وقت انشائه وحتى الآن أكثر من أى وقت مضى اذ بلغ عدد أعضائه
(٤٥) دولة من دول منظمة المؤتمر الاسلامى *

والبنك فى تحقيق أهدافه وأسلوب نشاطه يعمل طبقاً لمبادئ
الشريعة الاسلامية السمحة *

وتفرض المتغيرات والمستجدات الدولية الحالية وعلى رأسها تهاوى
النظام الاشتراكى فى أصوله الفكرية لعجزه عن أن يقدم الخبز لأهله بعد
تجريب - لم يرق الى كونه تجربة - استمر أكثر من سبعين عاماً من
الزمان امتطى فيها الانسان الفضاء وصعد الى الكواكب الأخرى غير
كوكب الأرض *

كما تفرض الأزمات الاقتصادية الطاحنة والمجاعات المييدة والمنتشرة
والغلاء الجموح والبطالة الكئيبة وما يصاحبها من تفشى ظواهر الاجرام
الحديث وما واكب كل ذلك من انحلال بكل مظاهره ، كل ذلك يفرض
على البنك الاسلامى للتنمية بوصفه بنك الدول والحكومات الاسلامية
فى منظمة المؤتمر الاسلامى أن يتحمل مسئوليته التاريخية فى قيادة العمل
المصرفى والاستثمارى والاقتصادى الاسلامى ، وترشيد وحماية النماذج

المصرفية والاستثمارية الاسلامية القائمة فى بقاع الأرض من خلال
قنوات قوية وروابط متينة تتعدد أشكالها وتنوع صيغها ويكون بحق
بنك البنوك .

« رب اشرح لى صدرى . ويسر لى امرى . واحلل عقدة من
لسانى » (١) .

والله الموفق .

د . عبد الحميد البعلى

* * *

فصل تمهيدى

الأحكام العدلية في مفهوم البنك الإسلامى ونشاطاته

● الأحكام العدلية في مفهوم البنك
الإسلامى .

– الأفراد والوعى التدرىبى
الفقهى .

– البنك الإسلامى يعمل طبقاً
لماصء الشريعة الإسلامىة .

– الحلال والحرام أساس ممارسات
البنك الإسلامى .

– عدم التعامل بالربا بجميع
صوره .

● الأحكام العدلية في نشاطات البنك
الإسلامى .

– أهم ضوابط العقود في الفقه
الإسلامى .

– عقود المشاركات وأهم ضوابطها
في الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

الأحكام العدلية في مفهوم البنك الاسلامى

أولا - الأفراد والوعى التدريبيى الفقهى :

- يقول الله تعالى : ﴿ اقرأ باسم ربك الذى خلق • خلق الانسان من علق •
اقرأ وربك الأكرم • الذى علم بالقلم • علم الانسان ما لم يعلم ﴾ (١) •
ويقول تعالى : ﴿ الرحمن • علم القرآن • خلق الانسان • علمه
البيان ﴾ (٢) •

ومن هذه الآيات الكريمة نستدل على أمرين جوهريين هما :

١ - العلم •

٢ - التطبيق العملى أو الممارسة •

والأمر الأول يسبق الثانى حتما والثانى بغير الأول يكون عشوائيا ،
وكلا الأمرين تجمعهما بوتقة التدريب لاحداث التغيير المطلوب فى المعارف
والاتجاهات والقدرات والمهارات ثم تسميتها مع اكساب مهارات جديدة
باستمرار •

ويعتقب كل ذلك عمليات القياس والتقييم والمتابعة وهكذا حتى
تتهيا الطاقات البشرية القادرة والكامنة لحمل الأمانة وأداء المسئولية .
والعلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية مهمة
ليست سهلة اذ يجب أن تواكب باستمرار حركة الواقع فهما وابداعا
وفى ذلك فليتنافس المتنافسون عطاء غير مجذوذ ، فمن كان يرجو لقاء ربه
فليعمل عملا صالحا فاعمل الصالح عبادة والاستعانة عليه ، واجبة والهداية

(٢) الرحمن : ١ - ٤

(١) العلق : ١ - ٥

الى المطلوب ووضوحه أمر لا بد منه ليتحقق مقصود الشرع من الخلق
فالشريعة مبنية على مصالح العباد في الدنيا والآخرة ، وإخلاص
النية لله تعالى أمر لا بد منه فمن خلصت نيته في الحق ولو على
نفسه كفاء الله ما بينه وبين الناس ومن تزين بما ليس فيه شأفه الله •
(من كتاب عمر في القضاء)

* * *

ثانيا - البنك الاسلامى يعمل طبقا لمقاصد الشريعة الاسلامية :

بالاحكام الشرعية يتم قصد الشارع من وضع الشريعة ، وبامثال
الاحكام تتحقق مصالح الخلق ، والمصالح باعتبار آثارها فى قوام الأمة
تنقسم الى ثلاثة أقسام :

• - الضروريات • - الحاجيات • - التحسينيات •

(أ) الضروريات :

وهى ما لا بد منه فى قيام مصالح الدين والدنيا وتكون الأمة
بمجموعها وآحادها فى ضرورة الى تحصيلها بحيث اذا فقدت لم تجر
مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر وفى الآخرة فوت
النجاة والنعيم ، ومجموع الضروريات خمس هى :

١ - حفظ الدين • ٢ - حفظ النفس •
٣ - حفظ العقل • ٤ - حفظ النسل •
٥ - حفظ المال •

وزاد البعض : العرض •

وعلى هذه الأمور مجتمعة يقوم أمر الدين والدنيا وبالمحافظة عليها
تستقيم الحياة •

(ب) الحاجيات :

وهى ما يحتاج اليه الناس فى حياتهم من حيث التوسعة ورفع الضيق

المؤدى فى الغالب الى المشقة والحرى بفوات المطلوب دون أن يختل نظام حياتهم كما فى الضروريات ، فاذا لم تراعى الحاجيات دخل على الناس فى الجملة الحرى والضيق والمشقة •
ومعظم المباح فى المعاملات راجع الى الحاجى •

(ج) التحسينيات :

هى كل ما يقصد به سير الناس فى حياتهم على أحسن منهاج فيها يكون كمال حال الأمة فى نظامها فالتحسينيات لها وجهان :

أولاهما : يظهر المنهج على أكمل حال ويظهر الناس على أحسن نظام وكلاهما من كمال التشريع وتمامه •

ثانيهما : البعد عن الأحوال التى تأبأها الفطرة وتفر منها العقول السلمية الراجحة وبهذا الوجه يظهر جلال وجمال الوجه السابق للتحسينيات •

وبهذين الوجهين يظهر أن التحسينيات لا ترادف الكماليات على ما هو شائع اذا كانت الأخيرة ما يتصادم مع كمال التشريع أو يظهر الانسان على نحو غير سوى أو غير متوازن ويخرجه عن حد الاعتدال بسقتضى ميزان الشرع •

• الحاجات الأساسية فى ضوء مقاصد الشرع :

المصالح والحاجات الأساسية للناس فى ضوء المقاصد الضرورية تتمثل فيما لا بد منه لقيام أمر حياتهم من عقيدة دينية وغذاء وشراب وملبس ومسكن ومواصلات وصحة وتعليم •• وما يستلزمه الوفاء بتلك الحاجات من حرف وصنائع وتجارات ومن ثم توفير الموارد المالية اللازمة وحسن توزيعها •

ويتبع الضروريات والوفاء بحاجاتها الأساسية توفير ما يرفع الضيق والحرى والمشقة فى حياة الناس من الحاجات الحاجية فيما يتعلق بغذائهم وشرابهم وكسائهم ومسكنهم ••• الخ •

والبنك الاسلامى كمؤسسة مالية يجب أن يضطلع بهذا الدور
الحيوى فى حياة الناس من خلال نشاطه وممارساته *

ثالثا - الحلال والحرام فى ممارسات البنك الاسلامى :

ان معرفة الحكم الشرعى فى مسألة (ما) هى النتيجة (العملية)
لعلم الفقه وعلم الأصول ، فالمجتهد يتعامل مع المسألة المطروحة عليه
فى ضوء معطيات علم أصول الفقه ليستنبط الحكم الشرعى العملى
من الدليل الشرعى التفصيلى *

والحكم الشرعى قد يكون طلب فعل أو الكف عن فعل وتركه أو
التخيير بين الفعل والترك وكل ذلك يسمى بالحكم التكليفى ، وقد يكون
الحكم الشرعى ما فيه جعل الشئ سببا لشئ أو شرطا له أو مانعا منه
وكل ذلك يسمى بالحكم الوضعى ، وسمى الحكم التكليفى «تكليفا» لأنه
يتضمن تكليف الانسان المكلف بالفعل أو الترك أو تخييره بينهما ، وسمى
الحكم الوضعى بذلك لأن فيه وضع الشئ سببا لشئ أو مانعا منه ،
وقد يكون الحكم الوضعى هو الاطار الذى يقع فى داخله متعلق الحكم
التكليفى ، فالصلاة مثلا وهى متعلق الحكم التكليفى لا توجد الا بعد
وجود السبب وهو دخول الوقت ، وتحقق الشرط وهو الوضوء وانتفاء
المانع من نحو الاغماء والحجض *

وتأسيسا على ما تقدم : فان طلب الشارع من المكلف الترك والكف
عن الفعل على سبيل الجزم والحتم والالزام فهو الحرام ، وان كان هذا
الطلب على غير سبيل الالزام أى غير ملزم فهو المكروه ، وان جعل الشارع
المكلف مخيرا بين الفعل والترك فهو المباح *

أما ان طلب الشارع من المكلف على سبيل الحتم والالزام فهو
الواجب ، وان كان طلب الفعل على غير سبيل الالزام فهو المندوب *
وعلى ذلك فالحرام عند الجمهور هو ما طلب الشارع من المكلف

الكف عن فعله على وجه الزوم بدليل قطعى أو ظنى مثل أكل أموال الناس بالباطل ، وأساس تحريم الأفعال ما يكون فيها من ضرر محقق ومفسدة غالبية تترتب على اتيانها •

والمكروه عند الجمهور هو ما طلب الشارع من المكلف الكف عنه على غير سبيل الالتزام بأن كان منهيًا عنه واقترن النهى فقط بما يدل على أنه لم يقصد به التحريم ، وعلى ذلك فالمكروه يمدح تاركه ويثاب إذا نوى بتركه التقرب الى الله ولا يذم فاعله ولا يآثم وإن كان ملوماً مثل ما جاء بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله حرم عقوق الأمهات وواد البنات ومنعا وهات ، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال واضاعة المال » •

أما إن جعل الشارع المكلف مخيراً بين الفعل والتترك فالفعل مباح ويقال له « الحكم التخيري » والمباح هو الحلال مثل قوله تعالى :
« اليوم أحل لكم الطيبات » (١) •

وقد قسم الشاطبي (٢) - رحمه الله - المباح من حيث خدمته للمطلوب الى أربعة أقسام هي :

(أ) مباح بالجزء المطلوب الفعل بالكل على وجه الوجوب : كالبيع والشراء والاكتساب الجائز عن طريق الزراعة والصناعة والتجارة ، فلكل شخص (طبيعى أو معنوى) أن يفعل هذه الأشياء وأن يتركها ولكن لا يجوز للمجموع الاتفاق على تركها جملة لأنها من ضرورات المجتمعات •

(ب) مباح بالجزء المطلوب الفعل بالكل على جهة الندب كالتمتع بما فوق الحاجة من طيبات الأكل والشرب والمركب والملبس ، فهذه الأشياء لو تركت جملة لكان ذلك مكروهاً إذ هو على خلاف ما ندب اليه الشارع فى عموم الأدلة •

(٢) انظر المرافقات ج ١

(١) المائدة : ٥

(ج) مباح بالجزء المطلوب الترك بالكل وهو المباح الذى تقدر المداومة عليه فى عدالة الشخص وتوازنه كاللهو واعتياد الحلف والأكل فوق الشبع ، فالاعتياد على هذه الأمور المباحة غير محمود مطلوب الترك .

(د) المباح بالجزء مكروه الفعل بالكل كالتنزه واللعب المباح فهذه الأشياء مباحة بأصلها الا أن المداومة عليها واتخاذها ديدنا مكروه فكل مباح ترتب على الاكثار منه بعض الضرر فهو مكروه أما ان كان الضرر جسيما كان حراما .

رابعاً - عدم التعامل بالربا بجميع صورته :

لقد تعددت مسميات الربا التوقيفية والاصطلاحية ، فهناك ربا الفضل أو ربا النسيئة أو ربا القرآن و ربا الجاهلية أو ربا الديون و ربا البيوع أو الربا الجلبى (النسيئة) والربا الخفى ، كما تعددت العلل فى تحريم الربا وهى : الثمنية - الوزن والكيل مع اتحاد الجنس - الطعم مع اتحاد الجنس - الاقتيات والادخار مع اتحاد الجنس .

وربا النسيئة هو : الزيادة المشروطة على الدين مقابل الأجل .

وربا الفضل هو : زيادة عين مال شرطت فى عقد البيع على المعيار الشرعى وهو الكيل والوزن مع الجنس .

ويجب أن يؤخذ فى الحسابان دائما أن الربا أو الزيادة المشروطة فى المعاملة الربوية سواء أكانت ثابتة أو متغيرة ينظر فيها الى رأس المال - أى تصب بالنظر الى رأس المال لا الى العائد أو الربح المتحقق من العملية الاستثمارية وهو اعتبار جوهرى فى تحريم الربا .

وللمنهج الاقتصادى فى الاسلام بصدد عدم التعامل بنظام سعر الفائدة الربوية موقف محدد وحاسم لا لبس فيه ولا تلبيس هو :

١ - أن النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها :

وإذا وقعت المخالفة في هذا المبدأ الاقتصادي الاعتقادي وقع من الفساد في المعاملات ما لا يعلمه إلا الله .
وقديما قالوا عنادا : لِمَ يحرم علينا سعر الفائدة في المعاملات ؟ انما البيع مثل الربا ، وهى مقولة مردودة لما تقوم عليه من تخبط واخلط لا يقره عقل ولا دين يقول الله تعالى :

﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (١) .

ووجه الشبه بين الربا والبيع قيام كل منهما على المبادلة والتسليك ولكن الاختلاف الحاسم بينهما أن المبادلة والتسليك فى الربا على شىء من نفس جنسه أو مثله ، اما المبادلة والتسليك فى البيع على شىء من غير جنسه وهو العوض أو الثمن مقابل المال أو الحق المالى محل البيع ومن ثم كانت الزيادة فى الحالة الأولى ربا محرّم سواء آكانت تلك الزيادة حقيقية اذا كانت من نفس جنس الشىء أو مثله ، أو كانت تلك الزيادة حكمية فى حالة اختلاف الأصناف أو الجنس وهى الزمن ، والزيادة فى هاتين الحالتين لا تصادف فى ذاتها مقابلا فى عناصر المعاملة أو المبادلة وان سوغ البعض اضعاف مبررات لها ، ومن المسلم به أنه شتان بين قيام المبادلة على العدل القائم على التعادل بين التزامات طرفى المبادلة أو المعاوضة وبين قيام المعاملة حين انعقادها وليس بحسب مآلها على ائراء أحد الطرفين - وهو هنا المعطى - على حساب الطرف الآخر - وهو هنا الآخذ - وان كان كلاهما فى الحكم سواء ويتمثل ذلك الاثراء بوضوح فى أخذ زيادة بدون مقابل مائل فى عناصر المعاملة ولا علاقة كما سبق بعناصر المعاملة التى تقوم عليها والتى وقع فيها الخلل ابتداء بما يترتب عليها من آثار قد تكون ايجابية أو سلبية - أى ربحا أو خسارة - وبذلك يقع

(١) البقرة : ٢٧٥

الاستغلال في المعاملة منذ اللحظة الأولى بصرف النظر عن نتائجها التي
فقد تأتي لصالح الآخذ أو ضده *

٢ - مسميات الربا :

وتصوير المسألة على نحو ما سبق أغرى البعض أو أدى بالبعض إلى
اللبس أو التلبيس فسمى الربا بغير اسمه على حين أن حقيقة المعاملة
الربوية واحدة في كيفية وقوعها ومن ثم قالوا من هذه المسميات
ما يأتي :

(أ) **الربا ثمن** : وذلك نأثرا بوجه الشبه بين الربا والبيع ، وهذا
القول هو في نفس الوقت اهدار لحقيقة البيع القائم على أن العوض وهو
الثمن في مقابل الشيء المبيع وهو من غير جنسه قطعا بصرف النظر عن
طريقة الأداء حالا أو نسيئة *

وقطعا لدابر الخلاف اشترطت المادة ٤١٨ من القانون المدني المصري
في الثمن أن يكون نقديا ونصت على أن : « البيع عقد يلتزم به البائع
أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن
نقدي » *

ولم تشترط المادة ٤٦٥ من القانون المدني الأردني في العوض في
عقد البيع أن يكون من النقود فنصت على أن : « البيع تمليك مال أو حق
مالي لقاء عوض » *

ومسلك القانون المدني المصري يمنع الخلط بين البيع والمقايضة
ومن ثم كان الأولى في نظرنا وإن كانت المقايضة نوع بيع إلا أنها تتم
بأسلوب المقايضة على حين أن المعاوضة مقابل ثمن نقدي تتم بأسلوب
البيع أو تخصصت بمسمى البيع ومن هنا فلا محل للخلط بين المقايضة
والبيع وهو ما آثرته المادة ٤١٨ من القانون المدني المصري *

(ب) **الربا أجر** (أو الفوائد أجر) : وهذا اللبس أوصى به المشرع في

المادة ٥٤٠ من القانون المدنى المصرى اذ نصت على أنه : « اذا استحق الشيء فان كان القرض بأجر سرت أحكام البيع * »

ونص فى المادة ٥٤٢ على أنه : « على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها فاذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » *

ومؤدى النص الأخير أن القانون المدنى المصرى اعتبر الفوائد المتفق عليها أجراً للقرض ، على حين أن القانون اشترط فى المادة ٥٣٨ منه أن يرد القرض بثله فى مقداره ونوعه وصفته ، ونصت على أن :

« القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر على أن يرد اليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله فى مقداره ونوعه وصفته » *

ونستطيع هنا أن نحلل الموقف القانونى على النحو التالى :

ان الأصل فى القرض أن يرد بمثله فى مقداره ونوعه وصفته دون اعتداد بارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٤ من القانون فقالت :

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » *

وإذا كان ما سبق هو الأصل فى القرض فان القانون أجاز للمتعاقدين الاتفاق على الفوائد بشرط ألا تزيد عن السعر الذى حددته * واعتبر القرض فى هذه الحالة بأجر أى اذا تم الاتفاق على الفوائد *

لما كانت عبارة « الأجر » تدل مباشرة على المنفعة المتحصلة مقابل الأجر أو بدلا عنها فلا يساورنا شك فى أن المشرع اعتبر الفوائد المشروطة هى أجر المنفعة التى سيحصل عليها المقرض من المبلغ الذى اقترضه سواء أكانت تلك المنفعة استهلاكية أو انتاجية أى اذا استهلك المقرض القرض

مباشرة في اشباع حاجاته الاستهلاكية التي تنتهي بالاستعمال أو استعماله في إقامة مشروعات إنتاجية أي ثمره لحسابه ، وعلى الرغم من أن الغالب من الأحوال أن المقرض يحصل على منفعة من القرض إلا أن المشرع أغفل حالة ما اذا لم يتمكن المقرض من الحصول على ثمة منفعة من القرض ، وأيا كان السبب لذلك فعلى أي أساس من عناصر عقد القرض يحصل المقرض على الزيادة المشروطة على القرض ، هنا يكون ثمة خلل قد وقع في عناصر المعاملة اذا أخذ المقرض زيادة بغير مقابل على مبلغ القرض ومن ثم وقوع الظلم بدلا من التعادل أو العدل في التزامات الطرفين ، ولذلك وصف الربا بالظلم أو هو نوع ظلم يحيق بالمقرض يقترفه المقرض بالاتفاق مع المقرض أو يفرضه القانون نفسه في حالة تأخر المدين في الوفاء بالقرض * .

(ج) الربا تعويض : وهو ما نصت عليه المادة ٢٢٦ من القانون المدني المصري حيث قالت :

« اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها * * * وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسرياتها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » * .

وهذا اللبس بين الفوائد أو الربا والتعويض أوحى به المشرع أيضا على نحو ما جاء بالنص السابق يقطع في الدلالة على أن المشرع افترض أن الفوائد القانونية تمثل منفعة المقرض عن « الفرصة البديلة » التي كان من الممكن للدائن أن يستغل فيها مبلغ القرض لولا تأخر المدين في الوفاء بالقرض أو بالدين ، والتعويض هنا كجزء قانوني الزامي عن التأخير في الوفاء بالدين من جنس الفعل بافترض أن المدين يستغل مبلغ القرض ويدر عليه عائدا ، ولذلك لم تشترط المادة ٢٢٨ مدني مصري على الدائن أن يثبت حصول ضرر لحقته من هذا التأخير في الوفاء بالدين ، والمشرع هنا حمى مصالح الدائن على حساب مصلحة المدين الذي قد يكون

استهلك القرض فى أغراض استهلاكية أو استعمله فى أغراض إنتاجية أحيط بشمارها أو بها فى ذاتها ومن هنا يقع الخلل فى عناصر المعاملة ويكون الظلم وبصفة خاصة اذا لم يكن هناك ثمة ضرر قد حاق بالدائن هذا فضلا عن أن المشرع وقد اعتبر أن أساس التعويض فى هذه الحالة « مجرد التأخير » فى الوفاء بالدين ومن تاريخ المطالبة القضائية ما لم يكن قد تحدد تاريخ آخر بموجب الاتفاق أو العرف التجارى أو نص القانون .

وعنصر التأخير الذى هو أساس التعويض لا تفسير له غير « الزمن » ، وتحديد قيمته بما حدده القانون من مقدار الفائدة أيا كان ، ولا شك عندنا أن هذا المسلك من المشرع غاية فى « التحكم » الذى رضه نظام الفائدة الربوية فى المعاملات وليس له فى هذا التحكم أساس سائغ من المنطق أو الواقع ، اذ كيف يتم تقدير الزمن مجردا وهو أمر غير مادي بالنقود ، هذا وإن جاز تقدير المنفعة المتحصلة من الزمن أى حيث يرتبط عنصر الزمن بعنصر آخر وهو العسل ، فيكون التقدير لتلك المنفعة المتحصلة وكأن الزمن عنصرا فيها لكنه اختلط أو امتزج بعسل وشيء ، وتنتج عنهما شيء يجوز تقويمه باعتباره ثرة أو منفعة عنصرا الزمن والعمل على الأقل .

(د) الربا العمولة : لقد أوحى بهذا اللبس أيضا نص المادة ٢٢٧/٢ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن :

« ٢ - وكل عمولة أو منفعة أيا كانت نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تنبأ بها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » .

ونناقش هذا النص من ناحيتين هما :

١ - المفهوم :

ومفهوم هذا النص يشير الى حقيقة الربا أو الفائدة وهى أنه لا تقابله « خدمة حقيقية أو منفعة مشروعة » وهذا هو فعلا جوهر المعاملة الربوية كما تدل عليه عناصرها الأساسية ابتداء لا انتهاء فالغاية من المعادلة الربوية محتملة بمعنى قد تحقق هدفها أو لا تحقق ومن ثم فإن مدارها على الظن والتخمين وإن كان الغالب فيه حصول المنفعة لكنه ليس الأعدل فى التزامات الطرفين والذي يجب أن يحققه القانون ويحييه باعتبار أن النص القانونى فى جوهره عنوان الحق والعدل القائم على عدم الحيف أو الميل فى المعاملة على طرف لحساب طرف آخر .

٢ - صريح النص :

يدل النص السابق بسنطوقه على أن العمولة التى لا تقابلها خدمة أو منفعة حقيقية يكون الدائن قد أداها تعتبر فائدة مستترة تخفض الى الحد المسسوح به قانونا للفائدة ، وبذلك أوصد القانون باب التحايل على سعر الفائدة ، وما يهمنى ابرازه فى هذا الخصوص هو أن المشرع اعتبر العمولة فائدة أو ربا اذا لم تكن تقابلها خدمة حقيقية أو منفعة مشروعة ، وفى نفس الوقت وضع معيارا حاسما للتفريق بين العمولة والربا أو الفائدة ، فالعمولة وفقا لهذا المعيار تعتبر مقابلا لعمل مشروع يؤدي خدمة حقيقية لصالح المدين بها .

(هـ) الربا والربح (المتيقن والمتوقع) :

١ - مفهوم كل منهما :

يقول الله تعالى : ﴿ قل لا يستوى الخبيث والطيب ولو أعجبك كثرة

الخبيث ﴾ (١) .

(١) المائدة : ١٠٠

ان مدار الاختلاف الجوهرى بين الربا والربح يرجع الى قاعدة اقتصادية وتقديرية مدارها : « ان النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها » .
فليس الربا الا صجورة مؤثمة من صور الاتجار فى النقود ولكنها من أخطر الصور التى تؤدى الى أن تأكل النقود نفسها بفعل التضخم وما يترتب على ذلك من آثار ضارة متعددة ومتنوعة، ومتعدية الى نواحي الحياة الاقتصادية .

وعلى هذا الأساس نخلص الى تبسيط معنى الربا - مع الأخذ فى الاعتبار مستجدات العصر وما ثار فيه من تلبيس^(١) - فنقول انه :

« الاتفاق فى المال لا يحسب المال على ما يأخذه المرابي من نسبة ثابتة أو متغيرة زائدة من رأس المال المؤجل قبضه » .

وعلى هذا النحو نخلص الى أن المبلغ النقدى المأخوذ بالزيادة على أصله منسوبا الى رأس المال المدفوع حال الدفع ولو كان مقسطا يعتبر ربا ولو أطلق عليه مسمى آخر كفايدة أو عائد ، وهذا هو جوهر التفرقة بين الربا والربح ، فالربا مبلغ متيقن والربح مال متوقع مظنون ولو غلب على الظن تحققه فمرده الى أمر لم يحصل بعد على عكس الربا فمرده الى أمر متيقن متحقق وهو مقدار رأس المال المدفوع فعلا .

وتأسيسا على ذلك فلا تعادل بين طرف يأخذ نصيبه من مال متيقن وهو رأس المال المدفوع فعلا وطرف آخر يأخذ نصيبه من مال متوقع وهو عائد المشروع أو الاستخدام ، هذا فضلا عما اذا أخذنا فى الحسبان أن رأس المال نفسه قد يهلك ومن ثم يندم التعادل فى الحقوق والالتزامات المترتبة على المعاملة وهو الظلم الذى حل محل العدل باعتبار أن الأخير أساس للتصرفات العادلة ومن ثم كان « الظلم » أحد علل الربا التى قال بها البعض .

(١) يقول الامام ابن القيم : « . . . ولكن نحن ابناء الزمان ، والناس بزمانهم اشبه منهم بأبائهم ولكل زمان دولة ورجال » اعلام الموقعين ج ٤ ص ٢٠١ بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد - دار الفكر - بيروت .

ولذلك تعددت أسباب استحقاق الربح في المال والعمل والضمان
وفي ذلك يقول الامام الكاساني^(١) :

« ان الربح انما يستحق . . . اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان
. . . أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لأن الربح نماء رأس المال
فيكون لمالكه ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة ، وأما بالعمل
فان المضارب يستحق الربح بعسله فكذا الشريك ، وأما بالضمان فان
المال اذا صار مضسونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون
ذلك بقبالة الضمان خراجا بضمان بقول النبي صلى الله عليه وسلم :
« الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له . . . » .

ونخلص الى أن الربح نماء المال الناتج أو المتولد من نقله^(٢) .
وعلى ذلك فالربا والربح لا يلتقيان في مسمى أو في معنى أو في
سبب أو في نتيجة .

(د) الربا - أو الفائدة - لجبر الفرق في قيمة النقود حال انخفاضها :

لقد حسم المشرع الوضعي هذه المسألة بما نصت عليه المادة ١٣٤
من القانون المدني المصري من أنه :

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور
في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها
وقت الوفاء أى أثر » .

ولا شك عندنا أن المسلك القانوني قد جاء معبرا عن الواقع
ومتفقا مع التحليل الفني الدقيق للمسألة وذلك على النحو التالي :

(١) دائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٤٥ طبعة القاهرة .

(٢) لزبنا. من التفاصيل انظر : محمود السيد الفقى - مفهوم الربح في
الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة ص ٤٢ - رسالة ماجستير كلية التجارة
جامعة الأزهر .

١ - فمن الناحية الواقعية فان مقولة أن الفائدة لجبر انخفاض قيمة النسيب تغفل أو تتجافى مع أمر منطقي عملي هو أن وقت أو زمن انعقاد العقد الذي محل الالتزام فيه نقودا أى عقد القرض غير زمن الوفاء بهذا الالتزام ومن ثم فان قيمة النقود فى الزمن الأول اذا اختلفت عن قيمتها فى الزمن الثانى بالانخفاض فان النقود التى يتم الوفاء بها لا يتم انفاقها فى زمن انعقاد العقد حتى تتم المحاسبة على أساس هذه الفروق فى القيمة والتى تشكل فى هذا الوقت ضرا يحق بالدائن وانما يتم انفاقها فى نفس زمن الوفاء بها لا فى زمن انعقاد العقد وهو ماضى حتما ومن ثم تتحدد قيمة النقود فى زمن الوفاء بها لا بالقياس الى زمن انعقاد العقد اذ لا يتصور ولا يتم انفاقها فيه وعلى ذلك فتحدد القيمة فى زمن لاحق بالنظر الى القيمة فى زمن سابق واقتضاء الفرق فى حالة الانخفاض فى القيمة متشلا فى شكل فائدة أو ربا يكون على غير أساس سليم من الواقع حيث يتم انفاق الدين فى زمن الوفاء به وبقيسته التى تحدها العوامل والعناصر الماثلة فى ذلك الوقت دون غيره وهى متغيرة باستمرار فى كل زمان بحسبه .

ولا تعارض بين ما سبق وبين ما هو متعارف عليه فى علم الاقتصاد مما يسمى بالأسعار القياسية وسنة الأساس فذلك يستخدم كمشور لمتابعة دراسة تغيرات الأسعار ومن ثم توقع نسبة التغير فيها وأثر ذلك على الموارد والاستخدامات أو الإيرادات والنفقات وهلم جرا

٢ - ومن ناحية التحليل الفنى للمسألة فان النقود أموال مثليه لا قيسية ولا يتصور أن تكون غير ذلك فالنقود باعتبارها وسيط للتبادل ومقياس للقيم لا بد أن تتماثل أحادها وتتخذ سكة مضرورة تحظى بالقبول العام فى زمان معين ومكان معين ، وعلى ذلك فلا يتصور أن تتبادل النقود الا بشأها عددا ووصفا والا وقع الخلل فيها بذاتها ؛ فالنقود بذاتها أموال مثلية تتبادل بشأها عددا ووصفا وهذا هو العدن

ففيها وفي اتخاذها مقياسا لغيرها من قيم الأشياء وإذا قلنا بغير ذلك
أى اعتبرناها أموالا قيمية فكيف تعابير نفسها أو تقيس نفسها وما وجدت
الا لكي تكون أثمانا لغيرها من القيم وإذا اصطلح على كون النقود
أنسان لغيرها فكيف تثن نفسها وذلك غير متصور الا أن يقع الخلل
فى تلك الوظيفة العادلة والحاسمة للنقود بأن تتبادل بمثلها وزيادة
وبذلك تخرج عن طبيعتها ووظيفتها ويضطرب النظام النقدي برمته
ويصيه المس والتخبط ومن ثم النظام الاقتصادى القائم عليه •

* * *

المبحث الثاني

الأحكام العدلية في نشاطات البنك الإسلامي

أولاً - أهم ضوابط العقود في الفقه الإسلامي :

١ - الأصل في العقود (الإباحة) :

وهو ما عليه جمهور الفقهاء إذ يرى أن الأصل في العقود الجواز والإباحة فحرية التعاقد مكفولة للناس ما لم تشتمل على محظور شرعي .

والوفاء بالعقود واجب لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا

بالعقود ﴾ (١)

والنص القرآني أوجب الوفاء بالعقود من غير تعيين ، وتصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان :

عبادات وعادات يحتاجون إليها في دنياهم والأصل في العادات عدم الحظر إلا ما حظره الله ورسوله (٢) .

وإذا كان ذلك فالناس يتبايعون ويتاجرون كيف شاءوا ما لم تحرمه الشريعة وما لم تحد له في ذلك حداً ، ومن القواعد الفقهية :

« الثابت بالعرف كالثابت بالنص » .

وهذه القاعدة كافية لفتح باب التعاقد وإطلاق حركة الإبداع العقلي في تقديم صيغ عقود جديدة تواجه متطلبات الممارسات العملية وهنا تقوم القواعد العرفية والعادات الموحدة دوراً هاماً في تحديد الالتزامات التعاقدية قطعاً للنزاعات بين المتعاقدين يقول الله تعالى :

﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین ﴾ (٣) .

(٢) الموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٢١

(١) المائدة : ١

(٣) الأعراف : ١٩٩

٢ - الضوابط الفقهية في العقود عليه :

(أ) أن يكون محل العقد قابلا لحكم العقد شرعا *

فاذا كان المحل غير قابل لحكم العقد لا يصح أن يرد عليه العقد كأن يكون الشيء غير مال أو مال غير متقوم كالخمر والخنزير أو نهى الشارع عنه *

(ب) أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد *

فلا يجوز أن يتعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم الا المنافع فلا يتصور وجودها ضد التعاقد نظرا لطبيعتها واستثنى البعض عقدي السلم والاستصناع *

وأجاز ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وغيرهما من الحنابلة التعاقد على المعدوم في كل العقود ما دام قد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر وامتنع التنازع فالمحظور عندهم هو بيع الغرر لا بيع المعدوم (اعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٥٧) فالنهي عن بيع المعدوم انما لما ينطوى عليه من غرر وما يؤدي اليه من جهالة ومغامرة *

ونستطيع أن نخلص الى حقيقة فقهية مؤداها أن الفقهاء المسلمين يشترطون خلو العقود عليه من كل غرر يؤدي الى تنازع ويفضى الى خلاف *

● **الغرر** : والغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا ؟

وأما ما علم حصوله وجهل صفته فهو المجهول *

والغرر والجهالة ثلاثة أقسام :

— كثير ممتنع اجماعا *

— وقليل جائز اجماعا *

— ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني ؟

على أن الغرر الكثير واليسير والمتوسط والذي تدعو اليه الضرورة تختلف تطبيقاته من بيئة الى أخرى وفي عصر عن عصر بل ويختلف باختلاف الأنظار اليه .

(ج) أن يكون المعقود عليه ممكن التسليم .

فمحل العقد يجب أن يكون مقدور التسليم بغير ضرر ، وان كان معجوز التسليم عند العقد لا ينعقد العقد وان كان مملوكا للبائع ، لأن الضرر لا يستحق بالعقد ما لم يرضى البائع بالضرر ويسلم المبيع .

(د) أن يكون المحل معلوما للطرفين علما ينفي الجهالة الفاحشة والمفضية الى النزاع ويتحقق العلم بالرؤية أو بالاشارة عند البعض أو بالوصف والتعيين تعيينا واضحا ببيان جنسه ونوعه ومقداره على تفصيل بين الفقهاء بحسب طبيعة المعقود عليه .

٣ - الإرادة العقدية وعيوبها :

تنقسم الارادة العقدية الى قسمين هما :

(أ) الارادة الباطنة .

(ب) الارادة الظاهرة .

والارادة الباطنة وهي النية تقوم على الاختيار والرضا .

اذا وجدت الارادتان متوافقتان مع شروطهما المعتبرة تم العقد وترتبت عليه آثاره ، أما اذا كان هناك عدم توافق بين الارادتين فان ذلك يظهر على الوجه التالي :

١ - اثناء الارادة الحقيقية الى التعاقد أو الارادة الباطنة مثل حالة صورية العقود وكما فى المواضع والتلجئة .

٢ - أو أن تكون الارادة الحقيقية مشكوك فيها وهو ما يعبر عنه بعيوب الارادة أو عيوب الرضا وهي : الاكراه والغلط والتدليس والعين .

وتركز فيها على ما هو أكثر اتصالا وفائدة في نشاطات العمل
المصرفي الاسلامي مثل :

● الغلط :

حالة يتصور فيها العاقد ويتوهم غير الواقع وقد يقع في المعقود
عليه من ناحية جنسه أو وصفه أو قد يقع في قيمته وقد يقع في
الشخص إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد *

ويشترط في الغلط بجميع صوره أن يكون ظاهرا غير مستتر
في ضمير العاقد ويستفاد ظهور الغلط من كلام العاقد ودلالة الحال
وظهور عيب في المعقود عليه *

● التدليس :

يكون باستخدام وسائل احتيالية لاختفاء عيب في المعقود عليه
واظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد ويطلق
عليه الفقهاء أحيانا اسم التغرير *

والتدليس ثلاثة أنواع هي :

ـ تدليس عملي أو فعلي وقد تكون باضافة صفات غير حقيقية
الى المعقود عليه كبيع النجش والتدليس في المراجعة وغيرها *

ـ تدليس قولي كالكذب الدافع الى التعاقد قد يكون في ثمن
السلعة أو سعر السوق ، وكالتغرير بالتعاقد بعلومات مضللة كما
في بيعات الأمانة وبيع المسترسل *

ـ تدليس بالكتمان كالتغاضي عن ذكر عيب في المعقود عليه وهو
معلوم لديه *

● الغيب :

عدم التماثل بين العوضين في القيمة ولا يعلمه المغبون أثناء
التعاقد *

وقد يكون يسيرا أو فاحشا والأخير ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وأهل الخبرة •

وحدد البعض للغبن حدا معينا فحدده بنصف عشر القيمة الحقيقية للمعقود عليه ، وحدده البعض بأكثر من نصف عشر القيمة في العروض والعشر في الحيوان والخس في العقار ، وحدده البعض بالثلث وبالسدس فهذه النسب يكون معها الغبن فاحشا اذا زاد الثمن أو نقص عنها •

٤ - أهم صيغ العقود التي يمارسها البنك الاسلامي وضوابطها :

(أ) عقد المراجعة وأهم ضوابطه في الفقه الاسلامي^(١) :

ان جوهر الأمر في المراجعة يقوم على ثلاثة اعتبارات رئيسية هي :
الأول - أن استحقاق الربح يكون بأسباب ثلاثة :

- المال
- العمل
- الضمان

الثاني - المراجعة كبيع وتجارة تتطلب معرفة تامة بأمور ثلاثة هي :

- السوق
- السلع
- الناس

الثالث - أن تدخل السلعة المباعة مراجعة في ملك البائع مراجعة قبل بيعها وأن يكون الربح فيها معلوما للمشتري وكل كذب أو خيانة في المراجعة يفسدها •

(ب) عقد المضاربة وأهم ضوابطه في الفقه الاسلامي :

المضاربة نوع شركة في الربح على أن رأس المال من طرف والسعي والعمل من الطرف الآخر على أن تكون حصة كل منهما جزءا شائعا معلوما من الربح متفق عليه ابتداء عند التعاقد لأنه هو المعقود

(١) انظر كتابنا « فقه المراجعة » للمزيد من التفاصيل •

عليه ، والقاعدة الفقهية أن كل شرط فى المضاربة قطع الشركة فى الربح أو يوجب قطع الشركة فيه أو يؤدي الى جهالة فيه يفسد المضاربة لأنها جهالة فى العقود عليه توجب فساد العقد وإذا لم يعين مقدار الربح جاز ذلك على أن يكون مناصفة لأنها شركة تقتضى المساواة •

ثانيا - عقود المشاركات وأهم ضوابطها(١) :

١ - تنوع وتتعدد المشاركات فى الفقه الاسلامى ، وتوجد أربعة أنواع رئيسية للشركات العقدية هى :

• شركات الأموال • شركات الأعمال •

• شركات الأموال والأعمال • شركات الوجوه •

٢ - ويوجد نمطان أو أسلوبان لإدارة وتشغيل الشركات العقدية فى الفقه الاسلامى هما :

(أ) نمط المفاوضة :

ويقوم هذا النمط على المساواة التامة بين الشركاء فى كل شىء وبصفة خاصة فى رأس المال وفى الربح وفى الإدارة ، ومن ثم يكون كل شريك مفوضا عن الآخر فى العمل برأيه دون الرجوع اليه ، ومن ثم كان طبيعيا أن يكون كل منهما كفيلا للآخر ولهذا كان من المتعين النص فى العقد على المفاوضة أو تعداد جميع شرائطها •
وتقدير هذا النمط مرجعه الى مصلحة الشركاء وطبيعة النشاط •

(ب) نمط العنان :

ابتداء إذا تخلف شرط من شروط المفاوضة أصبحت الشركة عنانا ويقوم أسلوب أو نمط العنان على :

(١) انظر كتابنا « أساسيات العمل المصرفى الاسلامى » للمزيد من التفاصيل ص ٩٠ وما بعدها •

– عدم التساوى بين الشركاء فى رأس المال كما أن كل واحد من الشركاء لا يكون مجبوراً على ادخال جميع نقوده فى رأس المال *

– الربح بين الشركاء على ما شرطاه *

– حصول كل شريك على اذن صاحبه فى التصرف أو اجازته والا كان ضامناً لتصرفه *

وهذا النمط أيضاً تمليه مصلحة الشركاء وطبيعة نشاط الشركة *

٣ – تخضع المشاركات لعدد من الضوابط الشرعية من أهمها على الراجح ما يأتى :

(١) يشترط أن يكون حصة الشريك نقداً حاضراً لا ديناً ويجوز الحصة العينية بحيلة تقييمها مراعاة للعدل فى تقدير وتقييم حصص الشركاء كأساس لتوزيع الأرباح والخسائر *

(٢) يجوز أن تكون السعة التجارية والثقة الفنية حصة فى الشركة مثل شركة الوجوه والصنائع *

(٣) أن يكون الربح جزءاً شائعاً معلوماً غير مضاف إليه مقدار معين من المال وكل ما يؤدى الى الجهالة فى الربح أو قطع الشركة فيه يفسد العقد *

(٤) تحلل الخسارة يكون على أساس حصة كل شريك فى رأس المال فى جميع الأحوال وليس على ما شرطاه *

الصوابط الفقهية للمخرب المصرفية

- الاختناقات الفكرية والتحديات الفنية .
- ابداعات البنوك وحكمها على ضوء أحكام الشرع :
 - أهمية الأبداعات في عمل ونشاطات البنك .
 - أنواع الأبداعات .
 - تخريج الأبداعات المصرفية وحكمها .
- خطابات الضمان :
 - تعريفها كما تحصل في الممارسة .
 - رأى هيئات الرقابة الشرعية .
 - رأينا في المسألة .
- الاعتمادات المستندية :
 - تحديد المسألة .
 - التخريج الشرعى للاعتمادات المستندية والحكم فيها .
 - البنوك الإسلامية ومعضلة الاعتمادات النظيفة .
 - أنواع الاعتمادات المستندية وموقف البنك الإسلامي منها .
 - طرق الدفع في الاعتمادات المستندية وموقف البنك الإسلامي منها .
 - شروط التسليم في الاعتمادات المستندية وموقف الفقه الإسلامي منها .
- الأوراق التجارية وموقف الفقه الإسلامي منها :
 - أنواع الأوراق التجارية .
 - العمليات المصرفية التي تجرى على الأوراق التجارية وضوابطها الشرعية .

الاختناقات الفكرية والتحديات الفنية

● تمهيد :

اللهم انى أعوذ بك من علم لا ينفع ومن قلب لا يخشع .

يقول الله تعالى : ﴿ وَاذَانٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ أَنَّ اللَّهَ بَرِيءٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ وَرَسُولُهُ ، فَإِن تَبَتَّمْ فَبِهِ خَيْرٌ لَّكُمْ ، وَإِن تَوَلَّيْتُمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّكُمْ غَيْرُ مُعْجِزِي اللَّهِ ، وَبَشِّرِ الَّذِينَ كَفَرُوا بِعَذَابِ الْيَمِّ ۝ (١) .

وليس بعد ذلك بلاغ الى المشركين من الناس أن يبرأوا من شركهم وبكل صوره - ما خفى وما ظهر - والا فقد وقعوا فى تحد وعناد مع أمر الله ورسوله وما هم فى عنادهم بعدم الامتثال لشرع الله ودينه - وهو الاسلام - بمعجزى الله .

وفى هذا الصدد أثير قضيتين هما :

الأولى : الاختناقات الفكرية التى تعانى منها البنوك التقليدية التجارية .

الثانية : التحديات الفنية التى تواجهها البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية .

وتتمثل القضية الأولى فى مشكلتين جوهريتين هما :

١ - مشكلة السيولة والربحية وما بينهما من تناقض أو تعارض يصعب حله فى ظل القواعد المصرفية الحاكمة .

٢ - مشكلة الادخار والاستثمار والدور الذى تلعبه السياسة النقدية القائمة على سعر الفائدة وما يسببه من تعارض أو تناقض بين طرفى معادلة الادخار والاستثمار باستخدام سعر الفائدة زيادة أو خفضا .

(١) التوبة : ٣

وما تعكسه هاتين المتشكلتين من تأثير مباشر على السياسة المصرفية للجهاز المصرفي كله من اعطاء الأولوية للخدمات على الاستثمارات بل وتحجيم الأخيرة الى حد بعيد وكبير .

والقضية الأولى بمشاكلها نفرض القضية الثانية كتحدى فني أو ففهي أو علسى يجب أن تواجهه البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية ، ويتبلور هذا التحدى الفنى فيما يأتى :

١ - الربح فى مواجهة سعر الفائدة وهل تستطيع البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية أن نجعل من « سياسة الأربحية »^(١) فى أعمالها ونشاطاتها بديلا عن « سياسة سعر الفائدة » السائدة بكل ما تقوم عليه السياسة الأولى من قواعد الحلال والبعد عن الحرام وشبهاته وبكل ما تعنيه هذه « السياسة البديلة » من سد لكل الحاجات والمتطلبات العملية التى كانت تضطلع بها السياسة الربوية وذلك ان لم تميزها وتتميز عنها حتى تواكب حركة التعامل المتقدم والمتطور باستمرار .

٢ - يتفرع عن التحدى الأول تحد آخر يتشل فى مقومات الربح أو ما يجب أن تحققه « سياسة الأربحية » من أهداف ثلاثة مجتمعة ومتكاملة هى :

- (أ) الأمان .
- (ب) السرعة .
- (ج) الضمان .

مع ضرورة الربط بين هذه الأهداف الثلاثة والمقاصد الشرعية العليا الثلاث كسياسة مصرفية وهى :

- (أ) الضروريات .

(١) الأربحية أى القدرة على اغلال الايراد . انظر : د . محمد زكى شافعى - مقدمة فى النقود والبنوك ص ٢٦٨ - طبعة ١٩٨٢ - دار النهضة العربية .

(ب) الحاجيات (لا الحاجات فالمقاصد كلها حاجات) .

(ج) التحسينيات أو التكميليات أو الكمالات (لا الكماليات فتلك قد تدخل في حالة الاسراف والتبذير والترف المحظور) .

وذلك كله من أجل « الانسان » أولا وآخرا مرورا بالمال وتسخيره وضرورة المحافظة عليه منه كي يحفظ الانسان حاجاته باستمرار .

ولن تقوم للانسان وللمال قائمة بغير « الايمان » المحقق لكل ما تقدم بغير تباطؤ أو جفوة للحياة ويظل التساؤل متى وكيف !!؟

ولكل ذلك كان اهتمامي بالخدمات المصرفية في المصارف الاسلامية تناولها بالتحليل الدقيق في اطار الأحكام الشرعية لتبيان ما يحل منها وما يحرم ، أخذا في الاعتبار كل ما يفرضه ويستتجبه افعال الأحكام الشرعية على المعاملات الخدمية المصرفية من استقصاء واستيعاب دقيق لجوانبها المختلفة وفي ظل المعاملات الدولية المعاصرة .

والله نسأل التوفيق والسداد .

* * *

● تقسيم :

ان البدء بتقسيم الخدمات المصرفية لسهولة تناولها بالبحث أمر لازم ، ومن ثم لا بد من اتخاذ معيار منهجية التقسيم وهل يتحدد ذلك المعيار بالنظر ابتداء الى المتعامل مع البنك فيغلب طابع الخدمة ، أم بالنظر الى البنك ابتداء فيغلب طابع التشغيل والربح ، أم بالنظر الى الأمرين معا فيجتمع في المسألة طابع الخدمة وطابع الربح معا .

ولا شك عندي في أن طبيعة عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية تجعلنا نأخذ بالمعيار المختلط ونسب متفاوتة بالنظر الى خدمة معينة دون أخرى .

ولما كان معيار التقسيم يعكس أثره على الحكم الشرعى فى المسألة فنستطيع القول بأن هناك مجموعة من الخدمات المصرفية يغلب على البنك فيها طابع الآخذ للأموال كمدى بها وليس بالضرورة هنا أن يكون فى حكم المقترض لهذا الوصف •

وهناك مجموعة أخرى من الخدمات يغلب على البنك فيها طابع الاعطاء للأموال كدائن بها وليس بالضرورة هنا أن يكون مقرضا لهذا الوصف بصرف النظر بالطبع عما يعطيه البنك فى الحالة الأولى أو يأخذه فى الحالة الثانية فالأحكام الشرعية هنا حاكمة وضابطة ، فالبنك الإسلامى لا يتعامل بالفائدة الربوية أخذاً أو عطاءً إذ الآخذ والمعطى فى الربا سواء ، كما أن معاملات البنك الإسلامى لا يداخلها غش ولا غرر ولا استغلال ولا خلاية الخ •

وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقسم الخدمات المصرفية الى ثلاثة أقسام رئيسية ، يغلب على القسم الأول منها طابع المديونية ، ويغلب على القسم الثانى طابع الدائنين وذلك بالنظر الى البنك ابتداءً باعتباره محور العملية ، هذا فضلا عن عدم تجريد هذين القسمين من سمة الخدمة المصرفية باعتبار أن القائم بها بنك أو مصرف أو تجريدها من صعوبة ادراج خدمة معينة فى قسم دون غيره ، والقسم الثالث يجمع بين الصفتين (المديونية ، والدائنية) فبالنظر الى طرف يكون البنك مدينا وبالنظر الى طرف آخر يكون البنك دائنا •

وتعتبر الايداعات بأنواعها عمدة القسم الأول ، وتعتبر خطابات الضمان والاعتمادات المستندية غير المغطاة كليا أو جزئيا عمدة القسم الثانى ، وبقية أنواع الخدمات المصرفية تلخل فى الغالب فى القسم المختلط أو المشترك الذى يجمع بين الصفتين •

وعلى هذا الأساس نورد أنواع الخدمات المصرفية :

١ - قبول الايداعات بأنواعها المختلفة •

- ٢ - إصدار خطابات الضمان *
- ٣ - فتح الاعتمادات المستندية *
- ٤ - تحصيل وحفظ الشيكات والكسيالات والكوبونات والأوراق التجارية الأخرى *
- ٥ - تحويل النقود داخليا وخارجيا *
- ٦ - شراء وبيع النقد الأجنبي وإصدار الشيكات السياحية *
- ٧ - خصم الكسيالات وإعادة خصمها لدى البنك المركزي *
- ٨ - سداد الديون نيابة عن العملاء وتحصيل ما يستحق لهم *
- ٩ - إصدار الأوراق المالية لحساب العملاء وشرائها وبيعها لهم *
- ١٠ - إدارة الممتلكات نيابة عن العملاء *
- ١١ - الاستشارات *

ونتناول أهم تلك الأنواع بالتخريج على ضوء الأحكام الشرعية أو تصنيفها في إطار حكم شرعى أو عقد شرعى مسمى أو غير مسمى اذ العقود الشرعية منها ما سسى وعرف، ومنها عقود غير مسماة وجديدة نحتاج الى تخريج وضبط فقهي في إطار العسل المصرفى الاسلامى *

المبحث الأول

ايداعات البنوك وحكمها على ضوء احكام الشرع

أولا - أهمية الايداعات في عمل ونشاطات البنك :

تعتبر عمليات قبول الودائع من العمليات المصرفية الأساسية التي يزاولها البنك وسواء أكانت ودائع للأفراد الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية ، اذ تشكل الودائع الشطر الأعظم من موارد البنك والتي يعتمد عليها في مزاوله عملياته ومباشرة نشاطاته .

والبنك في قبوله للودائع يضطلع بصفة عامة بمركز المدين ، وليس كل مدين في مركز المقترض دائما ، كما أن المدين قد يكون أمينا فقط. فلا يضمن اذا كان لا ينتفع بالمال ولا يستعمله ، وقد يكون المدين ضامنا اذا كان ينتفع بالمال ويأخذ ثمرته وهنا يكون الضمان مقابل الانتفاع وثمرته .

ثانيا - انواع الايداعات :

تتعدد أنواع الايداعات وأشكالها وكلها عقود تتم بين البنك والمتعاملين معه ، ومن ثم تكون التزامات الطرفين فيها حسبما يشترطانه من شروط تراضيا عليها .

ومن أهم أنواعها :

- ١ - الايداعات تحت الطلب ويطلق عليها الحسابات الجارية وتتصدر أنواع الايداعات الأخرى .
- ٢ - الايداعات لأجل .
- ٣ - الايداعات باخطار سابق .
- ٤ - الايداع بايصال .

٥ - ايداعات التوفير •

٦ - الايداعات المخصصة لغرض معين •

وليس هذه الأنواع على سبيل الحصر بل على سبيل المثال ، فكل ما عرفه العمل المصرفي من أوعية الايداع المستحدثة قابل للاضافة والتعديل حسبما تمليه المصلحة المتبعة •

ولما كانت الفائدة المشروطة بين الطرفين مقدما أو ابتداء زيادة على أصل رأس المال أو المبلغ المدفوع - وسواء أكانت ثابتة أو متغيرة - تعتبر ربا محرما ، فإن التعامل بها فى أى شكل أو نوع من أنواع الودائع يعتبر حراما أو محرما ولا يغير من حقيقة الحكم تغيير المسمى فالعبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني •

ثالثا - تخريج الايداعات المصرفية وحكمها :

من المؤلف أن يختلف رأى الفقهي حول مسائل المعاملات المالية وبصفة خاصة المستحدثة أو المعاصرة ، ودون تطرق لتفاصيل كل الآراء التى أثرت حول حكم هذه العمليات المصرفية الداخلة فى اطار الخدمات المصرفية والمسماة بـ « الودائع » بأنواعها المختلفة نخلص الى أن رأى الغالب فى تكييفها هو اعتبارها « قرض » ومن ثم يجب شرعا أن يكون قرضا حسنا لا قرضا ربويا تحت أى مسمى من مسميات أو أنواع هذه الودائع ، وعلى الرغم من تسليينا بهذه النتيجة اذ لا ينطبق على هذه العمليات المصرفية وصف الوديعة بالمعنى الفقهي الدقيق ، والا كان البنك غير ضامن للوديعة اذا هلكت أو ضاعت الا بسببه وهو ما لا يحدث عملا فالبنك ملتزم بالرد فى جميع الأحوال مما يخرج العملية عن وصف الوديعة بالمعنى الفقهي الدقيق وأذ اطلاق لفظ « الوديعة » على مثل هذه العمليات يعتبر من قبيل المجاز لا الحقيقة اذ أن هذا أقرب تصوير للمسألة ولا يعنى أو يبعد عن حقيقتها وماهيتها •

وإذا كان ذلك كذلك فإنه من المتعين أن تأخذ في اعتبارنا أمرين أساسيين هما :

(أ) كيفية حدوث العملية في الواقع العسلي وهذا هو الأصل فيها والحكم على الشيء فرع عن تصوره *

(ب) ليس هناك ضرورة لادخال أو اقتحام هذه العملية المصرفية في قالب من قوالب العقود المسماة المعروفة - قرضا أو وديعة أو اجارة - ... بل إن المعاملة قد تأخذ بوجه شبه من أكثر من عقد مكونة عملية أو صيغة جديدة مستقلة عن هذه العقود فالأصل في المعاملات الحل والاباحة لا الحظر ، وعلى رأس المعاملات وجوهرها تأتى العقود اذ لم ترد على سبيل الحصر والا قضيينا بالجسود على المعاملات وهو ما لا يجوز بحال *

لكل ذلك أقول وبالله التوفيق :

ان تقدم شخص « ما » طبعى أو معنوى الى البنك باعطاء أو تسليم أو دفع نقود الى هذا البنك يعتبر فى ذاته اتفاق وعقد بين طرفين ولا نستطيع بحال من الأحوال أن نجرد هذا الاتفاق من نية طرفيه ومقصودهما ، فالعقود مدارها القصد وعليهما - النية والقصد - يبنى الرضا بالعقد باعتباره أساس العملية التعاقدية ، ثم تأتى الصيغة مكونة لركن العقد المعبر عن النية والقصد وتام الرضا ، وتكون أيضا - الصيغة - وعاء لشروط العقد التى يلتزم بها كل طرف فيه *

وإذا كان الناس قد اصطالحوا على تسمية هذا الاتفاق أو العقد بين البنك والشخص بمسميات حسب نوع وطبيعة كل وديعة من هذه العمليات المصرفية وجرى بذلك عرفهم فى التعامل فلا بأس به ويسمى العقد باسمه فيكون :

عقد ايداع تحت الطلب وهو ما يسمى بالحساب الجارى * أو عقد ايداع لأجل ، أو عقد ايداع باخطار سابق وهكذا ...

مع الأخذ في الاعتبار طبيعة هذا العقد وهو أن محله النقود ومن ثم
يجرى التعامل بها وفق أحكام الشرع الحنيف .

فكل زيادة مشروطة على رأس المال لا يقابلها عوض عند التعاقد
تكون ربا ، وهذا الشرط اذا شرط في عقد من الأنواع السابقة يخرج
العقد عن موضوعه ، أى أن الشرط يبطل ويبطل العقد أيضا .

وعليه نخلص الى الحقائق التالية :

- ١ - أن عملية الايداع عقد أو اتفاق بين البنك والمتعامل معه .
- ٢ - أن هذا العقد اصطلح على تسميته بكل نوع من أنواع هذه
العملية المصرفية ، فهناك عقد ايداع تحت الطلب ، وعقد ايداع لأجل ،
وعقد ايداع باخطار سابق ... وهكذا .
- ٣ - أن محل هذه العقود هو النقود .
- ٤ - أن كل شرط في هذا العقد ينص أو يقتضى الزيادة فيه على
رأس المال (المحل) بلا عوض أو مقابل خدمة حقيقية عند التعاقد تعتبر
الزيادة من قبيل الربا يبطل بها الشرط والعقد لتناقض الشرط مع مقتضى
العقد .

٥ - أن اجراءات عملية الايداع كما تتم في الواقع العملى تؤيد
وتؤكد ما تقدم فالعملية تبدأ بما يسمى « طلب فتح حساب » مشتتلا
على بيانات من أهمها « نوع الحساب » وهذا البيان يوضح قصد الطالب
من فتح الحساب ويدل على نيته . ثم يحزر البنك ما يسمى بـ « قسيمة
ايداع تقدى » وليس كل ايداع يأخذ حكم الوديعة ، فالمقصود بالايداع
هنا اعطاء أو تسليم أو دفع الطالب لمبلغ من النقود الى البنك .
ثم تحرير ما يسمى بـ « الحافظة » وما تتضمنه من بيانات أهمها « الغرض
من الايداع » .

نخلص اذن مما تقدم الى أن « طلب فتح الحساب » يشكل ايجابا
من جانب المتعامل مع البنك و « قسيمة الايداع » تشكل قبولاً من جانب
البنك وفق الغرض الذى تحدد فى بيانات طلب فتح الحساب والحافظة

وهو نوع الحساب الذى يعتبر بمثابة السبب الدافع والباعث للتعاقد ومن ثم فكل شرط يتم الاتفاق عليه يأخذ أو يعطى بسقتضاه أى طرف للآخر مبلغا زائدا عن أصل المبلغ الذى أودع ومحسوبا على أساسه ولا يقابله عوض أو منفعة حقيقية يعتبر ربا محرما .

٦ - من المعلوم لدى الطرفين فى عقد « الايداع النقدى » أنه اذا لم يكن بغرض الاستثمار وفق الصيغ الشرعية للاستثمار فان البنك ينتفع بالنقود محل الايداع فى عملياته المصرفية ولا بأس بذلك فمناطه الجواز سواء اعتبرنا العملية قرضا أو أن لها شبه بالقرض أو أنها وديعة مأذون باستعمالها ، ومن ثم فان البنك يستأثر بشرة انتفاعه بالمال المودع فى مقابل ضمانه لرد الأموال عند طلبها ، ومن القواعد الفقهية المسلمة « الخراج بالضمان » .

الا أن العملية على هذا النحو يكون فى النفس منها شيء ، اذا لا تستقيم مع طبائع الأمور ومنطق العقل ولا يتصور أن تكون الأموال المودعة فى حسابات غير استثمارية ولو لمدد قصيرة تشكل مبالغ طائلة وينفرد البنك بالانتفاع بها ويستأثر بشرة وعائد ذلك الانتفاع ، وهنا يقع الظلم والاستغلال ، ودفعنا لهذا الظلم ومنعا من الاستغلال لا بد من ايجاد صيغة مناسبة لتلك الحسابات أو الايداعات تجمع بين ثلاثة اعتبارات هى :

- ١ - سرعة الرد .
- ٢ - ضمان الأموال .
- ٣ - تحقيق ربح .

وبتوافر هذه الصيغ أو الصيغ التشغيلية التى تجمع بين هذه الاعتبارات يستطيع البنك أن يحقق هدفين رئيسين هما :

- ١ - المزيد من جذب الايداعات .
- ٢ - تجنب الظلم والاستغلال فى انتفاعه فقط بأموال الايداعات وأيضا كان التخريج الفقهى الشرعى السليم لها لا ما اضطرتم اليه بغير بغي ولا عدوان .

المبحث الثاني

خطابات الضمان (١)

أولا - تعريفها كما تحصل في الممارسة :

لعل أدق تصوير للمسألة ما ورد عن بنك فيصل الاسلامى المصرى والسودانى وهو أن خطابات الضمان عبارة عن :

تعهد كتابى يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته في ذلك الوقت *** حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو اخلاله بشروط التعاقد معه (٢) ***

وهذه الخدمة تمنح العميل ميزة لدى الطرف الثالث وضمانا أقوى ويتقاضى البنك عنها العمولات الآتية :

- ١ - عمولة اصدار خطاب الضمان **
- ٢ - عمولات التمديد أو التعديل **

ثانيا - رأى هيئات الرقابة الشرعية :

والسؤال الذى طرح على هيئات الرقابة الشرعية فى البنكين هو :

-
- (١) انظر فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السودانى ص ٦٣ والمصرى ص ٣٦ وما بعدها .
 - (٢) سينصرف الحديث أساسا الى خطابات الضمان غير المفظة أو المغطاة جزئيا باعتبارها محور وأهم خطابات الضمان .

هل يعتبر هذا العمل - من الناحية الشرعية - حالاً أو تحوُّم حوله أية شبهة ؟

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل المصرى عدم موافقة الهيئة على أن يقوم البنك بإصدار خطابات الضمان نظير عمولات يتقاضاها وأنه يمكن للبنك أن يشارك العميل فى العملية المطلوب من أجلها الضمان وعندما تقوم المشاركة بين البنك وعميله وفقاً للأسس التى سبق للهيئة أن عرضت لها فإن ما يصدره البنك فى هذه الحالة من خطابات ضمان لتقديمها الى الجهة الأخرى المتعاقد معها (أى البنك وعميله) يعتبر إصداراً من قبله لخطابات ضمان بصدد عملية هو شريك فيها وطبيعى أن يتم هذا الإصدار دون عمولة لأن ما يقدمه البنك من جهد فى هذه الحالة إنما يدخل ضمن مجهوداته فى المشاركة ومن المعلوم أن ربح المشاركة ونصيب كل من البنك وشريكه العميل منفق عليه فيما بينهما ومراعى فى تحديده ما يقدمه كل شريك من مال وجهد .

وفى فتوى لاحقة فى نفس الموضوع انتهت الهيئة أيضاً الى عدم الموافقة على إصدار خطابات ضمان فقط - أى مجردة من العمل - نظير عمولة وأنه يمكن للبنك إصدار خطابات الضمان فى مشاركات البنك مع العميل فى العمليات المطلوب من أجلها الضمان وبالمصاريف الفعلية التى تدخل ضمن مصاريف المشاركة .

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السودانى أن خطابات الضمان التى أصدرها البنك تدل على أن هذه المعاملة « عقد كفالة » وذلك لأن الكفالة هى :

ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس - فالبنك يلتزم فى خطاب الضمان لدى الطرف الثالث - المكفول له - بتأدية ما على العميل من الحق فى حالة فشله فى الوفاء بالتزاماته ، وبما أن الكفالة مشروعة باتفاق الفقهاء فإن خطاب الضمان يكون مشروعاً أيضاً هذا بالنسبة لخطابات الضمان التى ليس لها غطاء ، أما خطابات الضمان التى

لها غطاء كلى أو جزئى فانها تتضمن الوكالة والكفالة معا . . .
ولا مانع شرعا من خطاب الضمان على هذا التكييف لأن الوكالة عقد مشروع باتفاق الفقهاء أيضا .

أما عن أخذ البنك اجرا نظير خطاب الضمان فانه لا يجوز ، فأخذ الأجر عن الكفالة مسنوع لأنها من عقود التبرعات . . . قال الحطاب (١) :

« ولا خلاف فى منع ضمان يجعل لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل الا لله بغير عوض فأخذ العوض عليه سحت » .

وعلى ابن عابدين المنع (٢) :

« بأن الكفيل مقرض فى حق المطلوب واذا شرط له جعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما فرضه فهو باطل لأنه ربا » .

أما اذا كان الأجر الذى يأخذه البنك نظير ما قام به من خدمة ومصاريف تتطلبها اجراءات اكمال خطاب الضمان فلا مانع شرعا (٣) .

ويقول فضيلة الشيخ بدر المتولى عبد الباسط : لا أعلم من فقهاء الاسلام من أجاز أخذ أجر على الضمان (٤) .

وقد ورد فى كتاب الخدمات المصرفية فى المصارف الاسلامية أن أخذ الأجرة على الكفالة لم يجزه جبهور الفقهاء (٥) .

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٤٢ - الدسوقي مع الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٧

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ج ٦ ص ٣٢٤٢ - تقنين الشريعة على مذهب الامام مالك - القسم الثانى ص ٢٠١ ، ٢٠٢

(٣) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الاسلامى السودانى ص ٦٥

(٤) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتى ص ٧٠
(٥) اسدار ادارة البحوث بمرکز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ص ١٨ ، ونسب ما ذهب اليه الجمهور الى فتاوى مؤتمر المصرف الاسلامى الثانى بدبى - د. على السالوس - حكم أعمال البنوك فى الفقه الاسلامى - ملحق مجلة الأزهر عدد ذو الحجة سنة ١٤٠٢ هجرية

ثالثا - رأينا في المسألة :

ونظرا لتعدد وتشابك جوانب الموضوع فاننا نحاول بسطه على نطاق فسيح من البحث على النحو التالي :

١ - الجوانب القانونية للمسألة :

(١) نعتقد أن الجوانب القانونية في الموضوع ترجع أساسا الى لائحة المناقصات والمزايدات وتوحيد عمليات الشراء الصادر بها انقرار الوزاري رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته ، والقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بنظم المناقصات والمزايدات وتعديلاته في مصر .

تنص المادة ٤٨ من اللائحة المذكورة على أنه :

« يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت ... ويكون التأمين نقدا أو نقالة أو ... » .

وتنص المادة ٤٩ من نفس اللائحة على أنه :

« ... واذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الوزارة المختصة أو ... مبلغا يوازي التأمين المؤقت ، وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفتات الي أية معارضة من المتعهد أو المقاول .

وعند ما ترد لاحدى وزارات الحكومة أو مصالحها كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص بها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقرارا على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعبين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى اصدارها » .

كما تضمن نص المادتين ٥١ ، ٥٤ من اللائحة المشار اليها أن الغرض

من هذا التأمين هو ضمان تنفيذ العقد وقيام المتعهد أو المقاول بالوفاء بالتزاماته العقدية .

ونخلص مما جاء فى لائحة المناقصات والمزايدات الى ما يأتى :

(أ) بناء على نص القانون أو اللائحة تتطلب الجهة الادارية تأمين عندما يقدم العميل على التعاقد معها فى عملية توريد أو مقاوله مثلا وقد يكون هذا التأمين نقدا أو كفالة أو غير ذلك مما أورده النص .

(ب) اذا قدم التأمين فى شكل كفالة من أحد المصارف روعى أن تكون فى حدود السقف المحدد للمصرف فى هذا الخصوص .

(ج) ان النص قد أطلق على كتاب الضمان الذى يصدره المصرف لصالح الجهة الادارية اصطلاح « كفالة » .

(د) ان كتاب الضمان أو الكفالة يجعل بذاته محل التأمين المطلوب من العميل ولذلك يشترط النص فيه عدة شروط هى :

— ألا يقترن بأى قيد أو شرط .

— أن يقتر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر المستفيد مبلغا يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد الأداؤه بأكمله أو تجديده مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما يراه المستفيد عند الطلب .

— عدم الالتفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول (العميل) .

(هـ) ان كتاب الضمان أو الكفالة المصرفية انما صدر بمناسبة أو متعلق بضمان تنفيذ العميل للعقد المبرم بينه وبين المستفيد (الجهة) وعدم اجلاله بشروط ذلك العقد وقيامه بالوفاء بالتزاماته العقدية على أكمل وجه .

(٢) ان نصوص المواد من ٧٧٢ الى ٨٠١ من القانون المدنى المصرى تضمنت أحكام الكفالة ونخص بالذكر من هذه المواد ما يلى :

تنص المادة رقم ٧٧٢ : « على أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص

تنفيذ التزام بأن يتعمد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به
المدين نفسه » *

وتنص المادة ٧٧٦ على أن الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان
الالتزام المكفول صحيحاً *

وتنص المادة ٧٧٨ على أن الكفالة تجوز في الدين المستفيل إذا حدد
مقدماً المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي *

وتنص المادة ٧٧٩ على أن كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مديناً
ولو ناز الكفيل تاجراً *

وفي تنظيم العلاقة بين الكفيل والدائن تنص المادة ٧٨٢ على أن
للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ويبرأ بمجرد براءة
المدين *

وتنص المادة ٧٨٦ على أنه إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن
يتقدم في التفليسة بالدين والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر
ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن *

وتنص المادة ٧٨٨ على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل
وحده إلا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل
إلا بعد تجريد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة
أن يتمسك بهذا الحق *

وفي تنظيم العلاقة بين الكفيل والمدين تنص المادة ٧٩٩ على أنه
إذا وفي الكفيل الدين، كأن له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من
حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بسا وفاه
إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين *

وتنص المادة ٨٠٠ على أن للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع
على المدين بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ويكون للكفيل الحق
في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداءً من يوم الدفع *

لقد أردت من العرض السابق إيضاح الواقع القانوني والعملى كما تجرّيه المصارف التجارية لمسألة خطابات الضمان ولا شك أن قيام البنوك الإسلامية بهذا الدور فى نطاق الخدمات المصرفية يفرض عليها بعض القيود أو المحاذير التى تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ومن هنا نعرض لبعض الأحكام الأساسية فى المسألة فى الفقه الإسلامى على النحو التالى :

انه لما يجدر ذكره أن الفقه الإسلامى استعمل مصطلحى «الضمان» و « الكفالة » مجتمعين ومنفردين ، وأن الربط بين الضمان والكفالة أمر وارد لدى الفقهاء اذا كان المال محلا للالتزام فى كل منهما ، وذكر بعضهم أن الكفالة نوع من الضمان • ومع ذلك قال الخلوئى : ويمكن أن يجاب بأن الضمان أضيق من الكفالة لأنه اذا ضمن الدين لم يسقط الا بإداء أو ابراء بخلاف الكفالة بالدين فانها تسقط بهما وبسوت المكفول وغير ذلك ، • • • • • يلزم من كون الشيء نوعا فى شىء آخر مساواة أحدهما الآخر فى العلم بل قد يختلفان كما فى السلم مع البيع (١) •

كما أن كلا من الضمان والكفالة تبع لأصل هو المضمون عنه والمكفول عنه وأنه لا يدخل الضمان والكفالة خيار لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه العطف •

والضمان والكفيل دخلا على أنه لا حظ لهما والأنة عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخلها خيار ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وذكر ابن قدامة أنه لا يعلم فيه خلافا وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار يناهى ذلك • • ذكره القاضى (٢) •

(١) انظر حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع للبهوتى وحاشيتهما للشهيد شيخ عبد العزيز المنقرى ج ٢ ص ١٨٨ - مكتبة الرياض الحديثة •

(٢) انظر الشرح الكبير لابن قدامة ج ٣ ص ٤٧ - ط. جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية •

وما سبق مقدمات أساسية ذكرناها للربط بينهما وبين معطيات المسألة
فى التطبيق المصرفى المعاصر •

وعرف الضمان بأنه ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه فى التزام
الحق ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، وبهذا قال الثورى والشافعى
وأصحاب رأى وأبو عبيد ، وحكى عن مالك فى احدى الروايتين عنه أنه
لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه والأئمة وثيقة فلا يستوفى
الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الأصل كالرهن (١) •

وقيل فى تعريفه - وهو الأذق والأشمل فى نظرنا - انه : « التزام
ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب ، ويصح بلفظ ضمين
وكفيل » (٢) •

وقيل : « الضمان تبرع بالتزام حق » (٣) •

وعرفت الكفالة بأنها ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة شىء (م ٦١٢
مجلة الأحكام العدلية) وتصح الكفالة بالحق المالى كالضمان • والكفيل
هو ما تعهد بما تعهد به الأصيل أو المكفول عنه (م ٦١٨ مجلة) •
وتصح الكفالة بالدين المستقبل (م ٦٣٦ مجلة - بتصرف) •

٣ - النتائج المستخلصة مما سبق :

(أ) لا غضاضة فى الفقه الاسلامى من الجمع بين الكفالة والضمان
اذا كان محلها مالا وهو ما تضمنته نصوص لائحة المناقصات والمزايدات
على نحو ما سبق •

(ب) ان خطاب الضمان الذى يصدره البنك انما يصدر بمناسبة
تنفيذ عقد بين العميل والمستفيد من خطاب الضمان أو الجهة المالكة ومن أم

(١) انظر النرح الكبير لابن قدامة ج ٣ ص ٣٤ - ط . جامعة
الامام محمد بن سعود الاسلامية •

(٢) انظر الروض المربع ج ٢ ص ١٨٠ - مرجع سابق •

(٣) انظر الروض المربع ج ٢ ص ١٨٢ - مرجع سابق •

فانه وان كان خطاب الضمان منفصل عن نصوص العقد الا أنه متعلق به وبمناسبته فضلا عن أنه قد يكون تنفيذا لنص القانون على نحو ما سلف بيانه في نظام المناقصات والمزايدات •

(ج) ان الخيار ينافى مقتضى عقد الكفالة والضمان في الفقه الاسلامي وذلك يتفق معه ما جاء بالنصوص النظامية^(١) من أن خطاب الضمان لا يقترن بأى قيد أو شرط والاستعداد للأداء دون التفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول •

(د) ان خطاب الضمان والكفالة يحل محل « مبلغ التأمين » المطلوب من العميل •

(هـ) لا اشكال في الوضع القانوني حول ما يستفيد منه البنك من اصدار خطابات الضمان اذ هو يتقاضى العسولة والمضروفات والفوائد اذا أدى الدين فضلا عن أصله ، على حين أن ذلك مثار نزاع كبير مع الفقه الاسلامي للاتفاق على تحريم الفوائد ولغلبة الرأي بأن الضمان والكفالة من عقود التبرعات وهي بغير عوض ، وأن الكفيل مقرض واشترطت الزيادة على القرض ربا ، وما قاله الفقهاء واضح ومسلم به بشرط أن تتمحض الصورة المعروضة لخطابات الضمان في الدلالة على الكفالة المعروفة في كتب الفقه الاسلامي •

وهو ما يجعلنا نعرض للعرف المصرفي في المسألة •

٤ - الجوانب المصرفية المستحدثة في المسألة :

من الملاحظة الدقيقة لمتطلبات العمل المصرفي في البنوك التجارية يتضح أنها لم تنفع بما تقدمه الكفالة من أحكام لكي تواجه بها خطابات الضمان بما تقوم عليه من أنها تصدرها بلا قيد أو شرط ودون التفات الى معارضة العميل عند الأداء أو الوفاء ويتضح ذلك مما يأتي :

(١) ان مصطلح « نظامية » يتسع لنص القانون أو غيره من أدوات التشريع كاللائحة والقرار •

(١) اذا كانت الكفالة المالية التزام بما وجب أو ما قد يجب من المال على الغير لسداده لصالح المكفول له فان البنك في خطاب الضمان يطلق تعهدا مجردا عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد ، ومن ثم فلا حاجة بالدائن المستفيد أن يثبت مديونية مدينه العميل واستحقاقه لها^(١) ، وهو ما توجيه أحكام الكفالة شرعا وقانونا - اذ تشترط صحة الدين - ومن هنا كان محل الالتزام أو طبيعته تختلف في خطاب الضمان عنها في الكفالة •

(٢) ان التزام الكفيل في الفقه الاسلامي تبع للأصل ووثيقة له على ما سبق ومن ثم يدور التزام الكفيل مع التزام المكفول في وجوده وثبوته وصحته ووصفه ومقداره الأقصى وانقضائه وفي ذلك يتفق معه ما جاء بالنصوص القانونية على نحو ما ذكرت ولكن الأمر على خلاف ذلك في خطاب الضمان كما تجريره المصارف فالتزام البنك في خطاب الضمان غير مرتبط بالتزام العميل المضمون ، فالمبلغ الثابت في خطاب الضمان مستحق فور طلب المستفيد ودون التفات الى معارضة العميل ومن ثم كان التزام البنك في خطاب الضمان التزاما مستقلا عن نصوص العقد المبرم بين العميل والمستفيد •

(٣) وبالنسبة لرجوع الدائن على الكفيل فالحكم في القانون المدني على أنه لا يجوز أن يطالب الدائن الكفيل قبل المدين ولا أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله وذلك بعد ثبوت الدين المطالب به •

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية أن الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطلبهما معا (م ٦٤٤) •

(١) انظر في هذا المعنى د. على جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٨٦ طبعة ١٩٨١ - دار النهضة العربية •

ومما يجدر التنبيه اليه أن تبعية دين الكفيل لدين المكفول من حيث الوجود والثبوت والصحة والوصف مما يتعلق بأطراف المعاملة جميعهم (الدائن والمدين والكفيل) ولا تؤثر هذه التبعية على النحو السابق على حق الدائن في المطالبة التي خيرته فيها مجلة الأحكام العدلية ومن أخذت عنهم من الفقهاء (١) .

ومن ثم يختلف حكم المطالبة في الفقه الاسلامي عنه في القانون الوضعي الذي لم يجز مطالبة الكفيل قبل مطالبه المدين وآلا ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله وكلا الحكامين مختلف عما عليه العمل في خطابات الضمان كما تجريها البنوك التجارية فالبلغ الثابت في خطاب الضمان مستحق فور طلبه دون التفات الى معارضة المدين (العييل) (٢) .

(٤) إن البنك في التزامه بخطاب الضمان ليس نائبا عن العميل وليس له أن يتسكك بالادفوع التي للعميل ضد المستفيد وذلك يبعده عن أحكام الكفالة الواردة في القانون المدني الذي يجيز للمكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين ، على حين أن البنك في خطاب الضمان يلتزم بالدفع ايا كان مركز المضنون وأيا كان مصير العقد بين البنك وبين عميله أو مصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب مما حدا بالبعض الى القول بأن التزام الكفيل يجب أن يكون موضوعه التزام المدين الاصلى فان اختلفت المضنونات انفصل التزام الكفيل وأصبح مستقلا

(١) أيضا انظر الروض المربع ج ٢ ص ١٨٢ - المرجع السابق فقد جاء في باب الضمان : أن الحق ثابت في ذمة المضمون والضامن فملك الدائن مطالبة من شاء منهما ... وكل من الضمان والكفالة حق مالي فصحت الكفالة به كالضمان . ص ١٨٧ أيضا .

(٢) رى د. على جمال الدين - خلافا لما ذهبنا اليه - أن تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين تؤدي الى عدم جواز مطالبة الدائن للكفيل الا بعد رجوعه على المدين حتى يكون الدين ثابتا قبل المضمون ممكنا طلبه قضاء وبذلك فرق بين مبدأ التبعية والمطالبة مع اختلاف طبيعة كل منهما على نحو ما اونسحنا - عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٩٨ ، ٤٩٩

عن التزام المدين ولم نعد أمام عقد كفالة تابع بل أمام عمل أصيل فاذا كان المدين الأصلي ملتزما بتوريد بضائع فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بأن يدفع مبلغا من النقود في حالة عدم وفاء المدين * * * * *

فاذا كان محل تعهد البنك مبلغا تقديرا وكان محل التزام المدين الأصلي شيئا آخر غير دفع مبلغ من النقود كان التزام البنك الناشئ من خطاب الضمان التزاما أصليا •

أما اذا اتحد المحل في التزام البنك والتزام المدين الأصلي (عيل البنك) بأن كان التعهد في الحالتين بمبلغ من النقود كان معيار التفرقة بين كون التزام البنك أصليا أو تابعا هو استظهار ارادة البنك مصدر خطاب الضمان وهي قد تكون صريحة في عبارة الخطاب وقد تكون مستخلصة من الظروف التي أحاطت اصدار الخطاب ويذهب هذا القول الى حد أن القاعدة العامة هي اعتبار خطابات الضمان المصرفية التزامات أصلية لا التزامات تابعة ناشئة عن عقد الكفالة ما لم تكن صياغة خطاب الضمان تدل على أن البنك قصد ابرام كفالة بالمعنى الوارد في المادة ٧٧ مدنى والتي تنص على أن : « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن ينفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه » (١) •

* * *

• خلاصة :

نخلص من سرد الجوانب القانونية والفقهية والمصرفية في خطابات الضمان البنكية الى أن ادخالها في احدى الصيغ المنصوص عليها في القانون أو فى الفقه الاسلامى أو اسباغ اوصاف هذه الصيغ عليها

(١) المجلة الاقتصادية التى يصدرها البنك المركزى - المجلد الاول - العدد الاول - القاهرة سنة ١٩٦٠ ص ١١١ - تعليق على الحكم محكمة القاهرة المستعجلة فى ١٩٦٠/٣/٥ - انظر د. على جمال الدين عوض - المرجع السابق ص ٥٠٦ هامش (٢) •

يعتوره اغفال كثير من مستحدثات العرف المصرفي في المسألة على نحو ما سبق ذكره تفصيلاً .

ومن هنا كانت المحاولة الذكية لاعتبار خطاب الضمان جزءاً من مشاركة أو مضاربة بين المصرف وعميله ولكنها محاولة لا تفي بالغرض لما يأتي :

(أ) انها على خلاف قاعدة الأمور بمقاصدها .

(ب) انها في مضمونها تقوم على اعتبار أن الربح يستحق بأسباب

ثلاثة هي : المال - العمل - الضمان .

على حين أن حقيقة المسألة - أو أن المسألة في حقيقتها - ليست كذلك فالبنك الاسلامي يستعير من العمل المصرفي التجاري عمليات خطاب الضمان بفنياتها المنبئة الصلة عن فنيات الالتزام الأصلي بين العميل والبنك على نحو ما سلف شرحه مع محاولة تطهيرها من الربا .

وفي هذا الخصوص أود أن أشير الى حديث : « الخراج بالضمان » وهل في معناه متسع لمقابل طاهر أو جزاء عادل اذا قلنا : ان من يتحمل تبعية ضمان شيء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضنون فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة ويجرى الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله في المنفعة ؟

ففي معنى الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة ، فخراج الشيء هو كل ما خرج منه ومن ثم فالخراج في الحديث هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان^(١) ، وقال الزركشي رحمه الله في قواعده^(٢) : ان الخراج ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة .

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي - تحقيق عبد العزيز الوكيل س ١٥١ ، ١٥٢ - ط . مؤسسة الحلبي وشركاه سنة ١٣٨٧ هـ - (١٩٦٨ م) -

(٢) المنشور في القواعد ج ٢ ص ٩ - طبعة أولى - تحقيق تيسير فائق أحمد محمود مؤسسة الخليج للطباعة والنشر بالكويت - الأشباه والنظائر للسردلي س ١٥٠ ، ١٥١ - دار احياء الكتب العربية .

ومن قواعد الفقهاء فى معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندى : « من ضمن مالا فله ربحه » (١) .

وعلى هذا الأساس نقول : ان البنك وقد ضمن عميله فى خطاب الضمان فىكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة أو محل الضمان لشراكنه مع العميل فى هذه العملية («شراكة متناهية») محل ضمان عمل العميل ، وضمان العمل نوع من العمل (٢) . وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو بالعمل ، يكون تارة بالضمان ، وساقى المادة ١٣٤٧ من مجلة الأحكام العدلية مثلا لذلك فنصت على أنه :

« اذا أخذ واحد من أرباب الصنائع تلميذا عنده وأعلمه ما تقبله وتعهده من العمل بنصف أجرته فىكون جائزا والكسب يعنى الأجرة المأخوذة من أصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقا لذلك التلميذ بعلمه ويكون نصفها الآخر مستحقا للأستاذ أيضا بتعهده وضمان العمل » .
فالمثال المذكور قدر حق المتعهد والضامن النصف فى كسب المتعهد العامل المضمون فى عمله .

وعلى هذا النحو لا يجوز أن يكون حق البنك متمثلا فى نسبة من قيمة خطاب الضمان فذلك واضح الشبهة بل صريح الربا فما يأخذه البنك فى هذه الحالة سحت ومن ثم كان والأعدل والأصوب هو أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل وربحه المأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التى يتم الاتفاق عليها بينهما وبذلك تخرج عمليات خطابات الضمان عن الكفالة بمعناها الدقيق والضيق وتصير بما تحمله من مستحدثات العرف المصرفى نوعا من الأنشطة الهامة والرئيسية فى المصارف .

(١) انظر أخبار القضاة لوكيع بن حبان ج ٢ ص ٣١٩ ، ط . عالم الكتب - بيروت - مشار إليه فى القواعد الفقهية لعلى أحمد الندوى ص ٨٣ - ط . دار العلم - دمشق .

(٢) انظر المادة ١٣٤٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(ج) ان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. كما هي القاعدة الفقهية المستقرة - فليس البنك بمقترض ولا المستفيد بمقترضا والعملية كما تجرى في الواقع العملي خطاب ضمان صادر من البنك بمبلغ محدد لصالح المستفيد وغير مغطى كلياً أو مغطى جزئياً ويأخذ حكم الأول في الجزء الغير مغطى. *

❁ تقييم هذا الرأي عملياً :

قد يقول قائل : إن المتعاملين سيحجمون عن التعامل مع البنك الاسلامى لأن نسبة الفائدة المصرفية ستكون أقل من نسبة الربح مما يغريهم بالتعامل مع البنوك الربوية ، وهذا القول يتجاهل ما يأتي :

- ان دخول البنك الاسلامى كشريك في العملية يخفف مخاطر العميل ومن ثم تشور مسألة جواز تحمل البنك لنصيبه في المخاطر بنسبة الربح لمجرد الضمان والحصول على نسبة ربحه وعلى ذلك تكون نسبة الربح أساس عادل لتحديد نسبة التحمل في الخسارة في حالة الشركة على أساس الضمان فقط . *

* * *

المبحث الثالث

الاعتمادات المستندية

• تقديم :

ان نظام الاعتمادات المستندية من معطيات العمل المصرفى فى البنوك التجارية (الربوية) ثم استعير العمل بها فى المصارف الاسلامية بعد تطويعها لمعطيات العمل المصرفى الاسلامى وصيغ تشغيل الأموال واستثمارها فيه وبخاصة صيغى المراجعة للأمر بالشراء والمشاركة •

ولما كان نظام الاعتمادات المستندية أصبح أساسا فى التجارة الخارجية ويقوم على شبكة من المراسلين فى الخارج يختلف نظام عملها فى صلبه عن نظام العمل فى المصارف الاسلامية التى لا تتعامل بالفائدة أخذا وعطاء ، فان ذلك يفرض صعوبة عملية ومشكلة حقيقية فى عمل المصارف الاسلامية لا حل لها الا باتساع نطاقها واقامة تعاون حقيقى بينها على أساس المعاملة بالمثل بلا محظورات شرعية أو على أساس نظام الودائع المتبادلة بحسب عملة بلد البنك المراسل مع الاذن باستعمال تلك الوديعة بدون « فائدة أو عائد ربوى » •

هذا وان الاعتماد المستندى فى جوهره وفنياته لا يختلف فى عمليات المراجعة لطالبي الشراء أو الأمر بالشراء عن عمليات المشاركة الا فى أن المصرف فى العمليات الأولى يشتري لنفسه ابتداء بسعنى أنه يمتلك السلعة قبل بيعها لطالبيها ثانية على حين أنه فى المشاركة فالسلعة للطرفين (البنك والعميل) أى مملوكة لهما وان اختلف مقدار ملكية كل منهما بما يترتب عليه من آثار أو نصيب فى العائد المتحقق ان وجد •

أولا - تحديد المسألة :

١ - نعتبر الاعتمادات المستندية أساسا وسيلة من وسائل الدفع فى التجارة الخارجية وان كانت أكثر وسائل الدفع انتشارا ولا يمنع ذلك من استخدامها فى التجارة الداخلية أيضا .

٢ - الاعتمادات المستندية كوسيلة دفع قد يصحها « ائتمان » بل ان الاعتمادات المستندية وان كانت بحسب الأصل وسيلة دفع مما يفترض غطائها ويكون الاعتماد المستندى كضمان للتنفيذ الا أن هذا الأصل أصبح استثناءا ، فالغالب الأعم الآن هو اقتران الاعتماد المستندى بـ « ائتمان » .

٣ - ان نظام الاعتمادات المستندية نفسه فى تطور هائل للشورة المستمرة فى « تكنولوجيا » النقل والمستندات .

٤ - ان مجموعة القواعد والأعراف (العادات) الموحدة للاعتمادات المستندية المعدلة فى ٢١ يونيه سنة ١٩٨٣ والمعول بها اعتبارا من أول أكتوبر سنة ١٩٨٤ ليست معاهدة دولية ومن ثم فليست ملزمة الا باتفاق أطراف الاعتماد المستندى ومن ثم فان فى وسع كل طرف أن يحاول فرض شروطه قدر استطاعته مثل (م ٥ ، م ١٠/ج ، م ١١/ب م ١٢/ب) .

٥ - ان التخريج الشرعى للعمليات المختلفة لنظام التعامل بالاعتمادات المستندية يقتضى تعقبا دقيقا لهذه العمليات والمراحل التى تمر بها واعطاء كل عملية ومرحلة الوصف الشرعى الدقيق وما يقوم عليه من أحكام شرعية وهو ما نشرع فيه فيما يلى .

بانيا - التخريج الفقهى للاعتمادات المستندية والحكم فيها :

لتبسيط العرض سأتناول الاعتمادات المستندية فى حالتها ولعل هذا التبسيط يساعد كثيرا فى حل الكثير من مشاكلها القانونية والفقهية بل والفنية الاقتصادية .

١ - الحذالة الأولى : الاعتمادات المستندية كوسيلة دفع :

إذا كان هذا هو الأصل في الاعتمادات المستندية بما يفرضه من أن تكون مغطاة بالكامل فإن ذلك المعنى الجوهرى هو الذى حدى بالبعض الى أن يعرف الاعتماد المستندى بأنه :

« تعهد مكتوب يصدره البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب عميله يتعهد البنك بمقتضاه للمستفيد (المصدر) كطرف ثالث بأن يدفع أو يقبل أو يخصم قيمة الكسيالات المصاحبة لمستندات الشحن اذا كانت مطابقة لشروط الاعتماد » •

وهذا هو التعريف الشائع لدى الباحثين والفقهاء القانونى ، ويبدو لنا أن التعريف الذى أوردته المادة الثانية من مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية الصادر بها منشور غرفة التجارة الدولية رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٨٣ اذ نصت على :

« إن اصطلاح الاعتماد المستندى أو الاعتمادات الضامنة تعنى : أى ترتيب مهما كانت تسميته أو وصفه بمقتضاه يقوم البنك (البنك المصدر) بعمل بناء على طلب ووفقا لتعليمات عميله (طالب الاعتماد) :

١ - بالدفع الى أو الأمر ثالث (المستفيد) أو بدفع أو قبول كسيالات مسحوبة بواسطة المستفيد •

٢ - أو بتفويض بنك آخر بأن يقوم بهذا الوفاء أو بدفع قيمته هذه الكسيالات أو قبولها أو خصمها •

مقابل مستندات مشترطة على أن تكون نصوص وشروط الاعتماد قد روعيت •

وفى اطار هذا التحديد للاعتماد المستندى القائم على :

١ - أن الاعتماد مغطى بالكامل من طالب الاعتماد •

٢ - أنه تعهد بالدفع أو القبول أو الخصم يقوم به البنك المصدر أو مراسلة للمستفيد .

نستطيع أن نقول ان هذه العملية تدخل في معنى الوكالة بسناتها الفقهية ، فطالب الاعتماد يوكل البنك (البنك المصدر) في القيام بعمل وفقا لتعليماته ويجوز للوكيل أن يوكل غيره في حدود ما وكل فيه فيجوز للوكيل الأصلي - وهو البنك المصدر للاعتماد - أن يقوم بالدفع أو القبول بنفسه أو بواسطة غيره وهو البنك المراسل .

وتبعد هذه العملية عن أن تكون « اجارة » اذ الوكيل وان كان يعمل باسمه الا أنه لا بد أن يفصح عن صفته كوكيل وأنه يعمل لحساب موكله فيما يقوم به من أعمال وليس هكذا الأجير ، وهذا المعنى هو الذي جعلنا نؤثر التعريف الوارد للاعتمادات المستندية في مجموعة القواعد والعادات الدولية سالف الذكر اذ جاء به :

« أن يقوم البنك المصدر بعمل بناء على طلب وفقا لتعليمات عميل (طالب الاعتماد) » .

٢ - الحالة الثانية : الاعتمادات المستندية كوسيلة دفع مقترنة بائتمان ومصحوبة به :

وهذه الحالة وان كانت ليست هي الأصل في نظام الاعتمادات الا أننا لا نستطيع أن نجرد الواقع العملي منها وما يصاحب الاعتماد المستندي من ائتمان جعل البعض يضيف الى تعريف الاعتماد المستندي بالمعنى السابق عبارة أخرى على النحو التالي :

« تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (الأمر) وذلك بشروط معينة وارادة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات المشتة للبضاعة المصدرة »^(١) .

(١) د. على البارودي - العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٣٧٢ ط ٢ - ١٩٦٨ - الاسكندرية .

وبهذا الاعتبار «الائتمان» عرفت المادة ٢٨٢ من مشروع القانون
التجارى المصرى الاعتماد المستندى بقولها :

« الاعتماد المستندى اعتماد يفتحه المصرف بناء على طلب أحد
عملائه (ويسمى الأمر) لصالح شخص آخر (يسمى المستفيد)
بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل » *

ويؤكد هذه الطبيعة للاعتماد المستندى أى التى يقترن فيها
بائتمان ما تنص عليه المادة (١٧) من مجموعة القواعد والعادات
(الأعراف) الموحدة للاعتمادات المستندية من أنه :

« لا تتحمل البنوك أية تبعة أو مسؤولية عن الشكل أو الكفاية
أو الدقة أو الصحة أو التزوير أو الأثر القانونى لأية مستندات أو عن
الشروط العامة و/أو الخاصة التى تشترط فى المستندات أو تكون
مضافة عليها . »

ولا تتحمل أية تبعة أو مسؤولية عن الوصف أو الكمية أو الوزن
أو الجودة أو الحالة أو التعبئة أو التسليم أو القيمة أو وجود البضاعة
التى تمثلها أية مستندات أو عن حسن نية أو سلامة تصرف . و/أو
السهو أو يسار أو تنفيذ التزامات أو سمعة المرسل أو الناقلين
أو المؤمنين على البضاعة أو أى شخص آخر أيا كان . » *

تأسيسا على ما تقدم وباستثناء حالة السداد المقدم
(Advance Payment) فى الاعتمادات المستندية فانها جميعا تمثل تمويلا
للتجارة الخارجية لمدد متفاوتة فى استطاعة كل من المستورد والمصدر
الحصول على تسهيلات ائتمانية بموجب الاعتماد المستندى فيستطيع
البايع الحصول على ائتمان بموجبها كاستخدامها فى غطاء اعتماد مقابل
(Back to Back) ويستطيع المشتري أن يحصل على ائتمان بموجبها
كاستخدامه للتسهيلات المصرفية أو إعادة التمويل .
ولا شك أن صور التمويل السابقة التى تقترن بالاعتمادات

المستندية وتقوم عليها تكون لقاء فائدة ربوية ومن هنا كانت المعاملة محرمة ما لم تتحرر من هذه الفوائد بصيغة مشروعة أو بديل اسلامى وهذا هو التحدى المطروح على البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية فى نطاق التجارة الخارجية .

* * *

ثالثا - البنوك الاسلامية ومعضلة الاعتمادات المستندية النظيفه :

١ - لما كان قيام المصارف فى الاعتمادات المستندية بدور المتعهد بالدفع فى اطار السداد المقدم من طالب الاعتماد يمثل نسبة ضئيلة جدا فى التجارة الخارجية التى تعتمد جميعها تقريبا على التسويل بفائدة ربوية فان دخول البنوك الاسلامية فى هذا المضمار يشكل تحديا خطيرا لنظامها القائم على عدم التعامل بالفائدة ، ولكن كيف يتم ذلك ؟

٢ - اذا كانت البنوك فى نظام الاعتمادات المستندية وما تقوم عليه من ائتمان بضمان مستندات البضاعة أو حيازتها فى مخازنها أو رهن المستندات أو أن تصدر بوليصة الشحن باسم البنك الممول والفتاح للاعتماد فإن كل ذلك يشكل أساسا وسائل لضمان حصول البنك على « تسويله » للعسيلة وليست أسبابا حقيقية للملكية بمعناها الصحيح وهو « الاختصاص الحاجز » ، الاختصاص بالشئ محل الملك المخول لسلطات المالك والحاجز لغير البنك المالك من الانتفاع والتصرف فيه الا عن طريقه وبسببه .

والتطبيق العملى السليم لذلك يتمثل فى ضرورة قلب العلاقة بين العميل والبنك فيصلح البنك مالكا للسلعة كليا أو جزئيا ، والمتعامل معه (الأمر أو الطالب) شريكا أو وكيلًا أو أجيروا . . .

وهذا الوضع الذى يفرضه نظام عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية على نظام التجارة الدولية ومن ثم مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الموحدة للاعتمادات المستندية التى يجب أن تفسح

المجال في نصوصها لمثل هذا التعامل بإدخال تعديل أو استدراك على نص المادة التي تعفى البنوك من التبعة والمسئولية عن البضاعة مكتفية بالتركيز على المستندات فقط ومدى مطابقتها لشروط فتح الاعتماد وهذا الوضع الطبيعي لنظام الاعتمادات المستندية القائم على الائتمان فقط .

وهذا الدور الجديد الذي يفرضه نظام عمل البنوك الاسلاميه يضيف ضامنا وأمانا مفتقدين في نظام التجارة الدولية ، والدليل على ذلك ما أسفر عنه نص المادة السابعة عشر من مجموعة القواعد والمعادن الدولية للاعتمادات المستندية اذ يتعرض هذا النص لنفي المسئولية عن البنوك في حالة عدم صحة أو تزوير المستندات وهي مشكلة قائمة بحددة على المستوى الدولي فقد حكم مجلس اللوردات حديثا بأن البنك ليس له أن يتمتع عن الوفاء الى المستفيد اذا كان هذا المستفيد يجهل واقعة تزوير المستندات^(١) .

ومن أشهر حوادث تزوير المستندات التي تعتبر عمليات نصب على البنوك :

— استعمال أسماء بنوك غير موجودة أو مستندات مزورة لبنوك موجودة فعلا .

— تقديم مستندات تفيد شحن البضاعة على سفينة معينة ويتضح فيما بعد أنه لا توجد بضاعة وتنادى السفينة في رحلات جديدة تحت اسم آخر .

وفي ظل هذا التنظيم الجديد الذي يفرضه نظام عمل المصارف الاسلامية تخفى صور التعايل لأضفاء صفة الملك أو المالك على البنك لمجرد ارتهانه لمستندات البضاعة أو جيازتها اليه في

(١) انظر :

Leading Cases in London and N.Y. in 1982 ; gfl R. Jan, 1983.p.4.

مشار اليه في د. محيي الدين اسماعيل علم الدين --أضواء على القواعد والمعادن الموحدة للاعتمادات المستندية ص ٣٩

مخازن؛ أو استعارة اسم البنك على بوليصة الشحن أو فرضها على
الآمن أو طالب الاعتماد، ونى كل هذه الصور لا يتحمل البنك تبعه
هلاك البضاعة لأنه ليس هو المالك الحقيقي لها.

كما تختفى صورة افتراض وكالة الشاحن أو الناقل ومن ثم
تصبح تصرفه بالبيع للسلعة فالوكالة لا تفترض.

ولا يقتضى قلب العلاقة بين البنك الاسلامى والمتعامل معه سوى
جدية وكفاءة البنوك الاسلامية فى الاضطلاع بهذا الدور فى التجارة
الدولية.

* * *

رابعاً - انواع الاعتمادات المستندية وموقف البنك الاسلامى منها :

فى اطار هذا التنظيم القائم على قلب العلاقة بين البنك الاسلامى
والتعامل معه طالب الاعتماد، والذي يكون فيه البنك مالكا كلياً
أو جزئياً للسلعة والتعامل معه وكيل أو أجبر أو شريك - تسرى أيضاً
كل أنواع الاعتمادات المستندية المعروفة فى التجارة وهى :

١ - الاعتماد الاستندى القابل للإلغاء (Revocable)

٢ - الاعتماد المستندى غير القابل للإلغاء (Irrevocable)

والشرط .

وهذين النوعين من أنواع الاعتمادات يتوقفان على الشرط الذى
يشترطه المستفيد أو البائع، فاذا اشترط الأخير عدم قابلية الاعتماد
للإلغاء وقبله الأطراف الأخرى فلا بأس به مع مراعاة حق البنك فى
اشتراط عدم البراءة من العيوب الخفية فى السلعة .

٣ - الاعتماد المستندى المعزز (Confirmed) والرافعة :

وهى الصورة الأكثر شيوعاً واستخداماً فى التجارة الخارجية
وتعزيز الاعتماد هنا يكون بناء على طلب المستفيد البائع أو المصدر
للبنك المبالغ للاعتماد أن يلتزم بنفس التزام البنك فاتح الاعتماد ولا يتم
تعزيز الاعتماد الا بناء على طلب البنك المنشئ للاعتماد والمصدر له .

وهذا النوع أو هذه الصورة للاعتمادات المستندية نوع من الكفالة التي تضم فيها ذمة البنك المبلغ للاعتماد (البنك المؤيد) الى ذمة البنك الفاتح للاعتماد والمصدر له ويكون كل من البنك المؤيد والبنك المصدر متعهدا بالدفع أو بالوفاء •

٤ - اعتماد غير معزز (Unccnfirmed) :

ويقوم على الثقة بين المستفيد والبنك المصدر المنشىء للاعتماد •

٥ - الاعتماد القابل للتحويل (Transferable) وحوالة الحق :

وبموجبه يحق للمستفيد أن يطلب من البنك الملتزم بالدفع بتحويله كلياً أو جزئياً لشخص أو أشخاص آخرين فى نفس البلد أو بلد آخر •

وهذا الاعتماد تسرى عليه أحكام حوالة الحق فى الفقه الاسلامى وهى جائزة عند جمهور الفقهاء (١) •

ومما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية أن البائع - وهو هنا المستفيد - له أن يتصرف بضمن المبيع قبل القبض • مثلاً لو باع ماله من آخر بضمن ماله له أن يحيل بضمنه دائته (م ٢٥٢) •

خامساً - طرق الدفع فى الاعتمادات المستندية (٢) وموقف البنك

الاسلامى منها :

تأسيساً على ما تقدم من ضرورة تعديل الدور الذى تؤديه المصارف الاسلامية فى الاعتمادات المستندية وما قد يعكسه ذلك على طرق الدفع على النحو التالى :

(١) انظر المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم - الالتزامات فى الشرع الاسلامى ص ٢١٨ وما بعدها •
(٢) انظر فى طرق الدفع العادية الأستاذ عبد القادر عثمان فى بحثه الشامل : « الاعتمادات المستندية بين التجهيز والتنفيذ » ص ٢٠ وما بعدها
الطبعة الثالثة - نوفمبر ١٩٨٩ (بتصرف) •

١ - الدفع المقدم (Advance Payment) :

يتم الاتفاق على دفع نسبة معينة من قيمة السلعة مقدما للمستفيد بموجب ايصال استلام وخطاب ضمان بذات القيمة .

على أن يتم دفع الباقي للمستفيد عند تقديمه لمستندات الشحن مطابقة لشروط الاعتماد أو على آجال طويلة بموجب كمبيالات مقبولة الدفع من المستورد (وذلك بافتراض أن هناك تطابق حقيقي بين البضاعة والمستندات وليس فقط التعامل على المستندات) .

وهذه الطريقة للدفع تقارن بطريقة العربون في الفقه الاسلامي والتي يجيزها الامام احمد رحمه الله بتوسع^(٢) . بل ان الدفع في الحالة الماثلة تم على اساس ان هذا المقدم جزء من ثمن المبيع دفع معجلا وهو ما يرى الامام مالك أنه لا بأس به^(٢) .

٢ - الدفع الفوري أو بالاطلاع (At sight) :

اذ يتم في هذه الحالة دفع القيمة للمستفيد بالبائع بمجرد الاطلاع على مستندات البضاعة ومطابقتها لشروط الاعتماد فلا بأس أن يؤدي الثمن أو القيمة على هذا النحو من البنك باعتباره المالك أو الشريك وفتح الاعتماد أيضا . بل ان الأصل في البيع المطلق أن يستحق الثمن معجلا ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلا أو يقسط الأجل معلوم (م ٤٨٣ من القانون المدني الأردني) .

٣ - الدفع الآجل أو بالقبول (Acceptance) :

في هذه الحالة يتم الاتفاق بين المصدر والمستورد على أن الدفع سيتم آجلا (تسهيلات موردين) ويقوم المستفيد بتقديم المستندات

(١) انظر المبنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٨ وما بعدها اذ يذهب الامام الى ان المشتري يفقد العربون اذا كره البيع .
(٢) انظر الموطأ ج ٢ ص ٦٠٩ وما بعدها .

للبنك المراسل رافقا بها كميالة / كميالات ترسل الى البنك فاتح
الاعتماد لقبولها بصفته مشتري مقابل استلامه لمستندات الشحن
وتعاد مرة أخرى للمستفيد لتحصيل قيمتها فى تاريخ الاستحقاق •

وطريقة الدفع المؤجلة والمعززة يقبول المشتري جائزة ولا مانع
شرعا من اجرائها على أساس أن البنك مشتري وفاتح للاعتماد^(١) •

وقد لا توجد بيد المستفيد كميالات بالثمن أو قيمة البضاعة تقدم
للقبول ويكون الاتفاق فقط على تأجيل الدفع فى تاريخ الاستحقاق •

* * *

سادسا - شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية وموقف الفقه
الإسلامى منها :

لا شك أن شروط العقد تحدد التزامات كل طرف فيه أو أطرافه
ومنها شروط التسليم للبضاعة محل العقد وتقتصر هنا على أهم الالتزامات
التي تحدد أهم شروط التسليم فى عمليات التجارة الخارجية ، وشروط
التسليم تختلف باختلاف مكان التسليم •

ومما يجدر ذكره أن ما يتم الاتفاق عليه بين أطرافه على أساس
التراضى يصير التزاما تعاقديا واجب التنفيذ ، كما أن ما لم يتم الاتفاق
عليه وعليه جرى التعارف والتعامل على جرى العادة صار محكسا
فالعادة محكمة والعرف مصدر للأحكام ما لم يخالف الشرع الإسلامى
الحنيف •

ومن هذا المنطلق وعلى هذا الأساس تكون مجموعة القواعد
والعادات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية محل اعتبار بشرط

(١) تنص المادة {٨٤} من القانون المدنى الأردنى على انه :

« اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسما فان الأجل يبدأ من تاريخ تسلم
المبيع » .

عدم مخالفة أحكام الشرع الإسلامى وكذلك نصوص نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ * ومكان التسليم تتعلق به بعض الأحكام التى تضمنتها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ ومن ثم تكون واجبة التنفيذ لمن يلتزم بها وذلك على النحو التالى (١) :

١ - تسليم البضاعة فى مكان منشأها (اتجاها) وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشتري والتى نصت عليها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ على وجه الدقة والتفصيل قطعاً للنزاع وحسب الأذى خلاف قد يثور ، ومن أهم التزامات البائع :

« وضع البضاعة تحت تصرف المشتري فى الموعد والمكان المحددين بشروط العقد واخطار المشتري بذلك فى وقت مناسب » ، ومقابل هذا الالتزام يكون من أهم التزامات المشتري :

« تحصيل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت تصرفه » *

٢ - التسليم على رصيف ميناء البائع (F.A.S.) Free along side
وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشتري ومن أهم التزامات البائع :

توريد البضاعة مطابقة لشروط العقد وتسليمها فى المكان والزمان المحددين على رصيف التحميل بيناء الشحن، واخطار المشتري بدون ابطاء بذلك » *

ومن أهم التزامات المشتري :
« تحصيل كافة المسئوليات والأخطار والمصاريف من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرفه بجوار الباخرة » *

(١) تنص المادة ٤٤٦ من مرشد الحيران على انه : « اذا استرط فى العقد على البائع تسليم المبيع فى محل معين لزمه تسليمه فى المحل المذكور » *

٣ - التسليم على ظهر الباخرة (F.O.B.)

٤ - التسليم فى ميناء المشتري (C.A.F.)

وتحت هذا الشرط تتحدد التزامات كل من البائع والمشتري أيضا .

ومن العرض السابق لشروط التسليم المتبعة فى التجارة الخارجية
وقدما لنا نصت عليه نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠
نستطيع أن نبرز ثلاث قضايا أساسية وهى :

(أ) وضع البضاعة تحت تصرف المشتري وفى المكان والزمان
المحددين اتفاقا .

(ب) اخطار المشتري بذلك فى وقت مناسب .

(ج) تحصيل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر التى قد تحدث
للبضاعة .

وحتى يمكن ابداء القول الفصل فى هذه القضايا الثلاث نعرض
بإيجاز شديد لموضوع آثار البيع فى الفقه الاسلامى .

وآثار البيع فى الفقه الاسلامى تسفر عن التزامات البائع
والتزامات المشتري .

أولا - التزامات البائع الجوهريّة : تنقسم الى قسمين هما :

١ - نقل الملكية : وملكية المبيع تنتقل بمجرد تمام البيع الى المشتري
ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

ومن أهم أحكامها أنه يجوز للبائع فى حالة ما اذا كان الثمن مقسما
أو مؤجلا أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن
ولو تم تسليم المبيع ، وهذا شرط جائز لأنه من مصلحة العقد
ونصت عليه المادة ٤٨٧/١ من القانون المدنى الأردنى المأخوذ من

ثانياً - التزامات المشتري الجوهريّة : دفع الثمن - تسلم المبيع -
النفقات *

● فائدة :

تظهر فائدة التحديد الدقيق لمسألة التسليم والقبض في تحديد
تبعة هلاك المبيع وهي قبل التسليم تقع على البائع وبعده على المشتري *
ولا شك أن الأعراف والعادات والمشورات التي تصدرها غرفة
التجارة الدولية تحدد فيها على وجه الدقة متى تعتبر البضاعة تحت تصرف
المشتري ومتى يتحمل المشتري المصاريف والمسئوليات والمخاطر التي قد
تحدث للبضاعة في كل حالة من حالات تسليمها الأربع لهو جدير بالاعتبار
والالتزام إذا ما لم يتم الاتفاق صراحة على غيرها *

كما أن صور التسليم الحكمي التي تطرق إليها الفقه الاسلامي
على ما سبق بل وقنينته مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني
لجدير بالاعتزاز والاعزاز لهذا الفقه المتقدم الذي خدم به أهله أزمانا
مستقبلة وأقواما لم يكلفوا أنفسهم حتى عناء البحث في تراثهم الرصين
التقديم الجديد *

* * *

المبحث الرابع

خدمة الأوراق التجارية

(استلامها وحفظها وتحصيلها وخصمها)

وموقف الفقه الاسلامى منها

أولا - الأوراق التجارية :

صكوك تحرر فى شكل خاص قابلة للتداول بالطرق التجارية بما نشأه من حق نقدى شخصى وتستحق الأداء والدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل معين وتعتبر الأوراق التجارية من أهم وسائل الائتمان التجارى وهى :

الكيميالة - والسند الاذنى - والشيك * ولهم يأت لمشرع المصرى بتعداد الأوراق التجارية على سبيل الحصر وانما جاء بأشكال معينة للأوراق التجارية السائدة فى المعاملات *

وتستعمل الكيميائية فى المعاملات التجارية ، أما السند الاذنى والشيك فيستخدمان فى المعاملات التجارية والمدنية ، ومن المعروف أن المعاملات التجارية والمدنية تستع بضانات خاصة نص عليها القانون التجارى ومن هنا اشترط المشرع التجارى شروطا الزامية فى الكيميائية والسند الاذنى اذا تخلفت فقد السند شكله القانونى كورقة تجارية تخول حق تحرير برتستو عدم الدفع واتخاذ اجراءات الرجوع على الملتزمين بالكيميالة خلال المدة القانونية وتسرى عليها قواعد التظهير والتقادم الضمى وضمائم الوفاء بطريقة التضامن فى حق صاحبها والمسحوب عليه والمحيل والتداول بطريق التظهير وعدم الاحتجاج على حاملها بالدفع التى للمدين على المظهرين السابقين * والبيانات الازامية فى الكيميائية عشرة هى :

- تاريخ انشاء الكبيالة *
- مكان الوفاء *
- مبلغ الكبيالة *
- وصول القيمة *
- تاريخ استحقاق الكبيالة *
- توقيع الساحب *
- شرط الاذن أو شرط الحامل *
- اسم المستفيد *
- اسم المسحوب عليه *
- عدد النسخ *

والبيانات الالزامية فى السند سبعة هى :

- تاريخ الانشاء *
- مبلغ السند *
- وصول القيمة *
- توقيع المحرر *
- ميعاد الاستحقاق *
- شرط الاذن *
- اسم المستفيد *

بيانات الشيك التى يتعين أن يشتمل عليها سبعة هى :

- أمر بالدفع لدى الاطلاع *
- تاريخ السحب *
- مبلغ الشيك *
- اسم المستفيد *
- مكان السحب *
- اسم المسحوب عليه *
- توقيع الساحب *

ثانيا - العمليات المصرفية التى تجرى على الأوراق التجارية وضابطها

الفقهى :

(١) استلام الأوراق التجارية وحفظها :

تسلم الأوراق التجارية الى البنك مرفقة بحافظة مستوفاة لمجموعة من البيانات التى يجب أن تشتمل فى هذه المرحلة على :

• كافة التعليمات الصادرة الواجب تنفيذها واتباعها من المتعامل مع البنك *

• أن تكون محولة لأمر البنك بحسب الغرض من هذا التحويل فهناك :

- التظهير التام الناقل للملكية
- التظهير التوكيلي أى للتحصيل
- تظهير للتأمين أو الرهن

وتصنيف الأوراق التجارية فى أرقام مسلسلة بحسب الغرض من تقديمها للبنك ، فهناك مثلا :

- كمبيالات التحصيل
- كمبيالات القبول
- كمبيالات الخصم
- كمبيالات التأمين

وهذه العمليات تتناولها من الناحية الفقهية على النحو التالى :

(ب) تحصيل الأوراق التجارية :

سواء أكانت كمبيالات التحصيل تستحق الدفع داخليا أو خارجيا فإن هناك مجموعة من الاجراءات المحددة التى يقوم بها البنك كوكيل عن المتعامل مع البنك وطبقا لتعليماته مقابل ما يتقاضاه البنك من عمولة والمصاريف وان كانت تدفع أو تخصم مقدما والدفع المقدم للعمل الذى يقوم به البنك أمر جائز شرعا

وتحصيل الكسبيالات من الأمور التى يجوز للعميل أن ينيب غيره فيها ومن ثم تجوز الوكالة فيها طبقا للتعليمات الصادرة من العميل دون أن يتجاوزها البنك والا خرج عن حدود وكالته ويتحمل مسؤولية ذلك ما لم يجيزها الموكل ، وتعليمات أصحاب الكمبيالات الكتابية واجبة الاتباع سواء فيما يتعلق بالتحصيل المقرون بالدفع نقدا أو بالتسوية على الحساب انجارى أو المحصلة بحوالة بريد أو الكمبيالات المؤجلة أى التى يطلب أصحابها تأجيل مواعيد استحقاقها أو الكمبيالات المعادة بدون دفع وبخاصة حالات تحرير بروتستو عدم الدفع أو ايقافه يجب أن تصدر به تعليمات كتابية ويقوم البنك بتنفيذها كوكيل حسب الاجراءات المصرفية الواجبة الاتباع فى عمل البروتستو وكذلك مراعاة المواعيد المحدده لتلك الاجراءات ، وإذا جاوز البنك حدود وكالته فلا يلتزم الموكل بشيء

من ذلك بل ويستطيع أن يحتج بالدفع الناشئ عن التصرف الصادر من غير ذى صفة ومن ثم عدم مسؤوليته *

● آثار البروتستو وفوائد التأخير والمصاريف :

يترتب على تحرير البروتستو عدة آثار هي :

— اثبات التقديم للوفاء *

— اثبات واقعة امتناع المدين عن الوفاء وهو اجراء لازم قبل اتخاذ اجراءات الرجوع على الملتزمين بقيمة الكمبيالة أو الضمان *

— سريان فوائد التأخير عن أصل قيمة الكمبيالة من تاريخ تحرير البروتستو طبقا للسادة ١٨٧ تجارى خلافا للقواعد العامة فى القانون المدنى طبقا للمادة ٢٢٦ مدنى التى تقضى بسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية ، أما فوائد مصاريف البروتستو وغيرها كمصاريف الدعوى فلا تسرى الا من تاريخ المطالبة القضائية طبقا للمادة (١٨٨) تجارى *

— بدء سريان التقادم الخسى من تاريخ تحرير البروتستو (مادة ١٩٤ تجارى) وكل ذلك ما لم تتضمن الكمبيالة شرط الرجوع بلا مصاريف اذ بموجب هذا الشرط الاختيارى يعفى الحامل من واجب تحرير البروتستو ومن اعلانه للضمان ومن مواعيد رفع دعوى الرجوع وهذا الشرط لا ينتج أثره الا منذ اشتراطه ، فلو اشترطه أحد المظهرين اقتصر أثره على هذا المظهر وغيره من الموقعين اللاحقين له دون السابقين له (مادة ٢/١٦٣ تجارى) *

وقيام البنك الاسلامى بتنفيذ تعليمات أصحاب الكمبيالة بتحرير بروتستو عدم الدفع يجب أن يتطهر عمله فى هذه الحالة من الفائدة التى يحصلها لصالح موكله وهو اثم يجب أن ينأى عنه البنك لتحديث

الرسول صلى الله عليه وسلم : « لعن الله في الربا خمسة : آكله وموكله
وكاتبه وشاهديه » (١) .

والبنك هنا كاتب وشهيد الأكل الربا في عملية استيفاء قيمة
الكمبيالة عن طريق البروتستو .

وبخاصة اذا كان نص المادة ٢٢٦ مدني يجعل المطالبة القضائية
بنفوائد التأخير الزامية ومن ثم لا تسرى هذه الفوائد الا من تاريخ هذه
المطالبة القضائية فلا تكفي المطالبة غير القضائية ولو كانت بانذار رسمي
وكذلك لا تكفي المطالبة القضائية برأس المال وحده (٢) .

(ج) الكمبيالات برسم الضمان أو المظهرة تظهرا تأمينيا ومشكلة تسوية

المتفوق :

وفي هذه الحالة تظهر الكمبيالة للبنك على سبيل الرهن ضمنا
لوفاء بدين للسظهر اليه قبل المظهر ويتم ذلك وفقا لشروط نصت عليها
المادة ٧٦ تجارى وبذلك يتقرر للسظهر اليه (البنك) على الكمبيالة
حق عيني هو الرهن وتصبح في حيازته بثابة الحامل لها ومن ثم
يكون له :

١ - تحصيل مبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق (مادة ٨٠
تجارى) .

٢ - المحافظة على حقوق المدين الراهن (المظهر) في حالة امتناع
المسحوب عليه عن الوفاء والا كان الدائن المرتهن أو المظهر اليه تظهيرا
تأمينيا مسئولا عن تعويض الضرر الناشئ عن اهماله .

٣ - تسوية الحقوق بين المظهر والمظهر اليه اذا حل ميعاد استحقاق
الكمبيالة وحصل المظهر اليه قيمتها وكان حقه قبل المظهر قد حل أجله

(١) انظر اعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ١٣٥ - دار الفكر - بيروت .

(٢) دكتور السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٣ ص ٢٤٥

دار احياء التراث العربي .

أما إذا لم يكن أجل دينه قبل المظهر قد حل كان للدائن المرتهن أن يحتفظ بمبلغ الكمبيالة حتى يحل أجل الوفاء بحقه - بدون فوائد - ثم يخصم من قيمة الكمبيالة بدون فوائد خلافا لما تنص عليه المادة ٣/١١٠٤ من القانون المدنى التى تنص :

- ١ - ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون له دون مقابل *
 - ٢ - وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك *
 - ٣ - وما حصل عليه الدائن من صافى الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الاصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين *
- والتعامل فى هذا النوع من الكمبيالات على النحو السابق يستلزم ما يأتى :

- التأكد من قوة وسلامة هذا النوع من الضمانات سواء بالنسبة للدين نفسه أو بالنسبة لمركز المتعامل المالى ولا يعرف لدينا سبب قانونى أو شرعى للالزام بأن مقابل الوفاء المثبت بالكمبيالة المقدمة يرسم الضمان أو غيره يكون « بضاعة » *

اذ أن مبدأ « الكفاية الذاتية » المتعين توافرها فى الكمبيالة لتمتعها بوصف الورقة التجارية يقتضى ألا يضاف بجوار عبارة وصول القيمة ما يربط بين التزام الساحب وتصرف آخر وإن كانت عبارة « مقابل الوفاء بضاعة » لا تحدث هذا الربط المحظور الا أن الالزام بها أيضا لا مبرر له *

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن اعتبار بيان وصول القيمة انزاميا فى الكمبيالة ينفرد به الآن التشريع المصرى (فى المادة ١٠٥ تجارى) باعتبار أن ذلك بيانا لسبب التزام الساحب قبل الاستفادة مع أن القاعدة أن التصرفات القانونية يفترض أن لها سبب مشروع الى أن يثبت العكس *

وتأسيسا على ذلك فإن اشتراط تعليمات البنك ضرورة مراعاة التأكد من « أن مقابل الوفاء المثبت بالكمبيالة تكون بضاعة » شرط لا يعبر عن مصلحة حقيقية ويتحول الى أمر شكلي لا طائل منه بل قد يكون معوقا وبخاصة اذا تأكد لدينا أن الكمبيالة أداة وفاء بالديون ونشئء التزاما مجردا عن العلاقة القانونية السابقة التي رتبت هذه الالتزامات المالية وما يترتب على هذا الالتزام المصرفي من مبادئ أساسية وهي الصفة التجارية للورقة التجارية واجراءات التنفيذ المشددة وما ترد عليه من حق شخصى موضوعه دفع مبلغ معين من النقود *** الخ .

(د) خصم الكمبيالات :

خصم الكمبيالات أحد وسائل عمليات البنوك فى الائتمان المصرفي (١) وبسوجبها يقدم المتعامل مع البنك الكمبيالة الى البنك قبل ميعاد استحقاقها للحصول على قيمتها مخصوصا منها مبلغا معيناً يسمى الخصم أو « الأجيو » ويتكون من ثلاثة عناصر هي :

- ١ - الفائدة *
- ٢ - العسولة *
- ٣ - المصروفات *

ويتم تقديم الكمبيالة للبنك بعد الاتفاق معه وتظهيرها له تظهيراً تاماً ناقلاً للملكية .

(١) الائتمان هو التنازل عن مال حاضر مقابل مال مستقبل وتتم عمليات الائتمان بوسائل قانونية متعددة من بينها عمليات الائتمان التجارى ومن وسائلها القانونية بعض الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند الاذنى والشيك) أما الائتمان المصرفي فوسائله عمليات البنوك كعقد القرض وخطاب الضمان وخصم الأوراق التجارية .

انظر : دكتور محمد حسنى عباس - الأوراق التجارية ص ٥ - دار النهضة - طبعة ١٩٦٧ ، دكتور جمال الدين عوض - الموجز فى القانون التجارى ص ٢٣٩ - طبعة ١٩٧٥ - دار النهضة العربية ، دكتور محسن شفيق - الموجز فى القانون التجارى ص ١٦٥ وما بعدها طبعه ، ١٩٦٩/٦٨ - دار النهضة العربية .

وعملية التظهير التام هذه تقوم على عدة عناصر استقر عليها العرف
النجاري ونص عليها قانون التجارة فى المادة ١٣٤ - أهمها :

- ١ - صدور التظهير عن ارادة صاحب الحق فى الكمبيالة *
 - ٢ - أن يرد على مبلغ الكمبيالة جميعه *
 - ٣ - مشروعية سبب التظهير قانونا *
 - ٤ - لا يجوز تعليق التظهير على شرط *
 - ٥ - يجب أن يتضمن التظهير شرط الأمر *
- وعلى هذا النحو يترتب على التظهير :
- ٦ - نقل الحقوق الثابتة فى الكمبيالة وتوابعها الى الحامل الجديد ويكون له حق مباشر فى ذمة المظهر اليه مستمد من شكل الكمبيالة *
 - ٧ - الضمان التضامنى للمظهرين قانونا قبل الحامل (مادة ١١٧ ،
١٣٧ تجارى) وذلك ما لم يتفق على غير ذلك وفى حدود هذا الاتفاق
فقط الا أن يشترط الساحب عدم الضمان فيمتد أثر هذا الشرط الى
جميع الموقعين اللاحقين *

وبهذا الالتزام التضامنى للمظهرين يختلف التظهير عن حوالة الحقوق
المدنية اذ أن المحيل يضمن للمحال له فقط وجود الحق وقت الحوالة اذا
كانت الحوالة بعوض (مادة ٣٠٨ مدنى) ولا يضمن المحيل يسار المدين
وقت الحوالة الا اذا اتفق على ذلك كما أن ضمان يسار المدين
لا يمتد الى تاريخ الاستحقاق ما لم يتفق على ذلك (مادة ٣٠٩ مدنى) *

٨ - عدم الاحتجاج بالدفوع فى مواجهة الحامل حسن النية أو تظهير
الورقة من الدفوع ضد الحامل حسن النية وذلك استنادا الى أن الكمبيالة
تنشئ التزاما صرفيا مجردا أى حقا مباشرا للمظهر اليه قبل المدين بمعنى
أن الالتزام الذى نشأ فى ذمة المظهر ليس هو ذات الحق الذى نشأ
عن العلاقة القانونية الخارجية ولكنه حق جديد اندمج فى الورقة
التجارية يتمتع بذاتية مستقلة عن العقد الذى كان سبب انشائه^(١) *

* * *

(١) انظر : دكتور محمد حسنى عباس - المرجع السابق ص ٩١

• التخليج التفضي لعملية الخصم :

وما سردناه من أحكام لعملية الخصم كما تجرئها البنوك التقليدية أو الربوية وطبقا لما استقر عليه العرف المصرفي واستنادا الى نصوص القانون التجارى فى هذا الخصوص انما هو بقصد بيان حقيقة المسألة وتحديدها حتى يأتى التخليج الشرعى لها دقيقا ومن ثم يكون الحكم الشرعى كذلك •

وتأسيسا على ما تقدم فان عملية الخصم تقوم على :

تظهير تام ناقل للملكية الحق الشخصى الذى تتضمنه الورقة التجارية الى البنك وانتقال ملكية هذا الحق الى البنك مشفوعة بضمان قبول المسحوب عليه الكسبالية وضمان قيامه بالوفاء بمبلغ الكسبالية فى تاريخ الاستتقاق وعلى وجه التضامن وذلك دون توقف على قبول المسحوب عليه أو حتى اعلانه بعملية التظهير وهذه أوجه مفارقة بين التظهير للخصم وكل من :

١ - عقد حوالة الحق فى القانون المدنى نفسه لمنافاته مع ما تقدم من قواعد وأحكام •

٢ - عقد الوكالة التى يعمل فيها الوكيل لحساب الموكل الذى ترتد اليه حقوق العقد والتصرفات التى يبيعها الوكيل •

٣ - عقد القرض لعدم التماثل بين دين القرض وبدله •

٤ - بيع الدين بالدين الآن ما حصل عليه الحامل المظهر للورقة التجارية لا يعتبر دينا فى ذمته يلتزم برده وانما صار حقا له بعد التظهير التام والخصم ولا يتعارض مع ذلك كونه ضامنا لقبول المسحوب عليه وقيامه بالوفاء بذلك من قبيل التوثيق التابع لا الالتزام الأصلى •

٥ - ضع وتعجل فعلمية الخصم ليست من هذا القبيل أيضا لوجود علاقتهين قانونيتين فيها :

(أ) علاقة المظهر بالبنك المظهر اليه والذي أصبح مالكا للحق محل الورقة التجارية بكل توابعه وله على هذا الحق كافة سلطات المالك الدائن •

(ب) علاقة المظهر اليه (البنك الحامل للورقة) بالمدين الأصلي وهي علاقة جديدة منبته عن علاقة المظهر بالمسحوب عليه بل ان التظهير يظهر الورقة التجارية من الدفع التي يملكها المدين ويعمل بمقتضاها للوصول الى عرقلة أو رفض المطالبة بالمدين ما دام الحامل للورقة حسن النية •

وعلى ضوء ذلك اختلف الرأي في تكييف هذه العملية ، فذهب رأى الى أن عملية الخصم عبارة عن « حوالة حق » من نوع خاص اذ لا يضمن العميل وجود الدين فقط بل يضمن أيضا الوفاء به عند الاستحقاق وذلك بعكس الحوالة العادية •

وذهب رأى الى أن عملية الخصم أقرب الى القرض منه الى فكرة الحوالة (١) •

وذهب رأى الى أن عملية الخصم توكيل بأجر وتخضع قيمة الأجر مقدما من القرض المضمون الذي يسجبه العميل من البنك ، وأن ما يتنازل عنه العميل من قيمة الكمبيالة انما هو على سبيل الإبراء والاسقاط (٢) •

وذهب رأى الى أن عملية الخصم من قبيل « ضع وتعجل » المحرمة (٣) •

ولما كان تحديده المسألة كما تحصل أساس اسباغ الحكم الشرعى

(١) دكتور أمين محمد بدر - الأوراق التجارية ص ١٠ بند ٨ ، دكتور على يونس - الأوراق التجارية ص ٤٨
(٢) مصطفى عبد الله الهمشري - الأعمال المصرفية والاسلام ص ١٤١ - ١٤٥ ، نقلا عن الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ص ٣٣
(٣) دكتور حافظ عبد الرحمن - المعاملات المصرفية والبدليل عنها في الشريعة الاسلامية ص ١٠٨ ، ١٠٩

عليها فلا يجوز افتراض أو تصوير المسألة على غير حقيقتها في الواقع كأن يقال : ان العملية من باب القرض مع الضمان اذ المسألة يحددها أمران على جانب كبير من الأهمية هما :

١ - التظهير التام للكمبيالة لصالح البنك بمعنى انتقال ملكيتها للبنك .

٢ - مقصد الطرفين - حامل الكمبيالة والبنك - من العملية فالعبرة في العقود المقصود .

وعلى هذا النحو من التحديد الواقعي للمسألة لا يسوغ شرعا اسباغ وصف الحوالة عليها لعدم التساوى بين الدين المحال به والدين المحال عليه^(١) .

وإذا كان القانون المدني المصري في المادة (٣٠٨) يبيّن أن تكون الحوالة بعوض ، وفي هذه الحالة يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة الا انه اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل فلا يلزم الأخير الا برّد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات (مادة ٣١٠ مدني مصري) ولا شك أن هذا مسلك قانوني قائم على مشروعية الفوائد المحرمة شرعا .

كما لا يسوغ شرعا اسباغ وصف الوكالة على هذه العملية اذ لا تعود أحكام عقد الوكالة على الموكل - وهو حامل الكمبيالة - وقد انقطعت علاقته بها بتظهيرها .

كما لا يسوغ شرعا اسباغ وصف عقد القرض على عملية الخصم لعدم التماثل بين الدين الذي حل فيه البنك وبين ما دفعه البنك لحامل الكمبيالة ، واذا اتفقت التماثل والتساوى بين الدينين خرج عن أن يكون قرضا مشروعاً .

(١) موسوعة الفقه الاسلامي الكويتية - نموذج رقم (١) الحوالة ص ٢٠٨

كما أن المسألة ليست من قبيل الإبراء والاسقاط عن قيمة سعر
الخصم لصالح البنك لأن البنك ليس مدينا لحامل الكمبيالة •

وكذلك ليست من قبيل « ضع وتعجل » لأن المسألة تقوم على
أطراف ثلاثة هي : حامل الكمبيالة - والبنك - والمدين بقيسه
الكمبيالة •

وإذا خرجت المسألة عن أى من الأوصاف السابقة فلا تخرج فى
حقيقتها كما تحصل عن أن تكون عملية بيع للمدين للتظهير التام للكمبيالة
من حاملها الى البنك ولكنه بيع نقد بنقد بزيادة يحصل عليها البنك
متمثلة فيما تم خصمه مضافا اليه العمولة والمصروفات ، وإذا اتفق التماثل
فى حالة اتحاد الجنس أو التقابض فى حالة اختلاف الجنس وقع الربا
المحرم •

* * *

الفصل الثاني

المشكلات العملية في بيع المربحة على ضوء الأصول الشرعية

- التصرفات والمعاهد جواهر المعاملات .
- من أحكام البيوع .
- أصول البيع مربحة .
- عناصر تحديد الثمن في المربحة .
- العربون ومقدم الثمن في المربحة .
- مؤشرات تحديد الربح .
- الملكية والتسليم والتسلم في المربحة .
- المربحة في التجارة الخارجية والاعتمادات المستندية .
- المربحة والبيع بالتقسيط .
- الضمانات الشرعية في بيع المربحة وحالاتي الإعسار والافلاس .
- تقدير صيغة التعامل بأسلوب المربحة .

المبحث الأول

التصرفات والمعاهد جواهر المعاملات

لقد جاء التشريع الاسلامى على حين فترة من الرسالات والرسول ينظم للناس أمور دنياهم على أساس الدين ومن ثم الآخرة ، فاهتم التشريع الاسلامى بتنظيم وضبط علاقة الانسان بغيره وعلاقته بالمجتمع الذى يعيش فيه على أساس من تنظيم وضبط علاقته بربه .

وعلى هذا النحو يدور الفقه وتقسيماته الفقهية الى عبادات ومعاملات وجنايات ومواريث **** الخ وتدور الأحكام الفقهية كذلك .

وكل رسالة لها رسول ومن ثم لكل رسول رسالة يقول الله تعالى :
﴿ لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم

الناس بالقيسط ﴾ (١) .

وأحكام المعاملات هى المتعلقة بأعمال الانسان وتصرفاته التى يقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية .

والمعاملات - جيع معاملة - وهى تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات ومن ثم تعتبر العقود من أهم وسائل المعاملات بين الناس كالبيع بجميع أشكاله وأقسامه وأنواعه والشركات كذلك **** الخ .

ولقد غدت العقود تحتل أهمية بارزة فى المعاملات المعاصرة وبصفة خاصة فى المبادلات المالية والتجارة الداخلية والخارجية على وجه الخصوص اذ تعددت أطرافها وتشابكت العقود مع بعضها فى المعاملة

(١) الحديد : ٢٥

أواحدة كما ظهرت عقود جديدة كثيرة لا تدخل تحت مسمى العقود المعروفة أو المألوفة لدى الباحثين والفقهاء .

وبإمعان النظر وانعامة في التشريع الإسلامى ، نجد كثيرا من الأصول والقواعد الكلية التى تحكم نظرة الفقه الإسلامى الى العقود وتشكل الاطار العام المنضبط للنظر فى العقود على وجه العموم وتعين فى الوقت ذاته على ابراز سمات وخصائص العقود فى الفقه الإسلامى بما يميزه ويميزها أيضا ويثبت ذاتية هذا الفقه ويؤكد صلاحيته لكل زمان ومكان ويعطيه أولويته فى التطبيق العملى والممارسة الفعلية فى معاملات الناس بلا مجافاة للحياة والواقع ومصالح العباد ودون أن يكون ذلك على حساب الشرع بحال .

وتنقسم التصرفات فى النظر الفقهى الى تصرفات عدلية وتصرفات فضلية :

١ - التصرفات العدلية :

تشمل المعاوضات والمشاركات وتقوم على التعادل أو العدل بين التزامات أطرافها سواء تعارضت مصالحهم كما فى المعاوضات أو تكافأت وتساوت بأن كانت من طبيعة واحدة بحسب الأصل فيها كما فى المشاركات .

٢ - التصرفات الفضلية :

تشمل التبرعات بأنواعها كهبة ووصية وصدقة وقرض . ويدور بحثنا على التصرفات العدلية وعلى البيع فيها وبيع المربحة على وجه الخصوص فأساسه اذن العدل فى المعاملة والتعامل ، وعدل الانسان مع نفسه أساس العدل والقسط بالمقابلة لضده أو نقيضه وهو الظلم ، فأقصى أنواع الظلم هو ظلم الانسان لنفسه ، ومن هنا كان مطلب الدعاء الدائم للانسان من ربه أن يغفر له . يقول الله تعالى .

﴿ قالوا ربنا ظالمنا أنفسنا وان لم تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين ﴾ (١)

ولذلك كان الظلم خيانة وكان العدل أمانة وكانت المراجعة من بيوع الأمانة فكثير من أمورها وبياناتها موكول الى البائع وعدله وأماته •

ولذلك قال فيها الامام أحمد بن حنبل رحمه الله : لا يؤمن فيها هوى النفس فى نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر وتجنب ذلك أسلم وأولى (٢) •

ويجب أن يكون كل ذلك مرعيا فى التعامل مراجعة وهو ما نعبّر عنه باتقاء الخلافة لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام : « اذا ابتعت فقل لا خلافة ••• » •

والخلافة هى التغيرير ، والتغيرير له طرق هى :

(أ) التغيرير باستعمال طرق احتيالية التى كثيرا ما تكون أعمالا مادية كمظاهر من الاعلان تخدع الناس أو اتخاذ صفات منتحلة أو اصطناع مستندات مزيفة •• وهذا النوع يسمى بالتغيرير الفعلى ومرتكبه يضمن بلا خلاف •

(ب) التغيرير بمجرد الكذب •

(ج) التغيرير بمحض الكتمان وعدم الافصاح عن الحقيقة ، والمشتري قد يعتبريه استرسال واستئمان للبائع •

(١) الأعراف : ٢٣

(٢) انظر : الشرح الكبير لابن قدامة ج ٢ ص ٣٩٨ - طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، فقه المراجعة - دكتور عبد الحميد البعلى ص ٣٥

المبحث الثاني

من أحكام البيوع

١ - البيع حلال والربا حرام :

يقول الله تعالى : ﴿ واحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (١) .

ويقول سبحانه : ﴿ اذنين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا ﴾ (٢) .

فمن التخطب الدال على المس والجنون القول بأن البيع مثل الربا .

ووجه التلبيس أن كلا من البيع والربا فيه مبادلة مال بسال ولكن الحقيقة والماهية والوصف فى المبادلتين مختلف عن الآخر ، فالمبادلة فى البيع نفوم على شىء أو سلعة وثمان من غير جنسه ومن هنا وصفت بأنها بيع أى تمليك السلعة بنقد عاجل أو آجل ، أو المبادلة فى الربا فنقوم على شىء من نفس جنسه أو مثله مع الزيادة وهى غير مقابلة بعوض أو بشىء من عناصر المبادلة .

وعلى ذلك فتسمية الربا ثمنا أو أجرا لا يصادف حقيقة المسألة أو ماهيتها وانما يتأثر بوجه شبه فيها يتعلق بالوصف فقط ومن هنا سسى البعض الربا ثمنا لشبه وجود المبادلة الحاصلة فى البيع ، وسماه البعض أجرا فى مقابل المنفعة التى يحصل عليها الآخذ للربا ، وهذه المنفعة ليست هى حقيقة المبادلة أو أحد عناصرها الجوهرية أو الأساسية وانما هى منفعة مظنونة وان كانت راجحة مع أحسن تقدير . ومن ثم قد تحصل أو لا تحصل فهى غاية ونتيجة تترتب على المعاملة وقد لا تحدث وبناء الحكم عليها يكون غير صحيح .

٢ - النهى عن بيع الغرر أو الضرر في البيع :

الغرر أحد المحظورات الشرعية الرئيسية التي تنفرع عن الأم في النواهي وهو أكل أموال الناس بالباطل .

وعن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وعن ابن عمر كذلك وعن سعيد بن المسيب أيضا وعن ابن عباس قال مثل ما قال (١) .

وتعريفات الفقهاء للغرر كثيرة لخطورته ولذلك لا نرى في تعدد هذه التعريفات إلا بيانا لصور وأوجه هذه الآفة في المعاملات ومن ثم لا يتفدح عندنا الغرر بمعنى واحد والا قللنا من خطره في المعاملات على خلاف حقيقته وحقيقة الواقع الذى يتخذ فيه الغرر ضروبا من الصور والأوجه وتنتهى كلها الى آفة واحدة في المعاملات هي الغرر .

لذلك نرى توجيهها لأقوال الفقهاء فى معنى الغرر أن :

١ - من الفقهاء من ربط الغرر بالعاقبة أو النتيجة فاعتبر ما يكون مستور العاقبة غررا فى المعاملة (٢) .

٢ - ومن الفقهاء من ربط الغرر بعدم العلم أو المعرفة بسجل المعاملة فى وجودها أو صفتها (٣) .

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ٥ ص ٣٤٢ ، وقال : رواه مسلم فى الصحيح - ط . دار المعارف العثمانية بجيدر آباد سنة ١٣٥٤ هـ ، صحيح مسلم بشرح النووى ج ٣ ص ١٥٦ - المطبعة العلمية - سنة ١٣١٣ هـ ، سنن أبى داود ج ٣ ص ٣٤٦ - مطبعة السعادة ١٣٦٩ هـ ، سنن ابن ماجه ج ١ ص ١٠ - المطبعة العلمية سنة ١٣١٣ هـ ، الجامع الصحيح للترمذى ج ٣ ص ٥٣٢ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ج ٣ ص ٥٣٢ - طبعة مصطفى الحلبي ، الموطأ بهامش المنتقى ج ٥ ص ٤١ - مطبعة السعادة .
(٢) المبسوط ج ١٣ ص ١٩٤ - مطبعة السعادة .
(٣) العناية بهامش فتح القدير ج ٥ ص ١٩٢ - المطبعة الأميرية بمصر - موطأ مالك بهامش المنتقى ج ٥ ص ٤٢ - مرجع سابق .

٣ - ومن الفقهاء من ربط الغرر بالشك في وجود المبيع أو الخطر الذي هو بمنزلة الشك الذي يستوى فيه طرف الوجود والعدم (١) .
وهذه الأوجه جميعها تقوم على الخطر والمخاطرة ولذلك عرف الشافعي الغرر بالخطر فيما نقله عنه الامام الكسائي (٢) .

ولعل ما سبق من تعريفات توضح أوجه الغرر المتعددة قد أنتج أثره في تعريف المرحوم الشيخ ابن القيم للغرر ، فقد ربط الغرر بأمر مهم وجوهري في المعاملات أو المعاوضات المالية وهو « التسليم » فضلا عما يكتنف الغرر من عدم علم أو معرفة بسجل المعاملة في وجوده أو حقيقة مقدارها فقال رحمه الله :

« الغرر هو ما لا يقدر على تسليسه سواء أكان موجودا أو معدوما » (٣) .

وهو « بيع ما لم يعلم حصوله أو لا يقدر على تسليسه أو لا يعرف حقيقة مقدارها » (٤) .

ولا نرى في هذا التعريف لابن القيم اضطرابا كما ذهب البعض (٥) بل اضافة وتحديد لما سبق من تعريفات الفقهاء الذين سبقوه والجديد في تعريف ابن القيم كما نراه على ضوء مستجدات المعاملات المعاصرة هو ربط الغرر بالتسليم لا بوجود محل العقد أو عدمه فقط ، فتسليم المبيع هو غاية عملية البيع بالنسبة للمشتري ومن ثم كان التسليم من كمال رضاه بالبيع أو بالعقد .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ - طبعة بولاق .

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٦٣ - طبعة الجمالية بمصر سنة ١٩١٠ ، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٤ - طبعة أنصار السنة المحمدية .

(٣) اعلام الموقعين ج ١ ص ٣٥٨

(٤) زاد المعاد ج ٤ ص ٢٦٧

(٥) دكتور الصديق الضير - الغرر وأثره في العقود ص ٣٣ - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٦ هـ (١٩٦٧ م) .

أما التحديد فى تعريف ابن القيم رحمه الله هو ضرورة توافر العلم والمعرفة التامة بمحل العقد لا بوجود المحل أو عدمه ، ولا شك عندى أن ذلك من ابن القيم قول سيدى وتحديد قوى لما يجب أن يتوافر فى العقود عليه ولذلك نقل توضيح ابن القيم اذ قال :

« وأما المقدمة الثانية وهى أن بيع المعدوم لا يجوز فالكلام عليها من وجهين ، أحدهما : منع صحة هذه المقدمة * اذ ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ولا فى كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام * وانما فى السنة النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كما فيها النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة فليست العلة فى المنع ولا الوجود ، بل الذى وردت فيه السنة النهى عن بيع الغرر وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء أكان موجودا أو معدوما كبيع العبد الأبقى والبعير النارد وان كان موجودا اذ موجب البيع تسليم المبيع ، فاذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقبار * * * * * وهكذا المعدوم الذى هو غرر نهى عنه للغرر لا لعدم كما اذا باعه ما تحمى هذه الأمة أو هذه الشجرة فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته وهذا من الميسر الذى حرمه الله ورسوله * * * * * وكذلك سائر عقود المعاوضات *

الوجه الثانى : أن نقول : بل الشرع صحح بيع المعدوم فى بعض المواضع فانه أجاز بيع الثمر بعد بدء صلاحه والحب بعد اشتداده والنهى صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بدء الصلاح مستحقة الإبقاء الى كمال الصلاح ولم يجعل موجب العقد القبض فى الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها ، ودخل فيما أذن فيه بيع ما هو معدوم لم يخلق بعد * * * * * » *

فالمحظور اذن هو بيع الغرر أى أن يبيع الناس غررا أو أن يبيعوا ما فيه غرر ، وعليه يكون من الغرر المحظور الأوجه التى تعرض

لها الفقهاء فى تعريفات الغرر أو ما عرفه الفقهاء من صور الغرر لافضائها حتما الى المنازعة والنزاع بين الناس وهو ما جاءت الشريعة بعكسه تماما * * ومن ثم يكون محظورا :

— كل تعامل مجهول أو على شىء مجهول فى وجوده أو فى مقداره أو فى صفته أو أن يكون مشكوكا فى ذلك * .

— كل تعامل لا يقدر على تسليم المبيع فيه اذ أن موجب البيع هو تسليم المبيع ومن ثم يكون عدم القدرة على تسليم المبيع والشك فيها هو جوهر الغرر الممنوع لا مجرد الوجود والمعدم وقت التعاقد * .

وهذا الذى انتهى اليه ابن القيم رحمه الله يعالج كثيرا من مستحدثات البيوع فى التجارة الخارجية العالمية بل ويواكبها على نحو من الدقة والقوة ومعظمها — أى التجارة الخارجية — يدور على سلع تكون وقت التعاقد أو حين العقد غير موجودة ولكنها من المتيقن حصولها أو وجودها وتكون معلومة الجنس والقدر والصفة والتسليم بل وميعاد التسليم على وجه الدقة فأنى يأتيها الغرر المحظور والممنوع ، وكيف نصم الفقه بالجمود ونقول بعدم جواز التعامل فى هذه الحالة التى لا بديل غيرها فى التجارة الخارجية واستقر عليها الناس ؟؟

* * *

٢ — لا تبع ما ليس عندك :

أصل قاعدة البيوع هذه حديث حكيم بن حزام قال : قلت يا رسول الله ، يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع (أى بيع) ليس عندى ما أبيع منه ثم أبتاعه من السوق — وفى لفظ : أبتاع له من السوق ثم أبيع منه — فقال : « لا تبع ما ليس عندك » رواه الخمسة (١) * .

(١) الخمسة : احمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه — وقال الترمذى : حديث حسن قد روى عنه من غير وجه — منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ — طبعة مصطفى البابى الحلبي —

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً :
« لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن
ولا يبيع ما ليس عندك » (١) .

وفي معنى الحديث تعددت الآراء التي نفيدها وجوها كثيرة في
المسألة مما تتسع له صور المعاملات المعاصرة وترجع المعاني التي
قيـل بها إلى أن « ما ليس عندك » أي ما ليس مملوكاً للبائع وقت
العقد ومن ثم يدخل في ذلك كل شيء ليس بمضمون على البائع
وهو غرر (٢) .

ونقل الشوكاني عن البغوي أن النهي في الحديث خاص ببيع
الأعيان التي لا يملكها البائع أما لو باع شيئاً موصوفاً في الذمة
فإن البيع يصح ويكون سلماً تطبق عليه شروط السلم (٣) .

ونورد رأى ابن القيم لارتباط معنى الحديث بما سبق في معنى
الغرر . فقال :

سنة ١٣٧٢ هـ ، الجامع الصحيح ج ٣ ص ٥٣٧ ، انظر في تخريج الحديث :
الأسناذ الدكتور يوسف القرضاوى - بيع المرابحة للأمر بالشراء ص ٥٤
وما بعدها - طبعة مكتبة وهبة ، ويخلص فضيلته إلى أن الحديث وإن لم
يبلغ درجة الصحة فلن ينزل عن درجة الحسن ، وفي موضع آخر يقول
فضيلته : « وبعد التسليم يصح الحديث وهو ما أرجحه » ص ٥٩

(١) أخرجه أحمد في مسنده بشرح الشيخ أحمد شاكر ج ٢ ص ١٧٤ ،
١٧٥ ، ٢٠٥ - طبعة دار المعارف بمصر سنة ١٣٧٧/٧٥ هـ - وقال
الشيخ أحمد محمد شاكر : أسناده صحيح - منتقى الأخبار مع نيل الأوطار
ج ٥ ص ٢٥٢ و ٢٨٢ - مرجع سابق .

(٢) انظر معالم السنن للخطابي ج ٥ ص ١٤٣ ، المغنى لابن قدامة
ج ٤ ص ٩٨ ، المجموع للنووى ج ٩ ص ٢٧١ ، بداية المجتهد لابن رشد
ج ٢ ص ١٠٨

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٢ - طبعة مصطفى البابى الحلبي
سنة ١٣٧٢ هـ .

« وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » فمطابق لنهيهِ عن بيع الغرر لأَنَّهُ إذا باع ما ليس عنده فليس هو على ثقة من حصوله بل قد يحصل له وقد لا يحصل فيكون غررا ٠٠٠٠٠٠٠ وبيع ما ليس عنده إنما نهى عنه لكونه غير مضمون عليه ولا ثابت في ذمته ولا في يده فالمبيع لا بد أن يكون ثابتا في ذمة المشتري أو في يده وبيع ما ليس عنده ليس بواحد منهما ٠٠٠» (١) .

ويقول شيخ الاسلام ابن تيمية في معنى الحديث :

« ٠٠ واما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وان كان في الذمة وهذا أشبه فيكون قد ضمن له شيئا لا يدري : هل يحصل أو لا يحصل» (٢) .

وفي كلام شيخ الاسلام توسعة اذ فسر « العندية » الواردة في الحديث بالقدرة على التسليم التي ترتبط ارتباطا وثيقا بثبوت المبيع في ذمة البائع وهو ما ذكره ابن القيم وكلا المعنيين يعبر عنهما بـ « الملك » أو بـ « الملكية » التي تدخل في تعريف الملك بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى مقدر فى العين أو فى المنفعة يقتضى الملكية من يضاف إليه من الاتفَاع بالمملوك ومن المعاوضة عنه (٣) .

ونخلص اذن الى أن « العندية » فى الحديث تعنى الملكية كحكم شرعى ومن ثم القدرة على التسليم .
وعلى هذا النحو ينبغى أن ينظر الى قول من قال من الفقهاء ان الحديث يعنى ما ليس مملوكا للبائع (٤) ومن ثم لم يكن موجودا وقت

(١) انظر تهذيب سنن أبى داود ج ٥ ص ١٥٧ وما بعدها مشار اليه فى بيع الماربعة للأمر بالشراء للقراضوى ص ٥٨

(٢) مجموع الفتاوى ج ٢٠ ص ٥٢٩

(٣) الفروق للقراىى ج ٣ الفرق ١٨٠ ص ٢٠٨ ، ص ٢٢١ ، انظر

كتابنا : الملكية وضوابطها فى الاسلام ص ٢٥ وما بعدها .

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٧ ، ١٦٣ - طبعة الجمالية بمصر -

سنة ١٩١٠ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٧ ، المنتقى للباىى ج ٤ ص ٢٨٦

- المهذب للشيرازى ج ١ ص ٢٦٨ - طبعة عيسى البابى الحلبي بالقاهرة .

العقد وعلى هذا النحو تتضافر آراء الفقهاء ويعضد بعضها بعضا ولا تتنافر في معنى الحديث الذي ينهى عن بيع ما ليس عند الانسان والحديث الذي ينهى عن بيع الغرر ، ويتطابق معنى الحديثين كما ذهب ابن القيم رحمه الله ، وازالة التعارض بين الأدلة - ان وجد - من قواعد اعمالها وتفسيرها ، فاعمال النصوص خير من اهمالها وتضافرها خير من تنافرها •

وتأسيسا على ما تقدم فإن التضييق في تفسير حديث : « لا تبع ما ليس عندك »^(١) بتخصيصه فيسا كان البيع فيه حالا بحجة أن هذا هو ما يستفاد من قصة الحديث ولأن هذه هي الحالة التي يتصور فيها النزاع غير مسلم عندنا لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - وإن كان في سنده مقال - فالحديثين يشهد أحدهما أزر الآخر اذ لا ينزلا عن درجة الحسن^(٢) •

هذا فضلا عما هو مسلم به من القاعدة الأصولية التي تقول :
« العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب » •

وقصة الحديث كما فهمها الحافظ ابن حجر العسقلاني والعيني عن الامام ابن المنذر وكما فهمها شيخ الاسلام ابن تيمية تتسع لأن يراد بالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام عن بيع عين معينة أو أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة^(٣) •

كما أن النزاع حاصل كذلك في حالة عدم القدرة على التسليم

(١) يذهب الى هذا التفسير الأستاذ الدكتور الصديق الضير - الغرر وانره في العقود ، ص ٣٢٠ مرجع سابق •

(٢) وهو ما يذهب اليه الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوى - بيع المرابحة الأمر بالشراء ص ٥٦

(٣) انظر فتح الباري ج ٥ ص ٢٥٣ ، عمدة القارى ج ١١ ص ٢٥٣ ، مجموع الفتاوى لشيخ الاسلام ابن تيمية ج ٢٠ ص ٥٢٩

ولو مآلا وليس فقط في حالة ما اذا كان المبيع ليس موجودا عند التعاقد أو غير مقدور على تسليسه حالا فقد يكون ذلك مما يدخل تحت علم المشتري أو امكانية علمه به .

هذا وقد أجازت المادة ١/١٦٠ من القانون المدني الأردني التعامل على الشيء المستقبل فنصت على أنه :
« يجوز أن يكون محلا للسعاضات المالية الشيء المستقبل اذا انتهى الغرر » *

٤ - البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض :

الأصل في البيع أن يترتب حكم العقد عليه بمجرد تمام العقد منتقل ملكية المبيع الى المشتري بدون توقف على قبض المبيع أو تسلمه أو أى شيء آخر *

هذا . . . وإن كانت حقوق العقد تترتب على كل من الطرفين ويجب المبادرة الى الوفاء بها وتنفيذها وحسبما يتضمنه العقد من شروط (١) .

ومن ثم فحكم العقد أثر فوري للعقد أما حقوق العقد فقد تتراخى، ومن حقوق العقد تسليم المبيع الى المشتري على النحو الذي يتم الاتفاق عليه في العقد .

ومن اللازم أن البائع لا بد أن يكون مالكا للشيء المبيع حتى يمكن نقل ملكيته بالأصالة أو النيابة .

ومن أوجه الضمان المقررة للبائع أنه يجوز له اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع وهو ما نصت عليه المادة ٤٨٧ من القانون المدني الأردني المأخوذ من الشريعة الاسلامية .

(١) لقد فرقت بوضوح بين حكم العقد وحقوق العقد المواد ١/١٦٣ ، ١٩٩ من القانون المدني الأردني .

٥ - صور التسليم :

ينم التسليم على النحو التالى :

(أ) بالفعل أى التسليم المادى للمبيع .

(ب) حكما : بالتخلية أى تخلية البائع بين المبيع والمشتري مع الاذن للمشتري بقبض المبيع وبشرط عدم وجود مانع يحول دون حيازته أى ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلم المشتري بذلك فعلا .

— اذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلما للمبيع فى حالة معينة اعتبر التسليم قد تم حكما .

— ويعتبر التسليم حكما قد تم أيضا اذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طاب المشتري أو اذا أنذر البائع المشتري بتسلم المبيع خلال مدة معقولة والا اعتبر متسلما فلم يفعل .

(ج) يكون التسليم فى كل شىء حسب طبيعته ويختلف كذلك باختلاف حالة المبيع وللمادة والعرف دور حاسم فى هذا الخصوص .

* * *

٦ - تبعة الهلاك أو التلف :

هل ترتبط تبعة الهلاك أو التلف بالتسليم (فعليا أو حكما) أو بالملك :

الملك كحكم شرعى يترتب على العقد بحسب الأصل بمجرد تمامه ، والتسليم كحق للعقد يتم حسبما يجرى الاتفاق عليه ويلتزم به البائع قبل المشتري .

فهل تتبع المسؤولية عن الهلاك أو التلف الحاصل للمبيع الملكية بمجرد تمام العقد أو التسليم حسبما يتفق عليه وما الحكم فى حالة هدم وجود اتفاق على هذه المسألة ؟

(أ) إذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشتري ويتسلمه يكون على البائع ما لم يكن بقاؤه فى يد البائع بسبب يرجع الى المشتري ، كأن يكون البائع أنذره بتسلم المبيع فى وقت محدد معقول والا اعتبر متسلما للمبيع فلم يفعل •

أو يكون المبيع فى يد البائع وهو حابس له لدفع ما هو مستحق له من الثمن كله أو بعضه ففى هاتين الحالتين يكون هلاك المبيع على المشتري كمالك له وإن كان ما زال فى يد البائع على نحو ما تقدم •
(ب) إذا هلك المبيع بعد التسليم والقبض هلك على المشتري بوصفه المالك •

(ج) إذا هلك المبيع أثناء الطريق فالأصل أن تكون تبعة الهلاك على المالك ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك أى ما لم يوجد شرط فى العقد بخلاف ذلك كأن يشترط المشتري على البائع تسليم المبيع فى مكان وزمان معينين وهنا تكون تبعة الهلاك فى الطريق على البائع حتى يتم التسليم حسب هذا الشرط الذى يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري وجرى التعامل به ومن ثم كان شرطا صحيحا^(١) ؛ فضلا عن عدم اخلاله بشرط من شروط صحة العقد اذا لا يترتب عليه غرر •

٧ - معلومية المبيع :

بشترط فى المبيع أن يكون معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة وذلك ببيان أحواله وأوصافه المميزة له ، وإن كان حاضرا فيكفى الإشارة إليه •

(١) انظر المدونة الكبرى للإمام مالك ج ٩ ص ٩٩ ، الخرشي ج ٥ ص ٥ الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٤٩ ، وانظر : الدكتور حسن الشاذلى - نظرية الشرط فى الفقه الإسلامى ص ٢٢٣ وما بعدها •

٨ - أقسام البيع باعتبار الثمن :

ينقسم البيع باعتبار الثمن أو بالنظر الى الثمن الى أربعة أنواع هي :

- (أ) تولية : وهي البيع برأس مال المبيع دون ربح أو خسارة .
- (ب) وضیعة : وهي البيع برأس مال المبيع مع خسارة معينة .
- (ج) مساومة : وهي البيع بالثمن الذى يتفق عليه دون نظر الى الثمن الأول للمبيع .
- (د) مرابحة : وسيأتى بيانها تفصيلا وهي بيع بالثمن الذى قامت به السلعة مع زيادة ربح معلوم يتفقان عليه حين العقد .

* * *

المبحث الثالث

أصول البيع مرابحة

١ - البيع مرابحة أحد أنواع البيوع الشرعية التي تقوم على البيع والشراء وهما جوهر المعاملات التجارية •

٢ - المرابحة ليست صورة من صور الوساطة التي يقوم فيها المصرف بأعمال الائتمان التجارى •

٣ - التعامل فى بيع المرابحة لا يكون من قوم نصبوا أنفسهم للتحايل على دفع قليل فى كثير باستعانة البائع بالمشتري على تحقيق مقصده من دفع قليل ليأخذ عنه كثير •

٤ - المرابحة كأحد أنواع البيوع التجارية تتطلب معرفة تامة بأمور ثلاثة مجتمعة هى :

- (أ) السوق
- (ب) السلع
- (ج) الناس

٥ - البيع مرابحة لا بد أن يرد على شئ مملوك للبائع أى له عليه حق الملكية الذى يترتب بمجرد انعقاد العقد صحيحا حتى ولو لم يتم قبض أو حيازة المبيع وتسلمه •

٦ - لا بد من الاخبار بالثمن الذى دفعه البائع ولزم به البيع وما يضاف اليه من كافة المصاريف اللازمة والضرورية للسلعة وما جرى به العرف التجارى حتى يكون كل ذلك - وهو ما قامت به السلعة - معلوما للمشتري عند التعاقد وهذا شرط من شروط صحة المرابحة •

٧ - لا بد من الاخبار بالربح سواء أكان مفردا أو نسبة حتى يكون معلوما للمشتري كشرط من شروط صحة المراجعة .*

٨ - أسباب استحقاق الربح في المنهج الاسلامي ثلاثة : المال - والعدل - والضمان .*

والبائع مرابحة كمالك للسلعة يضمنها ومن ثم يستحق الربح بهذه الأساليب الثلاثة مجتمعة أى كعلة بالبيع والشراء فى مال مملوك له أى يضمنه ، ولحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » .*

ولنهييه صلى الله عليه وسلم : « عن ربح ما لم يضمن » .*

٩ - كافة البيانات المتعلقة بالمعقود عليه مرابحة أو بسجل عقد بيع المرابحة أو بالمبيع مرابحة أو بالثمن لا بد من ذكرها للمشتري حتى يكون على بينة منها عند التعاقد. فلا تكون هنالك جهالة أو غرر .*

١٠ - كل كذب أو خيانة فى عملية البيع يفسدها ويرتب للمشتري الخيار فى امضاء العقد أو عدمه وهو ما نرجحه من أقوال الفقهاء .*

١١ - تجوز المرابحة فى عروض التجارة والزروع والثمار ، أما العقار فتكتنفه صعوبات ادارية واجرائية تسليها القواعد والقوانين لانتقال الملكية .*

١٢ - تجوز المرابحة فى السلع الحاضرة فى التجارة الداخلية وفى السلع الغائبة على الصفة فى التجارة الخارجية بعد دخولها أى السلعة واستقرارها فى ملكية البائع مرابحة وحيازته لها اذا كانت طعاما .*

١٣ - يجوز للبائع مرابحة أن يشترط على المشتري عدم الرجوع عليه بفسان العيوب الخفية فى المبيع والأولى عندى خلافه أى عدم اشتراط مثل هذا الشرط لضرورة حرص البائع التاجر على حسن السعة والثقة .*

١٤ - المواعدة بين طالب الشراء والبائع (البنك) وان كانت في نظرنا نوع عقد معلق على شرط الا أنها ليست بيعا ولا شراء ومن ثم لا تختلط بعقد البيع المرابحة وهو لاحق للمواعدة وبناء عليها والقول بغير ذلك يؤدي الى بطلان البيع للمواعدة بين الطرفين على البيع قبل وجوب السلعة للمأمور (البنك) *

١٥ - يجوز أن يكون أداء الثمن والوفاء به أو الوفاء بدببن المرابحة (ما قامت به السلعة + الربح) مؤجلا أو مقسطا ويكون البيع صحيحا نافذا ولا مانع شرعا من الزيادة في الثمن اذا كان الدفع مقسطا أو مؤجلا باعتبار أن ذلك مقابل أو عوض السلعة المباعة *

١٦ - صورية عقد المرابحة تخرجه عن كونه تجارة عن تراض *

١٧ - المرابحة من عمليات البيوع التي يتضح فيها بجلاء امتزاج الأساس العقائدي بالنواحي الاقتصادية والاجتماعية والتربوية والسلوكية *

١٨ - المشاركة عندي بصورها العديدة وما تقوم عليه من نمط المعاوضة أو نمط العنان في ادارة النشاط أولى من المرابحة لما فيها من مخاطرة طبقا لقول الشافعي ، وخطر وغرر ولا يؤمن فيها هوى النفس طبقا لقول الامام أحمد *

المبحث الرابع

عناصر تحديد الثمن

أو ما قامت به السلعة في بيع المربحة

نظرا لأهمية المسألة في بيع المربحة والتي تميزه عن غيره من البيوع بل انها ما ينفرد به بيع المربحة فاننا نقردها بالذكر بقصد بيان عناصرها أو مكوناتها .

إن ما يضاف الى الثمن الذي دفعه البائع مربحة له ضوابط ومعايير شرعية تحدث عنها الفقهاء، ونحاول بلورتها على النحو التالي :

١ - المصاريف التي جرى بها العرف التجاري في عادة التجار - وهو ما قال به الحنفية^(١) - وإذا كان مرد الأمر في حساب هذه المصاريف ضمن ما قامت به السلعة أو رأس مال السلعة فلا خوف من أن يدخل فيها ما ليس منها ، فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا وشرعا والعادة محكمة هذا فضلا عن وجود قواعد مدونة للأعراف والعادات التجارية الآن وبصفة خاصة في التجارة الدولية .

٢ - المصاريف التي تسبب زيادة في المبيع أو في قيمته ، وقديما مثلوا لها بمصاريف صبغ القماش وتطريزه - وهو ما قال به الحنفية أيضا - وهكذا مع الأخذ في الاعتبار ظروف اختلاف الزمان .

٣ - المصاريف التي لزمت السلعة وكانت مشاهدة ومحسوسة ، وقديما مثلوا لها بمصاريف خياطة القماش وصباغته - وهو ما قال به المالكية^(٢) - ويتفق مع ما ذهب اليه الحنفية فيما تقدم إذ إن هذه

(١) الهداية ج ١ ص ٥٦ - طبعة الحلبي بمصر .
(٢) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٦١ وما بعدها بهامش حاشية الشيخ

المصاريف تزيد في المبيع أو في قيمته مع كونها زيادة مشاهدة ومحسوسة وبذلك يكون المالكية قد أضافوا تحديدا أو جديدا الى قول الحنفية فكل ما يضاف من المصاريف ما يزيد في المبيع أو في قيمته يجب أن يكون مشاهدا محسوسا جعلا للرأين وتوفيقا بينهما وقطعا للنزاع بين طرفي العقد ، ويمكننا أن نمثل لها حاليا بمصاريف التسويق •

٤ - أما المصاريف التي ليس لأثرها عين قائمة في المبيع فتضاف الى الثمن ولا يربح لها أى لا تدخل في حساب الربح ومثل لها المالكية بكراء (أجرة) نقل المتاع وشد مطى (تحميل+تعنيق+تفريغ) أعتيد أجرتهما^(١) • ويسكن أن نمثل لها حاليا بالمصاريف الادارية الثانية •

٥ - ما كان من عمل البائع نفسه أو عمل له مجانا أو كان من شأن البائع أن يتولاه بنفسه على جرى العادة أى جرت عادته بذلك العمل ما لم يكن الفعل (عمل البائع فى السلعة) الأثره عين قائمة ، فما لا عين له قائمة فى المبيع لا يقوى قوة ما له عين قائمة وذلك كأجرة السمسار^(٢) أى اذا كان يتولى الشراء بنفسه ويبيع مرابحة فلا تحسب أجرته ولا ربح عن تلك الأجرة ضمن تكاليف السلعة أو المصاريف التي تضاف الى الثمن المدفوع فى السلعة •

وهذا النوع من التكاليف أو المصاريف لا يحسب فى أصل الثمن ولا يربح له أى لا يحسب عليه ربح أيضا ولعل علة المنع فى المسألة

(١) يمكننا أن نفهم من عبارة : «ما ليس لأثره عين قائمة واعتبر انفاق» انها تشمل المصاريف الثابتة التي يتكلفها البائع بمناسبة هذه السلعة وغيرها ومن ثم لا يسوغ أن نحسب فى ثمن سلعة بعينها والا يتكرر أخذها بغير حق وببعض تحرير طريقة الحساب أى حساب التكاليف وهو ما يختص به علم المحاسبة وطبقا لأصول الشرع •

(٢) حاشية الزرقانى على مختصر خليل وبهامشه حاشية البنانى ج ٣ ص ١٧٤ - طبعة دار الفكر ١٣٩٨ هـ (١٩٧٨ م) •

هى فيما نرى حصول البائع نفسه على ربح فى السلعة المبيعة مرابحة ومن ثم حتى لا يحصل الازدواج فى حساب الربح أو فى حصوله عليه^(١) .

ومما يجدر التنويه اليه أن معيار العرف التجارى الذى قال به الحنفية كضابط لما يضاف الى الثمن أو كمعيار لحساب التكاليف لا نظن أن أحدا غيرهم من الفقهاء يختلفون معهم فيه فالعادة محكمة كقاعدة فقهية ومن ثم يكون كلام الفقهاء فى بيان ضوابط أو معايير أخرى لحساب التكاليف التى تضاف الى الثمن المدفوع للسلعة ويكون كل ذلك رأس مال السلعة أو ما قامت به السلعة كمصطلح فقهى خاص بالمرابحة ومميز لها ينصرف - أى الضوابط الشرعية الأخرى فى المسألة - الى ما ليس فيه عرف تجارى مستقر ومعمول به فعلا بما يعنيه التطبيق من العمومية والتجريد فى الممارسة العملية .

كما يجدر بنا التنويه - على ضوء ما تقدم - الى ضرورة تعديل أو إعادة النظر فى نصوص عقود المرابحة التى تتضمن النص على المصاريف التى تضاف الى الثمن أو ذكر ما يدفعه العميل على وجه الاجبال دون بيان تفصيلى لها على النحو الذى ذكره الفقهاء فلا يدخل فى حساب المصاريف ما لا يشمله ضابط شرعى مما ذكر وحتى لا يقع المحظور وهو أكل أموال الناس بالباطل وهو ما يجب أن تنظر منه عقود المرابحة وبالتالى عمل وممارسات البنوك والمصارف الاسلاميه التى تشل المرابحة أكثر من ٧٥٪ من حجم نشاطها الاستثمارى .

* * *

(١) لا شك عندى فى أن علم المحاسبة وعلمائه هم الأقدر على تصنيف المصاريف أو التكاليف على وفق هذه الآراء الشرعية الفقهية التى نجد أصلها وسندها فى قوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (البقرة : ١٨٨) .

المبحث الخامس

العربون ومقدم الثمن في بيع المراجعة

١ - العربان والعربون في اللغة :

العربان - بضم العين المهملة واسكان الراء ثم موحدة مخفضة ، ويقال فيه : عربون - بضم العين والباء ، ويقال بالهز : مكان البيع (١) .
ويقال : أعرب في بيعه وعربن اذا أعطى العربون (٢) .

قال ابن الأثير : قيل سمي بذلك (العربان - عربون - أربون)
لأن فيه اعرابا لعقد البيع أى اصلاحا وازالة فساد لثلا يسلكه غيره
باشترائه - وفي الذخيرة : العربان لغة أول الشيء (٣) .

ونخلص من المعنى اللغوى للعربان الى أنه يفيد معان ثلاثة هى :

- مكان البيع .
- منع الغير من تملك الشيء المبيع .
- ابتداء العملية التعاقدية .

وهذه المعانى تتسع للسعائى الاصطلاحية فى بيع العربون ولكننا
حرصنا على ذكرها للتوضيح .

٢ - أدلتسه :

ورد فى بيع العربان حديثان نبويان أحدهما بالنهى والآخر بالجواز
فما حقيقة هذا البيع ؟

-
- (١) انظر الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ج ٥ ص ٥٧
طبعة اولى - سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) .
(٢) القاموس المحيظ - المصباح - الفرر واثره فى العقود - دكتور
الصدىق الضيرير ص ١٠٠
(٣) انظر مصادر الحق - دكتور السنهورى ج ٢ - المجلد الاول
ص ٩١ - طبعة دار احباء التراث العربى .

— حديث النهى :

جاء فى موطأ مالك^(١) : حدثنى يحيى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان .
— حديث الجواز :

عن زيد بن أسلم أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العربان فى البيع فأحله^(٢) .

لهذه النصوص يلزم التحديد لمعنى أو معانى بيع العربان أو العربون .

٣ — معانى بيع العربان أو العربون :

ارتباط المعانى الاصطلاحية بالمعانى اللغوية يستلزم استصحاب المعانى اللغوية فى تحديد المعانى الاصطلاحية من قبيل الضبط والتيسير أيضا .

(١) الموطأ بهامس المنتقى ج ٤ ص ١٥٧ مطبعة السعادة — هذا الحديث ضعفه جماعة من رجال الحديث منهم الامام أحمد (المغنى ج ٤ ص ٢٣٣ طبعة دار المنار سنة ١٣٦٧هـ) — وقال النووى فى المجموع : لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء (ج ٩ ص ٤٣٣ — طبعة التضامن الاخوى) كما صحح الحديث جماعة آخرون ، وجاء فى تدريب الراوى : وذهب آخرون الى الاحتجاج به وهم أكثر المحدين وهو الصحيح المختار الذى عليه المحققون من أهل الحديث (مسند الامام أحمد بشرح أحمد شاكر ج ١١ ص ١٣ طبعة دار المعارف ، تدريب الراوى ص ٢٢١ للسيوطى — المطبعة الخيرية بمصر ، صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ج ٢ ص ١٣٧ المطبعة المصرية بالأزهر ومطبعة مصطفى الحلبي بتحقيق محمد سواد عبد الباقي) انظر أيضا : نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥١ مطبعة مصداق البابى الحلبي — الفرر وأثره فى العقود — دكتور الصديق الضير ص ١٠٠
(٢) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه انظر : نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٠
هذا الحديث مرسل وفى أسناده ابراهيم بن يحيى وهو ضعيف وقال ابن رشد قال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن رسول الله ﷺ وقال ابن عبد البر : ولا يصح ما روى عن رسول الله ﷺ من إجازته — انظر : الزرقانى على الموطأ ج ٢ ص ٩٩ — مطبعة الاستقامة بالقاهرة سنة ١٣٧٩هـ

باستقراء ما ذكره الفقهاء من أمثلة وحالات تطبيقية وعملية يتضح أن حالات بيع العربون تتخذ صوراً عديدة هذا فضلاً عما يجب أن يكون معلوماً من أن المسألة يشريها العرف والعادة. وفي هذه الصور والحالات لبيع العربون يختلف معنى العربون وهو ما نوضحه على النحو التالي :

١ - دفع العربون عند إبرام العقد لحفظ حق كل من المتعاقدين في العاود عن العقد بأن يدفع من يريد العاود قدر هذا العربون للطرف الآخر ومن ثم كان العربون في هذه الحالة **مقابلاً للاحق العاود** طبقاً لإرادة المتعاقدين *

٢ - دفع العربون مقترن بمرحلة غير باثة في التعاقد النهائي ويدخل فيه ما يسمى بضمان جدية طلب التعاقد *

٣ - دفع العربون لتأكيد العقد والبدء في تنفيذه بذلك العربون *

والحالة الثالثة يعتبر العربون فيها جزءاً من الثمن ومن ثم لا تثير خلافاً ، أما الحالتين الأولى والثانية فهما مثار الخلاف والنزاع في الرأي وتحرير القول فيهما كما يأتي :

(أ) اما أن يقترن الشرط بالعقد وهو شرط الخيار للمشتري على أنه إن أخذ السلعة وأمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن وإن ترك السلعة ورد المبيع **فقد العربون** ، فشرط الخيار في هذه الحالة - أي حالة رد المبيع من قبل المشتري وعدم اتمام البيع - يلحق به ما يفسده وهو الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وهو ما يذهب إليه جمهور الفقهاء^(١) لعله الفساد المذكورة ، أما إذا تجرد شرط الخيار مما قد يلحقه من فساد بأنه في حالة عدم امضاء البيع يرد العربون إلى المشتري فالشرط يظهر العربون في هذه الحالة

(١) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٣١ ، القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٥٨ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٦٣ مطبعة الاستقامة سنة ١٩٥٢

من الغرر المنهى عنه ، ومن ثم يكون المنع فى نظرنا للغرر المصاحب للعبون لا للعبون فى ذاته ، ونعتقد أن الغرر مدار حديث النهى عن بيع العربان لتطابقه مع حديث النهى عن بيع الغرر وقد سبق .

(ب) واما أن لا يقتصر الشرط بالعقد وهو شرط ترك العبون للبائع وانما يكون من طالب الشراء فى المراحل السابقة على العقد النهائى أو على اتمام البيع اذا كره البيع أو السلعة صح ، فقال بذلك صراحة الامام أحمد رضى الله عنه^(١) . ويصح الشرط هنا لانتفاء علة فسادها لما فعله عمر رضى الله عنه ، وعن ابن عمر أنه أجازه . ولقد صار الامام أحمد الى ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر رضى الله عنه دار السجن من صفوان بن أمية فان رضى عمر والا فله كذا وكذا ، قال الأثرم : قلت للأحمد : تذهب اليه ؟ قال : أى شىء أقول ؟ هذا عمر رضى الله عنه ، وضعف الحديث المروى - روى هذه القصة الأثرم باسناده . فأما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال : لا تبع هذه السلعة لغيرى وان لم أشتريها منك فهذا الدرهم لك - ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم من الثمن صح لأن البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذى اشترى لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس^(٢) .

وعلى هذا النحو يترجح لدينا قول الامام أحمد رضى الله عنه لا باعتبار أنه يجيز ما منعه الجمهور وانما لأنه شرط فى اتفاق سابق على عقد البيع التزم به طالب الشراء وبسببه يدخل البائع فى تعهدات والتزامات أخرى ويكون حديث الجواز هنا سندا ودليلا اذ انتهى الغرر والمخاطرة المنهى عنها ويكون حديث النهى سندا ودليلا فى

(١) انظر المعنى ج ٤ ص ٢٣٣ مرجع سابق .

(٢) القياس أيضا على صورة متفق على صحتها وهو ما قاله ابن المسيب وابن سيرين وهى أنه لا بأس اذا كره المشتري السلعة ان يردها ويرد معها شيئا قال الامام أحمد : هذا فى معناه .

حالة الغرر وهو ما عبر عنه ابن رشد الجدل^(١) رحمه الله حيث قال : « ومن ذلك - أى من الغرر المنهى عنه - نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان » وقال أيضا : « الغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون فى ثلاثة أشياء ، أحدها : العقد ، والثانى : أحد النوضين ، والثالث : الأجل فيهما أو فى أحدهما ، فأما الغرر فى العقد فهو مثل : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة وعن بيع العربان » .

وقال ابن رشد الحفيد^(٢) : « وانما صار الجمهور الى منعه - بيع العربان - لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض » .

وبتطبيق ما تقدم على العربون فى بيع المرابحة نجد أن الواقع العملى يعدد المسألة فى أن طالب الشراء يتقدم الى المصرف طالباً شراء سلعة معينة فيشترط عليه البنك دفع مبلغ معين كعربون ويصير ذلك اتفاقاً سابقاً على عقد البيع بالمرابحة وبسببه يدخل البنك بعد ذلك فى تعهدات والتزامات أخرى وهو مطمئن الى جدية وصدق طالب الشراء فى اتمام عملية البيع والشراء^(٣) ، واذا تم عقد البيع رابحة حسب العربون من الثمن ومن ثم وعلى نحو ما سبق ذكره تفصيلاً يكون العربون صحيحاً شرعاً لخلوه عن الشرط المفسد وبذلك نكون قد جمعنا بين الأدلة بغير تكلف مفسد .

* * *

● العربون ومقدم الثمن ودفعة ضمان الجدية :

هذه المصطلحات الثلاثة يجرى استخدامها فى بيوع المرابحة وتذكر

(١) المقدمات والمهدات ج ١ ص ٢٢١ وما بعدها - مطبعة السعادة .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦٣ - مرجع سابق .

(٣) ولغة قريش - وهى الأفضح - تخصيص البيع ببيع السلعة والشراء بدفع الثمن وأخذ السلعة وان كان البيع فى اللغة يطلق على كلا الطرفين باع وابتاع فالبيع مشتق من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للآخر للأخذ والاعطاء .

فى الأثر اراق التنفىذىة لعملىات المرابحة فما هو وجة التداخل بىنها والمعار الضابط لكل منها وأولى هذه المصطلحات وأصحها فى الاءتخدام العملى ؟

. لعل التداخل والائباس بىن هذه المصطلحات الالائة ىرجع الى معنى مشترك ىحصل بىنها أو ما ىسمى بأن بىنها عموم وخصوص وجهى فوجه العموم بىنها ىكمن فى حالة ما اذا كان كلا منها ىعبر عن مرحلة باة فى عملىة الالافء وهى ابرام عقء البىع .
نالربون فى هذه الحالة يأخذ معنى تأكىء العقء والبء فى تنفىذه وهذا أئاء معانى العربون كما سبق *

وبمقدم الالمن أىضا يأخذ نفس المعنى السابق بل هو بصرىحه ىعئبر كذلء *

أما دفعة ضمان الجءىة فآأخذ المعنى السابق أىضا اذا آمت على النحو المءكور أى فى مرحلة ما بعء انعقاد عقء المرابحة وآكون ءللا على الجءىة فى تنفىذه *

أما وجة الالصوص فى هذه المصطلحات الالائة فىآءءء على النحو الالى :

العربون اذا دفء لضمان حق العءول عن ابرام العقء ومن آم ىكون ذلك فى مرحلة سابقة على انعقاد العقء على الالفىل السابق ذكره فى مسألة العربون *

مقدم الالمن كجزء من الالمن المبىع ومن آم فلا فىآصور أن ىكون ملزما الا بعء انعقاد العقء آم البء فى تنفىذه وعلى هذا النحو لا ىشآرك مع العربون بالمعنى السابق ولا فىصح أن ىآآلظ به فى المعنى ولا فى الالنىذ *

أما دفعة ضمان البءىة فنشآرك مع العربون بالمعنى السابق الذى ىآم كضمان لآق اءءول بالنسبة للشآرى لىشآق البائع اذا كان العءول من بابب المءشآرى *

وتأسيسا على ما تقدم واذا كانت عمليات بيع المراجعة تتم في
الممارسة الفعلية والواقع العسلى على مرحلتين هما :

— مرحلة طلب الشراء مكتوبا يتقدم به طالب الشراء للبنك مشفوعا
أو منصوصا فيه على العربون أو دفعة ضمان الجدية لضمان حرق
العدول أو لتلافى حالات النكول من جانب طالب الشراء •

— مرحلة إبرام عقد البيع مراجعة وعندها — أى فى حالة تمام العقد
— يتم تسوية حساب ما دفع كعربون أو دفعة ضمان جدية من ثمن السلعة
المبيعة ومن ثم يتحول العربون أو دفعة ضمان الجدية الى جزء من
الثمن يخص منه قبل حساب الربح (١) •

ويجوز الاتفاق على كيفية سداد الباقي من رأس مال السلعة
وربحتها وفى هذه المرحلة •

وعلى هذا النحو يكون الأصوب والأسلم أن يسمى ما يدفعه طالب
الشراء فى مرحلة المواعدة بالشراء والبيع بالعربون أو دفعة ضمان الجدية
وليس كمقدم الثمن ، اذ لم يتم بعد إبرام عقد بيع السلعة
الا بعد دخول السلعة فى ملكية البائع مراجعة (البنك) •

* * *

● نكول طالب الشراء أو عدوله (٢) :

مما يتصل بموضوع العربون أو دفعة ضمان الجدية مسألة نكول
طالب الشراء وعدوله عن الشراء بعد تملك البنك للسلعة وما قد يترتب
على ذلك العدول من أضرار تلحق بالبنك •

(١) ونرى أن خصم ما دفع من طالب الشراء من ثمن السلعة أو رأس
مال السلعة قبل حساب الربح هو الأعدل وأدنى الى عدم أكل الأموال
بالباطل • فلا تحسب للبنك أرباح على مبالغ سبق أن تقاضاها من طالب
الشراء •

(٢) لم تحدث فى الممارسة العملية على حد علمنا حالات نكول أو عدول
نهائى عن السلعة من قبل طالب الشراء •

فتتخذ المسألة صوراً مختلفة على النحو التالي :

١ - حالة فقد العربون أو دفعة ضمان الجدية إذا اقتصر البنك على ذلك تنفيذاً لما شرطاه - طالب الشراء والبنك - في هذه الحالة ولا شك أنه بمجرد عدول طالب الشراء قد يضيع على البنك مصلحة مؤكدة ويفوت عليه فرصة رابحة *

٢ - حالة اعتبار طلب الشراء وعدا ملزماً لطالب الشراء ومن ثم لا يكون أمام حالة فقد العربون أو دفعة ضمان الجدية بل يكون من حق البنك أن يوجه مطالبة قضائية لطالب الشراء باعتبار أن شروط تمام البيع تكون متوافرة بمجرد تملك البنك للسلعة ويكون من حق البنك إلزام طالب الشراء به وما يترتب على العقد من آثار أو التزامات *

والإضافة جدرن اعتبار الوعد ملزماً ما لم يؤدي ذلك إلى اعتبار عقد البيع في حالة تملك البنك للسلعة *

وفي هذه الحالة يترجح لدينا صحة ما سبق أن كيفنا به مسألة الوعد الملزم بأنها عقد معلق على شرط ووفقاً للرأى من قال بذلك من الفقهاء^(١) *

كما أن الإلزام بالوعد ما لم يؤدي إلى إبرام عقد البيع إذا توافرت شروطه لا فائدة منه إذا اقتصر الأمر على أن يفقد طالب الشراء العربون أو دفعة ضمان الجدية فذاك مكفول باشتراطه في العربون أو دفعة ضمان الجدية وفي طلب الشراء *

٣ - حالة اعتبار طالب الشراء وعدا غير ملزم لطالب الشراء ثم أصاب البنك ضرر من جراء فكول أو عدول طالب الشراء بعد تملك البنك للسلعة *

ومن الأسلم والأحوط في هذه الحالة أن يكون ما تم من تواعد

(١) انظر كتابنا « فقه المراجعة »

أو مواعدة بين الطرفين قد اشترط فيه التزام طالب الشراء بتعويض البنك
ع. ا. قد يصيبه من أضرار بسبب العدول عن الشراء *

ويكون من حق البنك لتحديد مقدار ما أصابه من ضرر عرض
السلعة للبيع في السوق وفقا للأوضاع المعتادة لذلك^(١) ويكون مقدار
الخسارة الحاصلة في بيع السلعة هو بذاته مقدار ما أصاب البنك
من ضرر يرجع به على طالب الشراء *

وفى حالة الربح يكون من حظ البنك اذ السلعة ما زالت فى ملكيته
وفى ذمته وعليه ضمانها والخراج بالضمان والغنم بالغرم أيضا *

* * *

* * *

* * *

* * *

* * *

* * *

* * *

سبق القول بأن المرابحة أحد أنواع البيوع الشرعية بشروطها
التي ذكرها الفقهاء والتي تحدد طبيعتها ببيع المرابحة دون أن تداخله
الشبهات أو المحظورات الشرعية *

وإذا كان ذلك كذلك فمطلق البيع يجوز فيه أن يكون بدل السلعة
نقد عاجل أو آجل والضمن على المبيع مرابحة اذا كان مؤجلا يعد
دينا فى ذمة المشتري يجرى سداده فى موعد استحقاقه فاذا كان
البيع قد تم مع البنك بالعملة الأجنبية وكان التزام المشتري مرابحة
من البنك مقرر بذات العملة فإن قيامه بسداد هذا الالتزام بالعملة
المحلية (أى بعملة أخرى) حسب سعر الصرف السائد فى ذلك التاريخ
(تاريخ الاستحقاق) يكون صرفا جائزا^(٢) *

* * *

(١) حرر لا يدخل المسألة محظور شرعى كنجش أو غبن أو استغلال.
(٢) نناوى علماء ندوة البركة الرابعة المنعقدة فى الفترة من ١٧
الى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٨٩ بالجزائر *

المبحث السادس

مؤشرات تحديد الربح

لا يمكننا القول بأن مسألة تحديد الربح يترك أمر ضبطها لرغبات الأفراد والمنظمين وأصحاب الأموال والمشروعات وفي هذا الخصوص أستطيع القول بما يأتي :

أولا : أن مكونات السوق من حيث المكان والزمان والسلع والخدمات وأطراف التعامل فيه مما لا تختلف كثيرا من نظام اقتصادي الى آخر .

ومن ثم فليس للمنهج الاسلامي في هذه المكونات مجردة من اضافة وان كان له فيها شيء من التحسين أو التحسينيات .

ثانيا : ان حركة التفاعل بين مكونات السوق وآلياته ومدى تحقيق آليته للأهداف الاقتصادية مما تختلف فيه وفي فنياته النظم الاقتصادية من نظام الى آخر .

١ - ففي اقتصاديات النظم الاشتراكية المتناهية تكاد تكون حركة التفاعل في مكونات السوق محدودة ومحسوبة بل ومحسومة من حيث الأهداف ومن حيث التشغيل في حركة السوق .

أما في اقتصاديات النظم الرأسمالية المتحررة الى حد كبير - فالحرية فيها أصل والتقييد استثناء والعكس تماما في الاقتصاديات الاشتراكية - فالحرية فيها لم تستطع حتى الآن أن توفر الخبز والزبد لكافة الناس ، وأن تعولهم بسد احتياجاتهم الأساسية جميعا ويتضح ذلك جليا من تناقض معادلتها في تحريك مكونات السوق وتشغيل آلياته وتحقيق آليته الى أقصى حد ممكن . . فمثلا :

٢ - سعر الفائدة كمحرك رئيسى لرؤوس الأموال ايداعا فى شكل مدخرات وسجبا فى شكل استثمارات فان قدرته فى هذه الحركة محدودة فى مداها بالتعادل بين حجم المدخرات وحجم الاستثمارات وكلاهما على طرفى نقيض ، ومن ثم لن يستطيع سعر الفائدة أن يصل فى حركته الى تحقيق أقصى ما ينبغى تحقيقه نحو الأهداف الاقتصادية المرسومة وأقلها تحقيق التشغيل الكامل لرأس المال النقدى والبشرى على حد سواء *

وبعبارة أخرى : لثروة المجتمع نحو الوضع الأمثل *

كما أن مبدأ الحرية أو حرية السوق وما قد يترتب عليه من تركيز الثروة وما يسفر عنه من رذيلة الاحتكار بما يعنيه من التحكم فى أسعار السوق والأقوات وما ينجم عن كل ذلك من منافسة كريهة تفسد الخلق والأخلاق والأسواق *

٣ - وفى اقتصاديات النظم المختلطة التى تأخذ من كل نظام بوسيلة أو أداة وسائلها وأدواتها الاقتصادية وكذلك بهدف من الأهداف الاقتصادية المرتبطة بكل نظام فان هذا النموذج والأخذ به ومحاولة تطبيقه يزيد من تعقيدات كل نظام على حدة ويضيف صعوبة جديدة الى محدوديته فى تحقيق أقصى تشغيل للثروة البشرية والمالية ومن ثم لمصلحة الناس جميعا أو المجتمع ككل ويؤدى ذلك بالتالى الى حالة من الارتباك الاقتصادى والتعقيد فى آلياته وآليته نحو تحقيق الأهداف الاقتصادية ومن هنا يصح لدينا تسمية الاقتصاديات المختلطة بالاقتصاديات « المرتبكة » ولن تخرج من ارتباكها الا بتنقية نظمها الاقتصادية وتوحيد آلياتها حتى يحدث التلاؤم فى آلياتها وحركتها نحو تحقيق أهدافها الاقتصادية بما فى ذلك ارتفاع مستوى معيشة الأفراد وارتفاع مستوى الدخل العام فى الدولة *

ثالثا : وبخصوص آليات السوق الاسلامى وآليته فهناك مجموعة من المحددات الأساسية مثل :

- ١ - التعاون والتكامل لا التنافس *
- ٢ - عدم التناجش أو المناجشة *
- ٣ - عدم تلقي الركبان *
- ٤ - عدم الاحتكار *

٥ - سلم الحاجات بعدها الأدنى في توفير الضروريات من السلع والخدمات مروراً بالحاجيات ثم التحسينيات أو الكمالات بعدها الأعلى وهو عدم السرف والترف والتبذير *

ما تسفر عنه هذه العناصر من محددات للربح الذي يجد حده الأعلى في قاعدة عدم الاستغلال وعدم الغبن ، وتحديد حد الاستغلال والغبن مسألة اقتصادية تحكمها اعتبارات الزمان والمكان والظروف الاقتصادية بصفة خاصة وذلك كله تحكمه الدراسات الاقتصادية التحليلية والقياسية أساساً^(١) فقديماً حدد الفقهاء نسبة قياسية للغبن والاستغلال من خلال ثلاث روى فقهيّة هي :

(أ) الامام محمد بن الحسن الشيباني^(٢) حدد الغبن بنصف عشر القيمة الحقيقية للمعتود عليه أي $\frac{1}{10}$ ومن ثم فكل مجاوزة لهذه النسبة يدخل في المحظور *

(ب) الامام الجصاص^(٣) فرق بين أنواع السلع على النحو التالي:

— ففي عروض التجارة حدد الغبن بأكثر من نصف عشر القيمة الحقيقية أي أكثر من $\frac{1}{10}$

(١) ولذلك ذهب البعض الى أن الغبن البسيط هو ما يدخل تحت تقويم المقومين وأهل الخبرة ، والفاحش ما لا يدخل سواء بالزيادة أو النقصان - انظر المادة (٥٤٥) من مرشد الحيران .
 (٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٩ - البحر الرائق ج ٧ ص ١٦٩
 (٣) المراجع السابقة وقد أخذت بهذه التقديرات مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٦٥) .

– وفي الحيوانات حدد الغبن بال عشر أى $\frac{1}{10}$ ؛

– وفي العقارات حدد الغبن بالخمس أى $\frac{1}{5}$ ؛

(ج) الامام الحطاب^(١) حدد الغبن بحددين هما :

– الثلث فأكثر أى $\frac{1}{3}$ ؛

– والسدس فأكثر أى $\frac{1}{6}$ ؛

ومما يؤخذ فى الاعتبار أن هذه النسب قياسية وأن لاختلاف
الزمان والمكان والظروف الاقتصادية أثر فيها •

* * *

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٧١ وما بعدها –
الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٧٧

المبحث السابع

الملكية والتسليم والتسلم فى المراجعة

ملكية المبيع أو ملكية الشيء المبيع تترتب على تمام البيع الى المشتري أى بمجرد ارتباط القبول بالايجاب على وجه مشروع، وذلك لحكم من أحكام عقد البيع .

أما التسليم والتسلم فليس ركنا ولا شرطا لصحة عقد البيع وانما هو من حقوق العقد والالتزامات المتبادلة التى تنظمها نصوص العقد أى من الآثار التى تترتب على العقد حسبما يترضى عليه الطرفان ويتفقان عليه .

ومن ثم فقد يتم تسليم المبيع وملكه لم تنتقل بعد الى المشتري ويجوز اعتبار هذه الحيازة تسليميا فى العقد كما يجوز الاتفاق على خلاف ذلك أى عدم اعتبار وجود المبيع فى حوزة المشتري تسليميا له حتى يتم البيع وتنتقل الملكية اليه .

ويتربط على التسليم الصحيح أثر جوهرى هو مسئولية المشتري عما يصيب المبيع بعد ذلك وانقضاء مسئولية البائع من وقت التسليم^(١) .
وإذا كان الملكية تترتب بمجرد تمام العقد ولا علاقة لها بالتسليم فان حيازة البائع للمبيع أو وجود المبيع فى حيازته وقت العقد ليس ركنا ولا شرطا ، كذلك اذا كان البائع يملك المبيع ملكا صحيحا ومن ثم يصح بيعه^(٢) .

* * *

(١) انظر ما سبق تفصيله فى معنى التسليم واحواله .
(٢) انظر عكس ذلك - وهو غير صحيح - بيع المراجعة اصدار ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ص ١١ ط ٨ الرسالة للطبع والنشر . انظر ما سياتى فى ص ١٣٠ وما بعدها فى شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية .

المبحث الثامن

المرابحة فى التجارة الخارجية والاعتمادات المستندية

المرابحة كأحد أنواع البيوع التجارية فى الاقتصاد الإسلامى قد تتم بصورة بسيطة بين بائع ومشتري والمبيع حاضرا أو موجودا ومن ثم يتم البيع وفق قواعد وشروط بيع المرابحة طبقا لاختيار الطرفين لهذا الأسلوب من المعاملات لمقتضيات المصلحة التى يستقلان بتقديرها من التعامل مرابحة، ولا شك أن المصلحة الاقتصادية هنا هى الغالبة أو الحاكمة .

كما تتم المرابحة أيضا بأسلوب المرابحة للأمر بالشراء حيث لا تكون السلعة حاضرة أو فى حيازة البائع وإنما غائبة ويرغب المشتري أو يطلب شرائها بأسلوب أو طريقة المرابحة وهو ما اصطلح على تسميته فى الفقه الإسلامى بـ « المرابحة للأمر بالشراء » (١) .

ونظرا للتطور الهائل فى التجارة الخارجية وما صاحبه من صعوبات كبيرة فى تسوية المدفوعات وتوفير الضمانات الكفيلة بتحقيق مصلحة كل من البائع والمشتري والأطراف الأخرى فقد ظهر نظام الاعتمادات المستندية وأصبح دورها فى التجارة الخارجية أكثر أهمية كوسيلة دفع أساسا قد يقترن بها ويصاحبها « ائتمان » وهو الاستعمال الغالب الآن فى نظام الاعتمادات المستندية .

اولا - البنوك الإسلامية ومعضلة الاعتمادات المستندية النظيفية :

١ - لما كان قيام المصارف فى الاعتمادات المستندية بدور

(١) انظر اعلام الموقعين لابن القيم ج ٤ ص ٢٩ بتحقيق محمد محى الدين عبد الحميد - ط ثانية - دار الفكر بيروت سنة ١٣٩٧ هـ - (١٩٧٧ م) - الموطأ مع المنتقى ج ٥ ص ٣٨ طبع السعادة سنة ١٣٣٢ هـ - الأم للشافعى ج ٣ ص ٣٣

المتعهد بالدفع فى اطار السداد المقدم من طالب الاعتماد يمثل نسبة ضئيلة جدا فى التجارة الخارجية التى تعتمد جميعها تقريبا على التمويل بفائدة ربوية ، فان دخول البنوك الاسلاميه فى هذا المضمار يشكل تحديا خطيرا لنظامها القائم على عدم التعامل بالفائدة ولكن كيف يتم ذلك ؟

٢ - اذا كانت البنوك فى نظام الاعتمادات المستندية وما تقوم عليه من ائتمان بضمان مستندات البضاعة أو حيازتها فى مخازنها أو رهن المستندات أو أن تصدر بوليصة الشحن باسم البنك الممول والفتاح للاعتماد ، فان كل ذلك يشكل أساسا وسائل لضمان حصول البنك على « تمويله » للعملية وليست أسبابا حقيقية للملكية بمعناها الصحيح وهو « الاختصاص الحاجز » الاختصاص بالشئ محل الملك المخول لسلطات المالك والحاجز لغير البنك المالك من الامتاع والتصرف فيه الا عن طريقه وبسببه •

والتطبيق العملى السليم لذلك يتمثل فى ضرورة قلب العلاقة بين العميل والبنك فيصبح البنك مالكا للسلعة كليا أو جزئيا ، والمتعامل معه الأمر أو الطالب شريكا أو وكيلًا أو أجيروا •••

وهذا الوضع الذى يفرضه نظام عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية على نظام التجارة الدولية ومن ثم مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الموحدة للاعتمادات المستندية التى يجب أن تفسح المجال فى نصوصها لمثل هذا التعامل بادخال تعديل أو استدراك على نصوص المادة التى تعنى البنوك من التبعة والمسئولية عن البضاعة مكنتية بالتركيز على المستندات فقط ومدى مطابقتها لشروط فتح الاعتماد وهذا الوضع الطبيعى لنظام الاعتمادات المستندية القائم على الائتمان فقط •

وهذا الدور الجديد الذى يفرضه نظام عمل البنوك الاسلامية يضيف ضمانا وأمانا مفتقدين فى نظام التجارة الدولية والدليل على ذلك ما أسفر عنه نص المادة السابعة عشر من مجموعة القواعد والعادات الدولية للاعتمادات المستندية اذ يتعرض هذا النص لنفى المسؤولية عن البنوك فى حالة عدم صحة أو تزوير المستندات وهى مشكلة قائمة بحددة على المستوى الدولى فقد حكم مجلس اللوردات حديثا بأن البنك ليس له أن يمتنع عن الوفاء الى المستفيد اذا كان هذا المستفيد يجهل واقعة تزوير المستندات^(١) .

ومن أشهر حوادث تزوير المستندات التى تعتبر عمليات نصب على البنوك :

— استعمال أسماء بنوك غير موجودة أو مستندات مزورة لبنوك موجودة فعلا .

— تقديم مستندات تفيد شحن البضاعة على سفينة معينة ويتضح فيما بعد أنه لا توجد بضاعة وتتشاهد السفينة فى رحلات جديدة تحت اسم آخر .

وفى ظل هذا التنظيم الجديد الذى يفرضه نظام عمل المصارف الاسلامية تخفى صور التحايل لاضفاء صفة الملك أو المالك على البنك لمجرد ارتهانه لمستندات البضاعة أو حيازتها اليه فى مخازنه أو استعارة اسم البنك على بوليصة الشحن أو فرضها على الأمر أو طالب الاعتماد، وفى كل هذه الصور لا يتحمل البنك تبعة هلاك البضاعة لأنه ليس هو المالك الحقيقى لها .

(١) انظر : Leading Cases in London . N. Y. in 1982., IFLR Jan : 1983, p. 4. .

مشار اليه فى د. محبى الدين اسماعيل علم الدين - أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ص ٣٩

كما تختفى صورة افتراض وكالة الشاحن أو الناقل ومن ثم تصحيح تصرفه بالبيع للسلعة فالوكالة لا تفترض .

ولا يقتضى قلب العلاقة بين البنك الاسلامى والمتعامل معه سوى جدية وكفاءة البنك الاسلامى فى الاضطلاع بهذا الدور فى التجارة الدولية .

* * *

ثانيا - المراجعة للأمر بالشراء فى التجارة الخارجية أحد الحلول الرئيسية والعملية لمعضلة الاعتمادات المستندية النظيفة فى البنوك الاسلامية :

يجيز القانون المدنى الأردنى فى المادة ٤٨٠ منه بيع المراجعة اذا كان رأس مال المبيع معلوما حين العقد ومعروفا للمشتري عند التعاقد .

ومن قبل أجاز ابن القيم بيع المراجعة للأمر بالشراء^(١) بهذا المصطلح ، ونظرا لتعدد أطراف عملية البيع فى المراجعة للأمر بالشراء وطبيعة المعاملة فقد أدى ذلك الى اختلاف النظر الفقهي فيها والذي استقر عليه الرأى الغالب الآن هو اعتبار العملية : مركبة من وعد ملزم بالشراء وبالبيع وبيع بالمراجعة بعد دخول السلعة فى ملكية البائع مراجعة وهو البنك الاسلامى .

وان كنا نرى أن عملية بيع المراجعة للأمر بالشراء نوع علاقة عقدية أو اتفاق بتعهد ، فهى علاقة عقدية معلقة على شرط والالزام فيها مرتبط بتحقق الشرط الذى يشترطه كل طرف على الآخر^(٢) .

وإذا كان ذلك كذلك فالبنك مشتر للسلعة ومالك لها وبائع بالمراجعة لطلبها الأمر بالشراء وفى هذه الحالة يجتمع فى البنك ثلاث

(١) انظر فى تفصيل هذا القول اعلام الموقعين ج ٤ ص ٢٩

(٢) انظر كتابنا « فقه المراجعة » ص ٨٩ وما بعدها .

صفات من خلال نظام الاعتمادات المستندية في التجاره الدولية والتعامل بأسلوب البيع بالمرا بحة للآمر بالشراء وهذه الصفات هي :

- (أ) فاتح الاعتماد المستندى
- (ب) المشتري للبضاعة والمالك لها
- (ج) البائع للبضاعة للآمر بالشراء أو طالب الشراء مرابحة

وعلى أساس من هذه الصفات الثلاث مجتمعة تطبق القواعد والعا دات الموحدة للاعتمادات المستندية على التفصيل الآتى :

* * *

ثالثا - شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية وموقف الفقه الاسلامى منها :

لا شك أن شروط العقد تحدد التزامات كل طرف فيه أو أطرافه ومنها شروط التسليم للبضاعة محل العقد وتقتصر دنا على أهم الالتزامات التى تحدد أهم شروط التسليم فى عمليات التجارة الخارجية وشروط التسليم تختلف باختلاف مكان التسليم .

ومما يجدر ذكره أن ما يتم الاتفاق عليه بين أطرافه على أساس التراضى يصير التزاما تعاقديا واجب التنفيذ ، كما أن ما لم يتم الاتفاق عليه وعليه جرى التعارف والتعامل على جرى العادة صار محكما فالعادة محكمة والعرف مصدر للأحكام ما لم يخالف الشرع الاسلامى الحنيف .

ومن هذا المنطلق وعلى هذا الأساس تكون مجموعة القواعد والعا دات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية محل اعتبار بشرط عدم مخالفة أحكام الشرع الاسلامى وكذلك نصوص نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ . ومكان التسليم تتعلق به بعض

الأحكام التي تضمنتها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ ومن ثم تكون واجبة لمن يلتزم بها وذلك على النحو التالي^(١) :

١ - تسليم البضاعة في مكان منشأها (انتاجها) وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشتري والتي نصت عليها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ على وجه الدقة والتفصيل قطعاً للنزاع وحسب الأي خلاف قد يثور ، ومن أهم التزامات البائع :

وضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الموعد والمكان المحددين بشروط العقد واطار المشتري بذلك في وقت مناسب ، ومقابل هذا الالتزام يكون من أهم التزامات المشتري :

تحمل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت تصرفه .

٢ - التسليم على رصيف ميناء البائع :

Free along side (F. A . S.)

وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشتري ومن أهم التزامات البائع :

توريد البضاعة مطابقة لشروط العقد وتسليمها في المكان والزمان المحددين على رصيف التحميل بميناء الشحن واطار المشتري بدون ابطاء بذلك .

ومن أهم التزامات المشتري :

تحمل كافة المسئوليات والأخطار والمصاريف من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرفه بجوار الباخرة .

(١) تنص المادة (٤٤٦) من مرشد الحيران على أنه : « اذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور » .

٣ - التسليم على ظهر الباخرة Free on Board (F.O.B.)

٤ - التسليم فى ميناء المشتري + Coast and Freight . (C.A.F.)

وتحت هذا الشرط تتحدد التزامات كل من البائع والمشتري
أيضاً .

* * *

المبحث التاسع

المرابحة والبيع بالتقسيط

تعتبر طريقة دفع الثمن فى عقد البيع من حقوق العقد التى يجرى تنفيذها حسبما يتم اتفاق الطرفين عليه ولا علاقة لطريقة دفع الثمن وتنفيذ أدائه بجوهر العملية التعاقدية فى بيع المrabحة التى تقوم على أركان وشروط سببى بيانها ومن ثم فطريقة دفع الثمن فى المrabحة ليست ركنا ولا شرطا لصحة البيع ولم يعتبرها أحد من الأئمة كذلك اذ لا يعتبر دفع الثمن شرطا فى انتقال ملكية المبيع التى تتم بمجرد العقد ولا يتنافى ذلك مع ما يأتى :

(أ) شرط معلومية الثمن فى بيع المrabحة علما تاما نافيا للجهال:
• وقاطعا للنزاع

(ب) أنه اذا تم العقد لزم كل من المتعاقدين أن يقوم بتنفيذ ما التزم به بخصوص الثمن •

(ج) حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن •

(د) للمشتري قبض المبيع باذن البائع قبل أداء الثمن •

(هـ) الثمن قد يكون ديناً مؤجلاً على المشتري ، وهنا تشور مسألة :

● الزيادة فى الثمن مقابل الأجل :

من المسلم به أننا بصدد عقد بيع سلعة تتوافر أركانها ومنها المبيع أو المحل ، وأن هذا المبيع يتم مبادلتها لقاء ثمن نقدي ، فليست

المسألة مبادلة ثمن نقدي بثمر نقدي من جنسه وانما يبيع شيء بثمر من غير جنسه (أى أن البديلين مختلفان) وهذا الثمن قد يدفع نقداً أو حالاً وقد يدفع مؤجلاً أو مقسطاً حسبما يتم الاتفاق عليه بين أطراف العقد وتقتضيه مصلحتهما وهنا قد يعرض بائع السلعة ثمنين لنفس السلعة - بالأقل في حالة النقد أو المعجل ، بالزيادة في حالة الدفع الآجل أو المقسط - والمشتري لنفس السلعة بالخيار بين هذين الثمنين حسبما تمليه مصلحته وظروفه - (أى إن عملية البيع واحدة) فهي واحدة بين نفس الأطراف ونفس المحل والمشتري بالخيار عند التعاقد .

وإذا كان ذلك كذلك فلا بأس أن يكون إيجاب البائع على نحو ما ذكر وأن يكون الخيار للمشتري في قبوله ومن ثم يصير ملتزماً بما ألزم نفسه به ، ومن هنا فلا بأس أن يكون الثمن المؤجل أزيد من الثمن المعجل فللأجل قسط من الثمن^(١) بشرط هام وهو ألا تتكرر الزيادة بتكرار الأجل والا وقع المحذور الربوي للأجل هذا .

(١) انظر شيخ الاسلام ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٩ ص ٤٩٩ - البسوط للرخسى ج ١٢ ص ١١١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٠٤ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٩ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق الزيلعي ج ٤ ص ٧٨ - المجموع للنووي ج ٦ ص ٢٢ - مغنى المحتاج ج ٢ ص ٧٨ - الأم ج ٣ ص ٦٢ - القوانين الفقهية لابن جزيء ص ١٧٤ - بلغة السالك ج ٢ ص ٧٩ - الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٦٥ - الزرقانى على خليل ج ٥ ص ١٧٦

المبحث العاشر

الضمانات الفقهية في بيع المرابحة (١)

لما كانت عمليات المرابحة أو المرابحات تشكل على أقل تقدير ٧٥٪ من نشاطات واستثمارات المصارف الإسلامية في الوقت الذي يجب أن تتعادل صيغ الاستثمار الإسلامية في الممارسة بنسب متقاربة من قبيل حسن السياسة المصرفية على الأقل مع ضرورة إضافة أدوات وصيغ استثمارية جديدة تثرى الممارسة وتجذب شرائح جديدة من المتعاملين مع البنك الإسلامي ، وإذا كان الحال كذلك فإنه يكون حريا بنا أن نؤمن بعمليات المرابحة من خلال ما أسمىناه بالضمانات الشرعية وذلك على النحو التالي :

١ - الإرشاد في انتقاء عميل البنك :

ولا شك أن ذلك يشكل أقوى الضمانات في عمليات البنك الإسلامي وعمليات المرابحة التجارية بصفة خاصة وذلك من خلال قواعد أساسية واعتبارات أو شروط موضوعية تصدر بها لائحة التعامل بالمرابحات تتضمن الحد الأدنى الواجب توافره في العميل مثل :

- مركزه المالي ومركزه المجمع في تاريخ التعامل .
- سمعته في الوفاء بالالتزامات وحسن القضاء والأداء .
- ما يتيح الاستعلام من معلومات وبيانات تتعلق بنشاطه في السلع محل المرابحات .

(١) سبق أن بسطنا أنواع الضمانات بصفة عامة في كتابنا « أساسيات العمل المصرفي الإسلامي » .

ومبدأ الثقة فى العميل أو الأمن يدل عليه قول الله تعالى :

﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ﴾
الى قوله تعالى : ﴿ فان آمن بعضكم بعضا فليؤد الذى
اؤتمن أمانته وليتق الله ربه ﴾ (١) .

ومن ثم فحسن اختيار العميل على أسس وقواعد موضوعية
لائحية أو تنظيمية هو الضمان الأمثل بحسب الأصل .

٢ - عربون ودفعة ضمان الجديدة :

فالعربون اعراب عن اصلاح العقد وعدم الافساد فيه وما يلزم
ذلك من شرط فقد العربون ودفعة ضمان الجديدة فى حالة العدول
والتكول بعد تملك البنك للسلعة أو دخوله فى تنفيذ ما طلبه المشتري .

٣ - درجة الضمان :

فليس المهم استحواز البنك على ضمانات بقدر ما يجب أن تكون
عليه درجة ذلك الضمان من حيث سهولة وسرعة « تسييله » أى تحويله
الى نقود لمواجهة مخاطر عدم السداد أو الاسترداد من العميل ويجب
أن يصدر البنك تعليمات كتابية بأنواع الضمانات ودرجاتها والتزام
البنك فى معاملاته بتلك التعليمات لما يترتب على مخالفتها من جزاءات
ادارية وتأديبية .

٤ - مبدأ التيقن لا الشك هو قوام الدراسة الميدانية لعمليات
المراجعة :

فالريخ وان كان راجحا مظنونا الا أنه يجب أن تؤدى الدراسة الى

(١) البقرة : ٢٨٢ ، ٢٨٣

تيقن حصوله حسبما تمليه الأصول والقواعد الفنية في الدراسة وكذلك
الخبرة العملية الميدانية للسوق ومتطلباته واحتمالاته .

وهذا الضمان يشير به قول الله تعالى :

﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ،
وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله ﴾
إلى قوله تعالى : ﴿ ولا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ،
ذلكم اقسط عند الله واقوم للشهادة وأدنى الاترابوا ﴾
إلى قوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ، ولا يضار كاتب ولا شهيد ، وإن
تفعلوا فإنه فسوق بكم ، واتقوا الله ، ويعلمكم الله ، والله بكل شيء عليم ﴾ (١) .

فالآية ترشد إلى كتابة الدين ، والدين قد يسبقه تبايع أو قد
يكون سببه تبايع ، وحذرت الآية من إباء الكاتب أن يكتب كما علمه
الله بصرف النظر عن مقدار الدين صغيرا أو كبيرا فذلك حكم شرعي
قائم على اعتبارات موضوعية منعا من الريبة والشك وأدعى إلى القسط
والعدل في المعاملات .

كما تدل الآية على الاشهاد على التبايع باطلاق منعا من مغبة
المخالفة وتحذيرا من الآثار الوخيمة المتمثلة في قوله تعالى :
﴿ وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم ﴾ .

وإذا كانت المديانات داعية إلى التوثيق والكتابة والاشهاد فإن
سببها أو الباعث الدافع إليها أدعى وأشد فالمسبب يدور مع سببه
وهو ما يشتمل على الدراسة العلمية والعملية لمحل المعاملات التي قد
تترتب عليها مديانات إلى أجل أو أن تكون فاجزة .

(١) البقرة : ٢٨٢ - ٢٨٣

٥ - مبدأ الحيطة والحذر القائم على قول : « ان ضمان استرداد الأموال يبدأ منذ منحها » *

وما يستتوجه ذلك المبدأ من متابعة المتعامل مع البنك بصفة دورية ومنتظمة هي أن يكون لدى البنك باستمرار تصور فوري واضح لامكانيات عميله ومركزه المالى وحتى يكون لديه القدرة باستمرار على سرعة الحصول على حقوقه كاملة دون مزاحمة من الغير ودون أن تتسرب ضماناته نتيجة لما يصيب العميل من تعثر مالى يعجزه عن السداد *

٦ - رهن البضاعة أو السلعة التى فام البنك ببيعها مرابحة لصالح البنك لحين قيام العميل بسداد جميع الأقساط المستحقة عليه :

اذ يجوز رهن المبيع بعد البيع - على ثمنه وغيره - فمقتضى البيع ثبوت الملك فى المبيع والتمكين من التصرف فيه وذلك عند بائعه وغيره ، اذ الرهن بعد لزوم البيع صحته أولى ، لأنه يصح رهنه عند غير بائعه فصح عنده كغيره ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه *

فالرهن فى الشرع : المال الذى يجعل وثيقة بالدين أو توثقه الدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر استيفاء الدين ممن هو عليه :

(١) ، (٢) وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع *

أما الكتاب : فيقول الله تعالى : « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » (١) *

وأما السنة : فروت عائشة رضى الله عنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاماً ورهنه درعه » (متفق عليه) *

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) البقرة : ٢٨٣

قال : « لا يعلق الرهن ، لا يعلق الرهن ، لا يعلق الرهن (١) » * هو لصاحبه
الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه « (٢) » *

وأما الاجماع : فأجمع المسلمون على جواز الرهن فى الجملة *
(٣) ويصح الرهن بعد الحق بالاجماع لأنه دين ثابت ندعو
الحاجة أخذ الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان *

والثمن بعد البيع يصير دينا فى ذمة المشتري ، والدين يجوز
الرهن به بأى سبب وجب الدين كالبيع ونحوه ، لأن الديون كلها واجبة
على اختلاف أسباب وجوبها ، فكان الرهن بها رهنا بضمون فيصح
(ذكره صاحب البدائع) *

(٤) اذا أخرج المرتهن (الدائن) المرهون عن يده باختياره الى
الراهن (المدين) ولو كان نيابة عنه زال لزوم الرهن لزوال استدامة
القبض وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض *
وفى استدامة القبض كشرط للزوم الرهن خلاف بين الفقهاء *

(٥) ليس للراهن التصرف فى الرهن بغير رضا المرتهن (الدائن)
وبهذا قال الثورى وأصحاب الرأى *

وإذا أذن المرتهن للراهن فى بيع الرهن بعد حلول الحق جاز
وتعلق حقه بضمنه ، وان أذن له قبل حلول حقه مطلقا فباعه بطل الرهن ،
لأنه أذن له فيما ينافى حقه * (فى هذا المعنى المادة ٧٤٧ مجلة الأحكام
العدلية) *

(٦) ان المرهون محبوس بجبيع الدين الذى رهن به ، سواء
أكانت قيسة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض
الدين ، كان للمرتهن أن يحبس كل المرهون حتى يستوفى ما بقى من
الدين قبل الباقي أو أكثر ، لأن الرهن فى حق ملك الحبس ممّا

(١) ومعنى « لا يعلق الرهن » أى لا يجوز للمرتهن تملكه عند العجز
عن السداد وانما يظل على ملك الراهن *
(٢) أخرجه الحاكم والدارقطنى - انظر سبل السلام ج ٣ ص ٥٢

لا يتجزأ ، ولأن صفقة الرهن واحدة ، ومن ثم كإن للمرتهن حق حبس المرهون حتى يستوفى جميع الدين المرهون به .

(٧) اذا حل الحق لزم الراهن الايفاء بالدين ، فإن لم يوف وفى الحق من ثمن المرهون ، وما فضل من ثمنه فللراهن وان فضل من الدين شىء فعلى الراهن .

والمرتهن أحق بثن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى حقه .

٧ - ضمانات خاصة وشخصية :

نقصد بالضمانات الخاصة - أى التى تسليها عمليات المراجعة وخاصة للأمر بالشراء ، فهى ضمانات قد تفرضها خصوصية طبيعة عمليات المراجعة .

ونقصد بشخصية - أى التى تتعلق بالذمة المالية للضامن كالكفيل . وقد تجمع عمليات المراجعة بين هذين النوعين فمثلا :

لو كان العميل أو المشتري مراجعة من البنك يتعامل مع شخص آخر كأن يكون تاجر جملة فيكون من المقيد للبنك وما يمليه واجب الحيطة والحذر أن يطلب البنك كفالة هذا التاجر ، وأن تكون كفالة تضامنية مع المدين المشتري مراجعة ، وأن تكون مصحوبة بحوالة - أى أن يقوم الكفيل التاجر بدفع ما هو مستحق قبله للمشتري مراجعة الى الدائن أى البنك مباشرة بناء على حوالة الحق التى يجريها المشتري مراجعة لصالح البنك .

وكل من الكفالة والحوالة عقود جائزة شرعا .

٨ - عوض التأخير فى السداد عن موعد الاستحقاق (١) :

تنبيه : تشير هذه المسألة شبهة الربا والمتمثلة فى أن البنك يأخذ مبلغا زائدا على الدين مقابل النظرة أو التأخير عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق لذلك لزم التنبيه .

(١) انظر تفصيل المسألة فى كتابنا « اساسيات العمل المصرفى » .

وتلافياً لهذه الشبهة الماثلة يلزم توجيه المسألة توجيهاً شرعياً صحيحاً على أساس ما قد يصيب البنك من ضرر بسبب تأخر عميله في السداد لمبالغ لو ردت أو سددت للبنك لاستثمارها أو أعاد استثمارها مرة أخرى مما يفتق عليه فرصة محققة أو أكيدة في الربح يستحق عنها التعويض شرعاً باعتبارها نوع من أنواع الضرر الذي أصاب البنك بحسب طبيعة عمله ونشاطه وهو استثمار الأموال والاتجار بها لا فيها فقاعدة التعامل في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أين النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها - يتجر بها حالاً طيباً *

والمشكلة التي تتور بعد تحديد أساس التعويض هي الضرر الحاصل بسبب التأخير لا مجرد التأخير في ذاته في هذه الصورة من التعامل هي كيفية تقدير التعويض المرتبط بكيفية تقدير مقدار الضرر الذي لحق بالبنك^(١) ونطرح هنا ثلاثة بدائل يتخير منها البنك أو القاضى ما يتناسب مع الحالة المعروضة :

(١) تقدير التعويض على أساس نسبة الربح التي حققتها البنك في نفس السلعة عن نفس الفترة التي حصل فيها الضرر - أى التأخير عن السداد في موعد استحقاقه - وهو الأعدل وأقرب لعدم أكل أموال الناس بالباطل *

(٢) أو على أساس نسبة الربح التي حققتها البنك بصفة عامة ويكون المعول عليه هو الربح الموزع لا الاجمالي الفعلي فذاك أيضاً ادعى للعدل فقد لا يكون للبنك استثمارات أخرى في سلع مثيلة في نفس الفترة *

(٣) أو على أساس نسبة الربح التي حققتها المشتري مرابحة بسبب السلعة محل التعامل وحتى لا تكون مماطلته سبباً لاثرائه على حساب الغير فيعامل بعكس مقصوده أو يرد مقصوده عليه كما هي

(١) تنص المادة ٢٦٦ من القانون المدني الأردني على أن « يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار » .

القاعدة الشرعية القائلة: « من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه » *

٩ - العميل المتعسر وذاك الذى يمر بضائقة مالية :

— أسس تقدير التعويض السابق سردها تفترض أن العميل ملئ غير مماطل ولكنه تاخر فى السداد وسبب ذلك ضرا للبنك *

— أما اذا كان العميل مليئا ولكنه مماطل ويظهر بمظهر المتعسر ، وأمارات ذلك :

(أ) أن يتكرر عدم وفائه بالتزاماته للبنك أو الغير فى تواريخ استحقاقها . *

(ب) أو أن يدأب على جدولة ديونه أو تأجيل سدادها *

(ج) أو يتكرر رجوع شيكاته *

(د) أو يستمرىء أن يعامل على أساس « نسبة الغرامة » فهى الأفضل من وجهة نظره *

فيكون من حق البنك ويحل له فى هذه الحالة — أى حالة المماطلة بدون عذر — أن « يعاقب » العميل ، والعقوبة المتصورة هنا هى العقوبة المالية التى قد يشترطها البنك على العميل ابتداء اذا ثبت أو تأكدت مماطلته وذلك ما يشهد به العرف المصرفى والتجارى ويسهل اثباته بقرائن مادية *

وسندنا فيما تقدم صريح حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لى الواجد ظلم يحل عقوبته وعرضه » (رواه البخارى) *

وعبارته فى سبل السلام : « لى الواجد يحل عرضه وعقوبته » وقال : « رواه أبو داود والنسائى وعلقه البخارى وصححه ابن حبان وأخرجه أحمد وابن ماجه والبيهقى » *

وقال ابن حجر فى فتح البارى : « حديث اسناده حسن » *

وحديثه صلى الله عليه وسلم : « مظل الغنى ظلم ... » *

وحديثه صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » •

ومما يجدر التنويه اليه أن حالة العسر المالي تختلف عن حالة « الضائقة المالية » التي قد يمر بها العميل وتمثل في عدم توفر مؤقت « للسيولة » لديه وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين ما يأتي :

(أ) اعطاء العميل مهلة سداد أخرى أى نظرته الى ميسرة •

(ب) منح العميل بعض التسهيلات فى السداد كاعادة جدولة

المديونية •

(ج) التنازل أو اسقاط جزء من الربح أو العمولات وبراء

المدين منها •

فكل ذلك من قبيل نظرة الميسرة المقررة شرعا والمحظورة أو المقيدة طبقا للمادة ١٥٦ من القانون التجارى المصرى والمواد التى على شاكلتها فى القوانين العربية •

— أما اذا كان المدين المعسر لا يجدى معه شىء مما ذكر فى كيفية

تقدير التعويض أو نظرة الميسرة أو حتى العقوبة المالية ومن ثم يخرج عن نطاق المسألة محل البحث التى تتحدد فى حالات ثلاث هى :

(أ) المدين الملىء غير المماطل ولكنه تأخر فى السداد •

(ب) المدين الملىء المماطل •

(ج) المدين الذى يمر بضائقة مالية أو عدم توفر « سيولة »

مؤقت •

وتتناول الاعسار المدنى والافلاس التجارى فى القانون الوضعى

والفقه الاسلامى فيما يلى :

● الاعسار فى القانون المدنى (الاعسار المدنى) والافلاس التجارى :

أولا — الاعسار المدنى :

تنص المادة (٢٤٩) من القانون المدنى المصرى على أنه :

« يجوز أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء

ديونه مستحقة الأداء » •

ويكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي تتبعها موطن المدين بناء على طلبه أو طلب أحد دائنيه وتراعى المحكمة في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت بالمدين ومسئوليته عن الأسباب التي أدت الى اعساره ومصالح دائنيه المشروعة (م ٢٥٠ ، ٢٥١ مدنى) *

والاعسار فى القانون المدنى وفقهه نوعان هما :

١ - الاعسار الفعلى : ويتحقق عندما تزيد ديون المدين على

• حقوقه

٢ - الاعسار القانونى : الذى يتطلب حكما لشهره ولا يقضى به

الا عندما تكون أموال المدين لا تكفى لسداد ديونه مستحقة الأداء •

وكلاهما يختلف عن الافلاس التجارى الذى يكفى لشهره توقف

المدين عن دفع ديونه الحالة •

ويترتب على شهر الاعسار بالنسبة للمدين ومضى سجلت صحيفة

دعوى الاعسار عدم سريان أى تصرف للمدين فى حق الدائنين يكون

من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد من التزاماته كما لا يسرى فى

حقوقهم أى وفاء يقوم به المدين (م ٢٥٧ مدنى والمواد ٢٥٨ ، ٢٥٩ مدنى) •

كما يترتب على شهر الاعسار ومنذ تسجيل صحيفة دعوى

الاعسار عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بالدائنين ولا تكون نافذة

فى حقوقهم باستثناء ما نصت عليه المادة ٢٥٨ مدنى اذا كان التصرف

بشمن المثل وأودع المشتري الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين •

ويعاقب المدين بعقوبة التبديد اذا تعمد الاعسار أو أخفى بعض

أمواله أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغاً فيها • وذلك بقصد الاضرار

بدائنيه (م ٢٦٠ مدنى) •

ويجوز للمدين أن يتقاضى نفقة من ايراداته المحجوزة (م ٢٥٩

مدنى) •

ثانيا - الاعسار والافلاس فى الفقه الاسلامى :

يقول الله تعالى : ﴿ وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، وان تصدقوا خير لكم ، ان كنتم تعلمون ﴾ (١) .

وفى معنى العسرة ذهب ابن العربى الى أن المعسر من لا نجد له مالا (٢) .

وقال الامام الشوكانى : العسرة ضيق الحال من جهة عدم المال (٣)

وعلى هذا النحو، يبين عدم تفرقة الفقه الاسلامى بين الاعسار الفعلى الذى مناطه ديون وحقوق المدين والاعسار القانونى الذى مناطه أن يصدر به حكم لشهره وأن تكون الديون مستحقة الأداء (٤) .

ولعل هذه التفرقة فى القانون وفقهه ترجع فى نظرنا الى مستحدثات المعاملات المدنية والتجارية على وجه الخصوص ومع ذلك فقد نص الامام ابن القيم - رحمه الله - على الاجراءات القضائية ضد المدين المعسر (٥) .

(١) البقرة : ٢٨٠

(٢) انظر احكام القرآن بتحقيق الشيخ على محمد البجاوى - القسم الاول ص ٢٤٦ طبعة اولى - سنة ١٣٧٦ هـ (١٩٥٧ م) طبع دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه .

(٣) انظر فتح القدير ج ١ ص ٢٩٨ - دار المعرفة - بيروت .

(٤) تنص المادة ٣٥١ من القانون المدنى اليمنى على أن « الموسر هو من ينفى ماله بديونه أو يزيد عليها والمعسر هو من لا يملك شيئاً غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجر عليه أو بيعه وهو ما يحتاجه من مسكن وثياب صالحين لملكه وآلة حرفته ان كان ذو حرفة ومن تلزمه نفقته من الدخل الى الدخل ، والمفلس هو من لا ينفى ماله بديونه » .

(٥) اعلام الموقعين ج ٤ ص ٩

● الافلاس التجارى :

تنص المادة (١٩٥) تجارى على أن : « كل تاجر وقف عن دفع ديونه يعتبر فى حالة الافلاس ويلزم اشهار افلاسه بحكم يصدر بذلك » وعلى هذا الأساس يكون مناط الافلاس هو وقوف التاجر عن دفع ديونه ومن ثم يختلف عن الاعسار المدنى ، فالمعسر مدنيا لا تكفى أمواله لوفاء ديونه الحالة وكلاهما يختلف عن معناهما فى الفقه الاسلامى ، اذ الفقهاء يعتبرون المعسر هو من لا يملك شيئا غير احتياجاته الأساسية ، ويعتبرون المفلس من لا يفى ماله بديونه لا مجرد وقوفه عن دفع ديونه .
ولعل التفرقة فى المعنى بين الاعسار والافلاس وكذلك فى الأثر المترتب على كل منهما ترجع الى اختلاف طبيعة المعاملات المدنية عن المعاملات التجارية وما تفرضه الأخيرة من سرعة وضمان أى ائتمان .

ثالثا - الفقه الاسلامى تفرد بنظرة الميسرة :

وذهب ابن العربى - رحمه الله - الى أن الناس اختلفوا فى الميسرة التى يؤدى اليها الدين اختلافا متباينا ، وتحرير قول العلماء فيه أن يترك للسدين ما يعيش به الأيام وكسوة لباسه ورقاده ولا تباع ثياب جمعته ويبيع خاتمه وهو ما قرره نص المادة ٢٥٩ من القانون المدنى المصرى بخصوص تقرير ثقة للمدين .

أى اذا! كان المستدين معسرا فعليكم أن تمهلوه الى وقت اليسر لا كما كان أهل الجاهلية يقول أحدهم لمدينه : « اما أن تقضى واما أن تبرى » (١) .

وما ذهب اليه الامام الجصاص من ذكر شروط الاعسار والانظار فى الآية يدل على الاعسار القافونى والفعلى حيث قال (٢) :

(١) انظر صفوة التفاسير للشيخ محمد على الصابونى المجلد الاول ص ١٧٥ ط. دار القرآن الكريم - بيروت .
(٢) انظر أحكام القرآن ج ١ ص ٤٧٤ ، ٤٧٧ ، ٤٧٨ - طبع دار الكتاب العربى - بيروت .

ان ذكر الاعسار والانظار فى الآيه دل على دين تجب المطالبة به
(أى مستحق الأداء) والانظار لا يكون الا فى حق قد ثبت وجوبه
وصحت المطالبة به اما عاجلا أو آجلا .

فالآيه توجب أن من له دين على غيره فطالبه به فله أخذه منه شاء
أم أبى ، وهنا يقترب الامام الجصاص من معنى الافلاس التجارى أيضا .
ويقول : وبهذا المعنى ورد الأثر عن النبى صلى الله عليه وسلم حيث
قالت له هند : ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى
فقال : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك ، وولدك بالمعروف » فأباح لها
أخذ ما استحقته من النفقة من غير رضاه .

ويذهب - رحمه الله - الى أن نظرة الميسرة تنصرف الى وجهين :

اما أن يكون وقوع الانظار هو تخليته (المدين) من الحبس وترك
عقوبته اذا كان غير مستحق لها لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما جعل
مطل الغنى ظلما ، فاذا ثبت اعساره فهو غير ظالم بترك القضاء ، فأمر الله
بانظاره من الحبس فلا يوجب ذلك ترك لزومه .

أو أن يكون المراد الندب والارشاد الى انظاره بترك لزومه ومطالبته
فلا يكون منظرا الا بنظرة الطالب ، فان قال قائل : انلزم بمنزلة الحبس
لا فرق بينهما لأنه فى الحالين مسنوع من **التصرف** . قيل له : ليس كذلك
لأن اللزوم لا يمنع التصرف .

وتوجيه منع المدين من التصرف وعدم منعه من التصرف مؤداه
أن التصرفات الضارة بالدائنين تمنع الا اذا كانت بشئ المشل وتم ايداع
الثمن المتحصل خزينة المحكمة على ذمة الدائنين فلا تمنع وهو ما نصت
عليه المواد ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ من القانون المدنى المصرى .

رابعا - اثبات الاعسار :

يقع عبء اثبات الاعسار فى الفقه الاسلامى على المدين على خلاف

مسلك القانون المدني في هذا الخصوص اذ جعل عبء اثبات اعسار
المدين على الدائن (مادة ٢٣٥/٢ مدني) • فان ذكر المدين عسره قبلت
منه البينة بقوله تعالى : ﴿ وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ﴾ (١)
وأحلفه مع ذلك بالله ومنع غرماءه من لزومه •

فالمدين باق على حكم اليسار والوجود حتى يثبت الاعسار (٢) •

* * *

• هل يقع الانظار بنفس الاعسار :

ذهب رأى الى أن الانظار لا يقع بنفس الاعسار لما روى عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ان الله يقول لعبد من عباده :
ما عملت ؟ قال : ما عملت لك كثير عمل أرجو به من صلاة
وصوم غير أنك كنت أعطيتني فضلا من مال فكنت أخالط الناس
فأيسر على الموسر وأنظر المعسر ، فقال الله عز وجل : نحن أحق بذلك
منك ، تجاوزوا عن عبدى ، فغفر له • فقال ابن مسعود : هكذا سمعنا
من رسول الله صلى الله عليه وسلم • فالحديث الشريف جمع بين
انظار المعسر والتيسير على الموسر وذلك كله مندوب اليه وعلى ذلك
فالانظار لا يقع بنفس الاعسار (٣) •

وذهب رأى آخر الى أن المعسر منظر بنفس الاعسار واحتج بما روى
عن أبى سعيد الخدرى أن رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم فى ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال صلى الله عليه وسلم :
« تصدقوا عليه » فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك » (٤)

* * *

(١) البقرة : ٢٨٠

(٢) أحكام القرآن للجصاص وهو قول الشافعى - المرجع السابق
ص ٤٧٥ •

(٣) ، (٤) أحكام القرآن للجصاص المرجع السابق ص ٤٧٩

﴿ المعسر لا تستغنى عنه المطالبة بالموت وان لم يدع له وفاء فوفأؤه
على بيت المال :

وتثبت المطالبة لله تعالى بعد موته لحديث أبي قتادة عن جابر قال :
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلى على رجل مات وعليه دين
فأتى بميت فقال : « أعليه دين » ؟ فقالوا : نعم .♦♦ ديناران فقال : « صلوا :
على صاحبكم » فقال أبو قتادة الأنصاري : هما عليّ يا رسول الله ،
قال : فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فتح الله على رسوله
صلى الله عليه وسلم قال : « أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديننا
فعلى قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته » ♦ فلو لم تكن المطالبة قائمة عليه
إذا مات مفلسا كان لا يترك الصلاة عليه إذا مات مفلسا لأنه كان
يكون بسنزة من لا دين عليه وفي هذا دليل على أن الاعسار لا يسقط
عنه اللزوم والمطالبة» (١) ♦

* * *

خامساً - ابراء المدين المعسر من الدين صدقة :

قال علماء الفقه الاسلامي : ان الصدقة على المعسر قرينة وذلك أفضل
عند الله من انظاره الى الميسرة بدليل ما روى حذيفة عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : « تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم قالوا : عملت
من الخير شيئا ؟ قال : كنت آمر فتياني أن ينظروا الموسر ويتجاوزوا عن
المعسر قال الله عز وجل : تجاوزوا عنه » ♦

وقد روى عن أبي اليسر كعب بن عمرو أنه قال : « من أنظر معسرا
أو وضع عنه أظله الله في ظله » وهذا مما لا خلاف فيه (٢) ♦

ويذهب الامام الجصاص الى أنه لما سمي الله الابراء من الدين
صدقة اقتضى ظاهره جوازه عن الزكاة لأنه سمي الزكاة صدقة وهي

(١) انظر احكام القرآن للجصاص - مرجع سابق ص ٤٨٠

(٢) انظر احكام القرآن لابن العربي - مرجع سابق ص ٢٤٦

على ذى عسرة وتسميته بالصدقة لا توجب جوازه عن الزكاة فى سائر
الأحوال لأن الله سمي البراءة من القصاص صدقة فى قوله تعالى :
﴿ وكنبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ الى قوله : ﴿ فمن تصدق
به فهو كفارة له ﴾ (١) والمراد به العفو عن القصاص ولا نعلم خلافا
بين أهل العلم أن العفو عن القصاص غير مجزئ فى الكفارة (٢) .

* * *

(١) المائدة : ٤٥

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص - مرجع سابق ص ٤٨١

المبحث الحادى عشر

تقدير صيغة التعامل بأسلوب المراجعة

١ - بيوع المراجعات التجارية :

بعد هذه المدة من عمر البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية التى اعتمدت فيها أساسا على صيغة المراجعة فى معاملاتها الاستثمارية كأسرع وأيسر أداة فيما تسميه الآن المؤسسات المالية الاسلاميه بـ « بيوع المراجعات التجارية » بعد أن اطلقنا هذا التصحيح الاصطلاحى فى كتابنا « فقه المراجعة » وفى وقت مبكر منذ ١٩٨٢ مما هو ثابت بمحاضراتنا لطلبة دبلوم الدراسات العليا فى المعهد الدولى للبنوك والاقتصاد الاسلامى .

ومعنى ذلك أن البنك الاسلامى يقوم بعمليات المراجعات كتاجر يشتري ويبيع وليس كعمول فقط كما هو الحال فى معاملات البنوك التقليدية أو التجارية ، وان كان تعامل البنوك الاسلامية على هذا النحو السابق خلق لها عدة مشاكل قانونية ومصرفية أملاها الواقع أو المناخ الذى تعمل فيه وما استقر عليه العرف المصرفى فى المعاملات التقليدية وعلى رأس هذه المشاكل « سعر الفائدة » السائد فى السوق « كمارج وسقف » كما جعل الكثيرون يتوهمون أو يظنون أن صيغة المراجعات لا تخرج عن أن تكون أسلوبا تمويليا بسعر فائدة أو على أساس سعر الفائدة السائد وفى ظله ، وساعد على هذا الظن ما لابس بعض عمليات المراجعة فى الممارسة العملية أحيانا من تداخل فى مراحل تنفيذها الى أن وضحت للجميع عمليات المراجعة فى التطبيق العملى من خلال جهود علماء الأمة وفقهائها - جزاهم الله خيرا - وأصبحت صيغة استثمارية مستقرة الآن لها ما لها وعليها ما عليها فقط من وجه نظر السياسة الاستثمارية التى يرسمها المصرف الاسلامى لنفسه فى اطار أولويات سياسته المصرفية

ليس الا .

٢ - الموازنة بين أسلوب المراجعة وأسلوب الائتمان التقليدي :

ان الائتمان كمصطلح أو كاصطلاح مصرفي له معنيان :

● المعنى اللغوي (١) :

• أمنه - اطمأن فهو أمن وأمين وآمن

• أمن - قال آمين - جعله في الأمن

• أمن وائتمن فلانا على كذا : اتخذناه آمينا عليه - وائتمنه = عدده

• آمينا

• آمنه ايماننا آمنه • - به = صدقه ووثق به • - له = خضع

• وانقاد

• استأمنه - طلب منه الأمان •

فالائتمان من الأمن بالنسبة للطرفين القائم على الصدق والثقة

المصحوب بطلب من طرف والخضوع والالتقياد من الطرف الآخر •

وهذه المعاني هي الاستفادة لنا من المعاني اللغوية السابق سردها •

● المعنى الاصطلاحي للائتمان (Crédit) :

أنواع الائتمان وصوره كثيرة ومتطورة ومن هنا يصعب وضع

تعريف محدد لهما ومع ذلك يمكن أن يقال بصفة عامة :

ان عمليات الائتمان هي تلك العمليات التي بمقتضاها يرتضى البنك

في مقابل فائدة أو عمولة معينة أن يمنح عميله أو شخصا آخر - بناء

على طلب شبيهه سواء حالا أو بعد وقت معين - ائتمانه على شكل رؤوس

أموال نقدية أو شكل آخر وهذا الائتمان يمنح للعميل أو للغير بناء

(١) انظر المنجد في اللغة والأدب والعلوم - لويس معلوف اليسوعي

- ص ١٦ مادة « أمن » حرف (أ) - المطبعة الكاثوليكية - بيروت .

على التزام العميل المقترن أو غير المقترن بضمان خاص بأن يقوم برده في وقت معين ، هذا ما لم يكن من طبيعة العملية أن يأتي الرد الى البنك على وجه آخر (١) .

وبعبارة موجزة : يعرف الائتمان بأنه تنازل البنك عن ملكيته لمال حاضر مقابل الحصول على ما يقابله في المستقبل (٢) .

ولقد تداخل لفظ الائتمان ولفظ الثقة في بعض اللغات للتلازم بينهما ، فاستخدم لفظ واحد للدلالة عليهما معا (Crédit ؛ والائتمان وسائله كثيرة وأهم وسائل الائتمان المصرفي في عمليات البنوك عقد القرض وفتح الحساب وفتح اعتماد وخصم الأوراق التجارية وخطاب الضمان (٣) .

وبعد بيان معنى الائتمان نقول : ان المرابحة كأحد بيوع الأمانة التي يتجلى فيها هذا الوصف في كلا الطرفين وبصفة خاصة في بيوع المرابحة للأمر بالشراء اذ يلزم أمانة المشتري في الوفاء بالتزاماته المالية والعقدية في الشراء بعد دخول السلعة في ملكية البنك كما يلزم أمانة البائع في اخبار المشتري بكل ما يتعلق بالسلعة وثمنها وربحه فيها وكل ذلك أساسه الثقة ، كما تتم المرابحة بناء على طلب المشتري واستجابة البنك فكل منها قد يكون مسترسلا وقد يكون المشتري أكثر استرسالا من البنك البائع

ونخلص الى أن الائتمان بالمعنى اللغوي متوافر في المرابحة أيضا

(١) انظر العقود وعمليات البنوك التجارية - د. على البارودي ص ٢٩٧ - مكتبة منسأة المعارف بالاسكندرية .

(٢) اقتصاديات النقود والبنوك - د. عبد النبي حسن يوسف ص ١٦١ ط . مكتبة عين شمس بالقاهرة .

(٣) الأوراق التجارية - د. محمد حسنى عباس ص ٥ - دار النهضة العربية .

ويبقى بعد ذلك الموازنة بين ما تحققه المراجعة من أمن لطرفيها وما يحققه الائتمان بالمعنى التقليدي أو الاصطلاحي المصرفي وأيهما أفضل وأبلغ في الأفضلية *

فمن المتفق عليه أنه لا ائتمان بلا مخاطر ومن ثم يولى النظام المصرفي التقليدي اهتماما شديدا بالضمانات ومتابعة التحصيل واسترداد الأموال ومنذ منح الائتمان *

فهناك مخاطر تتعلق بالمقترض أو الشخص الممنوح ائتمانا ومدى التزامه وانتظامه وشخصيته السوية وسمعته *

وهناك مخاطر تتعلق بالنشاط الذي يمارسه المقترض ومدى حساسية هذا النشاط للظروف المختلفة وأهمها ظروف الصناعة والاستيراد والأسواق والأذواق *** الخ *

ولا نعتقد أن اتباع أسلوب المراجعة والمراجعة للأمر بالشراء وفقا للمعايير والضوابط الشرعية ترتفع فيه نسبة المخاطر كما هو أسلوب الائتمان المصرفي ، فالمرابحات عمليات بيع وشراء تجارية أى يجرى التعامل فيها على سلع تضمن بذاتها ما يترتب عليها من التزامات مالية إلا أن تتعرض السلع نفسها للهلاك وهنا تأخذ المعاملة شكلا آخر من أشكال المسؤولية *

ومن أهم الضمانات الخاصة فى بيوع المرابحات التى لا نظير لها فى أسلوب الائتمان المصرفي ما يأتى :

(أ) خيار الرؤية : فيكون من حق صاحبه أن يشترط ألا يكون العقد باتا قبل رؤية المبيع *

(ب) الرد بالعيب : ويكون من حق من يشترط رد السلعة اذا تبين له عيب فيها بعد استلامها *

(ج) نظرة الميسرة : الوجوبية اذا تأكد للبنك أن العميل يمر بحالة ضائقة مالية أو ضعف فى السيولة *

(د) تحقيق نسبة ربح أكبر بالنسبة للطرفين قد يفوق نسبة سعر الفائدة السائد في السوق •

(هـ) تحول المربحة الى مشاركة بضوابطها وقيودها الشرعية وهذا نوع تسهيل قد يحصل عليه المشتري بلا محذور شرعى •

وقبل كل هذا : المزايا أو الأفضليات التي يمنحها أسلوب التعامل بصيغة المربحة وبعده فإن الربح فى المربحة بضوابطها الشرعية حلال باتفاق ، وسعر الفائدة فى الائتمان المصرفى حرام باتفاق ، وهذا الأصل العقائدى بما يترتب عليه من آثار اقتصادية مدمرة فى التعامل بالربا عبر عنها قول الله تعالى : ﴿ يحقق الله الربا ﴾ (١)

أما الربح الحلال فيكون هنيئاً طيباً تطيب به حياة الرابح أو المتربح والناس جميعاً •

٣ - الاقتصاد القوى والاقتصاد الضعيف :

لا شك أن ما تقدم يعرِّينا بالحديث عن الاقتصاد القوى والاقتصاد الضعيف ، فهناك مقولة شائعة تذهب الى أن النظم الاقتصادية الوضعيه الربويه يتلاحظ للناس قوتها وسيطرتها فما هى الحقيقة ؟

وفى جازة شديدة نقول :

ان الانسان هو المقياس الحقيقى للقوة والضعف فى أى نظام فالاقتصاد بالانسان ومن أجل الانسان وأصبح الانسان هو معضلة الاقتصاد أيضا ويصدق هذا بصورة أوضح فى العالم الثالث والأخير اذ الانسان فيه صار هو معضلة التنسية بأخلاقه وعاداته وسلوكياته التى انحرفت عن معايير المنهج التويم والقيم المثلى كأصول هادية ولن

(١) البقرة : ٢٧٦

تكون كذلك الا اذا كانت محايدة أو أن حياها مؤكد مضمون ، ولن تكون كذلك الا اذا كانت لا تخضع لموازنين وأهواء بشرية باعتبار أن البشر هم أطرافها أو أصحاب المصلحة ومن ثم تعين أن تكون موازين علوية الهية ربانية ولن يتحقق ذلك الا اذا كان الاها واحدا لا شريك له ولا تعدد فيه •

وتأسيسا على هذه المقدمات المترابطة فالاقتصاد القوى هو ما كان قويا عند الله أى وفقا لأحكامه وموازنينه ، والعكس كذلك ، ونجد هذا فى قوله تعالى :

« وما آتيتم من ربا ليربوا فى أموال الناس فلا يربوا عند الله ، وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون » (١) •

ونقيس على ذلك الأصل الاقصادى مسائل أخرى للتدليل على صحته - فالخمر والزنا مثلا - قد يكونا لذة عند الناس ولكنهما حرام عند الله ، والقتال فى سبيل الله قد يكون كرها عند الناس ولكنه حير عند الله •

فالتوحيد والتسليم هو القول الفصل فى قضية القوة والضعف فى النظم وما تقوم عليه من ارادة لله أو للانسان ، فكل ما كان مرد الأمر فيه ارادة الله تنظيما وترتيبا وحكما كان قويا قطعيا ، وكل ما كان مرده ارادة الانسان - ما لم تكن موافقة لارادة الله - وكان للانسان فيها نية ورأى على غير ارادة الشرع كان ضعيفا •

ونخلص اذن الى أن الارادة الشرعية المتمثلة فى عنصر بشرى مؤمن مدرب فعال هو الفاصل الجوهرى فى قوة وضعف نظام دون آخر فالانسان هو الوسيلة والغاية وهو المعضلة أو المشكلة أيضا وبحلها على أسس عقدية ومناهج سلوكية وخلقية قويمه تتوفر الوسيلة الصحيحة وتتحقق الغاية المنشودة والعكس بالعكس •

الفصل الثالث

الضمانات في المعاملات المصرفية الإسلامية

- أهمية الضمانات وتقسيمها
- الضمانات الوقائية
- الضمانات التابعة العلاجية
- الضمانات الاجرائية والائبات

أهمية الضمانات وأقسامها

● تمهيد :

تمثل الضمانات أهم عوامل الأمان من الخوف في الممارسات والمعاملات المصرفية التي يكتنفها الخطر وتقوم على جانب من المخاطرة ومن هنا كانت المعالجة الاسلامية للخطر والمخاطرة في المعاملات وبصفة خاصة المصرفية منها ذات ثلاث شعب هي :

الأولى : وهي ما يمكن تسميته بالضمانات الوقائية .

الثانية : وهي ما يمكن تسميته بالضمانات التابعة العلاجية .

الثالثة : وهي ما يمكن تسميته بالضمانات الاجرائية والاثبات .

* * *

المبحث الأول - الضمانات الوقائية

وتتمثل الضمانات الوقائية في تلك التوجيهات التي ترتبط بأصل المعاملة لتجنب الخلل والمحظور فيها أو بناسبتها ومن أهم تلك الضمانات الوقائية في الفقه الاسلامي ما يأتي :

أولا - النواهي :

— كالغرر والجهالة : فكل ما لا يدري حصوله وما لا يقدر على نسليسه غرر ، وكل ما علم حصوله وجهلت صفته فمجهول ، والغرر والجهالة كثير ممتنع اجماعا وقليل جائز اجماعا ، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني .

— والتدليس : باستخدام وسائل احتيالية لاختفاء عيب في المعقود عليه وتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد وقد يكون التدليس بالفعل أو بالقول أو بالكتمان .

– الغبن والاستغلال : ويتمثل الغبن في عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه نتيجة استغلال ضعف معين في التعاقد المغبون يدفعه الى التعاقد *

– النجش : بالزيادة في ثمن السلعة دون قصد الى شرائها يريد بذلك أن يضر المشتري وينفع البائع *

– الاحتكار : حبس السلعة يريد اغلائها على المشتري ويضيق الناس بذلك *

ثانيا – الأوامر :

وعلى رأسها يأتي – الصدق : فالكذب صورة من الغبن والخداع والاحتيال *

– الأمانة : في الأداء وفي الوفاء *

ثالثا – الخيارات الفقهية تشكل هي الأخرى مجموعة من الضمانات التي تتيح للمعاملات الاستقرار وتسام الرضا والسلامة من العيوب ومن أهمها :

● العقد الصحيح وأوصافه وأقسامه :

العقد الصحيح عقد مشروع ذاتا ووصفا بمعنى أنه صادر من أهله مضاف الى محله قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة غير مقرونة بشرط من الشروط المفسدة للعقد ، وينقسم العقد الصحيح الى نافذ وموقوف ، والصحيح الموقوف يتوقف على اجازة معتبرة *

أما العقد الصحيح النافذ فهو الذي صدر من أهله مستوفيا كل شروطه الشرعية وهذا العقد تترتب عليه كل آثاره الشرعية وفق ما يتفق عليه العاقدان ويجيزه الشارع ، والعقد النافذ قد يكون لازما أو غير لازم *

والعقد اللازم هو ما لا يملك أحد العاقدين فسخه بافتراد فلا بد من رضا العاقد الآخر ، وقد يكون الفسخ بالاقالة ويشترط لذلك الإيجاب والقبول كعقد البيع ووجود المحل ، كما قد يكون الفسخ بالاعذار أيضا كالأجارة .

والعقد غير اللازم بعد نفاذه هو ما يستبد أحد العاقدين بفسخه كالوكالة ، وقد تلزم الوكالة كما فى توكيل الراهن غيره ببيع الرهن عند حلول الأجل لأجل ايفاء الدين من ثمنه فلا يستطيع الراهن عزل هذا الوكيل ولا تبطل وكالته بالعزل لتعلق حق المرتهن الدائن به^(١) . وكالعارية والقرض عند جمهور الفقهاء خلافا للإمام مالك .

ومن العقود ما يكون لازما بالنسبة لأحد الطرفين وغير لازم بالنسبة للآخر كالرهن فلازم بالنسبة للمدين الراهن وغير لازم بالنسبة للدائن المرتهن .

● الخيارات :

غير أنه فى العقود اللازمة^(٢) قد يثبت الخيار لأحد العاقدين أو لكل منهما وبذا يتمكن من له الخيار من امضاء العقد أو فسخه .

وتنقسم الخيارات الى قسمين :

قسم يثبت بالشرط ويقال له « خيار الشرط » أى الخيار الذى سببه الشرط .

وقسم يثبت بسبب آخر وإن تعددت الأسباب .

(١) الالتزامات فى الشرع الإسلامى - الشيخ أحمد ابراهيم بك ص ١٩٣ - دار الأنصار - بالقاهرة .
(٢) اذ لا فائدة من الخيار فى العقد غير اللازم فحق الفسخ مقرر فيه .

١ - خيار الشرط : هو ما يشترط في صلب العقد الذي يحتمل الفسخ أو بعده لأحد العاقدين أو كليهما من امضاء العقد أو فسخه في مدة معينة يتراضى عليها الطرفان (١) .

وقد يكون الخيار الأجنبي نيابة عن أحد العاقدين .

٢ - خيار الرؤية :

والمراد بالرؤية ادراك الشيء بكل ما يفيد علما بطريق الحس والمشاهدة وفي كل شيء بحسبه الرؤية لتتام الرضا بالعقد ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه .

ويثبت خيار الرؤية من غير شرط في أربعة أمور هي :

١ - شراء الأعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت ديناً في الذمة كعقد السلم .

٢ - الاجارة .

٣ - قسمة غير المثليات كالقيميات المتحدة أو المختلفة الجنس .

٤ - الصلح عن مال على شيء معين كالصلح عن دعوى مال معين على شيء معين لم يره .

٣ - خيار العيب :

يثبت به حق المشتري - من غير اشتراط في العقد - في فسخ العقد بسبب العيب في المبيع لم يعلم به حين العقد ولا حين القبض ولم يكن البائع قد اشترط عليه البراءة من العيوب .

والعيب هو كل ما أوجب نقصان قيمة المبيع في عرف التجار

(١) انظر كتابنا « ضوابط العقود » ص ٢٨٨ - مكتبة وهبة .

أو يفوت به على المشتري غرض صحيح من العقد وإن لم تنقس قيمة المبيع .

٤ - خيار تفريق الصفقة :

كما لو استحق بعض المبيع قبل قبضه أو بعده بطل البيع في قدر المستحق ويخير المشتري في الباقي ، وكذا لو هلك بعض المبيع قبل القبض فإن المشتري يتخير في الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام كما يتخير في الاستحقاق وفيما لو تعيب بعض المبيع قبل أن يقبضه .
ويجب على البائع رد الثمن الى المشتري ان كان أخذه منه .

٥ - خيار فوات الوصف المرغوب فيه :

يكون بمقتضاه المشتري مخيرا بين أخذ المبيع بكل ثمنه أو رده على البائع ما لم يحط عنه البائع شيئا مقابل الوصف النائم والخيار هنا كخيار العيب .

٦ - خيار النقد :

من اشترى شيئا على أنه ان لم ينقد ثمنه الى مدة معينة فلا بيع بينهما صح ذلك ، فان شاء نقد الثمن وأخذ المبيع وان شاء فسخ العقد ، وكذلك لو أعطى المشتري البائع الثمن على أن البائع إن رد الثمن في مدة كذا فلا بيع بينهما صح ذلك والخيار هنا للبائع .

* * *

المبحث الثاني

الضمانات التابعة للعلاجية

• المقصود بها وأقسامها :

ويقصد بها تلك الضمانات التي تلحق بالمعاملة المالية أو العقد كعملية تعاقدية ومن ثم يأتي دورها اذا لم يسر العقد أو تنفيذه سيرا حسنا وفقا لشروطه وأحكامه فتنهض تلك الضمانات ونستطيع أن نقسمها الى قسمين رئيسيين هما :

أولا - العربون ودفعة ضمان الجدية :

يجتمع المعنيان في مرحلة غير باثة في التعاقد النهائي وينفرد العربون في حالة تأكيد العقد والبدء في تنفيذه بذلك العربون وهنا يعتبر جزءا من الثمن ولا يثير اشكالا •

أما اذا كان دفع العربون عند إبرام العقد لحفظ حق العدول عن العقد طبقا لارادة المتعاقدين فالجمهور لا يجيزه لما يعتبرونه فيه من الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير حق وأجازاه الامام أحمد^(١) •

ثانيا - عوض التأخير في السداد عن موعد الاستحقاق :

مدارها على الضرر الحاصل فعلا من جراء التأخير في السداد وكان الضرر نتيجة طبيعية لعدم السداد (الفعل الضار) ويقدر التعويض على هذا الأساس وفقا لمعايير موضوعية^(٢) •

(١) انظر تفصيل المسألة في بحثنا « الاستثمار والرقابة الشرعية »
دس ١٢٣

(٢) انظر ما تقدم ص ١٤١

المبحث الثالث

الضمانات الاجرائية والاثبات

• تقديم :

لقد صنفنا هذه المجموعة من الضمانات تحت الضمانات الاجرائية والاثبات لما غلب عندنا من ضرورة اجرائها والنص عليها ومن ثم يكون اعتبارها قائمة على الاجراءات التى يتعين على البنك اتخاذها هو السبب الغالب فى هذا الادراج على الرغم من أن حقيقة بعضها قد يكون ضمانا عينيا مثل الرهن والحق فى الحبس ولكن ذلك راجع الى طبيعة الضمان لا الى ضرورة اجرائه من قبل البنك حفاظا على حقوقه قبل التعاملين معه ، ومن هنا صح عندنا هذا التقسيم وغلبناه على غيره من الاعتبارات الأخرى •

أولا - رهن المنقول

نظرا لأهميته ودقته وشيوعه فى العمل نفرده بالبحث :

(١) موقف القانون المبنى المصرى من رهن المنقول :

تنص المادة (١١٢٢) من القانون المدنى المصرى على أنه :

« تسرى الأحكام المتقدمة (فى رهن المنقول) بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية و ... وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول » •

وتتضمن المادة (١/١١١٠) من القانون المذكور أن الرهن يخول الدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون عن الناس كافة ... •

وتنص المادة (١١١٠) على أنه :

« اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن الا

إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء
الرهن « * * *

وينضح من هذه النصوص أن القانون المدني المصرى لم ينظم
الحالة التى يكون فيها المنقول المرهون فى حيازة المدين الراهن الا فى
مجال ضيق جدا فى السفن البحرية والمحل التجارى كما أنه لم يعلق
المسألة فأعطى للقانون التجارى وللقوانين واللوائح المتعلقة بأحوال
خاصة فى رهن المنقول فرصة تنظيمها بما يتلاءم ويتناسب مع ظروف
التجارة والأحوال الخاصة فى رهن المنقول ومن هذا المنطلق نستطيع
القول بأن القانون المدني المصرى فى (المادة ١١١٠ / ١) منه اذا كان قد
أعطى الدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون الا أنه أجاز له أن
يأذن للمدين الراهن بحيازة المرهون دون أن يقصد بذلك انقضاء
الرهن (م ١١١٠ منه) *

ولما كانت أعمال البنوك تعتبر تجارية وبصفة خاصة اذا كان
الالتزام المضبوط تجاريا * وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية
على أن قروض البنوك التى تعقدتها فى نطاق نشاطها المعتاد تعتبر
عملا تجاريا مهما كانت صفة المقرض وأيضا كان الغرض من القرض (١) ،
فإن جواز أن يأذن المرتهن للراهن بحيازة السلعة المرهونة بغرض بيعها
ويكون الثمن رهنا فى مقام المبيع أمر يرخص فيه القانون المدني
المصرى نفسه بمقتضى المادة (١١٢٢) على ما سلف بيانه وان كان
بطريق غير صريح أو غير مباشر لاعتبارات التجارة والأعمال التجارية
التى تختلف عن الأعمال المدنية فى كثير من الأحكام *

(ب) أما المشرع الفرنسى فقد واجه المسألة « رهن المنقول »
مواجهة صريحة انطلاقا من أن معظم المنقولات التى لها قيمة ويمكن
للتاجر أن يرهنها تتعلق باستغلاله التجارى ومن ثم فإن نقل حيازتها الى

(١) انظر د. على جمال الدين عوض - المرجع السابق ص ٨٥٧

الدائن يعطل مالكمها عن مباشرة نشاطه فيها مما يجعل رهنها في غالب الأحيان غير مفيد ولذلك لجأ المشرع الفرنسي الى وضع تنظيم لرهن المنقول يحمي فيه كافة المصالح المتعارضة بحيث لا يلزم لنفاذه نقل الحيازة الى الدائن بل انه يشهر بالقييد في سجل خاص ليعلم به الغير ولذلك فعندما يتصرف المدين فيه الى الغير فان الغير يعلم عندئذ أنه مرهون^(١) .

(ج) في الفقه الاسلامى :

لقد كان الفقه الاسلامى أسبق من المشرع الفرنسى وأوسع تصورا من مشرع القانون المدنى فى المواد السابق ذكرها اذ نصت المادة (٧٤٧) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتى :

« لو باع الراهن الرهن بدون رضا المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن، ولكن اذا أوفى الدين يكون ذلك البيع نافذا وكذا اذا أجاز المرتهن البيع يكون نافذا ويخرج الرهن من الرهنية ويبقى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهننا فى مقام المبيع^(٢) وان لم يجز المرتهن البيع فالمشترى يكون مخيرا ان شاء انتظر الى أن يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع » .

وفى أقوال الفقهاء متسع يجلب التيسير ويدفع المشقة ويحقق المصلحة الراجحة . فيقول الامام الكاسانى : اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون فى يد الراهن ووضعه فى يده جاز لأن القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الأجنبي سواء^(٣)

(١) أورد ذلك د. على جمال الدين عوض - المرجع السابق ص ٨٥٥
(٢) جاء فى بدائع الصنائع : « النمن فى باب البيع بدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا » ج ٥ ص ١٤٦
(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٧ طبعة نانية - دار الكتاب العربى .

كما أورد الكاساني قول الامام الشافعي^(١) وهو أكثر سعة
اذ يقول : أما حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى انه كان المرهون
شيئا يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من
يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه ، وان كان شيئا
لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن
يسترده من يد المرتهن ، واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم أنه قال : « لا يعلق الرهن ، لا يعلق الرهن ، لا يعلق الرهن .. »
هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»^(٢) فأخبر عليه الصلاة والسلام
أن الرهن لا يعلق أى لا يجبس .. وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام
الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه صاحبا له على الاطلاق فيقتضى
أن يكون هو المالك للرهن مطلقا رقة وانتفاعا وحبا . ولأن الرهن
شرع توثيقا للدين وملك الحبس على سبيل الدوام أيضا ، ومعنى
الوثيقة لأنه يكون فى يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان
توهينا للدين لا توثيقا له ولأن فى الحبس تعطيل العين المنتفع بها فى
نفسها من الانتفاع لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا
والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم (يقصد الحنفية) فكان تعطيل
والتعطيل تسبب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله:

« ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة .. » (٣)

كما جاءت فى الروض المربع للشيخ منصور البهوتى من علماء
الحنابلة نصوص حاسمة فى المسألة فيقول رحمه الله^(٤) :

« ويصح الرهن مع الحق ويصح بعده ، ويجوز رهن المبيع قبل
قبضه - غير المكيل والموزون والمزروع والمعدود - على ثمنه وغيره

(١) بائع الصنائع ج ٥ ص ٤٥ طبعة ثانية - دار الكتاب العربى .

(٢) رواه الأثرم . (٣) المائدة : ١٠٣

(٤) حاشية الروض المربع نرح زاد المستقنع ج ٢ ص ١٦١ ، ١٦٣

ط . مكتبة الرياض الحديثة .

عند بائعه وغيره لأنه يصح بيعه بخلاف المكيل ونحوه لأنه لا يصح بيعه قبل قبضه فكذلك رهنه « » .

وإذا كان ذلك كذلك وكانت الحاجة داعية إليه فإنها أدعى في المعاملات التجارية على وجه أخص .

* * *

ثانيا - الحق في الحبس (حق الحبس) (١)

فقد نصت على هذا الحق الكثير من القوانين المدنية الشرعية المقتبسة من الفقه الاسلامي فنصت المادة (٣٦٢) مدني يمني على أنه :

« إذا كانت حقوق الطرفين متقابلة بحيث يكون التزام احدهما مترتبا على التزام الآخر ومرتبطا به يكون لكل منهما الحق في أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ما دام الآخر لم يعرض الوفاء بما عليه أو لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء به . . كما يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » (٢) .

وتنص المادة (٣٦٣) مدني يمني على أن :

« مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت للحابس حق أولوية عليه ويلزم الحابس المحافظة على الشيء وفقا لأحكام رهن العيالة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » .

(١) صاحب حق الحبس يسمى المحتبس (Rétenteur)

- انظر مجموعة المصطلحات العلمية والفنية التي أقرها مجمع اللغة العربية ص ٩١ المجلد العثرون سنة ١٩٧٨ - ط. الهيئة العامة لتسئون المطابع الاميرية .

(٢) مل ذلك نص المادة ٢٣٠ وما بعدها من القانون المدني السوداني رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ المأخوذ من الشريعة الاسلامية والماده ٣٨٧ مدني أردني المأخوذ من الشريعة أيضا .

وتنص المادة (٣٦٤) مدنى يمنى على أن :
« اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه التلف فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء يبيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى السوق وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه » (١) .
وقد نص القانون المدنى العراقى على الحق فى الحبس للضمان فى المواد (٢٨٠) وما بعدها ، ونصت عليه مجلة الأحكام العدلية فى حبس المبيع بالثمن الحال الى أن يؤدى المشتري جميع الثمن فى المواد (٢٧٨) وما بعدها (٢) .

وقد نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدنى المصرى على الحق فى الحبس اذ يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبطة به فاذا طُلب من له الحق بتنفيذ التزامه كان له أن يمتنع عن الوفاء حتى ينفذ الدائن التزامه المقابل وبذلك يعتبر الحق فى الحبس بهذا المعنى وسيلة فعالة من وسائل الضمان وبذلك خرج القانون بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة الى حيز المبادئ العامة (٣) ومن ثم يشترط لاستعمال المحتبس الحق فى الحبس ثلاثة شروط هى :
(أ) أن يكون المحتبس ملتزماً بأداء شيء .
(ب) وأن يكون فى نفس الوقت دائناً بحق مستحق الأداء .
(ج) أن يوجد ارتباط بين الدينين (٤) :
هذا الارتباط قد يكون قانونياً وقد يكون مادياً .

والارتباط القانونى هو الذى ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية بين الدينين ويستوى أن تكون هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية .

(١) مثل ذلك نص المادة ٣/٢٣١ و ٢٣٢ مدنى سودانى المأخوذ من الشريعة الاسلامية .

(٢) مثل ذلك نص المادة ٤٥٤ وما بعدها من مرشد الحيران .
(٣) أنظر أستاذنا د. عبد الودود يحيى - أحكام الالتزام ص ١١٥ ط ١٩٨٧ دار النهضة العربية - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٦٤٨

(٤) د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ١١٩

أما الارتباط المادى فينشأ عن واقعة مادية هي حيازة الشيء أو احرازه حيث ينشأ لحائزه أو محزره حق فى استيفاء ما يكون قد أنفق على هذا الشيء أو فى التعويض عن الضرر الذى أصابه بسببه (م ٢٤٦ مدنى) *

وإذا توافرت شروط نشوء الحق فى الحبس كإذن للمحتبس الحق فى أن يمتنع عن تسليم الشيء المحبوس الى مالكه كما أن له أن يتمسك بهذا الحق فى مواجهة الغير وكان على المحتبس فى نفس الوقت واجب المحافظة على الشيء المحبوس فاذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف فيجب عليه الحصول على إذن من القضاء فى بيع الشيء المحبوس وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه كما أنه على المحتبس أن يقدم حساباً عن غلة الشيء المحبوس وينقضى الحق فى الحبس باقضاء الحق الذى يضمنه أو بتقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس أو اذا أخل المحتبس بالمحافظة على العين أو بهلاك العين المحبوسه أو بخروج العين من يد المحتبس بارادته كأن يتنازل عن حقه فى الحبس^(١) *

* * *

ثالثاً : الحوالة

● الحوالة والضرورات الاقتصادية :

لقد فرضت التطورات الاقتصادية على واضعى النظم القانونية تنظيم الحوالة فكان أول تنظيم قانونى وضعى لها فى القانون المدنى الألماني فى المواد من (٤١٤) الى (٤١٩) والذى صدر فى ١٨/٨/١٨٩٦ وقد أحدث ذلك « ثورة » فى الفقه الأوروبى آنذاك ، هذا فى الوقت الذى كانت الحوالة فيه معروفة فى الفقه الإسلامى قبل ذلك بمئات السنين^(٢) لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم :

(١) انظر المواد ٣/٢٤٧ ، ١/٢٤٨ من القانون المدنى المصرى .

(٢) فتح البارى ج ٥ ص ٦١ كتاب الاستقراض .

« مظل الغنى ظلم واذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل » أخرجه البخارى عن أبى هريرة (١) .

وفى لفظ لأحمد : « ومن أحيل على ملىء فليحتل » وفى رواية عن ابن عمر : « مظل الغنى ظلم واذا أحلت على ملىء فاتبعه » .

والمطل هو تأخير ما استحق أداءه لغير عذر مع القدرة على الأداء (٢) .

ومطل الغنى ظلم سواء آكان هذا الغنى الماظل مدينا أصليا أو تابعا بالحوالة أو الكفالة .

والملاءة المقصودة : الملاءة المالية والمادية ، فتشمل البدن أيضا أو الملاءة المعنوية فتشمل القول ويكون الملىء هو القادر بماله وقوله وبدنه (٣) .

وعلى أساس الملاءة المذكورة فى الحديث الشريف تكون الحوالة وسيلة من وسائل تقوية الدين ومن ثم فهى مربوطة بالدين .

* * *

● حوالة الدين - احلال مدين محل مدين :

وعلى النحو المتقدم لا بد من رضا أطراف الحوالة مطلقة أو مقيدة (٤) فأما المحال عليه فلأنه هو الملتزم بدفع دين الحرالة ، وأما المحال فلأن فى الحوالة انتقال حقه الى ذمة أخرى والذمم متفاوتة وأما المحيل فلأن ذوى المروءات يأنفون من تحمل غيرهم ما عليهم من

(١) التسيخ أحمد ابراهيم - ص ٢١٨ - الالتزامات فى الشرع الاسلامى .

(٢) الروص المربع للشيخ منصور البهوتى ج ٢ ص ٢٩٤

(٣) الشيخ أحمد ابراهيم ص ٢٢٠ ، الالتزامات فى الشرع الاسلامى

- انظر أيضا المادة ١/٧٧٢ من مرشد الحيران .

(٤) انظر د. عبد الودود يحيى - حوالة الدين - ص ٤ - ط ١٩٦٠

مكنة القاهرة الحديثة .

ديون فلا بد من رضا^(١) ، وقيل : لا يشترط رضا المحيل - أى المدين الأصلي - لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه (أى فى الحوالة المطلقة) والمحيل لا يتضرر بل فى ذلك منفعة له لأن المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم تكن الحوالة بأمره ، كما نازع البعض^(٢) فى رضا المحال عليه اذا كانت الحوالة مقيدة فقد أنزل المحال عليه من المحال منزلة المحال عليه من المحيل ولم يعتبر رضاه معه لأن فى الحوالة تفويض فى القبض فلا يعتبر فيه رضا من عليه ولأن الحق عليه فلا يعتبر رضاه ، وهذا رأى مردود بأن الحوالة تصرف بنقل الدين ابتداء بينما التوكيل بقبض الدين تصرف بأداء الواجب ومن ثم لا يشترط فيه رضاه (المحال عليه) *

* * *

● شروط الحوالة :

من أهم شروط الحوالة ما يأتى :

١ - التكليف بالفعل والبلوغ *

٢ - الرضا *

٣ - أن يكون المحيل مدينا للمحال (م ٧٧٣ من مرشد الحيران)

وذلك عند غير الحنفية من الفقهاء *

٤ - معلومية مال الحوالة - أى دين الحوالة *

٥ - أن يكون دين المحال حالا وأن يكون الحقان متساويين

فى الصفة والحاوّل والتأجيل ، لأن الحوالة ارفاق كالقرض فلو جازت مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل فتخرج عن موضوعها *

(١) انظر الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٥ - البحر الرائق

لابن نجيم ج ٦ ص ٢٤٦

(٢) انظر الالتزامات فى الشرع الاسلامى - الشيخ احمد ابراهيم -

ص ٢٢١ - فتح القدير ج ٥ ص ٤٤٥

وينصب مفهوم الحوالة عند الحنفية على الحق في المطالبة من عدمه
بينما عند غيرهم ينصب على التماثل بين الدينين^(١) .

* * *

● آثار الحوالة :

تنص المادة (٧٧٧) من مرشد الحيران على أنه^(٢) :

« اذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها برىء المحيل
وكفيله ابن كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحال حق
مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال» .
وأهم آثار الحوالة بناء على هذه النصوص ما يأتي :

١ - براءة المحيل من الدين الا أن هناك اختلاف حول طبيعة هذه
البراءة :

(أ) فيرى البعض أنها براءة مقيدة بسلامة حق المحال اذ يجوز
للدائن اذا توافرت شروط خاصة أن يرجع بحقه على المحيل لما روى
عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه قال : « لا توى على مال امرىء
مسلم » فلا يرجع المحال على المحيل الا بالتوى كان يجحد المحال عليه
الحوالة ولا بينة للمحيل عليه أو أن يموت المحال عليه مقلسا^(٣) .

(ب) ويرى البعض أنها براءة نهائية ولكنها تبطل اذا أبطلت الحوالة
بسبب تخلف أحد عناصرها الرئيسية ويجيزون رجوع الدائن على
المحيل اذا توافرت شروط خاصة كأن يشترط ذلك بشرط صريح
في العقد^(٤) .

(١) أنظر المهذب للشيرازي ج١ ص ٤٤٥ وبداية المجتهد ج٢ ص ٢٩٩

(٢) حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٣٤٧ وما بعدها .

(٣) أنظر المادة ٧٨٣ من مرشد الحيران - تبين الحقائق شرح
كنز الدقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٧٣ - طبعة رابعة - المطبعة الأميرية
سنة ١٣١٤هـ متسار اليه في حوالة الدين للدكتور عبد الودود يحيى .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٣ ص ٢٩٧ المطبعة الأزهرية
بمصر سنة ١٣٠٩هـ .

(ج) ويرى البعض أن براءة المحيل تقتصر على المطالبة دون الدين
فلا يصح الإبراء منه •

٢ - التزام المحال عليه قبل المحال (الدائن) يكون على نفس
الصفة والصورة والکیفیه التي كانت بين المحال عليه والمحيل فمناط
الحوالة هو الدين^(١) •

٣ - لا يجوز للمحال عليه القيام بأي عمل يعوق المحال عليه عن
الوفاء بالدين المحال •

ومما يجدر ذكره أن المادة (٣١٩) من القانون المدني المصري
تنص على أن :

« يضمّن المدین الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت اقرار
الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » •

وهذا النص يجعل من يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة
شرطاً وافقاً يمنع براءة المدین براءة نهائية أو أن المسار المحال
عليه اذا ثبت وقت الاقرار يكون بمثابة الشرط الفاسخ •

ونص المادة (٣١٩) مدنی مصري يتفق مع رأى الامام محمد
ابن الحنفية اذ يرى خلافاً لأبي يوسف أن الحوالة تنقل المطالبة فقط
الى المحال عليه ، أما الدين فباق في ذمة المحيل (المدین الأصلي) ومن
ثم فبراءة المدین الأصلي ليست نهائية وانما هي براءة تحت شرط فاسخ
اذا تحقق عاد الى الدائن حقه في مطالبة المدین الأصلي لقول الحنفية :
« لا يرجع المحال (الدائن) على المحيل (المدین الأصلي) الا بالتوى
والتوى يكون بأحد أمرين :

اما أن يجمد المحال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل عليه •

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٠٥ - طبعة ثالثة - المطبعة الاميرية
ببولاق سنة ١٣٢٥هـ - المادة ٧٧٩ من مرشد الحيران والمادة ٢٩٢
مجلة الاحكام العدلية •

واما أن يموت المحال عليه مفلساً^(١) .

والاختلاف بين الصاحبين يرجع الى اختلافهم فى فهم طبيعة الحوالة .
فبينما يعتبر أبو يوسف أن الحوالة تنقل الدين الى المدين الجديد
يعتبر محمد أن القصد من الحوالة هو استيفاء الدين من المحال عليه
لا ثبوته فى ذمته^(٢) .

وقد أخذ مرشد الحيران برأى محمد فى المادة (٧٧٧) وأخذت
المجلة برأى أبى يوسف فى المادة (٦٩٠) .

رابعاً : الكفالة

● الكفالة توثقة وضمن للدين :

الحوالة من التحول والنقل سواء للدين أو للمطالبة به على
ما سبق ، أما الكفالة من الكفل والضم فهى :

ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل المكفول فى المطالبة بتنفيذ التزام
بحسب نوع الكفالة فقد يكون بالنفس أو الدين أو العين أو العمل ،
أو ضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول فى الوفاء بالدين^(٣) .

وعلى ذلك كانت الكفالة لتقوية ذمة المدين وبخاصة فى الكفالة
بالمال سواء أكان ديناً أو عيناً . فالمطالبة بالضم فى الدين الثابت فى

(١) انظر تبين الحقائق للزيلعى ج٢ ص ١٧٢ - البحر الرائق شرح
كنز الدقائق - ابن نجيم ج٦ ص ٢٤٩ - ط. دار الكتب العربية الكبرى -
مشار اليه فى حوالة الدين د. عبد الودود يحيى ص ١٢٩ .
(٢) حاسية ابن عابدين ج٢ ص ٣٠٠ - فتح القدير للكمال بن الهمام
ج٥ ص ٤٤٦ - طبعة أولى - المطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٣١٦ هـ .
(٣) نصت المادة ٦٥٤ مدنى سودانى سنة ١٩٧١ على أن : « الكفالة
عقد بمقتضاه يتعهد الكفيل للدائن بالوفاء بالتزام على المدين اذا لم يف
به المدين نفسه » ومثل ذلك نص المادة ٧٧٢ مدنى مصرى - انظر المادة
٦١٢ مجلة الاحكام العدلية وم ٩٩٨ مدنى يمنى وم ١٠٠٨ مدنى عراقى
وم ٩٥٠ مدنى اردنى وم ٨٣٩ من مرشد الحيران .

الذمة أو تسليم المال أو الضم في الدين فيثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل ويكتفى باستيفاء أحدهما .

أما الحوالة فهي من وسائل تقوية الدين المحال به .

• الكفالة بالمال وخصائصها :

تعتبر الكفالة بالمال أهم أنواع الكفالة فيما نحن بصدد من الضمانات في العمل المصرفي الاسلامي فألفاظ الكفالة يعبر بها عن الضمان والتوثيق حقيقة أو عرفاً ولهذا كانت الكفالة للاستيثاق فيما كفل به الكفيل^(١) .

والكفالة بالمال تكون في المطالبة بعين مضمونة أو دين أو حق^(٢) .

ولا يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المان معلوما فلو قال : أنا كفيل بدين فلان على فلان - تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوما^(٣) . وتصح بسائر الديون الصحيحة .

وتصح الكفالة بالوعد المعلق ، مثلاً لو قال : ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه^(٤) .

وتصح مؤقتة بزمن كما لو قال : أنا كفيل من يوم كذا الى الوقت الفلاني^(٥) .

وعلى ذلك تصح الكفالة معلقة على شرط ولو بسجهول انتهاء

(١) أنظر المادة ٩٩٨ مدني يمني اذ تنص على أن : « الكفالة ضم ذمة هي ذمة الكفيل الى ذمة هي ذمة المكفول عليه للاستيثاق فيما كفل به وتتم بلفظها ونحوه ولا تتوقف على رضا المكفول عليه » .

(٢) أنظر المادة ١٠٠١ مدني يمني وم ٦١٤ مجلة الأحكام العدلية .

(٣) أنظر المادة ٦٣٠ من مجلة الأحكام العدلية وم ١٠٠٩ مدني يمني .

(٤) أنظر المادة ٦٢٣ من مجلة الأحكام العدلية .

(٥) أنظر المادة ٦٢٤ من المجلة .

وتصح مضافة الى أجل معلوم ابتداء ، فإن كان الأجل مجهولا ابتداء بطل الأجل وبطلت الكفالة وأصبحت حالة الا أن يتعلق الأجل المجهول ابتداء بغرض كمحصول الثمر ونحوها فإنه يصح مع الكفالة^(١) .

وتصح الكفالة عن المفلس اد لا يشترط يسار المكفول عنه ، كما تصح بدون أمر على ميت معسر^(٢) خلافا لما يذهب اليه الامام أبو حنيفة اذ لا تصح عنده : « كفالة من مات ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل » اذ كفل الكفيل بدين ساقط بالموت لأن الدين هو الفعل حقيقه ولهذا يوصف بالوجوب لكنه فى الحكم مال لأنه ينول اليه فى المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبه الاستيفاء فيسقط ضرورة ، وقال الصحابان : تصح ، اذ كفل بدين ثابت حيث وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط^(٣) ، ويذهب ابن عابدين مذهبا وسطا عبرت عنه المادة (٨٦٨) من مرشد الحيران بقولها :

« يسقط الدين عن الميت المفلس الا اذا كان به كفيل حال حياته أو رهن » (٤) .

(١) انظر المادة ١٠٠٨ مدنى يعنى .
(٢) انظر المادة ٦٣٣ مجلة الأحكام العدلية وم ١٠٠٦ مدنى يعنى .
(٣) انظر الهداية ج ٣ ص ٩٣ ونص المادة ٩٥٧ مدنى أردنى على أنه « لا تصح كفالة المريض مرض الموت اذا كان مدينا بدين محيط بماله » وينحاز بذلك لرأى الامام أبو حنيفة بتشدد اكثر ، والشافعية يضيّقون فى الكفالة ويقصرونها على كل دين لازم فقط كالثمن والاجرة ودين السلم ومن ثم لا تصح عندهم بالمجهول وبما لا يجب ، مثل قوله : ما تداين فلان فأنا ضامن له ، لأنه وثيقة بحق فلا تسبق الحق كالشهادة ولا يصح تعليق الكفالة على الشرط - (المهذب للشيرازى ج ١ ص ٤٨ } وما بعدها) ويذهب المالكية مذهبا وسطا فتجوز الكفالة بالمال عندهم فى كل مال ثابت فى الذمة الا الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه يلزم المكاتب أدأؤه فلا يلزم ضمانه كما أنه لا يمكن توثيقه لأنه يملك اسقاطه اذا تساء فلا معنى لضمانه ، وتجوز الكفالة عند المالكية فيما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج وما شابه ذلك (بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٩٩ وما بعدها) .

(٤) حاشية ابن عابدين أوسط الكفالة نمرة ٢٧٠ .

وتصح الكفالة بالدرك^(١) أى بأداء ثمن المبيع وتسليمه إذا استحق المبيع ولا يؤاخذ الكفيل ما لم يحكم على البائع برد الثمن وكذلك لو غر أحد آخر فى ضمان عقد المعاوضة يضمن ضرره .

وفى الكفالة بالمال الكفيل ضامن والطالب (الدائن) مخير فى المطالبة إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل أو كلاهما معا وكذلك لو تعدد الكفلاء ولو اشترط براءة الأصيل انقلبت الكفالة حوالة وكذلك ومن باب اللزوم إذا شرط فى الحوالة عدم براءة المحيل تحولت الى كفالة^(٢) .

وفى الكفالة بالمال المعلقة على شرط يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيود أيضا فالكفيل فى الكفالة المقيدة مطالب بالوصف الذى قيدت به الكفالة من التعجيل أو التأجيل .

* * *

● الرضائية فى الكفالة :

الكفالة عقد رضائى بين الكفيل والأصيل المكفول له (الدائن) ولكن لا يشترط رضا الأصيل المكفول له ومن تجوز الكفالة بغير علمه^(٣) ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد فى غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالاته هذه ويؤاخذ بها ، وعلى ذلك تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل فقط .

وتجوز الكفالة أيضا بغير علم المدين أى كفالاته بغير علمه^(٤) ومن ثم لا تتوقف على رضاه .

(١) م ٩٦٤ ، ٩٦٥ مدنى اردنى .

(٢) انظر المادة ٩٥٨ مدنى اردنى .

(٣) انظر المادة ٦٢١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) نصت على ذلك المادة ٦٥٧ مدنى سودانى .

وذهب القانون المدني المصري مذهباً توسع فيه في الكفالة
اذ نص على جواز الكفالة على الرغم من معارضة المدین^(١) ، وهذا
المسلک يتشيع لما ذهبت اليه مجلة الأحكام العدلية من أن عقد
الكفالة ينعقد وينفذ بإيجاب الكفيل فقط^(٢) .

* * *

● الكفالة الاجبارية :

على الرغم من أنه لا يشترط رضا المكفول له أو الدائن أو الأصيل
ولا رضا المدین على نحو ما تقدم الا أن هناك حالة تكون فيها الكفالة
اجبارية وهو ما نصت عليه المادة (٦٥٦) من مجلة الأحكام العدلية
والمادة (٨٦٩) من مرشد الحيران على النحو التالي :

المادة (٦٥٦) مجلة تنص على أن :

« المديون مؤجلاً^(٣) لو أراد الذهاب الى ديار أخرى قبل حلول
الأجل وراجع الدائن الحاكم (القاضي) وطلب كفيلاً يكون مجبوراً
على اعطاء الكفيل » .

المادة (٨٦٩) من مرشد الحيران تنص^(٤) :

« للكفيل بالنفس أو المال ان كانت كفالته حالة أن يمنع الأصيل
من السفر ان كانت الكفالة بأمره ولا يمكنه منه حتى يخلصه منها
بتسليم نفسه للطالب في كفالة النفس أو بدفع الدين الى الطالب ان
كانت الكفالة بالمال » .

ويتضح من النصين السابقين أنهما لتوفير الحماية والضمان فنص
المجلة يوفر الحماية للدائن اذا ظهر له أن سفر المدین الى ديار أخرى
يؤثر على دينه كان من حقه أن يلجأ الى القاضي لاجبار المدین على

(١) م ٧٧٥ مدني .
(٢) انظر المادة ٦٢١ مجلة .
(٣) التأجيل تعليق الدين وتأخيره الى وقت معين (م ١٥٦ مجلة) .
(٤) انظر أيضا المادة ٩٨٤ مدني أردني .

تقديم كفيل ، ونص مرشد الحيران المأخوذ من حاشية ابن عابدين
يقرر حماية للكفيل نفسه أيضا اذا كان الدين حالا أو حل الدين ومن
ثم الكفالة ، وكانت الكفالة بأمر المدين ومن ثم يمنع الكفيل المدين من
السفر الا اذا دفع الدين •

* * *

● الأصل أن الكفالة عمل مدني لا تجارى :

لقد اعتبر القانون المدني السوداني والمصري كفالة الدين التجارى
عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا^(١) واستثنى من ذلك الكفالة الناشئة
عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير تلك الأوراق •

* * *

● آثار الكفالة بالمال :

١ - اذا أدى الكفيل الدين برئت ذمته وذمة المدين الأصلي
بالنسبة للمكفول له •

٢ - اذا أدى الكفيل الدين فى الكفالة المأمور بها من المدين حل
محل المكفول له (الدائن) فى مظالبة المكفول عليه بالحق •

٣ - اذا أبرأ المكفول له (الدائن) المكفول عنه (المدين الأصلي)
من الحق فنبرأ ذمة الكفيل منه ويأخذ حكم الإبراء كل تمليك للحق
بأى سبب من أسباب التمليك •

٤ - اذا صالح المكفول عنه (المدين الأصلي) المكفول له
(الدائن) عن الحق بأقل منه برئت ذمة الكفيل من الباقي واذا صالح
المكفول عنه أو الكفيل المكفول له عن الكفالة ببعض الحق برئت ذمة
الكفيل من الباقي ولا تبرأ ذمة المكفول عنه منه ويكون للمكفول له
مظالبة المكفول عنه وحده بالباقي •

(١) انظر المادة ٦٦١ مدنى سودانى و م ٧٧٩ مدنى مصرى .

٥ - إذا كان للكفيل كفيل فالدائن مخير في مطالبة من شاء منهما أو كلاهما أو الباقيين إذا تعددوا إلا إذا كفلوا جميعا بعقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم إلا بقدر حصته •

٦ - يتبع التزام الكفيل التزام الأصيل في التعجيل والتأجيل •

٧ - إذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل الباقيين بحصته في الدين، وبنصيبه في حصة المعسر منهم والا فلا •

٨ - تكون الكفالة تضامنية إذا أطلقت •

٩ - على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بديه والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر بسبب اهمال الدائن •

١٠ - ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل (المدين) بما عجل أداءه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل •

١١ - للكفيل أن يرجع على المدين بما يؤديه من نفقات ومصاريف لتنفيذ مقتضى الكفالة •

١٢ - إذا أحال الكفيل أو الأصيل (المدين) الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه بزيء الأصيل (المدين) والكفيل في حدود الحوالة وإذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط برىء وحده دون الأصيل •

١٣ - لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله^(١) ويتعين تمسك الكفيل بذلك الحق كي يقضى به ، ولا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد •

(١) انظر المادة ٦٧٠ من القانون المدني السوداني سنة ١٩٧١ والمادتين ٧٨٨ و ٧٩٣ مدني مصري •

١٤ - اذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ولكن، اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع بما وناه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين وحق الرجوع للكفيل الذى وفى الدين سواء أكافى الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه (١) .

* * *

خامسا : الاثبات فى آية المداينات

● ما توفره وتدل عليه آية المداينات من ضمانات فى الاثبات :

يقول الله تعالى :

﴿ يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب وليمل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبغض منه شيئا ، فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل ، واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احدهما فتذكر احدهما الأخرى ، ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا ، ولا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله ، ذلكم أقسط عند الله واقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا ، الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فابيس عليكم جناح الا تكتبوها ، وأشهدوا اذا تبايعتم ، ولا يضار كاتب ولا شهيد ، وان تفعلوا فانه فسوق بكم ، وانقوا الله ، ويعلمكم الله ، والله بكل شيء عليم . وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة ، فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أوتمن امانته وليتق الله ربه ، ولا تكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فانه آثم قلبه ، والله بما تعملون عليم ﴾ (٢) .

(١) م ٧٩٩ ، ٨٠٠ مدنى مصرى .

(٢) البقرة : ٢٨٢ - ٢٨٣ .

وتتفهم الآية الكريمة من عدة وجوه هي :

١ - مرتبة الكتابة من طرق الاثبات في الفقه الاسلامى :

تأتى الكتابة كوسيلة اثبات ضمن طرق الاثبات المختلف فيها فى الفقه الاسلامى وبعد طرق الاثبات المتفق عليها ومنها الشهادة والاقرار ، والمجيزون للكتابة كوسيلة اثبات يقولون بشروعيتها لورود ذلك فى الكتاب والسنة والعرف وبخاصة اذا كانت صادرة من جهة حكوميه أو كانت تتضمن شهادة أو اقرارا وهى الصورة التى تنفرد بها آية المداينات ومن ثم الفقه الاسلامى *

على حين تأتى الكتابة فى صدارة طرق الاثبات فى القانون الوضعى ويلبها الشهادة ثم الاقرار ومن ثم تعتبر من طرق الاثبات الملزمة والمباشرة بل ان النظام القانونى قد يشترط وجوب الاثبات بالكتابة فى حالات معينة مثل التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على مبلغ معين أو أن يكون غير محدد القيمة^(١) * وحالة اثبات ما يخالف، أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى^(٢) فيما عدا ما استثنى من حالات تقتصر على مورد النص فيها^(٣) *

كما أن هناك تصرفات يتطلب القانون الكتابة لاثباتها دون اعتداد بقيمتها كالكفالة وعقد الصلح وعقد الشركة وعقد المقاولة وكذلك

(١) تنص المادة (٦٠) من قانون الاثبات المصرى على أنه : « فى غيب المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ... » .
(٢) تنص المادة (٦١) من قانون الاثبات المذكور على أنه : « لا يجوز الاثبات بشهادة الشهود ولو لم تزيد القيمة على عشرين جنيهاً (١) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ... » .
(٣) تنص المادتين ٦٢ ، ٦٣ مدنى مصرى على أنه : « يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة واذا وجد مانع مادي أو ادبى بحول دون الحصول على دليل كتابى واذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب اجنبى لا بد له فيه » .

التصرفات الشكلية التي اشترط القانون لانعقادها تحرير ورقة بها كالرهن الرسمى أو بيع السفينة .

ويبدو أن شرط تحديد قيمة التصرف التي اشترطها القانون لوجوب اثباته بالكتابة لا يقره النص القرآنى فى قوله تعالى :

﴿ ولا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ، ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا ﴾ .

ولا يضح فى كتابة الدين صغيرا أو كبيرا أن الأمر بالكتابة فى قوله تعالى ﴿ فاكتبوه ﴾ للندب والاستحباب والارشاد لا للوجوب اذ صرفه عن الوجوب قرينة قوله تعالى : ﴿ فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن امانته ﴾ .

وقوله تعالى : ﴿ وأدنى ألا ترتابوا ﴾ .

٢ - الكتابة الصادرة من كاتب عدل كجهة رسمية والمتضمنة اقرارا

وشهادة :

فقد تضمنت الآية الكريمة طريقة فريدة من طرق الاثبات لم تشهدها بعد قوانين الاثبات الوضعية وهى تلك التى تجتمع فيها أربع طرق أخرى للاثبات منها اثنتان متفق عليهما بين الفقهاء وذلك على النحو التالى :

لقد دلت الآية الكريمة على الكتابة ابتداءا كطريق من طرق الاثبات نم عهدت بتلك الكتابة الى كاتب عدل وهو تلك الجهة التى تقوم بذلك العمل ، وكونه جهة مأخوذ من قوله تعالى : ﴿ ولا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله ﴾ فمنعه من اباة الكتابة وأن يكتب كما علمه الله دلالة فوية على كونه جهة منوط بها هذا العمل وتوفر بذلك للكتابة صفة الرسمية وكونها صادرة من موظف عام مختص .

والكتابة الصادرة على هذا النحو توفر فيها أمران آخران هما :

- (أ) اقرار المدين أو وليه بالدين
- (ب) الشاهدان

بذلك اجتمع فى ورقة الدين ولها أربعة أمور هى :

- (أ) الكتابة
- (ب) صدورها من كاتب عدل
- (ج) الاقرار
- (د) الشهادة

إذا كانت الشهادة والاقرار من طرق الاثبات المتفق عليها فى الفقه الاسلامى فان دليل الاثبات المستمد من الآية الكريمة يكون من أقوى الأدلة فى المداينات على النحو الذى دلت عليه ومن ثم يكون هذا الدليل من أفضل الضمانات وأقواها بما لم تشهده نظم الاثبات الوضعية •

٣ - المداينات التجارية وغير التجارية أو المدنية والعادية :

لقد دلت الآية الكريمة بظاهرها ومضمونها وفحواها على نوعين من المداينات ، كما دلت على التمايز فى طريقة التوثقة والاثبات بينهما نظرا لاختلاف طبيعة كل منهما عن الأخرى (١) •

(١) ان اختلاف طبيعة العمليتين المدنية والتجارية وما يعنيه ويترتب عليه من اختلاف طبيعة واجراءات التوثقة أو الضمانات والاثبات لا يدل بالضرورة على سهولة واستثناء فى المعاملات التجارية فلا تلازم بينهما بل قد يكون على العكس بمعنى أن الطبيعة الخاصة والتميزة للمعاملات التجارية بما تضمنه من أهمية هذه المعاملات وسرعتها يفرض قوة فى الضمانات والاثبات وهذا هو ما يعنينا بالدرجة الأولى وليس ما يذهب اليه الكثيرون من أن القرآن الكريم استثنى العقود التجارية من الاثبات بالكتابة مراعاة لليسر والتساهل ومن تم حرية الاثبات - انظر محمد وهبة الزجلى - وسائل الاثبات فى المعاملات المدنية والأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، رسالة دكتوراة ص ٤٨٥ القاهرة ١٩٧١ - د. محمد حسن الجبر - القانون التجارى السعودى ص ٣ ف ٢ و ص ٤٠ ، ٤١ ف ٢٣ طبع جامعة الملك

(١) المداينات العادية والمدنية أو غير التجارية :

وهي الالتزامات التي محلها أداء مالي بدين معين المقدار مسمى الأجل أو محدد الأجل وهذا النوع من الالتزام يسمى في الفقه « الالتزام بدين » في مقابل « الالتزام بعين » ويسمى في القانون الوضعي « الحق الشخصي » في مقابل « الحق العيني » .

والالتزامات تتعلق بالذمة اذا كانت بدين أو تحولت الى دين اذا يكون محل الالتزام أداء مالي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن ، ولتعلقها بالذمة طلب الشارع الاستشهاد عليها أى طلب الشهود واستحضارهم وفقا لنصاب الشهادة الذى نصت عليه الآية وهو : رجالان أو رجل وامرأتان •

شريطة أن يكون الشهود ممن عرف عنهم عدم التقاعس عن الشهادة اذا ما دعوا اليها وهذا الشرط بدلالة قوله تعالى : « ممن ترضون » أى أن يكون الشهود محل رضا طرفي الالتزام •

سعود - الرياض سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) - احمد نشأت - رسالة الانبات ص ١٠٨ ف ٥٦ - القاهرة . محمد عبد اللطيف - قانون الاثبات ج ٢ ص ٢٦ ف ٢٦ ، القاهرة ١٩٧٢ - د . عباس حسنى - أصول القانون والقواعد الفقهية ص ٤٨ ف ٤٠ طبع جامعة الملك سعود - عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الاسلامى ج ١ ف ٣٣ ، ٣٤ - دار الكتاب العربى بيروت - د . محمود محمد بابلى - الأسس الفكرية والعملية للاقتصاد الاسلامى ص ١١٠ - دار الرفاعى للنشر بالرياض - د . محمد بن احمد صالح - الشريعة الاسلامية ودورها فى مقاومة الانحراف ومنع الجريمة ص ٢٨ طبع الفرزدق التجارية بالرياض سنة ١٤٠٢ هـ . كما أن محاولة نفي الصفة التجارية عن عملية التباع التى أساسها التجارة ، بصادم النص القرآنى المتبنت لها صراحة حيث غاير النص بين المداينات المطلقة فى صدر الآية والمداينات التجارية أو الأعمال التجارية التى تتمخض عنها هذه المداينات مما يؤكد اختلاف طبيعة كل منها وما يترتب على ذلك من ضمانات فى انبات وهو ما نوضحه ، انظر د . محمد وحيد سوار - الشكل فى الفقه الاسلامى ص ١٩٨ وما بعدها - طبع معهد الادارة بالرياض سنة ١٤٠٥ هـ (١٩٨٥ م) .

(ب) المداينات التجارية :

هى التى تنشأ بسبب ممارسة الأعمال التجارية ومباشرتها ويعتبر العمل تجاريا اذا اصطلح على اعتباره كذلك نصا أو عرفا •

وقد عبر النص القرآنى عن هذا النوع من المداينات « بالتبايع » باعتبار أن جوهر الأعمال التجارية هو البيع والشراء من ناحية ومن ناحية أخرى باعتبار أن جوهر العقود ومحلها هو العملية القانونية المقصودة من العقد وفى عقد البيع يكون محله هو عملية التبايع المقصودة من عقد البيع •

ومن هنا وجب أن نلمح الى الفارق الدقيق بين محل الالتزام وسببه ومحل العقد وسببه^(١) •

فمحل الالتزام قد يكون صحيحا فى ذاته ولكن العقد يقع باطلا كأن يحرم القانون التعامل فى الحق المتنازع عليه بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة •

وسبب الالتزام هو الغرض المباشر المحدد الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه •

أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد •

وسبب العقد هو الباعث الدافع الى التعاقد أى الباعث الرئيسى الذى جعل المتعاقد يقدم على العملية التعاقدية وعلى ابرام التصرف

وباستصحاب ما تقدم فى محل وسبب كل من الالتزام والعقد فإن الآيه الكريمة قد غايرت فى طريقة الاثبات بين المداينات غير التجارية والمداينات التجارية بدلالة قوله تعالى : ﴿ الا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ﴾ •

(١) انظر د. عبد المنعم فرج الصده - نظرية العقد ص ٢٦ ، ٢٧ - دار النهضة العربية - مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠ •

ووجه المغايرة فى طريقة الاثبات يتمثل فى :

(أ) عدم الكتابة فى المداينات التجارية وما يشترط فيها من صدورها من كاتب عدل وما تتضمنه من اقرار المدين أمام كاتب العدل وكذلك الشهادة .

(ب) الاشهاد على عملية التبايع باعتبار أن العملية القانونية للتبايع هى محل العقد ومقصوده ومن هنا حصلت عندنا المفارقة بين : الاشهاد والاستشهاد فالأخير يعنى طاب الشهادة أى الشهود على المداينات العادية أو غير التجارية وهى ما يمكن أن يعبر عنه بالالتزام بالدين فى الفقه أو الحق الشخصى فى القانون الوضعى ومن ثم فالضمان فى هذه الالتزامات يتعلق أو يتصل بالاعتبارات الشخصية فى الدائن والمدين .

أما الاشهاد على عمليات التبايع فيتصل أو يتعلق بالاعتبارات الموضوعية للعملية التعاقدية التى محلها التبايع أساس عمليات التجارة ومن ثم كإن طبيعيا أن تختلف ضمانات تلك العمليات التجارية لطبيعتها الخاصة عن السابقة وبخاصة اذ أصبحت العمليات التجارية الآن تتم عن طريق المصارف والبنوك فى الداخل والخارج ويشترك فى اتمامها أكثر من شخص طبيعى أو معنوى ، لكل ذلك نقول : ان الاشهاد على التبايع يتسع لصور من الضمان أو الضمانات لا يتسع لها الاستشهاد المنصوص عليه فى صدر الآية الكريمة والذى هو عبارة عن رجلين أو رجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء .

وعلى هذا النحو يكون الاثبات فى الحالة الثانية أى العمليات التجارية غير محصور فى الشهادة بل يشمل ما توجبه أو تفرضه طبيعة العمليات التجارية من ضمانات مصرفية مستحدثة .

الفصل الرابع

لُجَّةُ الْفُتُوى وَالنَّابِغَةُ الشَّرْعِيَّةُ

- مقدمات مهمات .
- المقصود بهيئة الفتوى والرقابة الشرعية وتشكيلها .
- هيئة الرقابة الشرعية في نماذج من قوانين البنوك الاسلامية .
- أهم النتائج والتوصيات .
- ملحق : نموذج لائحة الهيئة الشرعية .

المبحث الأول

مقدمات ممهديات

أولاً - الحق أهدي وأقوم :

الحمد لله وحده ، لا نحصى ثناء عليه ، نسبح بحمده ، ونستغفره
من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له .

والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله محمد بن عبد الله ، النور
المبين ، والرحمة المهداة ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه ،
ومن عمل بسنته ، وتأسى بهديه الى يوم الدين .

يقول الله تعالى : ﴿ تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون
علوا في الأرض ولا فسادا ، والعاقبة للمتقين ﴾ (١) .

ويقول تعالى : ﴿ وان الدار الآخرة لهي الحيوان ، لو أنونا
يعلمون ﴾ (٢) .

والأنفس البشرية لها دور أربعة ، أو تمر بأدوار أربعة ، كل دار
أعظم من التي قبلها . وهي :

١ - الانسان في بطن أمه في ظلمات ثلاث . يقول تعالى :

﴿ يخلفكم في بطون أمهاتكم خلقا من بعد خلق في ظلمات ثلاث ﴾ (٣) .

٢ - الدنيا التي يقضى فيها الانسان ما قدر الله له من عمر بعد

خروجه من بطن أمه . يقول تعالى :

﴿ والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا ﴾ (٤) .

(٢) العنكبوت : ٦٤ .

(٤) النحل : ٧٨ .

(١) القصص : ٨٣ .

(٣) الزمر : ٦ .

٣ - دار البرزخ بعد أن تفارق الألسان الروح ، يقول الله تعالى :
﴿ الله يتوفى الأنفس حين موتها ﴾ (١) •

٤ - دار القرار ، يقول الله تعالى : ﴿وان الآخرة هي دار القرار﴾ (٢) •

والأرواح بعد الموت في دار البرزخ ، متفاوتة في مراتبها ، ومختلفة في مستقرها ، يصيبها الألم واللذة والنعيم ، ومرسلة ومحبوسة •

فتبارك الله فاطر الأنفس ، ومحبيها ومميتها ، ومسعدها ومشقيها ، فاوت بينها في درجات سعادتها وشقاوتها • وفاوت بينها في مراتب علومها وأعمالها وأخلاقها • •

نشهد أن لا اله الا الله ، له الملك وحده والكمال المطلق وحده •
ونشهد أن محمدا رسول الله ، جاء بالحق • يقول تعالى :

﴿ قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين • يهدي به الله من اتبع رضوانه سبيل السلام ويخرجهم من الظلمات الى النور باذنه ويهديهم الى صراط مستقيم ﴾ (٣) •

﴿ وبالحق أنزلناه وبالحق نزل ﴾ (٤) •

﴿ وقل جاء الحق وزهق الباطل ، ان الباطل كان زهوقا ﴾ (٥) •

فالحق جوهر الشريعة ، وسنة الخلفاء الراشدين ، يقول الله تعالى : ﴿ أولئك الذين هدى الله ، فبهدهم اقتده ﴾ (٦) •

عرف الخلفاء الراشدون الحق فانصاعوا له ، وأقاموه في الناس ، بلا خوف ولا وجل ، فهذا الصديق أبو بكر يقول في خطبة الخلافة :
« أطيعوني ما أطعت الله فيكم فان عصيته فلا طاعة لي عليكم » •

(٢) غافر : ٣٩ •

(٤) الاسراء : ١٠٥ •

(٦) الانعام : ٩٠ •

(١) الزمر : ٤٢ •

(٣) المائد : ١٥ - ١٦ •

(٥) الاسراء : ٨١ •

وهذا الفاروق عمر الذى ملأ الأرض عدلاً ، يدعن للحق فى كل
أحواله ، حتى ولو كان من امرأة لها كامل حريتها لتعبر عن الحق ، ثم
يدعن له •

فتلك التى قالت : « الله بيننا وبينه عمر ••• يولى أمرنا ثم
يغفل عنا » (١) •

وذلك قوله : « بس الوالى أفا ان شبت وجاع الناس ••• ولم
اذن كنت اماما ادا لم يمسنى ما مسهم » (٢) •

لهذا وذاك وغيره كان قول الرسول صلى الله عليه وسلم :
« أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » •

والحق الذى جاءت به شريعة الاسلام كان سنة الخلفاء الراشدين ،
والوصول اليه والوقوف عليه هدف الأئمة الزهاد المتقدمين ، وهو
ما يجب ان تحرص عليه أيضا هيئات الفتوى فى البنوك والمؤسسات
المالية الاسلامية ، لهذا كانت رسالتها عظيمة ، وكان أمر الاعتناء بها
والقاء المزيد من الضوء على كل ما يتعلق بها ضروريا ، حتى يطمئن
الناس وتسكن قلوبهم للحق ، وتستمر مسيرة البنوك الاسلامية
بالحق ، وعلى طريق الحق فلا تضل ولا تزيج ، ولا تعبت بها الأهواء
ما دامت متمسكة بالحق ، تبينه لها وتعينها عليه هيئات الفتوى
والمتابعة الشرعية •

فما مدى أهمية هيئات الفتوى ، ومن أين تستمد مشروعيتها •
وما هى اختصاصاتها ، والشروط والمواصفات التى يجب توافرها فى
أعضائها ، وكيف يتم تشكيلها ، وما هى ضمانات فاعلية الهيئة ، كل
هذا وغيره سنتناوله فى هذا البحث الجديد المتواضع ، سائلين
المولى عز وجل أن يجعل فيه الخير وأن يحصل به النفع ان شاء الله
•• آمين ••

(١) انظر فى تفاصيل تلك القصة تاريخ الطبرى ، ج ٥ ، ص ٢٠ ،
وابن الجوزى ، ص ٥٩ •
(٢) الرياض النضرة ، ج ٢ ، ص ٥٥

ثانيا - الرقابة ((السينية)) مستوياتها وأنواعها :

يقول الله تعالى : ﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسِرَّيْ اللَّهِ عَمَلِكُمْ وَرَسُولِهِ

وَالْمُؤْمِنُونَ ﴿ (١) ﴾ .

فالعمل المطلوب في الآية الكريمة جوهر حياة الأمة آحادا وجماعات فهو مناط كون الانسان مستخلفا في الأرض كي يعمرها ومن ثم كان هذا العمل أساس عملية الانتاج ومدارها .

والعمل كعنصر جوهرى في العملية الانتاجية بكل ما يدل عليه من معنى دقيق وخاص أو معنى عام ، كأن يقال : ان عنصر رأس المال مردود الى عنصر العمل متراكبا ، وهكذا يحتل العمل أهمية بالغة وبارزة تجعله محلا للرقابة بصورها المختلفة في الآية القرآنية الكريمة .

والرقابة التي تحدثت عنها الآية رقابة مباشرة وفورية بدلالة « الفاء والسين » في قوله تعالى : « فسيرى » و « ما يجعلنا نطلق عليها مصطلح « الرقابة السينية » .

وهذه الرقابة « السينية » ذات مستويات ثلاثة هي على الترتيب :

١ - رقابة عليا لله سبحانه وتعالى .

٢ - رقابة رسول الله صلى الله عليه وسلم بما تعنيه من رقابة ولى الأمر .

٣ - رقابة المؤمنين بما تعنيه من نظم وقوانين وتنظيمات ادارية .

ونقصر الحديث على المستوى الثالث فقط من الرقابة لاتصاله بموضوع البحث وفي اطار هذا المستوى الثالث من الرقابة توجد في نظرنا ثلاثة أنواع من الرقابة التي تتعاون وتتضافر في رقابة العمل ومتابعته وتقييمه وهي :

(١) التوبة : ١٠٥

(أ) الرقابة الشرعية * (ب) الرقابة المالية *

(ج) الرقابة الشعبية *

ونقصد بالرقابة الشعبية ابتداء رقابة أصحاب المصلحة الحقيقية المباشرة في النشاط المالي الذي يقوم به البنك أو المؤسسة المالية أى المساهمين أو المردين بحسب الأحوال وفيما يتعلق بالبنوك أو المصارف فإن المردين يمثلون مصلحة جادة وحقيقية على جانب عظيم من الأهمية ويجب أن يحسب حسابها وأن يكون لها دور فعال في الرقابة من خلال شكل تنظيمي أو آخر يحقق المصلحة دون تأثير أو ضرر يلحق بالبنك *

ونقصر الحديث على النوع الأول فقط من الرقابة وهو الرقابة الشرعية والتي يتضح من العرض السابق أنها رقابة « متخصصة » أى على علم تام بفتايات عمل نشاط البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ومتطلباته المتنوعة والمتعددة وليست فقط ذات المام عام بالكليات أو العموميات فموقع الهيئة الشرعية يحتم عليها المعرفة « المتخصصة » فيما هي فيه بل والتميزة وغير المسبوقة بمعنى أنها تعرض لمستجدات المسائل العمالية بتداعياتها المحلية والعالمية *

ولهذا نستطيع القول بأن تخصص الهيئة الشرعية أو كونها ذات معرفة تخصصية يقوم على اعتبارات ثلاثة هي :

١ - طبيعة النشاط الذي تمارس الهيئة عملها فيه وهو ذات طبيعة مالية مصرفية استثمارية *

٢ - المناخ السائد الذي تباشر فيه المؤسسات المالية الإسلامية عملها والذي تسيطر عليه النظم والقوانين الوضعية وهذا يفرض صعوبات عديدة على تلك المؤسسات التي تعمل طبقاً للأحكام الشرعية مما يفرض على الهيئة الشرعية تخصصاً ومهارة فنية دقيقة *

٣ - البعد العالمى فى النشاط المصرفى والمالى سواء أكان ذلك بطريق مباشر من خلال العمل فى السوق العالمية أو غير مباشر من خلال التعامل مع مؤسسات عالمية وكلا الأمرين لا غنى عنهما فى النشاط الاقتصادى المعاصر .

ولا يفوتنا التذكير بقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين . فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وان تبتم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون . وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، وان تصدقوا خير لکم ، ان كنتم تعلمون » (١) .

«يا حسرة على العباد ، ما يأتيهم من رسول الا كانوا به يستهزءون» (٢) فلقد أخبر القرآن الكريم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه الحرب متيقنة (٣) معلنة على من لم يذروا ما بقى من الربا بكل أشكاله وصوره ، هذا مع ما هو معلوم من أن الفتن والمحن تعم . يقول تعالى : « واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة » (٤) فهل هم منتهون !!

وبعد الاخبار القرآنى يصبح عدم الانتهاء عن ارتكاب الحرام واقتراه افتراء على الله وعنادا له سبحانه واستمرار مخاصمته وعدم الارتداع من قارعة بعد قارعة .

يقول الله تعالى : « قل ارايتم ما انزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا قل ءالله اذن لكم ، أم على الله تفترون » (٥) .

(١) البقرة : ٢٧٨ - ٢٨٠ (٢) يس : ٣٠ (٣) انظر صفة التفسير - محمد على الصابونى - ص ١٧٥ - المجلد الأول - دار القرآن الكريم - بيروت اذ يقول : « أى ان لم تتركوا التعامل بالربا فأيقنوا بحرب من الله ورسوله لكم » قال ابن عباس : « يقال لاكل الربا يوم القيامة : خذ سلاحك للحرب » .
(٤) الأنفال : ٢٥ (٥) يونس : ٥٩

وفيما يتعلق بالحرب الالهية الدائرة بسبب الربا يتعين التفريق بين أمرين هما :

(أ) حقيقة الربا والأصل فيه أو ما يسمى بالماهية *

(ب) مبررات الربا أو ما يسمى بالوصف *

ولا شك أن هذه غير تلك فحقيقة الربا الزيادة المحددة والمشروطة ابتداءً منسوبة الى رأس المال وهذا هو جوهر الخلل في العلاقة المالية بين الآخذ والمعطى في تلك المعاملة ومن ثم فهما سواء في الاثم ، كما أن قليل الربا وكثيره سواء في ادخال الفساد على المعاملات ، أما مبررات الربا أو أوصافه فغير حقيقته ، فالمبررات أمور يحكمها التصور والافتراض ولو ساندته الحساب فمثلاً :

١ - الغالب على الظن حصول موكل الربا على ربح قد يكون وفيراً ، وأن الفائدة اذ تعتبر جزءاً من هذا العائد فلا يضر ، والحقيقة غير ذلك فحصول الربح أمر مظنون وان كان راجحاً ولو حصل ربح فعلى أى أساس تحددت نسبة الفائدة بالنسبة لهذا الربح ؟

٢ - ان سعر الفائدة تعويض عن الفرصة البديلة التي ضاعت على المفترض وهذا الأمر افتراضى أيضاً في جميع صورته لو تعقبناها *

ثالثاً - أهمية الدور الذي تؤديه هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية :

لا شك أن استحداث وسائل جديدة وملائمة للرقابة على عمل ونشاطات البنوك الإسلامية من أهم ما يجب أن تتجه اليه البحوث وتنتفق عنه العقول والأفهام بعد أن نبذت تلك البنوك أسلوب التعامل بالربا أخذاً أو عطاءً فمن القواعد الشرعية المقررة أن « ما حرم أخذه حرم إعطاؤه » و « ما حرم فعله حرم طلبه »^(١) *

هذا مع ملاحظة ما يؤديه نظام التعامل بالربا في البنوك الربوية

(١) انظر المادتين ٣٤ ، ٣٥ من مجلة الأحكام العدلية .

من رقابة فعالة ومواكبة لحركة الأموال فيها ، ومن ثم سرعة وحسن استخدام هذه الأموال طبقا لقواعد وأصول النظريات الاقتصادية التي تعمل في ظلها تلك البنوك الربوية •

اذ من المقرر أن قواعد الرقابة على اختلاف أنواعها تحقق في النهاية هدفا جوهريا هو حماية الأموال والحرص على الادخار العام وهذه الحماية تمثل عاملا من عوامل استمرار حياة المؤسسات المالية على الاطلاق •

ولا أدل على ذلك مما حدث خلال الأزمة المالية العالمية التي بدأت في عام ١٩٢٩ فقد أدى عبث مديري شركات الاستثمار وانحرافهم عن الغرض المحدد لها في ذلك الوقت الى نفور المدخرين من المساهمة فيها مما استلزم التدخل لاعادة الثقة في هذه الشركات باحكام الرقابة عليها واتخاذها وسيلة من الوسائل الكفيلة بتحقيق الهدف •

وللدلالة على ذلك نورد ما جاء في تقرير احدى لجان مجلس الشيوخ الأمريكي عام ١٩٣٤ من أن :

« شركات الاستثمار ولئن كانت، تتميز بما لها من أهمية حيوية في القطاع المالي للأمة • فإن تنظيمها ونشاطها وادارتها لهم تخضع في السنوات الماضية الأية رقابة ، ولم توفر أية حماية قانونية لجمهور المدخرين ، وقد سمحت هذه السياسة المتمثلة في « دعه يعمل » بانحراف هذه الشركات ••• اذ استخدمت وسيلة في أيدي المديرين لزيادة ثرواتهم الشخصية مما جعلهم يتكبرون لواجباتهم ويضرون بجمهور المدخرين ••• ولقد انتهى الصراع بين مصالح المديرين على حساب المدخرين لذا أتت شركات الاستثمار بنتائج مفرجة للأمة » (١) •

(١) U.S SE. NIE. Report of the Senate Committee on Banking and Currency on Stock Exchange Practice, 73 RD. Congress, Senate Report, No. 1455, 1934. p. 333. CiteFaffa, op. cit. p. 86.

مشار اليه في شركات الاستثمار للدكتور حسنى المصرى ، ص ٢٤٧

وازاء ذلك تدخل المشرع الأمريكى وتبعه مشرعو الدول الأخرى
فى اخضاع شركات الاستثمار لرقابة محكمة •

ومن الأساليب القائمة فعلا للرقابة فى البنوك الاسلامية ما يتضمنه
نظامها الأساسى من وجود مراقبى الحسابات للاطلاع فى أى وقت على
جميع دفاتر البنك وسجلاته ومستنداته وطلب البيانات والايضاحات
الضرورية لأداء عملهم •

وكما يقول الفقهاء ان المحاسبة من حسن ادارة المال والا أصبح
نظام المعاملات محلولا •

وان كان هذا النوع من الرقابة فى البنوك الاسلامية فى حد ذاته
لا يكفى لاحداث الرقابة الكافية ، ومن ثم يلزم وجود وسائل أخرى
للرقابة كالنشر والاعلام عن نشاطات البنك ومشروعاته بحيدة
وموضوعية لا بطريقة الدعاية مما يؤدي الى جذب المزيد من المدخرات
وازدىاد ثقة الناس بنوكهم الاسلامية واستمرار حياة تلك البنوك
لحل مشاكل المجتمعات بل وتنمية تلك المجتمعات •

* * *

رابعا - امتثال الأحكام الشرعية لتحقيق مصالح الخلق القائمة
على الموضوعية لا الدعائية :

بالأحكام الشرعية يتم قصد الشارع من وضع الشريعة ، وبامتثال
الأحكام تتحقق مصالح الخلق •

من ذلك يتضح أن المصالح المرادة هى التى شرعت من أجل
تحقيقها الأحكام الشرعية وتعلقت بها علل الأحكام والتكاليف الشرعية،
ومن ثم تلك المصالح الحقيقية القائمة على الموضوعية لا الهوى أو الوهم
والظن •

والأمر والنهى من أهم مباحث الحكم الشرعى وكلاهما حق الله
تعالى على جميع المكلفين ، وحق الله تعالى لا خيرة فيه للمكلف ، واذا

وقع الأمر والنهي شرعا لهم يصح تخلفهما عقلا ، والا كان افتياتا على الشرع وعلى الله صاحب الشرع واهدار للشرعية بالكلية •
وبمعرفة الأمر والنهي تتم معرفة الأحكام ويتميز الحلال والحرام •
فالأوامر والنواهي مخرجة للمكلف عن داعيه هواه حتى يكون عبدا لله اختيارا كما هو عبد الله اضطرارا (١) •

والإحاطة بأسرار الشريعة ومقاصدها من أهم ما يستعان به على فهم النصوص الشرعية وتطبيقها على الواقع واستنباط الحكم فيما لا نص فيه •

خامسا - البنك الاسلامى يعمل طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية :

والبنك الاسلامى كأحد أهم الحلول العملية المتاحة لمشاكل البلاد الاسلامية وغيرها من البلدان يدخل فى تكوينه وتنظيمه الأساسى جهاز يسمى « هيئة الرقابة الشرعية » وذلك بحكم طبيعة هذا البنك وطبيعة نشاطاته التى يمارسها •

فممارسات البنك الاسلامى لها ضوابط ومميزات تجعلها مختلفة عن نشاطات غيره من البنوك ، وعلى رأس هذه الضوابط والمميزات أنه لا يتعامل بالربا أو الفائدة أخذا أو عطاء وما يترتب على هذه الميزة من مزايا أخرى كثيرة منها تصحيح وظيفة النقود لى تصبح مقياسا منضبطا ودقيقا للمقيم ، ومن ثم أساسا صحيحا للتبادل بدلا من أن تكون سلعة أو من عروض التجارة بكل ما يترتب على ذلك من آثار سيئة قد تؤدى الى التفكير بشكل جاد فى تغيير النظام النقدى المعمول به حاليا •

١ - مفهوم البنك الاسلامى عندى :

إذا كانت « هيئة الرقابة الشرعية » أحد مكونات البنك الاسلامى

(١) انظر الموافقات - للشاطبى ، ج ٢ ص ١٦٨ - ١٧٢

الأساسية فمن البديهي أن نستهل الحديث عنه بتقديم مفهومنا للبنك
الاسلامى بأنه :

« مؤسسة مالية مصرفية - شعبية أو حكومية - تعمل على تجميع
فوائض التوازن لدى الأشخاص - سواء طبيعيين أو اعتباريين -
وتوجيهها فى أوجه استثمار انمائية - لصالح الفرد والجماعة - وذلك
طبقاً للأحكام الشرعية الاسلامية - ومقاصدها الأساسية (الضروريات
- الحاجيات - التحسينيات) » *

ولا ندعى بحال أن هذا المعنى الجامع المانع للبنك الاسلامى
ولا نكون مغالين اذا قلنا إن كلمة (Bank) فى نفسنا شئء منها فلا يلزم
اتحاد الأسماء أو توحيدها للتعبير عن « المفهوم » ولا مانع عندنا من
اختلاف وتعدد الأسماء للتعبير عن ذلك المفهوم فهناك « دار المال »
و « بيت التمويل » و « المصرف الاسلامى » و « شركة الاستثمار »
... الخ ، مما تكشف عنه الممارسات الفعلية للحلول الاسلامية
لمشاكل الناس العلية فى حياتهم اليومية *

أتناول كل كلمة من كلمات هذا التعريف وأبين محترزاته ، وبعبارة
أخرى أوضح ما يدخل فى هذا التعريف وما يخرج عنه :

(١) مؤسسة مالية :

من المسلم به فى الأنظمة الادارية وجود تقسيمات ادارية كثيرة
من أهمها المؤسسة والهيئة ، والهيئة تقوم على أداء خدمات دون مقابل
بحسب أصل تسميتها ومن هنا تكون فى أغلب الأحوال - بل الغالب
الأعم - تابعة للحكومات * أما المؤسسة فتقوم بأداء نشاطات مقابل عوض
أو عائد أو ربح ، فالمؤسسة تعمل بقصد الربح أما الهيئة فلا *

ومن هنا كانت البنوك مؤسسات وليست هيئات اذ اختارت لهما
شكل المؤسسة كتنظيم ادارى *

(ب) ماليسة :

البنوك الاسلامية كمؤسسات مالية تعمل في كل ما يصدق عليه معنى المال في الفقه الاسلامي ، ومن هنا يتحدد نشاطها ويتسع في نفس الوقت .

يتحدد بالحلال والحرام فكل ما لا يعتبر مالا في الاسلام لا يجوز التعامل فيه. وكل ما يعتبر حراما أو فيه شبهة الحرام لا يجوز التعامل فيه خاصة بعد أن وجد البديل الاسلامي في المعاملات المصرفية وهو البنوك الاسلامية ، ومن ثم لا يجوز التذرع بالضرورة ، فالضرورة كما يقول السيوطي صاحب «الأشباه والنظائر» يشترط ألا يكون المحظور أكثر من الضرورة ولا حتى مساويا لها^(١) ، والا فلا يجوز العمل بها أي بالجواز الذي ترتبه بالمخالفة للأصل .

(ج) شعبية :

مؤسسات مالية شعبية وهذا هو أهم ما يميز البنك الاسلامي .
انها مسئولية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

يقول الله تعالى : ﴿ كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ﴾ (٢) .

ويقول سبحانه : ﴿ وانه لذكر لك ولقومك ، وسوف تستلون ﴾ (٣)

مسئولية بكل أبعادها وحلقاتها ومجالاتها :

- | | |
|----------------|-------------|
| — الشخصية * | — الدينية * |
| — الاجتماعية * | — الأسرية * |
| — الأمة * | — الدولة * |

(١) انظر بحثنا في الحلال والحرام في المعاملات - مسألة الفرق بين الحرام لذاته والحرام لغيره ص ١٤ وما بعدها .
(٢) آل عمران : ١١٠ (٣) الزخرف : ٤٤

ولا نقول هكذا المسلمون اذا تحمسوا لشيء حملوه كل شيء
فلا مانع لدينا أن يؤدي كل واحد كل جوانب الواجبات اذا استطاع
الى ذلك سبيلا فإن الله يزعم بالسلطان ما لا يدع بالقرآن كما قال
عثمان رضى الله عنه •

والواجب الكفائي ليس هناك ما يمنع أن يقوم به الجميع ، بل اذا
قام به كل واحد منهم أثيب واذا تقاعس عنه الجميع أثموا •
والبنك الاسلامى يسعى الى الناس ولا ينتظر الناس حتى يأتون
اليه لأن البنك صاحب رسالة ودعوة تتلخص فى :

١ - كيفية تعويد الناس على سلوك اقتصادى اسلامى محدد : منه
كيف ينفقون أموالهم ، كيف يستثمرون أى فائض من المال لديهم
وهو بذلك يعودهم كيف يدخرون على وجه الحقيقة لا على وجه
الاكتناز •

فاستثمار المال ادخار له •

اذ ليس الادخار الا المحافظة على المال لوقت الحاجة ، والاستثمار
ليس الا كذلك محافظة على المال بانمائه وازدياده فيبقى الأصل
ويتكاثر ومن ثم يبقى المحافظة على الأصل على الأقل ان لم يزد
هذا الأصل بعد استيفاء كافة الاحتياجات الأساسية للفرد ، بعيدا
عن الترف والتبذير والاسراف •

ولذلك كان التوجيه النبوى الشريف باستثمار المال حتى لا تأكله
الصدقة والزكاة •

ويكون هذا هو معنى الادخار الحقيقى للمال بعيدا عن الاكتناز
وتعطيل منفعة المال ، وفى هذا المعنى يقول الرسول الكريم :

« مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له عزيمة حتى يسلم له رأس
ماله ، كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه » (١) •

(١) بدائع الصنائع ج ٦ طبعة ١٩١٠

فانربح وفاية لرأس المال وجابر له من الخسران^(١) .

٢ - توفير وسائل الانتاج للقادر عليه حتى لا يكون هناك عاطل ، بل أكثر من ذلك حتى لا تكون هناك طاقة بشرية لا تعمل على الوجه الأكمل من افراغ الوسع والجهد فلا تكون هناك بطالة حقيقية أو بطالة مقنعة .

وكل ذلك فعله الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم حين جاءه من يطلب الصدقة فسأله : « ماذا عندك » ؟ فقال له : ليس عندنا الا قدح وحلس نجلس عليه ، فطلب منه أن يأتيه بهما ثم باعهما بدرهمين . جعل درهما منهما لنفقته وثفقة أهله ، وطلب منه أن يشتري بالباقي قدوما وقال له : « اذهب واحتطب وبيع ولا تأتني الا بعد خمسة عشر يوما » ، ففعل الرجل وعاد بعد خمسة عشر يوما ومعه خمسة عشر درهما^(٢) .

وهكذا هيأ الرسول العمل للرجل ووفر له وسيلة الانتاج ووفر له المال وحافظ على أصل ماله .

وهذا هو منهج البنك الاسلامي : توفير العمل أفضل من الصدقة اذا كان المتصدق عليه قادرا على الكسب .

(د) يعمل على تجميع فوائض التوازن لدى الأشخاص :

الأصل فى الاتفاق التوازن اعمالا للهدى القرآنى فى قوله تعالى :
﴿ والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ﴾ (٣) .

(١) المفنى لابن قدامة ، ج ٥ ص ٦٣ ، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ، وانظر تفسير الفخر الرازى ، مفاتيح الغيب ، ج ١ ، سورة البقرة - الزمخشري - الكشاف ، ج ١ سورة البقرة .

(٢) الحديث رواه البخارى فيرجع اليه .

(٣) الفرقان : ٦٧

والتوازن في الاتفاق يترتب عليه حتما في الغالب الأعم فائض من المال وهو ما يصح أن نطلق عليه فائض التوازن .

هذا الفائض بعد اشباع الحاجيات الأساسية للانسان بغير اسراف ولا سرفه ولا تبذير تعمل البنوك الاسلامية على تجميعه ولا يتسنى لها ذلك الا اذا كانت على علاقات وطيدة بالأفراد في البيئة التي توجد فيها وفي محلتها التي تعمل في نطاقها سواء على النطاق الإقليمي أو التوعى كمجتمع الطلاب أو العمال أو الزراع أو التجار وهذا هو الأصل في رسالة البنك الاسلامى حتى يتمكن من تبليغ دعوته القائمة على ضرورة تطبيق شرع الله في المعاملات ، فالبنك الاسلامى لا ينطلق في الناس لكي يجمع أموالهم فقد يأتون اليه مودعين بدافع الغيرة والعاطفة الدينية الجياشة في صدورهم ويبقى بعد ذلك الناس هم الناس في أخلاقياتهم وسلوكياتهم ومن هنا قلنا : إن البنك الاسلامى لا ينتظر الناس حتى يأتون اليه بل يذهب هو الى الناس من خلال ممارسته لنشاطاته في أهم مورد من موارد المعاملات وهو المال .

وهذا يفرض بالضرورة على البنك الاسلامى أن يكون أهلا لذلك بكل ما يقتضيه توافر تلك الأهلية من شرائط ومواصفات .

ومن ناحية أخرى فانه ولا شك أن فوائض التوازن تكون رأس مال لا بأس به يمكنه الاندفاع والانطلاق في العمل في المجتمع طبقا الأحكام الشريعة ومقاصدها الأساسية وبخاصة في البيئات أو المجتمعات التي لا تنهمر فيها على البنك الاسلامى أموال المودعين لضعف الوازع الدينى مثلا أو لقلّة عدد المسلمين فيها أو لعدم الايمان برسالة البنك الاسلامى أو لجهل الناس بتلك الرسالة لسبب أو لآخر ، ومثل هذه البيئات والمجتمعات موجودة ولا يمكن تجاهلها أو اسقاطها من الحساب بل لعلها تحتاج الى المزيد من الرعاية والاهتمام لشدة حاجتها أكثر من غيرها .

(هـ) توظيفها في اوجه استثمار انمائية على مستوى الفرد والدولة :

صدق عمر حين قال : « ان السماء لا تمطر ذهباً ولا فضة » *

وهنا يجب تحديد معنى الاستثمار والتنمية^(١) *

فكلا الأمرين متلازمين فلا تنمية بغير استثمار ولا قيمة للاستثمار

بغير تنمية *

وهذه هي مشكلة ما يسمى بالعالم الثالث كله ، مشكلة الفقر

والفاقة والعجز بل والكسل *

وينظر متأناً - بل بانعام النظر - نستبين أن المشكلة الحقيقية ليست

هي الفقر بل هي العجز والكسل ، وكلاهما لا بد له من مفجر للطاقة

ومحرك للجهد الكامن ، انها العقيدة التي توضح للناس الطريق ولكن

أكثر الناس لا يعلمون !

لقد جاء محمد صلى الله عليه وسلم وقلب القواعد الاقتصادية

رأساً على عقب :

- فلا ربا ، وأول ربا بدأ به ربا عمه العباس *

- ولا نجش *

- ولا تلقى للركبان *

- ولا يبيع الحاضر للبادي *

- ولا خلافة *

- ولا عينة... الخ *

وما زالت هذه البيوع كلها تمارس في الأسواق ، فبيع العينة

موجود وتلقى الركبان موجود وبيع النجش موجود والخلافة كذلك

وبيع الحاضر للبادي ، ولكن اتخذت هذه البيوع أشكالاً آخر فقط

(١) انظر موسوعة الاستثمار في البنوك الاسلامية - من مطبوعات

الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية .

فمثلا : تلقى الركبان يحدث ولكن بصورة أوسع وعلى نطاق واسع •
ويبع الحاضر للبادى بالنظر الى الدول المتقدمة والدول المتخلفة فهو
نوع من بيع الحاضر للبادى ... وهكذا •

المهم فى كل ذلك أن تطبيق أحكام التشريع الاسلامى ككل
غير منجمة ولا مجزأة ولا أن يؤخذ بعضها ويترك البعض لأنها نظام
متكامل تترتب عليه نتائج متكاملة ولأنها نظام تتم أجزاءه بعضها
بعضا • وهنا تتجلى عظمة هذا التشريع وتسيده وتفوقه فسا زال
البعض يزعم أن بعض الأحكام مأخوذ من الأنظمة والشرائع البشرية
الأخرى ولكن بافتراض صحة ذلك - فرضا جدليا -

تساءل : هل تحدث تلك القواعد الجزئية الفرعية النتائج الكليه
الهائلة لنظام بأكمله تتكامل أجزاءه وتترابط على نحو يبرز لنا التشريع
الاسلامى كحضارة ونظام عالمى اسلامى •

لا شك أن ذلك أكبر دليل عملى للرد على كل من يزعم أن هناك
بعض القواعد أو الجزئيات المأخوذة من الأنظمة والشرائع الأخرى •
ولا يحتاج محتج بأن شرع من قبلنا مصدر من مصادر التشريع لأن
الرد سهل ميسور هو أن شرع من قبلنا لا يصير شرعا لنا الا اذا أقرته
الشريعة الغراء ومن ثم يصبح بمقتضى قواعد وأصول التشريع الاسلامى
شرعا لنا أى أنه لا يبقى على أصله بل تجيزه لنا شريعة الاسلام ، ومن
ثم يصبح ذو صبغة اسلامية محضة •

والمقصود بالاستثمار والتنمية على المستويين الفردى والجساعى
أن هناك أوجه استثمار تتصل اتصالا مباشرا بمصلحة الفرد وتتعلق
بتأمين الحاجات الأساسية له من مأكل ومسكن وملبس •• وهناك
أوجه استثمار تتصل اتصالا مباشرا بالجماعة كالتعليم العام والصحة
العامه والأمن العام وغيرها من المرافق العامة كالمواصلات بأنواعها
المختلفة بريدية وسلكية ولاسلكية ووسائل الانتقال بأنواعها المتعددة
برية وجوية وبحرية وفضائية •

(و) طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية - وهنا تكمن المشكلة الحقيقية
لنظام المصرفي الإسلامي :

فالمسألة لا يكتفى ولا يجب أن نكتفى فيها بالقول طبقاً لأحكام
الشريعة الإسلامية ، وفي تقديري أن هذه المسألة تركز على الأمور
التالية :

١ - في أي ناحية تطبق الشريعة في المصارف الإسلامية :

- من حيث التكوين والتأسيس والتنظيم (١)
- من حيث الطاقة البشرية العاملة (٢)
- من حيث الممارسة الفعلية لنشاطات البنك ويجب أن تتسم
بسمتين هما :

(أ) السلوك الشخصي في التعامل وفي المظهر •

(ب) الأداء للعمل المنوط بالفرد (٣) •

٢ - المتابعة والرقابة :

استناداً الى قوله تعالى : ﴿ وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله

والؤمنسون ﴾ (٤) •

وقوله تعالى : ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره • ومن يعمل مثقال

ذرة شراً يره ﴾ (٥) •

(١) انظر موسوعة التنظيم - من مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك
الإسلامية .

(٢) انظر موسوعة الموارد البشرية - من مطبوعات الاتحاد الدولي
للبنوك الإسلامية .

(٣) انظر العمل والعمال في الفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه
للدكتور عدنان التركمانى من كلية الشريعة - جامعة الأزهر .

(٤) التوبة : ١٠٥ (٥) الزلزلة : ٧ ، ٨

وقوله تعالى : ﴿ عن اليمين وعن الشمال قعيد . ما يلفظ من قول
الا لديه رقيب عتيد ﴾ (١) .

ولكن كيف نكفلها وما هي الضمانات الكفيلة باستمرارها وفعاليتها،
وفى تقديري يلزم اشتراك كل من :

(أ) هيئات الرقابة الشرعية الداخلية فى البنوك الاسلامية .

(ب) هيئات الرقابة الشرعية الخارجية ممثلة فى الهيئة العليا
للفتوى والرقابة الشرعية للبنوك الاسلامية .

(ج) هيئات الرقابة الشرعية العامة ممثلة فى جهات الاقتاء الرسمية
والمؤتمرات الاسلامية .

وأفضل استعمال اصطلاح « هيئات الفتوى والمتابعة الشرعية » اذ
أن كلمة « رقابة » قد تشعر أن البنك محل شك أو أنه متهم بالمخالفة
ابتداء .

٣ - كيفية الهيمنة أو الرقابة على البنوك الاسلامية التى توجد
فى دولة ما :

الخطير فى الأمر أنه قد تتعدد البنوك الاسلامية فى البلد الواحد
وتتعدد بالتالى مسارستها ، وليس هذا هو مكسن الخطر ، بل ان الخطر
يكمن فى تضارب تطبيقاتها للحلول الشرعية ويصير كل حزب بما
لديهم فرحون ؛ وهذا أمر يجب التنبيه اليه من الآن والعمل الدؤوب
على أن توجد له الحلول العملية ، ومن أوجه الحلول التى تقترحها :

(أ) العمل على بعث الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية ليقوم بدور
المنسق والمؤلف بين البنوك الاسلامية اذا خلصت النية وصدق
العمل نحو منهج اقتصادى اسلامى متميز .

(١) سورة ق : ١٧ ، ١٨

(ب) أن يلجأ المودعون في البنوك الإسلامية الى تكوين لجنة متابعة دائمة ورقابة ممن يجدون في أنفسهم الكفاءة لذلك وتتوافر فيهم مواصفات متابعة اداريات وفتيات العمل ، ويكون من حق لجنة المتابعة والرقابة طلب دعوة الجمعية العمومية للانعقاد في دورة غير عادية اذا رأت ما يستوجب ذلك ويستلزمه •

وهذه اللجنة التي يختارها المودعون تكون بمثابة ممثلين دائمين لهم تتابع ما يجرى في البنك أولاً بأول باعتبار أنهم أصحاب مصلحة حقيقية في استمرار وفاعلية نشاطات البنك ، كما أنهم أصحاب مصلحة حقيقية في أن تكون أموالهم وما تدره من عائد في دائرة الحلال اذ غالباً ما يفرون حجم ودائعهم أضعاف حجم أموال المساهمين - أى أصحاب رأس المال •

(ج) ونقترح أن يكون من بين أعضاء مجلس الادارة ممثل للحكومة وليكن من وزارة المالية والبنك المركزي ليراعى مراعاة البنك للأنظمة المطبقة فيما لا يتعارض مع قواعد البنك وأهدافه ، ولا يتعارض ذلك مع ما سبق أن قلناه من أن تلك البنوك الإسلامية من الممكن أن تنشأ بعيداً عن الاجراءات الحكومية ، فالبنوك التي تقصدها في الحالة الأولى هي البنوك الأهلية الخاصة على مستوى محدود بين جماعة أو فئة تجمعهم روابط واحدة كاهل صناعة أو مهنة أو حرفة أو تجمعهم مصلحة واحدة أو أهل بلد واحد •

أما البنوك الأخرى - التي يكون للحكومة ممثل فيها - فهي تلك التي تكون على نطاق الاكتتاب العام برأسال ضخم ونشاطات متنوعة ومتعددة تصل الى مستوى الجماعة ككل أو الدولة •

المبحث الثاني

المقصود بهيئة الفتوى والمتابعة الشرعية وتشكيلها

أولاً - المقصود بهيئة الرقابة الشرعية وهدف البنك الاسلامى :

أتناول الحديث عن « هيئة الرقابة الشرعية » من خمس نواح هى :

- ١ - معنى « هيئة الرقابة الشرعية » وماهيتها •
- ٢ - مشروعاتها •
- ٣ - اختصاصاتها •
- ٤ - تكوينها أو تشكيلها •
- ٥ - ضمانات فعاليتها •

● معنى « هيئة الرقابة الشرعية » أو ماهيتها :

هذه الهيئة - كما سبق القول - جهاز مستحدث فى كيان البنك الاسلامى وتنظيماته الأساسية ومن ثم فهى :

« أحد أجهزة البنك الاسلامى المستحدثة لمعاوته فى تحقيق أهدافه » وكى نلقى مزيداً من الضوء على أهمية هذه الهيئة ، نحاول توضيح هدف البنك الاسلامى بشئ من الايجاز الشديد فنقول :

● هدف البنك الاسلامى :

ان هدف البنك الاسلامى يتمثل فى « تحريك الطاقات الكامنة فى المجتمع والوصول بها الى أقصى إنتاجية ممكنة » بما يكفل التغيير المنشود فى الشرع •

ولا شك أن تحريك الطاقات الكامنة في المجتمع أيا كان نوع هذه الطاقات أى سواء أكانت بشرية أو مادية أو غيرها فإنه - أى تحريك للطاقات - نوع من التغيير في المجتمع والذي تشهده البنوك الإسلامية كهدف كبير من أهداف الشرع الإسلامي^(١) .

وإذا كانت هذه الهيئة تواكب البنك في مهامه وتعاونه في تحقيق أهدافه فإن دورها وبلا أدنى شك لا يقتصر على المراقبة أو الرقابة وإنما يكون دورها أهم من ذلك وأعم ، ومن هنا أيضا نفضل تسميتها هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية^(٢) . فإذا اقتضت الهيئة على دور الرقيب أو الرقابة في أدائها لدورها المنشود فإنها تكون قد تخلت عن وظيفتها الأساسية في الفتوى ابتداء ، ثم متابعة التنفيذ وما قد يصاحبه من مشاكل عملية فقهية ، ثم الهيئة والرقابة . فالرقابة أو المراقبة من الرؤية اللاحقة للعمل ثانيا ، والتنطبيق أولا ، والتنفيذ ثالثا أخذنا من قوله تعالى: ﴿ وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون ﴾ (٢) .

ولهذا أيضا نقول : انه لا بد من تواجد الهيئة في مجلس الادارة و ليس هائئ مبرر واحد لاستبعادها من المجلس اذ لا تضارب في المسؤولية من المشاركة في اصدار القرار ثم ابداء الرأي الشرعى فيه وانزال الحكم الشرعى عليه حين عرضه على الهيئة مكتملة ومجتمعة اذ ليس هناك ما يمنع من وجود ضمانه شرعية على درجتين فضلا عن اكمال المشاركة الشرعية السابقة لصدور القرار .

انطلاقا من مفهومنا للبنك الاسلامى على النحو الفات فان الهيئة المستحدثة فى تكوينه تقدم له الحلول الشرعية فى ممارساته ونشاطاته العملية بما يضمن عليها صفة الشرعية ويؤمنها من الوقوع فى الحرام أو الاقتراب منه وهى دائرة المكروه أو شبه الحرام .

(١) انظر ما سبق ، ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، فيما يتعلق برسالة البنك الاسلامى فى مجال عمله .

(٢) انظر ما تقدم ص ١٣٦ (٣) التوبة : ١٠٥

وتأسيسا على ذلك تكون هذه الهيئة هي هيئة « للفتوى » •

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان الهيئة لا يقتصر دورها على اصدار الفتاوى للبنك وانما معاوته في تحقيق هدفه الذى ألمعنا اليه ومن ثم فان تحقيق هذا الهدف يستوجب متابعة الهيئة لفتاواها لتتري دقة تنفيذها وتطبيقها على الوجه السليم وبخاصة أن هناك العديد من المشاكل التى تشور عند التنفيذ ، وهنا ننبه الى قول ابن قيم الجوزية^(١) : « انه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له » •

فكما يقول ابن القيم : « المفتى محتاج الى قوة فى العلم وقوة فى التنفيذ »^(٢) •

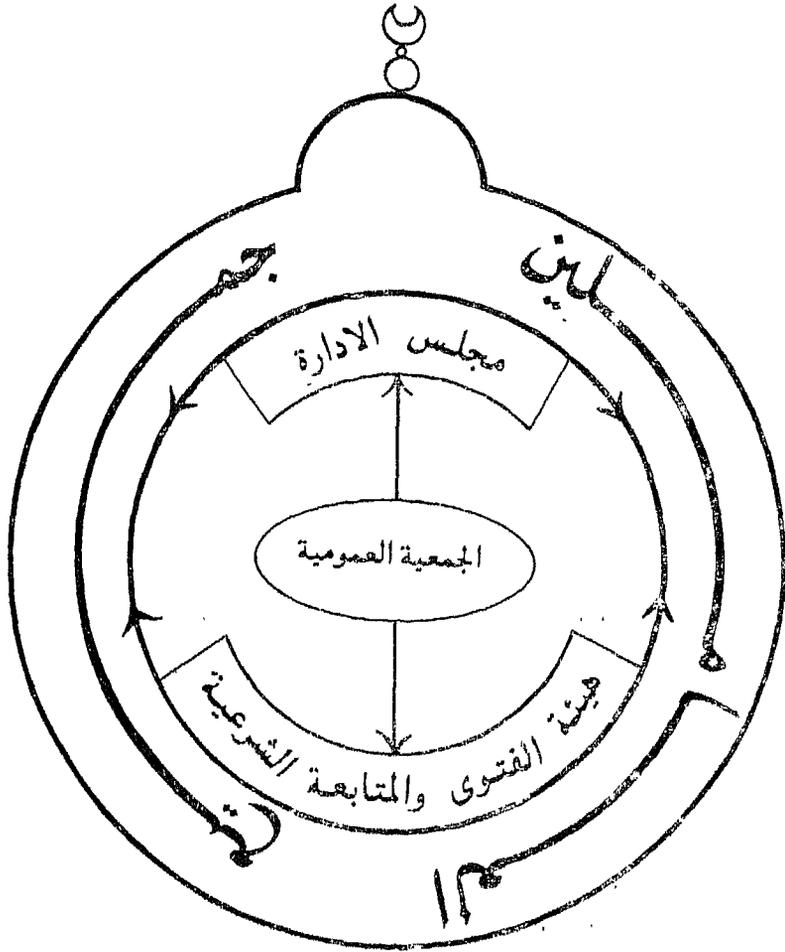
وكما يقول الامام أحمد بن حنبل : « أن تتحقق له الكفايه والا مضغه الناس » •

كما لا يقتصر دور الهيئة فى المتابعة على هذا الشق الخاص بفتاواها وانما يمتد ليشمل أدائها لدورها فى عملية تحريك الطاقات الكامنة فى المجتمع والتى هي نوع من « التغيير » الحاصل فى المجتمع بكل ما يعنيه هذا التغيير ، ابتداء من تطهير عقلية الفرد مما علق بها أو داخلها من أفكار غير صحيحة ، وانتهاء بطبع الأفراد على تصرفات وساو كيات وأخلاقيات فاضلة ، ولا شك أن هذا يساعد البنك الاسلامى كثيرا - وكما يجب أن يكون - فى أدائه لرسالته وتحقيق هدفه المنشود •

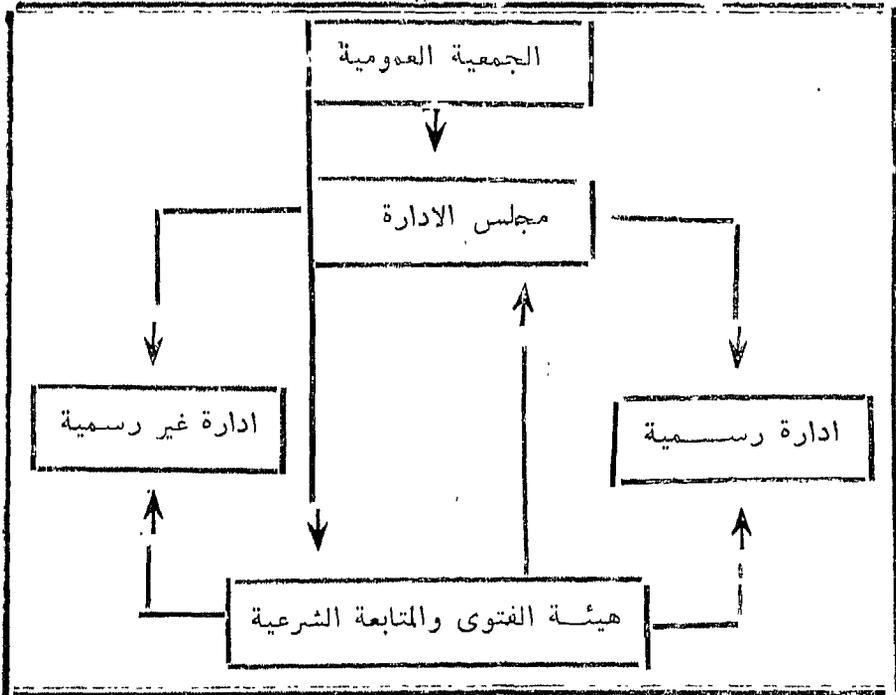
وسأوضح موقع هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية ضمن تنظيمات البنك الاسلامى كما أتصورها فى الرسم المرفق •

(١) اعلام الموقعين ، ج ٤ ، ص ٢٠٤

(٢) المراجع السابق ، ج ٤ ، ص ١١٩



شكل رقم (١)



شكل رقم (٢)

ثانياً - مشروعية هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية (أساس وجودها) :
تستمد هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية مشروعيتها وسبب وجودها
فى نظرنا من ثلاثة أوجه هى :

(أ) النظام الأساسى للبنك الإسلامى :

فالنظام الأساسى الصادر بإنشاء البنك يتضمن نصا خاصا بالهيئة
الشرعية ينظم - عادة - طريقة عملها وكيفية تشكيلها +
ويأتى ذلك النص فى الغالب استنادا الى النص الخاص بتحريم
التعامل بالربا أو الفائدة أخذاً أو اعطاءً أو النص الخاص بالتزام البنك
بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية +

(ب) تستمد الهيئة مشروعيتها من مباشرتها لاختصاصاتها :

فاذا باشرت الهيئة اختصاصاتها وأدت عملها على النحو الذى يتلاءم
ونشاط البنك ويحقق الأهداف التى ينشدها ويصبو اليها على
نحو ما ألمحنا ، اذا قامت الهيئة بذلك أكدت مشروعيتها واذا تقاعست
أو قصرت فقدت مشروعيتها ومبرر وجودها +
(ج) تستمد الهيئة مشروعيتها من مجرد التفكير فى انشاء البنك
الإسلامى + وذلك كى ترعى خطوات انشاء البنك وتراجع أولاً بأول
اجراءات قيام ذلك الكيان الجديد وتدعو اليه بين الناس وتضفى
الشرعية على قيامه +

ثالثاً - اختصاصات هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية :

ينبغى أن تكون اختصاصات الهيئة متلائمة مع مسئوليتها وعلى
قدر تلك المسئولية فى ضوء كونها أحد أجهزة البنك المعاونة له فى
تحقيق أهدافه ومن ثم لا يهمنى أن نسرّد قائمة من الاختصاصات بقدر
ما يهمنى أن نوضح أساس تلك الاختصاصات المستمدة من موقعها
ووصفها داخل الهيكل التنظيمى للبنك ، ومن ثم نكتفى بذكر أهم
اختصاصين لها وهما :

(أ) إبداء الرأى الشرعى فيما يستوجب ذلك من معاملات البنك دون توقف أو انتظار لعرض أو طلب ، أى القيام بولاية الافتاء فى البنك .

وهذا يحقق فى نظرنا فاعلية الهيئة وتفاعلها مع كل أجهزة البنك ونشاطاته ووقوفها على كل ما يجرى فيه لا أن تنتظر حتى تعرض عليها المعاملة إذا رأت ادارة البنك ذلك .

لذلك أسميناها هيئة الفتوى لا هيئة الرقابة لأن الفتيا هى جوهر عملها وأصل وجودها .

(ب) متابعة تنفيذ وتطبيق ما تصدره من فتاوى وآراء شرعية وذلك تداركا لما قد يواجه التطبيق والتنفيذ من مشكلات عملية تستوجب بيان وجه الشرع فيها^(١) .

هذا من ناحية المعنى الضيق للمتابعة أما المتابعة بالمعنى العام والهام فانها تواكب البنك منذ بدء التفكير فيه وتمتد معه نحو تحقيق أهدافه .

* * *

رابعا - تكوين الهيئة وكيفية تشكيلها :

يتضح لنا مما تقدم أن الهيئة تسر بمرحلتين : مرحلة ما قبل اصدار النظام الأساسى ومرحلة ما بعد ذلك .

ولا شك أن لكل من المرحلتين ظروف ومتطلبات ، وسأكتفى بمرحلة ما بعد صدور النظام الأساسى للبنك وما يجب أن تكون عليه الهيئة مكتفيا بالحد الأدنى من القول :

(أ) ألا يقل عدد أعضاء الهيئة عن ثلاثة^(٢) ، ومبررات ذلك هى :

(١) انظر ما سأتى ص ١٤٥ ، مسألة أن الاجتهاد قسمان : أحدهما خاص باستنباط الاحكام والآخر خاص بتطبيقها ، وانظر قول ابن القيم « فالفتى محتاج الى قوة فى العلم وقوة فى التنفيذ » ص ١٥٣
(٢) ولقد استلهمت العدد من قوله تعالى : « واضرب لهم مثلا أصحاب القرية إذ جاءها المرسلون . إذ أرسلنا اليهم اثنين فكذبوهما فعزنا بثالث فقالوا انا اليكم مرسلون » (يس : ١٣ ، ١٤) .

كى يكون كل منهم عوناً للباقيين على أداء مهمتها التى لا تقف عند ابداء الرأى الشرعى فيما يعرض عليها^(١) ولكى تتاح لهم فرصة المشورة (٢) .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن تشكيلها من ثلاثة أعضاء يكفل عدم التواطؤ . لا قدر الله .

وبذلك تكمن مبررات تشكيل الهيئة من ثلاثة أعضاء على الأقل يراعى فيهم تكامل المعرفة بالفقه والقانون والمصارف فى اعتبارات ثلاثة وهى :

– اعتبارات ادارية أى أن تكوين الهيئة من ثلاثة أعضاء يتيح الترجيح فى الآراء بالأغلبية .
– اعتبارات مسلكية تمثل فى اقتفاء الشبهة ومنع التقول من نحو تواطؤ وغيره .

– اعتبارات فنية فمسائل المعاملات اجتهادية وأحكامها ظنية تتسع لوجهات النظر المتعددة ولا أدل على ذلك من سرد تلك القصة :

روى الطبرانى فى الأوسط :

أن عبد الوارث بن سعيد قال : قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمة .

فسألت أبا حنيفة : ما تقول فى رجل باع يبعاً وشرط شرطاً ؟

قال : البيع باطل والشرط باطل .

ثم سألت ابن أبى ليلى .

(١) فى ضوء ذلك راجع ملاحق البحث المتعلقة بنظم وقوانين البنوك الاسلامية ص ١٥٧
(٢) انظر ما سيأتى ص ٢٣٦ مسألة : ينبغى للمفتى أن يشاور من يشق به .

فقال : البيع جائز والشرط باطل •

ثم سألت ابن شبرمة ••

فقال : البيع جائز والشرط جائز •

فقلت : يا سبحان الله ، ثلاثة من فقهاء الكوفة اختلفوا على •

فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال : لا أدري ما قالوا ، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وشرط » البيع باطل والشرط باطل •

ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال : لا أدري ما قالوا ، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة ، أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن أشتري بريرة فأعتقها » البيع جائز والشرط باطل •

ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال : لا أدري ما قالوا : حدثني (مسعر بن كدام عن) محارب بن دثار عن أبي انيزيد عن جابر بن عبد الله الأنصاري ، يعت النبي صلى الله عليه وسلم فاقعة وشرطت حملانا الى المدينة • البيع جائز والشرط جائز (١) •

(ب) أن يكون كل عضو من أعضائها فقيها وتتوافر فيه الحد الأدنى من شروط المجتهد وهي كثيرة مبسطة في كتب الأصول نوجزها فيما يلي :

١ - الفقيه :

● الفقيه في اللغة : الفهم ، أو هو معرفة باطن الشيء والوصول الى أعماقه فهي أخص من مطلق الفهم (٢) ، وقيل : هو العلم •

(١) الامام السرخسي (٤٣٨ هـ) ، ناقش الحكاية التي أوردتها كتب الفقه وتناقلها المحدثون وانتصر لما استدل به أبو حنيفة وضح عنده ورد على مخالفه من الأئمة - المبسوط ، ج ١٣ ، ص ١٣ - ١٥ - أورد مثل السرخسي فنسخ القدير ج ٥ ص ٢١٤ - د. حسن الشاذلي - نظرية الشرط ص ١٩٤ وما بعدها •

(٢) انظر مفردات الراغب الأصفهاني •

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية : الفهم أخص من العلم والحكم^(١)
لقوله تعالى : ﴿ ففهمناها سليمان ، وكلا آتينا حكما وعلما ﴾ (٢) .

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « رب مبلغ أوعى من سامع » .

وقال الآمدى : « والأشبه أن الفهم مغاير للعلم ، إذ الفهم عبارة عن جودة الذهن من جهة تهيئته لاقتناص كل ما يرد عليه من المطالب وإن لم يكن المتصف به عالما كالعامى الفطن ، وأما العلم فالمختار فى تعريفه أن يقال : العلم عبارة عن صفة يحصل بها لنفس المتصف بها التمييز بين حقائق المعانى الكلية حصولا لا يتطرق اليه احتمال نقيضه وعلى هذا فكل عالم فهم وليس كل فهم عالم » (٣) .

وإذ كان الفقه يطلق على ما هو أخص من مطلق الفهم ومن العلم ، فبقيامه على العلم نفس الخصوصية هنا بأنها « العمل » لما قاله أبو عبد الرحمن السلمى : حدثنا عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وغيرهما أنهم كانوا إذا تعلموا من النبى صلى الله عليه وسلم عشر آيات لم يجاوزوها حتى يتعلموا ما فيها من العلم والعمل . قالوا : فتعلمنا القرآن والعلم والعمل (٤) .

● **الفقه فى اصطلاح الفقهاء (٥) :** هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية . المراد بالعلم مطلق الإدراك الشامل للظن واليقين لأن أكثر مسائل الفقه ظنية .

و « الأحكام » جمع حكم ، ويراد به هنا اثبات أمر لأمر أو نفيه عنه . و « الشرعية » أى المنسوبة الى الشرع اما مباشرة أو بواسطة الاجتهاد

(١) الرسائل الكبرى ج ١ ص ٣١

(٢) الأنبياء : ٧٩

(٣) الأحكام ج ١ ص ٤ ، ارشاد الفحول للتوكانى ص ٤

(٤) انظر الرسائل الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٣٢

(٥) أصول الفقه الاسلامى - محمد مصطفى شلبى ج ١ ص ١٧ ،

وما بعدها - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية .

لأن الشرع مصدرها • و « العملية » المتعلقة بأفعال المكلفين^(١) كالصلاة والصيام والبيع والاجارة والربا والرهن وغيرها •

ويلاحظ أن تخصيص الفقه بالعلم بالأحكام الشرعية العملية اصطلاح متأخر فقد كان الفقه يطلق على ما يشتمل العلم بجميع الأحكام الشرعية ولذلك عرفه الامام أبو حنيفة « بأنه معرفة النفس ما لها وما عليها » أى كل ما لها مما ينفعها وكل ما عليها مما يضرها »^(٢) •
« المكتسب » قيد للعلم ، أى الحاصل للفقهاء باجتهاده •

من « الأدلة التفصيلية » ليخرج علم المقلد والأدلة التفصيلية هي الجزئية التي تتعلق بالمسائل الجزئية فيدل كل واحد منها على حكم جزئى لأن بحث الفقيه فى الجزئيات فغرضه الوصل الى الأحكام الجزئية كجواز فعل معين أو حرمة أو صحة هذا العقد أو عدم صحته والأحكام الجزئية تؤخذ من الأدلة التفصيلية •

وكما يطلق الفقه على العلم بالأحكام الشرعية ••• الخ يطلق أيضا على نفس الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية •
٢ - والفقيه هو :

العالم بهذه الأحكام المستنبط لها ، والفقيه الذى ينظر فى الأدلة التفصيلية لا يستطيع أن يأخذ الحكم من الدليل الجزئى قبل أن يعرف حكم الكلى الذى يندرج تحته الجزئى •

فالأمر بالوفاء بالعقود الثابت بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ﴾^(٣) • لا يعلم منه وجوب الوفاء بالعقود الا اذا كان معلوما لدى الفقيه أولا أن الأمر الكلى يفيد الوجوب •

(١) انظر فى معنى أفعال المكلفين بحثنا فى الحلال والحرام فى المعاملات مسألة الحكم فى اصطلاح الأصوليين •
(٢) مباحث الحكم عند الأصوليين - محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامى - محمد سلام مذكور •
(٣) المائدة : ١

فيقول مثلا : قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ .
أمر مطلق ، والأمر المطلق يفيد الوجوب فيفيد قوله تعالى الوجوب
ويكون الوفاء بالعقود واجب على المتعاقدين وهذا هو الحكم الشرعي
الذي يبحث عنه وهكذا .

فالفقيه يبحث عن أفعال المكلفين ليستنبط لكل فعل حكما شرعيا
من دليل جزئي ثم يثبت له مستعينا في ذلك بقواعد الأصول .
ومن ثم فالفقيه هو الذي يستنبط الأحكام الجزئية من النصوص
والأمارات التي نصبها الشارع للدلالة على الأحكام ويثبتها لأفعال
المكلفين ولكنه يستنبط تلك الأحكام من الأدلة التفصيلية مثل قوله تعالى :
﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (١) .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا مواتا
فهى له » . فعمل الفقيه في الجزئيات من أدلة وأحكام .
وعلى ذلك يشترط في الفقيه أن يكون من أهل الاجتهاد .

٣ - الاجتهاد في الاصطلاح :

هو بذل الفقيه وسعه في استنباط الأحكام الشرعية العملية من
أدلتها التفصيلية ، ويقول في النهاية : هذا حكم الشارع في ظني (٢) .
وفي اصطلاح بعض علماء الأصول (٣) : استفراغ الجهد وبذل
غاية الوسع اما في استنباط الأحكام الشرعية واما في تطبيقها .
والاجتهاد بناء على هذا التعريف قسمان :

(١) البقرة : ٢٧٥

(٢) محمد أبو زهرة - أصول الفقه ص ٣٧٩

(٣) محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق ص ١٨ هامش ،

الشاطبي في الموافقات ج ٣ ص ٨ وما بعدها .

أحدهما : خاص باستنباط الأحكام وبيانها *
والثاني : خاص بتطبيقها *

والأول : هو الاجتهاد الكامل والخاص . بطائفة العلماء الذين اتجهوا
الى تعرف أحكام الفروع العسلية من أدلتها التفصيلية *

القسم الثاني : هم علماء التخريج وتطبيق العلل المستنبطة على
الأفعال الجزئية ومن ثم فهم يطبقون ما استنبطه السابقون وهو ما يسمى
بتحقيق المناط *

وبهذا التطبيق تتبين أحكام المسائل التي لم يعرف الأصحاب المرتبة
الأولى رأى فيها *

* * *

خامسا - شروط المجتهد :

ويشترط في المجتهد المستنبط للأحكام الشرعية شروط أهمها :

(أ) العلم باللغة العربية :

اتفق الأصوليون على ضرورة أن يكون المجتهد على علم باللغة
العربية لأن الشريعة المباركة عربية وفي ذلك يقول الله تعالى :
﴿ قرآنا عربيا غير ذى عوج لعلمهم يتقون ﴾ (١) *

ويقول سبحانه : ﴿ وكذلك أوحينا اليك قرآنا عربيا لتنذر ام القرى
ومن حولها وتنذر يوم الجمع لا ريب فيه ، فريق في الجنة وفريق في السعير .
ولو شاء الله لجعلهم أمة واحدة ولكن يدخل من يشاء فى رحمته ،
والظالمون ما لهم من ولى ولا نصير ﴾ (٢) *

وإذا كانت الشريعة كذلك فلا يفهمها حق الفهم الا من فهم اللغة
العربية حق الفهم لأنهما سيان فى النمط ما عدا وجوه الاعجاز ، أى
ما ورد فى الشريعة من الكتاب والسنة وما ورد من كلام العرب من نمط

(٢) الشورى : ٧ ، ٨

(١) الزمر : ٢٨

واحد وطريق واحد سوى ما اختصا به من المزايا التي ترتفع بها درجة الكلام في الحسن والقبول ، فالقرآن انفرد عن سائر كلام العرب بمزايا جعلته معجزا للبشر عن الاتيان بسورة منه ، والحديث امتاز بما جعله يفوق غيره من كلامهم وان لم يبلغ درجة الاعجاز .

والمراد بالعلم بالعربية جملة علم اللسان من الفاظ أو معاني^(١) .
ويذهب الكثيرون من الأصوليين الى أنه يكفي أن يحصل من العربية ما تيسر به معرفة ما يتعلق بالكتاب والسنة .

وقد قال الغزالي في هذا الشرط :

« انه القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال حتى يميز صريح الكلام وظاهره ومجمله ، وحقيقته ومجازه ، وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ، ونصه وفجواه ، ولحنه ومفهومه وهذا لا يحصل الا لمن بلغ في العربية درجة الاجتهاد » .

فلم يشترط العلم بجميع اللغة والتعمق في النحو لأن العربي لا يعرف جميع اللغة العربية .

ولذلك يشترط الشاطبي هنا أن يساوى العربي في فهم اللغة ويكون المقصود تحرير الفهم حتى يضاوى العربي في ذلك المقدار وليس من شرط العربي أن يعرف جميع اللغة ولا أن يستعمل الدقائق فكذلك المجتهد في العربية فكذلك المجتهد في الشريعة^(٢) .

وانه على قدر فهم الفقيه لأسرار البيان ودقائقه تكون قدرته على استنباط الأحكام من النصوص الفقهية .

(ب) العلم بالقرآن وناسخه ومنسوخه :

والقرآن هو كلام الله المنزل على خاتم الأنبياء باللفظ العربي المتعبد بتلاوته المكتوب في المصاحف المنقول لنا متواترا .

(١) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١١٤

(٢) المرجع السابق ص ١١٦ ، ١١٧

وفى ذلك يقول الشاطبي^(١) : الشريعة كلها ترجع الى قول واحد
فى فرعها وإن كثر الخلاف كما أنها فى أصولها كذلك ولا يصلح فيها
غير ذلك وانها على مأخذ وقول واحد - قال المزنى صاحب الشافعى :
« ذم الله الاختلاف وأمر عنده بالرجوع الى الكتاب والسنة » *

ولذلك يقول العلماء : ان المجتهد يجب أن يكون عالماً بدقائق آيات
الأحكام فى القرآن وهى نحو خمسمائة آية من كتاب الله تعالى
والتخصيصات التى وردت عليها من السنة *

ولما كان عامة اهل الشريعة أثبتوا فى القرآن والسنة الناسخ
والمسوخ على الجملة وحذروا من الجهل به والخطأ فيه *

ومعلوم أن الناسخ والمسوخ انما هو فيما بين دليلين يتعارضان
بحيث لا يصح اجتماعهما بطل والالما كان أحدهما ناسخاً والآخر
منسوخاً *

ومن ثم فانه يجب على المجتهد أن يكون عالماً بما نسخت أحكامه
متها كما يجب أن يكون عالماً على الجملة بما عدا ذلك مما اشتمل عليه
القرآن الكريم^(٢) *

وقد تصدى بعض العلماء لدراسة الأحكام القرآنية كآبى بكر الرازى
الشهير بالجصاص (المتوفى ٣٧٠ هـ) وكآبى عبد الله القرطبى فى كتابه
« أحكام القرآن » وغيرهما *

(ب) العلم بالسنة :

يطلق لفظ السنة على ما جاء منقولاً عن النبى صلى الله عليه وسلم
على الخصوص مما لم ينص عليه فى الكتاب العزيز ، بل انما نص عليه

(١) الموافقات للشاطبى ج ٤ ص ١٢٠

(٢) شرح الاسنوى لمنهاج الأصول ج ٣ ص ٣٠٨ ، على هامش شرح
التحرير المشار اليه فى أصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص ٣٨١

من جهته عليه الصلاة والسلام كان يباينا لما في الكتاب أولا فالسنة راجعة في معناها الى الكتاب فهي تفصيل ما أجمله ويبان مشكله وبسط مختصره (١) .

ويطلق الحديث اصطلاحا على ما أضيف الى النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أو صفة (٢) .

ويجب أن يكون المجتهد عالما بالسنة في كل الموضوعات التي يتصدى لدراستها عند من يقول ان الاجتهاد يقبل التجزئة .

ويجب أن يعرف الناسخ والمنسوخ والعام منها والخاص والمطلق والمقيد كما لا بد أن يعرف طرق الرواية واسناد الأحاديث وقوة الرواه ولكنه يجب أن يدرس السنة بشكل عام وأن يدرس أحاديث الأحكام دراسة خاصة عميقة (٣) فلقد اتفقت كلمة جماهير العلماء على إن ما صدر من رسول الله صلى الله عليه وسلم متعلقا بالتشريع مصدر من مصادر الأحكام يجب على المجتهد أن يلجأ اليه عند الاستنباط وأنها كالقرآن الكريم في تحليل الحلال وتحريم الحرام .

(د) معرفة مواضع الاجماع ومواضع الخلاف :

ان معرفة مواطن الاجماع شرط بالاتفاق كأصول الفرائض والمواريث والمحرمات ، والمراد أن يكون على علم بمواضع الاجماع في كل مسألة يتصدى لبحثها ان كان ثمة اجماع وموضع الخلاف ان وجد ، ومن الأمثلة على مواضع الاجماع ما يأتي :

١ - للجدة وللجدات السدس .

٢ - لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج المسلمة .

(١) الشاطبي في الموافقات ج ٤ ص ٣ ، ١٢ ، أصول الفقه - مصطفى

شلبى ص ١٠٨

(٢) تيسير مصطلح الحديث للدكتور محمود الطحان ص ١٤ -

الطبعة الثانية - مطبعة دار القرآن الكريم .

(٣) محمد أبو زهرة - أصول الفقه ص ٣٨٣

٣ - لا يجوز تزوج الأخت في عدة أختها *

٤ - تحريم شحم الخنزير *

٥ - زيادة الأذان يوم الجمعة *

٦ - جمع المصحف في عهد أبي بكر *

٧ - تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها *

ويجب أيضاً أن يكون على علم باختلاف الفقهاء فيعرف اختلاف
فقه المدينة ومنهاجه عن فقه العراق ومنهاجه *

وفي هذا الصدد قال الشافعي في الرسالة :

« لا يمتنع من الاستماع ممن خالفه لأنه قد ينبه بالاستماع لترك
الفعول ويزداد به تشييتاً فيما اعتقد من الصواب وعليه في ذلك بلوغ غاية
جهده والانصاف من نفسه حتى يعرف من أين قال ما يقول وترك
ما يترك وما لا يكون بما قال أعنى منه بما خالف حتى يعرف فضل
ما يصير إليه على ما يترك ان شاء الله » (١) *

(هـ) معرفة القياس :

وفي ذلك يقول الاسنوي (٢) : « لا بد للمجتهد أن يعرف القياس
وشرائطه المعتبرة لأنه قاعدة الاجتهاد والموصل الى تفاصيل الأحكام
التي لا حصر لها » *

والقياس هو : الحاق واقعة لم يرد في حكمها نص ولا اجماع
بواقعة أخرى ثبت حكمها بأحدهما لاشتراكهما في علة الحكم النية
لا تدرك بمجرد معرفة اللغة (٣) *

(١) الرسالة للشافعي ص ٥١٠

(٢) شرح الاسنوي على هامش التحرير ج ٢ ص ٣١٠

(٣) محمد مصطفى شلبي - أصول الفقه ص ١٩١ ، محمد أبو زهرة

- أصول الفقه ص ٢١٨

(و) معرفة مقاصد الأحكام :

يقول الشاطبي في الموافقات^(١) : ان وضع الشرائع انما هو لصالح العباد في العاجل والآجل معا ، والشريعة وضعت لمصالح العباد فان الله تعالى يقول في بعثه الرسل وهو الأهمل : ﴿ رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ (٢) .

وأما التعليل لتفاصيل الأحكام في الكتاب والسنة فأكثر من أن تحصى كقوله بعد آية «الوضوء» : ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم ﴾ (٣) وتكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها في الخلق ، والمقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام :
(أ) ضرورة :

وهي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم .

والحفظ للضروريات يكون بأمرين :

١ - ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود .

٢ - ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم .

فالعبادات راجعة الى حفظ الدين من جانب الوجود .

والعادات راجعة الى حفظ النفس والعقل من جانب الوجود أيضا .
كتناول المأكولات والمشروبات والملبوسات والمسكنات وما أشبه ذلك .

(١) ج ٣ ص ٦ وما بعدها . (٢) النساء : ١٦٥

(٣) المائدة : ٦

والمعاملات راجعة الى حفظ النسل والمال من جانب الوجود والى
حفظ النفس والعقل أيضا لكن بواسطة العادات •
ومجموع الضروريات خمسة وهى : « حفظ الدين والنفس والنسل
والمال والعقل » •

(ب) الحاجيات :

وهى المنقر اليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب
الى الضيق والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب - فاذا لم تراع دخل على
المكلفين على الجملة الحرج والمشقة •

وهى جارية فى العبادات والعادات والمعاملات والجنايات ، ففى
العبادات كالرخص المخففة ، وفى العادات كالتمتع بالطيبات من
الحلال ، وفى المعاملات كالقراض والمساقاة والسلم ، وفى الجنايات
كالتقسامة وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصناع وما أشبه ذلك •

(ج) التحسينيات :

ومعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات ويجمعها مكارم الأخلاق
وهى جارية فى العبادات والعادات والمعاملات والجنايات •
ففى العبادات كالطهارات كلها وستر العورة وأخذ الزينة وأشباه
ذلك •

وفى العادات كأداب الأكل والشرب ومجانبة الاسراف والاعتقار
فى المتناولات •

وفى المعاملات كالمنع من بيع النجاسات وما أشبهها •

وفى الجنايات كمنع قتل الحر بالعبد •

وكل مرتبة من هذه المراتب ينضم اليها ما هو كالتمتية والتكملة
مما لو فرضنا فقده لم يخل بحكمتها الأصلية •

والضرورى : أصل لما سواه من الحاجى والتكميلى ، واختلال
الضرورى يلزم منه اختلال الباقيين باطلاق وأنه لا يلزم من اختلال الباقيين
اختلال الضرورى وانه قد يلزم من اختلال التحسينى باطلاق أو الحاجى
باطلاق اختلال الضرورى بوجه ما(١) .

(د) جلال الفقه والفتهاء - فضل العالم العامل على العابد :

يقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : « أقرب الناس من
درجة النبوة أهل العلم والجهاد » ، « العلماء ورثة الأنبياء » (صححه
جماعة وضعفه آخرون) .

عن الشافعى رضى الله عنه : « ان لم يكن الفقهاء أولياء الله فى
الآخرة فما الله ولى » .

وقال : « ما أحد أروع لخالفه من الفقهاء وأولياء الله فى الآخرة » .

وعن ابن عمر : « ما قبض الله عالما الا كان ثغرة فى الاسلام

لا تسد » .

والعالم العامل لا يزكى نفسه ولا يجب لها التزكية من غيره

لقوله تعالى : « هو اعلم بكم ان انشاكم من الارض واذ انتم اجنة فى

بطون امهاتكم ، فلا تزكوا انفسكم ، هو اعلم بمن اتقى » (٢) .

فالعالم الواثق بالله وبعلمه ومطمئن الى الحق والهداية فيه لا يخشى

فى الله لومة لائم ولا تحركه الأهواء أو تغشاه المصالح الا مصلحة الأمة

فى اظهار الحق والزود عنه ، والعلماء فى ذلك أشد الناس بلاء وابتلاء

ولكن هذا مقامهم المحمود والجزاء الأوفى لهم من الله .

(١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ١٦ وما بعدها .

(٢) النجم : ٣٢

سادساً = الافتاء والمفتى وشروطه :

الافتاء أخص من الاجتهاد فالاجتهاد استنباط الأحكام سواء
أكان سؤالا في موضوعها أم لم يكن ، أما الافتاء فانه لا يكون الا في
واقعة وقعت ويتعرف الفقيه حكمها^(١) .

(١) خصال يجب تحققها فيمن ينصب نفسه للمفتيا :

ولذلك يشترط في المفتى شروطا أخرى مع شروط الاجتهاد وشدد
فيها العلماء - ذكر أبو عبد الله بن بطة في كتابه في الخلع عن الامام
أحمد أنه قال (٢) :

« لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للمفتيا حتى يكون فيه خمس
خصال :

أولها : : أن يكون له نية ، فان لم تكن له نية لم يكن عليه نور
ولا على كلامه نور .

- الثانية : أن يكون له علم وحلم ووقار وسكينة .
- الثالثة : أن يكون قويا على ما هو فيه وعلى معرفته .
- الرابعة : الكفاية والا مضغه الناس .
- الخامسة : معرفة الناس .

ويقول ابن قيم الجوزية : فان هذه الخمسة هي دعائم الفتوى وأى
شئ نقص منها ظهر الخلل في المفتى بحسبه . ويعلق على ما قاله الامام
بقوله :

فأما النية فهي رأس الأمر وعموده وأساسه وأصله الذي عليه يبنى
فانها روح العمل وقائده وسائقه . . . يصح بصحتها ويفسد بفسادها وبها
يستجلب التوفيق .

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٤ ص ١١٩
(٢) انظر : أصول الفقه - محمد أبو زهرة ص ٤٠١

« وقد جرت عادة الله التي لا تبدل وسنته التي لا تحول أن يلبس المخلص من المهابة والنور والمحبة في قلوب الخلق واقبال قلوبهم اليه ما هو بحسب اخلاصه ونيته ومعاملته لربه ، ويلبس المرائى الالاس نوب الزور من المقت والمهانة والبغضة ما هو اللائق به » .

وأما قوله : « أن يكون له حلم ووقار وسكينة » فقد قال بعض السلف : ما قرن شيء الى شيء أحسن من علم الى حلم . . . فالعلم زينة العلم وبهاؤه وضد الطيش والعجلة والحدة والتسرع وعدم الثبات .
والسكينة فعيلة من السكون وهو طمأنينة القلب واستقراره وأصلها في القلب ويظهر أثرها على الجوارح .

وأما قوله : « أن يكون قويا على ما هو فيه وعلى معرفته » أى مستظها مضطلعا بالعلم متمكنا منه غير ضعيف فيه . . . فالفتى محتاج الى قوة فى العلم وقوة فى التنفيذ فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له .

وأما قوله : « الكفاية والا مضغه الناس » فانه اذا لم يكن له كفاية احتاج الى الناس والى الأخذ مما فى أيديهم . . . فالعالم اذا منح غناء فقد أعين على تنفيذ علمه واذا احتاج الى الناس فقد مات علمه وهو ينظر .

وأما قوله : « معرفة الناس » فهذا أصل عظيم يحتاج اليه المفتى والحاكم . . . فينبغى له أن يكون فقيها فى معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائلدهم وعرفياتهم فان الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال . وذلك كله من دين الله .

(ب) فوائد متعلقة بالافتاء أو محاذيره وما يستحب للمفتى (1) :

١ - لا تجوز الفتيا بالتشهى والتخير :

لا يجوز للمفتى أن يعمل بما يشاء من الأقوال والوجوه من غير نظر فى الترجيح ولا يعتد به ، بل يكتفى فى العمل بمجرد كون ذلك

(1) انظر : اعلام الموقعين ج ٤ ص ٢١١ وما بعدها .

قولاً قاله امامه أو وجهها ذهب إليه جماعة فيعمل بما يشاء من الوجوه والأقوال حيث رأى القول وفق ارادته وغرضه عمل به فارادته وغرضه هو المعيار وبها الترجيح وهذا حرام باتقان الأمة .

وبالجمله فلا يجوز العمى والافتاء فى دين الله بالتشهى والتخير وموافقة الغرض فىطلب القول الذى يوافق غرضه وغرض من يحاييه فىعمل به ويفتى به . . وهذا من أفسق الفسوق وأكبر الكبائر .

٢ - من تصدر للفتوى من غير أهلها آثم :

من أفتى الناس وليس بأهل للفتوى فهو آثم عاص ومن أقره من ولاية الأمور على ذلك فهو آثم أيضاً ، قال الشاطبى (١) :

« فتاوى المجتهدين بالنسبة الى العوام كالأدلة الشرعية (أى قائمة مقامها) بالنسبة الى المجتهدين . . وقد قال تعالى : ﴿ فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ﴾ (٢) .

والمقلد غير عالم فلا يصح له الا سؤال أهل الذكر واليهم مرجعه فى أحكام الدنيا على الاطلاق . فهم اذن القائمون له مقام الشرع وأقوالهم قائمة مقام الشارع » .
قال مالك رضى الله عنه :

« انما أنا بشر أخطئ وأصيب فانظروا رأيى فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وكل ما لم يوافق ذلك فاتركوه » . . وقال : ليس كل ما قال الرجل وإن كان فاضلاً يتبع ويجعل سنة ويذهب به الى الأمصار . قال الله تعالى : ﴿ فبشر عبادى . الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه ﴾ (٣) .

(١) الموافقات ج ٤ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣

(٢) الأنبياء : ٧

(٣) انظر : الموافقات ج ٤ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، والآية من سورة الزمر : ١٧ ، ١٨

٣ - لا يجوز للمفتى تتبع الحيل المحرمة والمكروهة لمن أراد نفعه *

٤ - أحوال ليس للمفتى أن يفتى فيها :

ليس للمفتى الفتوى فى حال غضب شديد أو جوع مفرط أو هم مقلق أو خوف مزعج أو نعاس غالب أو شغل قلب مستول عليه أو حال مدافعة الأخبثين ، بل متى أحس من نفسه شيئاً فى ذلك يخرجه عن حال اعتداله وكمال تهيئته وتبينه أمسك عن الفتوى *

٥ - لا يعين المفتى على التحليل ولا على المنكر :

يحرم عليه اذا جاءته مسألة فيها تحيل على اسقاط واجب أو تحليل محرّم أو مكر أو خداع أن يعين المستفتى فيها ويرشده الى مطلوبه أو يفتيه بالظاهر الذى يتوصل به الى مقصوده * بل ينبغى له أن يكون بصيراً بمكر الناس وخداعهم وأحوالهم بل يكون حذراً فطنا فقيهاً بأحوال الناس وأمورهم يوازره فقهه فى الشرع *

٦ - لا يعمل بالفتوى حتى يطمئن لها قلب المستفتى :

لا يجوز العسل بمجرد فتوى المفتى اذا لم تطمئن نفسه وحاك فى صدره من قبوله وتردد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم : « استفت نفسك وان أفتاك الناس وأفتوك » *

فيجب عليه أن يستفتى نفسه أولاً ولا تخلصه فتوى المفتى من الله اذا كان يعلم أن الأمر فى الباطن بخلاف ما أفتاه .. ولا يظن المستفتى أن مجرد فتوى الفقيه تبيح له ما سأل عنه اذا كان يعلم أن الأمر بخلافه فى الباطن سواء تردد أو حاك فى صدره لعلمه بالحال فى الباطن أو لشكه فيه أو لجهله به أو لعلمه جهل المفتى أو محاباته فى فتواه أو عدم تقييمه بالكتاب والسنة أو لأنه معروف بالفتوى بالحيل والرخص المخالفة للسنة وغير ذلك من الأسباب المائعة من الثقة بفتواه وسكون النفس اليها *

٧ - ينبغي للمفتي أن يشاور من يثق به :

إذا كان عنده من يثق بعلمه ودينه فينبغي له أن يشاوره ولا يستقل بالجواب ذهاباً بنفسه وارتفاعاً بها أن يستعين على الفتاوى بغيره من أهل العلم... فان استقل في مثل هذه الحالة فهذا من الجهل . فقد أثبت الله سبحانه وتعالى على المؤمنين بأن أمرهم شورى بينهم ، وقال تعالى لتبني على الله عليه وسلم : « وشاورهم في الأمر » (١) وكان عمر رضى الله عنه يستشير الصحابة في المسائل التي تنزل به .

٨ - يستحب للمفتي أن يكثر من الدعاء لنفسه بالتوفيق :
فعلى المفتي أن يكثر الدعاء بالحديث الصحيح :

« اللهم رب جبرائيل وميكائيل واسرافيل فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون ، اهدني لما اختلف فيه من الحق باذنك انك تهدي من تشاء الى صراط مستقيم » .

وكان الامام مالك اذا جلس نكس رأسه وحرك شفتيه بذكر الله ولم يلتفت يمينا ولا شمالا فاذا سئل عن مسألة تغير لونه فيصفر وينكس رأسه ويحرك شفتيه ثم يقول : ما شاء الله ، لا حول ولا قوة الا بالله . قال أشهب : رأيت في النوم قائلاً يقول : لقد لزم مالك كلمة عند فتواه لو وردت على الجبال لقلعتها وذلك قوله : ما شاء الله ، لا قوة الا بالله » وقال الشاطبي : هذه الجملة تدل الانسان على ما يكون من العلماء أولى بالفتيا والتقليد له ويتبين بالتفاوت في هذه الأوصاف (يعنى أوصاف العلماء الذين يصح تقليدهم) الراجح من المرجوح ولم آت بها على ترجيح تقليد مالك وان كان أرجح بسبب شدة اتصافه بها ولكن نستخذ قانونا في سائر العلماء فانها موجودة في سائر هداة الاسلام غير أن بعضهم أشد اتصافا بها من بعض (٢) .

(١) آل عمران : ١٥٩

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٩٠

٩ - يجب على المفتى أن يأخذ بما يفتى به فإنه إذا كان يترخص لنفسه بأمور لا يبيحها للناس فإن ذلك يفقده العدالة .

١٠ - يجب على المفتى أن يتأني وأن يتفكر في الحق ويتدبر الأمر وفي نتائج الفتوى وفي المستفتى .

ولقد كان الامام مالك يتأني في فتياه ولقد قال في ذلك « ربما وردت على المسألة من المسائل تمنعني من الطعام والشراب والنوم ... » (١) .

١١ - وليعلم المفتى أنه هاد ومرشد ، وأن فتواه منار لاصلاح الناس . وأنه مبلغ عن الله ، والتبليغ عن الله سبحانه وتعالى ، وهذا يعتمد على عدة أمور منها :

١ - العلم بما يبلغ .

٢ - والصدق فيه .

٣ - ويكون مع ذلك حسن الطريقة .

٤ - ومرضى السيرة .

٥ - عدلا بما يبلغ في أقواله وأفعاله .

٦ - متشابه السر والعلانية في مدخله ومخرجه وأحواله .

فحقيق بمن أقيم في هذا المنصب أن يعد له عدته وأن يتأهب له أهبته وأن يعلم قدر المقام الذي أقيم فيه ولا يكون في صدره حرج من قول الحق والصدع به فإن الله ناصره وهاديه وكيف وهو المنصب الذي تولاه بنفسه رب الأرباب فقال تعالى : ﴿ ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما ينلى عليكم في الكتاب ﴾ (٢) .

وكفى بما تولاه الله بنفسه شرفا وجلالة اذ يقول في كتابه :

﴿ يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلاله ﴾ (٣) .

(١) انظر : اصول الفقه - محمد أبو زهرة ص ٤٠٢ وما بعدها ،
الموافقات للساطبي ج ٤ ص ٢٨٦ .

(٣) النساء : ١٧٦

(٢) النساء : ١٢٧

وليعلم المفتى عمن ينوب في فتواه وليوقن أنه مسئول غدا
وموقوف بين يدي الله (١) *

وكان الامام مالك يقول (٢) :

« من أحب أن يجيب عن مسألة فليعرض نفسه قبل أن يجيب على
الجنة والنار وكيف يكون خلاصة في الآخرة ثم يجيب *** ما شيء أشد
على من أن أسأل عن مسألة الحلال والحرام لأن هذا هو القطع في حكم
الله ولقد أدركت أهل العلم والفقهاء يبلدنا وان أحدهم اذا سئل عن مسألة
كأن الموت أشرف عليه ، ورأيت أهل زماننا هذا يشتبهون الكلام فيه
والفتيا ولو وقفوا على ما يصيرون اليه لقللوا من هذا *** » *

(١) انظر : ابن القيم - اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٠ ، ١١

(٢) انظر : الموافقات ج ٤ ص ٢٨٦

المبحث الثالث

هيئة الرقابة الشرعية في نماذج من قوانين ونظم البنوك
والشركات التي تعمل طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية
أو لا تتعامل بالربا والفائدة أخذاً أو عطاءً

أولاً - طرائق ثلاث في القوانين واللوائح :

ونستطيع أن نصنف هذه القوانين والنظم الى ثلاثة أنماط
أو طرائق :

الطريقة الأولى : اکتفت بالنص على عدم جواز التعامل مع الغير
بنظام الفائدة أخذاً أو عطاءً .

ومؤدى ذلك أنها لا تلزم نفسها بما سوى ذلك من معطيات
التطبيق العملى فى منهج الاقتصاد الإسلامى .

الطريقة الثانية : تكتفى بالنص على أنها تقوم بجميع أعمالها طبقاً
لأحكام الشريعة الإسلامية أخذاً أو عطاءً دون أن تلزم نفسها بشكل
معين أو تنظيم خاص لهيئة الفتوى الشرعية .

الطريقة الثالثة : حرصت على النص على كل حسنات ومزايا الطرق
السابقة فنصت على أمرين جوهرين هما :

١ - أنها تعمل طبقاً لقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية .

٢ - كيفية تشكيل هيئة الرقابة الشرعية بل ونص بعضها على
طريقة عمل الهيئة .

ولا شك أن كل طريقة من الطرائق السابقة تعكس الواقع
العملى بما يجب أن يصبو اليه ويستكمل بنيانه الفنى الدقيق والبعيد
عن المسالب وأوجه القصور .

وفى نهاية البحث تقدم بين يدي القارىء بعض النماذج من النصوص والمواد التى اشتملت على تنظيم ونظام هيئة الرقابة الشرعية العليا وهيئة الرقابة الشرعية كما أوردتها تلك النصوص كى تتم الفائدة ويستطيع القارىء المقارنة وترجيح الصواب •

* * *

ثانيا - نماذج :

١ - اتفاقية انشاء الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية

مادة (١٦) - هيئة الرقابة الشرعية العليا :

تشكل هيئة الرقابة الشرعية العليا للاتحاد الدولى من رؤساء هيئات الرقابة الشرعية لكل بنك وللمجلس الادارة الحق فى أن يضم لها من يراه من الفقهاء والعلماء وتختص الهيئة بالآتى :

(أ) متابعة أعمال البنوك الاسلامية الأعضاء والتأكد من مطابقتها للأحكام الشرعية ولها أن تطلب عن طريق الأمانة العامة للاتحاد من البنوك الأعضاء بموافقاتها بالبيانات التى تعينها على أداء مهمتها

(ب) النظر فيما يتقدم به أى من المسلمين فى شأن ما يراه من مدى شرعية أعمال أى من البنوك الأعضاء •

وهناك لائحة خاصة بالهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية أقرتها الهيئة تتضمن كيفية تشكيلها وتوضح اختصاصاتها (ملحق رقم ٢) •

* * *

٢ - القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٧٧

بانشاء بنك فيصل الاسلامى المصرى

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه • وقد أصدرناه :

مادة (١) : يرخّص فى تأسيس شركة مساهمة مصرية طبقا للأحكام هذا القانون تسمى « بنك فيصل الاسلامى المصرى » •

مادة (٢) : غرض البنك القيام بجميع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار وانشاء مشروعات التصنيع والتنمية الاقتصادية والعمران والمساهمة فيها فى الداخل والخارج وفقا لما هو موضح فى النظام الأساسى للبنك •

مادة (٣) : تخضع جميع معاملات البنك وأنشطته لما تفرضه الأحكام والقواعد الأساسية فى الشريعة الاسلامية^(١) وخاصة فيما يتعلق بتحريم التعامل بالربا وبأداء الزكاة المفروضة شرعا وتعتبر الزكاة التى يؤديها البنك من قبيل التكاليف على الانتاج ، ويتولى شيخ الجامع الأزهر ووزير الأوقاف التحقق من التزام البنك بتحصيل الزكاة وانفاقها فى مصارفها الشرعية •

وتشكل بالبنك هيئة الرقابة الشرعية تتولى مطابقة معاملاته وتصرفاته الأحكام وقواعد الشريعة الاسلامية^(٢) • ويحدد النظام الأساسى للبنك كيفية تشكيلها وممارستها لعملها واختصاصاتها الأخرى •

(١) انظر : المادة { من قانون بنك فيصل الاسلامى السودانى اذ جاءت ادق صياغة وأشمل حكما •

(٢) انظر : المادة ٢ من لائحة هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الاسلامى السودانى •

مادة (٤) : المركز الرئيسى للبنك مقره مدينة القاهرة ، ويجوز له أن ينشئ فروعاً أو توكيلات فى جمهورية مصر العربية وفى الخارج .
مادة (٥) : حدد رأسمال البنك بمبلغ ثمانية ملايين من الدولارات الأمريكية يقسم الى ٨٠,٠٠٠ (ثمانين ألف) سهم اسمية قيمة كل سهم مائة دولار أمريكى موزعة على النحو الآتى :

(أ) تكون حصة الجانب المصرى (٤٠٨٠٠) سهم تمثل $\frac{1}{51}$ من رأس المال تدفع بالجنيه المصرى بالسعر المعلن أو بالدولار أو بأية عملة قابلة للتحويل ويخصص من هذه الأسهم $\frac{25}{100}$ على الأقل من عدد الأسهم تطرح للاكتتاب العام بالشروط والأوضاع التى يبينها النظام الأساسى للبنك .

(ب) تكون حصة الجانب السعودى (٣٩٢٠٠) سهم تمثل $\frac{49}{100}$ من رأس المال تدفع بالدولار الأمريكى .
ويجوز للجانب السعودى أن يطرح جزءاً من حصته للاكتتاب للعرب والمسلمين من غير المصريين .

ويتضمن النظام الأساسى بيان توزيع الأسهم على المؤسسين ويتم دفع $\frac{25}{100}$ من قيمة الأسهم سواء بالنسبة للمؤسسين أو المكتتبين خلال شهرين من تاريخ نشر النظام الأساسى فى الوقائع المصرية وذلك فى حساب خاص باسم « بنك فيصل الاسلامى المصرى » يفتح بالبنك المركزى المصرى ، ويدفع الباقى وفقاً لما يقره مجلس الادارة على الا يتجاوز ذلك سنة من تاريخ اعداد المقر المؤقت للبنك وأجهزته العمالة .

مادة (٦) : يجوز زيادة رأس مال البنك واصدار أسهم جديدة بنفس القيمة الاسمية للأسهم بقرار من الجمعية العمومية للبنك بناء على اقتراح مجلس الادارة وفقاً لما هو مبين بالنظام الأساسى .

ويجوز أن يكون للمساهمين القدامى حق الأولوية فى الاكتساب فى كل أو بعض أسهم الزيادة وفقا لما يبينه قرار الجمعية العمومية .

مادة (٧) : تكون معاملات البنك بالعملات الحرة أو بالجنيه المصرى وفقا للقواعد التى يقرها مجلس الادارة .

مادة (٨) : يتمتع البنك بشخصية اعتبارية تمكنه من تحقيق أغراضه بما فى ذلك حق التعاقد وامتلاك الأموال الثابتة والمنقولة والقيام بالاجراءات القانونية وتثبيت هذه الشخصية للبنك من تاريخ نشر النظام الأساسى فى الوقائع المصرية .

مادة (٩) : لا يجوز اتخاذ اجراءات التأميم أو المصادرة أو فرض الحراسة أو الاستيلاء على أنصبة الأشخاص الاعتبارية أو الطبيعية فى رأسمال البنك .

كما لا يجوز اتخاذ اجراءات الحجز القضائى ، أو الادارى عليها الا بحكم قضائى نهائى أو بحكم محكمين نهائى .

مادة (١٠) : لا تسرى على البنك وفروعه القوانين المنظمة للرقابة على النقد الأجنبى أو الهيئات والمؤسسات العامة أو ذات النفع العام أو شركات القطاع العام .

كما لا تسرى على البنك أحكام قانون الشركات المساهمة فيما ورد به نص خاص فى هذا القانون .

ويخضع البنك للقوانين المنظمة للرقابة على البنوك والائتمان فيما يتعلق بعملياته بالعملة المحلية وبما لا يتعارض مع ما ورد فى هذا القانون .

مادة (١١) : أموال البنك وأرباحه وتوزيعاته وكافة أوجه نشاطه سواء فى مركزه الرئيسى أو فروعه تعفى لمدة خمسة عشر يوما . اعتبارا من أول سنة ضريبية تالية لمزاولة نشاطه ، من كافة أنواع

الضرائب والرسوم المفروضة بقوانين الضرائب على الأرباح التجارية والصناعية والقيم المنقولة والضرائب على الإيراد العام والدمغيات والضرائب العنارية * (عدلت) *

مادة (١٢) : مع عدم الاخلال بأحكام الفقرة الثالثة من المادة (١٠) لا يخضع البنك وشركاته وفروعه وتوكيلاته ومكاتبه وسجلاته ووثائقه ومحضراته لقوانين وقواعد الرقابة بأنواعها المختلفة *

مادة (١٨) : يفصل مجلس الادارة بأغلبية اعضاءه بصفته محكما ارتضاء الطرفان فى كل نزاع ينشأ بين أى مساهم فى البنك وبين مساهم آخر سواء أكان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وذلك بشرط أن يكون النزاع ناشئا عن صفته كمساهم فى البنك * ولا ينقيد مجلس الادارة فى هذا الشأن بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضى *

أما اذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو احدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد ، فتنفصل فيه نهائيا هيئة من المحكمين معفاة من قواعد الاجراءات عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضى *

وفى هذه الحالة تشكل هيئة التحكيم من محكم يختاره كل طرف من طرفى النزاع وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ استلام أحد طرفى النزاع طلب احالة المنازعة الى التحكيم من الطرف الآخر ثم يختار المحكمان حكما مرجحا خلال الخمسة عشر يوما التالية لتعيين آخرهم ويختار الثلاثة أحدهم لرئاسة هيئة التحكيم خلال الأسبوع التالى لاختيار الحكم المرجح ويعتبر اختيار كل طرف لمحكمه قبولا لحكم المحكمين واعتباره نهائيا *

وفى حالة نكول أحد الطرفين عن اختيار محكمة أو فى حالة عدم

الاتفاق على اختيار الحكم المرجح ، لرئيس هيئة التحكيم فى المدد المحددة فى الفقرة السابقة أن يعرض الأمر على هيئة الرقابة الشرعية لتخار المحكم أو الحكم المرجح أو الرئيس حسب الأحوال .

وتجتمع هيئة التحكيم فى مقر البنك الرئيسى وتضع نظام الاجراءات التى تتبعها لنظر النزاع ، وفى اصدار قرارها • ويجب أن يتضمن هذا القرار بيان طريقة تنفيذ وتحديد الطرف الذى يتحمل بمصاريف التحكيم ويودع قرار هيئة التحكيم الأمانة العامة لمجلس ادارة البنك •

ويكون حكم هيئة التحكيم فى جميع الأحوال نهائيا وملزما للطرفين وقابلا للتنفيذ ، شأنه شأن الأحكام النهائية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية وفقا للاجراءات المنصوص عليها فى باب التحكيم فى قانون المرافعات •

وفى جميع الأحوال تخضع قرارات مجلس الادارة وأحكام هيئة التحكيم الصادرة بلقا لهذه المادة الأحكام الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية •

مادة (١٩) : يجوز بقرار من الجمعية العمومية للبنك فى اجتماع غير عادى تعديل أحكام نظامه الأساسى وذلك فيما عدا غرض البنك وكونه مصرفا اسلاميا أو زيادة التزامات المساهمين •

مادة (٢٠) : يصدر النظام الأساسى للبنك - فى حدود أحكام هذا القانون - بقرار من وزير الأوقاف بعد أخذ رأى وزير الاقتصاد ويعتبر نشر هذا النظام فى الوقائع المصرية بمثابة شهر له •

مادة (٢١) : ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به من تاريخ نشره •

يضم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها •
صدر برئاسة الجمهورية فى ١٣ رمضان سنة ١٣٩٧ هـ (٢٧ أغسطس سنة ١٩٧٧ م) •

(حسنى مبارك)

وزارة الأوقاف

قرار رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٧

بإصدار النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامى المصرى

وزير الأوقاف

بعد الاطلاع على القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بالشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة ؛

وعلى القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بإصدار قانون البنوك والائتمان ؛

وعلى القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى المصرى ؛

وعلى ما عرضه مؤسسو بنك فيصل الإسلامى المصرى ؛

وبعد أخذ رأى وزير الاقتصاد ؛

وبناء على ما ارتأه مجلس الدولة •

قـرـر :

مادة (١) : يؤسس « بنك فيصل الإسلامى المصرى » ويعمل وفقا لأحكام النظام الأساسى المرافق •

مادة (٢) : يجوز بقرار من الجمعية العمومية للبنك فى اجتماع غير عادى تعديل أحكام النظام الأساسى المرافق وذلك فيما عدا غرض البنك وكونه مصرفا اسلاميا أو زيادة التزامات المساهمين

مادة (٣) : ينشر هذا النظام فى الوقائع المصرية •

تحريرا فى ٢٠ من شوال سنة ١٣٩٧ هـ (٣ من اكتوبر سنة ١٩٧٧ م) .

محمد متولى الشعراوى

النظام الأساسي لبنك شيبصلى الاسلامى المصرى

الباب الرابع - ادارة البنك

مجلس الادارة - هيئة الرقابة الشرعية - انجمنية العمومية

(ب) هيئة الرقابة الشرعية :

مادة (٤٠) : تشكل هيئة الرقابة من خمسة أعضاء على الأكثر يختارون من علماء الشرع وفقهاء القانون المقارن المؤمنين بفكرة البنك الاسلامى تعينهم الجمعية العمومية كل ثلاث سنوات وتحدد مكافآتهم بناء على اقتراح مجلس الادارة •

وتكون مهمة هيئة الرقابة تقديم المشورة والمراجعة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية •

ويكون لها فى هذا الصدد ما لمراقبى الحسابات من وسائل واختصاصات

ويجوز لمجلس الادارة أن يدعو من يمثل هيئة الرقابة لحضور أى جلسة من الجلسات ولا يكون له صوت محدود •

كما يجوز للهيئة طلب عقد جلسة خاصة لمجلس الادارة لشرح وجهة نظرها فى المسائل الشرعية اذا اقتضى الحال ذلك •

واستثناء مما تقدم تكون مدة هيئة الرقابة الأولى أربع سنوات • كما يختار المؤسسون أعضاء هيئة الرقابة الأولى بمجرد صدور القانون والنظام ونشرهما •

مادة (٤١) : تسلك هيئة الرقابة فى عملها وفى علاقاتها مع ادارة البنك وهيئاته المختلفة ما يسلكه مراقبى الحسابات من وسائل واختصاصات وفقا لنصوص هذا النظام •

مادة (٤٢) : تحدد الجمعية العمومية العادية للبنك مكافآت وبدلات

الحضور لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة وأعضاء هيئة الرقابة عند
اعتماد الميزانية على ألا تتجاوز في مجموعها عشرة في المائة ولا تقل
عن خمسة في المائة من صافي الأرباح *

ويحدد المؤسسون مكافآت وبدلات رئيس وأعضاء مجلس الإدارة
وأعضاء هيئة الرقابة على السنة الأولى للبنك على أن يتم حسابها من
مصروفات التأسيس

* * *

٣ - قانون بنك فيصل الاسلامى السودانى

لسنة ١٩٧٧

اسم القانون وبدء العمل به

١ - يسمى هذا القانون « قانون بنك فيصل الاسلامى السودانى لسنة ١٩٧٧ م » ويعمل به من اليوم الخامس عشر من شهر ربيع ثانى لسنة ١٣٩٧ هـ الموافق اليوم الرابع من شهر ابريل سنة ١٩٧٧ م .

تفسير

٢ - فى هذا القانون وما لم يقتضى السياق معنى آخر :
« بنك » يقصد به بنك فيصل الاسلامى السودانى المنشأ بموجب المادة ٣ (١) من هذا القانون وتشمل كل فرع من فروع أو أية شركة ينشئها .

« أموال البنك » تشمل رأس مال البنك وممتلكاته .

انشاء

٣ - (١) ينشأ بنك يسمى « بنك فيصل الاسلامى السودانى » ويسجل شركة مساهمة عامة وفق قانون الشركات لسنة ١٩٢٥ م ويكون مركزه الرئيسى فى الخرطوم .

(٢) ينشئ البنك فروعاً له فى جميع أنحاء القطر .

أغراض البنك

٤ - يعمل البنك وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية على تدعيم تنمية المجتمع وذلك بالقيام بجميع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار كما يجوز له لتحقيق أغراضه انشاء شركات تأمين تعاونى أو أى شركات أخرى كما يجوز له المساهمة فى مناسط التنمية الاقتصادية والاجتماعية الميينة فى عقد تأسيس البنك ونظامه داخل الجمهورية السودانية الديمقراطية وخارجها .

رأس المال

- ٥ - (١) يكون للبنك رأسمال لا يقل عن ستة ملايين جنيه سودانى •
- (٢) تحدد عقد تأسيس ونظام البنك توزيع رأس المال الى أسهم ونسب المساهمة •
- (٣) تدفع مساهمة الجانب غير السودانى بعملة قابلة للتحويل •

استثناءات

٦ - لا تطبق على البنك :

- (أ) القوانين المنظمة للخدمة وقواعد ما بعد الخدمة على أن لا تقل المرتبات والأجور وفوائد ما بعد الخدمة التى يحددها البنك فى الحد الأدنى المنصوص عليه فى تلك القوانين •
- (ب) القوانين المنظمة للتأمين •
- (ج) قانون ديوان المراجع العام لسنة ١٩٧٠ م أو أى قانون آخر يحل محله •
- (د) المواد ٤٢ ، ٤٤ ، ٤٥ من قانون بنك السودان لسنة ١٩٥٩ م وذلك دون مساس بسلطة بنك السودان فى الاشراف على السياسة الائتمانية للبنك وتوجيهها •

اعفاءات

- ٧ - (١) (أ) تعفى أموال وأرباح البنك من جميع أنواع الضرائب
- (ب) تعفى من الضرائب الأموال المودعة بالبنك بغرض الاستثمار •

(ج) تعفى من الضرائب مرتبات وأجور ومكافآت ومعاشات جميع العاملين بالبنك ورئيس وأعضاء مجلس إدارته وهيئة الرقابة الشرعية •
(٢) بالإضافة الى الاعفاءات المنصوص عليها بموجب البند (١) يجوز أن يتمتع البنك بأى اعفاءات أو امتيازات منصوص عليها فى أى قانون آخر •

٨ - يجوز لمحافظة بنك السودان أن يعفى البنك من أحكام القوانين المنظمة للرقابة على النقد فى الحدود التى يراها مناسبة •

عدم جواز التأميم أو المصادرة

٩ - (أ) لا تجوز مصادرة أموال البنك أو تأميمها أو فرض الحراسة أو الاستيلاء عليها •

(ب) لا يجوز الحجز - أو الاستيلاء على المبالغ المودعة بالبنك الا بسوجب أمر قضائى •

* * *

قانون بنك فيصل الاسلامى السودانى لسنة ١٩٧٧

المعمول به من اليوم الخامس عشر من شهر ربيع ثانى لسنة ١٣٨٧هـ

الموافق اليوم الرابع من شهر ابريل ١٩٧٧ م

● هيئة الرقابة الشرعية ... تشكيلها ومهامها ومنهجها فى العمل :

— تشكيل ومهام هيئة الرقابة الشرعية •

— خطة هيئة الرقابة الشرعية ومنهجها فى الاجابة على الاستفسارات •

✱

● تشكيل ومهام هيئة الرقابة الشرعية كما وردت فى النظام الاساسى

للبنك :

١ — تشكل هيئة الرقابة الشرعية من ثلاثة أعضاء على الأقل وسبعة على الأكثر من علماء الشرع ، تعينهم الجمعية العمومية للمساهمين لثلاث سنوات وتحدد أنعابهم فى قرار التعيين • وتجوز اعادة تعيين من انتهت عضويته منهم ، وفى حالة خلو منصب أحد الأعضاء قبل نهاية مدته يعين مجلس الادارة من يحل محله لنهاية المدة المذكورة

٢ — يعهد لهيئة الرقابة بالمهام الآتية :

(أ) الاشتراك مع المسؤولين بالبنك فى وضع نماذج العقود والاتفاقات والعمليات العائدة لجميع معاملات البنك مع المساهمين والمستثمرين والغير ، وفى تعديل وتطوير النماذج المذكورة عند الاقتضاء ، وفى اعداد العقود التى يزمع البنك ابرامها مما ليس له نماذج موضوعة من قبل — وذلك كله بقصد التأكد من خلو العقود والاتفاقات والعمليات المذكورة من المحظورات الشرعية •

(ب) ابداء رأى من الناحية الشرعية فيما يحيله اليها مجلس الادارة أو المدير العام من معاملات البنك •

(ج) تقديم ما تراه مناسباً من المشورة الشرعية الى مجلس الادارة فى أى أمر من الأمور العائدة لمعاملات البنك .

(د) مراجعة عمليات البنك من الناحية الشرعية للتحقق من تنفيذ مقتضى ما جاء فى البنود (أ ، ب ، ج) السابقة .

٣ - تقدم هيئة الرقابة الشرعية دورياً وكلما اقتضى الأمر تقاريرها وملاحظاتها الى كل من المدير العام ومجلس الادارة .

٤ - تقدم هيئة الرقابة الشرعية للجمعية العمومية للمساهمين تقريراً سنوياً مشتملاً على رأيها فى مدى تمشى البنك فى معاملاته مع أحكام الشرع ، وما قد يكون لديها من ملاحظات فى هذا الخصوص .

٥ - تباشر هيئة الرقابة عملها وفقاً للأئحة تقترحها ويصدر بمقتضاها قرار من الجمعية العمومية للمساهمين . ولرئيس الهيئة أو نائبه حق حضور اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين ، وللهيئة كذلك طلب ادراج أى موضوع فى جدول اجتماع أى جمعية عمومية ومناقشته فى الاجتماع والاشتراك بخصوصه فى المداولات بدون أن يكون لها صوت عند اصدار القرارات .

● خطة هيئة الرقابة الشرعية للبنك فى الاجابة عن الاستفسارات الموجهة اليها من مجلس الادارة أو المدير العام :

(أ) تدرس الهيئة الموضوع المستفسر عنه دراسة وافية للوقوف على حقيقته مستعينة بمقدم الاستفسار وبمن ترى حاجة الى الاستعانة به من المتخصصين .

(ب) تبحث الهيئة عن الحكم الشرعى للموضوع المستفسر عنه مستعينة بما دونه العلماء من الأحكام الفقهية الفرعية ، وما دونه فى أصول التشريع من قواعد لاستنباط الأحكام .

(ج) اذا كان الموضوع المستفسر عنه فيه حكم متفق عليه بين الفقهاء بالجواز أو المنع أفتت الهيئة به واذا اختلف آراء الفقهاء فى الموضوع أفتت بما ترجحه منها أو ما تراه أكثر تحقيقا للمصلحة ، واذا لم يكن فى الموضوع حكم للمتقدمين من الفقهاء أفتت الهيئة فيه باجتهادها مراعية فى ذلك قاعدة : الأصل فى المعاملات الجواز اذا كانت برضاء الطرفين الا ما ورد فيه نص بالمنع •

(د) ليس من خطة الهيئة تطويع أحكام الشريعة الاسلامية لتساير ما عليه العمل فى المصارف القائمة • وانما خطتها تطويع الأعمال المصرفية لتساير الشريعة الاسلامية ، فشريعة الله حاکمة لا محكومة ، فما يوافق الشريعة من أعمال المصارف تقره الهيئة وما يخالفها تعدله اذا كان قابلا للتعديل ، وترفضه كلية اذا لم يقبل التعديل ، وتبحث عن بديل اسلامى للعمل المرفوض اذا كان وسيلة الى مصلحة حقيقية •

(هـ) يقوم كل عضو من أعضاء الهيئة منفردا بالبحث عن الحكم الشرعى فى الموضوع المعروض وفق الأسس المتقدمة ويدون ما تيسر له ، ثم تعرض الآراء فى اجتماع الهيئة وتناقش للوصول الى الحكم الذى تقره •

(و) تطبع الاجابة فى صورتها النهائية ويوقع عليها جميع الأعضاء ثم يسلمها السكرتير للجهات المعنية •

(ز) اذا كان لأحد الأعضاء رأى مخالف يدون فى الهامش •

٤ - قرار رئيس جمهورية مصر العربية
بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧١
بإنشاء هيئة عامة باسم (بنك ناصر الاجتماعى)

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور *

وعلى القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مؤسسة للقرض الحسن *

وعلى القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الادارى *

وعلى القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ باصدار قانون البنوك

والاكتئمان *

وعلى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٣ باصدار قانون التأمين والمعاشات

لموظفى الدولة ومستخدميها وعمالها المدنيين *

وعلى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ باصدار قانون الهيئات العامة *

وعلى القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ باصدار قانون التأمينات

الاجتماعية *

وعلى القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٤ فى شأن الضمان الاجتماعى

وعلى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء وتنظيم صندوق مساعدة

طلاب الجامعات والمعاهد العليا *

وعلى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ باصدار قانون المؤسسات العامة

وشركات القطاع العام *

وعلى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ باصدار نظام العاملين بالقطاع

العام *

وبناء على ما ارتآه مجلس الدولة *

قرر القانون الآتى :

مادة (١) : تنشأ هيئة عامة باسم بنك ناصر الاجتماعى يكون لها الشخصية الاعتبارية ويكون مقرها مدينة القاهرة وتتبع وزير الخزانة *

مادة (٢) : غرض الهيئة المساهمة فى توسيع قاعدة التكافل الاجتماعى بين المواطنين ولها فى سبيل ذلك :

١ - تقرير نظام للمعاشات وللتأمين وعلى الأخص التأمين التعاونى وذلك لغير المنتفعين بنظم المعاشات والتأمينات الاجتماعية ويتم ذلك تدريجيا *

٢ - منح قروض للمواطنين *

٣ - قبول الودائع وعلى الأخص الودائع الادخارية وتنظيم استثمارها *

٤ - استثمار أموال الهيئة فى المشروعات العامة والمشروعات الخاصة *

٥ - منح اعانات ومساعدات للمستحقين لها من المواطنين *

ويكون ذلك وفقا للشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية *

مادة (٣) لا يجوز للهيئة أن تتعامل مع الغير بنظام الفائدة أخذا أو عطاء *

مادة (٤) : للهيئة أن تستعين فى تحقيق أغراضها بالأجهزة التابعة للحكومة والحكم المحلى والقطاع العام *

مادة (٥) : يتكون رأسمال الهيئة من :

(أ) المبالغ التي تخصص بقرار من رئيس الجمهورية من موارد خارج موازنة الدولة لهذا الغرض *

(ب) الأموال التي تخصص لهذا الغرض في موازات الدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية *

مادة (٦) : تتكون موارد الهيئة من :

١ - نسبة من صافي أرباح الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة قبل التوزيع تحدد بقرار من رئيس الجمهورية *

٢ - اشتراكات المنتفعين بأحكام نظم التأمين والمعاشات التي يتم تعديريها طبقاً لأحكام اللائحة التنفيذية *

٣ - ما تخصصه الدولة لها سنوياً من اعتمادات الموازنة العامة للدولة *

٤ - الاعتمادات المدرجة في ميزانية الجهات العامة التي تباشر نشاطاً مماثلاً وينتقلها إلى ميزانية الهيئة *

٥ - المبالغ التي تخصصها وزارة الأوقاف للهيئة من إيرادات الأوقاف الخيرية لاستخدامها للقروض والمساعدات الاجتماعية *

٦ - أموال الزكاة والهبات والتبرعات والوصايا التي يقبلها مجلس إدارة الهيئة بما لا يتعارض وأغراض الهيئة *

٧ - الموارد الأخرى الناتجة عن نشاط الهيئة والأعمال والخدمات التي تؤديها للغير والعمولات التي تحددها اللائحة التنفيذية *

مادة (٧) : يكون للهيئة مجلس إدارة يصدر بتعيين رئيسه وأعضائه وتحديد مرتباتهم ومكافآتهم قرار من رئيس الجمهورية *

مادة (٨) : يختص مجلس إدارة الهيئة بتقرير السياسة التي تسيير عليها لتحقيق الغرض الذي قامت من أجله والإشراف على تنفيذها وله على الأخص :

١ - ادارة واستثمار أموال الهيئة وأرباحها ونكويين الاحتياطيّات
اللازمة لها .

٢ - الموافقة على مشروع الموازنة السنوية للهيئة وحسابها
الختامى .

٣ - وضع اللوائح الداخلية والقرارات المتعلقة بالشئون المالية
والادارية والفنية للهيئة دون التقييد بالقواعد الحكومية .

٤ - النظر فى كل ما يرى وزير الخزانة أو رئيس المجلس عرضه
من مسائل تدخل فى اختصاصه .

مادة (٩) : يبلغ رئيس مجلس ادارة الهيئة قرارات مجلس الادارة
الى وزير الخزانة خلال أسبوع من تاريخ صدورها لاعتمادها وتكون
هذه القرارات نافذة اذا لم يعترض عليها الوزير خلال شهر من تاريخ
ابلاغها اليه .

مادة (١٠) : تكون للهيئة موازنة خاصة تلحق بموازنة الدولة
تعد على نمط موازنات الهيئات العامة ، وتبدأ السنة المالية للهيئة
بمداية السنة المالية للدولة وتنتهى باتتهائها .

مادة (١١) : تعفى من جميع أنواع الضرائب والرسوم أموال
الهيئة وايراداتها وما تؤديه من معاشات واعانات وقروض كما تعفى
الطلبات والشهادات المتعلقة بها من جميع أنواع الرسوم .

مادة (١٢) : يكون للأموال المستحقة للهيئة لدى الغير بمقتضى
أحكام هذا القانون امتياز عام على جميع أموال المدين وتستوفى
مباشرة بعد المصروفات القضائية وللهيئة تحصيل أموالها بطريق الحجز
الادارى .

مادة (١٣) تباشر الهيئة نشاطها دون التقييد بأحكام القانون
رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ م باصدار قانون البنوك والائتمان .

مادة (١٤) : مع عدم الاخلال بأحكام المادة الأولى يسرى على العاملين بالبنك قانون نظام العاملين بالقطاع العام^(١) .

مادة (١٥) : يلغى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء وتنظيم صندوق مساعدة طلاب الجامعات والمعاهد العليا وتحل الهيئة محل الصندوق في حقوقه والتزاماته ويؤول إليها صافي أصوله وخصوصه وينقل الى الهيئة جميع العاملين بالصندوق بذات درجاتهم ومراتبهم ويجوز من وزير الخزانة استمرار العمل بالأحكام والقواعد المعمول بها في الصندوق في شأن مساعدة طلاب الجامعات والمعاهد العليا وذلك حتى صدور اللائحة التنفيذية .

مادة (١٦) : تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من وزير الخزانة بناء على ما يقترحه مجلس ادارة الهيئة .

مادة (١٧) : يكون لوزير الخزانة سلطات واختصاصات مجلس ادارة الهيئة ورئيسها حتى يتم تشكيله .

مادة (١٨) : ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ، وتكون له قوة القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره .

صدر برئاسة الجمهورية في ٣ شعبان سنة ١٣٩١ هـ (٣ سبتمبر

سنة ١٩٧١ م) .

أنور السادات

(١) انظر : المادة رقم (١٤) من قانون انشاء بنك فيصل الاسلامى المصرى والمادة رقم (٦) من قانون انشاء بنك فيصل الاسلامى السودانى .

٥ - مرسوم بتأسيس بنك دبي الاسلامى

(شركة مساهمة عامة محدودة)

نحن راشد بن سعيد آل مكتوم حاكم امارة دبي *

بما أنه بموجب عقد التأسيس والنظام الأساسى المؤرخين فى ١٠/٣/١٩٧٥ والمرفق بهذا المرسوم نسخة من كل منهما قد ألف السادة التالية أسماؤهم :

١ - سعيد أحمد لوتاه *

٢ - ناصر راشد لوتاه *

٣ - سلطان أحمد لوتاه *

٤ - محمد ناصر لوتاه *

٥ - عبد الله سعيد *

وجميعهم من دبي وعنوانهم : دبي - دولة الامارات العربية المتحدة ويشار اليهم فيما بعد بـ « المؤسسين » جماعة الغرض منها اثناء شركة مساهمة عامة محدودة فى دبي بمرسوم يصدر من قبلنا *

وبناء على طلب المؤسسين المؤرخ فى ١٠/٣/١٩٧٥ * فقد رسمنا ما هو آت :

أولا : تؤسس فى دبي بموجب هذا المرسوم شركة مساهمة عامة محدودة تسمى « بنك دبي الاسلامى » ويشار اليها فيما يلى بـ « بالشركة » *

ثانيا : يحدد رأس مال الشركة المصرح به بمبلغ خمسون مليون درهم يقسم الى مائة ألف سهم قيمة كل سهم خمسمائة درهم * ويكتتب المؤسسون بعشرة آلاف منها بالنسب المبينة فى العقد التأسيسى وتطرح الأسهم الباقية ومقدارها تسعون ألف سهم المساهمة من قبل مواطنى دولة الامارات العربية المتحدة على أنه تجوز المساهمة فى هذه الشركة

لغير مواطني دولة الامارات العربية المتحدة بموافقة سمو الحاكم بناء على تسييب من مجلس ادارة الشركة *

ثالثا : تنظم الشركة وتدار بموجب العقد التأسيسي والنظام الأساسي المشار اليهما والموقعين من المؤسسين وذلك مع مراعاة أحكام هذا المرسوم *

رابعا : تكون مدينة دبي المركز الرئيسي للشركة * ولا يجوز للشركة أن تنشئ لها فروعاً أو مكاتب أو وكالات في امارة دبي أو خارجها الا بعد الحصول على الموافقة الخطية لحكومة دبي *

خامسا : تكون مسئولية كل مساهم في الشركة محدودة بمقدار المبلغ غير المدفوع من قيمة أسهمه في الشركة *

سادسا : تكتسب الشركة شخصية قانونية مستقلة ومتميزة عن شخصيات أعضائها ولها الحق كشخص قانوني وباسمها التجاري أن تقوم بجميع أعمال الاستثمار والتمويل والخدمات المصرفية وغير ذلك مما هو منصوص عليه في عقد تأسيسها *

سابعا : لا يجوز للشركة أن تتضم أو أن تندمج في أية شركة أو هيئة أخرى أو أن تساهم في رأس مال أي بنك مرخص آخر الا بموافقة حكومة دبي الخطية *

ثامنا : لا يجوز للشركة أن تعدل عقدها التأسيسي أو نظامها الأساسي أو أن تضع أية أنظمة أخرى مغايرة للأحكام هذا المرسوم الا بموافقة حكومة دبي للحبيطة *

تاسعا : لا يجوز للشركة أن تنهى أعمالها أو أن تتوقف عنها الا باذن خطي من حكومة دبي ووفقا للشروط التي تضعها الحكومة *

عاشرا : على الشركة أن تقنتع كل سنة نسبة من أرباحها الصافية لا تقل عن عشرة في المائة وتخصيصها لحساب احتياطها القانوني حتى يساوي هذا الاحتياطي رأس مال الشركة المصرح به *

حادى عشر : تقدم الشركة لحكومة دى فى بداية عملها ومن ثم فى بداية كل سنة ميلادية قائمة بأسماء أعضاء مجلس الادارة والعضو المنتدب - ان وجد - ومديرى الشركة ، كما تبلىغ الحكومة عن كل تغيير يطرأ على هذه القائمة خلال ثلاثة أشهر من ختام كل سنة ميلادية صورة من تقريرها السنوى وميزانيتها السنوية مصدقة من مراقب حسابات قانونى ♦

ثانى عشر : تخضع الشركة للأحكام القوانين والأنظمة المعمول بها فى امارة دى ♦

صدر فى هذا اليوم ٢٩ من صفر ١٣٩٥ هـ الموافق لهذا اليوم ١٢ من مارس ١٩٧٥ م .

راشد بن سعيد آل مكتوم
حاكم امارة دى

بنات دى الاسلامى - شركة مساهمة عامة محدودة

عقد التأسيس

● أحكام الشريعة الاسلامية :

تلتزم الشركة بصفة أساسية ، بأن تقوم بجميع أعمالها طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية أخذاً وعطاءً ♦

٦ - مرسوم بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٧

بالترخيص في تأسيس شركة مساهمة كويتية

باسم (بيت التمويل الكويتي)

نحن صباح السالم الصباح أمير الكويت

بعد الاطلاع على الأمر الأميري الصادر بتاريخ ٤ من رمضان
سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ٢٩ من أغسطس سنة ١٩٧٦ م بتنقيح الدستور *

وعلى المواد ٢٠، ٢١، ٢٢ من الدستور *

وعلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ باصدار قانون الشركات
التجارية والقوانين المعدلة له *

وعلى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٦١ باصدار قانون التجارة المعدل
بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٢ والقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٧٦

وعلى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت
المركزي وتنظيم المهنة المصرفية *

وبناء على عرض وزير الأوقاف والشئون الاسلامية ووزير التجارة
والصناعة ووزير العدل ووزير المالية *
وبعد موافقة مجلس الوزراء *

اصدرنا القانون الآتي نصه :

مادة أولى

يرخص لوزارة الأوقاف والشئون الاسلامية ووزارة العدل
(ادارة شئون القصر) ووزارة المالية في تأسيس شركة مساهمة
كويتية باسم « بيت التمويل الكويتي » برأس مال قدره عشرة ملايين
دينار *

مادة ثانية

على المؤسسين - بصفتهم - الالتزام بوثيقة تأسيس الشركة ونظامها الأساسي ، وترافق هذا القانون بصورة رسمية من كل منهما .

مادة ثالثة

لا يمنح هذا الترخيص الشركة المذكورة أى احتكار أو امتياز ولا تقترب عليه أية مسؤولية على الحكومة .

مادة رابعة

على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون . ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

أمير الكويت

صباح السالم الصباح

رئيس مجلس الوزراء

جابر الأحمد الجابر الصباح

وزير الأوقاف

والشئون الإسلامية

يوسف جاسم الحجى

وزير العدل

عبد الله إبراهيم المفرج

وزير التجارة والصناعة

عبد الوهاب يوسف العتيقى

صدر بقصر السيف فى ٣ ربيع الآخر ١٣٩٧ هـ (الموافق ٢٣ مارس

١٩٧٧ م) .

مذكرة ايضاحية

لمرسوم بقانون

في شأن تأسيس شركة مساهمة كويتية باسم

(بيت التمويل الكويتي)

يقوم النشاط المالي والتجاري في الكويت على مجموعة من القواعد القانونية التي يشكل أساسها قانون الشركات التجارية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ وقانون التجارة رقم ٢ لسنة ١٩٦١ والقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ بشأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية وهي في جملتها أحكام تساير النظم المعاصرة التي تفسح لتقاضى الفوائد بين المتعاملين حيزا كبيرا في الحياة التجارية وبخاصة في المعاملات التي تجرى بين المصارف وعملائها .

وإذا كانت الشريعة الاسلامية قد حرمت التعامل بالربا عملا بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ . فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وأن تبتم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون ﴿ (١) ﴾ .

« صدق الله العظيم »

الا أن كثيرا من الأحكام في هذا الموضوع كانت ما تزال محل خلاف بين الفقهاء وما زال البحث يدور بين العلماء في المؤتمرات ومراكز البحوث والدراسات الاسلامية حول ما يدخل في باب الربا وما لا يدخل وما هو حكم الفوائد والأرباح والعائد في كثير من العقود وخاصة ما استحدثت من صور جديدة للمعاملات والاستثمار والنشاط الاقتصادي وما يتم منها بواسطة الدولة والأشخاص المعنوية .

(١) البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩

ومع ذلك فإنه لغنى عن البيان أن الاتجاه الآن يسير نحو استلهاام مبادئ الشريعة الإسلامية وجعلها مصدرا أساسيا فى التشريع وكان الدستور الكويتى من أسبق الدساتير الحديثة التى قننت هذا الاتجاه • لذلك بادرت الحكومة الى تأسيس شركة مساهمة كويتية تقوم بالنشاطات المالية وأعمال التأمين وأوجه الاستثمار المختلفة مع استبعاد عنصر الفائدة أو الربا طبقا لما هو مبين فى النظام الأساسى لهذه الشركة •

ولما كان قيام مثل هذه الشركة يقضى أن يتم بقانون خاص يكفل لها عدم التقيد بأحكام القوانين الحالية فيما يتعارض مع طبيعة نشاطها وما ورد فى نظامها الأساسى مع خضوعها للأحكام هذه القوانين فيما عدا ذلك •

ولذلك رؤى استصدار هذا القانون •

COMPANIES LAW

(Chapter 113 and Laws No. 28/1974 and 7/1977)

CYPRUS ISLAMIC BANK

MEMORANDUM OF ASSOCIATION

1 — The name of the Company is « Cyprus Islamic Bank ».

2 — The head office of the Company is at Lofkosa.

3 — The Company will carry out banking business exclusively. Due to this the objects for which the Company is established are the following :

(a) The carrying out of any banking business in Cyprus allowed by the Laws of the Turkish Federated State of Cyprus i. e. the acceptance of deposits, giving and receiving any credits and guarantees including those with mortgage, and for forming wholly or partly any banking services and transactions connected with these in any other line with regard to banking .

(b) While carrying out banking business :

(1) to become the owner of movable and immovable property and to carry out the necessary transactions connected with any of them ;

(11) to carry out any transactions in connection with deposits, (currant account and savings account) setting aside of funds to cover expenses, deposits in the « Investment Fund

Account » , foreign exchange, lending, finance, disposals, credits,
security, guarantes, commercial transactions etc.,

RELIGIOUS CONTROL

104 — There shall be appointed a control commission consisting of not more than five persons The remuneration of the members of the Religious Control Commission who win be appointed by the Board of Managemant of the Bank and of the Institute at every three years shall be determined by such boards. The Religious Control Commission shall see to the conformity of the functions of the bank to Islamic principles.

* * *

ثالثاً - أهم النتائج والتوصيات(1) :

لا شك أن الأصول الفقهية التي تحدثنا عنها فى إطار هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية والمعاركة العملية التى يتسم بها النشاط المالى والمصرفى فى البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية والتجربة الميدانية فى واقع عمل «.الهيئة الشرعية» فى تلك المؤسسات لا بد من الخلوص الى مجموعة من النتائج والتوصيات تعبر عن ثمره هذا البحث الفقهى الميدانى ومن أهم ما يجب أن نلفت الانتباه اليه - اذا صدقت النهى وخلص العمل لله وللناس أجمعين - ما يأتى :

١ - ضرورة انشاء ادارة أو هيئة للفتوى والمتابعة الشرعية لا تقل شأنًا عن أية ادارة أخرى فى البنك أو المؤسسة المالية من الناحية الادارية والتنظيمية والفنية .

٢ - ضرورة الالتزام بالحد الأدنى من الضوابط الشرعية التنظيمية فيما يتعلق بشروط ومواصفات أعضاء الهيئة الشرعية والحد الأدنى من العدد وهو ثلاثة .

٣ - تمثيل الهيئة الشرعية فى مجلس الادارة وحتى لو لم تكن ذات صوت محدود عند التصويت على القرارات .

٤ - ضرورة عرض القرارات الاستثمارية أو التشغيلية على الهيئة قبل دخولها مرحلة التنفيذ العملى لابداء الرأى الشرعى فيها .

٥ - أن يكون الرأى الشرعى ملزماً .

٦ - أن يكون للهيئة الشرعية سلطة أو حق طلب أية معلومات

(١) تم اعداد وصياغة هذه النتائج كأهم ما يهم البرامج التدريبية فى مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ووفقاً لخطته التدريبية التى يعدها المركز بمتخصصيه .

أو بيانات أو أوراق ومستندات تراها لازمة للفحص والتدقيق وبيان وجه الحق في مسألة من المسائل •

٧ - أن يكون للهيئة جلسات دورية منتظمة في مقر العمل وفقا لللائحة داخلية تنظم عملها •

٨ - أن يأتي اختيار أعضاء الهيئة على وجه الخصوص بالانتخاب الحر المباشر من قبل الجمعية العمومية دون أن يكون الأى مساهم سوى صوت واحد بصرف النظر عن عدد أسهمه وإذا جاز القول بغير ذلك في غير ذلك من الأمور الا أنه مما يجب الأخذ به فيما يتعلق باختيار أعضاء الهيئة الشرعية كنوع ضمانة وحيدة موضوعية في اختيار أعضائها •

٩ - أن تنظم الهيئات الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية فيما بينها لقاءات دورية ربع أو نصف سنوية على الأكثر لعرض ما انتهت اليه من آراء وفتاوى شرعية في دائرة عملها •

١٠ - تحدد الجمعية العمومية مكافآت وبدلات أعضاء الهيئة الشرعية •

تلك عشرة كاملة نسأل الله تعالى أن يشرح لها صدور المهتمين والقائمين على البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية •

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه فى الأولين والآخرين صلاة دائمة الى يوم الدين ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين •

المبحث الرابع

الهيئة الشرعية ورسالة البيان والتغيير

● تمهيد :

ان الدور المتميز فى عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية
ينفرد بما يوجد ضمن مكوناتها النظامية ما اصطلح على تسميته
بـ « الهيئة الشرعية للبنك » واذا كانت هذه المؤسسات تقوم على أداء
وطريقة عمل لا مكان فيها للربا بجميع صوره ومن ثم تتمتع بصيغ
وأشكال استثمارية اسلامية تنفرد بها فى منهج عملها سبق الحديث
عنها تفصيلا فان ذلك يستلزم ويستتبع بيان كل ذلك للناس •

وصدق الله العظيم القائل : ﴿ هذا بيان للناس وهدى وموعظة

للمتقين ﴾ (١) •

ويقول تعالى : ﴿ خلق الانسان • علمه البيان ﴾ (٢) •

وهذا البيان تضطلع برسائله الهيئة الشرعية فى البنوك والمؤسسات
المالية الاسلامية توطئة لاحداث التغيير المنشود فى الواقع والعرف
وهذا البيان لرسالة ودور البنك الاسلامى قائم على الحكمة والموعظة
الحسنة وأيضا بالمجادلة بالتي هى أحسن ؛ فذلك طريقتان تقتضى الحكمة
التخير أو الجمع بينهما بحسب الأحوال وهما :

الطريق الأول : الحكمة والموعظة الحسنة ؛ والطريق الثانى :

المجادلة بالتي هى أحسن •

(٢) الرحمن : ٣ ، ٤

(١) آل عمران : ١٣٨

والمجادلة تقتضى الاستعداد بما هو أحسن دائماً حتى يتم النصر للمتقين وأهل الطهر والفضل .

والهيئة الشرعية اذ تضطلع بهذا الدور لا تنفصل عن الواقع وما يكتنفه من اعلام ومعلومات وقيم ومبادئ ، وكذلك فان الهيئة تبين للناس وسائل التغيير المنشود وأدواته الفعالة فى تحقيق المقاصد والأهداف وتتناول هذين الموضوعين فيما يلى :

اولا - محددات الاطار العام للهيئات الشرعية :

١ - الاعلام ومشتقاته أو ما يتفرع عنه :

الاعلام والنبأ صنوان لا ينفكان ، فلا اعلام بغير نبأ ولا نبأ معلوم بغير اعلام .

وقد جمع الأمران فى قوله تعالى : « عم يتساءلون . عن النبأ العظيم . الذى هم فيه مختلفون . كلا سيعلمون . ثم كلا سيعلمون » (١) .

ويعبر علماء الادارة والتسويق عن ذلك « النبأ » بالتسويق وفن البيع القائم على مجموعة من المعارف الأساسية من أهمها :

— ماذا يتم تسويقه وبيعه ؟ ولن ؟ وكيف ؟ وذلك فيما نحن بصدده .

ونحاول الاجابة أو وضع اطار عام للاجابة عن هذه التساؤلات الثلاثة على النحو التالى :

٢ - ماذا تقدم المؤسسات المالية الاسلامية ؟ (ماذا) :

مما لا شك فيه أن الاعلام يتضمن الاعلان ومشتقاتهما من الدعاية والاتصال الشخصى ... عما يجب بيعه أو تسويقه من الخدمات

(١) النبأ : ١ - ٥

والاستثمارات فى البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية وما يتعين أن يتسم به نظام الخدمات من اليسر والسهولة زمانيا ومكانيا وأن يكون على نحو أكفأ *

وكذلك نظام الاستثمارات يجب أن يكون أوسع وأشمل فصيح الاستثمار الإسلامية لا تتناهى بحسب متطلبات البيئة والواقع * ومؤدى ذلك أن التسويق بأشطته المترابطة يقوم على الأفضل والفضيلة فى المنهج الإسلامى فيما يتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية وتتمثل الفضيلة الأولى بأجلى معانيها عدم التعامل بالربا أخذا وعطاء تطهيرا للمال والنفس والمعاملات كما تتمثل فى فضائل الصلح والأمانة من أهم ما يجب أن يلتزم بهما البنك الإسلامى فى معاملاته وكذلك فضائل عدم الاستغلال والغبن والاحتكار ***

ويتمثل الأفضل فى عملية التسويق أيضا فى أوجه التمييز التى يتمتع بها المصرف الإسلامى من وجود نظام القرض الحسن القائم على قاعدة راسخة من نظام الزكاة فيه ، وكذلك النظام الادخارى القائم على خلق الرغبة الادخارية لاشباع الدوافع المختلفة وبخاصة الاتاجية *

ونظام المشاركات يقوم على مبدأ « نحن معك والله معنا » فالمشاركة قائمة على المشاركة بين البنك والمتعاملين معه مشاركة وفقا للصيغة المختارة والملائمة وفقا لسياسة تحقيق أعلى نسبة ربح متوقع

المخاطر <

وأقل نسبة مخاطر ممكنة (—) وكذلك وفقا لسياسة تحقيق الربح >

أعلى درجة ممكنة من الانضباط الادارى مع اعطاء الفرصة للتعبير الادارة

عن الارادة (—) فى اطار المصلحة المبتغاة *
الارادة

وذلك متحقق فى الجزء الأول من مبدأ « نحن معك » أما الجزء

الأخر « والله معنا » فمرده الى الحديث القدسي بن أبي هريرة قال :
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يقول الله تعالى : « أنا ثالث الشريكين
ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانته خرجت من الشركة » (١) *

وأخرج أبو داود وروى الحاكم في مستدرکه والبيهقي في سننه
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا
فإذا تخاونا محقت تجارتها فرفعت البركة منها » (٢) *

● المعلومات المتاحة :

المعلومات التي تقدم للمتعاملين مع البنك محدد رئيسي في
عملية التسويق وهو ما يسمى في علم الادارة والتسويق « بالترويج »
Promotion ، وهذا دور رئيسي وهام لرجال هيئات الفتوى الشرعية
في البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية باعتبار الهيئة الاجتماعية
لأعضائها والقائمة على الثقة والاطمئنان الديني الى الأحكام الشرعية
التي تصدرها الهيئات لشرعية في هذه المؤسسات المالية *

وما يجب أن تتوفر في هذه المعلومات من عدم المبالغة ومبلغ ما يجب
أن تقوم عليه من صدق ؛ فعدم المبالغة في الدعاية والاعلان شرط اساسي
وجوهري فيما تقدمه البنوك الاسلامية من معلومات وبيانات واحصاءات *

ووسائل تقديم المعلومات للمستفيد من هذه المؤسسات تتنوع
وتتعدد ولا تنحصر في وسيلة بعينها وأهمها « الاتصال الشخصي »
ويجد سنده الشرعي الرصين فيما كان يفعله الرسول صلى الله عليه وسلم
من عرض نفسه على القبائل في مواسم الحج وغيره ، ومن ايفاده
المبعوثين والرسول لتبليغ رسالته فضلا عما يجب أن يتحلى به هؤلاء

(١) رواه أبو داود وصححه الحاكم ورواية الدارقطني : « فإذا خان
أحدهما صاحبه رفعها عنهما » - سبل السلام ج ٣ ص ٨٦
(٢) الروض النضير شرح مجموعة الفقه الكبير لشرف الدين الحسيني
الصنعاني ج ٣ ص ٣٦٢ ط . السعادة سنة ١٩٤٩ م .

المبلغون من ذكاء ولباقة وحسن تصرف وقدرة وإحاطة تامة بما يبلغون ،
ففاقد الشيء لا يعطيه •

● القيم والمبادئ :

ان المناخ العام الذى تعمل فيه البنوك والمؤسسات المالية
الاسلامية تسوده مجموعة من المبادئ والقيم فى كل نواحي الحياة
الاجتماعية والقانونية والاقتصادية وغيرها ، وهذه المبادئ والقيم النسبية
قد تصطدم بها أو تتعارض معها ما تدعو اليه وتقوم عليه هذه المؤسسات
وهذا يتطلب المزيد من الحكمة فالبقاء فى النهاية للأفضل ،
وما يستقر فى وجدان الناس من حقائق •

ولا شك أن ما تقدم يعكس جانبا كبيرا من رسالة البيان
والتغيير التى تتحملها المؤسسات المالية الاسلامية وهو ما تناوله
تفصيلا فيما يأتى :

٣ - مع من يتم تعامل البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ؟

(لمن) :

لا شك أن منهج عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية قائم
على المحلية والعالمية وكل الناس فى آن واحد والتنسيق بين هذه
القطاعات مسألة سياسة مصرفية تحكمها مجموعة من المبادئ والمتاح
الشرعية التى يحكمها ضرورة ايجاد نوع من التوازن بين الكلى والجزئى
ومن ثم المصلحة العامة والمصلحة الخاصة •

٤ - كيفية التعامل ؟ (كيف) :

تثور هنا مجموعة من المسائل الأساسية هى :

(أ) مقاصد الشريعة الاسلامية وارتباطها بالأحكام الشرعية :
مصادر التشريع الاسلامى عديدة ولكنها مردودة الى مصدرين
رئيسيين هما :

- القرآن الكريم
- السنة النبوية المطهرة

وتعدد المصادر التشريعية يتسع ليضفى صلاحية لكل زمان ومكان
• وحال

والمقاصد الشرعية العليا يجرى تحقيقها فى الواقع والعرف وفق أولويات محددة ومنسبطة حتى تأتي موفية بالحاجات الانسانية وتمثل فى ثلاث مراتب هى على الترتيب :

- الضروريات
- والتحسينيات
- والحاجيات

ويتمثل ضبط هذه المقاصد من الوجهة الشرعية فى أن الضروريات يتم الوفاء بها وفق أولويات مرتبطة ومتتابعة هى :

- ١ - حفظ الدين •
- ٢ - حفظ النفس •
- ٣ - حفظ العقل •
- ٤ - حفظ المال •
- ٥ - وحفظ النسل •

ولكى يأتى تحقيق هذه المقاصد وفق أحكام الشرع ارتبطت هذه الأولويات بمراتب الحكم الشرعى من الواجب والندوب والمباح... وكلها مما هو مطلوب فعله بحسب الجهة المذكورة ، فيكون الفعل مطلوب الاتيان على جهة الوجوب اذا كان من الضروريات ، أو على جهة الندب اذا كان من الحاجيات ، أو على جهة الاباحة اذا كان من التحسينيات على تفصيل فى ذلك (١) •

وعلى هذا الأساس كانت درجات الاشباع الاقتصادية فى اطار حدها الأعلى تعمل مجتمعة فى المنهج الاسلامى وفق أولوياتها من المقاصد الشرعية ، فما يسمى بحد الكفاف مطلوب على جهة الوجوب كحد أدنى

(١) انظر الموافقات للشاطبى ج ١

واجب الاشباع من الضروريات ، وما يسمى بحد الكفاية مطلوب على
جهة الندب كحد أعلى واجب الاشباع من الحاجيات *

أما الغنى فمن التحسينيات على جهة الاباحة يجد حده المحظور في
الترف المتمثل في الاسراف والتبذير فليس الغنى بحديه المانع من أخذ
الزكاة والموجب لدفع الزكاة مما يبغضه الاسلام بل حث عليه ولا يجب
أن يختلط ذلك بمسألة عدم تركيز الثروة في الاسلام لقوله تعالى .

﴿ كفى لا يفتنون دولة بين الأغنياء منكم ، وما آتاكم الرسول فخذوه
وما نهاكم عنه فانتهوا ، وأنقوا الله ، أن الله شديد العقاب ﴾ (١) .

فالغنى مرتبط بالسعى والجد فيه وتنفيذا لمقصد الاستخلاف في
الأرض وسارة الأرض *

والدولة مرتبطة بعدالة التوزيع بعد ذلك بطرائقها الشرعية .
وفي إطار هذه الأولويات الشرعية مرتبطة بأحكامها الشرعية تعمل
آلية الاستثمار في البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية وفقا لمعاييرها
وضوابطها الشرعية المذكورة تفصيلا في مواضعها من البحث بصدد كل
صيغة وأسلوب من أساليب الاستثمار الاسلامية التي لا تتناهى بحسب
متطلبات الواقع والسرف وتحقيق مصالح العباد فيتحقق بذلك أمران على
جانب عظيم من الأهمية في ممارسات ونشاطات البنوك والمصارف
والمؤسسات المالية الاسلامية ، وهي :

أعلى نسبة من الربح المتوقع *

< الربح

* أقل نسبة مسكنة من المخاطر وفقا لمعادلة (—)
> المخاطر

(ب) الاقتناع المولد للثقة :

تقوم منهجية العمل المصرفي الاسلامي ابتداء على الاقتناع حتى

(١) الحشر : ٧

يقبل الناس على التعامل مع تلك المؤسسات ويستثمرون على ذلك ، ومرجع ذلك الى الأصل الكلى المأخوذ من قوله تعالى : ﴿ لا اكراه في الدين ،

قد تبين الرشيد من الفى ﴾ (١) .

وكيف يتصور اكراه في دين يتفق مع فطرة الانسان بل هو الفطرة التى فطر الناس عليها لقوله تعالى : ﴿ فطيرة الله التى فطر الناس عليها ،

لا تميديل لخلق الله ﴾ (٢) .

وخير وسيلة للاقناع القول والعسل المنفذ له أو أن يأتى الفعل مطابقا للقول والا كانت خصلة النفاق المذمومة والرذيلة الممجوجة الممقوتة شرعا يقول الله تعالى : ﴿ لم تقولون ما لا تفعلون . كبر مقتنا عند الله أن تقولوا

ما لا تفعلون ﴾ (٣) .

والاقناع والثقة هما الهدف النهائى لعملية «التسويق» وما تشمله من عملية «الترويج» فهما موجهان الى «العيل» أساسا الذى يعتبر بحق جوهر عمل ونشاط البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية . وليس «التعاملين» مع البنك الاسلامى فقط وان كانوا الهدف المباشر ، بل أيضا المستفيدون من هذه النشاطات والاستثمارات فى واقع الناس .

(ج) التقييم :

ونقصد به هنا المحصلة النهائية لهذه السلسلة المترابطة من المقاصد المترتبة بأحكامها الشرعية وما تتولد عنه من نشاطات واستثمارات فى العسل المصرفى الاسلامى وما يتولد عنها فى النهاية من اتخاذ الشخص - سواء أكان طبيعيا أو معنويا - قراره بالتعامل مع هذه المؤسسات الاسلامية من عدمه فذاك مناط الأمر المبني على الثقة والاقناع .

(٢) الروم : ٣٠

(١) البقرة : ٢٥٦

(٣) الصف : ٣ ، ٢

ثانيا - وسائل وأدوات البيان والتغيير :

تتنوع هذه الوسائل والأدوات فى المنهج الإسلامى استنادا الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فقلبه ، وذلك أضعف الايمان » (رواه مسلم) •

وأدوات التغيير المنشودة فى الحديث الشريف تتمثل فى ثلاث هى :

- اليد -
- القلب •
- اللسان -

وصدق الصادق المصدوق صلى الله عليه وسلم فقد أوتى جوامع الكلم وعلينا أن نتفهم معطيات كل أداة بحسب ظروف كل زمان ومكان وحال •

١ - فاليد لا تعنى السلطة فقط بل إن من أهم ما تدل عليه العمل والانتاج اذا كانت مشكلة الناس تكمن فى ذلك • وقد تعنى تحديد الاختصاصات والسلطات فى جهاز التنظيم الإدارى والمالى والقنى وما يترتب على ذلك من لوائح وتنظيمات وتنفك بذلك مشكلة كؤود مشكلة التنظيم وهكذا •••

٢ - واللسان كأداة تغيير لا ينجصر فى القول وانما يشمل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر • ولعلنا لا نرى فى زماننا الا التخلف من أشد أنواع المنكر ، ومن ملك عليك قوتك سلبك ارادتك • كما يشمل البلاغ والعلم والفكر أيضا وهكذا •••

٣ - القلب كأداة تغيير من الممكن أن يؤخذ بالمعنى اللغوى وهو جوهر الأمر وسنانه أو بالمعنى الحسى المحرك لكافة أعضاء الجسم وذلك لا ينفك أيضا عن المعنى اللغوى أو بالمعنى العام وهو رأى العام المستتير كوسيلة فعالة وأداة مضاعفة لاحداث التغيير المنشود وتحقيق

المقاصد الشرعية المنشودة وفق الأولويات السابقة وذلك بحسب مقتضى الحال والحاجة وهكذا *.*.*

والهيئة الشرعية فى المؤسسات الإسلامية تقوم بالدور الرئيسى فى هذا المضمار ومن هنا احتلت مكائتها التنظيمية فى هيكل البنك أو المؤسسة المالية تعمل وفق نظام فعال على ما أسلفنا ، والله المستعان.

* * *

ملحق رقم (1) :

نموذج لائحة الهيئة الشرعية في الجهة المعنية
(المصرف أو المؤسسة المالية)

بعد الاطلاع على قانون والنظام الأساسي
وبعد الاطلاع على المادة
ومراعاة لمقتضيات مصلحة العمل *

تقرر :

أولاً - تشكيل الهيئة الشرعية :

- مادة (1) : تشكل الهيئة الشرعية من ثلاثة أعضاء على الأقل من
العلاء الثقات يختارون رئيس الهيئة من بينهم *
- مادة (2) : يشترط في عضو الهيئة الشرعية ما يأتي :
- (أ) أن يكون محمود السيرة حسن السمعة مشهود له بالايان
والتقوى وعدم التساهل *
- (ب) التحصيل الغزير والانتاج العلمي في الفقه الاسلامي المقارن *
- (ج) العلم التام بأصول الشريعة ومقاصدها ومصادر الأحكام
والدربة العملية في ذلك *
- مادة (3) : تنتخب الجمعية العمومية أعضاء الهيئة الشرعية في
دورتها العادية ويجوز إعادة انتخابهم وتحدد أتعابهم *

ثانياً - اختصاصات الهيئة :

- مادة (4) : تختص الهيئة بالفتيا وإبداء الرأي الشرعي في الأعمال
والعمليات التي تجريها الجهة المعنية (المصرف أو المؤسسة) ودون التعصب
لمذهب فقهي معين *

مادة (٥) : تصمم الهيئة نماذج عقود المعاملات النمطية وتعيد النظر فيها كلما اقتضت الحاجة ذلك .

مادة (٦) : تقديم المشورة الشرعية الى ادارة الجهة المعنية (المصرف أو المؤسسة) كلما عن لها ذلك .

مادة (٧) : متابعة تنفيذ الفتاوى والآراء التي سبق اصدارها من الهيئة .

مادة (٨) : لا يتوقف ابداء الرأي أو الفتيا على طلب ويكون ملزما في جميع الأحوال بحسبانه الحكم الشرعى واجب الاتباع .

مادة (٩) : يحضر رئيس الهيئة اجتماعات مجلس الادارة ولا يكون له صوت محدود في اصدار القرارات ويجوز له التشبيه الى مايرى مخالفته الأحكام الشرع .

ثالثا - اجتماعات الهيئة :

مادة (١٠) : تجتمع الهيئة فى مقر الجهة المعنية (المصرف أو المؤسسة) بصفة دورية منتظمة لا تزيد عن شهر ، ويجوز لها عقد بعض اجتماعاتها خارج تلك الجهة أو فى أحد الفروع .

مادة (١١) : يكون للهيئة أمانة دائمة فى مقر الجهة المعنية تكون حلقة الاتصال فى كل ما يتعلق بنشاط الهيئة وتتولى المهام التالية :

(أ) الأعداد لاجتماعات الهيئة .

(ب) أعمال الوارد والصادر الخاصة بالهيئة .

(ج) تجميع وتصنيف فتاوى وآراء الهيئة واعدادها للطبع والنشر والتوزيع .

(د) استيفاء المعلومات والبيانات والمستندات اللازمة لعمل الهيئة .

مادة (١٢) : تصدر الفتاوى والآراء بالاجماع كلما أمكن وبالأغلبية
اذا اقتضى الأمر ذلك مع تدوين الرأى المخالف *

مادة (١٣) : تستعين الهيئة فى أدائها لعملها بمن ترى الاستعانة بهم
بصفة دائمة أو مؤقتة من ذوى التخصصات الأخرى واللازمة لاجلاء
وجه الحق فى المسائل المطروحة على الهيئة *

مادة (١٤) : تدعو الهيئة الى اجتماع عام دورى وفيما عدا ذلك كلما
اقتضت الحاجة ذلك تحضره الهيئات الشرعية النظرية لبحث ومناقشة
موضوع أو أكثر وابداء الرأى فيه نظرا لأهميته وعموميته *

مادة (١٥) : لا يصح اجتماع الهيئة اذا لم يحضر ثلاثتهم اذا كانوا
ثلاثة أو الأغلبية اذا زاد العدد عن ثلاثة *

رابعا - احكام ختامية :

مادة (١٦) : تعد الهيئة تقريرا دوريا كل ثلاثة أو ستة أشهر بنتائج
أعمالها وانجازاتها وتعميمه ، كما تعد تقريرا سنويا آخر تضمنه اقتراحاتها
للعرض على الجمعية العمومية العادية *

ملحق رقم (٢) :

نموذج لائحة

الهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية بالاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية

بعد الاطلاع على المادة ١٦ من اتفاقية انشاء الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية عام ١٣٩٧ هـ (١٩٧٧ م) *
وعلى قرار مجلس الاتحاد فى اجتماعه الثانى بتاريخ ١٦ من ذى الحجة ١٣٩٧ هـ (٢٧ من نوفمبر ١٩٧٧ م) *
وعلى قرار مجلس الاتحاد بتاريخ ٦ من ربيع الأول ١٤٠٣ هـ (٢٢ ديسمبر ١٩٨٢ م) وتيسيرا لقيام الهيئة بابداء الرأى والرقابة والتوجيه للبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية الأعضاء بالاتحاد فيما يختص بالمعاملات المالية *
توصى الهيئة مجلس الاتحاد باصدار اللائحة التالية :

الباب الأول

انشاء الهيئة واختصاصاتها

مادة ١ - تنشأ بالأمانة العامة للاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية هيئة تسمى « الهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية » ويشار اليها فى هذه اللائحة بعبارة « الهيئة » *
مادة ٢ - تختص الهيئة بما يلى :

١ - دراسة الفتاوى السابق صدورها من هيئات الرقابة الشرعية بالبنوك الأعضاء بالاتحاد سعيا نحو توحيد الرأى *
٢٨٤

٢ - دراسة ما تصدره هيئات الرقابة الشرعية وأجهزة الفتوى والاستشارة فى البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية الأعضاء بالاتحاد من فتاوى وابداء الرأى فى مدى التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية .

٣ - مراقبة نشاط البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية الأعضاء بالاتحاد للتأكد من التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية . وتنبية الجهات المعنية بما قد يظهر فى هذه النشاطات من مخالفة لهذه الأحكام .

وللهيئة فى سبيل ممارسة هذا الاختصاص حق الاطلاع على قوانين ولوائح البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء وعلى النماذج والعقود مع ضمان المحافظة على السرية فى جميع الأحوال .

٤ - ابداء الرأى الشرعى فى المسائل المصرفية والمالية التى تطلبها البنوك أو المؤسسات المالية الإسلامية الأعضاء بالاتحاد أو هيئات الرقابة الشرعية بها أو الأمانة العامة للاتحاد .

٥ - النظر فيما تعرضه عليها الهيئات والمؤسسات المالية الإسلامية من أمور تتعلق بالمعاملات المالية والمصرفية ، وابداء الرأى فيها .

٦ - تكون قرارات وفتاوى الهيئة ملزمة للبنوك والمؤسسات المالية الأعضاء بالاتحاد اذا صدرت بالاجماع . وللبنك أو المؤسسة المالية العضو حق طلب اعادة العرض على الهيئة بمذكرة مفصلة . أما فى حالة الاختلاف فى الرأى فلكل بنك أن يأخذ بأى الرأىين ، ما لم تقرر الهيئة أن المصلحة تقتضى الالتزام .

٧ - التصدى لبيان الأحكام الشرعية للسائل الاقتصادية التى جرت وتجد وتقوم عليها مصالح ضرورية فى البلاد الإسلامية .

مادة ٣ - ترجع الهيئة فيما تصدره من فتاوى وقرارات الى المقاصد العامة للشريعة وقواعدها الكلية وأحكامها الجزئية المستمدة من الكتاب والسنة دون التقييد بمذهب معين .

- مادة ٤ - يجوز للهيئة أن تشكل لجانا خاصة من بين أعضائها أو من غيرهم لابتداء الرأى فى بعض الموضوعات التى تدخل فى اختصاصها *
- مادة ٥ - اقتراح الميزانية السنوية للهيئة *

الباب الثانى

الهيكل التنظيمى للهيئة

مادة ٦ - تتكون الهيئة من :

- ١ - مجلس الهيئة *
- ٢ - رئيس الهيئة *
- ٣ - نائب رئيس الهيئة *
- ٤ - أمانة الهيئة *
- مادة ٧ - مجلس الهيئة :

يشكل مجلس الهيئة من ١٥ (خمسة عشر) عضوا على النحو التالى:

١ - عشرة أعضاء ينتخبهم رؤساء هيئات الرقابة الشرعية بالبنوك الاسلامية الأعضاء بالاتحاد لمدة ثلاث سنوات *

٢ - خمسة أعضاء يشترط فيهم أن يكونوا من العلماء الثقات المتحلين بسعة الافق والملمين بحاجات العصر ومتطلباته والقادرين على استنباط الحلول الاسلامية لما يواجه البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية من مشكلات دون التعصب لمذهب أو رأى معين * ويتم ترشيحهم بالاقتراع السرى بواسطة أعضاء الهيئة المذكورين فى البند (١) * ويصدر بتعيينهم قرار من مجلس الاتحاد لمدة * * * *

مادة ٨ - تعقد الهيئة اجتماعا دوريا مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل وذلك بناء على دعوة رئيسها أو دعوة رئيس الاتحاد أو بناء على طلب ثلث الأعضاء اذا دعت الضرورة لذلك *

وتحدد الدعوة مكان الاجتماع وزمانه ، ويرافقها بيان تفصيلي بالموضوعات المطلوب عرضها على الهيئة والبحوث والمذكرات وذلك قبل موعد الانعقاد بمدة لا تقل عن شهر *

ويشترط لصحة انعقاد الهيئة أن تحضر الاجتماع الأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء * مع مراعاة ما ورد بالفقرة (هـ) من المادة الثانية وتصدر قرارات الهيئة مسببة بأغلبية أصوات الحاضرين * وعند التساوى يرجح الجانب الذى فيه الرئيس *

مادة ٩ - رئيس الهيئة :

رئاسة الهيئة دورية ، ويكون للهيئة رئيس يختاره أعضاؤها دوريا بالاقتراع السرى لمدة سنة *

يختص الرئيس بما يأتى :

- ١ - تمثيل الهيئة أمام الغير *
- ٢ - الدعوة لاجتماعات الهيئة *
- ٣ - تولى رئاسة وادارة الجلسات *
- ٤ - توقيع محاضر جلسات الهيئة مع أمين الهيئة *
- ٥ - اعداد تقرير دورى بنشاط الهيئة وانجازاتها كل ستة أشهر للعرض على مجلس ادارة الاتحاد *

مادة ١٠ - نائب الرئيس :

يكون للهيئة نائب لرئيسها يختاره أعضاؤها بالاقتراع السرى لمدة سنة قابلة للتجديد * ويعاون الرئيس فى أعماله وينوب عنه عند غيابه *

مادة ١١ - أمانة الهيئة :

يكون للهيئة أمين يختاره أعضاؤها من بينهم بالاقتراع السرى لمدة سنتين قابلتين للتجديد *

• ويعاون أمين الهيئة فى أداء عمله عدد مناسب من العاملين
وتختص أمانة الهيئة بما يلى :

- ١ - الاعداد لاجتماعات الهيئة ومتابعة تنفيذ قراراتها •
- ٢ - الاتصال بالبنوك الاسلامية والمؤسسات المالية الأعضاء لطلب البيانات والمعلومات اللازمة فى الموضوعات المعروضة على الهيئة •
- ٣ - متابعة تجميع فتاوى وقرارات هيئات الرقابة الشرعية بالبنوك والمؤسسات المالية الأعضاء فى الاتحاد •
- ٤ - معاونة رئيس الهيئة فى اعداد التقرير الدورى عن انجازات الهيئة وأعمالها •
- ٥ - تصنيف الفتاوى والقرارات الصادرة عن الهيئة العليا وهيئات الرقابة الشرعية بالبنوك والمؤسسات المالية الأعضاء بالاتحاد •
- ٦ - موافاة البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء بالاتحاد بقرارات وتوجيهات الهيئة •
- ٧ - اعداد الفتاوى التى تصدر عن الهيئة للنشر سنويا بالتعاون مع الأمانة العامة للاتحاد •
- ٨ - اعداد الميزانية التقديرية السنوية للهيئة •
- ٩ - تسجيل محاضر جلسات الهيئة وتدوينها وموافاة البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء بها •
- ١٠ - القيام بما يوكل اليها من أعمال أخرى من شأنها تسكين الهيئة من أداء عملها •
- مادة ١٢ - يعبر رئيس الهيئة ونائبها وأمينها وأعضاؤها عن قرارات الهيئة • فاذا كان لهم رأى شخصى وجب النص على ذلك •

مادة ١٣ - الميزانية :

تقترح الهيئة ميزانية تقديرية سنوية لمواجهة الأعباء المترتبة على أداء عملها وترفع الى مجلس الاتحاد لاعتمادها وتمويلها *

احكام ختامية

مادة ١٤ - (١) يلغى كل ما يتعارض مع هذه اللائحة من أحكام وقرارات سابقة *

(٢) تقوم الهيئة بوضع لائحة داخلية لنظام واجراءات عملها وتعتمد من مجلس الهيئة *

مادة ١٥ - تكون هذه اللائحة نافذة من تاريخ تصديق مجلس ادارة الاتحاد عليها ويكون لها أثر رجعي فيما يتصل برئيس الهيئة ونائبه وأمين الهيئة *

تم تصديق مجلس ادارة الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية على اللائحة بجلسته الثالثة عشر بتاريخ ٨ من شوال ١٤٠٣ هـ (الموافق ١٨ يوليو ١٩٨٣ م) *

أمين الهيئة

د. عبد الحميد البعلى

* * *

أهم المراجع (*)

- ١ - اعلام الموقعين - لابن القيم - بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد - طبعة ثانية - دار الفكر - بيروت ١٣٩٧ هـ (١٩٧٧ م) *
- ٢ - الموافقات - للشاطبي - بتحقيق الشيخ عبد الله دراز - دار الباز للنشر والتوزيع بسكة المكرمة *
- ٣ - أصول الفقه - محمد أبو زهرة - طبعة ١٩٧٣ - دار الفكر العربي *
- ٤ - أصول الفقه - محمد مصطفى شلبي - طبعة ثالثة - دار النهضة العربية *
- ٥ - تفسير مصطلح الحديث - د. محمود الطحان - طبعة ثانية - مطبعة دار القرآن الكريم *
- ٦ - شرح الأسنوي لمنهاج الأصول على هامش شرح التحرير *
- ٧ - مباحث الحكم عند الأصوليين - د. محمد سلام مذكور - طبعة ثانية - دار النهضة العربية *
- ٨ - المدخل للفقه الاسلامي - د. محمد سلام مذكور - طبعة ١٩٦٠ - مطبعة الرسالة *

(*) ملحوظة: البيان التفصيلي للمرجع مذكور قرينه في موضعه من المتن أيضا .

- ٩ - الرسائل الكبرى - لابن تيمية - طبعة ١٤٠٠ هـ - مكتبة
انس بن مالك *
- ١٠ - ارشاد الفحول - للشوكاني *
- ١١ - المفردات - للراغب الأصفهاني *
- ١٢ - المبسوط - للسرخسي - طبعة أولى - طبع السعادة *
- ١٣ - نظرية الشرط - د. حسن الشاذلي - رسالة دكتوراة -
كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - دار الاتحاد العربي للطباعة *
- ١٤ - موسوعة الاستثمار - د. سيد الهواري - من مطبوعات
الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية *
- ١٥ - موسوعة التنظيم - د. سيد الهواري - من مطبوعات
الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية *
- ١٦ - موسوعة الموارد البشرية - د. سيد الهواري - من مطبوعات
الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية *
- ١٧ - العمل والعمال - د. عدنان التركماني (رسالة دكتوراة) -
كلية الشريعة - جامعة القاهرة بالقاهرة *
- ١٨ - شركات الاستثمار - د. حسنى المصرى - طبعة ١٩٨١ -
دار النهضة العربية *
- ١٩ - مجلة الأحكام العدلية *
- ٢٠ - صفوة التفاسير - محمد على الصابوني - دار القرآن
الكريم - بيروت *
- ٢١ - تاريخ الطبرى *
- ٢٢ - العقود وعمليات البنوك التجارية - د. على البارودى -
طبعة ثانية - مكتبة منشأة المعارف بالاسكندرية - سنة ١٩٦٨

- ٢٣ - اقتصاديات النقود والبنوك - د. عبد النبي حسن يوسف -
 طبعة سادسة - مكتبة عين شمس بالقاهرة *
- ٢٤ - الأوراق التجارية - د. محمد حسنى عباس - طبع دار النهضة
 العربية سنة ١٩٦٧
- ٢٥ - المنجد فى اللغة والأدب والعلوم - لويس مملوف
 اليسوعى - المطبعة الكاثوليكية - بيروت *
- ٢٦ - أحكام القرآن - لابن العربي - بتحقيق الشيخ على محمد
 البجاوى - طبعة ١٣٧٦ هـ (١٩٥٧ م) طبع دار احياء الكتب العربية -
 عيسى الحلبي وشركاه *
- ٢٧ - فتح القدير - دار المعرفة - بيروت *
- ٢٨ - أحكام القرآن - للجصاص - طبع دار الكتاب العربي -
 بيروت *
- ٢٩ - أساسيات العمل المصرفى الاسلامى - د. عبد الحميد
 البعلى - طبع مكتبة وهبة *
- ٣٠ - الفتاوى - لشيخ الاسلام ابن تيمية - طبعة ١٣٢٩ هـ -
 مطبعة كردستان العلمية بمصر *
- ٣١ - بدائع الصنائع - للكاسانى - طبع الجمالية بمصر سنة ١٩١٠
- ٣٢ - حاشية ابن عابدين - طبعة ١٣٢٩ هـ - طبع دار سعادة *
- ٣٣ - تبين الحقائق شرح كنز الرقائق - للزيلعى *
- ٣٤ - المجموع - للنووى - طبع التضامن الأخوى *
- ٣٥ - القوانين الفقهية - لابن جزيء - طبعة ١٩٦٨ - طبع دار
 العلم للملايين - بيروت *
- ٣٦ - بلغة السالك الأقرب المسالك - طبع دار احياء الكتب العربية
 - عيسى الحلبي وشركاه *

- ٣٧ - الدسوقي على الشرح الكبير - للدردير .
- ٣٨ - الزرقانى على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية البناني -
 طبع دار الفكر ١٣٩٨ هـ (١٩٧٨ م) .
- ٣٩ - مرشد الحيران على الموطأ - مطبعة الاستقامة
 بالقاهرة ١٣٧٩ هـ .
- ٤٠ - فقه المراجعة - د. عبد الحميد البعلى - دار السلام
 بالقاهرة .
- ٤١ - أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادان
 المستندية - د. محيي الدين اسماعيل علم الدين .
- ٤٢ - الموطأ مع المنتقى - طبع السعادة سنة ١٣٣٢ هـ .
- ٤٣ - الأم - للشافعى - طبعة أولى - المطبعة الأميرية - بولاق .
- ٤٤ - بيع المراجعة - اصدار مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف
 الاسلامى الدولى - الطبعة الثامنة - طبع الرسالة للطبع والنشر .
- ٤٥ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل - للحطاب .
- ٤٦ - منحة الخالق على البحر الرائق .
- ٤٧ - ندوة البركة من ١٧ الى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٨٩ بالجزائر .
- ٤٨ - المقدمات الممهدة - لابن رشد - مطبعة السعادة .
- ٤٩ - بداية المجتهد - لابن رشد - مطبعة الاستقامة سنة ١٩٥٢
- ٥٠ - المعنى - لابن قدامة - طبع دار المنار سنة ١٣٦٧ هـ .
- ٥١ - مسند الامام أحمد - بشرح أحمد محمد شاکر -
 طبع دار المعارف بمصر سنة ١٣٧٧ هـ .
- ٥٢ - تدريب الراوى - للسيوطى - المطبعة الخيرية بمصر .

٥٣ - صحيح الترمذى - بشرح ابن العربي - المطبعة المصرية
بلازهر *

٥٤ - نيل الأوطار - طبع مصطفى البابى الحلبي *

٥٥ - الغرر وأثره فى العقود - الصديق الضرير - الطبعة الأولى
سنة ١٩٦٠

٥٦ - الموسوعة العلمية والعلمية للبنوك الاسلامية - طبعة أولى
سنة ١٩٨٢

٥٧ - القاموس المحيط - للفيروزآبادى الشيرازى *

٥٨ - المصباح المنير - للمقرئ - الطبعة الخامسة - المطبعة
الأميرية *

٥٩ - مصادر الحق - للسنهورى - طبعة دار احياء التراث
العربى *

٦٠ - الهداية - طبع الحلبي بمصر *

٦١ - المدونة الكبرى - للإمام مالك - طبعة ١٣٢٣ هـ -
مطبعة السعادة بمصر *

٦٢ - القانون المدنى الأردنى *

٦٣ - القانون المدنى العراقى *

٦٤ - بيع المرابحة للأمر بالشراء - د. يوسف القرضاوى *

٦٥ - فتح البارى شرح صحيح البخارى - لابن حجر - طبعة
١٩٣٩ - طبع مصطفى الحلبي *

٦٦ - عمدة القارى شرح صحيح البخارى - طبعة ١٣٠٨ هـ -
دار الطباعة العامرة *

- ٦٧ - تهذيب سنن أبي داود - طبعة ١٣٦٩ هـ - طبع مصطفى محمد - القاهرة •
- ٦٨ - الفروق - للقرافي - طبعة ١٣٤٥ هـ - طبع دار احياء الكتب العربية •
- ٦٩ - الملكية وضوابطها في الاسلام - د. عبد الحميد البعلى •
- ٧٠ - المنتقى - للبايجى - طبع دار الفكر العربي •
- ٧١ - المهذب - للشيرازى - طبع عيسى البابى الحلبي بالقاهرة •
- ٧٢ - منتقى الأخبار مع نيل الأوطار - طبع مصطفى البابى الحلبي سنة ١٣٧٢ هـ •
- ٧٣ - الجامع الصحيح للترمذى - بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - طبع مصطفى الحلبي •
- ٧٤ - معالم السنن - للخطابى - مطبوع مع مختصر سنن أبي داود •
- ٧٥ - نظرية العقد - لابن تيمية - طبع أنصار السنة المحمدية •
- ٧٦ - زاد المعاد - لابن القيم •
- ٧٧ - السنن الكبرى - للبيهقى •
- ٧٨ - صحيح مسلم - طبع دار المعارف العثمانية - بصير آباد - سنة ١٣٥٤ هـ •
- ٧٩ - صحيح مسلم بشرح النووي - المطبعة العلمية سنة ١٣١٣ هـ •
- ٨٠ - سنن أبي داود - مطبعة السعادة سنة ١٣٦١ هـ •
- ٨١ - العناية بهامش فتح القدير - المطبعة الأميرية بمصر •
- ٨٢ - الشرح الكبير - لابن قدامة - طبعة جامعة الامام محمد ابن سعود الاسلامية •

- ٨٣ - الالتزامات فى الشرع الاسلامى - أحمد ابراهيم *
- ٨٤ - الأشباه والنظائر - لابن نجيم الحنفى - تحقيق عبد العزيز الوكيل - طبع مؤسسة الحلبي وشركاه سنة ١٣٨٧ هـ (١٩٦٨ م) *
- ٨٥ - المنثور فى القواعد - للزركشى - تحقيق تيسير فائق أحمد محمود - مؤسسة الخليج للطباعة والنشر بالكويت *
- ٨٦ - الأشباه والنظائر - لابن رجب - دار احياء الكتب العربية *
- ٨٧ - القواعد الفقهية - د. على أحمد الندوى - طبع دار العلم - دمشق *
- ٨٨ - المجلة الاقتصادية التى يصدرها البنك المركزى *
- ٨٩ - عمليات البنوك من الوجة القانونية - د. على جمال الدين - طبع دار النهضة العربية سنة ١٩٨١
- ٩٠ - الروض المربع شرح زاد المستقنع - للبهوتى - وحاشيتها للشيوخ عبد العزيز العنقرى - مكتبة الرياض الحديثة *
- ٩١ - مقدمة فى النقود والبنوك - د. محمد زكى شافعى - طبع دار النهضة العربية سنة ١٩٨٢

* * *

محتويات الكتاب

الصفحة

المقدمة ٣
تجربة العمل المصرفي والاقتصادي الاسلامي ٤

فصل تمهيدي

الأحكام في مفهوم البنك الاسلامي ونشاطاته

(٩ - ٣٤)

المبحث الاول : الأحكام العدلية في مفهوم البنك الاسلامي	.. ١١
أولا : الافراد والوعى التدريبي الفقهي ١١
ثانيا : البنك الاسلامي يعمل طبقا لمقاصد الشريعة الاسلامية	١٢
ثالثا : الحلال والحرام في ممارسات البنك الاسلامي	.. ١٤
رابعا : عدم التعامل بالربا بجميع صورته ١٦
١ - النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها ١٧
٢ - مسميات الربا ١٨
(أ) الربا ثمن ١٨
(ب) الربا أجر ١٨
(ج) الربا تعويض ٢٠
(د) الربا عمولة ٢١
(هـ) الربا والربح المتوقع ٢٢
(و) الربا لجبر انخفاض قيمة النقود ٢٤

الصفحة

- المبحث الثانى : الأحكام العدلية فى نشاطات البنك الإسلامى .. ٢٧
- أولا : أهم ضوابط العقود فى الفقه الإسلامى ٢٧
- ١ - الأصل فى العقود الإباحة ٢٧
- ٢ - الضوابط الفقهية فى العقود عليه ٢٨
- ٣ - الإرادة العقدية وعيوبها ٢٩
- ٤ - أهم صيغ العقود التى يمارسها البنك الإسلامى
- وضوابطها ٣١
- ثانيا : عقود المشاركات وأهم ضوابطها ٣٢
- ١ - تنوع وتعدد المشاركات فى الفقه الإسلامى ٣٢
- ٢ - أسلوب تشغيل وإدارة الشركات العقدية فى الفقه الإسلامى ٣٢
- (١) نمط المفاوضة ٣٢
- (ب) نمط العنان ٣٢
- ٣ - ضوابط المشاركات ٣٤

الفصل الأول

الضوابط الفقهية للخدمات المصرفية

(٣٥ - ٨٨)

- ٣٧ نمهد : الاختناقات الفكرية والتحديات الفنية ٣٧
- ٣٩ تقسيم ٣٩
- المبحث الأول : ايداعات البنوك وحكمها على ضوء أحكام الشرع ٤٢
- أولا : أهمية الأيداعات فى عمل ونشاطات البنك ٤٢
- ثانيا : أنواع الأيداعات ٤٢
- ثالثا : تخريج الأيداعات المصرفية وحكمها ٤٣

٤٧	المبحث الثاني : خطابات إضمان
٤٧	أولا : تعريفها كما تحصل في الممارسة
٤٧	ثانيا : رأى هيئات الرقابة الشرعية
٥٠	ثالثا : رأينا في المسألة
٦٢	المبحث الثالث : الاعتمادات المستندية
٦٢	تقديم
٦٣	أولا : تحديد المسألة
٦٣	ثانيا : التخريج الفقهي للاعتمادات المستندية والحكم فيها
	ثالثا : البنوك الاسلامية ومعضلة الاعتمادات المستندية
٦٧	النظيفة
	رابعا : أنواع الاعتمادات المستندية وموقف البنك الاسلامي
٦٩	منها
	خامسا : طرق الدفع في الاعتمادات المستندية وموقف البنك
٧٠	الاسلامي منها
	سادسا : شروط التسليم في الاعتمادات المستندية وموقف
٧٢	الفقه الاسلامي منها
	المبحث الرابع : خدمة الأوراق التجارية وموقف الفقه الاسلامي
٧٧	منها
٧٧	أولا : تعريف الأوراق التجارية وأنواعها
	ثانيا : العمليات المصرفية التي تجرى على الأوراق التجارية
٧٨	وضابطها الفقهي
٧٨	(ا) استلام الأوراق التجارية وحفظها
٧٩	(ب) تحصيل الأوراق التجارية

- (ج) الكمبيالات برسم الضمان أو المظهرة تظهيرا تأمينا
ومشكلة تسوية الحقوق ٨١
(د) خصم الكمبيالات وتخريجها الفقهي ٨٣

الفصل الثاني

المشكلات العملية في بيع المراجعة

على ضوء الأصول الشرعية

(٨٩ - ١٥٦)

- المبحث الأول : التصرفات والمعاهد جواهر المعاملات ٩١
١ - التصرفات العدلية ٩٢
٢ - التصرفات الفضلية ٩٢
المبحث الثاني : من أحكام البيوع :
١ - البيع حلال والربا حرام ٩٤
٢ - النهى عن بيع الفرر ٩٥
٣ - لا بيع ما ليس عندك ٩٨
٤ - البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض ١٠٢
٥ - صور التسلم ١٠٣
٦ - تبعة الهلاك أو التلف ١٠٣
٧ - معلومية المبيع ١٠٤
٨ - اقسام البيع باعتبار الثمن ١٠٥
المبحث الثالث : أصول البيع مرابحة ١٠٦
المبحث الرابع : عناصر تحديد الثمن أو ما قامت به السلعة في
بيع المراجعة ١٠٩
المبحث الخامس : العربون ومقدم الثمن في المراجعة ١١٢
المبحث السادس : مؤشرات تحديد الربح ١٢١

الصفحة

١٢٥	المبحث السابع : الملكية والتسليم والتسلم في المراجعة
١٢٦	المبحث الثامن : المراجعة في التجارة الخارجية والاعتمادات المستندية
١٢٦	أولا : البنوك الاسلامية ومعضلة الاعتمادات المستندية
١٢٦	النظيفة
١٢٩	ثانيا : المراجعة للأمر بالشراء في التجارة الخارجية
١٢٩	ثالثا : شروط التسليم في الاعتمادات المستندية وموقف
١٣٠	الفقه الاسلامى منها
١٣٣	المبحث التاسع : المراجعة والبيع بالتقسيط
١٣٣	المبحث العاشر : الضمانات الشرعية في بيوع المراجعة وحالتى
١٣٥	الاعسار والافلاس
١٥١	المبحث الحادى عشر : تقدير صيغة التعامل بأسلوب المراجعة
١٥١	١ - بيوع المراجعات التجارية
١٥٢	٢ - الموازنة بين اسلوب المراجعة واسلوب الائتمان التقليدى
١٥٥	٣ - الاقتصاد القوى والاقتصاد الضعيف

الفصل الثالث

الضمانات في المعاملات المصرفية الاسلامية

(١٥٧ - ١٩٠)

١٥٩	اهمية الضمانات وأقسامها
١٥٩	المبحث الأول : الضمانات الوقائية
	أولا - النواهي :
١٥٩	١ - الفرر والجهالة
١٥٩	٢ - التدليس
١٦٠	٣ - الفبن والاستغلال

الصفحة

- ٤ - النجس ١٦٠
- ٥ - الاحتكار ١٦٠
- تانيا - الأوامر :
- ١ - الصدق ١٦٠
- ٢ - الامانة في الاداء وفي الوفاء ١٦٠
- ثالثا - الخيارات الفقهية :
- العقد الصحيح واوصافه واقسامه ١٦٠
- العقد النافذ لازم أو غير لازم ١٦٠
- الخيارات : أقسامها ١٦١
- ١ - خيار الشرط ١٦٢
- ٢ - خيار الرؤية ١٦٢
- ٣ - خيار العيب ١٦٢
- ٤ - خيار تفريق الصفقة ١٦٣
- ٥ - خيار فوات الوصف المرغوب فيه ١٦٣
- ٦ - خيار النقد ١٦٣
- المبحث الثاني : الضمانات التابعة العلاجية ١٦٤
- المقصود بها واقسامها ١٦٤
- أولا : العربون ودفعة ضمان الجديدة ١٦٤
- تانيا : عوض التأخر في السداد عن موعد الاستحقاق ١٦٤
- المبحث الثالث : الضمانات الاجرائية والاثبات ١٦٥
- تقديم ١٦٥
- أولا : رهن المنقول ١٦٥
- ثانيا : الحق في الحبس ١٦٩
- ثالثا : في الحوالة ١٧١
- رابعا : الكفالة ١٧٦

- ١٨٣ خامسا : الابيات فى آية المداينات
١٨٣ ما توفره وتدل عليه آية المداينات من ضمانات فى الابيات
١٨٤ ١ - مرتبة الكتابة من طرق الابيات فى الفقه الاسلامى
٢ - الكتابة الصادرة من كاتب عدل والمتضمنة اقرارا
١٨٥ او شهادة
١٨٦ ٣ - المداينات التجارية و غير التجارية

الفصل الرابع

هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية

(١٩١ - ٢٨٠)

- ١٩٣ المبحث الاول : مقدمات مهمات
١٩٣ اولاً - الحق اهدى واقوم
١٩٦ ثانياً - الرقابة « السينية » مستوياتها وأنواعها
١٩٩ ثالثاً - أهمية الدور الذى تؤديه هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية
رابعاً - امتثال الأحكام الشرعية لتحقيق مصالح الخلق القائمة
٢٠١ على الموضوعية لا الدعائية
٢٠٢ خامساً - البنك الاسلامى يعمل طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية
٢١٣ المبحث الثانى : المقصود بهيئة الفتوى والمتابعة الشرعية وتشكيلها
٢١٣ أولاً - المقصود بها وهدف البنك الاسلامى
٢١٧ ثانياً - مشروعية الهيئة وأساس وجودها
٢١٧ ثالثاً - اختصاصاتها
٢١٨ رابعاً - تكوين الهيئة وكيفية تشكيلها
٢١٨ (١) الا يقل عدد اعضائها عن ثلاثة ومبررات ذلك
٢١٨ (ب) أن يكون عضو الهيئة فقيها يتوافر فيه الحد الأدنى
٢٢٠ من شروط المجتهد

٢٢٤ خامسا - شروط المجتهد

٢٣٢ سادسا - الافتاء والمفتى وشروطه

٢٣٢ (أ) خصال من ينصب نفسه مفتيا

٢٣٣ (ب) محاذير الافتاء وما يستحب للمفتى

المبحث الثالث : هيئة الرقابة الشرعية في نماذج من قوانين ونظم

٢٣٩ .. البنوك والشركات التي تعمل طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية

٢٣٩ أولا - طرائق ثلاثة في هذه القوانين

ثانيا - نماذج :

٢٤٠ .. ١ - اتفاقية انشاء الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية

٢٤١ .. ٢ - قانون بنك فيصل الاسلامى المصرى ونظامه الأساسى

٢٤٩ ٣ - قانون بنك فيصل الاسلامى السودانى

٢٥٥ ٤ - قانون بنك ناصر الاجتماعى

٢٦٠ ٥ - قانون بنك دى الاسلامى

٢٦٣ ٦ - قانون بيت التمويل الكويتى

٢٦٧ ٧ - قانون بنك قبرص الاسلامى

٢٦٩ ثالثا - أهم النتائج والتوصيات

المبحث الرابع : الهيئة الشرعية والاطار العام ورسالة البيان

٢٧١ والتغيير

٢٧١ تمهيد

٢٧٢ أولا - محددات الاطار العام للهيئات الشرعية

٢٧٢ ١ - الاعلام ومشتقانه أو ما يتفرع عنه

٢٧٢ ٢ - ماذا تسوق المؤسسات المالية الاسلامية ؟

٢٧٥ ٣ - لمن تسوق المؤسسات المالية الاسلامية ؟

٢٧٥ ٤ - كيف تسوق المؤسسات المالية الاسلامية ؟

الصفحة

٢٧٩	ثانيا - وسائل وأدوات البيان والتغيير
٢٧٩	١ - اليد
٢٧٩	٢ - اللسان
٢٧٩	٣ - القلب
		ملاحق :
٢٨١		ملحق رقم (١) نموذج لأئحة الهيئة الشرعية في الجهة المعنية
		ملحق رقم (٢) نموذج لأئحة الهيئة العليا للفتوى والرقابة
٢٨٤	الشرعية بالاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية
٢٩٠	أهم المراجع
٢٩٧	محتويات الكتاب

• المؤلف في سطور :

المؤلف مصرى ولد فى بنها عام ١٩٤٢ • وتقلب وتقلد الوظائف القضائية آخرها مستشار بمجلس الدولة - وكذلك وظائف التدريس الجامعى فعمل أستاذ الفقه المقارن المشارك ورئيس قسم الاقتصاد بكلية الشريعة وأصول الدين بـ « أبها » - جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية - وأستاذ الفقه المقارن والاقتصاد الاسلامى بالمعهد الدولى للبنوك والاقتصاد الاسلامى بقبرص - وأمين الهيئة العليا للفتوى والرفابة الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية •

وجه المؤلف اهتماماته العلمية الى البحوث المقارنة من جوانب ثلاثة : « القانونية - والاقتصادية - والفقهية » فى تصديه لتناول ومعالجة المشاكل الفكرية والعملية المعاصرة وبخاصة فى النواحي الاقتصادية •

• المؤهلات العلمية :

- ١ - الدكتوراة فى الفقه المقارن بمرتبة الشرف الأولى من كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر •
- ٢ - الماجستير فى الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر •
- ٣ - دبلوم الدراسات العليا فى الشريعة الاسلامية من كلية الحقوق - جامعة القاهرة •
- ٤ - دبلوم الدراسات العليا فى القانون العام من كلية الحقوق جامعة عين شمس •
- ٥ - دراسات فى اللغة الفرنسية والانجليزية من المعهد البريطانى والجامعة الأمريكية بالقاهرة والمعهد الفرنسى بالقاهرة •
- ٦ - ليسانس الحقوق من كلية الحقوق - جامعة القاهرة •

* * *

رقم الايداع بدار الكتب ٤١١٥/١٩٩١

دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان
١٩٥٣-٤
الطبعة ٣، رمضان ١٤١٥ هـ - بيروت مع السعده