View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk

brought to you by CORE

provided by Munich RePEc Personal Archive

Munich Personal RePEc Archive

Deployment of tools of Ijtihad in Islamic finance

Abdulazeem Abozaid

2 November 2015

Online at https://mpra.ub.uni-muenchen.de/92980/
MPRA Paper No. 92980, posted 27 March 2019 13:29 UTC

www.manaraa.com

التوظيف الفقهي المعاصر لأدوات الاجتهاد

حالة المؤسسات المالية الإسلامية – دراسة فقهية نقدية

عبد العظيم أبوزيد*

abozaid.abdulazeem@gmail.com

الملخص

تتعدد مصادر الشريعة الإسلامية كأدوات اجتهادية بين يدي الفقيه، ومنها المتفق عليه بين المذاهب، ومنها المختلف فيه. وقد انحسر دور بعض هذه المصادر مؤخراً، وبرزت بالمقابل مصادر أخرى لم يكن لها ذلك الدور المهم من قبل. كما استخدمت القواعد الفقهية في بعض الحالات استخدامَ الأصول الفقهية مع أنها ليست مصدراً تشريعياً ولا تنتمي إلى علم أصول الفقه. وعلاوة عن ذلك، استند الاجتهاد الفقهي المعاصر في بعض الحالات إلى السياسة الشرعية، وهي ليست من أدوات الاجتهاد الفقهي للفقيه، بل من سلطة الحاكم. يحلل البحث واقع توظيف علم أصول الفقه في الاجتهاد الفقهي المعاصر بحسب المعطيات السابقة، ويذكر الأسباب التي أدت إلى هذا الواقع، ويدرسه من حيث السلامة أو الفساد، ويضرب أمثلة لكل ما سبق من واقع الاجتهاد المعاصر في فقه المعاملات المالية.

* أستاذ مشارك في كلية الدراسات الإسلامية - جامعة حمد بن خليفة، مؤسسة قطر.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

المقدمة

يستند الاجتهاد الفقهي المعاصر في المؤسسات المالية المعاصرة إلى أدوات منها مبدأ الاستصلاح (المصلحة)، وشرعة الاستثناءات (الضرورة وعموم البلوى)، والسياسة الشرعية، والقواعد الفقهية. وهذه الأدوات وإن كانت مستخدمة في مناحي الاجتهاد المرتبطة بأبواب الفقه الأخرى، إلا أنها أكثر تطبيقاً في الجوانب المالية المعاصرة، ولا سيما ما يتعلق منها بالمؤسسات المالية الإسلامية، وذلك بسبب قيام الحاجة إلى الاجتهاد في شرعية منتجات هذه المؤسسات، فضلاً عن طلب بعض الجهات الرسمية إعداد دليل عمل شرعي لهذه المؤسسات، يصف ما هو حلال تستطيع هذه المؤسسات القيام به، وما هو حرام ينبغي عليها تجنبه، كما هو حال الجهات المشرفة على عمل المؤسسات المالية الإسلامية على سبيل المثال في ماليزيا.

والمشكلة هي في سلامة توظيف هذه الأدوات واستخدامها، فقد خرجت هذه الأدوات عما وضعت له في الأصل، فضلاً عن استخدام أدوات غير صالحة أصلاً في المحل الذي استخدمت فيه، مما أنتج في بعض الحالات فتاوى غريبة تمجها أصول الشريعة ومقاصدها.

وفيما يلي توصيف للأدوات الاجتهادية التي يتناولها من يمارس الفتوى والاجتهاد في المسائل المالية للمؤسسات والمصارف الإسلامية، وبيانٌ لمدى سلامة استخدام هذه الأدوات في المحال المقصودة.

أولاً- الاجتهاد بالاستناد إلى القواعد الفقهية:

أ. قاعدة اختلاط الحلال بالحرام

تتجلى مسائل اختلاط الحرام بالحلال في إطار الاستثمار والتمويل الإسلامي بشكل رئيسي في جانبين اثنين، أولهما: الاستثمار العقاري بيعاً وشراءً وإجارةً لعقارات قائمة تتخذ أصلاً لأغراض مشروعة، لكن تمارس فيها بعض الأنشطة المحرمة، أو عقارات تُشاد مستقبلاً ويشتمل استغلالها على بعض الأنشطة المحرمة. وذلك كالفنادق والمنتجعات السياحية التي تحتوي غالباً على بارات تقدم فيها الخمور، ومرافق أخرى لا تخلو عن محرمات كالمراقص والمسابح المختلطة؛ أو كمراكز التسوق التي تتضمن محالَّ تجارية تبيع الخمور وسلعاً أخرى محرمة.

والثاني: التعامل بأسهم الشركات التي تتعامل أصلاً بالحلال، لكن لها بعض الأنشطة العرضية المحرمة كالاقتراض والإقراض بالربا.

وقد ظهرت اجتهادات شرعية مختلفة تغتفر بالجملة اشتمال محل الاستثمار على الأمرين السابقين بقيود وشروط، منها ألا تتجاوز الأنشطة المحرمة من حيث حجمها أو العائد منها نسبة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مئوية معنية، كالثلث أو 30%، أو 25%، أو 20%، أو أقل. واستندت هذه الاجتهادات إلى جملة مبررات[1] أهمها قواعد فقهية هي الآتية:[2]

- **قاعدة: "إذا اجتمع الحلال مع الحرام غلب الحلال الحرام"**

هذه القاعدة مستمدة في مادتها من حدييث رواه ابن ماجه والدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً "لا يحرم الحرام الحلال".[3]

وتعبر عنها أقوالٌ من مثل قول العزّ بن عبد السلام (في قواعد الأحكام): "وإن غلب الحلال بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة".[4]

وقول الكاساني في البدائع: "كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس عليه".[5]

وقول ابن تيمية في الفتاوى: "فإن كان الحلال هو الغالب لم يحكم بتحريم المعاملة...وإن كان في ماله حلال وحرام واختلط لم يحرم الحلال بل له أن يأخذ قدر الحلال".[6]

ولابن السبكي كلام مشهور في أن الحكم على المختلط حلالاً وحراماً بالحرمة إنما هو من باب الاحتياط.[7]

- **قاعدة: "يغتفر في التابع ما لا يغتفر في الأصل"**[8]

فيجوز تبعاً ما لا يجوز أصلاً، فقد أجيز في الفقه بيع جنين الأمَة تبعاً لأمه مع أن بيعه استقلالاً لا يجوز؛ وعليه يصح التجاوز عن قليل النشاط المحرم تبعاً للكثير الحلال.

مناقشة صحة الاستدلال بهذه القواعد على تسويغ الحرام إن اختلط بالحلال:

بدايةً، فإن من الخطأ المنهجي والعلمي أن تُستقى القواعد الفقهية وتطبق أو تفهم في غير سياقها الذي أورده الفقهاء فيه؛ فالقواعد الفقهية ما هي إلا صياغة فقهية لضبط مسائل الفقه المتفرعة وجمعها في صيغة مبسطة، وليست هي أصلاً فقهياً اجتهادياً استند إليه الفقهاء في استنباط

---

[1] انظر في تلك المبررات **قرارات مجلس التوريق الماليزي** ومسوغاتها ص126- 148؛ **والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة**، ص364، المعيار رقم 21 في الأوراق المالية؛ **وقرار هيئة الفتوى لمصرف الراجحي** رقم 485 بتاريخ 1422/8/23هـ.

[2] للاطلاع على مجمل هذه المبررات ومناقشتها، وكذا مناقشة صحة اعتماد تلك النسب المئوية يمكن الرجوع إلى بحث أبوزيد، عبد العظيم، "قراءة شرعية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالاً وحراماً"، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية ا لعالمية بماليزيا، المجلد 15، العدد 31، 2012.

[3] ابن ماجة، محمد بن يزيد الفزويني، **السنن**، (بيروت: دار افكر، بدون ذكر سنة الطبع)، كتاب النكاح، باب لا يحرم الحرام الحلال، حديث رقم 2015، ج1، ص 649؛ الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، **السنن**، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع) ، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم 89، ج3، ص 268.

[4] العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع)، ج1، ص72-73.

[5] الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط 2، 1982م)، ج6، ص 144.

[6] ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم "شيخ الإسلام"، **الفتاوى**، تحقيق عبد الرحمن العاصمي، (الرياض: مكتبة ابن تيمية، بدون ذكر سنة الطبع)، ج29، ص 272.

[7] السيوطي، عبد الرحمن جلال الدين، **الأشباه والنظائر**، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403ه)، ص166.

[8] انظر السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 120.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أحكامهم. ولهذا كان وجود القاعدة الفقهية لاحقاً لوجود المسائل الفقهية الفرعية، فقد صاغها الفقهاء لغرض لم شتات بعض الفروع الفقهية وتسهيل دراستها، بخلاف الأصل الفقهي، فهو يسبق المسائل الفقهية المستنبطة، لأنه الأساس في استنباط تلك المسائل.

وبعبارة أخرى فإن القواعد الفقهية صيغت بناءً على أحكام فقيهة معلومة بغرض لمّ شتاتها [9]، فينبغي أن يتقيد فهمها وفق تلك الأحكام، وليست هي أصولاً فقهية أو نصوصاً شرعية حتى يصح فهم العموم منها بمعزل عن المعاني التي قصدها الفقهاء من هذه القواعد؛ أي فإن كان الفقهاء هم من صاغوها، فينبغي العلم بالمعاني التي قصدها الفقهاء من هذه القواعد وذلك يتأتّى من الأمثلة التي أوردها الفقهاء في سياق تلك القواعد، لا أن تُفهم بمعزل عما أراده واضعوها منها، لأن المعنى المفهوم قد يخالف قصد الفقهاء منها.[10]

وعليه يكون الاستناد إلى هذه القواعد الفقهية في مسألة الاستثمارات المختلطة فاسداً وغير صحيح؛ ولو صح فهم العموم منها لجاز مطلقاً خلط الحرام بالحلال قصداً لغرض تسويغ الحرام، وهذا ما لا يقوله أحد.

ثم إن القواعد والآثار التي تدل على أنه إذا اجتمع الحلال الكثير مع حرام قليل غلب الحلال يمكن مناقشتها تفصيلاً بما يلي:

- المقصود بتلك القواعد والآثار هو حالات اختلاط الحرام بالحلال عرضاً على نحو يتعذر معه تعيين وتمييز الحرام، وذلك كما في اختلاط لحم حيوان مأكول غير مذبوح على الطريقة الشرعية بلحوم أخرى كثيرة مذكاة. أما في موضوعنا، فالنشاط الحرام معلوم ومميز ومقصود بالخلط. وصنيع العزّ بن عبد السلام في قواعد الأحكام وكلِّ من ذكر تلك القواعد يدل على ذلك، فإن العزّ لما ذكر أن المعاملة تجوز عند غلبة الحلال أتى لذلك بأمثلة تعذَّر في جميعها تعيينُ الحرام، وهي ما لو اختلط درهم حرام بألف درهم حلال، أو اختلطت أخت رجل من الرضاع بألف امرأة أجنبية، أو اختلطت ألف حمامة برية بحمامة بلدية.[11] وعلل صحة ذلك بندرة الوقوع في الحرام، أي ندرة احتمال الوقوع في الحرام، لقلة الحرام. ويوشك أن يكون الغرضُ من إيراد هذه القاعدة الردَّ على تصوّر الحكم بحرمة جميع المال الذي دخله شيء من الحرام على النحو الذي تقدم. يقول السيوطي في معرض بيان القاعدة:

---

[9] لا يتنافى هذا مع كون بعض القواعد الفقهية نصوصاً أو مستنداً إلى نصوص شرعية في الأصل، كقاعدة "الأمور بمقاصدها" وقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"، لأن نص القاعدة قرر باعتبار فروعه التي ذكرها الفقهاء لا النص الشرعي، لأن هذا شأن القاعدة الفقهية أن تصاغ من شتات المسائل الفقهية، والقاعدة عندما تكون لها سند من النصوص الشرعية تعدّ حينئذ أصلاً شرعياً من أصول الفقه كذلك.

[10] هذا إلا أن تكون القاعدة توافق نصاً شرعياً، كقاعدتي "الأمور بمقاصدها" التي وافقت حديث "إنما الأعمال بالنيات"، وقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" التي وافقت حديث "لا ضرر ولا ضرار"، فإن فهمها لا يتقيد حينئذ بالفروع الفقهية التي يذكرها الفقهاء لها كما تقدم في الهامش السابق.

[11] العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، ج1، ص 73.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

" فأما ما يقوله العوام إن اختلاط ماله بغيره يحرمه فباطل لا أصل له".[12] وعلى هذا النحو ينبغي فهم كلام ابن السبكي لما قال إن الحكم على المختلط بالحرمة جميعاً هو من باب الاحتياط. يقول ابن السبكي: "المحكوم به ثَمَّ [أي في أنه إذا اجتمع الحلال مع الحرام غلب الحرام] إعطاءُ الحلال حكمَ الحرام تغليباً واحتياطاً لا صيرورته في نفسه حراماً، ومن فروع ذلك ما تقدم في خلط **الدرهم الحرام بالمباح وخلط الحمام المملوك المحصور وكذا المحرم بالأجانب** وغير ذلك".[13]

- لما ذكر الحنفية أن كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه، ذكروا كذلك أمثلة تدل على اختلاط الحرام بالحلال على نحو يتعذر تمييزه وفصله، كما في اختلاط النجس بالطاهر على نحو يتعذر فصله. مثال ذلك بيع العُذرة إذا اختلطت بالتراب وكان التراب غالباً ومنتفعاً به، فيجوز بيعها باعتبار التراب الغالب؛ بينما لا يجوز بيع العُذرة الخالصة لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا، وكذا الفأرة إذا وقعت في العجين والسمن المائع واختلطت بهما، فلا يجوز بيعها إن كان الحرام (النجس) هو الغالب حينئذ.[14]

- أما عبارة ابن تيمية "فإن كان الحلال هو الغالب لم يحكم بتحريم المعاملة" فمراد بها اغتفار التعامل بالحلال مع من اختلط ماله بالحرام، فلا تحرم أموالهم التي نأخذها بعقد حلال معهم كبيع وشراء معهم إذا علمنا أن أموالهم مختلطة، وتعذر تعيين الحرام. وليس تفهم هذه العبارة جواز أن نكون طرفاً في صفقاتهم التي دخلها الحرام، أو نستثمر في صفقاتهم. فقد جاء في الفتاوى "سئل رحمه الله عن الذين غالب أموالهم حرام مثل المكّاسين وأكلة الربا وأشباههم، ومثل أصحاب الحرف المحرمة كمصوري الصور والمنجمين، ومثل أعوان الولاة، فهل يحل أخذ طعامهم بالمعاملة أم لا؛ فأجاب: الحمد لله، إذا كان في أموالهم حلال وحرام ففي معاملتهم شبهة لا يحكم بالتحريم إلا إذا عرف أنه يعطيه ما يحرم إعطاؤه، ولا يحكم بالتحليل إلا إذا عرف أنه أعطاه من الحلال؛ فان كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة، وإن كان الحرام هو الأغلب قيل بتحريم المعاملة).[15]

- أما حديث ابن ماجه والدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً "لا يحرم الحرامُ الحلال"، فهو على فرض صحته[16]، وسلامة الاستدلال به على اغتفار الحرام إن اختلط بالحلال معارضٌ بحديث آخر وهو "ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرامُ الحلال"[17]. وقد فسر ابن

---

12 السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 107.
13 المرجع السابق، ج1، ص 116.
14 الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص 144.
15 ابن تيمية، **الفتاوى**، ج29، ص272.
16 هذا الحديث قد ضعِّف. انظر كتاب **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، للشيخ ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي، بدون ذكر سنة الطبع)، ج6، ص 288.
17 جاء في **المقاصد الحسنة** للسخاوي : "حديث (ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال) قال البيهقي: رواه جابر الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود وفيه ضعف وانقطاع، وقال الزين العراقي في تخريج منهاج الأصول: إنه لا أصل له، وكذا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السبكي هذا الحديث تفسيراً لا يعارض الحديث الأول، وهو أن الحرمة فيه محمولة على الاحتياط كما تقدم. لكنّ شرْحَ معنى الحديث الأول لا يختلف عمّا تقدم من شرح القاعدة الفقهية التي تحمل مضمونه، أي أن ذلك عند تعذر تعيين الحرام وتمييزه. يقول ابن السبكي: " وقد عورض به [أي حديث لا يحرم الحرام الحلال] حديث إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، وليس بمعارض، لأن المحكوم به ثَمَّ إعطاءُ الحلال حكم الحرام تغليباً واحتياطاً، لا صيرورته في نفسه حراماً، ومن فروع ذلك ما تقدم في خلط الدرهم الحرام بالمباح وخلط الحمام المملوك المحصور وكذا المحرم بالأجانب وغير ذلك".[18] وسياق الحديث الذي ترويه السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها بذات اللفظ يدل على معنى لا صلة له بمعنى اختلاط الحرام بالحلال معاً، بل على معنى مختلف تماماً، وهو أن الزنا بالأصل لا يحرم الفرع، أو بالفرع لا يحرم الأصل، ففي حديث السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها "أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراماً ثم ينكح ابنتها، أو يتبع الابنة ثم ينكح أمها، قال: لا يحرم الحرام الحلال".[19] ففهم سياق الحديث يجلي الغرض منه، وينفي جواز أن يفهم منه أن الحرام إن اختلط بالحلال ساغ الجميع، بل معنى الحديث أن الحلال يبقى حلالاً والحرام يبقى حراماً؛ ولو ساغ فرَضاً فهم اغتفار الحرام إن اجتمع بالحلال بناءً على هذا الحديث، لأمكن لكل حرامٍ بنص الحديث أن يُرتكب بضمه شيء حلال إليه قصداً؛ فهذا يخلط خمره بعصير فاكهة ليحلّ، وهذا يخلط في قروضه بين قروضً حسنة وقروض ربوية ليحل له الربا!!

والخلاصة أن الباحث في هذه القضية لا يرى في كل ما ذكره الفقهاء من مسائل لقواعد اختلاط الحلال بالحرام مثالاً يتجلى فيه اغتفار الحرام المختلط مع إمكان تعينه وتمييزه والابتعاد عنه، بل كل الحرام المذكور في أمثلة الفقهاء لا يتجاوز كونه عَيناً محرمة اختلطت بحلال وتعذر تمييزها وتحديدها فلا يمكن إزالتها ورفعها، أو نجساً أصاب طاهراً، أو محرماً اختلط بحلال فصار الجميع جنساً جديداً. ولا شك أن الحرام في الأنشطة الاستثمارية هو من الحرام المعلوم والمتميّز، الذي يُقحم في الحلال قصداً. ولو كانت هذه القواعد تُفهم بإطلاقها، لساغ للمكلف أن يتوجه إلى خلط الحرام بالحلال قصداً بغية تسويغه، فيخلط الخمر بشراب حلال، ويخلط الربا بالبيع، فيصير الخمر والربا حلالين!!

ب. قاعدة يغتفر في التابع ما لا يغتفر في الأصل

أدرجه ابن مفلح في أول كتابه في الأصول فيما لا أصل له". السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، **المقاصد الحسنة**، (بيروت: دار الكتاب العربي، بدون ذكر سنة الطبع)، ج1، ص574.

18 السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص 116.

19 الدارقطني، **السنن**، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم 88، ج3، ص268.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اغتفار التابع في هذه القاعدة مقيدٌ بكون التابع ليس محرماً لذاته، بل حرم لاعتبار آخر، كالغرر في مثال الجنين الذي يذكره الفقهاء عند ذكرهم لهذه القاعدة؛ فالجنين لم يجز بيعه استقلالاً للغرر، وجاز تبعاً لأمه لعدم إمكان بيعها بدونه. ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء لهذه القاعدة أيضاً: بيع الثمر قبل بدو صلاحه تبعاً للأرض فهو لا يجوز استقلالاً إلا بشرط القطع، ويجوز تبعاً للأرض، وكذا عدم ثبوت النسب بشهادة النساء، فلو شهدن بالولادة ثبت النسب تبعاً.[20] فهذه قاعدة فقهية يجب أن تفهم على ضوء تطبيقاتها التي ذكرها الفقهاء. أما ما حرمه الشارع لذاته، كالربا والخمور، فهذه لا يجوز بيعها أو التعاوض عنها تبعاً أو استقلالاً، فلا يجوز مثلاً شراء دكان بموجوداته المشتملة على الخمور، لتحقق شراء الخمور ضمناً.

ج. الاجتهاد بالاستناد إلى قاعدة الضرورات تبيح المحظورات

من المعلوم فقهاً أن "الضرورات تبيح المحظورات"، وأن "المشقة تجلب التيسير". وهاتان قاعدتان فقهيتان مشهورتان، مستندتان إلى جملة نصوص من مثل: "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم" (سورة المائدة، الآية 3)، والآية "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" (سورة النحل، الآية 106)، وغيرهما.

ووجه الضرورة في تسويغ بعض المحرمات في زعم من يستند إليها في تسويغ بعض المعاملات المالية المشبوهة إجمالاً، كتلك التي يتحيل بها على الربا في المؤسسات المالية الإسلامية، أن هذه المؤسسات حديثة العهد، وقامت في ظل هيمنة المصارف الربوية، فلا بدّ من دعمها بكل أسباب النجاح حتى تصمد أمام منافسة تلك المصارف القوية؛ وإلا، فإن هذه المؤسسات الإسلامية ستفشل، ولن تقوم لها قائمة بعد ذلك. ومدُّها بأسباب النجاح يقتضي في المرحلة الراهنة تجاوزَ بعض الأحكام الشرعية أو غضَّ البصر عن شرعيتها إلى أن تشبَّ تلك المؤسسات، وتخرج عن الطوق، وتثبتَ وجودِها، ثم بعد ذلك تتجه إلى الأعمال الشرعية الخالصة.[21]

والحقيقة أن هذه الدعوى لا تصح، إذْ لا ضرورة بالمعنى الشرعي تسوّغ لتلك المؤسسات قيامَها بالمحظور شرعاً وترك البدائل الحلال ذات النفع الاقتصادي الحقيقي من مضاربة وشركات وسلم واستصناع، بل وليس قيامُ تلك المؤسسات هو من قبيل الضرورة أصلاً، أي الضرورة بشروطها الشرعية المعروفة التي تسوغ المحرم.

---

[20] السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج1، ص121.

[21] انظر في عرض تلك المسوغات على سبيل المثال قرارات لجنة التوريق المنبثقة عن مجلس الرقابة الشرعية الصادر في ماليزيا (*Resolutions of the Securities Commission Syariah Advisory Council*) ، وانظر كذلك:
Rosly, Saiful Azhar, *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Market* (Kuala Lumpur: Dinamas Publishing, undated), p. 87.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى فرَض تحقق تلك الضرورة، فارتكاب المحرم لضرورة لا يسوغ زعم أن هذا المحرم حلالٌ ونسبتَه إلى الشريعة. إذ من المعلوم أن مَنْ يحل له شربُ الخمر لضرورة لا يسعه ادعاء حل الخمر، ولو فعل ذلك، لكان زعمه كفراً؛ ومن حلّ له الاقتراض بربا لضرورة، لا يسعه الادعاء بحل الربا، ولو فعل ذلك لكان زعمه مكفراً له. والمعاملات المصرفية المشبوهة تروج وتسوّق على أنها معاملات حلال، ولا يوجد في الفتاوى الخاصة الصادرة فيها أنها أحكام استثنائية مبنية على ضرورة يرتفع الحكم بارتفاعها.

ثم إن المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية قد مضى على قيامها فكراً وممارسةً نحو أربعة عقود، وما زالت تمارس ذات المعاملات التي مارستها من قبل وتستند إلى ذات المسوغات؛ فهل الضرورة، إن صحّت، تمتد إلى كل هذه المدة، وهل يُعمل على رفع أسبابها للعودة إلى الحكم الشرعي الأصلي!

د. الاجتهاد بالاستناد إلى قاعدة الحاجة التي تنَزَّل منزلة الضرورة

لما كان الاجتهاد بتسويغ بعض المسائل المالية المحرمة لا يسوغ بالتخريج على الضرورة التي تبيح المحظور، فقد عُمِد إلى تسويغه بالاستناد إلى الحاجة، فالحاجة تنزل منزلة الضرورة كما تقول القاعدة ، ولا سيما الحاجة العامة.

فقيل مثلاً بتسويغ بعض البيوع المشتبهة بالربا، أو كلِّ العقود الموصلة إلى حقيقة الربا، كالعينة والتورق[22]، باعتبار الحاجة؛ فالتمويل النقدي الذي لا تلبيه عقودُ البيع الحقيقية حاجةٌ لعامة الناس، فقد يحتاج المرء للنقد لا للسلع،كما تحتاجه المؤسسات المالية التمويلية لممارسة أنشطتها التمويلية، وإدارة السيولة فيها، وتلبية حاجات العملاء.

والحقيقة أن مسألة تنزيل الحاجة منزلة الضرورة ذكرها علماء منهم الجويني بلفظ "حاجة الجنس قد تبلغ مبلغ ضرورة الشخص الواحد"[23] والغزالي بلفظ "الحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق الشخص الواحد".[24]

كما ذكرها العز بن عبد السلام بلفظ "المصلحة العامة كالضرورة الخاصة"[25] وعنى بالمصلحة الحاجة حيث قال قبل ذكره للقاعدة: "لو عمَّ الحرام الأرض بحيث لا يوجد حلال،

---

[22] العينة بيع يقصد للتحايل على الربا، فيبيع المقرض إلى المقترض شيئاً بثمن مؤجل ثم يشتريه منه فوراً بثمن حال أقل، فينال المقترض المبلغ المطلوب ويصير مديناً للمقرض بالثمن الأول الأعلى. أما التورق فهو كالعينة من حيث الغاية والأثر والنتيجة، لكن بدل أن يبيع مريد المال السلعة إلى بائعها يبيعها إلى طرف ثالث، ويجري ذلك غالباً بوساطة البائع الأول. وكل ذلك مما تقوم به كثير من المؤسسات المالية الإسلامية، فالعينة منتشرة في المصارف الإسلامية في ماليزيا، والتورق منتشر في كثير من المصارف الإسلامية في العالم العربي. وكل ذلك حرمته المجامع الفقهية كما سيرد في البحث.

[23] الجويني، أبو المعالي عبد الملك، **البرهان في أصول الفقه**، (مصر: دار الوفاء، ط4، 1418هـ)، ج2، ص79.

[24] الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، **شفاء الغليل**، (بغداد: مطبعة الإرشاد، 1971)، ص 246.

[25] العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، ج2، ص 160.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة، ولا يقف تحليل ذلك على الضرورات".[26] وذكرها الزركشي بلفظ "الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق آحاد الناس".[27]

وأوردها السيوطي وابن نجيم كلٌ في أشباهه بلفظ "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة".[28] وهو اللفظ الذي اعتمدته مجلة الأحكام العدلية.[29]

والحقيقة أن معنى هذه القاعدة ليس كما يتصوره المستدلون بها على تسويغ هذه المعاملات المالية المشبوهة، بل معناها أن الحاجة شأنها شأن الضرورة في التأثير في الأحكام من حيث الأصل، فقد تبيح المحظور أو تسقط الوجوب. أي أنها كالضرورة سببٌ من أسباب تشريع أحكام استثنائية في ظروف خاصة رفعاً للحرج وتيسيراً على الناس؛ وهي كذا سواء أكانت عامة أم خاصة كما هي في لفظ بعضهم المتقدم. ولا تعنى هذه القاعدة أن الحاجة لها ذات أحكام الضرروة من كل وجه من حيث تحليل المحرم أو إسقاط الواجب، أو أن ذات المحرم الذي تحله الضرورة تحله الحاجة، وذات الواجب الذي تسقطه الضرورة تسقطه الحاجة. ولو كان الأمر كذا، لما قام داع للتفريق بينهما!

والواقع أن الفرق بينهما قائم، يقول ابن العربي:" إذا نهي عن شيء بعينه لم تؤثر فيه الحاجة، وإذا كان لمعنى في غيره أثرت فيه الحاجة لارتفاع الشبهة معها".[30] أي أن المحرم الذي يمكن أن تحله الحاجة ليس كل محرم، بل المحرم لغيره، لا لذاته. والمحرم لغيره هو ما حرم لأمر خارج عنه، لعارض مثلاً كالصلاة في الأرض المغصوبة، أو لكونه مؤدياً إلى المحرم بعينه، كالنظر يؤدي إلى الزنا، ويسمى تحريمه تحريمَ وسائل، أو تحريم ذرائع. وهذا بخلاف المحرم لعينه، وهو المحرم لذاته لا لكونه موصلاً إلى شيء آخر، كالزنا والربا والخمر.[31]

ويشير إلى هذا أيضاً السيوطي بقوله: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد (أي المحرم لذاته)". ويقول ابن القيم: " ما حُرِّم لسدِّ الذرائع فإنه يُباح للحاجة والمصلحة الراجحة". وقد

---

[26] المرجع السابق ص 159.

[27] الزركشي، محمد بن بهادر، **المنثور في القواعد**، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ)، ج2، ص24. وتقييد الحاجة بالعامة كما في لفظ الزركشي والعز والجويني لا يفهم منه بالضرورة إخراج الحاجة الخاصة، بل الحاجة الخاصة تشترك كذلك في الحكم، كلبس الحرير لمن به حكة، وكشف العورة للمريض، وغاية ما في الأمر أن هؤلاء الفقهاء نصوا على الحاجة العامة لأهميتها.

[28] السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص 88؛ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، **الأشباه والنظائر**، (بيروت: دار الفكر ط1/1983م)، ص91.

[29] مجلة الأحكام العدلية، (طهران: كازخانة تجارت كتب، بدون ذكر سنة الطبع)، المادة 32.

[30] ابن العربي، أبو بكر بن العربي المالكي، **عارضة الأحوذي**، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع)، ج8، ص48.

[31] القرافي، شهاب الدين أبو العباس، **الفروق**، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع) ، ج3، ص202.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

صيغ بناءً على ذلك قاعدة "ما نهي عنه لغيره يباح للحاجة، وما نهي عنه لذاته لا يباح إلا للضرورة".[32]

ويقول الإمام الشافعي: "وليس يحِل بالحاجة محرم (أي لعينه) إلا في الضرورات من خوف تلف نفس..".[33]

وعليه، فإن معنى القاعدة أن الحاجة لها تأثيرها في الأحكام كالضرورة، فهي سبب للتخفيف، وإن كان تأثيرها مختلفاً. ولم يؤثَر عن أحد من الفقهاء القولُ بمساواة الحاجة للضرورة في التأثير على حل المحرم، ولو كانا سواء لانتفى داعي التمييز بينهما في هذا السياق، فجاز لمن وقع به جوعٌ أن يأكل الميتة، ولمن جرى له عطشٌ أن يشرب الخمر قبل الوصول إلى مظنة الهلاك؛ أو لجاز للناس التعامل بالربا إن جرت لهم به حاجة، وهذا ما لم يقل به أحد.

د. الاجتهاد بالاستناد إلى مبدأ عموم البلوى وقاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان:

مما استندت إليه بعض الاجتهادات المعاصرة في المسائل المالية مبدأُ عموم البلوى وقاعدةُ تغير الأحكام بتغير الأزمان. وباستقراء المواضع التي ورد بها الاستشهاد بعموم البلوى يمكن القول إن فحوى العمل بها هو اغتفارُ ترك الالتزام ببعض الأحكام الشرعية عند تعذر ذلك أو استحالته، كما هو الحال في اغتفار ما قد يصيب الثوب من نجَس ناجم عن السير في الشوارع التي لا تخلو عن قذر. وتخريج ذلك هو على قاعدة رفع الحرج المستمدة من قوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج" (سورة الحج: 78). لكنّ هيكلة بعض المعاملات المالية المشبوهة أو تسويغها لا يعدّ من قبيل المتعذر تجنُبه حتى يسوغ ذلك شرعاً كما تقدم، ولهذا فإن تخريج هذه الاجتهادات، كالاجتهاد بتسويغ الاستثمار في أسهم الشركات التي تمارس بعض الأنشطة المحرمة، على عموم البلوى ما هو في الحقيقة إلا تكريسُ للبلوى وخلقٌ لها، لما في ذلك من ترويج تجارة الحرام وتسويغها. وفساد الزمان لا يسوغ التجرؤَ على الحرام والاشتراك في الفساد، فالواجب مقابلة المنكر بالنهي والإزالة، لا بإزكائه والمساهمة فيه.

وما يذكره الفقهاء من إمكان تعدد الأحكام بتعدد الأزمنة واختلاف الأمكنة والأحوال، كقاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" مثلاً، فهو في الأحكام المستندة أصلاً إلى العرف والعادة والمصالح كما هو معروف، كمدى مسؤولية البائع عن نقل المبيع إلى مكان المشتري مثلاً، لا الأحكامِ الشرعية المؤصلة أو المنصوص عليها وغير المستندة في مشروعيتها إلى العرف والعادة والمصالح.[34]

---

[32] السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص 158؛ ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد، **زاد المعاد**، (بيروت: مؤسسة الرسالة، بدون ذكر سنة الطبع)، ج4، ص78؛ ابن تيمية، **الفتاوى**، ج21، ص251.

[33] الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم**، (بيروت: دار المعرفة، ط 2، 1393هـ)، ج3، ص28.

[34] يقول ابن عابدين في رسالته "نشر العرف فيما بني على الأحكام على العرف": "كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان؛ بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً- الاجتهاد بالاستناد إلى المصلحة ومقاصد الشريعة

مما يلاحظ على بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، ولا سيما في باب المعاملات المالية المصرفية، أنها تأخذ بالمقاصد والمصالح حين يوصلها ذلك إلى ما يريد المجتهد أو المفتي سلفاً تسويغه، وتعطل المقاصد والمصالح حيث تتعارض مع الغاية المطلوبة؛ فهل مقاصد الشريعة أو المصالح دليل سائغ يصح في هذه المسائل؟

تعريف المصالح

المصالح واحدتها المصلحة، وهي المنفعة، ضد المفسدة، أي كل ما فيه جلب نفع أو دفع ضر.[35] وعرفها الغزالي (ت 505هـ) بقوله: "المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة".[36]
وقد صاغ بعض المعاصرين هذا التعريف صياغة جديدة، فعرَّف المصلحة بأنها: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طِبق ترتيب معين فيما بينها".[37]
وعرَّف الطوفي (ت 719هـ) المصلحة بمعنى الوسيلة إلى الصلاح، فقال: "السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة".[38]

الأخذ بالمصلحة:

المصالح هي أحد المصادر الشرعية المعتبرة، وقد أخذت بها مدارسُ الفقه عملياً وإن لم تنص بعض المدارس عليها دليلاً شرعياً مستقلاً. ومضمونُ العمل بالمصلحة الأخذُ بكل ما يحقق مصالح العباد، إذ ثبت بالاستقراء أن جميع أحكام الشريعة تحقق مصالح العباد؛ وعليه، فكل ما يحقق المصحلة يصلح شرعاً الأخذُ به.

والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد". ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، (مصر: عالم الكتب، بدون ذكر سنة الطبع)، 125/17.

[35] جمال الدين أبو الفضل ابن منظور، **لسان العرب** (بيروت: دار إحياء التراث، ط3)، ج7، ص384؛ محمد بن أبي بكر الرازي، **مختار الصحاح** (بيروت: مكتبة لبنان، 1992)؛ محمد بن محمد الغزالي، **المستصفى** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1413/1هـ)، ص174.

[36] الغزالي، **المستصفى**، ص174.

[37] محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1982م)، ص23.

[38] نجم الدين الطوفي، **رسالة في رعاية المصلحة** (ضُمنت هذه الرسالة كاملة في كتب منها كتاب مصطفى زيد " المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي" وكتاب عبد الوهاب الخلاف "مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه")، ص19 من هذه الرسالة، عند حديث (لا ضرر ولا ضرار).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لكن للأخذ بالمصلحة دليلاً شرعياً على الأحكام شروطٌ لا بد من استيفائها، إذ قد تُظن المصلحة في أمور مفسدة، أو حرّمتها الشريعة، فلا بد من ضبط الأخذ بالمصلحة بشروط وضوابط شرعية.

وقد كانت المصلحة منذ زمن الطوفي ولا تزال إلى يومنا هذا دليلاً شرعياً يساء فهمه أو إعماله، إذ قد استند إليها خلقٌ كثير، ولا سيما في عصر انحطاط المسلمين المستمر إلى يومنا هذا، في تسويغ بعض المسائل التي تحرم شرعاً. ومنشأ هذا الخلط والزعم هو عدم إدراك الشروط الشرعية اللازمة لعمل المصالح، وأهمها عدمُ معارضة النصوص والأصول الشرعية[39]. فضلاً عن أن تقدير المصالح هو محل اضطراب في الرؤى والآراء، فما يراه البعض مصلحة عامة للمسلمين قد لا يراه الغير كذلك، مما يحتّم عند غياب الحاكم المسلم المجتهد، الذي يقرر المصالح بالشورى ويفرضها بمقتضى السياسة الشرعية، وجوبَ الاحتكام إلى الشروط الشرعية المعروفة لعمل المصالح، بعيداً عن التقديرات الفردية للمصالح والتفسيرات الشاذة لها.

وتطبيقاً لما تقدم على الاجتهادات الشرعية المعاصرة، فقد ظُنت المصلحة في تسويغ البيوع الموصلة في جوهرها إلى الربا كالعينة والتورق، وظُنت المصلحة في تسويغ بيوع الدين[40]، ثم في تسويغ المشتقات المالية القمارية[41]، وتسويغ الاستثمار في أسهم الشركات المتعاملة بالمحرمات بيعاً وشراءً على النحو الذي نراه في الأسواق اليوم. وهذا كله لا يصلح، لأن المصلحة الموهومة في هذه المعاملات تتعارض مع أحكام شرعية قطعية، فضلا عن وجود نقيض المصلحة في هذه التعاملات؛ فالتحايل على الربا والقمار يوصل إلى مفاسدهما، وهل حرّم الربا والقمار إلا لمفاسدهما وآثارهما! فالاستثمار في الأسهم المختلطة مثلاً والمضاربات فيها عادت في كثير من تطبيقاتها على المتعاملين فيها بالخسائر وتراكم الديون على النحو لا يختلف عن الذي يجري في مؤسسات الربا وصالات القمار، ولا سيما مع تفلت الأسواق الاستثمارية بخاصة عن الضوابط والإجراءات الحمائية، وما يقع في هذه الأسواق من مخالفات شرعية كالبيع القصير[42]، والبيع على الهامش[43]، ودخول المشتقات المالية، وسائر أدوات

---

[39] انظر البوطي، محمد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة**، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ، ط4، 1982م)، ص 118؛ وانظر بحث أبوزيد، عبد العظيم، "البعد التعبدي في ارتباط المصالح بالأحكام الشرعية"، **الإسلام في آسيا**، المجلد 3، العدد 1، يوليو 2006، ص 57 وما بعدها.

[40] أكثر ما يتجلى بيع الدين في الوقت المعاصر هو في حسم الديون، أي بيعها بأقل من قيمتها الإسمية وهو منتشر في المؤسسات المالية الإسلامية الماليزية، فضلاً عن بيع الصكوك عندما تمثل في حقيقتها ورقة مالية مضمونة القيمة الاسمية لحاملها، لا موجودات حقيقية تتقلب أسعارها السوقية.

[41] المشتقات المالية معاملات مالية متنوعة تتضمن بيعاً مؤجلاً لكلا العوضين (وهو ممنوع شرعاً)، وتقصد لأغراض المضاربة السعرية أو التحوط. وقد جرت محاولات كثيرة لأسلمة هذه المشتقات. انظر تفصيل ذلك في بحث أبوزيد، عبد العظيم، **"المشتقات المالية، دراسة شرعية ونقدية"**، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، معهد الاقتصاد الإسلامي، العدد 3، المجلد 27، 2014.

[42] البيع القصير هو بيع أسهم يقترضها البائع من مالكها عن طريق السمسار، فيبيعها بسعر السوق على أمل أن ينخفض سعرها عند مجيء وقت ردها، ليشتريها بثمن أقل ويردها ويربح الفرق بين السعرين. وتتضمن هذه العملية جملة محاذير منها أن إقراض الأسهم يكون بفائدة يدفعها المقترض، ومنها أن الأسهم لا تصلح للإقراض أصلاً بسبب تقلب ما تمثله من موجودات،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المضاربات السعرية. بل وأدى تسويغ الاستثمار فيها إلى انتقال كثير من أموال المسلمين إلى الشركات الأجنبية في الخارج، ولا سيما إلى الغرب مع انطلاقِ الفتاوى بتسويغ الاستثمار في كثير من تلك الشركات التي لا تتورع عن الحرام، وتأسيسِ أسواقٍ خاصة لذلك وسمت بالإسلامية، كسوق مؤشر داو جونز "الإسلامي".

تعطيل المقاصد في الاجتهاد الفقهي المعاصر

من الغريب أن الاجتهاد الفقهي المعاصر يستند كثيراً إلى مبدأ المصلحة في تقديم مسوغاته على الرغم من تعطيله في بعض الحالات لمقاصد الشريعة من الأحكام، مع أن المصلحة التي راعاها الشارع تفضلاً وإحساناً في الأحكام لا تتحق حين يتعطل المقصد الشرعي من تلك الأحكام. فالربا مثلاً حرم لأجل مفاسده المختلفة، فيكون التحايل على حرمته موصلاً إلى تلك المفاسد؛ فكيف يمكن مع هذا أن تُسوَّغ بالمصلحة المعاملاتُ الموصلة في جوهرها إلى الربا!

إن بعض الاجتهادات الفقهية اليوم، ولا سيما المتعلق منها بالمسائل المصرفية المالية، تقوم على الحكم بحل المعاملة باعتبار استيفاء شروط الصحة الشكلية التي وردت بها النصوص دونما اعتبارٍ لجوهر المعاملة ومآلاتها. فالرؤى الفقهية التي تحل بيوع الذرائع الربوية كالعينة أو التورق كما يجريان الآن في بعض المؤسسات المالية الإسلامية، وتتشدد في تحقيق شكليات معينة لحلها، على الرغم من عدم تأثير هذه الشلكيات على جوهر المعاملة الذي لا يفترق عن الربا إلا باللفظ والشكل فحسب، هي رؤى تنبثق عن عقلية تأخذ بالظاهر وتعطل روح النص ومقاصده، وهي عقلية يُخشى منها حقيقةً على التشريع الإسلامي. ومثلها تلك العقليةُ التي تفرق بين البيوع الربوية، فترى حِلَّ واحد وحرمةَ أخر على الرغم من اتحاد الجميع في الجوهر والأثر، أو تلك التي تصَوغُ بيعاً جديداً يوصل إلى نفس النتيجة من معاوضة المال بالمال بوساطة سلعة غير مقصودة لذاتها حقيقة في البيع والشراء، ثم تزعمُ حِلّه وتشنُّ حرباً على البيوع الربوية الأخرى![44]

ثالثاً- الاجتهاد بالاستناد إلى السياسة الشرعية

السياسة الشرعية مبناها على تحقيق المصالح دون مخالفة النصوص

فلا يمكن رد ذات ما استقرض منها، ومنها كذلك أن هذه العملية تقصد للمضاربات السعرية التي تؤدي في مجلها إلى إضفاء شيء من الطبيعة القمارية على التجارة بالأسهم بيعاً وشرءاً.

[43] صورة البيع على الهامش أن يقترض مالاً أو يجد من يمول له شراء أسهم ما، فيشتريها ويحتفظ بها إلى أجل يتوقع فيه ارتفاع سعرها، ليبيعها لاحقاً ومن ثمنها يرد المبلغ الذي أخذه من قبل من ممّول الشراء أو المقرض. والممنوع في هذه العملية هي القرض بربا الذي يجري أولاً، أو التمويل بما لا يؤدي إلى الملك الحقيقي للأسهم الذي يقتضي حرية التصرف فيها، فضلاً عن أن هذه العملية تقصد للمضاربات السعرية التي تؤدي في مجلها إلى إضفاء شيء من الطبيعة القمارية على التجارة بالأسهم بيعاً وشرءاً كما هو شأن البيع القصير.

44 من ذلك أننا نرى من يهاجم العينة يقول بالتورق المصرفي، ومن يهاجم التورق المصرفي يخرج على الناس بالسلم المنظم، وجوهر الجميع ومآله واحد، وهو الاسترباح عن النقد، وهو جوهر الربا لأن الربا لم يحرم لشكله أو طريقة الوصول إليه، بل لجوهره من مبادلة نقد حال بنقد أكثر منه مؤجل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ترتبط السياسة الشرعية بالمصلحة ارتباطاً وثيقاً، ووجه ذلك أنَّ تصرُّف ولي أمر في ولايته منوطٌ بالمصلحة كما هي القاعدة، فالسياسة هي حسن التدبير والتصرف؛ وما وجد منصب الولاية العامة أو الخاصة في الإسلام، أو في كل دستور، إلا للقيام بشأن الرعية، وتدبير شؤونها، أي جلب المصالح لها، ودفع المكاره والمفاسد عنها.

وليس يُشترط في السياسة الشرعية أن يُنص على تطبيقاتها حتى تعدَّ شرعية، أي مقبولةً شرعاً، ففي هذا تقييد لها وتحجيم لا يتناسب مع مفهوم السياسة بشكل عام، أي التدبير في الأمور العامة بحسب مقتضيات الظروف والمتغيرات.[45]

وهكذا، فإنه لا يشترط أن تستند السياسة إلى النصوص، ولكن يشترط ألا يخالف العمل بالسياسة النصوص، لأنها تخرج عن الشرعية حينئذ بمخالفة النصوص. ولو جاز للسياسة أن تخالف النصوص لما سلمت أحكام الشريعة، ولذابت في بوتقة المصالح المدعاة مع تفاوت آراء أولي الأمر وتداخل أهوائهم، ولصار التشريع الإسلامي تشريعاً بشرياً لا قداسة فيه. أي إن العمل بالسياسة الشرعية مشروط بعدم النص على فساد تطبيقاتها؛ فلو وجد النص مثلاً بفساد أمر معين وحُرمَتِه، فإنه لا يجوز مخالفته بمقتضى السياسة الشرعية.

وما مثل السياسة الشرعية إلا كمثل التعزير، بل التعزير محلٌ واسعٌ لعمل السياسة، فهو عقوبة يقدِّرها القاضي بحسب حال الجريمة وحال مرتكبها. فكما أن التعزير متروك للقاضي يقدره بحسب الظروف والملابسات، وليس فيه تقييد من الشارع في تطبيقاته، فكذا السياسة الشرعية متروكةٌ للإمام وليس فيها تقييد من الشارع في تطبيقاتها. وكما لا يملك القاضي أن يفرض تعزيراً في عقوبة حديّة حدّ الشارع عقوبتها، فكذا لا يملك ولي الأمر أن يسوس الرعية بغير ما حدّ وبيّن الشارعُ أحكامه.

وفي زمننا صار يتردد في أروقة المجالس الفقهية التي تمارس الاجتهاد في مسائل الصيرفة الإسلامية مصطلحُ "السياسة الشرعية" في إطار تسويغ بعض تطبيقات المعاملات المالية، على اعتبار أنها لا تجوز باعتبار الأدلة الظاهرة، أو الأقوال الفقهية المعروفة، أو مواقف المجامع الفقهية، ليمكن تجوزيها بمقتضى السياسة الشرعية. وهذا تطورٌ خطير وفاسد من أوجه عدة:

- أن التصرف بمقتضى السياسة الشرعية هو للحاكم المسلم، أو الحكومة المسلمة، تقرره وفق المصلحة العامة وبمقتضى الشورى، لأنها ترتبط بإدارة الشؤون العامة الداخلية والخارجية للدولة. وتقصير الحكومة المسلمة في هذا الجانب في بعض المجالات لا يخوّل الأفراد أن يبؤوا أنفسهم دور الحكام.

- أن السياسة الشرعية لا تخوّل من يتصرف بمقتضاها تسويغَ المحرم وتسميته حلالاً، كأن يوسم منتج مالي غير شرعي بالشرعية بمقتضى السياسة الشرعية ويُسمح للمؤسسات

[45] انظر ابن القيم، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، (القاهرة: المؤسسة العربية للطباعة، 1961م)، ص 16.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المالية الإسلامية بتقديمه؛ بل تخول السياسة الشرعية لأهلها التصرّفَ في الأمور العامة بمقتضى المصلحة، بما لا يتناقص مع أصول الشريعة ونصوصها الثابتة؛ وتعليقَ بعض الأحكام الشرعية بمقتضى الضرورة التي تبيح بشروطها المحظور أو تسلب الوجوب عن الواجب؛ وكذا التصرفَ بمقتضى التعزير الذي قد يصل إلى القتل في قضايا الجنايات وجرائم أمن الدولة؛ و تقييدَ المباحات.

- أن جهات الفتوى المصرفية الحالية ليست طرفاً مستقلاً تُضمن نزاهتُه في تقريره للمسائل بمقتضى السياسة الشرعية على فرض صحة تبوّئها لعمل السياسة الشرعية أصلاً، وذلك لأنها طرف مستفيد مما تقرره، فرواج هذه الفتاوى الميّسرة من أهلها يغري المؤسسات المالية المستفيدة بأصحابها، مما يعود بالنفع المادي على أصحاب هذه الفتاوى، فضلاً عن وجود مؤسسات فتوى خاصة من شأن تقاضيها أجراً عن مراجعة المنتج بغية الحكم بتسويغه ألا يجعلها مستقلة على نحوٍ يدفع تدافع المصالح.

- تعدد جهات الفتوى بتعدد المؤسسات المالية يؤدي إلى تعارض المفتى به بمقتضى السياسة الشرعية حتى في نطاق البلد الواحد، مما يؤدي إلى وقوع الاضطراب والفوضى على نحو يلغي أي نفع قد تعود به الفتوى بمقتضى السياسة الشرعية؛ فيصير الأمر أشبه بالفوضى التي يحدثها تعددُ الحكام ورؤاهم في البلد الواحد.

رابعاً- معاملة الأقوال الشاذة في الاجتهاد الفقهي المعاصر معاملةَ الأقوال المعتبرة

من القضايا المرتبطة بالاجتهاد الفقهي المعاصر أن صار بسبب التراجع في إتقان العلوم الشرعية لا يُحسَنُ التمييز بين الاجتهاد المعتبر المستند إلى أصول شرعية صحيحة وبين القول الشاذ الذي ليس له محمل شرعي صحيح. وصار وجود الرأي المخالف الشاذ إذا كثر أنصاره يصيّر المسألة في الأذهان من قبيل المختلف فيه، وكأنه الخلافُ الذي يجري بين أبي حنيفة والشافعي من أرباب المذاهب الفقهية المعتبرة!
والحقيقة أن كثرة أنصار القول المخالف لا يستقيم أن يفهم منها بالضرورة صلاحية هذا القول وصحة اعتباره شرعاً، لأن الفئة التي قد تجتمع على رأي اجتهادي معين هي فئة قد ترتبط مصالحها جميعاً ارتباطاً مباشراً بهذا الرأي، فيكثر أنصاره دون أن يكون لهذا الرأي مصداقيته أو وزنه الشرعي المعتبر. ومثال ذلك في الاجتهاد الفقهي المرتبط بالتمويل الإسلامي القولُ المعاصر بجواز بيوع الدين[46] وبجواز بيوع العينة بصورها المختلفة، فهذه البيوع تمجها الفطرة

[46] بيع الدين، أي المال الثابت في الذمة، بملغ أقل منه ممنوع شرعاً، لأنه يخرق شرط التساوي والتقابض في مقدار المالين عند بيع النقود ببعضها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإنسانية والعقل السليم والأصول الشرعية، وكثر أنصارها والقائلون بها، والمتبنون لها من المؤسسات المالية، لارتباط المصالح الخاصة برواجها.[47]

خامساً- واقع الاجتهاد الفقهي المعاصر في مجامع الفقه

يلاحظ المتتبع لقرارات مجمع الفقه وللاجتهادات والفتاوى الخاصة في المؤسسات المالية الإسلامية وجود تعارض واختلاف، بل يوجد هذا الخلاف حتى بين اجتهادات الهيئات الشرعية المعنية بإصدار معايير شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية وبين مجامع الفقه، كما في قضية التورق، وقضية الاستثمار في أسهم الشركات التي لها بعض التعاملات المحرمة، وبعض مسائل الصكوك والإجارة المنتهية بالتمليك.

وبالمجمل فإن مجامع الفقه قصّرت في الاجتهاد في قضايا التعاملات المالية المصرفية الإسلامية، فغلب بدايةً عليها الصمتُ بينما التمويل الإسلامي في طور التكوين في المؤسسات المالية الإسلامية، فترك أمر هيكلة المنتجات للهيئات الشرعية لتلك المؤسسات، ولم يصدر عن المجامع الفقهية إلا قرارات فقهية بسيطة على مدى سنوات، وكثر في قرارات هذه المجامع التسويف والتأجيل إلى دورات أخرى في أمور بالغة الأهمية هي قيد التطبيق والممارسة في المؤسسات المالية. بل وكان في بعض الأحايين أن خرجت المجامع الفقهية بقرارات خجولة مترددة أشبه برفع العتب إذا صح التعبير، وتفتح الباب لاستثناءات محذورة.[48]

ويعزى تقصير المجامع الفقهية إلى جملة أسباب أهمها:

- قلة الخبرة العملية لكثير من أعضاء المجامع الفقهية، وفقهاء الشريعة عموماً، بفنيّات المعاملات المالية المصرفية، مما يجعلهم عاجزين عن التنبّه إلى الأخطاء التطبيقية الخفيّة في العمل المصرفي الإسلامي؛ فبقي لذلك كثير من المعاملات المالية المشبوهة دون نقد أو اعتراض أو تصويب.

- حاجة المجامع الفقهية بشكل عام إلى إعادة النظر في هيكلتها وتفعيل دورها الريادي لمؤسسة الفتوى في العالم الإسلامي، وذلك يشمل الحاجة إلى التيقّن من كفاءة أعضائها، وقدراتهم العلمية والبدنية على الحضور والتنسيق والمتابعة، واهتمامهم وجديتهم، وكذا إعادة النظر في طريقة

---

[47] لمراجعة هذه المسألة وتفصيلاتها يمكن الرجوع إلى بحث **"بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية"**، مجلة "الإسلام في آسيا"، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، المجلد 5، العدد 2، 2008؛ **"بيع العينة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية"**، مجلة "التمدن"، ماليزيا، المجلد 4، 2008. وكلاهما للكاتب، ويمكن تحميلهما من موقع www.abdulazeem-abozaid.com

[48] من ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في موضوع أسهم الشركات، حيث ذكر أن الأصل عدم جواز التعامل بأسهم الشركات التي تتعامل بالحرام أحياناً ثم سكت عما هو وراء ذلك؛ فصيغة هذا القرار تعكس تردداً من واضعيه، وكأنه بهذه الصياغة يفهم صحة الاستثناء بالجواز في بعض الحالات. وهذا نص القرار: "الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحيانًا بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة". (قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 63 (7/1) بشأن الأسواق المالية في دورته السابعة المنعقدة بجدة من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992 م)، بينما كان قرار مجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة أصرح وأوضح، حيث نص على حكم التعامل بأسهم الشركات التي تنطوي استثماراتها على بعض الأنشطة المحرمة، ونص قراره: "لا يجوز لمسلم شراء أسهم الشركات والمصارف إذا كان في بعض معاملاتها ربا، وكان المشتري عالمًا بذلك".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تنظيم هذه المجامع وسير عملها، وصياغة قراراتها، ثم إيجاد طريقة لتفعيل هذه القرارات، وفرض احترام المؤسسات المالية لها.[49]

الخاتمة والنتائج

في خاتمة البحث يتبين للمطالع أن الاجتهاد الفقهي المعاصر في القضايا المالية المصرفية وضع نصب عينيه تسويغ بعض المسائل المالية، ثم بحث عن الأدوات التي تؤدي به إلى تلك النتيجة، فاستند إلى مبدأ الاستصلاح، وما يفتح شِرعة الاستثناءات كالضرورة والحاجة وعموم البلوى؛ بل وأعمل في سبيل ذلك قواعد الفقهية أخرجها عن سياقها ومعناها الصحيح. ولم يُعمِل بالمقابل ما قد يوصله إلى حرمة تلك المسائل من القياس على مسائل منصوص على حكمها، أو سد الذرائع الذي يغلق الطريق إلى الحرام، ولا سيما بيوع الذرائع الربوية التي عملت بعض هذه الاجتهادات على فتحها. أما الإجماع، فلم تتهيأ مؤسساته، بل وجدت بعض مؤسسات الاجتهاد الجماعي على عيوب كثيرة فيها.

والخلاصة أن الاجتهاد الفقهي المعاصر لم يوظف علم أصول الفقه وأدوات الاجتهاد الفقهي التوظيف الصحيح، بل سعى إلى تطويع الشريعة بما يناسب الواقع المعاش للمسلمين، وهو أمر ناتج عن التردي السياسي والاقتصادي والعلمي والفكري والاجتماعي في أحوال المسلمين، فضلاً عن طغيان النزعة المادية لدى الناس. ومن شأن هذا التطويع أن يكرس هذا الحال، لأنه لا يقترن بالتصريح بأن هذه الأحكام أحكام استثنائية مؤقتة اقتضتها الظروف الراهنة، بل يقدم هذه الاجتهادات على أنها اجتهادات صحيحة، أصيلة ومن أهلها، وهو أخطر ما في الأمر. والواجب لتغيير هذا الحال وتحقيق الإصلاح المطلوب في منظومة الاجتهاد الفقهي أن ترعى مؤسساتِه وتنظّمه وتتأكدَّ من كفاءة أهله الدولُ الإسلامية، وهو الأمر الذي لن يكون إلا بإصلاح الواقع السياسي لهذه الدول وما يستتبع ذلك من إصلاح اقتصادي وثقافي واجتماعي.

وما يلي خلاصة لأهم نتائج البحث:

- استند الاجتهاد الفقهي المعاصر في القضايا المصرفية المالية إلى قواعد فقهية أخذِت على عمومها دون مراعاة للمعنى الحقيقي لتلك القواعد الذي أراده واضعوها، وأورث ذلك خروجاً عن الأصول والأحكام الشرعية المعروفة.

- توسع الاجتهاد الفقهي المعاصر في الأخذ بالاستصلاح، وفي بعض الحالات قُصد تسويغ بعض ما لا يجوز شرعاً بدعوى الاستناد إلى تحقيق المصلحة ومقاصد الشريعة العامة.

49 يذكر في هذا أن قرار تحريم التورق المصرفي الذي صدر في أبريل 2009 عن مجمع الفقه الدولي رقم 179 (19/5) بشأن التورق في دورة رقم 19 المنعقدة في الشارقة لم تلتزم به المؤسسات المالية الإسلامية الممارسة للتورق، بل استمرت في ممارساتها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- جرى استناد بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة إلى السياسة الشرعية، وهي ليست بأداة اجتهادية أصولية، بل هي سلطة محصورة بالحكومة المسلمة تسوس بها الدولة والرعية بما يحقق المصالح العامة ولا يخالف الأصول الشرعية.

- عوملت الاجتهادات الفقهية الشاذة معاملة الاجتهادات الفقهية المعتبرة، وتبنتها بعض المؤسسات المالية لتحقيق مصالحها، وكثر المتبنون لهذه الاجتهادات على الرغم من شذوذها وضعفها.

- لم تضطلع مؤسسات الاجتهاد الجماعي بواجبها اللازم، والواجب إصلاحها وتفعيلها بإعادة هيكلتها وتنظيمها وآلية عملها، ثم عرضُ جميع المسائل الفقهية المعاصرة في التطبيقات المالية الإسلامية عليها للخروج بالأحكام الشرعية الصحيحة لها على نحو فعال وسريع ويحقق التقنين المنشود لتلك الأحكام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المصادر والمراجع

كتب

- ابن العربي، أبو بكر بن العربي المالكي، **عارضة الأحوذي**، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** (القاهرة: المؤسسة العربية للطباعة، 1961م).
- ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد، **زاد المعاد**، (بيروت: مؤسسة الرسالة، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم "شيخ الإسلام"، **الفتاوى**، تحقيق عبد الرحمن العاصمي، (الرياض: مكتبة ابن تيمية، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، (مصر: عالم الكتب، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، **السنن**، (بيروت: دار افكر، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل، **لسان العرب** (بيروت: دار إحياء التراث، ط3).
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، **الأشباه والنظائر**، (بيروت: دار الفكر ط1983/1م).
- الألباني، ناصر الدين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، (بيروت: المكتب الإسلامي، بدون ذكر سنة الطبع).
- البوطي، محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1982م)،
- الجويني، أبو المعالي عبد الملك، **البرهان في أصول الفقه**، (مصر: دار الوفاء، ط4، 1418هـ).
- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، **السنن**، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع).
- الرازي، محمد بن أبي بكر، **مختار الصحاح** (بيروت: مكتبة لبنان، 1992).
- الزركشي، محمد بن بهادر، **المنثور في القواعد**، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ).
- السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، **المقاصد الحسنة**، (بيروت: دار الكتاب العربي، بدون ذكر سنة الطبع).
- السيوطي، عبد الرحمن جلال الدين، **الأشباه والنظائر**، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403ه).
- الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم**، تحقيق محمد زهري النجار (بيروت: دار المعرفة، ط 2، 1393هـ).
- الطوفي، نجم الدين، **رسالة في رعاية المصلحة** (مطبوعة مع كتاب مصطفى زيد " المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي" وكتاب عبد الوهاب الخلاف "مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه").
- العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع).
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، **المستصفى** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1413/1ه.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، **شفاء الغليل**، (بغداد: مطبعة الإرشاد، 1971).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- ابن تيمية، تقي الدين أحمد، **الفتاوى**، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1987).
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس، **الفروق**، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع).
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط 2، 1982م).
- **مجلة الأحكام العدلية**، تحقيق نجيب هواويني، (طهران: كازخانة تجارت كتب، بدون ذكر سنة الطبع).

أبحاث

- أبوزيد، عبد العظيم، **"البعد التعبدي في ارتباط المصالح بالأحكام الشرعية"، الإسلام في آسيا**، المجلد 3، العدد 1، يوليو 2006.
- أبوزيد، عبد العظيم، **"بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية"**، مجلة "الإسلام في آسيا"، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، المجلد 5، العدد 2، 2008.
- أبوزيد، عبد العظيم، **"بيع العينة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية"**، مجلة "التمدن"، ماليزيا، المجلد 4، 2008.
- أبوزيد، عبد العظيم، **"قراءة شرعية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالاً وحراماً"**، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية ا لعالمية بماليزيا، المجلد 15، العدد 31، 2012.
- أبوزيد، عبد العظيم، **"المشتقات المالية، دراسة شرعية ونقدية"**، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، معهد الاقتصاد الإسلامي، العدد 3، المجلد 27، 2014.

فتاوى وقرارات هيئات فقهية

- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في تحريم التورق المصرفي الذي صدر في أبريل 2009، رقم 179 (19/5) بشأن التورق في دورة رقم 19 المنعقدة في الشارقة.
- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في موضوع أسهم الشركات، رقم 63 (7/1) بشأن الأسواق المالية في دورته السابعة المنعقدة بجدة من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992 م)،
- قرار هيئة الفتوى لمصرف الراجحي رقم 485 بتاريخ 1422/8/23هـ.
- قرارات لجنة التوريق المنبثقة عن مجلس الرقابة الشرعية الصادر في ماليزيا
- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة، المعيار رقم 21 في الأوراق المالية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com