جامعة اليرموك
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية

المعاوضة على الالتزامات وتطبيقاتها الاقتصادية والمصرفية في الاقتصاد الإسلامي

Negotiability of Commitments and its Economic and Banking Applications in the Islamic Economy

إعداد الطالب
طالب حسين أبوعواد
2008270008

إشراف الأستاذ الدكتور : فخري أبو صفية

1433هـ – 2012 م

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

بسم الله الرحمن الرحيم

المعاوضة على الالتزامات
وتطبيقاتها الاقتصادية والمصرفية في الاقتصاد الإسلامي

إعداد الطالب

طالب حسين أبوعواد

2008270008

إشراف الأستاذ الدكتور : فخري أبو صفية

قدمت هذه الأطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في الاقتصاد والمصارف الإسلامية

جامعة اليرموك

1433هـ – 2012 م

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المعاوضة على الالتزامات

وتطبيقاتها الاقتصادية والمصرفية في الاقتصاد الإسلامي

إعداد الطالب

طالب حسين أبوعواد

ماجستير في الاقتصاد والمصارف الإسلامية ، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية ، كلية الشريعة – جامعة اليرموك ، ٢٠٠٨

قدمت هذه الأطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في تخصص الاقتصاد والمصارف الإسلامية في جامعة اليرموك – الأردن

نوقشت هذه الأطروحة في ٢٠١٢/٧/١٩ .

وتألفت لجنة المناقشة من أصحاب الفضيلة الأساتذة :

١. د. فخري خليل أبو صفية رئيسا ومشرفا

أستاذ السياسة الشرعية في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة اليرموك

٢. أ.د. علي محمد الحسين الموسى (الصوا) عضوا

أستاذ الفقه المقارن في كلية الشريعة – الجامعة الأردنية

٣. أ.د.أحمد محمد السعد عضوا

أستاذ السياسة الشرعية في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة اليرموك

٤. أ.د. قاسم محمد الحموري عضوا

أستاذ الاقتصاد في كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية – جامعة اليرموك

٥. د. عماد رفيق بركات عضوا

الأستاذ المشارك في الاقتصاد والمصارف الإسلامية في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة اليرموك

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أهدي هذا الجهد ..
إلى من كان سببا في وجودي على هذه الأرض :
والديّ الحبيبين حفظهما الله ..
ولشريكة الطريق المخلصة : زوجتي الغالية ..
ولمن صبر معي على لأواء الطريق : أبنائي الأحبة ..
ولكل من علمني حرفا من علماء ودعاة ومربين ..
إنّ لهم جميعا عليّ يدا لا يكافئوهم عليها إلا الله تبارك وتعالى ..

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أتقدم بالشكر الجزيل لصاحب الفضيلة ، الأستاذ الدكتور فخري أبو صفية ؛ المشرف على هذه الرسالة ، على ما بذله من جهود كريمة مباركة ، ولما أولاني به من كريم خلقه ووافر أدبه واهتمامه البالغ ، وعلى تفضله بقبول الإشراف على هذا العمل .

كما أتوجه بالشكر الجزيل كذلك ، إلى أصحاب الفضيلة الأساتذة الكرام ، على تكرمهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة ، داعيا الله تعالى أن يجعله في صحيفة أعمالهم .

وأتقدم بعميق الشكر إلى من طوقوني بفضلهم : أصحاب الفضيلة : الحاج سامي عبد الهادي حمودة ، والأخ الحبيب إبراهيم أحمد الغوانمة ، والدكتور عمار مصطفى راضي ؛ حفظهم الله . ولا أنسى شكر جناحيّ المباركين : حاتم دنديس ، وفادي العرجان . وكل من أعان على إنجاز هذا العمل .

وفاء لجهودهم ، وامتنانا لهم على ما بذلوه .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ملخص الدراسة

المعاوضة على الالتزامات وتطبيقاتها الاقتصادية والمصرفية في الاقتصاد الإسلامي ؛ دراسة متخصصة في تحليل حقيقة المعاوضة على الالتزامات، وطبيعته المالية، وهل هو نوع واحد أم أنواع من حيث طبيعته المالية؟ وهل يصح شرعا المعاوضة عليه أم لا؟

وتأتي هذه الدراسة في سياق تلبية حاجة ميدان التداول -سريع التوسع- لمثل هذا الدراسات المتخصصة في تجلية الحكم الشرعي، سعيا للتوصل إلى بناء محكم للفعاليات الاقتصادية، المبنية على أصول شرعية، تحقق المقاصد العامة للاقتصاد الإسلامي بكليات وضوابطه.

وفي سبيل التوصل لنتائج دقيقة سلكت هذه الدراسة المسلك العلمي، في تقرير قضية الدراسة ووصفها وصفا دقيقا بضبط المصطلحات والمفاهيم، ثم استغرقت في بيان القوام المالي للالتزام ، ومدى صلاحيته ليكون محلا للمعاوضة والبيع والتعاقد.. وتظهر أهمية البحث من حيث سعة انتشار هذا النوع من التعاقد ، وضخامة حجم الأموال التي تتداول عبر هذه العقود ، وحاجة المكتبة الإسلامية إلى دراسات تسلط الضوء أكثر وأكثر على حقيقة هذه العقود الجديدة . و تطرقت الدراسة لأبرز تطبيقات بيع الالتزام من خلال الحديث عن المشتقات التي تعتبر أخصب ميادين تداول الالتزامات ، وعرجت الدراسة إلى العقود التي تنظم أضخم الأنشطة الاقتصادية محليا ودوليا ، وهي عقود المقاولة والاستصناع والتوريد وإعادة التأمين ، وتتبعت الدراسة مدى ارتباط هذه العقود بفكرة تداول الالتزام ، وكذلك ناقشت هذه الدراسة بعض العقود المصرفية التي ترتبط بهذا الموضوع الضخم من موضوعات التعاقد ، فناقشت عقود الضمان والالتزام بتغطية الاكتتاب والاعتمادات المستندية من زواية تعلقها بتداول الالتزام .

وخلصت الدراسة إلى التفريق بين الحق والالتزام ، كما بينت طبيعة الالتزام بنوعيه المجرد والمتعلق بفعل. وأخيرا توصلت الدراسة إلى تصور حكم شرعي يتناسب مع نوعي الالتزام، وهو حظر تداول الالتزام المجرد، وجواز المعاوضة على الالتزامات المتعلقة بفعل.

فإن أصابت هذه الدراسة خيرا فمن الله وحده ، وإلا فجهد المقل ، وما كان فيه من عيب وزلل فالله ورسوله منه براء . والله ولي التوفيق

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله ، وعلى آله وصحبه ومن والاه ، وبعد ..

المقدمة :

مع توسع فضاء الاقتصاد العالمي ، تسارعت عجلة ابتكار العقود وظهرت أصناف من المعاوضات، لم تكن معروفة قبل سنين قلائل ، وما زالت هذه الحركة الدؤوب ، تبحث – كالماء – عن قنوات جديدة تساهم في تدفقات الأرباح . وكما عانت البشرية منذ فجرها من نزعة المادية المفرطة ، حتى أمكن القول أن الإنسان بذاته أصبح سلعة ! وما زالت تسير على طريق التسليع وتشتط فيه !! وكان من آخر ما توصل إليه مهندسو التبادل والتعاقد في الأسواق العالمية عقود المشتقات والتحوطات . التي تقوم على مبدأ تسليع الالتزام وتداوله والمعاوضة عليه . ولما لهذه العقود من أهمية بالغة ، نظرا لارتفاع حجوم تداولها ، كان لا بد من النظر إلى عمق هذه العقود ، سعيا لتحديد الموقف من مدى شرعيتها ، وكفاءتها الاقتصادية ، كما أن جانبا آخر يبرز من مجالات تطبيق هذا المسار في المعاوضات ، وهو جانب المعاوضة على الالتزامات في عقود المقاولة والاستصناع والتوريد وغيرها. وهذا يستدعي النظر العميق الدقيق للوفاء بمتطلبات هذه التطورات التعقادية .

أهمية الدراسة :

تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من سعة انتشار تطبيقاته في أسواق المال والأعمال والمصارف الإسلامية ، دون أن يتم تغطية هذه الظاهرة التعاقدية بدراسات علمية وافية . توضح الموقف الفقهي من هذه التعاقدات .

مشكلة الدراسة وفروضها :

تقوم الدراسة على الفروض التالية :

- ما حقيقة المعاوضة على الالتزامات؟
- هل الالتزام مال تصح عليه المعاوضة؟
- وهل الالتزام نوع واحد يأخذ حكما إجماليا واحدا ؟
- وما نوع الالتزام بالنسبة إلى المالية ؟ هل هو من عين أم منفعة أم حق؟

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

– وما الحكم الشرعي في المعاوضة على الالتزامات؟

أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى تجلية القضايا التالية :

1. بيان الموقف من مالية الالتزام وصحة كونه محلا صحيحا للتعاقد .
2. تعقب أهم تطبيقات هذا البعد الجديد من أبعاد نظرية المعاوضة ، كعقود المشتقات والتحوطات وإعادة التأمين وعقود التوريد والمقاولة والاستصناع ، وبيان الموقف الفقهي من هذه التطبيقات .
3. تسليط الضوء على تطبيقات هذا الوجه الجديد من وجوه التعاقد في المصارف الإسلامية ، وذلك بالنظر إلى تطبيقات المعاوضة على الالتزام في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان وبطاقات الائتمان .

حدود الدراسة :

إدراكا لأهداف هذه الدراسة ، يتركز ميدانها على الالتزامات المقابلة للحقوق في العقود المعاصرة حين يتم تداولها . وعليه تستبعد الدراسة بحث تداول الحقوق ، والمعاوضة عليها لكونها خارج موضوع الدراسة .

كما تستبعد الدراسة التعويضات ، التي هي نوع حوالة بإسقاط الالتزامات ؛ وموضوع الدراسة إنما يهتم بحوالة النقل لا الإسقاط .

مصطلحات الدراسة :

نظرا لأهمية ضبط الجهاز المفاهيمي في معالجة الظواهر الاقتصادية والمصرفية المعاصرة ، تظهر أهمية تحديد الأبعاد الدلالية للمصطلحات ذات الحضور الخاص في هذا البحث ، وأهم هذه المصطلحات هي :

- المعاوضة: مبادلة بين عوضين . عوض هو الثمن غالبا ، ومعوّض هو محل العقد . وقد يكون الثمن هو محل العقد كما في الصرف.
- الالتزامات: وهي جمع التزام، وهو: ثبوت حق للغير في الذمة .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الدراسات السابقة :

على حساسية وأهمية هذا الموضوع ، لم يطلع الباحث على كتاب واحد يجمع بين دفتيه جنبات هذا الموضوع . ولكن تناثرت بعض أجزاء هذا الموضوع في مجموعة من الكتابات هي :

1. **الحقوق والالتزامات ، ماليتها وضوابط الاعتياض عنها ، تطبيقاتها المعاصرة** . للدكتور عبد الرحمن بن عبد الله السند . وهو بحث مقدم للندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية، التي عقدت في الربع الأول من عام 1431 هـ . في الرياض ، برعاية المجموعة الشرعية لبنك البلاد ، وشركة أرباح المالية ، وموقع الفقه الإسلامي .

وهذا البحث شكل عمدة لمحور الدراسة ، ولكنه بحث متواضع !! لم يسهب فيه كاتبه بالحديث عن مالية الالتزام . كما لم يتطرق إلى كونه محلا صالحا للتعاقد . ومن ثم اهتم بتطبيقات بسيطة حول المعاوضة عليه ، كما أن الباحث جعل المعاوضة والاعتياض شيئا واحدا !! وهذا محل نظر ، يجب التوقف عنده والنظر العميق فيه !! لما يترتب عليه من أحكام .

2. **المعاوضة على الالتزام بصرف العملات في المستقبل** ، للدكتور نزيه حماد . وهو بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة . العدد السبعون . السنة الثامنة عشر . محرم . صفر. ربيع الأول 1427 هـ ، مارس (آذار) . أبريل (نيسان) . مايو (أيار) 2006 م .

وهذا البحث من أقرب ما كتب حول موضوع الدراسة . حيث بين فيه الباحث مفهوم الالتزام وأنواعه . وأدرج في بحثه الحديث عن المالية ، وحقيقتها وعناصرها ومدى تحققها في الالتزام. وحرر قاعدة اعتبار المالية التي بنى عليها نتائجه في الحكم على المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات . ولكن هذا البحث لم يتطرق إلى المعاوضة عن الالتزام في تطبيقات أخرى هامة كعقود الخيارات والمستقبليات وغيرها من صور المعاوضة على الالتزام. فيكون البحث محدودا في العملات فقط .

3. **نحو سوق مالية إسلامية** . للدكتور كمال حطاب . وهو بحث منشور موقع الدكتور على الإنترنت . www.kamalhattab.info .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وتحدث فيه عن عقود الخيارات والمستقبليات مناسبا لموضوع دراستنا . حيث تكلم فيه عن عقود الخيارات والمستقبليات والعقود الآجلة . وتطرق لمحور الالتزام والمعاوضة عليه .. وانتهى إلى ضرورة تعميق دراسة هذه العقود المستحدثة بأكثر من ذلك . ولكنه لم يتطرق إلى التطبيقات الأخرى كإعادة التأمين ؛ الذي هو من أجلى صور المعاوضة على الالتزام .. وكذلك المعاوضة على الالتزام بالإقراض والإصدار كما تجريه المصارف الإسلامية .

4. **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي** ، مصطفى أحمد الزرقا ، ، دار القلم، دمشق ، الطبعة الأولى 1420 هـ – 1999 .

وقد ألقى الزرقا الضوء على مسألة الالتزام ، وناقش في كتابه هذا قوام الالتزام ، ونقله ، وعلاقته بالحق ، وتحدث عن شرائطه مصادره .

ولكن المؤلف تحدث عن الالتزام كنظرية قانونية عامة من النظريات القانونية ، ولم يناقش علاقة الالتزام بمبدأ المعاوضة والبيع ، وجاء الكتاب كذلك مقارنا من نظرية الالتزام العامة في القوانين الغربية . ولم يتطرق الكتاب إلى التطبيقات المعاصرة للمعاوضة على الالتزامات المجردة ، مثل بيوع المشتقات المالية ونحوها .

5. **مشروعية محل الالتزام** ، د. طه محمد أحمد ، دار النهضة العربية ، 1997 .

وهذا الكتاب ناقش مشروعية محل الالتزام من وجهة نظر القانون، ولم يعالج البعد الفقهي في الحديث عن المشروعية.

6. **الالتزامات في الشرع الإسلامي** ، أحمد إبراهيم بك ، دار الأنصار ، القاهرة .

وهذا الكتاب ناقش الالتزامات مقارنة مع التشريعات المدنية العربية، ومن ثم لم يتضمن الحديث عن قوام الالتزام.

7. **المعاوضة على الالتزام بالإقراض** ، عادل بن عبد الله بن محمد باريان ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية، التي عقدت في الربع الأول من عام 1431 هـ . في الرياض ، برعاية المجموعة الشرعية لبنك البلاد ، وشركة أرباح المالية ، وموقع الفقه الإسلامي.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وهذا البحث تخصص في الحديث عن الالتزام بالإقراض، ولم يتطرق إلى الالتزام مطلقا عن الإقراض.

8. **المعاوضة على الحقوق وماليتها وتطبيقاتها** ، د. عبد الله الموسى . مجلة العدل ، العدد 45 محرم 1431 .
9. **المعاوضة على الحقوق ونقلها** ، المطيري ، فهد العقيلي ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض . 1424 .

وهذا البحث والذي قبله، تخصصا في الحديث عن الحقوق المالية، ولم يتطرقا إلى بحث الالتزامات.

10. **المعاوضة في الالتزامات ، ضوابطها وتطبيقاتها المعاصرة** ، د. عبد الكريم السماعيل ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية، التي عقدت في الربع الأول من عام 1431 هـ . في الرياض ، برعاية المجموعة الشرعية لبنك البلاد ، وشركة أرباح المالية ، وموقع الفقه الإسلامي.
11.

وهذا البحث جعل الالتزامات مثل الحقوق في الأحكام.

وهذه المصادر . على رصانتها . اهتمت بالحديث عن نشوء الالتزام ، وآليات بنائه ، ومصادره ، فلم تغط الجانب المتوقع من هذه الدراسة .

ما تميزت به هذه الدراسة :

تتميز هذه الدراسة بتحرير محل النزاع في بيان الأصل التعاقدي الذي يتوقف عليه النظر الفقهي . وهو بيان مالية الالتزام . وهل هو محل صحيح للتعاقد ؟ كما تتميز هذه الدراسة بمعالجة وتقييم التطبيقات الاقتصادية والمصرفية لهذا البعد التعاقدي المعاصر ، وجمعها بين دفتي كتاب واحد .

منهج الدراسة :

تنتهج هذه الدراسة المناهج التالية :

منهج الاستقراء : حيث تعنى بجمع آراء الفقهاء وتتبع أقوالهم في اعتبارات المالية .

منهج الاستنباط : حيث يتم التوثق من انطباق شروط المالية على الالتزام ، ومدى قابليته للمعاوضة.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

خطة الدراسة :

تقوم الدراسة على قسمين : موزعة على أربعة فصول ؛ فصل تمهيدي ، يناقش البناء النظري لموضوع الأطروحة ، وفصول ثلاثة أخرى ، تبحث في جملة من التطبيقات حول المعاوضة على الالتزامات . وجاءت على النسق التالي :

القسم الأول : البناء النظري للموضوع : ويتألف من الفصل التمهيدي ، ويتناول الحديث عن مدى قابلية الالتزام لأن يكون محلا للمعاوضة .

القسم الثاني : ويهتم بالجوانب التطبيقية الاقتصادية والمصرفية للمعاوضة على الالتزامات ، ويتألف من ثلاثة فصول تناول الفصل الأول الحديث عن المعاوضة على الالتزامات في عقود المشتقات المالية ، وتناول الفصل الثاني الحديث عن المعاوضة على الالتزامات في عقود المقاولة والاستصناع والتوريد وإعادة التأمين ، وأما الفصل الثالث فقد تناول الحديث عن نماذج من المعاوضة على الالتزامات في المصارف الإسلامية . ثم جاءت الخاتمة التي اشتملت على أبرز نتائج البحث بالإضافة إلى التوصيات .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفهرس

الأهداء	ج
الشكر والتقدير	د
ملخص الدراسة	هـ
المقدمة	و
أهمية الدراسة	و
مشكلة الدراسة وفروضها	و
أهداف الدراسة	ز
حدود الدراسة	ز
مصطلحات الدراسة	ز
الدراسات السابقة	ح
ما تميزت به هذه الدراسة	ي
منهج الدراسة	ي
خطة الدراسة	ك
الفهرس	ل
الفصل التمهيدي: التعريف بالمعاوضة والالتزام	1
المبحث الأول: مفهوم المعاوضة على الالتزامات	2
المطلب الأول:المعاوضة ماهيتها والفرق بينها وبين الاعتياض	2
المطلب الثاني: مفهوم الالتزام في الفقه والقانون	8
المبحث الثاني: مالية الالتزام وصلاحيته للمعاوضة	19
المطلب الأول: مالية الالتزام في القانون	19
المطلب الثاني: مالية الالتزام في الفقه الإسلامي	20
المطلب الثالث: الالتزام محل للتعاقد	30
الفصل الأول: المعاوضة على الالتزامات في عقود المشتقات	57
المبحث الأول: المعاوضة على الالتزامات في عقود الخيارات	63
المطلب الأول: مفهوم عقود الخيارات وخصائصها	63

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثاني: تحرير محل التعاقد في عقود الخيارات	68
المطلب الثالث: حكم التعامل في عقود الخيارات	72
المبحث الثاني: المعاوضة على الالتزامات في عقود المستقبليات	83
المطلب الأول: مفهوم عقود المستقبلات وخصائصها	84
المطلب الثاني: تحرير محل التعاقد في عقود المستقبليات	90
المطلب الثالث: حكم التعامل في عقود المستقبليات	95
المبحث الثالث: المعاوضة على الالتزامات في عقود المبادلات (الالتزام بالصرف)	102
المطلب الأول: مفهوم عقود المبادلات وخصائصها	103
المطلب الثاني: تحرير محل التعاقد في عقود المبادلات	108
المطلب الثالث: حكم التعامل بعقود المبادلات	108
الفصل الثاني: المعاوضة على الالتزامات في عقود الاستصناع والمقاولة والتوريد وإعادة التأمين	113
المبحث الأول: المعاوضة على الالتزام في عقود الاستصناع	114
المطلب الأول: مفهوم عقود الاستصناع وخصائصها	115
المطلب الثاني: محل التعاقد في عقود الاستصناع، ومتى يكون الالتزام محل عقود الاستصناع	117
المطلب الثالث: الاستصناع الموازي	122
المبحث الثاني: المعاوضة على الالتزام في عقود المقاولة	124
المطلب الأول: مفهوم عقود المقاولة وخصائصها	125
المطلب الثاني: متى يكون الالتزام محل للتعاقد في عقود المقاولة	126
المطلب الثالث: الموقف من المعاوضة على الالتزامات في عقود المقاولة	129
المبحث الثالث: المعاوضة على الالتزام في عقود التوريد	130
المطلب الأول: مفهوم عقود التوريد وخصائصها	131
المطلب الثاني: متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقود التوريد	135

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثالث: الموقف من المعاوضة على الالتزام في عقود التوريد	137
المبحث الرابع : المعاوضة على الالتزام بالتأمين (إعادة التأمين)	149
المطلب الأول : مفهوم إعادة التأمين وصوره	150
المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقد إعادة التأمين	154
المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزام في عقد إعادة التأمين	157
الفصل الثالث : نماذج المعاوضة على الالتزامات في المصارف الإسلامية	165
المبحث الأول : المعاوضة على الالتزام بالإقراض	166
المطلب الأول : مفهوم القرض المصرفي	166
المطلب الثاني : حكم المعاوضة على الالتزام بالإقراض	171
المبحث الثاني : المعاوضة على الالتزام بالإصدار (الاعتمادات المستندية ، خطابات الضمان ، بطاقات الائتمان) .	176
المطلب الأول : المعاوضة على الالتزام بإصدار الاعتمادات المستندية	177
المطلب الثاني : المعاوضة على الالتزام بإصدار خطابات الضمان	185
المطلب الثالث : المعاوضة على الالتزام بإصدار بطاقات الائتمان	192
المبحث الثالث : المعاوضة على الالتزام بتغطية الاكتتاب	201
المطلب الأول : ماهية الالتزام تغطية الاكتتاب	202
المطلب الثاني : التخريج الفقهي للالتزام بتغطية الاكتتاب	202
المطلب الثالث : الموقف الشرعي من اخذ العوض على الالتزام بتغطية الاكتتاب	205
الخاتمة وأهم نتائج الدراسة	207
التوصيات	209
فهرس الآيات	210
فهرس الأحاديث والآثار	211
المراجع	216
الملخص باللغة الإنجليزية	238

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفصل التمهيدي : التعريف بالمعاوضة والالتزام :

ويشمل المبحثين التاليين :

المبحث الأول : مفهوم المعاوضة على الالتزامات .

المبحث الثاني : مالية الالتزام وصلاحيته للمعاوضة .

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المبحث الأول : مفهوم المعاوضة على الالتزامات :

المطلب الأول : المعاوضة ماهيتها والفرق بينها وبين الاعتياض :

أولاً : المعاوضة في اللغة :

هي مصدر عاوض يعاوض فهي معاوضة ، والعَوَض البدل والجمع أعواض ، وعُضْته وعوَّضْته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه ، وعاوضت فلاناً بعوض في المبيع والأخذ والعطاء [1] . وعوَض بالفتح دون تشديد بدل الشيء ، وهي بالسكون الزمان ، وهما أصلان صحيحان كما قال ابن فارس [2]. ولم ترد مادة عوض في القرآن الكريم ، ولكن ورد معناها في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [3] ، وفي السنة (أيعاوض زوجها منها؟!) [4] . أي يعقد عليها عقداً جديداً بعوض جديد وهو المهر .

وقد أسهب الزبيدي[5] في الحديث عن دلالات الكلمة ومعانيها في سياقات عدة وأوصل معانيها إلى سبعة ! كالقسم والدهر والخلف .. إلخ . ولكن هذه الاتجاه في إدراك دلالة اللفظ الأصلية محل نظر! لأن الأصل في بيان دلالة اللفظ البحث عن معناه مجرداً دون تأثير السياق ، لأن للسياق أثراً بالغاً في دلالات الألفاظ ، وهو باب كبير من أبواب اللغة والأصول ينظر في محله[6]. والغرض من الإشارة إلى إسهاب الزبيدي أمر هام ! وهو بيان أن تعدد معاني مادة عوض ليس أصلا في معنى اللفظ وهو ما يسمى المشترك في اللغة ، بل إن تعدد المعاني كان لقوة تأثير السياق في الألفاظ وهو ظاهرة شائعة في لغة العرب . فالحقيقة الوضعية للفظ ، المجردة عن السياق - والتي هي طريقة ابن فارس رحمه الله في إدراك معاني الألفاظ - هي الطريقة الصحيحة، والصواب إذن في معنى اللفظ هو ما ذهب إليه ابن فارس وابن منظور من أن مادة عوض تدل على البدل والزمان كما تقدم .

---

1 لسان العرب ، ابن منظور ، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حبقة بن منظور ، طبعة دار المعارف ، القاهرة (بدون سنة طبع ولا رقم الطبعة) ، المجلد الرابع ، الجزء 36 / ص 3170-3171 .

2 معجم مقاييس اللغة ، أحمد بن فارس بن زكريا ، دار الفكر ، الطبعة بدون رقم ، 1979 ، ج 4 / ص 188 . مادة (عوض) .

3 سورة البقرة : 229 .

4 رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق مقدمة باب 20 . فتح الباري شرح صحيح البخاري ، العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر 773-852 هـ ، تحقيق : عبد العزيز بن باز وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1410 هـ - 1989 م. ج 9 / ص 526 .

5 تاج العروس من جواهر القاموس ، الزبيدي ، محمد المرتضى ، ط: وزارة الإعلام ، الكويت ، 1979 ، ج 18/ ص 446-450.

6 للتوسع انظر: باب أقسام الكلام ؛ الحقيقة والمجاز من كتاب شرح نظم الورقات في أصول الفقه ، محمد بن صالح العثيمين ، دار ابن حزم ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1430 هـ / 2009 ص 63 وما بعدها .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وسيتضح لاحقاً إن شاء الله تعالى أن اللفظ اشتهر استخدامه في الدلالة على الأصل الأول وهو البدل . وأهمل الأصل الثاني كثيراً لا سيما في زماننا المعاصر .

ثانياً : المعاوضة في الاصطلاح :

تعددت اتجاهات الباحثين في تحديد المراد اصطلاحاً من هذا اللفظ (المعاوضة) ، وجاءت على النحو التالي :

الاتجاه الأول : جعل المعاوضة عقداً [1] ، وذلك تمييزاً لها عن العقود التي لا عوض فيها ، مثل عقود التوثيقات والتبرعات والتقييدات وغيرها [2] . وعرفوها بأنها : "عقد محتوٍ على عوض من الجانبين" [3] .

الاتجاه الثاني : عرفها على أنها عِوض ، وهو اسم لما يقابل المعوَّض [4] .

الاتجاه الثالث : لم يفرق بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي فجعلها حقيقة ودلالة واحدة [5]. وهو اتجاه أكثر الباحثين .

وعبارات الفقهاء في تعريف المعاوضة تدل على هذه الاتجاهات الثلاثة مجتمعة :

---

1 أصول السرخسي ، السرخسي ، ابو بكر محمد بن احمد بن أبي سهل ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، منشورات دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1993 ، ج 2 / ص 47 ، ص 281 ، ص 320 . المنثور في القواعد ، الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي ، تحقيق : د. تيسير فائق أحمد محمود ، ومراجعة : د. عبد الستار أبو غدة ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة الكويت ، مصور عن الطبعة الأولى 1982 . ج 2 / ص 332 . تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، الشهير بقواعد ابن رجب ، الحنبلي ، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ، تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، منشورات دار ابن عفان ، ج 1 / ص 363 . (رقم الطبعة وتاريخها ومكان النشر غير مثبتة على الكتاب) .

2 المعاوضة على الحقوق المالية ونقلها ، المطيري ، فهد العقيلي ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض . 1424 ، ج 1/ ص 28 . أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، أحمد شحادة أبو سرحان ، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، عمان – الأردن في 2006 . ص 21-22 . المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي 541-620 هـ ، تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و د.عبد الفتاح محمد الحلو . دار عالم الكتب ، الرياض ، الطبعة الثالثة 1417 هـ – 1997 م ، ج 4/ ص 230 . وعبارته : "لأن المعاوضة عقد تراض" .

3 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة ، تحقيق : محمد عليش ، منشورات دار إحياء التراث الكتاب العربي ودار الفكر ، بيروت – لبنان ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، ج 3 / ص 2 .

4 تعيب المعقود عليه ، السبحي ، د. محمد عبد ربه ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2007 . ص 20 .

5 بحوث مقدمة للندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية في الرياض. 1431 هـ ، الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة ، د. عبد الرحمن السند ، ص 12. والمعاوضة على الحقوق ضوابطها وتطبيقاتها . د. عبد الله بن إبراهيم الموسى ، ص 17 . والمعجم الاقتصادي الإسلامي . الشرياصي د. أحمد الشرياصي ، دار الجيل ، بيروت ، (دون رقم للطبعة) طباعة 1981 . ص 306 . وغيرهم كثير .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

التعريف الأول : عرفها ابن قدامة بأنها : "ما يقصد فيها العوض" [1] .

التعريف الثاني : عرفها ابن القيم في إعلام الموقعين بقوله : "المعاوضات المحضة هي التي يشترط لها معرفة العوض والمعوض" [2].

التعريف الثالث : تعريف الدسوقي السابق في حاشيته ، حيث قال : "عقد محتو على عوض من الجانبين" [3] .

والمعاصرون لم يضيفوا على المعنى الفقهي شيئا ، فقد عرفها الشرباصي أنها : "عِوض . بكسر العين بدل ما ذهب أو أخذ ، تقول عضت فلانا وأعضته وعوضته ، إذا أعطيته بدل ما ذهب منه"[4]. وكلامه مرجعه المعنى اللغوي كما هو ظاهر . وعرفها الزرقا أنها: "تلك العقود التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين ، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئا ويعطي في مقابله شيئا ، وذلك كالبيع والإجارة والصلح عن مال بمال" [5] . وظاهر في هذين التعريفين دوارن التعريف على منطق التبادل ، وهو جوهر المعنى اللغوي .

وباستقراء اتجاهات الباحثين في محاولات تحديد اصطلاح المعاوضة تظهر الأمور التالية :

يلاحظ أن اصطلاح المعاوضة شاع استخدامه في العقود ، فسمي عقدا تغليبا لما استخدم له وفيه . فلم يكن منفكا عن العقد ، ولذلك غلب عليه في دلالة الاصطلاح . وهذا التلازم بين الاصطلاح ووظيفته يلفت النظر إلى شدة التقارب عمليا بينهما ، وهو مفيد في الدلالة الاصطلاحية . فليس للمعاوضة كاصطلاح دلالة مجردة عن التعاقد ، وهذا هو الأساس الأول في تحديد الدلالة الاصطلاحية . كما أن المعاوضة من حيث الاستخدام الاصطلاحي لم تبتعد عن معناها اللغوي !! بل هي ملازمة له وهذا هو الأساس الثاني في مكونات الدلالة الاصطلاحية .

والعوض يطلق على طرف واحد من أطراف التبادل وهو العوض أي الثمن . ولكن المعاوضة أوسع دلالة لأنها تشمل العملية التعاقدية برمتها بكافة مكوناتها التعاقدية .

---

1 المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة المقدسي ، مرجع سابق ج 7 / ص 391 .

2 إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، ابو عبد الله محمد بن أبي بكر بن ايوب ، تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، منشورات دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1432 هـ . ج 3 / ص 167 .

3 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الدسوقي ، مرجع سابق ج 3 / ص2 . و بلغة السالك لأقرب المسالك ، الصاوي ، أحمد ، تحقيق : محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1415هـ - 1995م ، ج 3 / ص 4 .

4 المعجم الاقتصادي الإسلامي ، د. أحمد الشرباصي ، مرجع سابق ، ص 306 .

5 المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، مصطفى أحمد ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الثانية ، 1425 هـ - 2004 م ، ج 1 / ص 640 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وبذلك يمكن القول أن المعاوضة في الاصطلاح هي : **مبادلة بين عوضين . عوض هو الثمن غالبا ، ومعوّض هو محل العقد . وقد يكون الثمن هو محل العقد كما في الصرف .**

عناصر التعريف :

مبادلة : مماثلة في المبنى للأصل اللغوي للمعاوضة ، مساوية له في المعنى .

عوضان : هما بمجموعهما محل التعاقد، ويعبر عنهما بالمعقود عليه ، فالمعقود عليه جزءان [1] ، وهما ليسا سواءً في قوة التأثير في بنية العقد وآثاره التعاقدية ، كما أنهما ليسا سواء في الأحكام ؛ وإن كانا يشتركان في كثير منها [2] . فالمعوض ركن في البيع عند جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة [3] . ومن ثم يعد تخلفه مبطلا للعقد ، في حين يعد تخلف العوض مفسدا للعقد. كما يصح ألا يكونا جنسا واحدا ، مثل المقايضة والإجارة . وهذا القيد يخرج به عقود الإسقاطات كإبراء الدين والعفو ونحوها .

العوض : هو مطلق البدل عند الفقهاء [4] ، وأما القول : غالبا هو الثمن ؛ فلأن الثمن أخص من العوض[5] ، فالعوض الذي هو البدل لا يسمى ثمنا باطراد ، كما في المهر والإجارة حيث يكون العوض التزاما بعمل أو امتناعا عن عمل ونحوه ، كما لو اشترى بيتا على أن يبني للبائع غيره ، فيصح أن يسمى ثمنا عند الجمهور[6] ، لأنه ثمن المنفعة . ولكن الحنفية لا يسمونه ثمنا لأن المنافع عندهم ليست أموالاً . و بذلك تتكامل عناصر التعريف ، والله أعلم .

---

1 حسب اعتقاد الباحث . المعقود عليه مركب من : محل العقد وهو المعوض ، والعوض وهو الثمن .

2 للتفريق بين أحكام العوض والمعوض ، أنظر : أحكام الثمن في الفقه الإسلامي ، شحادة ، حسن محمد حسن ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية – كلية الدراسات العليا عام 2006 . المبحث الرابع : علاقة المبيع بالثمن ، ص 47 – 56 .

3 بلغة السالك لأقرب المسالك ، الصاوي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 5 . التاج والإكليل لمختصر خليل ، العبدري ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، 897 هـ ، دار الفكر ، بيروت 1398 هـ ، ج 4 / ص 221 . مغني المحتاج ، الشربيني ، شمس الدين محمد بن الخطيب ، تحقيق محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، بيروت ، 1418 هـ – 1997 م ، ج 2 / ص 6 . الإقناع ، الحجاوي ، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا 960 هـ ، تحقيق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة ، بيروت ، ج 2 / ص 59 .

4 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ؛ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي 587 هـ ، تحقيق : علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية 1424 هـ – 2003 م ، ج 8 / ص 124 . المطلع في أبواب المقنع ، البعلي محمد بن أبي الفتح ، الطبعة الثالثة 2000 ، المكتب الإسلامي ، بيروت . ص 216 .

5 المغرب في ترتيب المعرب ، المطرزي ، أبو الفتح ناصر الدين ، تحقيق : محمود فاخوري وعبد الحميد مختار ، الطبعة الأولى 1979 . مكتبة أسامة بن زيد ، حلب – سورية . ص 122 .

6 جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على أن كل ما يصح أن يكون مبيعا يصح أن يكون ثمنا . وخالفهم في ذلك الحنفية. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري الحنفي 970 هـ ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1418 هـ – 1997 م ، ج 6 / ص 221 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ثالثاً : الفرق بين المعاوضة والاعتياض :

تقدم معنى المعاوضات ، أما الاعتياض فنقصد به التعويضات ، وهي التصرفات المقتضية للضمان، ويعرف التعويض على أنه : دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير[1] ، فيكون الاعتياض حسب هذا التعريف هو نفسه العوض عند الفقهاء كما تقدم [2] ، وعرفه آخرون بأنه: أخذ العوض [3]. ولم أجد من تصدى للتفريق بينهما ، مع أن التفريق بينهما مهم. لأن المعاوضة في معناها ومبناها مختلفة عن الاعتياض . وإن كان جذر الكلمتين واحدا . وسوف أبين الفروق بينهما إن شاء الله تعالى .

التفريق بين المعاوضة والاعتياض :

1. المعاوضة : والمراد بها عملية التعاقد التي تترتب عليها أحكام المعاوضة . وبهذا المعنى ندرك خطأ اتجاهات التعريف بأن المعاوضة هي البدل المأخوذ فقط ، أو أنها الأخذ أو الإعطاء فقط ، ولكن المعاوضة عملية تقوم على ما يسمى بمصادر الالتزام تتولد عنها أحكامها وآثارها التي هي البدل والأخذ والإعطاء . وهي الرابطة المقدرة بين أطراف المعاوضة (أو العقد) ومحلها وموضوعها .
2. الاعتياض : هو الأخذ أو الإعطاء (البدل) ، وموجباته وأسبابه تقوم على منطق الحق العيني الثابت كرابطة شرعية مقدرة بين موضع الحق وصاحبه ، ومن ثم الاعتياض منفصل عن سببه ، لأن الاعتياض أثر من آثار المعاوضة ، وقد يكون عقديا ؛ كالثمن مقابل البيع، أو غير عقدي كالضمان والفعل الضار .
3. العوض : وهو مطلق البدل عند الفقهاء ، وهو ما يُبذل في مقابلةِ غيره [4] ، وهو طرف في المعاوضة ، ولكنه ليس محلا لها ، لأن المعاوضة مبادلة بين عوض ومعوض ، فهو إذن مختلف عن محل المعاوضة وإن كان جزءاً منه ، ومن ثم تنوعت أحكامه تنوعا كبيرا باعتبار أنواعه وشروطه وأسبابه وما يجوز أخذ العوض عنه وما لا يجوز أخذ العوض عنه، وتقديره وتجزئته وتسليمه ... وغيرها من أحكام العوض عند الفقهاء .

---

1 المسؤولية المدنية والجنائية ، محمود شلتوت ، نقلا عن التعويض عن السجن دراسة مقارنة ، د. ناصر بن محمد الجوفان ، بحث منشور على موقع الفقه الإسلامي . http://www.islamfeqh.com/ .

2 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ، مرجع سابق ج 8 / ص 124 .

3 المصباح المنير ، الفيومي ، أحمد بن محمد ين علي الفيومي المقرئ ، مكتبة لبنان ، بيروت 1987 . ص 166 .

4 المطلع في أبواب المقنع ، البعلي ، مرجع سابق ، ص 216 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

فالمعاوضة إذن هي عملية التعاقد نفسها ، والاعتياض هو أثر تلك العملية ، والعوض أحد أجزاء محلها . من هذا المدخل نستطيع التفريق بين المعاوضة والاعتياض من الوجوه التالية :

1. من جهة طبيعة المعاوضة وطبيعة الاعتياض : المعاوضة عقد اتفاقي رضائي ، أي تنشأ المعاوضة بتلاقي الإرادتين على إنشائها ، بينما الاعتياض حق وليس عقدا ، وهو بذلك قد يكون حقا ناشئا عن تصرف قانوني كالعقد ، أو واقعة قانونية كالهلاك أو الإتلاف مثلا .
2. من جهة المصدر : فإن المعاوضة مبادلة مشخصة في عقد ، ولكن الاعتياض الحصول على الحق الناشئ عن المعاوضة أو بدل ذلك الحق . فالاعتياض بهذا المعنى خارج عن العقد متأخر عنه . فموجب البدل أو مصدره في المعاوضة ذات العقد ، وموجبه أو مصدره في الاعتياض الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد أو فواتها.
3. من جهة تحديد وتقدير العوض : العوض في المعاوضة محدد معلوم في العقد ، بينما العوض في الاعتياض قد يكون محددا بالعقد وقد يكون مقدرا بفوات بعض آثار العقد . أو بوقوع الأضرار .
4. من جهة مساواة العوض للمعوض : العوض في المعاوضة مساوٍ للقيمة الاتفاقية للمبدل عنه، بينما العوض في الاعتياض قد يكون أقل من المعوض كما في الديات . فلا شيء يعدل الروح ، ويكون مساويا كما في ضمان المثليات ، ويكون أكثر كما في ضمان التسبب في الضرر ، ففيه الاعتياض عن قيمة التالف مضافا إليها قصد الضرر . ولو كان البدل عن القيمة عارية عن الضرر لكانت أقل ، لأن مناط البدل في الاعتياض هو الضرر مضافا إليه المبدل منه . لذلك جاز أن يكون أكبر أو أكثر من المبدل منه .

وأما الفائدة العملية من هذا العرض ، فهو بيان أنه ليس كل ما جاز الاعتياض عنه جازت المعاوضة عليه . وهو أمر استنباطي استقرائي ، سيكون له أثر في التفريق في جواز الاعتياض عن فوات الالتزام مطلقا ، واختلاف أحكام المعاوضة على الالتزام بين الإباحة والحظر . والله أعلم .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثاني : مفهوم الالتزام في الفقه والقانون :

أولاً : الالتزام في اللغة :

تقدم لنا اللغة لفظ الالتزام ليدل على معنين اثنين ، فالالتزام مشتق من لزم ، ولزم في اللغة معناه الثبوت والدوام [1] ، قال ابن فارس : اللام والزاي والميم أصل صحيح ، يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائما [2] ، ويتعدى بالهمزة فيقال : ألزمه أي أثبته وأدامه ، والتزم الشيء إذا اعتنقه [3] ، والالتزام الاعتناق [4] ، وفي حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال : قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم : الرجل منا يلقى أخاه أو صديقه أينحني له ؟ قال :(لا) . قال : فليتزمه ويقبله ؟ قال : (لا). قال : فيأخذ بيده ويصافحه ؟ قال : (نعم) [5] . والالتزام بمعنى الثبوت شواهده في السنة النبوية أكثر من أن تحصى . منها على سبيل المثال ، : الحديث الشهير لفاطمة بنت قيس رضي الله عنها في قصة الجساسة [6] ، وفيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ليلزم كل إنسان مصلاه) [7]. أي ليثبت في مصلاه .

ثانياً : الإلتزام عند الفقهاء :

تفرع عن الجذر "لزم" في اللغة اصطلاحات ثلاثة ، ذات دلالات متنوعة وهي : الإلزام واللزوم والإلتزام ، وهي متغايرة في المعنى والدلالة ، ونبدأ باستعراض هذه المصطلحات الثلاثة ، ثم نقف عند حد الإلتزام الذي هو موضوع هذا المطلب .

1. الإلزام : أسهب وليد الربيع في رسالته الإلزام [8] ، في الحديث عن الإلزام ومعانيه وخصائصه ، واستعرض عددا من التعريفات لبيان معناه ، وتتبع الآيات والأحاديث التي أوردت مادة (لزم) ومشتقاتها ، واستعرض أقوال المفسرين والمحدثين والفقهاء في معنى

---

1 **معجم لغة الفقهاء** ، قلعة جي ، د. محمد رواس ، دار النفائس ، عمان ، 1988 ، ج 1 / ص 391 .

2 **معجم مقاييس اللغة** ، ابن فارس ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 245 .

3 **الصحاح** ، الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، دار العم للملايين ، بيروت ، الطبعة الرابعة 1990 ، ج 5 / ص 2029 .

4 المصدر السابق ، ج 5 / ص 2029 .

5 **سنن الترمذي** ، الترمذي ، أبو عيس محمد بن عيسى الترمذي ، تحقيق : د. مصطفى محمد حسين الذهبي ، طباعة دار الحديث القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1419 هـ ، 1999 م ، كتاب الاستذان (39) ، باب ما جاء في المصافحة (31) ، حديث رقم (2727) . ج 4 / ص 494 .

6 قصة الجساسة : هي قصة حديث المسيح الدجال ، التي رواه الإمام مسلم .

7 **صحيح مسلم** ، الإمام مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، 206-261 هـ . تحقيق وترقيم : محمد فؤاد عبد الباقي ، طباعة دار الفكر ، بيروت ، بدون رقم للطبعة ، 1403 هـ ، 1983 م ، 52 كتاب الفتن وأشراط الساعة ، 24 باب قصة الجساسة ، حديث رقم 119 (2942) ، ج 4 / ص 2262 .

8 **الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي** ، الربيع ، د. وليد خالد ، دار النفائس ، عمان – الأردن ، الطبعة الاولى 2007 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

هذه الكلمة في الكتاب والسنة ، واستخرج من هذا العرض تعريفه المختار للإلزام وهو: "الإيجاب على الغير بحق من ذي سلطة شرعية وحمله على فعل أمر أو الإمتناع عنه"[1].

وفرق بين الإلزام بالتكليف الشرعي والإلزام بمعناه الإصطلاحي من حيث المحل ، والشمول والمصدر ، حيث الإلزام بالتكليف الشرعي محله المكلف نفسه ، وهو شامل لكل مجالات الحياة ، ومصدره الشرع ، بينما في المعنى الإصطلاحي ، الإلزام محله الغير وهو غير مقصور على ما يمكن إلزام الغير به ، ومصدره أعم فقد يكون من الله تعالى وقد يكون من غيره سبحانه ؛ مثل الولايات العامة [2].

2. واللزوم : ويكون في العقود ، وهو أحد أنواعها ، وهو الذي لا يحتمل الفسخ [3] ، أو هو العقد الذي لا يمكن للغير إبطاله [4] ، فلا يمكن فسخه من أحد المتعاقدين من دون رضا الآخر ما لم يكن لازما لأحدهما فيختص بالحكم به . أي يختص بجواز فسخه من دون رضا الآخر.
3. أما الإلتزام عند الفقهاء : فأول من عرفه من الفقهاء الإمام الحطاب المالكي [5] حيث قال : "الإلتزام هو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا (كالصدقة والنذر) ، أو معلقا على شيء (كالإنفاق على غير من تجب عليه نفقته مدة معينة) ، بمعنى العطية ، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك ، وهو إلتزام المعروف بلفظ الإلتزام ، وهو الغالب في عرف الناس اليوم" [6].

يلاحظ من كلام الحطاب في تعريف الإلتزام التالي :

---

1 المصدر السابق ، ص 32 .

2 المصدر السابق ، ص 32-37 .

3 بدائع الصنائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 299 .

4 أحكام لزوم العقد ، الجلعود ، د. عبد الرحمن بن عثمان ، دار كنوز إشبيليا ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 17.

5 هو إمام المالكية في عصره شمس الدين أبو عبد الله محمد بمحمد بن عبد الرحمن بن حسين المعروف بالحطاب الرعيني ، أصله من المغرب ، ولد بمكة في رمضان 902 هـ ، واشتهر فيها ، وتوفي بطرابلس الغرب . من تصانيفه : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام . المصدر : الأعلام ، الزركلي ، خير الدين ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة 15 ، 2002 ، ج 7 / ص 58 .

6 تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، الحطاب الرعيني ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بمحمد بن عبد الرحمن بن حسين ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى 1984 ، ص 68 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

أن الالتزام في المعروف ؛ أي في التبرعات فقط ، ولم يتطرق إلى المباح أي المعاوضات . وأنه يكون مطلقا أي عاما ، ويكون مقيدا أي خاصا ، فجعله على قسمين فقط . وأنه من جهة النفس على النفس ، أي مصدره النفس . وأنه مرن ، للعرف في تحديد معناه مدخل كبير ، دل على ذلك قوله : وهو الغالب في عرف الناس اليوم .

وذهب الزركشي إلى أن الإلتزام أحد أسباب ما أوجبه الله تعالى على المكلفين ، حيث قسم أسباب ما أوجبه الله تعالى على المكلفين إلى ثلاثة أقسام [1] :

1. ما سببه الجناية ويسمى عقوبة .
2. ما سببه إتلاف ويسمى ضمانا .
3. ما سببه الإلتزام ويسمى ثمنا أو أجرة أو مهراً أو غيره .

ويلاحظ أن اتجاه الزركشي رحمه الله كان سباقا في جعل الإلتزام ليس محددا بالتبرعات ، كما أشار إلى مصادر الالتزام وهي الشرع والعقد والواقعة القانونية . وإن كانت كل هذه المصادر تؤول إلى الشرع الحنيف باعتباره مصدر القوانين ، وبهذا وضع الحد الفاصل بين اللزوم والإلزام من جهة ، والإلتزام من جهة أخرى باعتبار أنه إحدى ثمرات التعاقد .

ثالثاً : الالتزام عند المعاصرين :

تناول كثير من المعاصرين معنى الإلتزام في الفقه ، حيث :

1. عرفه أحمد إبراهيم بيك بأنه (أي الإلتزام) : "يطلق عندنا . يقصد الحنفية . بطريق الإشتراك على أحد معنيين خاص وعام ، فالخاص : إيجاب الإنسان شيئا من المعروف على نفسه مطلقا أو معينا ، والعام : وهو المراد – حسب قوله – إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه أو بإلزام الشرع له" [2] .

وبهذا يتفق أحمد بيك مع الحطاب في الأول وهو المعنى الخاص ، ويختلف معه في الثاني؛ وهو المعنى العام . حيث يجعله عاما في التبرعات والمعاوضات ، ولكنه يدخل في الإلتزام التكاليف الشرعية !!

---

1 المنثور في القواعد ، الزركشي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 392 .

2 الالتزامات في الشرع الإسلامي ، أحمد إبراهيم بك ، دار الأنصار ، القاهرة ، ص 21 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

2. أما الزرقا فعرفه بقوله : "كون الشخص مكلفا شرعا بعمل أو امتناع عن عمل لمصلحة غيره، فذهب إلى أن الإلتزام هو نفسه الإلزام ، وتعريفه لم يبين فيه المصدر المباشر للإلتزام، فهو وصف للإلتزام بعد لزومه ونشوئه ، وليس فيه توضيح لسبب الإلتزام" [1] .
3. وعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه : "تعهد شخصي لا يسأل عنه غير الملتزم ، فكان قاصرا عليه ، وهو نوعان : قسري وهو ما كان نتيجة لإلزام ممن له حق الإلزام كالمطلوبات الدينية. واختياري : وهو ما كان بإرادة الإنسان واختياره" [2] .
4. وعرفه محمد سلام مدكور بأنه : "إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره وبإرادته وإما بإلزام الشارع له" [3] .
5. وعرفه الزلمي بأنه : "تحمل أداء واجب طوعا أو كرها يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي" [4] .
6. وعرفه وليد الربيع أنه : "إثبات أمر لم يكن واجبا على الإنسان ويتعهد بالقيام به بعد أن لم يكن واجبا عليه" [5].
7. وعرفه العطار بأنه : "إيجاب الإنسان على نفسه أمرا جائزا شرعا" [6] .

رابعاً : الالتزام في القانون :

عرف القانونيون الإلتزام كالتالي :

1. عرفه مشروع القانون العراقي الجديد : "أنه واجب قانوني بأداء محدد على شخص محدد لمصلحة شخص آخر . وانتقد هذا التعريف بكونه خلط بين محل الإلتزام والإلتزام نفسه إذ إن الوجوب صفة للأداء وليست صفة للإلتزام نفسه" [7].
2. وعرفه آخرون[8] بأنه : "حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل . وانتقد بأنه غامض لأن كلمة حالة لا تدل على

---

1 المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، الزرقا ، مصطفى أحمد ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى 1420 هـ – 1999 ص 90 .

2 الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي ، الربيع ، مصدر سابق ، ص 40 .

3 المصدر السابق ، ص 40 .

4 الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية ، د. مصطفى الزلمي ، ط: مطبعة السعدون ، 2000 ، ص 17 .

5 الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي ، الربيع ، مصدر سابق ، ص 42 .

6 نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، عبد الناصر العطار ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، 1975 ، ص 22 – 23 .

7 الالتزامات في الشريعة الإسلامية ، د. الزلمي ، مصدر سابق ، ص 24 .

8 الالتزامات في الشرع الإسلامي ، أحمد إبراهيم بك ، مصدر سابق ، ص 21 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

معنى في الذهن محدد ، كما أن التعريف لا يتضمن عناصر الإلتزام ، والعناصر إنما تستمد من التعريف" [1].

3. وذهب أكثر القانونيين إلى أن الإلتزام هو : "رابطة قانونية ذات طبيعة مالية تقوم بين شخصين أو أكثر ، بمقتضاها يلتزم أحدهما ويسمى المدين بالقيام بأداء معين من قبل شخص آخر يسمى الدائن" [2] ، ويحدد هذا التعريف خصائص الإلتزام المميزة له عن غيره وهي [3] :

رابطة : تظهر هذه الخاصية وجود طرفين ، أحدهما دائن والثاني مدين .

قانونية : أي أن الإلتزام يترتب عليه جزاء إذا لم يتم تنفيذه .

ذات طبيعة مالية : أي يتميز الإلتزام من بين الواجبات القانونية الأخرى بأنه يقوّم بالنقود ، فهو يعتبر من حقوق الذمة المالية ، فيظهر كعنصر إيجابي في ذمة الدائن وسلبي في ذمة المدين ، فهو إذن مختلف عن واجبات الأسرة مثلا أو الواجبات العامة مع احتمال تحول الواجبات الأسرية والعامة إلى التزامات ذات طبيعة مالية في ظروف خاصة مثل ضمان الإعتداء على أموال الغير .

تقوم بين شخصين : وهذا العنصر يميز الحق الشخصي عن الحق العيني الذي هو علاقة بين شخص وشيء .

وانتقد هذا التعريف بأن قوله رابطة يخرج بها الإلتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة كالوقف والوصية وغيرها ، فهذا التعريف يجعل الإلتزام ذا رابطة مزدوجة ، مع أن الإحتمال قائم على إمكانية حصول التزام بإرادة منفردة [4].

---

1 الالتزامات في الشريعة الإسلامية ، د. الزلمي ، مصدر سابق ، ص 25 .

2 النظرية العامة للالتزامات ، د. توفيق فرج ، ود . جلال العدوي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2002 ، ص 15 . والنظرية العامة للالتزام ، د. محمد حسام لطفي ، 2008 ، ص 1 ، ومشروعية محل الالتزام ، د. طه محمد أحمد ، مصدر سابق ، ص 13 . وانظر كذلك إلى المادة الأولى من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والمادة 69 ، من القانون المدني العراقي ، والمادة 68 ، من القانون المدني الأردني ، حيث نص على أن : الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين ، يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني ، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، د. عبد الرزاق السنهوري ، دار إحياء التراث العربي ، الأولى 12/1 .

3 النظرية العامة للالتزامات ، فرج والعدوي ، مصدر سابق ، ص 15-23 بتصرف كبير .

4 الالتزامات في الشريعة الإسلامية ، د. الزلمي ، مصدر سابق ، ص 23 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

مناقشة التعريفات :

تتبع الشيخ الخفيف . رحمه الله . الفقهاء في جعل المطلوبات الدينية إلتزامات وجعل ذلك قسريا ، وكان الأولى أن يكون إلزاما وليس التزاما ، لأن الإجبار مناف للإرادة فلا يعبر عنه بلفظ المطاوعة، فالإلتزام . بزيادة التاء . تفيد المطاوعة ، والإجبار القسري يعبر عنه بالإلزام لا الإلتزام الإرادي . ولكنه بعد ذلك نبه إلى أن الإلتزامات هي المبنية على الإرادة في حديثه عن الإلتزامات الإختيارية ، وهذا يتناسب مع المعايير الصرفية لأبنية الكلام ، وهو توجه سديد موفق .

وما قيل في تعريف الشيخين الزرقا والخفيف يقال في تعريفات مدكور والزلمي ، أما تعريف الربيع ؛ فإن اتجاه الدكتور وليد سديد في إناطة الإلتزام بالإرادة ، ولكن التعريف ليس محكم البناء ، فيجب إعادة صياغته صياغة منطقية ، محكمة الصنعة ، كما أنه وحد جهة الإلتزام بالنفس ، والصحيح أن الإلتزامات حتى ولو كانت إرادية غير أنها قد تكون آثارا للعقود من جهة غير النفس كالضمان مثلا.

يلاحظ في تعريفات المعاصرين أمور هي :

1. تضمين التكاليف الشرعية لمفهوم الالتزام باعتبارها التزامات قسرية .
2. اتفاقهم على تقسيم الالتزامات إلى قسمين الشرعي والإرادي .
3. إهمالهم لمبدأ التقابل في الالتزامات الإرادية حيث يقابل كل التزام بحق وكل حق بالتزام، حيث خلت كل تعريفات الفقهاء التي تسنى للباحث الاطلاع عليها من الإشارة إلى حقوق الملتزم التي تقابل واجبات التزامه .

وربما نشأ ذلك من فكرة إدخال التكاليف الشرعية في مسمى الالتزامات ، ولكن الالتزامات الدينية تكاليف شرعية مختلفة عن الالتزامات العقدية ، ذلك لأن العبادات قد انفصلت منذ زمن بعيد في التبويب والتصنيف عن المعاملات ، فوجب الإنسجام مع هياكل التصنيف ، والإنتباه إلى التعلق الموضوعي النسبي بين العلوم ، فالحديث عن الالتزام في النظرية العامة للالتزامات هو حديث عن علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، وليس عن علاقات الأفراد بربهم جل وعلا . مع التأكيد على التعلق النسبي .

كما أهملت التعريفات محل الالتزام الذي هو ركن أساسي من أركان الإلتزام لأن الملتزم ليس إلا مدينا .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

خامساً : التعريف المختار :

وبقي القول إن **التوجه المختار لتعريف الالتزام هو : ثبوت حق للغير في الذمة .**

سبب اختيار هذا التعريف :

ثبوت : الثبوت في اللغة ، مصدر ثبت ، والمصادر تفيد أحكامها المعنوية مجردة عن الزمن وعن الإسناد أي عن الفاعل ، فيكون الثبوت قابلا لتعدد جهات الإثبات كالنفس مثلا أو القضاء أو الاقتضاء ، ومثال الأول : التزام الثمن ، ومثال الثاني : التزام الضمان ، و مثال الثالث : التزام التسليم . كما يشمل مصادر الإثبات ووسائله المتنوعة ، ويشير إلى أصل براءة الذمة ، لأن الثبوت ليس أصلا ، ولو كان أصلا في الذمة لعبرنا بقولنا : ما يثبت في الذمة ، أي لكان الحديث عن الثابت في الذمة وهو الشيء ، وليس عن الثبوت وهي رابطة الانشغال بين الثابت الذي هو موضوع الذمة ، والذمة التي هي محل الانشغال . والفرق بيّن واضح بين الثابت وبين المثبت .

حق للغير : والحقوق باعتبار جهة الاستحقاق ، إما لله تعالى وإما للنفس وإما للغير ، والغير يصدق على الله تبارك وتعالى نظريا ، ولكنه لا يصدق عمليا رعاية للحضرة القدسية من التعبير عنها إلا بأعلى مقامات التأدب ، فخرج بقولنا الغير: الحق تبارك وتعالى ، وقد أخرجنا حقوق الله تبارك وتعالى المجردة لأنها من استحقاقات العبودية ، وأما حقوق النفس فهي حقوق وليست التزامات ، لأن حقوق النفس مغانم لها والالتزامات مغارم عليها ، ولا يتصور اجتماع جهتي الغنم والغرم في الشيء ذاته في نفس الوقت . أما حقوق الغير فهي المرادة هنا ، وهي محل النزاع في الموضوع وهي التي تقع عليها المعاوضة . ومن ثم يعبر هذا اللفظ عن أمور :

- الإطلاق : فالحق عام مطلق غير معين ولا محدد ، وهو مناسب للتعريف من كل جهاته فهو قد استوعب نقل الحقوق العينية ، ووجوب الفعل أو الامتناع عنه ، فهو معبر عن كل أنواع الحق الثابت في الذمة للغير . والله أعلم .
- التعبير بالحق : يفيد معنى الوجوب المشغل للذمة ، وهو محل الإلتزام ويخرج بذلك التنفيذ الذي هو موضوع الإلتزام ، فمحل الإلتزام الذمة ، وليس الفعل ، والفعل وإن كان هو المبرئ للذمة فهو موضوع الالتزام وليس محله ؛ لأن محل الالتزام الذمة كما تقدم ، كما لو سلم الثمن غير العاقد ، فتبرأ ذمة الملتزم بفعل غيره ، فثبت إذن اختلاف المحل

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

عن الموضوع ، وكذلك الحال في رد الدين من تركة الميت يبرئ ذمته مع أنه ليس من فعله . والله أعلم .

- التعبير بالحق يقر تقابل الالتزامات للحقوق والتحامهما في محل واحد ، وهي أهم آثار العقد. ولكنهما مع التحامهما في محل العقد مختلفان في حقيقتهما وطبيعتهما ، إذ الالتزام سلبي الوجود والقوام ، والحق إيجابي الوجود والقوام ، والله أعلم .

الذمة : وقع خلاف كبير بين الفقهاء في وصف ماهيتها ، ولكنها تدور حول حقيقة واحدة وهي أنها وصف يصير به الإنسان أهلا لما له ولما عليه [1] . ولها أحوال ؛ فهي ذمة قاصرة في الجنين ، كاملة من الولادة حتى الوفاة ، أما بعد الموت ففيها خلاف ؛ فالمالكية وبعض الحنابلة تنتهي الذمة عندهم بالموت ، والشافعية والحنابلة تبقى إلى أن توفى الديون ، ويستدلون على ذلك بتعليق الدين بذمة الميت . أما الحنفية فالذمة عندهم بعد الموت تخرب لا تبقى ولا تنتهي ، وتتقوى بالمال المتروك أو الكفيل ، فإن لم يترك مالا ولم يكفل دينه أحد سقط الدين [2] . لسقوط محله وهي الذمة.

والتعبير بالذمة : استيعاب لجهتي محل التكليف ، وهما النفس والمال ، والمال – وإن كان حقا عينيا – إلا أنه دخل في مسمى الذمة هنا لاعتبارات الموت والفقد وفاقدي الأهلية ، لأن قصر الذمة على الشخص يفوت الالتزامات المتعلقة بماله ، وماله يبقى بعد وفاته! ، فقولنا النفس والمال يجعل التكليف واردا على ماله وهو التركة قبل قسمتها وإن كان صاحبها ميتا ، لأن الميت لا يكلف ، ومثاله وجوب تبعة البيع والنفقة والأجرة على فاقد أهلية الأداء كالذي دخل في غيبوبة . ومحل الالتزام هنا الذمة وليس صاحبها ، وقد شملهما اللفظ بما يتناسب مع طبيعة الإلتزام ، الذي قد يكون المال كما في الثمن ، أو العمل كما في الإجارة ، أو الكف عن العمل كعدم استخدام الوديعة في عقد الإيداع . وبذلك تتكامل عناصر ماهية الالتزام . والله أعلم .

---

1 <u>درر الحكام شرح مجلة الأحكام</u> ، حيدر ، علي ، تعريب : فهمي الحسيني ، دار عالم الكتاب ، الرياض ، طبعة خاصة ، 1423هـ-2003 م ، المجلد الأول ، المادة (8) ، ص 25 .

2 <u>الالتزامات في الشريعة الإسلامية</u> ، الزلمي ، مرجع سابق 20 . <u>ومصادر الحق</u> ، السنهوري ، د. عبد الرزاق ، مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ ، ج 1 / ص 17 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ومن ثم الالتزام نوعان :

1. التزام عام : وهو كل ما يثبت في الذمة كما تقدم . وليس هذا هو نطاق بحثنا . لأنه يدخل فيه العبادات ونحوها .
2. التزام بطريق المعاوضة : وهذا هو نطاق بحثنا .

سادساً : طبيعة رابطة الالتزام :

الفرع الأول : طبيعة رابطة الالتزام في الفقه الإسلامي :

ذهب بعض الباحثين إلى أن الشريعة الإسلامية تنزع نحو الطبيعة المادية للالتزام [1] . وفصل في الأمر آخرون[2]. حيث تبين أن المذهب الحنفي تتجلى فيه الوجهة الشخصية للالتزام ؛ وهي ملازمة الدائن للمدين بنفسه أو بغيره حتى إذا حصل على شئ من المال أخذ منه إلى أن يستوفي دينه [3].

أما الوجهة المادية فيؤيدها الكتاب والسنة وعمل كبار الصحابة على قول أحمد ابراهيم بيك ، فجعل القرآن الإنظار مقابلا لالتزام المعسر قال تعالى : : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ ﴾ [4]. ولم يحبس النبي صلى الله عليه وسلم طول حياته أحدا في دين ، وقال لغريم المفلس الذي لم يكن له ما يوفي دينه : (خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك) [5] . فدل ذلك على أن الدائن ليس له سلطة على شخص المدين لا بحبس ولا بملازمة يضايقه بها ، فإن كان معسرا أنظره ، وإن كان له مال أستوفى منه [6]، وعلى ذلك قضاء علي رضي الله عنه [1] .

---

1 مشروعية محل الالتزام ، د. طه محمد أحمد ، دار النهضة العربية ، 1997 ، ص 14 ، مصادر الحق ، السنهوري ، مصدر سابق ، ج 1 / ص 20 ، 21 .

2 الالتزامات في الشرع الإسلامي ، أحمد ابراهيم بك ، مرجع سابق ، ص 25 – 27 .

3 الحديث : رواه مسلم في صحيحه بسنده إلى أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : أصيب رجل في عهد رسول الله في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تصدقوا عليه " فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه : " خذوا ما وجدتم ، ليس لكم إلا ذلك " . أخرجه مسلم في المساقاة ، باب استحباب الوضع من الدين ح (3469) ، صحيح مسلم ، مرجع سابق .

4 سورة البقرة : ٢٨٠ .

5 الحديث السابق .

6 والحبس في الدين يشترط له : ثبوت الدين في ذمة المدين ، وكون المدين قادرا على الوفاء ، الامتناع عن الوفاء ، أن يكون الدين حالا ، طلب الدائن بالحبس ، أن يكون المدين مكلفا ، وهو مذهب الجمهور من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة ، وهو قول أكثر من تحفظ أقوالهم من علماء الأنصار وقضاتهم . أنظر: المبسوط ، شمس الدين السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون تاريخ ولا رقم

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وجعله آخرون ذا طبيعة مزدوجة معتدلة متوسطة بين المذهبين الشخصي والمادي2. فهو شخصي من جهة نشوئه ، ومادي من جهة تنفيذه ، واستدل على شخصيته من جهة النشأة بقوله تعالى:﴿ وَكُلَّ إِنسَٰنٍ أَلْزَمْنَٰهُ طَٰٓئِرَهُۥ فِى عُنُقِهِۦ ۖ وَنُخْرِجُ لَهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ كِتَٰبًا يَلْقَىٰهُ مَنشُورًا ﴿١٣﴾ ﴾[3].

واعتبر الزرقا أن طبيعة الالتزام مادية ترافقها سلطة شخصية تأييدا لتنفيذه ، ولكن هذه السلطة ليست بيد الدائن كما في التشريع الروماني بل بيد الحاكم ولكنها موقوفة على طلب الدائن[4].

ويترجح للباحث الطبيعة المزدوجة للالتزام بين الوجهتين الشخصية والمادية . وبقي هنا أن نتساءل ما هي آثار تحديد طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي ؟

إن أظهر وأهم آثار تحديد طبيعة رابطة الالتزام في الفقه الإسلامي هو الحبس ، حيث يغلو المذهب الشخصي في التسلط على المدين الملتزم بينما يتنصل المذهب المادي من ذاك ويجعل محل الالتزام هو المال لا الشخص ، ولكن الفقه الإسلامي إذ يجمع بين الوجهتين يجيز كما تقدم حبس المدين الملتزم إذا توفرت فيه الشروط المطلوبة وهي ستة [5] ، كما يوسع المذهب المادي مساحة الالتزام ليسمح بكون الملتزم له (الدائن) معدوما أو مجهولا حين إنشاء الالتزام .

الفرع الثاني : طبيعة رابطة الالتزام في القانون :

تنازع القانون اتجاهان إليهما يذهب القانون في تشخيص طبيعة الالتزام هما :

المذهب الشخصي : حيث ينظر للالتزام على أنه علاقة بين طرفي الالتزام الدائن والمدين ، ما يستلزم أن يوجد كل منهما وقت نشوء الالتزام ، كما لا يتصور أن يتغير أحد أطراف

للطبعة ، ج 20 / ص 88 ، والمغني والشرح الكبير ، ابن قدامة المقدسي ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 584 – 585 . أحكام الدين ، القصير ، سلمان ، دار كنوز إشبيليا ، الطبعة الأولى 2005 ، ص 446 .

1 الالتزامات في الشرع الإسلامي ، أحمد ابراهيم بك ، مرجع سابق ، ص 27 .

2 الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية ، د. مصطفى الزلمي ، مرجع سابق ، ص 28 ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ، مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص 65 – 69 .

3 سورة الإسراء : ١٣ .

4 المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ، مصطفى الزرقا ، مرجع سابق 65 – 66 .

5 راجع حاشية الصفحة السابقة .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الالتزام دون أن تتغير الرابطة نفسها [1]. كما يترتب على الطابع الشخصي للالتزام أن تكون الالتزامات غير متناهية لأنها مرتبطة بمنشأ الالتزامات إلا فيما يتناقض مع القانون العام . فمصدر الالتزام إذن غير محدد [2].

المذهب المادي : أما المذهب المادي للالتزام فينظر إلى الالتزام بذاته . إلى موضوعه باعتباره قيمة مالية ، فالعبرة بالقيمة وليست بطرفي الالتزام . ويترتب على ذلك إمكان نشوء الالتزام إذا لم يكن الدائن موجودا ولكن يمكن وجوده مستقبلا . كما يمكن تغيير أطراف الالتزام وانتقاله عن طريق حوالة الدين فيتغير المدين ، أو حوالة الحق فيتغير الدائن[3]. وهذا منشأ تداول الالتزامات ، وبذلك أخذ القانون الفرنسي والألماني[4]. والمذهب الشخصي يمنح الطرف الدائن سلطة تسمح باسترقاق المدين أو قتله ولو كان عاجزا ، كما كان سائدا في القانون الروماني[5].

والعلاقة المادية أدت إلى التفريق بين عنصري المديونية والمسؤولية في المحل ، فالمديونية هي تعلق الالتزام بالذمة وهذا لا يقتضي إجبارا ، أما المسؤولية فتقتضي الاستيفاء الجبري ، واعتبر – بناء عليه – المسؤول عن الالتزام هو مال الشخص ، لا الشخص فلا حبس ولا إجبار[6].

ولتحديد طبيعة الالتزام في القانون آثار هامة منها حوالة الحق والدين ، ففي حين يمنح المذهب المادي الفرصة لجواز ذلك يمنعه المذهب الشخصي الذي تبناه القانون الروماني[7] .

---

1 النظرية العامة للالتزامات ، فرج و العدوي ، مرجع سابق ، ص 15 – 17 ، ومشروعية محل الالتزام ، د. طه أحمد ، مرجع سابق ، ص 13 – 15 ، والنظرية العامة للالتزام ، د. لطفي ، مرجع سابق ، ص 3 – 4 ، والالتزامات في الشرع الإسلامي ، أحمد ابراهيم بك ، مرجع سابق ، ص 25 .

2 النظرية العامة للالتزامات ، فرج والعدوي ، مرجع سابق ، ص 19 .

3 المصدر السابق ، ص 16 ، والالتزامات في الشرع الإسلامي ، أحمد ابراهيم بك ، مرجع سابق ، ص 25 .

4 مشروعية محل الالتزام ، د. طه أحمد ، مرجع سابق ، ص 14 .

5 المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ، مصطفى الزرقا ، مرجع سابق ، ص 66 .

6 المصدر السابق ، ص 67 .

7 المصدر السابق ، ص 67 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المبحث الثاني : مالية الالتزام وصلاحيته للمعاوضة :

المطلب الأول : مالية الالتزام في القانون :

الفرع الأول : معنى المالية وأهميتها ومصدرها في القانون :

الأموال في القانون : هي الحقوق التي لها قيمة مادية كالعقارات . وهي نوعان أموال مادية وأموال غير مادية وهي الحقوق الجارية على الأموال المادية ، كالديون والحقوق [1] .

وعمليا تعني مالية الالتزام قابليته أو صلاحيته للتعامل أو التداول في الأسواق ؛ ما يعني أن تترتب على المعاوضة عليه كافة أحكام وآثار المعاوضة القانونية ، وإذا انتفت هذه القابلية لم يكن لتداوله أية آثار قانونية ، بل ربما كان له آثار سلبية لاعتبار عدم المشروعية ، ما يقضي موقفا قانونياً قد يصل حد العقوبة . فالتصرفات في مواجهة القانون توصف بإحدى ثلاث صفات هي : ما أوجبه القانون ، وما منعه ، وما اعتبره مخيرا فيه أي مباحا . وقد انتظمت هذه المحاور الثلاثة في ما عرف بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة [2].

اعتبر القانون القيمة المالية مشتقة من القواعد العامة ، والتي تعود في المآل إلى العرف ، حيث وضع القانون شروطا لمشروعية محل العقد ومحل الالتزام . ومن ثم قرر القانون ضوابط التداول التي شكلت نطاق التداول دون تحديد دقيق للعناصر التي يتم تداولها داخل هذا النطاق ، ما يعكس طلاقة الحرية التعاقدية . ولا يعني هذا أن القانون أهملها . بل اعتنى بتوفر عناصر يصح وصفها بعناصر المالية في القانون ، وهذه العناصر هي : الأعيان والمنافع والحقوق التي تعارف الناس على تداولها على الإطلاق فكلها في حكم المال المتقوم [3] .

---

1 تقسيمات الأموال ، جورج ن شدراوي ، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس لبنان ، 2005 . ص 15 ، ص 17 ، ص 20 .

2 القواعد الآمرة : هي حزمة من القواعد لا تترك الخيار للمخاطبين في اتباع أحكامها أو عدم متابعتها ، فهي واجبة الاتباع في جميع الأحوال ، وكل اتفاق يخالفها يعتبر باطلا لا أثر له ، وهي نوعان : روابط القانون العام ، مثل القواعد الدستورية ، والحريات العامة ، والنظم الإدارية والمالية ، والنظام القضائي والقوانين الجنائية . والنوع الثاني : روابط القانون الخاص ، مثل قوانين الأحوال الشخصية والمعاملات المالية ونحوها . مصادر الحق ، السنهوري ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 59 – 64 . ومشروعية محل الالتزام ، د. طه محمد أحمد ، مصدر سابق ، ص 30 – 32 .

والقواعد المكملة أو المقررة : وهي القواعد التي تنظم مسائل بعينها لا تمس النظام العام ، بل تعني الأفراد دون المساس بالمبادئ الأساسية للتعامل ، فاتباع هذه القواعد ليس إجباريا ، مثل اشتراط دفع الثمن وقت التسليم ؛ فيحق للمتبايعين مخالفته . ويقصد من هذه القواعد تسهيل المعاملات وتوسيع هامش الإرادة العقدية . المصدر السابق ، ص 32 – 34 .

3 المدخل إلى نظرية الالتزامات العامة ، الزرقا، مرجع سابق ، ص 129 – 130 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

نلحظ هنا عدم عناية القانون بالوصف لذاتية المالية ، كما أنه لم يعتن بتحديد قوامها ، على عكس الفقهاء الذين استغرقوا في الاعتبارات التي بها تصبح الأشياء ذات قوام مالي [1]. كما سيأتي .

الفرع الثاني : أدلة مالية الالتزام في القانون :

نظم القانون انتقال الالتزام بأدوات قانونية تؤكد ماليته وصلاحيته محلا للتداول ، وهذه الأداة هي الحوالة بشقيها الإيجابي (حوالة الحق) والسلبي (حوالة الدين) . لأن القاعدة أن الحوالة بعوض بيع حسب نصوص مواد القوانين المدنية المصرية والجزائرية وغيرها [2].

وانتقال الالتزام : هو تحول الالتزام ذاته بقوامه وكل خصائصه ، من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر ؛ سواء نظر إليه من جهة اعتباره حقا شخصيا من جهة الدائن أم ديناً من جهة المدين [3]. ويحصل هذا الانتقال بالموت وتنظمه أحكام الميراث . ويحصل بين الأحياء بطريق الحوالة وهذا هو نطاق تنظيم المعاوضة على الالتزام .

ويعتبر تنظيم أدوات انتقال الالتزام من أكبر الأدلة على قوامه المالي وقيمته الاقتصادية ، التي تستوجب وجود هذا الإطار القانوني . والإطار القانوني لانتقال الالتزام هو الحوالة بشقيها ، كما نص القانون على أن الحوالة بيع ولذلك نظمها . وليس الحديث عن الحوالة من نطاق بحثنا .

المطلب الثاني : مالية الالتزام في الفقه الإسلامي :

تمهيد :

لمفهوم المالية في الفقه الإسلامي معطيات ضرورية ، تعبر عن القواعد الأساسية لهذا المفهوم ، والتي بدونها لا تضاف صفة المالية إلى الشيء المراد جعله محلا للمعاوضة ، الذي أظهر لنا نطاق المالية وإطارها في الأعيان والمنافع ، ولكن موضوعنا هنا ليس بعين ولا منفعة ! بل هو شيء جديد يعبر عن اختصاص أو سلطة أو مسؤولية ليس لها قوام مادي . ولذلك تتخلف عن التعلق بها ولزومها اعتبارات المالية المنصوص عليها في كتب الفقه ، وهذا لا يمنع من أن يكون الفقهاء القدامى قد عالجوا بعضا من صور بيوع الالتزامات والمعاوضة عليها .

---

1 سنعرض لاعتبارات المالية في المطلب القادم إن شاء الله تعالى .

2 حوالة الحق في القانون المدني الجزائري ، بوشاشي يوسف ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية في جامعة الجزائر عام 1984 ، ص 101 .

3 انتقال الالتزام بين الأحياء في الفقه الإسلامي المقارنة والقانون ، د. محمد عباس السامرائي ، مطبعة جامعة بغداد ، 1979 ، ص 20، ص 27 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الأول : المالية في الفقه الإسلامي :

اتجه الفقهاء في تعريف المال اصطلاحا إلى جهتين هما :

الأولى : وهم الحنفية ، وضابط المال عندهم ، العينية والادخار : وخلاصة موقفهم من المال يبينه مصطفى الزرقا بقوله : المال : هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس [1]. وانتقد الحنفية باعتبار مالية ما لا يمكن ادخاره كالخضروات مثلا ، ومالية بعض الحقوق المجردة كالتنازل عن الوظيفة .

الثانية : الجمهور ، وهم المالكية والشافعية والحنابلة . ولكل مذهب وجهته في تحديد معنى المالية :

فالمالكية : عرفوا المال بأنه : ما يقع عليه الملك ، ويستبد به المالك [2] . فهذا الاعتبار الشرعي الذي يقوم عليه مفهوم المال في اجتهاد المالكية ، هو مناط الصفة المالية للأشياء ، مادية كانت أم معنوية ، وبذلك يشمل الأعيان والمنافع ، وسائر الأمور المعنوية كالحقوق [3].

والشافعية : لا يقع اسم المال عندهم إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلّت ، وما لا يطرحه الناس ، مثل الفلس وما أشبه ذلك [4] ، ومقتضى ذلك ، أن يشمل التعريف المنافع والأمور المعنوية ، إذا تعورف تقييمها بين الناس ، وجرى ابتياعها ، بأن أضحت محلا للاعتياض عنها ، وإذا أدركنا أن القيمة مناط المالية الثابتة عرفًا ، وأن القيمة أساسها المنفعة ، نتج عن ذلك أن المنفعة هي الأصل في التقييم والاعتبار [5].

أما الحنابلة : فعرفوا المال بأنه : ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة [6].

وخلاصة الأمر أن المالية عند الحنفية : هي أن يتوفر في الشيء عنصران ؛ إمكان الحيازة

---

1 المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 118 . وللتوسع في مفهوم المالية عند الحنفية ، راجع : المبسوط ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج 11 / ص 79 ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ، حيدر ، مرجع سابق ، المادة (126) ، ج 1 / ص 115 .

2 الموافقات ، الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي 790 هـ ، تحقيق : أبو عبيدة مشهور حسن سلمان ، دار ابن عفان ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، ج 2 / ص 17 .

3 المعاوضة على الحقوق وماليتها ، د. عبد الله الموسى . مجلة العدل ، العدد 45 محرم 1431 ، ص 185 .

4 المصدر السابق ، ص 186 .

5 النظريات الفقهية ، الدريني ، د. فتحي ، الطبعة الرابعة ، منشورات جامعة دمشق 1416-1417 ، 1996-1997 ، ص 340 .

6 كشاف القناع ، البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس 1046 هـ ، تحقيق : محمد أمين الضناوي ، عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الأولى 1417 هـ - 1997 م ، ج 7 / ص 308 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

والإحراز العينية . إمكان الانتفاع به عادة أو عرفا . وعند الجمهور : كل ما له قيمة مالية عرفا، ويقع عليه الملك ، وفيه منفعة مباحة ، ويلزم متلفه بضمانه .

وعلى ما تقدم لا تدخل المنافع والحقوق في مسمى المالية عند الحنفية ، لأن المالية عندهم عينية ، وتدخل عند الجمهور لأنها منضبطة بعلة المالية عندهم وهي العرف والمنفعة والملك .

الفرع الثاني : أنواع الأموال في الفقه الإسلامي :

تقدم أن الأموال عند الحنفية عينية القوام ، أما الجمهور فعندهم تتعدد أشكال الأموال وأنواعه . فالأعيان محل اتفاق على ماليتها ، و المنافع أموال عند الجمهور ، وهل الديون أموال ؟

الديون : جمع دين ، وله في الاصطلاح معنيان عام وخاص ، أما العام : فيشمل كل ما ثبت في الذمة [1]. فهو بهذا المعنى يرادف الالتزام. والمعنى الخاص عند الحنفية : ما يثبت في الذمة من مال. فهو عندهم مال حكمي وليس حقيقيا .أي وصف قائم بالذمة [2]. وعند الجمهور : ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته [3]. فالديون عند الجمهور أموال واستدلوا بوجوب الزكاة فيها ، وصلاحيتها للتصرف فيها بالإبراء والحوالة ، وجواز المعاوضة عليها ممن عليه ، وجواز التوكيل بقبضه [4]. وعند الحنفية وبعض الشافعية : الديون أموال حكمية ومآلها أموال حقيقية . واستدلوا بأن الدين ليس فيه إلا المطالبة ، والديون معدومة فلا تكون أموالا [5]. ونرجح مذهب الجمهور للأدلة سابقة الذكر . وأكبر دليل على ماليتها جواز أن تكون أموالا ربوية .

الفرع الثالث : مالية الالتزامات في الفقه الإسلامي :

تمهيد :

مدخل الحديث عن الالتزام لا ينفك عن الحقوق ، لكونها وجهه الآخر . ولكن الحديث عن الحقوق كثير ، ونظرا لشروط الموضوعية ومحدودية المساحة لا بد من إدارة الحديث ليكون منصبا على الالتزامات ، وليس على الحقوق . وهنا لا بد من أن نميز الحقوق من الالتزامات .

---

1 فتح الباري شرح صحيح البخاري ، العسقلاني ، مصدر سابق ، ج 4 / ص 81 . بيع الدين ، النشوى ، د. ناصر أحمد إبراهيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2007 . ص 18 .

2 بيع الدين ، النشوى ، مصدر سابق ، ص 19-21 .

3 المصدر سابق ، ص 18 – 19 .

4 المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 13 / ص 598 .

5 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 234 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

لم يعتن الفقهاء المعاصرون والباحثون بالتفريق بين الحقوق والالتزامات ، باستثناء الزرقا [1] ، الذي ميز بين الحقوق والالتزامات على أساس المحل والموضوع والطبيعة. فالحقوق متعلقة بالدائن وهو محلها وموضوعها الوفاء وطبيعتها إيجابية ، والالتزامات محلها المدين وموضوعها الاستيفاء وطبيعتها سلبية .

وهذه الفروق التي قد تبدو شكلية ، لا سيما وقد وحد بينهما القانون فجعل العقد والالتزام والحق شيئا واحدا لاعتبارات أنها كلها مصادر أو نتائج قانونية ، يترتب عليها أحكام قانونية . والنظر الدقيق للفرق بين الالتزامات والحقوق يقودنا إلى **الطبيعة السلبية للالتزام** ؛ والتي تعني استحالة إسقاطه ، لأن الإسقاط لا يكون إلا في شيء موجب أما السالب فلا يتصور سقوطه أبدا . لأن السلب عدم ، والعدم لا يقبل العدم . وهذا ما دفع فقهاء القانون الروماني إلى القول باستحالة الدين ، كما تقدم من نظريتي كونتس وبير وسوم [2]، وهذا اتجاه مهم في تصور محل المعاوضة على الالتزامات .

تتشابه الحقوق والالتزامات في أمور ، ولكن المتأمل يجد أن هناك فروقا هامة بينهما . ولتتبع الفرق بينهما يلزم تسليط الضوء على القوام المالي للحقوق ، ليتسنى للقارئ متابعة الحديث عن مالية الالتزامات ، التي اعتبرها الباحثون الوجه الآخر للحقوق حتى في جواز المعاوضة عليها .

تنقسم الحقوق إلى أقسام عدة ، وذلك باختلاف الاعتبارات . ويهمنا في بحثنا هذا مناقشة الصفة المالية للحقوق لذلك سوف نستعرض مالية الحقوق وما يتعلق بها من بنود .

أولا : تعريف الحق المالي :

تقدم تعريف المال ونظريات المالية عند المذاهب الإسلامية . وإضافة الحق إلى المال ، يعني مدى تعلق هذه الصفة التي تؤهله للمعاوضة والتداول فيه .

الحق المالي هو : اختصاص مشروع له قيمة مالية بين الناس [3]. وهو أنواع ؛ وقد قسمه علماء القانون - وتبعهم في هذا التقسيم عدد من العلماء - قسموه إلى حقوق شخصية ، وحقوق عينية

---

1 المدخل إلى النظرية العامة للالتزامات ، الزرقا ، مصدر سابق ، ص 61-62 .

2 نظرية كونتس : ترى أن حوالة الدين مستحيلة عقلا !! لأن تغيير طرف رابطة الالتزام يؤدي حتما إلى تغيير الرابطة نفسها . و نظرية بير و تسوم : تقوم على أساس استحالة حوالة الدين لتعارضها مع النظام القانوني ، ويؤدي إلى الفوضى . فالدين عنصر سلبي في الذمة ، والعنصر السلبي لا يمكن انتقاله محتفظا بذاتيته من ذمة لأخرى ، ومن الخطأ مقارنتها مع حوالة الحق ، لأن الحق عنصر إيجابي في الذمة فيجوز نقله . رابطة الالتزام ، د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، مرجع سابق ، ص 556 وما بعدها .

3 المدخل لنظرية الالتزام العامة ، الزرقا ، مصدر سابق ، ص 21 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وجعلوه أصليا وتبعيا ، وحقوق معنوية . والفقهاء قسموا الحقوق إلى قسمين هما : ما كان متعلقا بالعين ، وما كان متعلقا بالذمة [1]. وقد عرف الفقهاء السابقون رحمهم الله تعالى الحقوق المالية ، ففي البدائع للكاساني : الشرب ليس بعين مال ، بل هو حق مالي [2]. مع أنهم اعتبروه في مقابل الأعيان المالية. وكذلك ما ذكره القرافي وابن رجب [3] .

ثانيا : أقسام الحقوق المالية :

1. تقسيم الحقوق المالية باعتبار محلها :

تنقسم الحقوق المالية باعتبار محلها إلى ثلاثة أقسام هي :

أ. الحقوق الشخصية : هي كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما فيها مكلفا تجاه الآخر أن يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر . أو أن يمتنع عن عمل مناف لمصلحته[4].

ب. والحقوق العينية : هي سلطة مباشرة على عين مالية معينة . وهي قسمان أصلي : وهو الحق الذي يتحقق بمجرد وجود صاحبه ومحله . وهو الشيء أو الذات المختص بها [5] . وأمثلته حقوق الملكية والانتفاع والارتفاق والارتهان والاحتباس . وتبعي : وهو الذي ليس له وجود مستقل ولا يتحقق بمجرد وجود صاحبه ومحله ، وإنما يوجد لتوثيق حق آخر ، مثل الرهن [6] .

ج. والحقوق المعنوية : هي اختصاصات تقوم للأشخاص على الأشياء المعنوية ذات القيمة المالية ، بحيث يخولهم سلطة معينة [7].

---

1 المعاوضة عن الحقوق المالية ونقلها ، المطيري ، مصدر سابق ج 1 / ص 124 .

2 بدائع الصنائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 190 .

3 الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي 684 هـ ، ضبط وتعليق : خليل المنصور ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1998 م ، ج 2 / ص 201 . القاعدة السابعة والثمانين ، تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، ابن رجب ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 290 - 300 .

4 المدخل لنظرية الالتزامات العامة ، الزرقا ، مصدر سابق ، ص 25 .

5 المصدر السابق ، ص 27 .

6 المصدر السابق ، ص 30 .

7 المعاوضة على الحقوق المالية ونقلها ، المطيري ، مصدر سابق ، ج 1 / ص 128 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

2. تقسيم الحقوق المالية باعتبار صلاحيتها للمعاوضة :

تمهيد : أنواع المعاوضة في الفقه الإسلامي :

قال العثماني:" يحصل الاعتياض (يقصد المعاوضة) عن الحقوق بأحد أمرين ؛ الاعتياض بطريق البيع ، وحقيقته نقل ما كان يملكه البائع إلى المشتري بجميع مقتضيات النقل مقابل عوض . والاعتياض بطريق الإسقاط والتنازل ، وحقيقته زوال مزاحمة النازل في الحق لمن تنازل له"[1] ، والفرق بينهما بأن التنازل لا يشترط فيه مالية المحل كما سيأتي . وأن المتنازل يستحق العوض بمجرد التنازل .

ولعل فائدة التنازل تكمن في أن المتنازل له يضمن زوال المزاحمة على الحق من قبل المتنازل . وأن التنازل إسقاط وليس بيعا . وفائدته تخلية الحق عن التنازع .

قال القرافي : "اعلم أن الحقوق والأملاك ينقسم التصرف فيها إلى نقل وإسقاط . فالنقل ينقسم إلى ما هو بعوض في الأعيان كالبيع والقرض ، وإلى ما هو في المنافع كالإجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والجعالة، وإلى ما هو بغير عوض كالهدايا والوصايا ، فإن ذلك نقل ملك في أعيان بغير عوض . وأما الإسقاط فهو إما بعوض كالخلع ، والتعزير، إذ يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى الباذل ما كان يملكه المبذول له ، وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد وغيرها فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول" [2]. وكذلك أورد ابن رجب في الاعتياض قاعدة متضمنة في ما قلناه .[3]

وقسم بعض الباحثين [4] الحقوق باعتبار صلاحيتها للمعاوضة إلى قسمين هما : ما ثبت بالشرع وما ثبت بالعرف ، وهذا تقسيم للحقوق باعتبار مصادرها ، وليس باعتبار

---

1 بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، العثماني ، د. محمد تقي الدين ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، 1419 هـ – 1989 م ، ص 79 .

2 الفروق ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 201 .

3 وهذه القاعدة هي :(القاعدة الستون بعد المائة) : تستعمل القرعة في تميز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداء لمبهم غير معين عند تساوي أهل الاستحقاق . ويستعمل أيضا في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عن اشتباهه والعجز على الاطلاع عليه ، وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب ، وفي الأبضاع قول آخر : إنه لا تؤثر القرعة في حل المعين منها في الباطن ولا يستعمل في إلحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب ويستعمل في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها ، ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداء ، وفي الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميز اليمين المنسية . تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، ابن رجب ، القاعدة السابعة والثمانين ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 290 – 300 .

4 بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، العثماني ، مصدر سابق ، ص 78 وما بعدها .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

صلاحيتها للمعاوضة ، والصلاحية هي مناط البحث ! ولذلك يعتقد الباحث أن التقسيم الصحيح ثلاثي ، لأننا أدخلنا الإسقاط في مسمى المعاوضة ، وبذلك يتكون لدينا أنواع ثلاثة للحقوق التي تقبل المعاوضة والإسقاط وهي :

1) حقوق تقبل المعاوضة : وهي الحقوق التي تتعلق بمال ، كملكية الأعيان كالدور، أو المنافع كسكنى الدار ، أو الديون كثمن المبيع وأجرة المنفعة [1].
2) حقوق لا تقبل المعاوضة : أي لا تقبل المعاوضة لا ببيع ولا بصلح على عوض ، وهي الحقوق التي لم تثبت أصالة ، إنما ثبتت لدفع الضرر عن أصحابها ، كحق الشفعة ، لأنه ثبت للشريك لدفع الضرر عنه . قال ابن رجب : الحقوق الثابتة دفعا لضرر الأملاك لا يصح النقل فيها بحال [2]. والأصل أن البائع له الحق في بيع ملكه لمن شاء، فإن تنازل عنه لآخر ظهر أنه لا ضرر عليه ، فلا يجوز له أن يطالب على ذلك بعوض ، لانتفاء وقوع الضرر عليه في البيع الذي كان سبباً لثبوت هذا الحق [3]. ودليله: حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : (**نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته**) [4] . والمنع مذهب الحنفية [5] والشافعية [6] والحنابلة في قول [7] . وجوزه المالكية في قول ، وكذا رواية عن أحمد ، حيث جوزوا الاعتياض عليه من المشتري فقط [8] . واستدلوا بعموم جواز الصلح إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ، وخلو المعاملة من المحاذير الشرعية ، وعدم دليل المنع [9] ، وحق المرأة في قسم زوجها لها على قول جمهور العلماء من الحنفية [1] والمالكية

---

1 المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ، مصدر سابق ، ص 25 .

2 تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، ابن رجب ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 292 .

3 بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، العثماني ، مصدر سابق ، ص 81 .

4 فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، مصدر سابق حديث رقم (2535) ، كتاب العتق ، باب بيع الولاء وهبته ، ج 5 / ص 209 ، وصحيح مسلم ، مصدر سابق ، حديث رقم (1506) ، كتاب العتق ، باب النهي عن بيع الولاء وهبته ، ج 2 / ص 1145 .

5 بدائع الصنائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 140 ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، مصدر سابق ، ج 8 / ص 255 . و رد المحتار على الدر المختار أو حاشية ابن عابدين ، ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر عابدين ، 1252 هـ ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار عالم الكتب ، الرياض ، طبعة خاصة 1423 هـ – 2003 م ، ج 8 / ص 406 .

6 مغني المحتاج ، الشربيني ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 358 .

7 المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 482 . بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، العثماني ، مصدر سابق ، ص 81 .

8 المصدر السابق ، ج 5 / ص 482 .

9 الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات ، د. عبد الرحمن السند ، مصدر سابق ، ص 26 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

[2] والشافعية [3] والحنابلة [4] ، وجوزه مالك في ليلة واحدة فقط [5] وجوزه من الحنابلة ابن تيمية [6] .

3) حقوق لا تقبل المعاوضة ولكنها تقبل الإسقاط بعوض : وأما الحقوق التي ثبتت لأصحابها أصالة ، لا على وجه دفع الضرر ، فإنه يجوز المعاوضة عليها عن طريق الصلح والتنازل بمال ، لا عن طريق البيع ، فلا يجوز لولي القتيل بيع حق القصاص لغيره ليستوفيه بدله ؛ لأن هذه الحقوق إنما أثبتها الشارع لرجل مخصوص بصفة مخصوصة ، مهما تنتفِ هذه الصفة تنعدم الحقوق ، ولكن يجوز الاعتياض عنها بطريق الصلح والتنازل بمال ، أي أن المستحق يمسك عن استعمال حقه بعوض يأخذه ممن يتضرر باستعمال ذلك الحق ، فولي القتيل يباح له أن يصالح القاتل على مال مقابل إمساكه عن استيفاء حقه ، وإنما يبذله القاتل دفعًا لضرر الموت عن نفسه ، وهذا الأمر جائز بالإجماع [7] .

ثالثا: من صور المعاوضة على الحقوق عند الفقهاء :

1. منع المعاوضة على الحقوق التي ثبتت لأصحابها على وجه دفع الضرر . كحق الشفعة ، وقد تقدم الحديث عنه .
2. منع المعاوضة على الحقوق المجردة ، أي المحضة أو غير المتقررة ؛ وهو الحق الذي لم يقم بمحل [8]، ولم يتقرر في ذات ، ولا يتغير حكم محله بالإسقاط والتنازل عنه ، فلا يترك

---

1 البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 385 . وبدائع الصنائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 612 . ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، الكليبولي ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، 1078 هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1419 هـ – 1998 م ، ج 1 / ص 550 .

2 الذخيرة ، القرافي ، أحمد بن إدريس 684 هـ ، تحقيق محمد بو خبزة ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى 1994 م ، ج 4 / ص 460 .

3 مغني المحتاج ، الشربيني ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 341 .

4 المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 8 / ص 155 .

5 الذخيرة ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 4 / ص 460 ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الحطاب الرعيني ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي 954 هـ ، تحقيق : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1416 هـ – 1995 م، ج 5 / ص 258 .

6 كشاف القناع عن متن الإقناع ، البهوتي ، مصدر سابق ، ج 4 / ص 181 .

7 بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، العثماني ، مصدر سابق ، ص 82-83 . والضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات، د. عبد الله السلطان ، مصدر سابق ، ص 42 .

8 الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي ، سامي حبيلي ، رسالة ماجستير – غير منشورة – مقدمة إلى كلية الدراسات العليا – الجامعة الأردنية ، 2005 ، ص 24 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أثراً بالتنازل عنه ، بل يبقى محل الحق عند المكلف بعد التنازل كما كان قبل التنازل [1] ، كحق الدَّين، فإن محله ذمة المدين ، فإذا أسقط الدائن الدين عن ذمة المدين فإن الذمة بعد الإسقاط كقبلها ، فلا يترتب على ذلك الإسقاط أثر ، وكحق الشُفْعة فإنه حق غير مالي متعلق بمال وهو العقار ، فإذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة ، فإن ملكية المشتري للعقار بعد الإسقاط كقبلها [2] . أما الحق إن كان حقاً متقرراً فإنه يجوز المعاوضة عليه ، وهو الحق القائم بمحل مدرك بالحس، أو ما له تعلق بمحله تعلق استقرار ، أي مستقر في محله ، فلا يتغير حكم محله بالإسقاط والتنازل عنه ، كحق القصاص ، فإنه حق غير مالي لأن محله رقبة الجاني ، ومع قيامه يكون غير معصوم بالنسبة لولي القصاص ، وبإسقاطه لهذا الحق يتغير حكم المحل فيصبح القاتل معصوم الدم بعد أن كان مهدرا [3] ، وعلى ذلك فيجوز لولي المقتول أخذ العوض المالي مقابل إسقاط حقه [4]. وقد انفرد بهذه القاعدة الحنفية [5].

3. أما المالكية فيجوزون المعاوضة على الحقوق ، فكل من أوصل نفعاً إلى آخر فإنه يستحق عوضه وفي ذلك يقول القرافي : "كل من عمل عملا أو أوصل نفعا لغيره من مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نفذ ذلك فإن كان متبرعاً لم يرجع به أو غير متبرع وهو منفعة فله أجرة مثله أو مال فله أخذه ممن دفعه عنه" [6] . كما أنهم أجازوا المعاوضة عن حق الشفعة ، وحق الزوجة في القسم .

الفرع الرابع : مالية الحقوق عند المعاصرين :

توسع المعاصرون في مفهوم المالية ، فألحقوا بالحقوق المالية كل حق اعتباري فيه منفعة مقصودة مباحة ، جرت العادة بين الناس على تموله والمعاوضة عليه ، ويظهر ذلك جليا في

---

1 **بدائع الصنائع** ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 50 .

2 **الأشباه والنظائر** ، ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم 970 هـ ، تحقيق : د. محمد مطيع الحافظ ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ودار الفكر، دمشق ، الطبعة الرابعة 1426 هـ – 2005 ، ص 212 ، **حاشية ابن عابدين** ، ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج 4 / 518 .

3 **حاشية ابن عابدين** ، ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 241.

4 **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر** ، الكليبولي ، مصدر سابق ، ج 4 / ص 118 .

5 **الأشباه والنظائر** ، لابن نجيم ، مصدر سابق ، ص 212 ، **بدائع الصنائع** ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 49 ، **حاشية ابن عابدين** ، ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج 4 / ص 518 .

6 **الفروق** ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 338 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

قرار المجمع الفقهي في جدة في الحقوق المعنوية كحق التأليف والاختراع ، فقد أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة [1] .

واختلفت علل المالية لهذه الحقوق عند المعاصرين ، فرأى بعضهم أن المالية تقوم على أساس الملك ، لأن الحق جوهره الاختصاص ، والاختصاص جوهر الملك وحقيقته ، وإلا لما كانت حقوقاً ، بل مجرد إباحات ، وإذا كانت الحقوق من قبيل الملك فالحقوق أموال [2] .

ويرد هذا الفهم بأن بعض الحقوق ، ثبتت ولكنها ليست ملكا ؛ كحق الشفعة والحضانة والتمتع بين الزوجين . قال السرخسي : حق الشفعة ليس بملك [3] ، وعند المالكية ، الحق أعم من الملك [4] . فكل ملك حق ، وليس كل حق ملكا [5].

ألحق بعض الباحثين [6] هذه الحقوق بالمنافع لما بينهما من شبه واضح ، فكل منهما شيء غير مادي ، ومن ثم فإن هذه الحقوق تصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية ، وأن تتم المعاوضة عليها إذا انطبقت عليها جميع عناصر المالية الثلاثة بناء على تحقق شروط المالية التالية [7] فيها :

1. أن يكون الحق ثابتاً في الحال لا متوقعاً في المستقبل .
2. أن يكون الحق ثابتاً لصاحبه أصالة لا لدفع الضرر عنه فقط .
3. أن يكون الحق قابلاً للانتقال من واحد لآخر .
4. أن يكون الحق منضبطاً ولا يستلزم غرراً أو جهالة .
5. أن يكون في عرف التجارة يسلك به مسلك الأعيان ، والأموال في تداولها المعروف .

---

1 المدخل للنظرية العامة للالتزامات ، الزرقا ، مصدر سابق ، ص 31 ، قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409 الموافق 10 - 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م ، المصدر : http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/5-4.htm .

2 مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون ، العدد الثاني ، رمضان 1408هـ - مايو 1988م ، ص 23 - 24 .

3 المبسوط ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج 14 / ص 118 .

4 شرح حدود ابن عرفة ، الرصاع ، أبو عبد الله محمد الأنصاري 894 هـ ، تحقيق : محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى 1993 ، ج 2 / ص 328 .

5 الملكية في الشريعة الإسلامية ، العبادي ، عبد السلام ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2000 ، ج 1 / ص 171، 172.

6 الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات ، د. عبدالله السلطان ، مصدر سابق ، ص 45 .

7 بيع الحقوق المجردة ، العثماني ، مصدر سابق ، ص 99- 100.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

هذا استعراض لمالية الحقوق عند الفقهاء القدامى والمعاصرين ، يتبين منه أن المعاوضة على الحقوق لها أصل متين في الدين ، مع ضرورة التفريق بين ما تجوز المعاوضة عليه من الحقوق وما لا تجوز . أما الالتزام فله شأن آخر ، سيتبين في المطلب التالي .

المطلب الثالث : الالتزام محل للتعاقد:

الفرع الأول : الالتزام محل للتعاقد في القانون:

مضى القول أن الالتزام في القانون يحمل القيمة المالية الكاملة ، وأن الأنظمة القانونية قد وفرت الغطاء القانوني لتداول هذا المنتج الجديد من المنتجات الاقتصادية المعاصرة . واعتبرت حوالة الحق وحوالة الدين في القانون الأرضية الصلبة التي تنساب عليها حركة بيوع الالتزامات . وسوف نطلع في الفصول القادمة إن شاء الله تعالى ، لاسيما في الفصل القادم ، على انجازات الخيال الاقتصادي من عقود المشتقات المالية التي اعتبرت حيزا فضائيا هائلا للتداول .

الفرع الثاني : الالتزام محل للتعاقد في الفقه الإسلامي:

الاتجاه الأول : المجيزون وأدلتهم ومناقشتها :

ذهب إلى جواز بيع الالتزامات أكثر الباحثين [1] الذين تسنى للباحث الاطلاع على أبحاثهم وكتبهم ، واستدلوا على صحة المعاوضة على الالتزامات – إعمالا للقياس الذي هو أحد أصول الاستدلال [2]– بالأدلة التالية :

---

[1] مثل : عادل باريان في بحثه : المعاوضة على الالتزام بالإقراض ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية ، باستثناء المعاوضة على الالتزام بالإقراض فلا يرى الجواز . ص 37 . ود. عبد الرحمن السند في بحثه : الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية ، ص 21 . ود. عبد الكريم السماعيل في بحثه : المعاوضة في الالتزامات ، ضوابطها وتطبيقاتها المعاصرة ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية، وقد وضع للجواز شروطا هي نفس شروط المعاوضة على الحقوق 17 – 20 . و د. عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار ، في بحثه الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية ، ص 27 . ود. محمد بن عبد الله العمراني ، في بحثه : حكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عليه . بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية ، ص 13 . ود . نزيه حماد ، في بحثه : المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد 70 ، السنة 18 ربيع الأول 1427 ، 2006/3 . ص 24 .

[2] قال المزني : إن الفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا أجمعوا على أن نظير الحق حق ، ونظير الباطل باطل. وجاء عن عمر بن الخطاب رضي لله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعري : ثم اعرف الأشباه والأمثال ، فقس الأمور بنظائرها ، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق فيما ترى فاتبعه . ولما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يبعث معاذا إلى اليمن . قال: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله . قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أولا : اعتبار المعاوضة على الالتزام هي الأصل ؛ فقالوا : والمعاوضة على الالتزام في عقود المعاوضات هي الأصل ؛ لأن الأصل في عقود المعاوضات هو أخذ العوض [1] . وجعلوا بيع العربون أجلى صوره [2] .

مناقشة هذا الدليل :

اعتبار المعاوضة على الالتزامات هو الأصل ، يمكن الاعتراض عليه بالتالي :

1. الالتزام وصف في الذمة كما تقدم ، وهو وصف غير منضبط ، فهو متفاوت من شخص لآخر . فكيف يكون محلا للتعاقد ؟ وكيف يقوّم بقيمة معينة ؟ ، فالالتزامات ليست أعيانا ولا منافع وليس لها قوام مادي معتبر ، ومحلها الذمة ، ومناط التعاقد في الشريعة الإسلامية الأعيان أو منافعها ، وليست الذمم وما تعلق بها من أوصاف !. وإن كان التعاقد ينتج التزامات تشغل الذمم ، ولكن هذه الالتزامات هي آثار التعاقد وليست محل التعاقد . والالتزام يعود إلى أصلين فقط هما العمل والامتناع عنه [3]. بينما محل العقد – سلعا وخدمات – لا يمكن حصرها بحال . والصحيح أن المقوّم في العقود هو محلها وليست الالتزامات التي هي موضوعها.
2. جعل الالتزام مناط المعاوضة ومحلا لها ، خلط بين محل العقد وموضوعه . فالذي يقابل العوض في عقود المعاوضات ـ والذي يصح أن يكون أصلا ـ هو المعوَّض ، أي محل العقد وليس موضوعه . إذ موضوع الالتزام هو ما ينشأ عن التعاقد مهما كان نوع الالتزام . ودليل ذلك إمكان الفصل بينها ؛ أي بين محل العقد وهو السلع أو الخدمات ، وموضوعه وهو الالتزام ، وإن كان الأصل التلازم بينهما .

ثانيا : استدلوا بأن المعاوضة على الالتزامات لها ما يشابهها في العقود المسماة . وهي عقود الكفالة وحوالة الدين والإبراء والإسقاط والتقاص [4] .

مناقشة هذا الدليل :

الله صلى الله عليه وسلم صدره؛ وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله . رواه أحمد وأبو داود وغيرهم . **المدخل الفقهي العام** ، الزرقا ، مصدر سابق ، ج 1 / ص 68 ، 75 . وقال ابن تيمية : إن المعاوضات جارية على قانون واحد ، وإن الشريعة متناسبة معتدلة ، تسوي بين المتماثلات ، وتفرق بين المختلفات . **نظرية العقد** ، ابن تيمية ، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، مركز الكتاب للنشر ، القاهرة ، بدون رقم أو تاريخ للطبعة ، ص 172 .

[1] **المعاوضة على الالتزام بالإقراض** ، عادل باريان ، مصدر سابق ، ص 37 .

[2] المصدر السابق ، ص 38 .

[3] **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة** ، الزرقا ، مصدر سابق ، 87 .

[4] المصدر السابق ، 84 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

يمكن أن يعترض على هذا الدليل بالتالي : الكفالة من جنس التصرف بالالتزامات وهذا صحيح ، فما هي الكفالة ؟ وهل تصح المعاوضة عليها ؟

الكفالة أو الضمان [1] : هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة عند الحنفية [2] وفي التزام الحق عند المالكية والشافعية والحنابلة [3] . والكفالة من الالتزامات المحضة ، لأن المضمون كما هو ظاهر من التعريف هو الالتزام أو المطالبة بالحق وليس الحق ، وقد صرح بذلك الحسيني الشافعي صاحب كتاب كفاية الأخيار [4] ، حيث جعل الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الالتزام، والتعريف عند الفريقين يظهر منه بجلاء الفرق بين محل الالتزام وهو الذمة ، وموضوع الالتزام وهو المطالبة عند الحنفية والتزام الحق عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ، ومن ثم لا يصح أخذ العوض عنها في المذاهب الأربعة [5] ، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك [6]. وعليه قرار المجمع الفقهي : فقد قرر الفقهاء فيه عدم جواز أخذ العوض على الكفالة [7] .

أما الحوالة فهي قسمان ؛ حوالة الحق وهي من جنس التصرف بالحقوق لا الالتزامات ، فهي إذن لا تصلح أصلا يقاس عليه التصرف بالالتزام . لاختلاف النوع . ويلحق بها كذلك الإبراء

---

1 الضمان والكفالة كلمتان مترادفتان عند أكثر الفهاء . الضمان في الفقه الإسلامي ، علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون رقم للطبعة ، تاريخ الطبعة 2000 . ص 8 .

2 البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، لابن نجيم ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 341 . والاختيار لتعليل المختار ، الموصلي ، عبد الله بن محمود ، 599 – 683 هـ ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، و أحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله ، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، الطبعة الأولى 1430 هـ – 2009 م ، ج 2 / ص 401 . وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الزيلعي ، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، مطبعة بولاق ، مصر ، الطبعة الأولى 1314 هـ ، ج 4 / ص 146 .

3 مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الحطاب العريني ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 18 ، و أسنى المطالب شرح روضة الطالب ، الأنصاري ، شيخ الإسلام زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري 926 هـ ، تحقيق د. محمد أحمد تامر ، دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى 1422 هـ – 2000 م ، ج 2 / ص 113 ، والمغني ، لابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 71 .

4 كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، الحسيني ، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي ، دار الخير – دمشق ، الطبعة الأولى 1412 هـ – 1991 ، ص 265 .

5 المبسوط ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج 20 / ص 32 ، البحر الرائق ، ابن نجيم ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 242 ، حاشية الدسوقي ، ابن عرفة ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 340 ، التاج والإكليل ، العبدري ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 111 ، المهذب ، الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي 393 هـ – 476 هـ ، تحقيق : د. محمد الزحيلي ، دار القلم، دمشق والدار الشامية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1417 هـ – 1996 م ، ج 3 / ص 316 . المغني ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 4 / ص 396 .

6 الإجماع ، ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق : د. أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف . مكتبة الفرقان ، عجمان ، ومكتبة مكة الثقافية ، راس الخيمة ، الطبعة الثانية ، 1420 هـ – 1999 م ، ص 141 .

7 مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10– 16 ربيع الآخر 1406هـ /22 – 28 كانون الأول (ديسمبر) 1985م . القرار رقم 12 ، بشأن خطاب الضمان ، المصدر : الموقع الرسمي للمجمع : http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/2-12.htm .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

والإسقاط والتقاص فهي أنواع لجنس واحد وهو التصرف بالحقوق . فليست داخلة في نطاق بحثنا . أما حوالة الدين وهي من جنس التصرف بالالتزامات الذي هو محل النزاع في هذا البحث ، وهذا ما يقتضي النظر والبحث .

تعريف حوالة الدين :

حوالة الدين عند الفقهاء هي : "نقل الدين من ذمة إلى ذمة" [1].

طبيعة المنقول في حوالة الدين :

اختلف في المنقول هل هو الدين أو المطالبة أم هما جميعا [2] . فعند الحنفية أقوال ثلاثة : أولها : أن المنقول هو الدين ، فتبرأ ذمة المحيل بالحوالة وتنشغل ذمة المحال عليه . لاستحالة بقاء الشيء الواحد في زمان واحد في محلين [3] ، والثاني : نقل الدين والمطالبة وعزوه إلى أبي يوسف ، والثالث: المطالبة فقط ، وعزوه إلى محمد [4]. وعامة الفقهاء أن الحوالة تبرئ ذمة المحيل إذا استكملت شروطها [5]. ويلاحظ أن الحوالة في الفقه الإسلامي لم تعرف إلا في نقل الديون [6].

واختلف الفقهاء في طبيعة الحوالة اختلافا كبيرا ، وهناك اتجاهات ثلاثة في وصف طبيعة الحوالة هي :

الاتجاه الأول : الحوالة بيع مستثنى من بيع الدين بالدين : يرى بعض الحنفية [7] وأكثر المالكية وبعض الحنابلة والراجح عند الشافعية ، أن الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين [1] .

---

1 **الاختيار لتعليل المختار** ، الموصلي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 417 ، **وتبين الحقائق** ، الزيلعي ، عثمان بن علي ، مطبعة بولاق ، الطبعة الأولى 1413هـ ، ج 4 / ص 171، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، لابن نجيم ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 410، **شرح فتح القدير** ، على الهداية شرح بداية المبتدي ، ابن الهمام ، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري ، 861 هـ ، تحقيق : عبد الرازق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1424هـ2003 - م ، ج 5 / ص 443 ، **بدائع الصنائع** ، للكاساني ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 415 ، **وحاشية الدسوقي** ، الدسوقي ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 294 **مغني المحتاج** ، الشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 251 . هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية . المعيار السابع ، معيار الحوالة .

2 **بدائع الصنائع** ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 421 .

3 **الاختيار لتعليل المختار** ، الموصلي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 417 .

4 **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، لابن نجيم ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 410 .

5 **بدائع الصنائع** ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 420 . **المغني** ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 60 - 61 .

6 **حوالة الدين** ، عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص 104 .

7 **حاشية ابن عابدين** ، ابن عابدين، مصدر سابق ، ج 6 / ص 274 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الاتجاه الثاني : الحوالة ليست بيعا بل هي عقد إرفاق : فالمعتمد عند الحنفية [2] ، وبعض المالكية[3] والصحيح عند الحنابلة [4] ، وفي قول عند الشافعية [5] ، أن الحوالة عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره ، وليست بيعا ، لأنها لو كانت بيعا لكانت بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض ، وليست في معنى البيع لعدم العين فيها . وأنها ما وضعت للتمليك ، وإنما وضعت للنقل [6]. وهو الذي اعتمدته هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية[7].

الاتجاه الثالث : الحوالة إيفاء للحق : وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة [8] ، قال ابن تيمية : الحوالة من جنس إيفاء الحق ، لا من جنس البيع ، لأن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي في ذمّة المحيل ، ولهذا ذكرها النبي صلى الله عليه وسلم في معرض الوفاء ، فأمر المدين بالوفاء ، ونهاه عن المطل، وبين أنه ظالم إذا مطل ، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على مليء . ووفاء المدين ليس هو البيع الخاص ، وإن كان فيه شوب معاوضة [9].

وبناء عليه جوز الحنفية والحنابلة أخذ العوض على الحوالة بشرط ألا يكون العوضان ربويين ، وإلا وجب التقابض في المجلس [10] . وعند المالكية لا يصح أخذ العوض عنها ، قال ابن رشد الحفيد : الحوالة بيع من البيوع إلا أنها خصصت من الأصول الممنوعة ، على سبيل المعروف

---

1 الذخيرة : القرافي ، مصدر سابق ، ج 9 / ص 242 ، مغني المحتاج ، الشربيني ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 193 ، المغني ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 56 .

2 بدائع الصنائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 421 .

3 الذخيرة ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 9 / ص 242 .

4 المغني ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 56 .

5 المهذب ، الشيرازي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 305 .

6 المغني ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 56 ، بدائع الصنائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 421 .

7 هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية . المعيار السابع ، معيار الحوالة .

8 المنتقى على الموطأ : الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي ، 494 هـ ، تحقيق : محمد عبد القادر أحمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1420 هـ - 1999 م ، ج 7 / ص 490 ، مغني المحتاج ، الشربيني ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 193 ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، بدون دار نشر وبدون تاريخ وبدون طبعة ، ج 20 / ص 512 .

9 إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ، تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1423 هـ ، ج 1 / ص 389 - 390 .

10 المبسوط ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج 20 / ص 47 . مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، الرحيباني ، مصطفى السيوطي ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، ج 3 / ص 325 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

، فإن دخلها وجه من وجوه المكايسة رجعت إلى الأصل فلم تجز [1] . واعتبرت هيئة المحاسبة المراجعة العوض على الحوالة من صور الربا عند حديثها عن تظهير الأوراق التجارية [2].

والذي يترجح للباحث أن حوالة الدين إيفاء للحق وليس معاوضة ، ومن ثم ليست حوالة الدين وجها من وجوه التكسب . ولا يصح كما تقدم التعاقد المستقل عليها ، كما عرف وانتشر في زماننا اليوم . والله أعلم .

وأما المقاصة ؛ وهي سقوط أحد الدينين بمثله جنسا وصفة [3] ، فمقتضاها الإسقاط ، والمعاوضة فيها إنما هي وفاء لكلا الدينين ، فالعوض في المقاصة هو الحق الذي أسقطه الطرف الآخر في المقاصة . ومحل المقاصة الديون ولا تكون في الأعيان إلا الأعيان التي تحولت إلى ديون [4] .

ويبدو للباحث أن الالتزام لو كان هو مناط العوض لكان الأوصياء والوكلاء ومنفذو الالتزام قسراً، أولى بالعوض من المالكين ، لأنهم منفذو الالتزام ، ولم يقل بهذا أحد من العلماء . فالعوض حق للمالك وليس للناقل المتصرّف . والله أعلم .

كما يظهر للباحث أن الالتزام لو كان هو مناط العوض ، لسقط العوض بسقوط محل الالتزام وهو الذمة ، كما في الوفاة مثلا . وليس الأمر كذلك فالحقوق المتعلقة بالتركة لا تسقط بالوفاة . ما يدل أن موضوع الالتزام هو مناط العوض ، فهو باق بعد الوفاة ، في حين أن محل الالتزام – وهو الذمة– انتهت أو خربت بالموت [5] . أي أن مناط العوض في المعاوضة هو المعوَّض وليس ذات الالتزام الناشئ عن المعاوضة . فمحل العوض ومحور المعاوضة ومحلها وهو موجب العوض . والله أعلم .

ثالثا : اعتبار الالتزامات كالحقوق في جواز الاعتياض عنها ، حيث قالوا : يصح لنا القول بجواز الاعتياض عن الحقوق والالتزامات . بشروطها العامة . وهي أن تكون لها قيمة ومنفعة

---

1 المقدمات الممهدات ، ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، 520 هـ ، تحقيق : د. محمد حجي ، وعناية : الشيخ عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، إدارة إحياء التراث الإسلامي ، دولة قطر ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، 1408 هـ – 1988 م ، ج 2 / ص 403 – 404 ، والذخيرة ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 9 / ص 241 –242 .

2 هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية . المعيار السابع ، معيار الحوالة .

3 إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 73 .

4 الفقه الإسلامي وأدلته ، الزحيلي ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 373 – 374 .

5 للتوسع في معرفة انهدام الذمة وخرابها بعد الموت ، راجع المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ، للزرقا ، ص 205 – 208 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

مقصودة معتبرة مباحة ، وأن تخلو من محاذير التعاقد ، وأن تكون من جائز التصرف ، ممكنة التسليم ، ولا تؤدي إلى محظور [1] .

مناقشة هذا القول :

القائلون بهذا القول قاسوا الالتزامات على الحقوق فهل يصح هذا القياس ؟؟

أولاً : لم يسلك القائلون بهذا القول في تخريجهم الفقهي ؛ المسلك الأصولي التقليدي المعهود . حيث لم يبينوا كيف ألحقوا الالتزامات بالحقوق ، وما هي العلة الجامعة بينهما ؟

ثانياً : يمكن الرد على هذا القياس باختلاف العلة بين المقيس (الالتزامات) والمقاس عليه (الحقوق) ما يجعل القياس قياسا مع الفارق !

فالحقوق إيجابية القوام ، متصورة التعلق في الذمة أي أن العلاقة بين موضوع الحق وصاحب الحق علاقة إيجابية مملوكة لجهة واحدة وهي صاحب الذمة ، وليس كذلك الالتزام فالعلاقة فيه تكون بين صاحب الذمة (الملتزم) وصاحب الالتزام (موضوعه) وهو الملتزم له ، فهو الذي يملكه . ومن ثم فهذه العلاقة لا يقدر على التصرف فيها إلا من يملكها والذي يملكها هو الملتزم له ، وتصرفه فيها من باب الإسقاط والإبراء والصلح وقد تقدم الحديث عنه . فالملتزم غريم بالتزامه ، ولا يقدر على إسقاطه لأنه لا يملكه بل هو واجب عليه وليس حقا له . أما الحقوق فهي مملوكة لأصحابها يملكون التصرف فيها بكل وجوه التصرف المشروعة . وبهذا يتضح الفرق بين الحق والالتزام وأنه لا يقاس الالتزام على الحق . والله أعلم .

رابعاً : قياس الالتزامات على المنافع في حل المعاوضة عنها : حيث قالوا : "من التزم بمنفعة مباحة فقد التزم بمال" [2].

مناقشة هذا القول :

محل النزاع في مسألتنا هو أن يكون الالتزام نفسه محلا للتعاقد . وقياس المجيزين منصرف إلى موضوع الالتزام وهو المنفعة التي من التزم بها فقد التزم بمال . وهذا صحيح ، ولكنه خارج محل النزاع ، حيث إن محل النزاع هو تداول الالتزام بعوض ، وليس تداول ما يمثله الالتزام من أعيان ومنافع وحقوق قابلة للتداول بعوض . ولذلك لا يصح هذا القياس فهو خلط بين موضوع الالتزام

---

1 الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة ، د. عبد الرحمن السند ، مصدر سابق ، ص 27.

2 المعاوضة في الالتزامات ، ضوابطها وتطبيقاتها المعاصرة ، د. عبد الكريم السماعيل ، مصدر سابق ، ص 11 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وهو المنفعة ومحلها وهو ذات الالتزام الذي هو وصف تعلق في الذمة . ومن ثم تحصيل المنفعة موضوع الالتزام متصور ممكن ، ولذلك أمكن أن يكون مقوما ، وأما الالتزام المحض فكيف يمكن أن يكون مقوما دون موضوعه ؟! وهذا مستحيل عقلا . لأن القيمة في الالتزام محلها الموضوع وليس ذات الالتزام كما تقدم . والله أعلم .

خامسا : القول بجواز المعاوضة على الالتزامات لتحقق عناصر المالية الثلاثة فيها [1] استقلالا ، أي دون قياسها على غيرها ، وهي :

1. المنفعة المقصودة : ففي الالتزام منفعة مقصودة لمشتريه ، مثل التحوط للخسارة المتوقعة في عقود التحوط .

ويناقش هذا الدليل بأن التحوط – بإقرار القائلين بجواز المعاوضة على الالتزامات – هو مقصد المعاوضة ، ويلزم من هذا أن يكون التحوط هو موضوع العقد وليس السلعة نفسها ؟ أي أن التعاقد على الالتزام ولد موضوعا جديدا ثانيا غير الموضوع الأول الذي هو المقصود في العقد . اي إن التعاقد على الالتزام بالصرف مثلا أصبح مقصوده التحوط وليس الصرف المحض . هذا يعني توسيط الصرف لغايات التحوط . ويلزم منه أن يكون التعاقد على الصرف وسيطا وليس أصيلا إذ المقصود التحوط لا الصرف ، وبحسب القائلين بالجواز فإن هذه منفعة مقصودة على حد تعبيرهم . والسؤال هل هذه المنفعة المقصودة يجوز المعاوضة عليها ؟؟ يقول القرافي : "الضمان في الذمم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه وإن كان منفعة مقصودة للعقلاء كالقُبلة ، وأنواع الاستمتاع مقصودة للعقلاء ولا تصح المعاوضة عليها فإن صحة المعاوضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي ، ولم يدل دليل عليه فوجب نفيه أو يستدل بالدليل النافي لانتفاء الدليل المثبت وهو القياس على تلك الصور" [2] . هذا الكلام من القرافي يصب في مفصل النزاع ، حيث الحديث يدور على الضمان في الذمة ، وهو بذاته الالتزام . واستدل القرافي على منع المعاوضة عليه بدليلين هما الأول : انتفاء دليل الجواز ، والثاني الدليل النافي للدليل المثبت وهو القياس ، كما بينه القرافي .

ويؤكد ابن القيم – في معرض رده على من قال بأن الإجارة على وفق القياس– يؤكد ما ذهب إليه القرافي من أنه ليس كل منفعة في العقد هي مقصودة في التعاقد ، حيث

---

1 حكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عنه ، د. عبد الله العمراني ، مصدر سابق ، ص 13 . والمعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل ، د. نزيه حماد ، مصدر سابق ، ص 16 وما بعدها .

2 الفروق ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 474 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

يقول: "فإذا وقعت الإجارة على نفس العين والبئر لسقي الزرع والبستان قالوا : إنما وردت الإجارة على مجرد إدلاء الدلو في البئر وإخراجه ، وعلى مجرد إجراء العين في أرضه ، مما هو قلب الحقائق ، وجعل المقصود وسيلة والوسيلة مقصودة ؛ إذ من المعلوم أن هذه الأعمال إنما هي وسيلة إلى المقصود بعقد الإجارة ، وإلا فهي بمجردها ليست مقصودة ، ولا معقودا عليها ، ولا قيمة لها أصلا ، وإنما هي كفتح الباب وكقود الدابة لمن اكترى دارا أو دابة" [1] . ومفاد كلام ابن القيم ان الالتزام بالشيء وسيلة إلى المنفعة وليس الالتزام منفعة بذاته . والله أعلم . ويؤكد هذا المعنى الضرير بقوله : "هل يصلح مجرد الالتزام بالبيع محلا للعقد ويجوز الاعتياض عنه ؟ والجواب : لا يصلح"[2] . هذا كلام الضرير في بيان أن مجرد الالتزام لا يصلح لأن يكون محلا للتعاقد. كما أن جواز التعاقد على ما يتبع الأصل لا يعني جواز التعاقد عليه استقلالا ، قال شيخ الإسلام ابن تيمية : "قد يجوز تبعا ما لا يجوز قصدا" [3]. كما أنه ليس كل ما كان له قسط من الثمن تبعا جاز إفراده ، فعند الحنابلة والشافعية يصح اشتراط أن تكون الشاة لبونا ، وأن يكون لذلك قسط من الثمن ، مع أنهم ينصون على حرمة بيعه منفردا [4].

2. المنفعة المتقومة : وقالوا : "ولا شك أنها متحققة في الالتزام في عصرنا الحاضر. ولا عبرة بتخلفه في العصور السالفة ، لأن الأصل الشرعي ؛ أن ما لم يكن من النفع معتبرا مالا في النظر الشرعي ، لعدم تقومه عرفا في زمن من الأزمنة ، فإنه يعد مالا شرعا إذا صار له قيمة مالية في زمان آخر"؛ كما نص على ذلك القرافي [5] .

ويناقش هذا القول :

بأن التقوم في الأعيان حقيقي ظاهر ، وأما في المنافع فالتقوم فيها– على قول الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة ، خلافا للحنفية الذين منعوا تقوم المنافع ، على ما تقدم [6] – راجع إلى عين لها منفعة أي أن المنافع تعود إلى أعيان ، فالتقوم حقيقته منفعة العين ،

---

1 إعلام الموقعين ، ابن القيم ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 197 – 198 .

2 الاختيارات ، د. الضرير، الصديق محمد الأمين ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الصادرة عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ، الجزء الأول ، العدد السابع .

3 مجموع الفتاوى ، ابن تيمية ، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، ت 728 هـ ، جمع وترتيب : عبد الرحمن بن محمد بن القاسم ، بدون بيانات للناشر أو رقم الطبعة أو تاريخها ، ج 27 / ص 410 .

4 المغني ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 239 . و عقود التحوط ، طلال بن سليمان الدوسري ، ط : دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى 1431 – 2010 ، ص 150 – 151 .

5 الذخيرة ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 478 .

6 راجع ص 28 من هذا البحث وما بعدها .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وليس هذا متصورا في الالتزام ، وإن جاز تصوره في الحقوق لأن للحقوق منافع ظاهرة ، أما الالتزامات فهي من جنس المغارم فكيف تكون مقومة ؟؟

قال الزيلعي : "إن الأعيان إنما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها ، وما لا ينتفع به فليس بمال، فإذا لم تصر الأعيان مالا إلا باعتبارها فكيف تنعدم المالية فيها ؟ وهي متقومة بنفسها ؛ لأن التقوم عبارة عن العزة ، وهي عزيزة بنفسها عند الناس ولهذا يبذلون الأعيان لأجلها بل تقوم الأعيان باعتبارها فيستحيل أن لا تكون هي متقومة" [1] .

وقال العز بن عبد السلام في المنفعة المباحة : "إن الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف ، لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال" [2].

وقال الزركشي عند تعريفه الملك :" معنى مقدر في المحل يعتمد المكنة في التصرف على وجه يمنع التبعة والغرامة ، ثم ساق المقصود بكلمة معنى في التعريف نقلا عن الإمام محمد بن يحيى [3] حيث قال :"معنى" مقدر بالمحل لإفادة الانتفاع" [4].

وقال الزركشي : " قد يتعلق التمليك بمحل محقق كتمليك الأعيان ، وقد يتعلق بمحل مقدر كتمليك منافع الأبضاع أو الأعيان في الإجارة أو الإعارة ، فإن منافعها مقدرة ، تعلق بها تمليك مقدر، إلا أن منافع الأعيان مقدرة النقل ... ، إلى أن قال : واعلم أن المنافع تملك بطريقين : أحدهما : أن تكون تابعة لملك الرقبة ، والثاني : أن يكون ورد عليها عقد وحدها كبيع حق الممر والبناء على السقف وكما في عقد الإجارة أو الوصية بالمنافع ونحوها . وقال : والمفهوم من المنفعة أنها تهيؤ العين لذلك المعنى الذي قصد منها كالدار متهيئة للسكنى ، والتهيؤ موجود الآن وتتوالى أمثاله في الأزمنة المستقبلة"[5].

بهذه النقولات يتبين لنا أن التقوم في المنافع تابع للأعيان مقدر فيها . وفي الالتزامات لا نرى عينا ولدت منفعة ، فالالتزام أثر من آثار العقد ، وهو متعلق بالذمة ، وليس له تعلق في الأعيان ليوصف بأنه منفعة متقومة . فالتقوم المنسوب إلى الالتزام في المثال

---

1 تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الزيلعي ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 234 .

2 قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، العز بن عبد السلام ، ت 660 هـ ، تحقيق : د. نزيه حماد و د. عثمان ضميرية ، ط: دار القلم، دمشق ، بدون تاريخ للطبعة ، ج 1 / ص 269 .

3 هو محمد بن يحيى بن أحمد بن حنش اليماني الزيدي ، ت 719 هـ ، انظر : البدر الطالع للشوكاني ، ج 2 / ص 277 .

4 المنثور في القواعد ، الزركشي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 224 .

5 المصدر السابق ، ج 3 / ص 228 – 230 ، بتصرف كبير .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

السابق إنما هو منفعة التحوط التي تولدت من منفعة الالتزام بالصرف . فالتقوم في الالتزام لا يثبت. والله أعلم .

3. المنفعة المشروعة : فمنفعة المعاوضة على الالتزامات مشروعة إلا في المضاربة [1] عليها إذ ينتفي المقصد المشروع . فإذا كان القصد هو التملك الحقيقي فهو مشروع . وإلا فلا . واستدلوا على الجواز بما قاله الشوكاني بعموم حل بيع ما به منفعة يحلها الشرع [2] . وبما نقل عن ابن القيم من تأثر العقود والتصرفات بالنيات [3] . كما استدلوا على تغير الحكم تبعا للنية ، باختلاف حكم اقتناء الكلب تبعا لنية مقتنيه ، فيحظر للتلهي ويجوز للحراسة عند المالكية [4] والحنفية [5] . وجواز بيع النجاسات عند بعض الفقهاء من الحنفية والمالكية والظاهرية والحنابلة لما رأوا فيها بعض وجوه الانتفاع المشروع ، خلافا لأصل الحظر. وقالوا: الالتزام أولى بالقول بالجواز لأنه أنفع [6] .

مناقشة هذا القول :

ويبدو للباحث أن ما ذكر من الصور السابقة داخل في موضوعات الالتزام التي هي أعيان أو منافع . وليس هذا محل النزاع ! فمحل النزاع في المسألة هو ذات الالتزام ومحله الذمة . أما موضوعه فهو تابع لمحل العقد . أي إن محل العقد هو الذي ولّد الالتزام ، ومسألتنا في الحديث عن ذات الالتزام أن يكون محلا للتعاقد . فلم يوردوا على ذلك ما يدل على الجواز والله أعلم . وقد قاسوا الالتزامات التي هي سلبية القوام ومن جنس المغارم على الأعيان . وجعلوا المؤثر في الحكم عليها بالجواز هو النية ، أي جعلوا دليل المشروعية النية المؤثرة في البيوع المحرمة أصلا لتجعلها جائزة . وهذا جلي واضح في أنه قياس مع الفارق .

---

1 المضاربة بالالتزامات هي : عمليات بيع وشراء لا بقصد تسلُّم وتسليم السلعة ، والمشاركة في نتائج الاستثمار ، بل لجني ربح سريع من الفروق التي تحدث في تغير أسعارها في أسواقها . فهي بذلك مختلفة عن المضاربة الفقهية التقليدية ، التي هي مشاركة بين الجهد ورأس المال .

2 السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، الشوكاني ، محمد بن علي 1250 هـ ، تحقيق : محمود إبراهيم زايد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ للطبعة ، ج 3 / ص 23 .

3 إعلام الموقعين ، ابن قيم الجوزية ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 121 .

4 القبس شرح الموطأ ، ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن أحمد المعافري 468 هـ ، تحقيق : د. محمد عبد الله ولد كريم ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى 1992 ، ج 2 / ص 840 .

5 المبسوط ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج 11 / ص 235 .

6 المعاوضة على الالتزام بصرف العملات في المستقبل ، د. نزيه حماد ، مصدر سابق ، ص 24 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

فهل تجعل النية – في المعاملات – المحظور مشروعا ؟ هذه مسألة كبيرة تعرض لها عدد من الباحثين فيما عرف بأثر القصود في التصرفات والعقود . وهذه المسألة خارج نطاق البحث .

سادسا : توفر شواهد تشهد لصحة المعاوضة على الالتزامات ، وهي :

أ. نص كثير من الفقهاء على جواز المعاوضة عن صور وأنواع عديدة من الالتزام المجرد بالمال ، إذا كان فيه منفعة مشروعة للملتزم له ، ولو لم تكن متقومة عرفا، منها قول المالكية : "جواز التزام الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذه منها، وجواز التزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جعل على ذلك ، وكذا التزام أم الولد بأن لا تتزوج بعد وفاة سيدها على مثل ذلك ... وقول بعض محققي الحنابلة كالقاضي أبي يعلى وابن تيمية بجواز التزام الزوجة بالنزول عن حقها في الوطء والقسم وغيرهما ، مقابل عوض مالي يتراضى عليه الزوجان" [1] .

مناقشة هذا الدليل :

ويجاب عنه بالقول : إن الأمثلة السابقة كلها إسقاطات لحقوق ثابتة أصلا لأصحابها ، فالعوض كان بدلا للحق المسقَط وليس للالتزام . ومحل المعاوضة في الأمثلة السابقة هو الالتزام بإسقاط الحق . فالالتزام بعدم التعدد حقيقته التزام بإسقاط حق التعدد ، ومثله التزام الزوجة بعدم الزواج حقيقته إسقاط لحقها فيه بعوض ، وكذا حقها في الوطء والقسم. وليس العوض عن مجرد الالتزام ؛ والإسقاط بعوض جوزه العلماء ، قال القرافي : وأما الإسقاط فهو إما بعوض كالخلع ، والتعزير ، وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعتاق وإيقاف المساجد وغيرها [2] .

ب. قول المالكية على المشهور أنه : يجوز أن يجعل رب الدين للمدين جعلا إن جاءه بضامن يكفل دينه [3] . وهذا الجعل ليس إلا عوضا عن التزام الضامن بالدين في ذمته، بحسب قصد الدائن الباذل له .

---

1 تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، الحطاب الرعيني ، مصدر سابق ، ص 111. الاختيارات الفقهية للبعلي ص 249 .

2 الفروق ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 201 ، قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 151 – 152 .

3 مواهب الجليل ، الحطاب الرعيني ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 113، الذخيرة ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 9 / ص 214 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

مناقشة الدليل :

يناقش هذا الدليل بأن جعل مناط العوض ضمان الدين صحيح ، ولكن مستحق هذا العوض هو المدين وليس الكفيل . بينما الملتزم التزاما محضا هو الكفيل وليس المدين . فالعوض هنا هو بدل التوثيق وليس بدل الالتزام ، وبدل التوثيق جائز وهو المقصود عند المالكية . قال الصاوي في بلغة السالك : إنما فسدت – يعني الكفالة – بالجعل للضامن لقوله عليه السلام في الحديث [1] (ثلاثة لا تكون إلا لله : الجعل والضمان والجاه) . لأن الجعل إما للضامن من المدين أو من رب الدين أو من أجنبي ، وإما للمدين من الضامن أو من رب الدين أو من أجنبي ، وإما لرب الدين من المدين أو من الضامن أو من أجنبي ، فيمتنع حيث كان للضامن في الثلاث وتجوز فيما عداها [2] . وهذا بيّن واضح في أن العوض للمدين بدل تأكيد وتوثيق الدين وليس للضامن أو الكفيل الذي هو الملتزم التزاما محضاً .

ج. ما جاء عن بعض الشافعية والحنابلة من أن حق الخيار للمشتري ، عند اشتراط الخيار له في عقد البيع ، يقابله جزء من الثمن [3] . وكذلك الأمر في بيع العربون ، فهو ثمن التزام البائع بفسخ العقد إذا اختار المشتري ذلك خلال الفترة المحددة في العقد تقديرا . وإن القسط الباقي من الثمن هو البدل الحقيقي للمبيع . فإذا اختار المشتري الفسخ ، سقط عنه الثمن الحقيقي للمبيع ، وإن اختار الإمضاء ، كان عليه دفعه للبائع . أما مبلغ العربون ، فقد استحقه البائع ثمنا لالتزامه ، سواء اختار المشتري الإمضاء أو الفسخ . ولولا هذا التقدير لكان تملك البائع للعربون من أكل أموال الناس بالباطل [4] .

مناقشة هذا الدليل :

ويناقش هذا الدليل بأن حق الخيار المشروط في العقد ، والعوض عن إسقاطه صحيح ، لأن الإسقاط بعوض جائز فيما يجوز إسقاطه بعوض [5] ، ولكن محل النزاع هو العوض

---

1 لم أجد هذا الحديث .

2 بلغة السالك ، الصاوي ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 674 .

3 مغني المحتاج ، الشربيني ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 47 . المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 6 / ص44 .

4 المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل ، د. نزيه حماد ، مرجع سابق ، ص 27 .

5 قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام ، ج 2 / ص 151 – 152 . الفروق ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 201 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

عن الالتزام لا العوض عن إسقاط الحق . وهنا مسألة مهمة وهي التفريق بين محل الإسقاط ومحل الالتزام .

تقدم الحديث عن محل الالتزام وأنه الذمة ، وموضوعه الالتزام بعمل أو الالتزام بامتناع عن عمل . أما الإسقاط فهو : "إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحق" [1] ، فهو التزام بعمل ، أي إن الإسقاط عمل محض . ومحله الذي يجري عليه التصرف يسمى حقا . وهو بهذا الإطلاق يشمل الأعيان ومنافعها والديون والحقوق المطلقة [2] . فالإسقاط محله الحق وليس محله الالتزام ، وجهة الالتزام مغرم بينما جهة الحق مغنم ، والله أعلم .

كما أن بذل العوض مقابل خيار الشرط لم يقل به أحد من الفقهاء . كما أن خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، ليس عقدا مستقلا ، بل هو شرط فقط وليس عقدا [3] .

مسألة : قياس العوض على الالتزام على بيع العربون ، بجامع أن العربون هو ثمن الالتزام .

يناقش هذا الدليل بالآتي :

1. **تعريف بيع العربون** : هو أن يدفع المشتري للبائع جزءا من الثمن على أنه إن أخذ السلعة كان ما دفعه جزءا من الثمن، وإن عدل عن الشراء كان ما دفعه للبائع [4] .
2. **حكمه :**

---

1 لا يوجد في كتب الفقه – حسب اطلاع الباحث – تعريف محدد دقيق للإسقاط ، فالفقهاء يستخدمون الإسقاط بمعناه اللغوي ولم يعرفوه تعريفا اصطلاحيا ، ويفهم من كلام العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام ما نقلناه آنفا عن موسوعة الفقه المصرية والموسوعة الفقهية الكويتية . وعرفه المرغيناني بتعريف قريب من هذا التعريف حيث قال : الإسقاط هو التنازل عن حق ثابت في ذمة شخص أو قبله . كما نقله صاحب نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي . **قواعد الأحكام** ، العز بن عبد السلام ، مصدر سابق ج 2 / ص 151 . **نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي** ، صايل أحمد حسن الحاج يونس ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، قسم الفقه والتشريع ، إشراف : د. صالح الشريف ، سنة 1421 هـ – 2000 . ص 2 – 3 . **الموسوعة الفقهية الكويتية** ، وزارة الشؤون والأوقاف الإسلامية – الكويت ، طباعة ذات السلاسل – الكويت ، الطبعة الثانية ، 1404 هـ – 1983 م ، ج 4 / ص 226 . **موسوعة الفقه** ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، الموقع الرسمي لوزارة الأوقاف – جمهورية مصر العربية ، حرف الهمزة (إسقاط) . http://www.elazhar.com/feqhux/2/138.asp .

2 **بدائع الصنائع** ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 223 ، **وحاشية الدسوقي** ، الدسوقي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 416، **والمغني** ، ابن قدامة ، مصدر سابق ج 9 / ص 237 ، **والمنثور في القواعد** ، الزركشي ، مصدر سابق ج 2 / 67 .

3 **عقود التحوط** ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 139 –140 .

4 **المصباح المنير** ، الفيومي ، مرجع سابق ، ص 152 . **المنتقى شرح الموطأ** ، الباجي ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 24 – 25 ، **ومواهب الجليل** لشرح مختصر خليل ، الحطاب الرعيني ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 236 . **المغني والشرح الكبير** ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 331 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أولا : المجيزون وأدلتهم : أجازه عمر وابنه عبد الله رضي الله عنهما ، وسعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد ونافع بن الحارث وزيد بن أسلم والإمام أحمد[1]. واستدلوا بالأدلة التالية :

حديث زيد بن أسلم أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العربان في البيع فأحله . خرجه عبد الرزاق في مصنفه [2].

وما رواه البخاري في صحيحه تعليقا قال:" اشترى نافع بن عبد الحارث دارا للسجن بمكة من صفوان بن أمية ، على إن رضي عمر فالبيع بيعه وإن لم يرض عمر فلصفوان أربعمائة دينار"[3] .

وما روي عن مجاهد وابن سيرين أنهما كانا لا يريان في العربون بأسا [4] .

ثانيا : المانعون وأدلتهم : منعه مالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن [5] . واستدلوا على منعه بالتالي :

حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى النبي صلى اللّه عليه وآله وسلم عن بيع العربان [6] . والعلة في المنع أنه من باب أكل أموال الناس بالباطل ، وفيه غرر ومخاطرة ، كما أن فيه شرطين فاسدين ، وهو القياس .

---

1 المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 331 – 332 .

2 عون المعبود شرح سنن أبي داود ، العظيم آبادي ، أبو الطيب شمس الحق ، ط: دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1399 هـ – 1979 م ، ج 7 / ص 400 – 401 .

3 فتح الباري شرح صحيح البخاري ، العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 95 .

4 المصنف ، ابن أبي شيبة ، الإمام عبد الله بن محمد بن إبراهيم ت 235 هـ ، تقديم : د. سعد بن عبد الله آل حميد ، تحقيق : حمد بن عبد الله الجمعة و محمد بن إبراهيم اللحيدان ، ط : مكتبة الرشد ، الرياض ، الطبعة الأولى 1425 هـ – 2004 م ، ج 7 / ص 769 .

5 بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد ، محمد بن احمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي ، ت595 هـ ، ط: دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة السادسة 1402 هـ – 1982 م ، ج 2 / 162 – 163 ، المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 331 .

6 الموطأ ، الإمام مالك بن أنس ، ت 179 هـ ، رواية أبي مصعب الزهري ، تحقيق : د. بشار عواد معروف و محمود محمد خليل ، ط : مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى 1412 هـ – 1991 م ، ج 2 / ص 305 ، ح (2470) ، و سنن أبي داود ، أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، ت 275 هـ ، تحقيق : د. عبد القادر أبو الخير وسيد إبراهيم ، ط : دار الحديث ، القاهرة ، بدون رقم للطبعة ، 1420 هـ – 1999 م ، كتاب البيوع ، باب العربان ، ج 3 / ص 1517 ، ح (3502) . سنن ابن ماجة ، ابن ماجه ، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الريان للتراث ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، كتاب التجارات ، باب بيع العربان ، ج2 / ص 738 – 739 . ح (2192 ، 2193) .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وقال الخطيب الشربيني : "ولا يصح بيع العربون ...لأن فيه شرطين فاسدين أحدهما شرط الهبة ، والثاني : شرط الرد على تقدير أن لا يرضى" [1] . وشرط الهبة: يعني أنه شَرَط للبائع أو المؤجر شيئا من غير عوض ، وشرط الرد : أي رد المبيع من غير ذكر مدة ، وهذا لا يصح ، كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما [2] .

قال ابن عبد في الاستذكار : "أما قول مالك ؛ فعليه جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين والعراقيين منهم الشافعي والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد وعبد العزيز بن أبي سلمة . لأنه من بيع الغرر والمخاطرة ، وأكل المال بغير عوض ولا هبة وذلك باطل ، وبيع العربون على ذلك منسوخ عندهم إذا وقع قبل القبض وبعده ، وترد السلعة إن كانت قائمة ، فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها ، ويرد على كل حال ما أخذ عربونا في الشراء والكراء"[3] .

وقد روي عن قوم من التابعين منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن عبد الحارث وزيد بن أسلم أنهم أجازوا بيع العربون ، وكان زيد بن أسلم يقول أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم . وهذا لا نعرفه عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه يصح . ويحتمل أن يكون بيع العربون الذي أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم – لو صح عنه – أن يجعل العربون عن البائع من ثمن سلعته إن تم البيع وإلا رده وهذا وجه جائز عند الجميع . وحديث نافع بن عبد الحارث رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ عن نافع بن عبد الحارث – عامل عمر على مكة – أنه اشترى من صفوان بن أمية دارا لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف درهم ، واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم . قال مالك في الرجل يبتاع ثوبا من رجل فيعطيه عربونا على أن يشتريه فإن رضيه أخذه وإن سخطه رده وأخذ عربونه إنه لا بأس به . قال أبو عمر لا أعلم في هذا خلافا وفي اتفاقهم على هذا دليل على أن المعنى في النهي عن بيع العربون ما قاله مالك والجماعة التي ذكرناهم من العلماء معه على ما تقدم ذكره . قال أبو عمر إن وقع بيع العربون

---

1 مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، مصدر سابق ، ج2 / ص 39 .

2 المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 331 – 332 .

3 الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار . ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي ، ت 463هـ ، تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض ، ط: دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2000م ، ج 6 / ص 265 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفاسد فسخ وردت السلعة إلى البائع والثمن للمشتري فإن فاتت كان على المشتري فيهما بالغا ما بلغت وله ثمنه هذا قول مالك وأصحابه وسائر الفقهاء .

ثالثا : المتوسطون : كرهه عطاء وطاووس . أخرج ابن أبي شيبة عن عطاء وعن ابن طاووس عن أبيه أنهما كرها العربون في البيع [1] .

المناقشة والترجيح :

أولا : حديث عمرو بن شعيب : نهى النبي عن بيع العربون منقطع ، ولا يحتج به[2].

ثانيا : حديث زيد بن أسلم ؛ أنه سأل رسول الله عن العربون في البيع فأحله . حديث مرسل وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف[3].

ثالثا : حديث شراء دار السجن لعمر : قال في الفتح : وصله عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي من طرق عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ به [4] .

الترجيح :

مع أن أدلة المجيزين من الأحاديث الضعيفة ، إلا أن حادثة شراء دار السجن لعمر تُرجّح جواز التعامل بالعربون كما قال الإمام أحمد ، قال ابن قدامة : "وإنما صار أحمد فيه إلى ما روي عن نافع بن عبد الحارث ... وساق الحديث ، قال الأثرم قلت لأحمد تذهب إليه ؟ قال أي شيء أقول ؟ هذا عمر" . وهذا هو قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة في برونـاي في غرة المحرم 1414هـ [5] .

ثالثا : تحرير مناط العوض في بيع العربون : ذهب من قاس جواز بيع الالتزام والمعاوضة عليه على جواز بيع العربون ، وقد تقدم قول الجمهور بمنع بيع العربون، وحتى لو قلنا بقول الحنابلة بجواز بيع العربون ، فهل العوض فيه هو عوض عن الالتزام بالبيع ؟

---

1 المصنف ، ابن أبي شيبة ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 769 .

2 نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، الشوكاني ، محمد بن علي ، ت 1255هـ ، تحقيق : عصام الدين الصبابطي ، دار الحديث ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1421 هـ – 2000 م ، ج 5 / ص 161 ، الكتب العلمية ، بيروت ، 1999م ، (163/5)

3 نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، الشوكاني ، مرجع سابق ، ج 5 / 163 .

4 فتح الباري شرح صحيح البخاري ، العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 95 .

5 الفقه الإسلامي وأدلته ، الزحيلي ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 448 – 450 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

بين ابن قدامة قول الفقهاء في أن العوض الذي هو العربون إنما هو ثمن الضرر الواقع على البائع من جراء فوات البيع ، ومن ثم حل له العربون . قال ابن قدامة : من تأخر وإن لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم ؛ لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه . ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله ؛ لأنه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة [1] . وكلام ابن قدامة يوضح مناط المعاوضة في بيع العربون، وأنه ليس الالتزام المحض بل هو الضرر الناشئ عن نكول المشتري عن إنفاذ الصفقة والله أعلم .

كما يتضح من تعريف بيع العربون السابق الوقوف على الفرق بين بيوع الالتزامات وبيع العربون ، حيث يلاحظ من التعريف أن العوض في العربون إنما هو في مقابل حق فسخ العقد لا إنشائه [2] .

كما أن العوض في بيع العربون إنما هو عوض على عين ، وليس كذلك العوض على الالتزام ، فهو عوض على التزام مجرد عن العقد . والله اعلم .

د. ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من أن هلاك المبيع ، المعين في العقد ، بعد العقد وقبل أن يقبضه المشتري من مال المشتري [3] . وسرد قصة عبد الرحمن بن عوف وعثمان رضي الله عنهما [4] . و فيها أن عثمان بن عفان باع عبد الرحمن بن عوف التزامه بضمان فرسه ، بعد أن خرجت من ملكه وضمانه بعقد البيع ، بأربعة آلاف درهم، فلما ماتت كان غرم هلاكها من ماله بموجب المعاوضة عن الالتزام بالضمان ، ولم يعرف مخالف أو منكر من الصحابة ، فكان ذلك إجماعا سكوتيا على جواز المعاوضة عن الالتزام بتحمل تبعة هلاك مال الغير .

---

1 المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 331 – 332 .

2 عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 136 . وقد عزاه إلى الإمام مالك في الموطأ ، وإلى النووي في المجموع ، وإلى ابن قدامة في المقنع والإنصاف ، ولم إجده في المواضع التي عزى إليها . والله أعلم .

3 كشاف القناع ، البهوتي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 232 ، المنتقى شرح الموطأ ، الباجي ، مصدر سابق ، ج 4 / ص 250 وما بعدها ، المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 6 / ص 186 .

4 المدونة ، الإمام مالك ، مالك بن أنس الأصبحي ت 179 هـ ، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1415 هـ – 1994 م ، ج 3 / ص 327 . وقد حاول الباحث جاهدا الوقوف على شرح المالكية لهذا الدليل ولم يظفر بشيء . فعامة كتب المالكية وكذا شراح المدونة أهملوا الحديث عن هذا الدليل . والله أعلم .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

مناقشة هذا الدليل :

صورة المسألة لا تخرج عن كونها ضمانا بعوض بسلامة المبيع بعد العقد وقبل القبض بعوض . فالعوض يقابل الضمان على سلامة المبيع ، أي إن محل العقد هو المبيع والضمان تابع له . وليس في المسألة ما يدل على أن العوض هو الضمان بعوض والذي هو الالتزام هو محل مستقل للعقد . والله أعلم .

هـ. ما نص عليه فقهاء الحنفية على جواز إعادة التقبيل وطيب كسبه بمجرد ضمان الالتزام دون أن يعمل بيده ، وبه قال الحنابلة [1] .

مناقشة هذا القول :

ويناقش هذا القول بأن إعادة التقبيل إعادة بيع لمنفعة العين مع ضمان أجرتها . ويلاحظ في هذا الشاهد كذلك ما تمت ملاحظته في الشاهد الذي قبله ، وهو أن محل التعاقد في الصورة المذكورة هو المنفعة وليس الالتزام ، أي أن مسوغ العوض للمالك الأول هو ملكه لمنفعة العين المؤجرة ، ومسوغ العوض في إعادة التقبيل – العقد الثاني– هو ملكه لمنفعة العين التي أعاد تقبيلها ، وليس مسوغ العوض الذي استحق في العقد الثاني الالتزام . وليس الالتزام في كلا الحالتين محلا مستقلا للتعاقد ولا مسوغا مستقلا للعوض . والله أعلم .

و. تجويز الحنابلة على المعتمد في المذهب أخذ الربح في مقابل الضمان (الكفالة بالمال) في شركة الوجوه ، حيث يتعاقدان بدون رأس مال على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد، ويتحمل كل شريك من الخسارة بحسب حصته في المتاع المشترى ، أما الربح فبحسب ما يتفقان عليه . فالشريك الذي اشترط لنفسه من الربح أكثر من حصته في ملكية المتاع المشترى ، إنما يستحق الزيادة في الربح في مقابل ضمانه ، أي التزامه كل دين ترتب على الشراء بالنسيئة في هذه الشركة 2 ، كما جاء في م(1886) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد . ومقتضى هذا الرأي هو جواز أخذ العوض عن الالتزام بالدين في الذمة .

---

1 فتح القدير شرح الهداية ، ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي 861 هـ ، تخريج: عبد الرازق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1424 هـ – 2003 م ، ج 5 / ص 405. المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 113 .

2 كشاف القناع ، البهوتي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 517 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

مناقشة هذا القول :

مدار الحديث في دعوى أن زيادة الربح مناطها زيادة الضمان في شركة الوجوه ، ويناقش هذا الدليل بأن مسوغ الزيادة في الربح هل هو على ما شرطا عند التعاقد ، أم الضمان نفسه؟

أولا : نصت المادة (1400) من مواد مجلة الأحكام الشرعية على أن الربح في شركة الوجوه إنما يستحق بالضمان [1] . كما نصت المادتان (1401 ، 1402) على بطلان التفاوت في الربح [2].

ثانيا : قال شيخ الإسلام ابن تيمية : وهذه الشركة – شركة الوجوه – مبناها على الوكالة فكل من الشريكين يتصرف لنفسه بالملك ولشريكه بالوكالة . يتضح بكلام ابن تيمية أن مسوغ الربح والتفاوت فيه ليس الضمان بل هو الوكالة ، والعوض الذي يقابله ، يقابله بالشرط لا بالضمان [3]. ولو صح جواز الزيادة لمسوغ الضمان فقط ، لجاز أخذ الأجرة على الضمان المجرد ، وهذا لا يصح ، فالقاعدة أن الأجر والضمان لا يجتمعان [4] .

ز. كثير من المالكية جوز أن يشترط الضامن على المكفول له في عقد الكفالة أن يحط عن المكفول بعض دينه الحالّ على أن يضمن له باقيه إلى أجل يضربانه [5] .

مناقشة هذا الدليل :

وصورة المسألة أن الضمان قابله عوض ، وهذا العوض هو مقدار ما يحطه المكفول له من الدين الذي له على المكفول . وهذه المسألة مرت قريبا ، وقلنا فيها العوض لم يكن للملتزم إنما كان للمدين ، أي أن الضامن لم يحصل على عوض له في مقابل التزامه باقي الدين ، إنما كان العوض للمدين ، وترتيب أطراف المسألة إذن هكذا ، المدين والدائن والضامن . بذل الدائن للمدين عوضا مقداره قيمة ما حطه من دينه على المدين بشرط التزام الضامن بباقي الدين . فأين المعاوضة على الالتزام في هذه الصورة ؟ .

---

1 درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، حيدر ، مرجع سابق ، المجلد الثاني ، المادة (1400) ، ص 422 .

2 درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، حيدر ، مرجع سابق ، المجلد الثاني ، المادتان (1401 ، 1402) ، ص 422 – 423 .

3 مجموع الفتاوى ، ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج 30 / ص 74 .

4 درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، حيدر ، مرجع سابق ، المجلد الأول ، المادة (86) ، ص 89 .

5 الذخيرة ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 9 / ص 218 وما بعدها .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فالمنتفع من العوض ليس باذل الالتزام . بل هو طرف آخر وهو المدين . فهذا الدليل خارج محل النزاع . والله أعلم ، ولا تنهض به حجة في موطن النزاع .

ح. شيوع بعض بيوع الالتزامات في العالم الإسلامي اليوم من غير نكير ، مثل بيع مؤسسات وشركات الاتصالات الفضائية (الهواتف الثابتة والمتنقلة) والتلكس والكهرباء والغاز التزامها بتوفير خدماتها السلكية واللاسلكية والطاقة الكهربائية والغاز وغيرها للمشتركين مقابل ثمن محدد ، هو بدل الإشتراك ، سواء استخدم المشترك منافعها أم لا. وبعدها إذا اختار مشتري الالتزام (المشترك) الاستفادة منها، فإن الشركات والهيئات المشار إليها تبيعه وحدات منافعها بالبدل المعلوم المحدد مسبقا ، وإن من المقرر في مذهب الحنفية أن تعامل الناس من غير نكير منكر حجة شرعية ، وأصل من أصول استنباط الأحكام ، بل إن بعضهم اعتبره إجماعا سكوتيا على المشروعية [1] .

مناقشة هذا الدليل :

يناقش هذا الدليل في أن المبيع هنا هو حق الحصول على الخدمات ، أي هو حق الحصول على المنفعة . وهو خدمة قائمة في الواقع تكلف تلك الشركات الكثير من الأعمال ، فمحل العقد خدمة قائمة ماثلة ، ومن ثم من استفاد من هذه الخدمة بعد ذلك يدفع ثمن القدر الذي استخدمه . وإذا لم يستخدمه ولم ينتفع به دفع ثمن حقه في الحصول على هذه الخدمة وثمن وصولها إليه . وليس التعاقد في هذه المسألة على الالتزام المحض المجرد . بل هو تعاقد على إيصال الخدمة أولا وعلى الانتفاع منها ثانيا، ولكلا الحصول على الخدمة واستخدامها عوضان ، لكل واحد منهما عوض ، والله أعلم .

ط. واستدلوا – أخيرا – برفع الحرج حيث جعلوا من الحرج على التجار والمقاولين وأرباب الصناعات ونحوهم ، الذين يستوردون البضائع الأولية المختلفة في مواعيد منضبطة ، على دفعات متلاحقة بعملة من العملات ثم يبيعون تلك البضائع أو منتجاتهم الصناعية المتولدة عنها أو المتضمنة لها دفعة واحدة أو على دفعات متتالية ، بعملة أخرى غير التي يشترون بها ، بالنقد والنسيئة ، وبعقود سلم واستصناع مواز ، وعقود توريد مستمرة

---

1 بدائع الصنائع ، الكاساني ، مصدر سابق ، ج 5 / ص 157 ، رد المحتار ، ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج 4 / ص 123 ، المبسوط ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج 10 / ص 146 ، ج 12 / ص 63 ، ص 138 ، ج 13 / ص 77 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ونحو ذلك ، لو منعوا شرعا من شراء الالتزام بصرف متأخر لعملة من العملات التي يحتاجون إليها لوفاء التزاماتهم في مواعيدها في المستقبل لوقعوا في حرج وعسر [1].

مناقشة هذا الاتجاه :

يختص هذا الدليل بالحديث عن الالتزام بصرف العملات . وهي مسألة خاصة من مسائل بيع الالتزام . وسوف نتحدث عنها لاحقا عند الحديث عن تطبيقات بيع الالتزامات والمعاوضة عليها . ولكن من المهم التعريج على قاعدة رفع الحرج والحديث عن مدى صلاحيتها دليلا يجوّز المعاوضة على الالتزامات . مع أن المجيزين الذين استدلوا برفع الحرج لم يعيّنوه ولم يبينوا نوعه ؛ بل اكتفوا بذكر جنس الحرج دون بيان نوعه [2] .

ويقتضي الحديث عند الاستدلال بهذا القاعدة أن نستبين ضوابط الاستدلال بهذه القاعدة عموما . وهل تنطبق ضوابط الاستدلال بها على مسألتنا هنا . ومدى رجاحة تحقق الحرج الذي لا يندفع إلا بالقول بجواز المعاوضة على الالتزامات اعمالا واستدلالا بهذه القاعدة .

أولا : ضوابط الاستدلال بقاعدة رفع الحرج :

للاستدلال بقاعدة رفع الحرج ضوابط نذكر أهمها :

1 - أن يكون الحرج حقيقيا : ويجب عند إعمال هذه القاعدة أن يكون الحرج حقيقيا لا مفترضا ولا متوقعا ، وعلامة ذلك أن يكون له سبب محدد معين ظاهر، وذلك كالسفر والمرض فإن كلا من السفر والمرض سبب محدد ومعين وظاهر [3] .

2 - أن يؤدي الحرج إلى حصول خلل في البدن أو النفس : وبيانه أنه لا بد لكل تكليف من مشقة مقدور عليها هي أصل التكليف مقصودة للشرع فيه قصد اختبار لا قصد إعجاز ، وهذه هي مشقة التكليف ، ولو لم يكن فيها إلا مخالفة الهوى لكان ذلك كافيا ، ومن ثم المشقة ليست منضبطة لدى كل المكلفين ، وهم ليسوا سواء فيها ، لذلك كان ضابط المشقة التي قصد الشرع الحنيف دفعها أمران هما ، الأول : الخلل المتيقن من مرض

---

1 المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل ، د. نزيه حماد ، مصدر سابق ، ص 36 – 38 .

2 المصدر سابق ، ص 36 – 38 .

3 أصول السرخسي ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج 1 / ص 140 . الموافقات ، الشاطبي ، مصدر سابق ، ج 1/ ص 511 – 516 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أو فساد في البدن أو النفس أو المال ، والثاني : الانقطاع ؛ ويكون بعدم القدرة على الاستمرار والدوام ، أو بتزاحم الحقوق ، وله مظاهر متعددة ، منها قصة أبي الدرداء رضي الله عنه مع زوجته، عن أبي جحيفة رضي الله عنه قال : آخى النبي صلى الله عليه وسلم بين سلمان الفارسي و أبي الدرداء رضي الله عنهما ، فزار سلمان أبا الدرداء، فرأى أم الدرداء متبذلة فقال لها : ما شأنك ؟ قالت: أخوك أبو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا . فجاء أبو الدرداء ، فصنع له طعاما ، فقال : كل . قال : إني صائم، قال : ما أنا بآكل حتى تأكل ، فأكل . فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم ، قال : نم فنام ، ثم ذهب يقوم ، فقال : نم . فلما كان من آخر الليل قال سلمان : قم الآن . فصليا ، فقال له سلمان : إن لربك عليك حقا ، ولنفسك عليك حقا ، ولأهلك عليك حقا ، فأعط كل ذي حق حقه . فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " صدق سلمان " [1]. [2] فهذا هو تزاحم الحقوق الذي يعول عليه أن يكون علة في رفع الحرج .

3 -أن لا يصادم رفع الحرج نصا شرعيا : يكون النص قطعيا أو ظنيا ، فإن كان النص قطعيا فلا خلاف في الأخذ بالنص ، أما إن كان ظنيا فقد ذهب بعض المالكية إلى رد النص ، فقد رد الإمام مالك حديث إكفاء القدر التي طبخت من الإبل والغنم قبل القسم[3]، تعويلا على أصل رفع الحرج ونسب الشاطبي هذا الرأي إلى الشافعي [4] . وذهب الحنفية إلى الأخذ بالنص وعدم التعويل على رفع الحرج قال ابن نجيم : المشقة والحرج إنما يعتبران في موضع لا نص فيه ، وأما مع النص بخلافه فلا [5] .

4 -أن لا يكون الحرج مقررا في الشيء عند تشريعه. قال المقري : الحرج اللازم للفعل لا يسقط – كالتعرض إلى القتل في الجهاد – لأنه قدر معه [6].

---

1 أخرجه البخاري ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 262 – 263 ، حديث رقم 1968 .

2 **رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته** ، صالح بن عبد الله بن حميد ، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة الدراسات الإسلامية في جامعة أم القرى في مكة المكرمة عام 1402 هـ – 1982 م . ص 28 – 32 .

3 حديث اكفاء القدور متفق عليه من حديث عبد الله بن علقمة ، البخاري حديث رقم 4220 ، ومسلم 1938 .

4 **الموافقات** ، الشاطبي ، مصدر سابق ، ج 3 / ص 198 .

5 **الأشباه والنظائر** ، ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص 92 .

6 **القواعد** ، المقري ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد ، ت 758 هـ ، تحقيق : أحمد بن عبد الله بن حميد ، إصدار معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي – مركز إحياء التراث الإسلامي التابع لجامعة أم القرى في مكة المكرمة ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، القاعدة الحادية بعد المائة ، ص 326 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وخلاصة القول في الاستدلال برفع الحرج أن الحرج غير بين ولا معين ولامحدد ولا ظاهر ليصار إلى رفعه . وتتأكد هذه الحقيقة بالفقرات التالية .

ثانيا : هل الغرض من المعاوضة على الالتزامات رفع الحرج وتيسير التعامل ، أم أن الغرض الاسترباح وتعظيم رأس وخلق أسواق وأدوات تداول جديدة ؟

تؤكد متابعة سلوك اتجاهات تسويغ المعاوضة على الالتزامات ، أن التسويغ لم يحقق مقصد رفع الحرج الذي استهدفه ، بل فتح باب من أبواب الاسترباح التي قفزت لتكون من أكبر الأسواق التي عرفتها البشرية منذ نشأتها ! بل إن أحجام تداول الالتزامات فاق في عشر سنين فقط ، حجم التجارة العالمية الحقيقية . حيث بلغ حجم سوق المشتقات فقط 600 تريليون دولار [1] ! وتأكيدا لهذا السلوك لتجارة الالتزامات ، نهض لتنظيمها وتقنينها أئمة الرأسمالية ، سعيا للسيطرة على الكارثة الذي اذهبت ادخارات أمم بأكملها في طرفة عين ؛ فيما عرف بالأزمة المالية العالمية عام 2008[2] . ويدل على هذا السلوك – الذي خلق أكبر حرج بدل دفعه – لتجارة الالتزامات ، وأنها لا تدفع حرجا بل تقحم فيه ، الأدلة التالية :

1. أن المعاوضة على الالتزامات لم ترفع حرجا ولم تدفعه كما قد يظن البعض ، ولكنها سوغت نقل المخاطر من جهة إلى الجهة . هذا ما أكده الرئيس السابق لمجلس الاحتياطي الفدرالي الأمريكي آلان جرينسبان [3] ، إذ يقول : إن رؤيتنا لاحتواء المخاطر قائمة على أساس نقل المخاطر إلى أولئك الذين لديهم الرغبة [4] . وحيث أن المشتقات المالية – أبرز تطبيقات المعاوضة على الالتزامات كما سيأتي

---

1 جريدة الشرق الأوسط ، الجمعة 26 جمادى الأولى 1432 هـ ، الموافق 29 إبريل 2011 ، العدد رقم 11840 . الصفحة أولى .2

2 المصدر السابق .

3 **آلان جرينسبان** ولد في 6 مارس 1926 في نيويورك . رئيس مجلس الاحتياطي الاتحادي (البنك المركزي) الأمريكي السابق. وعد جرينسبان بحكم منصبه أهم شخصية مالية في العالم ويرى البعض أن أهميته تفوق أهمية رئيس البنك الدولي وصندوق النقد الدولي أيضا حيث يتولى إدارة السياسة النقدية للدولة التي تمتلك أكبر اقتصاد في العالم، ولد في مدينة نيويورك ودرس الاقتصاد في جامعتها وحصل على ماجستير ودكتوراه في الاقتصاد، تولى منصب رئيس مجلس الاحتياط الاتحادي في الحادي عشر من أغسطس عام 1987 – 31 يناير 2006. مدة بقاءه بالمنصب تعد ثاني أطول مدة في تاريخ الولايات المتحدة لهذا المنصب . المصدر : http://ar.wikipedia.org/ .

4 **التحوط في التمويل الإسلامي** ، د. سامي بن إبراهيم السويلم ، البنك **الإسلامي** للتنمية ، المعهد **الإسلامي** للبحوث والتدريب 1428هـ – 2007 م ص 41 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

مفصلا- تولد دخلا حاضرا للطرف المجازف ، وهو ما يعرف بمشكلة الانتقاء العكسي (adverse selection) . فهي نقيض الهدف المعلن من المشتقات [1] .

2. الفصل بين الملكية ومخاطرها : يؤدي تسويغ المعاوضة على الالتزامات إلى الفصل بين الملكية ومخاطر الملكية ، وهي المشقة المقدرة شرعا في ذات الملكية ، أو هي غرم الملكية الذي يقابل ويبرر غنمها ، وقد تحدثنا عنها قريبا ، وهذا الفصل بين الملكية ومخاطرها يؤدي إلى جملة من الآثار الاقتصادية ، التي تجعل المعاوضة على الالتزامات مصدرا للحرج بدل أن تكون – حسب رأي المجوزين – مصدرا للتيسير ورفع الحرج . حيث أدى الفصل بين الملكية ومخاطرها إلى مشكلة تفاوت المعلومات ، الذي قاد إلى نقص الكفاءة . فالطرف الذي يملك الأصول أقدر بطبيعة الحال على التصرف فيها والتحكم بمخاطرتها ، أما الطرف المجازف فهو يتحمل المخاطر دون أن يملك التصرف بما يقلل مخاطر تلك الأصول [2] .

3. تحول المخاطر إلى سلعة : كما أدى فصل الملكية عن مخاطرها الطبيعية ، إلى تحويل المخاطر إلى سلعة متداولة ، والأصل أنها سلعة ضارة ، نظرا إلى المقصد منها الحد من المخاطر من وجهة نظر المجتمع ، ولكن الواقع جعلها سلعة ، ولكن تداولها أدى إلى توسيع نطاق التعامل بها [3] ، حتى أدى ذلك إلى ظهور أسواق خاصة بها [4] ، وإلى نموها نموا أسطوريا كما تقدم .

4. المخاطر المصطنعة : كما أدى فصل المكلية عن مخاطرها الطبيعية المقدرة فيها ، إلى تركيب هذه المخاطر في صور شتى ، فظهرت منتجات وأدوات مالية جديدة ، تختلف جوهريا عن الأصول الحقيقية التي تولدت عنها ، يقول عنها تمبل جوجيريل عضو المجلس التنفيذي للبنك المركزي الأوروبي : هي في الحقيقة تركيبة مصطنعة يتم إنشاؤها حسب رغبة المتعاملين في المشتقات ، وهذه التركيبة تعني بروز فرص

---

1 المصدر السابق ، ص 42 .

2 المصدر السابق ، ص 42 .

3 <u>التحوط في التمويل الإسلامي</u> ، مصدر سابق ، ص 44 .

4 ظهرت أول سوق منظمة لعقود الخيارات عام 1973 في مدينة شيكاغو، أطلق عليها سوق بورصة شيكاغو Chicago Board Options Exchange (CBOE) حيث عملت هذه السوق على إدخال تعديلات جوهرية على أسس التعامل في السوق غير المنظمة، بحيث أصبح التعامل بالخيارات أكثر سهولة وسرعة، مما يعني تحسين سيولة الخيار ، وقد ازداد التعامل بعقود الخيارات في الولايات المتحدة حتى أصبحت تزيد على مليون عقد يومياً تتضمن مئات البلايين من الدولارات، ولم ينتشر التعامل بها خارج الولايات المتحدة إلا في عقد الثمانينات حيث أصبحت متداولة في أكثر من أربعين سوقاً على مستوى العالم ، وكانت بورصة شيكاغو قد بدأت بخيارات الأسهم لخمس وعشرين شركة فقط، ثم ما لبثت أن ازدادت إلى أكثر من خمسمائة شركة، ولتشتمل على أسواق الأسهم والأوراق المالية والعملات والمعادن الثمينة وبقية السلع الرئيسية. نحو سوق مالية إسلامية ، د. كمال توفيق حطاب . ص 5 – 6 ، المصدر : الموقع الرسمي للدكتور كمال توفيق خطاب ، <u>http://kamalhattab.info/</u> .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

للربحية لا صلة لها بالاقتصاد الحقيقي ، وهذا يعني أن رؤوس الأموال المخصصة لها معرضة لمخاطر لا صلة لها ابتداء بالنشاط الإنتاجي [1].

5. تفاقم المخاطر : ومع انفصال الملكية عن مخاطرها الطبيعية المقدرة فيها ، فليس هناك حدود لأنواع المخاطر التي يمكن المراهنة عليها ، كما أن المشتقات نفسها يمكن أن تكون مشتقة من مشتقات أخرى ، وليست مباشرة من أصول حقيقية . ما يعني إمكانية تطور غير محدودة لا تمس الاقتصاد الحقيقي بصلة [2] .

الترجيح في مسألة المعاوضة على الالتزامات :

بناء على ما تقدم من مناقشة لأدلة القائلين بجواز المعاوضة على الالتزامات ، فإنه يترجح للباحث الحظر ، وعدم جواز المعاوضة على الالتزامات ، ويتأكد الحظر – زيادة على ما سبق – بتأكيد الفرق بين محل العقد جائز التعاقد عليه والالتزام ، بالأدلة التالية :

1. الوجود والعدم : فمحل العقد موجود دائما أو غالبا أو يقبل الوجود كما في عقود المنافع، والالتزام معدوم دائما عند التعاقد . وهذا الفرق كذلك بين الحق والالتزام ، فالحق أصيل في المعقود عليه موجود عند التعاقد ، وفي الحقيقة هو الذي يتم التعاقد عليه ، ولكن هذا الوجود للحق هو لطرف واحد من طرفي العقد وليس للطرفين معا .
2. الأصالة في العقد : والمعقود عليه أصيل في التعاقد بينما الالتزام تابع ليس أصيلا .
3. التعيين : والمعقود عليه معين محدد مبيعا كان أم ثمنا . بينما الالتزام الناشيء عن المبادلة مقدر ليس معينا .
4. التخلف : تخلف المعقود عليه يوجب أحكاما مغايرة عن أحكام تخلف الالتزام الناشيء عن العقد ، مثال ذلك : أن تخلف المبيع يوجب الفسخ ، وتخلف الثمن يوجب البدل ، أما تخلف الالتزام فيوجب الضمان .
5. التعلق في الذمة : وهذا أبرز الفروق بين محل العقد ومحل الالتزام . وهو أن المتعلق في الذمة في العقد الذي سوغ التعاقد وصف خارج عن الذمة ، مستقل عنها في الوجود الخارجي، بينما الالتزام وصف متعلق فيها ، وللتوضيح نقول : في الأعيان المتعاقد عليه ، إن وجودها مادي مشاهد محسوس ، أو قابل لهذا الوجود المادي المحسوس ، فهي مستحقة بالعقد عينا أو مثلا ، والمنافع كذلك متعلقة بالأعيان تعلقا حسيا مشاهدا . والحقوق المتعاقد عليها ، فهي وإن كان محلها الذمة ولكنه تفترق عن الالتزامات في

---

1 التحوط في التمويل الإسلامي ، مصدر سابق ، ص 44 – 45 .

2 التحوط في التمويل الإسلامي ، مصدر سابق ، ص 45 – 46 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

كونها إيجابية التعلق يتصور فيها التنازل من صاحبها فقط ، بينما الالتزام معنوي القوام، وأما اختلافه عن الحقوق ، فهو ظاهر في كون الالتزام سلبي التعلق في الذمة .

وما أحسن ما قال محمد المختار السلامي : "المعاملات التي أباحها الله للناس ، إنما هي المعاملات التي يقع فيها تقديم مال مقابل عين أو العكس ، أما أن تصبح الذمم هي التي محل العقود ، فهذا فساد في الكون ، وفساد في المجتمع ، وخروج بالتعامل عن الأصل الذي وضع عليه" [1] .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

1 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثانية عشرة ، مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، ج 2 / ص 545 .

الفصل الأول : المعاوضة على الالتزامات في عقود المشتقات :

المبحث الأول : المعاوضة على الالتزامات في عقود الخيارات :

المطلب الأول : مفهوم عقود الخيارات وخصائصها .

المطلب الثاني : تحرير محل التعاقد في عقود الخيارات .

المطلب الثالث : حكم التعامل بعقود الخيارات .

المبحث الثاني : المعاوضة على الالتزامات في عقود المستقبليات :

المطلب الأول : مفهوم عقود المستقبليات وخصائصها .

المطلب الثاني : تحرير محل التعاقد في عقود المستقبليات .

المطلب الثالث : حكم التعامل بعقود المستقبليات .

المبحث الثالث : المعاوضة على الالتزامات في عقود المبادلات (الالتزام بالصرف) :

المطلب الأول : مفهوم عقود المبادلات وخصائصها .

المطلب الثاني : تحرير محل التعاقد في عقود المبادلات.

المطلب الثالث : حكم التعامل بعقود المبادلات .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library Yarmouk University

الفصل الأول : المعاوضة على الالتزامات في عقود المشتقات :

تمهيد :

قبل الخوض في الحديث عن المعاوضة على الالتزامات في عقود المشتقات ؛ يجدر – قبل ذلك – أن نستجلي طبيعة هذه العقود ، ثم ندلف بعدها إلى بيان أنواعها ، وصولا إلى هدف هذا الفصل ؛ ألا وهو الحديث عن مدى مشروعية المعاوضة على أضخم تطبيقات الالتزامات ، ألا وهي عقود المشتقات المالية . ولاستجلاء مفهوم وطبيعة هذا المنتج المالي ، يجب تبيين القضايا التالية :

أولاً : تعريف عقود المشتقات

ثانياً : مكان تداول المشتقات المالية

ثالثاً : أغراض واستخدامات المشتقات المالية

رابعاً : أنواع المشتقات المالية

أولاً : تعريف عقود المشتقات :

عقود المشتقات لها عدة تعريفات ، أهمها التعريفات التالية :

1. عرّفها بعض الباحثين أنها : "عقود فرعية تبنى أو تشتق من عقود أساسية لأدوات استثمارية؛ أوراق مالية ، عملات أجنبية ، سلع ، ... لينشأ عن تلك العقود الفرعية أدوات استثمارية مشتقة "[1].
2. وعرّفها آخرون بأنها : "عقود مالية تشتق قيمتها من الأسعار الحالية للأصول المالية أو العينية محل التعاقد ، مثل السندات والأسهم والنقد الأجنبي وغيره" [2] .

---

1 المشتقات المالية المفاهيم إدارة المخاطر ، المحاسبة ، د. طارق عبد العال حماد ، ط: الدار الجامعية ، 2001 ، بدون رقم للطبعة ، ص 5 . إدارة الاستثمارات ، د. محمد مطر ، ط: مؤسسة الوراق ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثانية ، 1999 ، ص 262 . و المشتقات المالية في الرؤية الإسلامية ، د. أشرف محمد دوابة ، بحث مقدم لمؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات . منشورات كلية الشريعة والقانون ، جامعة الشارقة ، ص 3.

2 عقود المشتقات المالية ، د. هشام السعدني خليفة بدوي ، ط: دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى 2011 ، ص 65 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

3. وعرّفتها بعض المؤسسات المالية الكبرى وهي بنك التسويات Bank of National Settlements التابع لصندوق النقد الدولي International Monetary Fund (IMF) فقال : "هي عقود تتوقف قيمتها على أسعار الأصول المالية محل التعاقد ، ولكنها لا تقتضي أو تتطلب استثماراً لأصل المال في هذه الأصول. وكعقد بين طرفين على تبادل المدفوعات على أساس الأسعار أو العوائد ، فإن أي انتقال لملكية الأصل محل التعاقد والتدفقات النقدية يصبح أمراً غير ضروري" [1] .
4. وتعرّف كذلك على أنها : "أدوات مالية تستمد قيمتها من أداء أصل حقيقي أو مالي أو من أداء أحد المؤشرات السوقية "[2] .
5. وعرّفها آخرون بأنها : "عقود مالية تتعلق بفقرات خارج الميزانية [3] ؛ وتتحد قيمتها بقيم واحد أو أكثر من الموجودات أو الأدوات أو المؤشرات الأساسية المرتبطة بها" [4] .
6. وذهب فريق آخر إلى أنها : عقود تهدف إلى تبادل المخاطر [5].

مناقشة التعريفات :

نرى من عرض هذه التعريفات أنها تشترك في العناصر التالية :

1. أنها عقود أو أدوات ، وهذا وصف مشترك بين كل محاولات التعريف السابقة ، ويقضي ذلك بأن هذه المنتجات المالية ليست سلعا ولا خدمات ، أي أنها لا تصب عمليا في جهة الناتج، بل ترتبط عضويا في التداول وليس الإنتاج . ويساعد هذا الوصف جدا على الحكم عليها ، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره كما هو معلوم .

---

1 المشتقات المالية في الرؤية الإسلامية ، دوابة ، مصدر سابق ، ص 3 .

2 المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعة أدواتها دراسة مقارنة بين النظم الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية ، د. سمير عبد الحميد رضوان ، ط : دار النشر للجامعات ، القاهرة ، 1426 هـ – 2006 ، ص 58 .

3 لأنها وإن كانت تنشئ التزاماً تبادلياً مشروطاً إلا أنها لا تتسبب في أي تدفق نقدي مبدئي (استثمار مبدئي) أو أنها وهو الأغلب تتسبب في تدفق نقدي ضئيل نسبياً وذلك على خلاف الأدوات المالية الأولية أو الأصلية (يقابلها المشتقة) تشمل تلك الأدوات التي تظهر أو تدرج في صلب الميزانية والتي يترتب علي اقتنائها حدوث تدفق نقدي يتخذ صورة مدفوعات نقدية يسددها من يرغب في تملكها أو حيازتها يقابلها مقبوضات نقدية يحصل عليها من يبيعها أو يصدرها كما يتم إطفاؤها عادة إما عند بيعها أو لدى انتهاء أجلها ومن أمثلتها الأسهم والسندات وغيرها من أدوات الدين أو أدوات الملكية .

4 المشتقات المالية في الممارسة العملية والرؤية الشرعية ، د. عبد الحميد البعلي ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد 232 ، رجب 1421 هـ – اكتوبر 2000 م ، ص 6 .

5 التحوط في التمويل الإسلامي ، د. سامي السويلم ، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، 1428 هـ – 2007 ، الطبعة الأولى ، ص 29 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

2. مرتبطة الوجود بأصل حقيقي أو مالي ، أي أنها ليست أصيلة الوجود ، بل هي تابعة في وجودها إلى وجود الأصل التي اشتقت منه . وهذا ما يميز هذه العقود عن غيرها ، حتى حملت الاسم المميز لها عن سائر العقود من هذه الحقيقة .
3. أن لها قيمة ، وهذه القيمة مرتبطة كذلك بأصل حقيقي أو مالي ، ومن ثم فإن قيمة هذه المشتقات متعلقة ، وليست مجردة ، وهذا يحملها مخاطر إضافية ، فإضافة إلى مخاطر السوق التي تهدد القيمة ، فإن المشتقات تحمل عبئا إضافيا ، ألا وهو عبء استقرار قيمة أصله الذي تولدت عنه .
4. أنها ذات طبيعة مرنة ، قابلة للتداول ، وهذا وصف يباعد بينها وبين العقود التقليدية الأخرى، إذ أن العقود الأصل فيها أن ليست محلا للتداول ، بل هي النطاق والحاضنة القانونية التي تنظم عملية التداول برمتها . ولكن هذه العقود ذات طبيعة أخرى مستقلة ، مختلفة في طبيعتها عن العقود الخرى غير القابلة للتداول .

ثانياً : مكان تداول المشتقات المالية :

يتم تداول المشتقات المالية في سوق الأوراق المالية . وهي سوق منظمة ، تنعقد في مكان معين ، وفي أوقات دورية ، للتعامل الشرعي – أي القانوني – بيعاً وشراءً ، لمختلف الأوراق المالية [1] ، وقد كثرت تعريفات السوق المالية [2]، تدور كلها على محاور متشابهة متشابكة ، ويمكن من هذه التعريفات التوصل إلى تعريف ما يجمع ما فيها من عناصر ومكونات . فيقال في تعريفها : هي المجال الي يتم من خلاله إصدار أدوات معينة ، للحصول على الأموال اللازمة للمشروعات الإنتاجية وغيرها ، وتداول هذه الأدوات [3] .

---

1 أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، د. أحمد محيي الدين محمد ، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي ، الكتاب الثاني ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة . ص 21 .

2 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، د. مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان ، ط: دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى 2005 ، ج 1 / ص 34 . أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، محيي الدين محمد ، مرجع سابق ، ص 24.

3 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، سليمان ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 39 . وأسواق الأوراق المالية ، د. عاطف وليام اندرواس ، ط: دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ص 21 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ولهذه السوق أقسام عدة ؛ فحسب نوع الأوراق المالية ؛ تنقسم إلى أسواق النقد وأسواق رأس المال [1]، وأسواق رأس المال تنقسم حسب الإصدار والتداول ؛ إلى السوق الأولية ؛ وهي سوق الإصدار ، والسوق الثانوية ؛ وهي سوق التداول ، وأسواق التداول تنقسم إلى أسواق حاضرة وأسواق مستقبلة . والأسواق الحاضرة تنقسم إلى أسواق منظمة وأسواق غير منظمة . والأسواق الحاضرة هي حاضنة المشتقات بكافة أنواعها [2] . كما يمكن أن يكون للمشتقات أسواق خاصة [3] .

وتوجد – بصفة عامة – مجموعتان منفصلتان من المشتقات ، يتم التمييز بينهما عن طريق كيفية تداولهما. وتتمثل في المشتقات المتداولة خارج المقصورة في السوق الموازى ، والمشتقات المتداولة بالبورصة .

وتحتوى مجموعة المشتقات المتداولة خارج المقصورة أو السوق الموازي على مجموعة من المشتقات التى يتم تداولها و التفاوض عليها مباشره بين الأطراف المختلفة دون اللجوء إلى البورصة . ومن المنتجات التى يتم تداولها بهذه الطريقة عقود مبادلة أسعار الفائدة ، و العقود الآجلة . وهذه السوق هى الأكبر من حيث قيمة العقود المتداولة يومياً ، و يتركز هذا التداول فى أوروبا ، و بصفة خاصة فى المملكة المتحدة .

أما المشتقات المتداولة بالبورصة ، فتتمثل فى عقود ذات خصائص نمطية موحدة ، لذلك فإنه يمكن تداولها فى أى سوق منظم مثل المشتقات الخاصة بأحد الأسهم أو بمؤشر السوق . و يتمثل دور البورصة فى توفير سوق لعمليات التداول ، وأن تعمل على ضمان تسوية عمليات التداول . ويتم ذلك من خلال قيام البورصة بدور الوسيط فى عمليات التداول ، بالإضافة إلى مطالبة المشاركين فى العمليات بسداد هامش بنسبة من قيمة عملية التداول فى جميع المعاملات التى تتم تنفيذها .

---

1 البورصات ، د. محمد الصيرفي ، ط: دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2008 ، 9 – 13 . التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، سليمان ، مرجع سابق ، ج 1 / 61 – 82 .

2 نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 30 . البورصات ، الصيرفي ، مرجع سابق ، 9 – 13 . عقود المشتقات المالية، بدوي ، مرجع سابق ، ص 67 .

3 الأسواق الحاضرة والمستقبلة ، د. منير إبراهيم الهندي ، ط: المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، ص 183 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ثالثاً : أغراض واستخدامات المشتقات المالية :

للمشتقات المالية استخدامات متعددة أهمها [1] :

1. أداة للتنبؤ بالأسعار المتوقعة : تقوم المشتقات المالية بتزويد المتعاملين بها بالمعلومات حول أسعار الأوراق المالية المتعاقد عليها في السوق الحاضر في تاريخ التسليم . كما تعد أسواق العقود الآجلة والمستقبلية وسيلة مهمة للحصول على المعلومات عن توقعات المستثمرين للأسعار المستقبلية ، وهذا ما يعرف السعر الاستكشافي .
2. تخطيط التدفقات النقدية وكسب الأرباح .
3. تأمين فرص أفضل للمضاربة : فالكثرة من المحترفين أو المتعاملين في هذه الأسواق يفضلون المضاربة بالمشتقات على استخدام الأدوات التقليدية في عمليات المضاربة .
4. تسيير وتنشيط التعامل على الأصول محل التعاقد .
5. إدارة المخاطر : حيث يجري استخدام هذه الأدوات بغرض تقليل مخاطر الاستثمار أو زيادتها ، وهي أهم استخداماتها على الإطلاق .

رابعاً : أنواع المشتقات المالية :

المشتقات المالية أنواع كثيرة ، كما أن هذه المشتقات لا تقف عند حد معين ، نظرا لما يتيحه تطور الهندسة المالية [2] المستمر .

ولكن للمشتقات المالية أنواع رئيسية [3] هي : عقود الخيارات أو الاختيارات Options ، وعقود المستقبليات Futures Contracts ، وعقود المبادلات Swaps . وسوف نتناول الحديث عن هذه المشتقات بالتفصيل خلال المباحث التالية :

---

1 استراتيجيات الاستثمار في الخيارات المالية ، د. أسعد حميد عبيد العلي ، ط: دار وائل ، عمان ، 2005 ، ص 28 – 48 . الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، عيد ، مرجع سابق ، ص 700 – 704 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق، ص 78 – 90 .

2 الهندسة المالية : هي التصميم والتطوير والتنفيذ لأدوات مالية مبتكرة ، والصياغة لحلول إبداعية لمشاكل التمويل . انظر : صناعة الهندسة المالية ، نظرات في المنهج الإسلامي ، د. سامي السويلم ، مركز البحوث في شركة الراجحي المصرفية للاستثمار ، بيت المشورة، الكويت ، 2004 ، ص 5 .

3 المشتقات المالية المفاهيم إدارة المخاطر ، المحاسبة ، حماد ، مرجع سابق ، ص 5 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المبحث الأول : المعاوضة على الالتزامات في عقود الخيارات :

المطلب الأول : مفهوم عقود الخيارات وخصائصها :

الفرع الأول : مفهوم عقود الخيارات [1] :

لعقود الخيارات جملة من التعريفات تدور كلها حول العناصر التالية :

عقد على حق مجرد ، وليس على أصل معين ، قابل للتداول ، يخول مشتريه حق بيع أو شراء أسهم معلومة ، منصوص عليها في العقد ، وهو ملزم لبائع الخيار ، وغير ملزم لمشتريه ، يتضمن العناصر التالية : الأصل محل الاختيار ، وسعر التنفيذ ، وتاريخ التنفيذ ، وثمن الاختيار وتسمى العلاوة أو المكافأة [2]. وعرفته مجلة مجمع الفقه الإسلامي أنه : عقد بعوض على حق مجرد ، يخول صاحبه بيع شيء محدد أو شراءه بسعر معين طيلة مدة معلومة أو في تاريخ محدد ، إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين [3] .

الفرع الثاني : أنواع عقود الخيارات :

للخيارات المالية تصنيفان رئيسيان هما مجموعة الخيارات التقليدية ومجموعة الخيارات غير التقليدية. والخيارات التقليدية تصنف على أكثر من وجه ، وذلك حسب زاوية التصنيف ، وهي كالتالي :

1. أقسام الخيارات حسب تاريخ التنفيذ [4] :

---

1 تسمى كذلك الاختيارات ، تمييزا لها عن الخيارات الفقهية التقليدية المعروفة ، وهذا ما اختاره قرار المجمع الفقهي الإسلامي في جدة قرار رقم (63) . واختار هذه التسمية عدد من الباحثين الإسلاميين ، انظر : عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 93 – 94 .

2 استراتيجيات الاستثمار في الخيارات المالية ، العلي ، مرجع سابق ، ص 18 . أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، محمد ، مرجع سابق ، ص 438 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / 1005 – 1009 . نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 60 . إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، سامي حبيلي ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، مقدمة إلى قسم الفقه وأصوله في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية ، 2008 ، ص 42 – 45 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 99 – 103 . الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، د. عادل عبد الفضيل عيد ، ط: دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى 2011 ، ص 717 – 720 . عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 94 – 96 ، وغيرها .

3 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 553 .

4 المشتقات المالية المفاهيم إدارة المخاطر ، المحاسبة ، حماد ، مرجع سابق ، ص 44 – 45 . استراتيجيات الاستثمار في الخيارات المالية ، العلي ، مرجع سابق ، ص 18 ، 27 . نحو سوق مالية إسلامية ، ، مرجع سابق ، ص 61 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أ. الخيار الأمريكي : وهو الخيار الذي ينفذ خلال مدة الخيار بكاملها ، أي في أي يوم من أيام مدة الخيار.

ب. الخيار الأوروبي : وهو الذي ينفذ فقط في يوم تاريخ التنفيذ .

ج. الخيار الآسيوي [1] : وهو الذي لا يتم فيه التقابض أو التسوية النهائية وفقا لسعر الأصل في أي وقت خلال مدة العقد ، ولكن وفقا للمتوسط الحسابي لسعر الأصل طوال مدة العقد .

2. أقسام الخيارات حسب ملكية الأصل المالي [2] :

أ. الخيار المغطى : وهو الخيار الذي لا يملك محرر الخيار الأصل المالي موضوع الخيار .

ب. الخيار غير المغطى : وهو الخيار الذي يملك محرر الخيار الأصل المالي موضوع الخيار .

3. أقسام الخيارات حسب نوع الخيار : خيار الشراء وخيار البيع والخيار المزدوج [3] :

أ. خيار الشراء Call option : وهو الخيار الذي يحصل فيه مشتري الخيار ، على حق شراء الأصل المالي موضوع الخيار .

ب. خيار البيع Put option : وهو الخيار الذي يحصل فيه مشتري الخيار ، على حق بيع الأصل المالي موضوع الخيار .

ج. الخيار المزدوج أو المختلط [4]: وهو الخيار الذي يحصل فيه مشتري الخيار ، على حق شراء بيع الأصل المالي موضوع الخيار في نفس الوقت . نظير مكافأة يدفعها المشتري لمحرر الخيار مالك الأصل . فهذا النوع يجمع بين حقي الشراء والبيع في عقد واحد .

أما الخيارات غير التقليدية فهي كثيرة [5] ؛ مثل خيارات مؤشرات الأسهم Stock Index Options [1]، و خيارات العملات الأجنبية Foreign Currency Options [2] ، وخيارات

---

1 عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 115 – 116 .

2 المشتقات المالية المفاهيم إدارة المخاطر ، المحاسبة ، حماد ، مرجع سابق ، ص 45 . نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 61 – 62 .

3 استراتيجيات الاستثمار في الخيارات المالية ، العلي ، مرجع سابق ، ص 18 ، 27 . نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 62 – 65 . المشتقات المالية المفاهيم إدارة المخاطر ، المحاسبة ، حماد ، مرجع سابق ، ص 43 – 44 .

4 نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 61 . عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 112 – 114 .

5 استراتيجيات الاستثمار في الخيارات المالية ، العلي ، مرجع سابق ، ص 79 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وخيارات معدلات أسعار الفوائد Ineterst-Rates Options ، ويطلق عليها أحيانا خيارات المديونية Dept options أو خيارات الأوراق المالية ذات الدخل الثابت [3] . والخيارات الخارجية [4] وهي أنواع ، مثل خيارات المتوسطات [5] ، وخيارات المحفظة [6] ، وخيارات الرجوع [7] ، و وخيارات الحدود [8] ، وخيارات برمودا [9] . وأخيراً خيارات الموظفين [10] .

تجدر الإشراة إلى وجود أنواع أخرى كثيرة الخيارات ، لا سيما الخيارات المركبة ، ولكن نطاق البحث لا يبلغ استقصاء عقود الخيارات المالية ، إذ المقصد الحديث عن مبادئ عقود الخيارات المالية وليس أشكالها .

الفرع الثالث : خصائص عقود الخيارات المالية :

تتميز عقود الخيارات المالية بالخصائص التالية [11] :

---

1 **خيارات الأسهم** : مجموعة من الأسهم التي يحسب لها المتوسط لتعكس أداء السوق العام ، **المرجع السابق** ، ص 79 .

2 **خيارات العملة** : هي خيارات تداول العملة المنمطة . وتستخدم للتحوط والمضاربة . **المرجع السابق** ، ص 89 .

3 **خيارات معدلات أسعار الفائدة** :-ويطلق عليها أحيانا خيارات المديونية ، أو خيارات الأوراق المالية ذات الدخل الثابت . **المرجع السابق** ، ص 102 .

4 **الخيارات الخارجية** : وهي الخيارات التي يتم تصميمها وفق احتياجات المستثمرين وطبيعة أنشطتهم . ولذلك فهي خيارات غير معيارية . ويتم تداولها غالبا في السوق الموازي . **المرجع السابق** ، ص111 .

5 **خيارات المتوسطات** : هي التي تعتمد عوائدها على متوسط قيمة الاصل المالي خلال أجل الخيار. وهو نوعان خيار متوسط سعر السوق، وخيار متوسط سعر التنفيذ . **المرجع السابق** ، ص112 .

6 **خيارات المحفظة** : وهي الخيار الذي يعتمد عائده على محفظة أو سلة من قيم موجودات معينة ، مثل المعادن . **المرجع السابق** ، ص 114 .

7 **خيارات الرجوع** : وهي التي يسمح لحاملها مراجعة أسعار الموجودات الأساسية ، ويختار أحد الأسعار التي بلغها خلال الفترة من تاريخ إنشائه وفقا وحتى تاريخ الاستحقاق ، وهو نوعان : خيار الرجوع إلى الوراء بالسعر الأفضل ، وخيار الرجوع إلى الوراء بسعر التنفيذ الأفضل. **المرجع السابق** ، ص 114 .

8 **خيارات الحدود** : وهي التي يصبح الخيار فيها قابلا للتنفيذ إذا وصل سعر الموجودات الأساسية إلى مستوى الحد المطلوب من السعر . **المرجع السابق** ، ص 116 .

9 **خيارات برمودا** : وهي تلك التي يمكن تنفيذها فقط في تواريخ محددة مثل ، كل شهر أو كل ربع سنة . المرجع السابق ، ص 118 .

10 **خيارات الموظفين** : ويطلق عليها أحيانا خيارات أسهم الموظفين . وهي : خيرات شراء تمنحها المنشآت لموظفيها لغرض تحفيزهم . **المرجع السابق** ، ص 119 .

11 **عقود الخيارات المالية المعاصرة بين المجيزين والمانعين** ، د. محمود فهد مهيدات ، بحث منشور على الموقع الرسمي لدائرة الافتاء الأردنية . www.aliftaa.jo . ص 3 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

1. الخيار ورقة مالية مشتقة ، تستمد قيمتها من مادة الخيار المذكورة في العقد (أسهم ، سندات ، أو أي ورقة مالية أخرى) .

2. توقعات طرفي العقد مختلفة ؛ إذ يتوقع طرف ارتفاع سعر السهم خلال مدة الممارسة ، فيقدم على شراء حق الشراء ، ويتوقع الطرف الآخر عدم تجاوز السعر السائد (القيمة السوقية وقت التعاقد) ، فيقدم على بيع حق الشراء تحصيلا للربح .

3. إن عقد الخيار غير ملزم لحامله ، وإنما يعطيه الحق في أن يختار تنفيذ الصفقة أو عدم تنفيذها، ونظير هذا الحق فإنه يدفع ثمن هذا الخيار.

4. يدفع ثمن الخيار لمحرره مالك الأصل موضوع الخيار، وتكون ملتزمة بتنفيذه ، عند رغبة مشتريه بتنفيذه .

5. عقود الخيارات قابلة للتداول ، أي يحق لحامل الخيار أن يبيعه لطرف آخر .

6. الخسائر المحتملة لحامل الخيار محدودة بقيمة ثمن الخيار ، وأرباحه غير محدودة ؛ فهي مفتوحة لمشتري خيار الشراء ، تزيد مع ارتفاع القيمة السوقية للسهم ، ومغلقة لمشتري خيار البيع، تزيد مع انخفاض القيمة السوقية للسهم إلى أن تصل إلى الصفر (نظرياً).

7. تمكّن عقود الخيارات أصحابها من إمكانية الدخول في صفقات ضخمة في المستقبل ولا يدفع من قيمتها إلا حق الخيار، لتنفيذ تلك الصفقات في المستقبل .

8. توفر عقود الخيارات أربع حالات تعامل ممكنة هي : شراء حق ممارسة الشراء ، وشراء حق ممارسة البيع ، وبيع حق ممارسة الشراء ، وبيع حق ممارسة البيع .

9. امتلاك الأوراق المالية المذكورة في عقد الخيار ليس هدفاً، بل يتم التعامل في الغالب بالفرق السعري ، وإذا أصر طرف على الاستلام – وهو أمر غير وارد غالباً – يقوم الطرف الآخر بشرائها بسعر السوق السائد وقت التنفيذ ، وهو نفس السعر الذي يتم احتساب الفرق بناء عليه فتكون المحصلة واحدة ، أما إذا كان التعامل على مؤشر كان الاستلام أو التسليم مستحيلاً .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الرابع : العلاقة بين الخيارات الفقهية والخيارات المالية المعاصرة :

أولا : ماهية الخيارات الفقهية :

الخيارات الفقهية هي : حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه [1] .

ثانياً : العلاقة بين الخيارات الفقهية والخيارات المالية المعاصرة .

يلاحظ الناظر إلى الخيارات الفقهية والمالية أن هناك شبها ما بينها ، فما هو هذا الشبه وهل هما شيء واحد ؟ لا شك أن وجود شبه بين الخيارات الفقهية والمالية لا يعني أنهما شيء واحد ، بل هناك ما يميزهما عن بعضهما ، مع الإقرار بوجود نوع تشابه ، فما وجه التشابه بينهما ؟ وما وجه الاختلاف ؟

أوجه التشابه بين الخيارات الفقهية والمالية : تتشابه الخيارات الفقهية والمالية في المناحي التالية :

1. الحق في الفسخ أوالإمضاء : تتشابه الخيارات في منح طرفي العقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه . ولكن هناك فرق بينهما من جهة أن الحق في الخيارات الفقهية ملزم لطرفي العقد ، اما في الخيارات المالية فهو ملزم فقط لمحرر الخيار وليس ملزما لحامله [2].
2. وتتشابه كذلك في ارتباطهما في مدة محددة معينة ، ولكن الفرق بينهما في هذه الزاوية كبير كذلك ، فالخيارات الفقهية الراجح أنها ثلاثة أيام فقط ، بينما في الخيارات المالية يمتد الأجل إلى عامين [3] .
3. ثمن الخيار : حيث لكلا الخيارين أثر في سعر الأصل بالزيادة طبعا ، وثمن الخيار إنما هو بسبب مزاحمة المشتري للمالك في ملكه بحق الفسخ أو الإمضاء .

أوجه الاختلاف بين الخيارات الفقهية والمالية : كما بينا قريبا أوجه الشبه ، يجب توضيح ما بينهما من خلاف في المناحي التالية [1] :

---

1 درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، حيدر ، مرجع سابق ، المادة (116) ج 1/ ص 110 . البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 3 . بدائع الصنائع ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 190 . مغني المحتاج ، الشربيني ، مرجع سابق ، ج 2/ ص 58 . مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، الحطاب الرعيني ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 302 .

2 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1014 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 103 .

3 عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 104 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

1. الخيار في الخيارات المالية مستقل عن العقد الذي امتلك به محرر العقد الأصل المالي موضوع الخيار ، بينما في الخيارات الفقهية الخيار شرط في العقد وليس عقدا مستقلاً ، أما الخيارات الفقهية ليست بيوعا مستقلة بل هي من جنس الشروط .
2. الخيار في الخيارات الفقهية ليس محلا للتداول ، ولا يجوز المعاوضة عليه ، ولا أخذ عوض عنه . بينما في الخيارات المالية فهو محل للتعاقد ، ويؤخذ مقابله عوض .
3. والخيارات الفقهية إنما شرعت استكمالا للرضا ، ودفعا للغبن والتغرير ، بينما الخيارات المالية ظهرت لغايات تيسير الربح بسبب ترحيل ونقل المخاطرة .

المطلب الثاني : تحرير محل التعاقد في عقود الخيارات :

ما هو محل التعاقد في الخيارات المالية ؟ هذا سؤال تشكل الإجابة عليه القاعدة التحتية للحكم على هذه العقود من الناحية الشرعية . ولذلك نشرع في الحديث عن محل التعاقد في الخيارات المالية .

الاتجاه الأول : المعقود عليه في عقود الخيارات المالية هو حق مجرد محض ، وهو حق البيع وحق الشراء . وهذا اتجاه أكثر الباحثين [2] .

الاتجاه الثاني : المعقود عليه في عقود الخيارات المالية هو الفرصة [3].

الاتجاه الثالث : المعقود عليه في عقود الخيارات المالية ، ليس مالا ، ولا منفعة ، ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عليه [4] ، بل هو إرادة ومشيئة [1] .

---

1 الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، د. علي محيي الدين القرة داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدور السابعة ، العدد السابع ، ج1 / ص 181 ، نحو سوق مالية إسلامية ، د. كمال نوفيق حطاب ، بحث منشور على الموقع الرسمي للدكتور ، www.kamalhattab.info ، ص 9 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 104 – 105 .

2 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 553 ، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1037 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 170 . ضوابط وتطوير المشتقات المالية في العمل المالي ، د. عبد الستار أبو غدة ، ورقة مقدمة للمؤتمر الثامن للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ، مايو 2009، ص 7 . الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، د. علي محيي الدين القرة داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 180 .

3 المشتقات المالية في الممارسة العملية والرؤية الشرعية ، البعلي ، مرجع سابق ، ص 33 . الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، عيد ، مرجع سابق ، ص 733 – 734 .

4 قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، قرار رقم : 63 (7/1) [1] بشأن الأسواق المالية . موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، مجلة

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الاتجاه الرابع : المعقود عليه في عقود الخيارات المالية هو الالتزام . وقد أشار القرار السابق [2] إلى أن الاعتياض كان على الالتزام ، ولكنه عاد وبين في الحكم أن المعقود عليه غير مشخص ، كما في النقطة السابقة . وكذلك ذكر صاحب كتاب الاحتياط ضد المخاطر أن عقود الخيارات المالية في الحقيقة شراء التزام في الذمة [3] ، ولكنه تعدى ذلك – تبعا لقرار المجمع والله أعلم – تعدى ذلك إلى اعتبار أن الالتزام حق لا يقبل المعاوضة [4]. وجاء في القرار السابق[5] : إن المقصود بعقود الاختيارات الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة أوفي وقت معين إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين [6] . وقد صرح الضرير بأن المعقود عليه في الخيارات المالية هو الالتزام ، فقال : "ويبدو لي أن العوض في عقد الاختيار ليس مقابل حق الاختيار ، وإنما هو مقابل التزام أحد الطرفن للآخر" [7] . وجاء في البيان الختامي لندوة الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية المنعقدة في الرباط 1410 هـ – 1989 م ما نصه:"وواضح أن محل العقد هو التزام أو تعهد مجرد من أحد العاقدين للأخر بعمل هو البيع أو الشراء إذا رغب هذا المتعاقد الآخر ، وسواء سمي التزاما شخصيا يترتب عليه حق شخصي ، أو قلنا أنه حق مال كالدين فإنه لا يجوز العوض عنه ، ولا تداوله . فمحل العقد أو الالتزام ، تعهد أو

المجمع ، العدد السادس ، ج2 / ص1273 ، والعدد السابع ، ج 1 / ص 73 والعدد التاسع : ج 2 / ص 5 . www.fiqhacademy.org.sa . المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المعيار رقم 20 ، ص 349 .

1 الاختيارات في الأسواق المالية في ضوء مقررات الشريعة الإسلامية ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 334 .

[2] الهامش رقم 4 من الصفحة السابقة.

3 الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، عيد ، مرجع سابق ، ص 734 . عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 125 . وعزاه إلى د. محمد القري في كتابه الأسواق المالية .

4 الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، عيد ، مرجع سابق ، ص 734 .

[5] الهامش رقم 4 من الصفحة السابقة.

6 قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، قرار رقم : 63 (7/1) [1] بشأن الأسواق المالية . موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، www.fiqhacademy.org.sa . الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، عيد ، مرجع سابق ، ص 734 .

7 الاختيارات ، د. الصديق محد الأمين الضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / 270 ، إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 82 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

التزام من طرف يبيع أو يشتري ، وثمن نقدي من الطرف الآخر (مشتري هذا الالتزام) كل التزام يقابله حق"[1].

مناقشة هذه الاتجاهات :

مناقشة الاتجاه الأول : اعتبر القائلون بأن محل المعاوضة في عقود الخيارات المالية هو الحق ، حق البيع أو حق الشراء ، ونلاحظ في هذا الاتجاه الملاحظات التالية :

إن وصف محل العقد في عقود الخيارات المالية بأنه هو الحق مشكل ؟ فهل الحق محل الخيار هو حق التصرف أم حق الملكية ؟ حسب واقع الحال ؛ محال أن يكون محل التعاقد هو حق الملكية ، لبقائها في حالتنا هذه متعلقة في ذمة مالك الأصل أو محرر الخيار ، أي لو كان حق الملكية هو محل المعاوضة لانتقل بالعوض إلى من بذل العوض . لأن العوض مسوغ انتقال الملكية ، وهذا لم يحدث . فالمنقول إذن هو حق التصرف وليس حق الملكية . وهل المعاوضة على حق التصرف مشروعة ؟ يقفز إلى الذهن فور الحديث عن المعاوضة على حق التصرف ، الوكالة بأجر [2] ، وهذا مما لا خلاف عليه بين الفقهاء على مشروعيته . ولكن قبل قياس المعاوضة على حق التصرف في مسألتنا هذه على الوكالة بأجر ، ينبغي الإشارة إلى أن الأجر في الوكالة بأجر مبذول من مالك حق التصرف في العين محل الوكالة ، بينما في مسألتنا هذه فإن باذل الأجر هو مشتري الخيار المالي ، وليس مالك حق التصرف ! أي هذه الصورة مقلوب ما يجري في الوكالة بأجر . ومن ثم لا تصلح قياسها عليها .

والخيار المالي يختلف عن الوكالة بأجر ، في أن الخيار المالي ملزم لمالك الأصل محرر الخيار ، بينما في الوكالة بأجر ، فإن المالك يحيل حق التصرف إلى الوكيل دون أن يفقده ، أي يظل قادرا على التصرف كأصيل مالك .

ونقل التصرف في الوكالة يقضي بتصرف الوكيل لمصلحة الأصيل المالك ، وفي الخيارات المالية فإن حامل الخيار يتصرف لمصلحة نفسه هو ، وليس لمصلحة المالك .

---

1 البيان الختامي والتوصيات لندوة الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية ، 1410هـ - 1989م ، الرباط ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السادس ، ج 2 / ص 1664 .

2 الوكالة هي : عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم . **العقود المسماة** ، د. وهبة الزحيلي ، ط: دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الخامسة ، 2005 ، ص 282 . وفي المجلة ، الوكالة هي : تفويض أحد في شغل معلوم مع بقاء حق التصرف في يده . **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، حيدر ، مرجع سابق ، المادة 1449 ، ج 2 / ص 493 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

كما أن نقل حق التصرف من مالكه إلى آخر بعوض ، ليس له نظير في المعاملات الإسلامية . فالمنقول هنا ليس حق التصرف ! للمفارقات سالفة الذكر بين نقل التصرف والخيار المالي . وهذا التوصيف بعيد عن واقع الخيارات المالية .

مناقشة الاتجاه الثاني : المعقود عليه في عقود الخيارات المالية هو الفرصة ، وهذا التوصيف يعترض عليه بأن الفرصة ليست من ملك محرر الخيار ليعاوض عليها ، فالفرصة هي نتيجة تفاعلات السوق ، وليست من ملك أحد . كما أن الفرصة ليست مصطلحا شرعيا تبنى عليه الأحكام. والفرصة ثالثا ليست موجودة وقت التعاقد ، بل ربما لا تأتي أبدا ، نظرا لاتجاه السعر باتجاه مخالف لمشتري هذه الفرصة . وبذلك يبدو للباحث أن هذا الوصيف بعيد عن الواقع كذلك .

مناقشة الاتجاه الثالث : المعقود عليه في عقود الخيارات المالية ، ليس مالا ، ولا منفعة ، ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عليه . وهذا الاتجاه نفي محض لمشابهة عقود الخيارات المالية للعقود التي تقبل المعاوضة عليها . ولكن جماهير العلماء على مشروعية العقود المستحدثة [1] . فهذا النفي إذن لا يدل على تصور محل العقد العقد تصورا وجوديا إيجابيا .

مناقشة الاتجاه الرابع : المعقود عليه في عقود الخيارات المالية هو الالتزام، وهو التزام محرر الخيار أو مالك الأصل أن لا يتصرف في الأصل موضوع الخيار طيلة مدة الخيار ، وهذا الالتزام الذي ألزم نفسه به ، إنما ألزم نفسه به لأنه يملك التصرف في هذا الأصل من جهة ، وهذا هو المسوغ القانوني . ولأنه انتفع بالعوض المبذول من جهة أخرى ، وهذا هو المسوغ العقدي من جهة أخرى . وليس محل العقد حق الملكية – كما تقدم في الاتجاه الأول – لبقاء تعلقه في ذمة المالك محرر الخيار ، ودليله بقاء حقه في ثمن الأصل عند تنفيذ الخيار ، وليس المعقود عليه هو التصرف – كما تقدم أيضا – لأن مالك الأصل محرر الخيار فقد حق التصرف بعقد الخيار المالي مقابل العوض المتفق عليه وهو ثمن الخيار المالي ، وهذا بوضوح هو محل العقد في عقود الخيارات المالية ، وهو الالتزام الذي أنشاه عقد الخيار المالي ، والذي يقابله حق حامل الخيار المالي في تنفيذ الخيار . أي إن عقد الخيار المالي أنشأ – ككل العقود – حقوقا والتزامات ، وحقوق مالك الأصل محرر الخيار – بعد العقد – هي ثمن الخيار ، ولم يستحق هذا الحق – وهو ثمن الخيار المالي –

---

1 جمهور الحنفية ، والمذهب عند المالكية ، ومذهب الشافعية ، والحنابلة ، كلهم على أن الأصل في العقود الإباحة والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه . انظر : العقود المالية المركبة ، د. عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني ، ط: دار كنوز إشبيليا ، الرياض ،الطبعة الأولى 2006 ، ص 69 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

إلا لأنه التزم بما يساويه في القيمة ، ولذلك كان محل التعاقد الالتزام الذي عاوض عليه بقيمة محددة هي ثمن الخيار . ويتضح الأمر أكثر بالنظر إلى المثمن الذي حصل عليه حامل الخيار ودفع لأجله قيمة محددة هي ثمن الخيار ، هذا المثمن هو التزام مالك الأصل محرر الخيار بموجب الخيار المالي بتنفيذه حسب ما اتفق عليه . والله أعلم .

المطلب الثالث : حكم التعامل بعقود الخيارات :

تمهيد : اعتبر بعض الباحثين [1] أن بيع العربون هو الصورة الفقهية الأولية التي عرفتها الشريعة الإسلامية لعقود الخيارات المالية ، وتصوروا أن حقيقة بيع العربون بيع للالتزام ؟ وفسروا مبلغ العربون أنه ثمن لالتزام البائع بالبيع . وقد تقدم مناقشة هذا الاتجاه ، وبينا في الفصل الماضي الفرق بين بيع الالتزام وبيع العربون .

ونشرع الآن في عرض أقوال المعاصرين حول مسألة عقود الخيارات . هناك اتجاهات فقهية ثلاثة في المسألة وهي :

القول الأول : تحريم التعامل بعقود الخيارات المالية .

ذهب أكثر العلماء والباحثين إلى القول بحظر هذه التعاملات ، وتحريم التعامل بها . حيث ذهب إلى تحريم التعامل بالخيارات المالية ، مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة في مدينة جدة عام 1992 إلى عدم جواز عقود الخيارات ، حيث جاء في القرار رقم (7/6/65) : "بعد الاطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع الخيارات وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله ، تقرر أن : المقصود بعقود الاختيارات الالتزام ببيع شيء محدد موصوف ، أو شرائه بسعر محدد ، خلال فترة زمنية معينة ، أو في وقت معين ، إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين . وحكمه الشرعي ، أن عقودالاختيارات – كما تجري اليوم في الأسواق المالية – هي عقود مستحدثة ، لا تنطوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة ، وبما أن المعقود عليه ليس مالاً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه ، فإنه غير جائز شرعاً ، وبما أن هذه العقود لا تجوز

---

1 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة آل سليمان ، مرجع سابق ، 2005 ، ج 2 / ص 1069 – 1070 . المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل ، حماد ، مرجع سابق ، ص 24 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ابتداء فلا يجوز تداولها [1]". وفي سؤال موجه إلى لجنة الفتوى في بيت التمويل الكويتي حول عقود الخيارات أجابت اللجنة : "لا يجوز بيع العملات بالخيار ، لأنه بيع غير بات". وممن قال بالتحريم : محمد المختار السلامي ، ومحمد تقي العثماني وجعلاه قماراً [2]، و وهبة الزحيلي، واعتبرها مواعدة وليست بيعا[3] ، وعبدالستار أبو غدة، وعلي أحمد السالوس، والصديق محمد الأمين الضرير، حيث جعله عقدا على عدم [4]، وعلي محي الدين القره داغي، وعطية فياض، وسمير رضوان، وأحمد محي الدين أحمد، وعبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان [5]، ومبارك بن سليمان آل سلمان. وغيرهم كثير [6].

واستدل القائلون بالتحريم بالأدلة التالية [7] :

1. تعارض عقود الخيارات المالية مع قاعدة العدل [8] : فالعدل في العقود هو التسوية بين المتعاقدين ، وهو واجب [9] ونقيضه الظلم ، وعدم العدل في هذه العقود يكمن في إعطاء أحد العاقدين

---

1 قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية ، www.fiqhacademy.org.sa

2 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 568 ، ص 572 .

3 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 570 – 571 .

4 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 573 .

5 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 579 .

6 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، الجزء الأول ، حيث تضمن بحوث صحاب الفضيلة في المؤتمر حول الأسواق المالية ، نحو سوق مالية إسلامية ، د. كمال نوفيق حطاب ، بحث منشور على الموقع الرسمي للدكتور ، www.kamalhattab.info ، ص 9-11 . عقود الخيارات المالية المعاصرة بين المجيزين والمانعين ، د. محمود فهد مهيدات . بحث منشور على الموقع الرسمي لدائرة الافتاء الأردنية . www.aliftaa.jo . إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 86 .

7 نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 68 – 79 .

عقود الخيارات المالية المعاصرة بين المجيزين والمانعين ، مهيدات ، مرجع سابق . ص 4 – 14 .

الغرر في العقود وأثره في التطبيقات المعاصرة ، الضرير ، د. الصديق محمد الأمين ، ط: البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، الطبعة الأولى 1414 هـ – 1993 ، ص 28 .

إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 86 – 89 .

أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1045 – 1072 .

أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، محمد ، مرجع سابق . ص 443 – 448 .

العقود المالية المركبة ، العمراني ، مرجع سابق ، ص 335 – 345 .

عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 123 – 145 .

الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، د. عادل عبد الفضيل عيد ، مرجع سابق ، ص 750 .

عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 192 .

8 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1070 .

9 مجموع فتاوى ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج 20 / ص 82 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فرصة واسعة للربح . على حساب المتعاقد الآخر . لأنه تتاح له معرفة الأسعار يوم التنفيذ ، ويملك أن ينفذ أم لا . يقول ابن تيمية : والأصل في العقود جميعها هو العدل ؛ فإنه بعثت به الرسل وأنزلت الكتب قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾ [1] . [2] .

2. اعتبار الشروط المرافقة لعقود الخيارات من الشروط الفاسدة : الشروط الفاسدة هي : تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد ، أو يكون فيه منفعة لأحد العاقدين لا يوجبها العقد ، أو تنافي مقتضى العقد ، أو تشتمل على غرض يورث التنازع [3].
3. عقود الخيارات المالية مما يدخل في بيع الإنسان ما ليس عنده [4] : فمشتري الخيار لن يكون بحاجة إلى امتلاك الأصل موضوع الخيار ، بل يكفي امتلاكه الحق في البيع أو الشراء أو كليهما معاً ، حسب نوع الخيار. وهذا الوصف متصور في الخيارات الأمريكية ، والتي يملك فيها حامل الخيار تنفيذ الخيار في أي وقت يشاء خلال مدة الخيار . أما الخيار الأوروربي ، فلا يتصور فيه ذلك وهو أقرب إلى السلم ، ولكن فيه مانع آخر من الموانع الإباحة ، وهو أنه دين بدين ، هو محرم [5] .
4. صورية عقود الخيارات المالية : وذلك لعدم تنفيذ غالبها حسب مقتضى الواقع ، و العقود إنما وضعت التمليك ، ولما كانت عقود الخيارات غير مؤدية لهذا الغرض ، كانت غير محققة لهذا المقتضى ، وما خالف مقتضى العقد فهو باطل .
5. احتواء عقود الخيارات على الغرر [6] : ويتمثل الغرر في الجهالة لأن الغرر ما خفيت عاقبته ، ، أو هو القابل للحصول وعدمه قبولا متقاربا ، وإن كان معلوما [7] ، وهو الترقب ، وانتظار تقلبات الأسواق من ارتفاع أو انخفاض في أسعار الأصول موضوع الخيار ، ما ينتج خسائر

---

1 سورة الحديد 25 .

2 مجموع فتاوى ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 346 .

3 تنقسم الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية إلى شروط صحيحة وفاسدة وباطلة ، وعند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى شروط صحيحة وباطلة فقط ، والشروط الفاسدة عند الحنفية هي : التي يترتب عليها فساد عقود المعاوضات المالية . وهي : الشروط المؤدية للغرر والمنازعة ، والشروط المخظورة كالشروط الربوية ، والشرط الذي لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ولا جرى به عرف ، ولم يرد الشرع بجوازه ، وفيه منفعة لأحد العاقدين . انظر : الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ، د. محمد بن عبد العزيز اليمني ، د: دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى 1427 هـ – 2006 م ، ص 86 – 87 .

4 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1064 – 1066.

5 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1065 – 1066 .

6 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1052 – 1055 .

7 الذخيرة ، للقرافي ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 355 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

للبعض ومكاسب لآخرين ، ويعني ذلك أن المبيع هو المخاطرة [1] . قَالَ تَعَالَى:﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [2]، [3] .

ونوقش بأنه : لا نستطيع الجزم بكونه يسيراً أو كثيراً ، فتلك مسألة يحكمها مقدار التغير في الأسعار ، وهل هو كبير أو صغير ، وليس هناك حتى الآن مقياس علمي دقيق ينبيء بذلك على وجه الدقة أو قريباً منها ، وعلى كل حال إذ ثبت يسره فهو مغتفر ، وإذا ثبت فحشه أي كونه فاحشاً كثيراً فهو منهي عنه [4] .

وأجيب : أن مناط الغرر لحامل الخيار هو أن فائدة المعقود عليه في استعماله ، وعدم استعماله يجعله كالمعدوم ، فاستعماله – إذن – متردد بين الوجود والعدم . لذلك كان غررا . والغرر لمحرر الخيار ، أن فائدة الخيار له تكمن في تغير الأسعار لغير مصلحة مشتري الخيار، فإذا تغيرت الأسعار لصالح المشتري تكبد محرر الخيار خسارة الفرق بين سعر يوم التعاقد وسعر يوم التنفيذ . وتغير الأسعار مجهول وهنا مناط الغرر . فالغرر إذن في أصل العقد وليس في حجم التغير ، كما أنه لو وجد مقياس دقيق للتنبؤ لما وجد عقد الخيار لانتفاء فائدته [5] .

كما نوقش بأن الغرر الفاحش ظاهر في العقود المركبة أما البسيطة فلا ، لأن سعر السلعة محدد سلفا [6] .

ونوقش : بأنه لا غرر في هذه العقود ، لأن ما يدفعه مشتري الخيار هو أشبه بأجرة الحراسة أو ثمن الأمان من التقلبات ، فعندما يدفع مشتري الخيار مبلغا محددا يحفظ ممتلكاته من الأوراق

---

1 الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، د. علي محيي الدين القرة داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السادسة ، العدد السادس ، ج 2 / ص 1611 .

2 البقرة: ١٨٨ .

3 إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 89 . وعزاه إلى محمد القري بن عيد .

4 المشتقات المالية في الممارسة العملية والرؤية الشرعية ، البعلي ، مرجع سابق ، ص 34 .

5 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1053 – 1055 ، العقود المالية المركبة ، العمراني ، مرجع سابق ، ص 336 – 337 .

6 الإستثمار في الأسهم والمستندات ، الشبيلي ، يوسف بن عبد الله ، بحث منشور على الموقع الرسمي للدكتور ، www.shubily.com، ص 14

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المالية من التدهور ، فإنه في هذه الحالة يجنب نفسه الغرر الكبير الذي كان سيحدث لو أن قيمة ما يمتلكه من أوراق مالية قد فقدت قيمتها [1] .

وأجيب عن هذه الاعتراض : أنه لا جامع بين الإجارة وعقود الخيارات المالية ، لأن الإجارة للحفظ ، وعقود الخيارات الربح المتوقع . كما أن الأجير يستحق أجرته بالعمل ، وفي الخيارات المالية ثمن الخيار في مقابل التوقع ، وهو مجهول [2] .

6. عقود الخيارات من جنس القمار [3] والرهان [4] المحرم . حيث الغالب الأعم انتهاء هذه العقود في غرف المقاصة بدفع فروق سعرية وإنهاء الصفقة . والإنهاء الفعلي نادر ، والنادر لا حكم له . والتردد بين الغنم والغرم ، واضح في هذه العقود ، لأن مآل العقد أن تتحقق توقعات محرر الخيار أو مشتريه ، وكلا توقعات الطرفين غنم أو غرم ، فمآل العقد إذن إلى الرهان والمقامرة [5]. [5]. أما في حالة انتهاء العقود بالتسليم – وهذا نادر كما تقدم– فإنها تخلو من القمار ولكنها لا تخلو من الغرر [6] . إلا على قول ابن تيمية أن الغرر من القمار ، وهو توسع في تحديد ماهية الغرر. حيث قال في تعريف الغرر : هو أن يؤخذ مال الإنسان وهو على مخاطرة ، هل يحصل له عوضه ، أو لا [7] . وهذا خلافا لما عليه عامة الفقهاء في التفريق بين الغرر والقمار ، وأن القمار أخص من الغرر . وقد تقدم تعريف الغرر والقمار .

---

1 نحو سوق مالية إسلامية ، حطاب ، مرجع سابق ، ص 16 .

2 التأمين وأحكامه ، د. سليمان بن إبراهيم بن ثنيان ، ط: دار ابن حزم ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1424هـ – 2003 م، ص 166 .

3 القمار : هو ما التردد بين أن يغنم وبين أن يغرم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، مصدر سابق ، ج 7 / ص 154 .

4 الرهان : أن يتبارى شخصان على شيء يكون أو لا يكون ، فمن تحقق قوله فله من الأخر كذا . وهي من القمار الذي حرمه الله ، معجم لغة الفقهاء ، قلعة جي ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 323 .

5 الاختيارات ، محمد المختار السلامي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ، 235 – 236 ، الاختيارات ، د. الصديق محد الأمين الضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / 270 ، الاختيارات في الأسواق المالية في ضوء مقررات الشريعة الإسلامية ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 334 ، إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، 87 . أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1055 – 1059 . نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 68 – 69 .

6 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1057 – 1058 .

7 مجموع فتاوى ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج 19 / ص 283 ، ج 29 / ص 108 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

واعتُرض عليه بأن المتعاملين بالخيارات المالية خبراء وليسوا أغرارا ، فينتفي القول بالغرر والقمار والرهان ، لمعرفتهم التامة بالسوق [1] .

والجواب عليه : أن العقود قامت في الأصل على الاحتمالات المتناقضة بين محرريها ومشتريها، وإلا لما وجدت . إذ فلسفة العقد تقي بالمقامرة والرهان .

ويرد عليه كذلك ، بأن تحركات الأسعار لا يمكن التنبؤ بها على وجه القطع ، وذلك لأن التغيرات المؤثر على الأسعار لا يمكن حصرها .

7. عقود الخيارات المالية حقوق مجردة ، والمعاوضة على الحقوق المجردة لا يجوز [2] . قال الكاساني : والحقوق المجردة لا تحتمل التمليك [3] ، وقال ابن الهمام : بيع الحقوق المجردة لا يجوز [4] ، والحق المجرد [5] : هو الحق غير المتقرر في محله ، اي الحق الذي ينفك عن محله، محله، وليس له أثر فيه ، ونظيره الحق المتقرر ، وهو الحق الذي لا ينفك عن محله ، مثل : حقوق الارتفاق ، كحق الشرب وحق المرور ، وحق التنازل عن الوظائف . والخلو ، وحق التأليف ، وغيرها [6] . ومظهر كون عقود الخيارات المالية من الحقوق المجردة واضح في قبولها للانفكاك عن أصلها الذي هو موضوع الخيار ، وتداولها منفردة دون تداول أصلها .

واعتُرض على هذه القول : ان الأصل في العقود الإباحة ، ولا دليل على الحظر [7] . والجواب عنه : أن القاعدة المقررة: عدم جواز أكل مال الغير بالباطل .قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ

---

1 تعليق د. سامي حمود ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، ج 1 / ص 593 ، 594 ، انظر : أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مزجع سابق ، ج 2 / ص 1063.

2 الاختيارات ، السلامي ، مرجع سابق ، ص 232 . 234 ، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1050 – 1051 ، إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 78 ، 87 .

3 بدائع الصنائع ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 8 / ص 296 .

4 فتح القدير شرح الهداية ، ابن الهمام ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 395 .

5 الحق المجرد مصطلح حنفي لا يعرف عند المذاهب الأخرى . إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 79 .

6 إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 79 .

7 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1051 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

لَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [1]، وهذا منه لأنه أخذ للمال بلا مقابل ، لأنه ليس مالاً ولا متعلق بمال [2] .

واعتُرض عليه بأن حظر تداول الحقوق المجردة لا يحظر إنشاءها ، وعليه فلا يمنع حظر تداول الخيارات المالية حظر إنشائها [3] .

8. ثمن الخيارات المالية هو من باب أكل المال بالباطل ، لأنه ليس له مقابل صحيح يقدمه آخذه ليطيب له [4] .

القول الثاني : جواز التعامل بعقود الخيارات المالية [5] :

ذهبت الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية [6] ، إلى جواز عقود الخيارات الشرطية ، وإلى أن أن المال الذي يأخذه البائع من المشتري هو حق له ، فلا يرد إلى دافعه . ولما كان للطرف الآخر نفس الحق في الخيار ، فإنه يجوز أن يبيعه حقه هذا ، يدفعه من يشتري حق الخيار إلى من باع له هذا الحق ، مقابل تخويله حق فسخ العقد خلال مدة الخيار .

---

1 النساء: ٢٩ .

2 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1051.

3 إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 81 . وعزاه إلى د. الضرير .

4 الاختيارات ، الضرير ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 264 ، الاختيارات في الأسواق المالية ، أبو غدة ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 337 ، إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، 87 .

5 نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 68 – 79 .

عقود الخيارات المالية المعاصرة بين المجيزين والمانعين ، مهيدات ،مرجع سابق . ص 4 – 14 .

الغرر في العقود وأثره في التطبيقات المعاصرة ، الضرير ، د. الصديق محمد الأمين ، ط: البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، الطبعة الأولى 1414 هـ – 1993 ، ص 28 .

إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 86 – 89 .

أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1045 – 1072 .

أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، محمد ، مرجع سابق . ص 443 – 448 .

العقود المالية المركبة ، العمراني ، مرجع سابق ، ص 335 – 345 .

عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 123 – 145 .

الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، عيد ، مرجع سابق ، ص 750 .

عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 192 .

6 نحو سوق مالية إسلامية ، حطاب ، مرجع سابق ، ص 12 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

واستدلوا بالتالي [1] :

1. قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [2]. ونوقش هذا الدليل : بأن الآية في العقود المشروعة فقط .
2. عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً) [3]. ونوقش بأن الخيارات المالية عقود وليست شروطا .
3. تحقق مصلحة أكبر من المفسدة . وبيان ذلك أن الغرض منه هو الاحتياط والسلامة من الضرر المتوقع ، والاحتياط ودفع الضرر حاجة معتبرة تتنزل منزلة الضرورة [4].

ويمكن الجواب عنه : بأن الاحتياط لطرف سيكون على حساب طرف آخر ، وقاعدة العدل في توزيع المخاطر بين طرفي العقد – وقد تقدم الحديث عنها قريبا – هي المعتبرة ، وليس المعتبر الميل لأحد طرفي العقد دون الآخر ، كما أن الخسارة بسبب تغير الأسعار محتملة، وثمن الخيار خسارة مؤكدة لحامل الخيار ، إذا لم تتغير الأسعار لمصلحته ، ومؤكدة لمحرر الخيار إذا تحركت الأسعار لمصلحة حامل الخيار ، فلا يبذل المؤكد لدفع المتوقع[5].

4. ضرورة وجود سوق مالية إسلامية . ونوقش بأن الضرورة يمكن تحقيقها بالعقود المشروعة .

---

1 المرجع سابق ، ص 12 .

2 المائدة: ١ .

3 سنن أبي داود ، أبو داود ، سليمان بن الأشعث الأزدي ، ت 275 هـ ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، ط: المكتبة العصرية ، بيروت ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، كتاب الأقضية ، باب في الصلح ، ج 3/ ص 304 ، حديث رقم 3594 . وصححه الألباني ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، الألباني ، محمد ناصر الدين ، إشراف : زهير الشاويش ، ط: المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى 1399 هـ – 1977 م ، ج 5 / ص 142 ، حديث رقم 1303 .

4 أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1070 .

5 المرجع السابق ، ج2 / 1070 – 1071 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

القول الثالث : جواز التعامل بعقود الخيارات المالية بعد تعديلها وضبطها [1] :

وإلى القول بجواز التعامل بعقود الخيارات المالية – بعد إضافة الضوابط الشرعية وتغيير العقود المنظمة لهذه العقود – ذهب بعض الباحثين ، جاعلين هذه العقود مندرجة تحت عقود مشروعة .

واستدلوا بالأدلة التالية :

1. اعتبار عقد الخيار من الحقوق المعنوية : وهي حقوق عرفية ثبتت لأصحابها بحكم العرف والعادة ، مثل حق المرور في الطريق ، وحق الشرب ، وحق التعلي ، وحق التسييل ، وحق وضع الخشب على الجدار .

وقد اختلف الفقهاء في جواز الاعتياض عليها ، وجمهور الفقهاء على اعتبار هذه الحقوق أموالا يجوز بيعها . وأدلتهم على الجواز عقلية ، منها : أن هذه الحقوق تمثل منافع دائمة لأصحابها ، فيمكنهم بيع بعضها . وأن هذه الحقوق يمكن أن تكون ثمرة جهود ذهنية وعمل متواصل ، فأصحابها أحق بهذه الثمرة أو الغلة ، ويمكن لهم بيع بعضها . أن هذه الحقوق ثابتة لأصحابها، ويتحملون وحدهم تكاليفها ومسئولياتها في حالة الضرر ، وفي المقابل فإن غلتها وثمرتها يجب أن تعود إليهم .

2. عقد الخيار مثل بيع العربون ، والراجح جوازه ، وهو مذهب الحنابلة . وقياساً عليه ، يمكن القول بجواز عقود خيار الشراء ، إذا سلمت من المخالفات الشرعية الأخرى .

ونوقش : بأن العربون جزء من ثمن السلعة ، أما علاوة الخيار فهي حق أو التزام [1] .

---

1 نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 68 – 79 .

عقود الخيارات المالية المعاصرة بين المجيزين والمانعين ، مهيدات ،مرجع سابق . ص 4 – 14 .

الغرر في العقود وأثره في التطبيقات المعاصرة ، الضرير ، د. الصديق محمد الأمين ، ط: البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، الطبعة الأولى 1414 هـ – 1993 ، ص 28 .

إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 86 – 89 .

أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1045 – 1072 .

أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، محمد ، مرجع سابق . ص 443 – 448 .

العقود المالية المركبة ، العمراني ، مرجع سابق ، ص 335 – 345 .

عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 123 – 145 .

الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، عيد ، مرجع سابق ، ص 750 .

عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 192 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

3. عقد الخيار هو التزام أو ضمان أو كفالة . وصحح المعاوضة على الالتزام والضمان والكفالة عدد من الفقهاء ، بناء على أنها منفعة مقصودة ، ومصلحة مشروعة ، مشابهة للمنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والوكالة ، ولذلك يصح أن يكون محلا للعقد في الضمان والوديعة ، كما جاز مبادلته بالمال في كثير من الفروع والمسائل والتطبيقات عند الفقهاء . وقد تقدم نقاش هذا الدليل .
4. عقد الخيار هو شكل من أشكال التأمين التجاري : وذلك أن مشتري الخيار ، يؤمن نفسه ضد التقلبات التي قد تحصل في أسعار الأسهم التي يمتلكها مقابل عمولة أو ثمن الخيار الذي يدفعه، وهذه العمولة تكون مبلغا منخفضا مقارنة بالقيمة الكاملة للأسهم أو الأوراق المالية التي يمتلكها . فكأنه عقد حراسة لممتلكاته ، أو ما يدفعه لأمان خطر الطريق ، أو هو نوع من التضامن لدفع الضرر الذي قد يصيبه .

ونوقش بأن الواقع يؤكد أن هذه العقود لم تعد للتحوط ، بل صارت مكاسب مستقلة ، كما أن للتحوط أساليبه الشرعية ، فهو وإن كان مقصدا مقبولا ، ولكنه لا يصلح سندا ودليلا لتجاوز أحكام الأبنية العقدية ، ونوقش كذلك بأن الحراسة إجارة .

الترجيح :

يترجح للباحث بعد عرض الموقف الشرعي من عقود الخيارات المالية ، القول بحظرها ، وذلك لقوة حجة المانعين ، وضعف حجة المجيزين ، كما تقدم في المناقشات . والله أعلم .

تطوير عقود الخيارات المالية :

ناقش عدد من الباحثين فكرة تطوير عقود الخيارات المالية بما يتوافق مع احكام الشريعة الإسلامية ، وكان هذا المنحى يصب في الاتجاهين التاليين :

الاتجاه الأول : لا يمكن تعديل وتطوير هذه العقود نهائيا بما يتوافق مع احكام الشريعة . وذلك يعود للسببين التاليين :

---

1 نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، ص 78 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

1. إن غاية هذه العقود هي المتاجرة بالمخاطرة ، بقصد تحجيمها عند طرف ، والاسترباح بسببها عند الطرف الآخر ، فهي مضاربة على فروق الأسعار . فلا تساهم في الإنتاج الحقيقي ، وهذه الغاية ليست معتبرة شرعا [1] .
2. إن تطوير العقد يفقده خصائصه التي تميز بها ، ما يعني الانتهاء إلى عقد جديد ، والأسواق المالية تفرض صيغا جاهزة ، إما أن تستخدمها وإما لا . فمسألة التطوير تصبح نظرية [2] .

الاتجاه الثاني : إمكانية تطوير هذه العقود . وذهب إلى هذا الاتجاه كمال حطاب [3] ، وعبد الوهاب أبو سليمان [4] . وقد تقدم الحديث عن إمكانيات التطوير قريبا ، عند الحديث عن إباحتها في المطلب السابق [5] .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

---

1 الاختيارات ، السلامي ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 237 . الاختيارات ، الضرير ، مرجع سابق ، ج 1 / 270 ، إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، 89 .

2 الاختيارات ، السلامي ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 236 . الاختيارات ، الضرير ، مرجع سابق ، ج 1 / 267 ، عقود الاختيارات ، د، وهبة الزحيلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 258 ، الاختيارات ، عبد الوهاب أبو سليمان ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 320 – 321 ، إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، 89 .

3 نحو سوق مالية إسلامية ، حطاب ، مرجع سابق ، ص 13 .

4 إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، 89 .

5 ينظر : ص 113 .

المبحث الثاني : المعاوضة على الالتزامات في عقود المستقبليات :

ويشتمل على المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم عقود المستقبليات وخصائصها .

المطلب الثاني : تحرير محل التعاقد في عقود المستقبليات .

المطلب الثالث : حكم التعامل بعقود المستقبليات .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الأول : مفهوم عقود المستقبليات وخصائصها :

ويتضمن هذا المطلب الفروع التالية :

الفرع الأول : تحديد مفهوم عقود المستقبليات .

الفرع الثاني : العناصر الأساسية لعقود المستقبليات .

الفرع الثالث : خصائص عقود المستقبليات .

الفرع الرابع : استخدامات عقود المستقبليات .

الفرع الخامس : تمييز عقود المستقبليات عن عقود الخيارات المالية .

الفرع السادس : أنواع عقود المستقبليات .

الفرع الأول : تحديد مفهوم عقود المستقبليات :

لعقود المستقبليات تعريفات كثيرة ، تتبعها من تخصص في الحديث عن المسقبليات [1] ، ولكن غرض البحث ليس استقصاء التعريفات ، بل غرضه ونطاقه استجلاء المفهوم ، توصلا للحديث عن هذا التطبيق الهام من تطبيقات المعاوضة على الالتزامات .

يدور مصطلح عقود المستقبليات حول كونها : عقود تعطي لحاملها الحق في شراء أو بيع كمية من أصل معين [2] بسعر محدد مسبقا ، على أن يتم التسليم في تاريخ لاحق [3]. أو هو عقد معياري منظم، بواسطة بورصة منظمة ، وهو أيضا اتفاق بين مشتري وبائع الآن (أو في زمن zero)

---

[1] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 922 – 923 ، إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 94 – 98 .

[2] يشترط في الأصل أن يكون : قابلا للتنميط من حيث الكمية والجودة ، ذا طلب نشط ، قابلا للتخزين ، ذا قيمة مقارنة بحجمه . انظر : الأسواق الحاضرة والمستقبلة ، هندي ، مرجع سابق ، 327 .

[3] الأسواق الحاضرة والمستقبلة ، هندي ، مرجع سابق ، 323 ، إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، 97 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

لتبادل أصل مقابل نقد ، وذلك في تاريخ لاحق وبسعر يحدد الآن [1] . وتضيف مجلة الفقه الإسلامي لها أنها : عقود للشراء أو للبيع من خلال هيئة سوق السلع وضمانها ، تقع على كمية محددة موصوفة ولو غير مملوكة ، لقاء ثمن معلوم يؤدى عند تسليم المبيع ما لم تقع التصفية ، مع اشتراط إيداع الطرفين تأمينا لدى إدارة السوق ، أو خطاب ضمان أو نحوه [2] .

وعرفه بعض الباحثين جريا على عادة الفقهاء في كون التعريف جامعا مانعا ، أنها : عقد على شيء معين ، أو موصوف في الذمة ، مؤجل ، بثمن مؤجل [3] . وهذا التعريف يوضح محور المستقبليات ولكنه لا يجمع عناصر الماهية بوضوح .

وهذه العقود امتداد للعقود الآجلة ، ولكنها منمطة من حيث تاريخ التسليم ، ومستوى جودة الأصل... إلخ . ويكون البائع فيها صاحب المركز القصير ، والمشتري صاحب المركز الطويل ، بحيث يسلم البائع للمشتري الأوراق المالية موضوع العقد ، في تاريخ لاحق [4] .

يتبين من خلال التعريفات السابقة ؛ أن عقود المستقبليات لها عناصر تتكون منها ، كما لها خصائص تميز هذه العقود عن غيرها .

الفرع الثاني : العناصر الأساسية لعقود المستقبليات :

عناصر عقود المستقبليات هي [5] :

- المشتري والبائع : فهما طرفا العقد .
- شركة الوساطة المالية : لأن طبيعة العقد لا تسمح بالتعامل المباشر .
- البورصة : وهي السوق الذي يحتضن هذه المعاملات .
- غرفة المقاصة : وهي شركة مستقلة ، المساهمون فيها : شركات التسوية التي تتوسط بين شركات الوساطة وغرفة التسوية .

---

[1] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 111 .

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 1 / ص 556 .

[3] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 924 .

[4] نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، 58 – 60 .

[5] إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 100 – 101 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

- الضمان : وهو ما يضمن تنفيذ التسوية حسب الاتفاق ، ويتمثل في صندوق ، جزء من تمويلاته من إيدعات الهامش من الأطراف ، وجزء آخر من موارده الخاصة ، ما يقلل أهمية المركز المالي لطرف العقد ، ويوفر سيولة عالية في التداول .

الفرع الثالث : خصائص عقود المستقبليات :

خصائص عقود المستقبليات هي [1] :

1. نمطية ، يتم تداولها في سوق منظمة وهي البورصة . وقد قامت بورصة عقود المستقبليات بتنميط شروط التعاقد في خمسة مجالات أساسية [2] هي :
   أ. وحدة التعامل : وهي الكمية والوحدة التي تقاس بها مكونات العقد .
   ب. شروط التسليم : وتتضمن الشهور التي سيتم التعامل فيها على العقد ، والفترة الزمنية للتسليم ، ودرجة جودة الأصل ، ووسيلة التسليم .
   ج. حدود تقلب الأسعار : حيث تفرض بورصات عقود المستقبليات حدا أدنى وحدا أقصى للتغيرات السعرية ، يتفاوت حسب الأصل موضوع التعاقد .
   د. حدود المعاملات أو المراكز : وهي الحد الأقصى لعدد عقود المضاربة ، التي يمكن أن تكون في حوزة مستثمر واحد . وذلك للحد من التصرفات غير الأخلاقية .
   هـ. الهامش المبدئي : وهو المبلغ الذي يطلب إيداعه لأغراض ضمان الجدية والتسوية ، ويقاس الهامش حسب حجم العقد ودرجة التقلب ، ويتفاوت حسب نوع الأصل .
2. يتم مراقبة الأسعار فيها يوميا ، أي تعدل أسعار العقد كل يوم . وذلك لأجراء تسوية نقدية فعلية يومية للعقد .
3. لا يتم عادة إنهاء العقد بالتسليم إلا في حدود 2 % من العقود ، ويتم تسوية الباقي نقديا .
4. يترتب عليها تدفقات نقدية قصيرة الأجل ، وذلك نظرا للتسويات اليومية . ويتم ذلك عبر إيداع هامش (مبلغ من المال) لكل من الطرفين ، يفي هذا الهامش بمتطلبات التسوية اليومية ، ما يعني أن أحد الأطراف يحقق يوميا مكاسب ، على حساب خسارة الطرف الآخر ، الذي يطلب منه مواجهة هذه الخسائر بإيداعات جديدة .
5. غرفة المقاصة هي المسؤولة عن أي عقد مستقبلي ، فهي بائع لكل مشتر ومشتر لكل بائع.

---

[1] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 112 – 114. و نحو سوق مالية إسلامية ، دوابة ، مرجع سابق ، 58 – 60 .

[2] الأسواق الحاضرة والمستقبلية ، هندي ، مرجع سابق ، 362 – 370 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

6. عالية السيولة ، أي إن اي طرف يريد تصفية موقفه ، ما عليه إلا أن يدخل في مركز عكس مركزه .
7. مخاطر الائتمان فيها قليلة ، نظرا للحركة من خلال الهامش .
8. يعتبر تنفيذ العقود إلزاميا لطرفيه .

الفرع الرابع : استخدامات عقود المستقبليات :

تعتبر المرونة العالية التي وفرتها المشتقات المالية إحد أبرز دوافع ، انتشرها والإقبال الشديد الذي حظيت به ، باعتبارها إحدى أكبر وسائل الاستثمار المعاصر ، و يهدف المتعاملون في المستقبليات إلى الوصول إلى المكاسب التالية :

1. المضاربة Speculation : وهي مختلفة طبعا عن المضاربة الفقهية التقليدية ، حيث يقصد بالمضاربة على الأوراق المالية : عملية اتخاذ مراكز قصيرة أو طويلة للاستفادة من التقلبات السعرية للموجودات الأساسية ، بهدف الحصول على أرباح مرتفعة جراء تحمل مخاطر هذه التقلبات [1] . ويتم ذلك عبر الاستفادة من الرافعة المالية [2] ، وسهولة التعاملات ، وانخفاض تكاليف التعاملات [3] .

ويعتبر منظرو أهمية المستقبليات أنها تحقق فوائد مهمة ، مثل سيولة السوق ، ووجود طرف على استعداد دائم للبيع والشراء ، تشجيع الإنتاج ، وتحقيق الاستقرار في السوق الفوري [4] .

2. التحوط Hedging : وهو استخدام موجودات أو مطلوبات مالية في حماية الاستثمار من التقلبات المعاكسة غير المرغوب فيها في أسعار موجودات أو مطلوبات مالية أخرى [1].

---

[1] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 165 – 166 ، استراتيجية الاستثمار في الخيارات المالية ، العلي ، مرجع سابق ، ص 29 . إدارة الأسواق والمنشآت المالية ، د. منير إبراهيم هندي ، ط: منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1995 م ، ص 639 . أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 938 – 942 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 268 . إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 106 .

[2] الرفع المالي : نسبة إجمالي الديون إلى إجمالي الأصول، أو إلى إجمالي قيمة الشركة انظر : أثر الرافعة المالية وتكلفة التمويل على معدل العائد على الاستثمار ، بسام محمد الأغا ، رسالة الماجستير في إدارة الأعمال ، قسم إدارة الأعمال ، كلية التجارة بالجامعة الإسلامية ، غزة ، أغسطس2005 . ص 80 .

[3] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 166 – 167 .

[4] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 940 – 942 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

3. الاستثمار Investment : وهو الاستفادة من معدلات عائد العائد والمخاطرة . أي تحقيق أعلى معدلات عوائد بأدنى درجات مخاطرة ، ومن المعلوم أن المستقبليات غيرت أو عدلت المبادلة الرئيسة بين العائد والمخاطرة [2] .

الفرع الخامس : تمييز عقود المستقبليات عن عقود الخيارات المالية :

ترتبط عقود المستقبليات مع عقود الخيارات بعلاقة وثيقة ، حيث تجمتع في [3] :

1. كلاهما يغطي فترة مستقبلة .
2. قيمة العقدين لا تظهر إلا وقت التنفيذ .
3. كل منها تحقق ميزة الرفع المالي [4] لمستخدمها ، فلا يتطلب العقد سوى مبلغ الهامش .
4. وأنها تستخدم لنفس الأغراض ، وهي المضاربة والتحوط .
5. يمكن تسوية كليهما نقديا او بالتسليم يوم التنفيذ [5] .

ويختلفان في الجوانب التالية [6] :

1. الماهية : فالخيارات المالية حقوق ، والمستقبليات عقود حقيقية .
2. ثمن الخيارات المالية غير مسترد ، بينما ثمن المستقبليات يحتسب من قيمة العقد عند التنفيذ.

---

[1] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 162 ، استراتيجية الاستثمار في الخيارات المالية ، العلي ، مرجع سابق ، ص 34 ، إدارة الأسواق والمنشآت المالية ، هندي ، مرجع سابق ، ص 687 ، 688 ، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 933 – 938 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 263 –264 . إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 106 .

[2] استراتيجية الاستثمار في الخيارات المالية ، العلي ، مرجع سابق ، ص 46 ، 48 .

[3] الأسواق الحاضرة والمستقبلة ، هندي ، مرجع سابق ، 372 . إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 108 .

[4] الرفع المالي : نسبة إجمالي الديون إلى إجمالي الأصول، أو إلى إجمالي قيمة الشركة انظر : أثر الرافعة المالية وتكلفة التمويل على معدل العائد على الاستثمار ، بسام محمد الأغا ، رسالة الماجستير في إدارة الأعمال ، قسم إدارة الأعمال ، كلية التجارة بالجامعة الإسلامية، غزة ، أغسطس2005 ، ص 80 .

[5] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1010 .

[6] الأسواق الحاضرة والمستقبلة ، هندي ، مرجع سابق ، 372 . المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 115 ،إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 108 – 109 . أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1010 – 1011 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

3. كلا طرفي عقد المستقبليات يدفعان قيمة مالية ، بينما في الخيارات الذي يدفع طرف واحد ، هو مشتري الخيار .
4. أرباح وخسائر طرفي العقد في المستقبليات غير محدودة ، بينما في الخيارات محدودة عند التنفيذ ، وهي خسارة حامل الخيار عند عدم تنفيذه وهي محدودة ، وربح بائع الخيار يوم التنفيذ هو ثمن الخيار فقط وهو محدود .
5. عقود الخيارات المالية لازمة لطرف واحد يوم التنفيذ ، والمستقبليات لازمة للطرفين [1] .

الفرع السادس : أنواع عقود المستقبليات :

تصنف العقود المستقبلية بأكثر من طريقة [2] :

أ. تصنف العقود المستقبلية حسب طبيعة المعقود عليه إلى : عقود مستقبليات على السلع . و يشترط في هذه السلع أن تكون : قابلة للتنميط من حيث الكمية والجودة ، ذات طلب نشط ، قابلة للتخزين ، ذات قيمة مقارنة بحجمه [3] . وعقود مستقبليات على الأوراق المالية . وهي أنواع ؛ مثل مؤشرا الأسهم ، وأسعار الفائدة ، وأسعار الصرف .
ب. وتصنف العقود المستقبلية حسب قابلية العقد للتسليم إلى : عقود قابلة للتسليم ؛ مثل عقود العملات والسلع والأوراق المالية . وعقود غير قابلة للتسليم ؛ مثل المؤشرات .
ج. وتصنف العقود المستقبلية حسب فترة الاستحقاق إلى : عقود قصيرة الأجل ؛ مثل عقود السلع ، والعملات الأجنبية ، وأذونات الخزانة . وعقود طويلة الأجل ؛ مثل عقود سندات الحكومة التي قد تصل إلى 20 عاما .

ويستفاد من هذا التقسيم تصور طبيعة هذه العقود ، وتمييزها عن غيرها ، توصلا للتعرف على مناط الحكم الذي به يعرف الموقف الشرعي منها .

---

[1] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1011 .
[2] الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامي ، عيد ، مرجع سابق ، ص 706 – 707 .
[3] الأسواق الحاضرة والمستقبلة ، هندي ، مرجع سابق ، ص 327 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثاني : تحرير محل التعاقد في عقود المستقبليات :

يعتبر المعقود عليه في عقود المستقبليات معقدا نظرا لتنوع هذه العقود ! وسوف نتتبع محل التعاقد في المستقبليات من خلال تصنيفها حسب طبيعة المعقود عليه . لأن الحديث عن تصنيفاتها الأخرى وإن كانت نافعة في تقدير الموقف الشرعي منها ؛ إلا أن غرض هذا البحث الحديث عن محل العقد لتعلقه بمحور الدراسة ، وليس الغرض استخراج الحكم الشرعي لهذه التطبيقات للمعاوضة على الالتزامات ، بل الغرض التوصل إلى تصور حول طبيعة الالتزام وهل دخل في دائرة ما يتم التعاقد عليه ؟ وعليه سوف يتم استجلاء حل التعاقد لكل نوع على حدة ، وذلك خلافا لما نحا إليه بعض الباحثين من الحديث المجمل عن محل التعاقد في المستقبليات واصفا إياه بالعدم [1] ،والأصح منهجيا تقسيم الحديث عن محل العقد تبعا لتقسيمات أنواع المستقبليات ، وذلك لاختلاف الأنواع مع اتحاد الجنس .

الفرع الأول : محل التعاقد في عقود المستقبليات على السلع :

مضى الحديث عن الشروط اللازم توفرها في السلع لتكون قابلة لإجراء عقود مستقبلية عليها ، فما الذي يتم التعاقد عليه في هذه العقود ؟

اتفقت كلمة الباحثين حول هذه المسألة أن المعقود عليه في عقود المسقبليات على السلع موصوف في الذمة [2] . قال العثماني : وإن عقود المستقبليات ، وإن كانت مشتملة على المواصفات الدقيقة ببيان الدرجات ، ولكن الذي يقع فعلا ، أن البائع ربما يبيّن درجات مختلفة في العقد الواحد ، ويكون الخيار بيد البائع في تسليم ما شاء من هذه الدرجات [3] . وقال القرة داغي : إن هذه العقود لها شبه بالسلم من حيث إنها تصف محل البيع وصفًا دقيقًا، وتحدد لتسليمه موعدًا محددًا لاحقًا [4] ، ولكنه حرم المستقبليات لتأجيل البدلين . وجاء في البيان الختامي لندوة الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية المنعقدة في الرباط 1410 هـ – 1989 م ما نصه : هي عقود بيع آجل ، يؤجل فيه قبض المحل سلع أو أسهم أو سندات... ، وذلك عند الحديث عن تعريف المستقبليات ، كما انتهوا

---

[1] إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 116 .

[2] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 946 .

[3] بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، د. محمد تقي العثماني ، ط: دار القلم ، دمشق ، الطبعة الثانية ، 1424 هـ – 2003 م ، ص 136.

[4] الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، د. علي محيي الدين القره داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 2 / ص 1324 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

في نفس الندوة إلى أن المستقبليات هي عقود باتة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى أجل ، يكون محلها بيع شيء غير معلن ، بل موصوف في الذمة .

وجاء في نفس البيان قولهم : "ومحل العقد الذي وقع عليه البيع على هذا النحو ، هو مال مثلي موصوف في الذمة ، يتم تسليمه في المستقبل بثمن نقد في الذمة ، يسلم كله أو بعضه في زمن محدد لا وقت التعاقد . وهذا البيع يطلق عليه الفقهاء بيع السلم ويشترطون في صحته أن يتم تسليم الثمن ، ويسمى رأس مال السلم ، في مجلس العقد عند الجمهور ، أو بعده بمدة لا تزيد على ثلاثة أيام عند المالكية . وحكمة هذا الشرط تلافي بيع الدين بالدين ، أو ابتداء الدين بالدين كما يعبر عنه عند المالكية . وهو معاملة يرى الفقهاء أنها لا تحقق مصلحة اقتصادية ولا تضيف جديدا في مجال الإنتاج أو التبادل ، إذ إن الشريعة الإسلامية لا تجيز التبادل إلا إذا تضمنت الصفقة أو العقد قبض أحد العوضين على الأقل" [1] . وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية : "أنه يتم التعامل بالسلع في الأسواق المنظمة بإحدى أربع طرق، يهم البحث منها الطريقتين التاليتين:

الطريقة الثالثة (حسب ترتيب القرار) : أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم وأن يتضمن شرطاً يقتضي أن ينتهي فعلاً بالتسليم والتسلم . وهذا العقد غير جائز لتأجيل البدلين ، ويمكن أن يعدل ليستوفي شروط السلم المعروفة، فإذا استوفى شروط السلم جاز . وكذلك لا يجوز بيع السلعة المشتراة سلماً قبل قبضها.

الطريقة الرابعة (حسب ترتيب القرار) : أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم دون أن يتضمن العقد شرطاً يقتضي أن ينتهي بالتسليم والتسلم الفعليين ، بل يمكن تصفيته بعقد معاكس . وهذا هو النوع الأكثر شيوعاً في أسواق السلع، وهذا العقد غير جائز أصلاً "[2] .

---

[1] البيان الختامي والتوصيات لندوة الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية ، 1410هـ - 1989م ، الرباط ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السادس ، ج 2 / ص 1664 .

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية ، www.fiqhacademy.org.sa .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

مناقشة هذا القول :

ويظهر للباحث أن المعقود عليه في عقود المستقبليات هو الالتزام وليس السلعة نفسها موضوع العقد. ويظهر ذلك من خلال الأدلة التالية :

أولا : دلالة قابلية عقود المستقبليات للتداول . يدل مبدأ قابلية عقود المستقبليات للتداول – والذي اتفق عليه كل من اطلع الباحث على ما كتبوه – أن هذه السمة في المشتقات المالية هي السمة الأهم فيها ، وذلك لما تتيحه من مرونة عالية في حشد الموارد المالية وتوظيفها ، وتحقيق أعلى درجة ممكنة من السيولة ، يدل ذلك عى أن هذه العقود ليس الغرض منها تملك السلع ، بل الغرض منها توفير أعلى درجات المرونة لحركة رؤوس الأموال ، وإتاحة الفرصة لرؤوس الأموال أن تنفلت من ارتباطها العضوي بما يقابلها من قيمة حقيقية هي السلع والخدمات ، ومن ثم إن تخريج هذه العقود على أساس أنها عقود مشاركة في تطوير آليات وأدوات التبادل الآمن لرؤوس الأموال والسلع، ليس وجيها. بل هناك إشكال في تحديد علة استحداث مثل هذه الأدوات المالية ، هل هو تسهيل النشاط الاقتصادي ، أم هو تسهيل تركز الثروات ؟ ومنح رؤوس الأموال آفاقا واسعة للحركة بدون ارتباط بقوانين الإنتاج الحقيقي ؟ . لذلك يمكن القول أن محل العقد في المتستقبليات هو الالتزام . ويدل على ذلك أحكام تسوية هذه العقود بالتسليم ، حيث لا تتجاوز العقود التي تنتهي بالتسليم 2% من مجموع هذه العقود . وهذا يؤكد أن محل التعاقد ليس سلعا ، لأن محل التعاقد في الشريعة الغراء الذي هو مقصود العاقدين من العقد ، أن يكون مقصد البائع بيع السلعة والحصول على ثمنها ، ومقصد المشتري الحصول على السلعة لحاجته لها ، ولذلك يبذل من أجلها الثمن . ولكن ليس هذا ما يحدث في عقود المستقبليات بدلالة تسويتها نقديا لا بالتسليم . فمحل العقد المقصود للعاقدين فيها هو النقد الذي يتوصل إليه بالمعاوضة على الالتزام وليس على السلعة .

ثانيا : دلالة التحوط : تقدم الحديث عن أغراض تداول المستقبليات ، وأنها التحوط والمضاربة والاستثمار ، وتدل هذه الأغراض على أن محل التعاقد في عقود المستقبليات ليس السلعة وما تشكله من أهمية لدى العاقدين . فطرفا عقد المستقبليات لا يفكران بالسلع ولا يتمثلان أهميتها ، ولا ينظران حتى إلى أهميتها في الأسواق التقليدية لعموم الناس ، فالمطلوب هو تداول الالتزام وليس السلع أبدا، ولا يوجد ما يدل على أن مقصود المتعاقدين هو السلعة . فالغرض للعاقدين المضاربة ، أو التحوط ، وهذان هما مقصدا التداول ، فكيف يوصف محل العقد بأنه السلعة . قد يصح أن توصف الوسيلة

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

والشكل الذي يجسد الالتزام بالسلع ، ولكن مركز العقد هو ذات الالتزام المثمن حسب الاتفاق ، وليس السلعة .

تجدر الإشارة إلى أن بعض الباحثين اعتبر عقود المستقبليات من الوعد على البيع وليس بيعا [1]، وهذا التخريج يخرج عن نطاق بحثنا ، إذ نطاق بحثنا العقود وليس الوعود .

الفرع الثاني : محل التعاقد في عقود المستقبليات على الأوراق المالية :

تشمل الأوراق المالية التي يتم إجراء المستقبليات عليها أنواعا من الأوراق ، فهناك الأسهم ، وأسعار الفائدة ، ومؤشرات الأسهم [2] ، وعد بعض الباحثين [3] العملات من المستقبليات . والواقع أنها من عقود المبادلات ، وقد أُفرد للمبادلات بالعملات مبحث بأكمله ، هو المبحث التالي ، وهذه الأنواع هي :

1. المستقبليات على الأسهم : وقد ألحق من كتب عن المستقبليات على الأسهم بالسلع ، وجعلوا محل التعاقد عليها واحدا [4]. كما تقدم في الفرع السابق .
2. المستقبليات على أسعار الفائدة [5] (السندات ، أذونات الخزينة ...) ، عد الباحثون [6] أن المستقبليات على أسعار الفائدة من بيع الديون ، وعليها يستنبط من هذا القياس أن محل التعاقد عندهم هو الدين ، والدين : كل ما ثبت في الذمة [7].

مناقشة هذا القول :

---

[1] المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المعيار رقم 20 ، مرجع سابق ، ص 350 . بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، العثماني ، مرجع سابق ، ص 141 .

[2] استراتيجية الاستثمار في الخيارات المالية ، العلي ، مرجع سابق ، ص 109 – 110 . أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 953 – 959 .

[3] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 129 . إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 112.

[4] البيان الختامي والتوصيات لندوة الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية ، 1410هـ – 1989م ، الرباط ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السادس ، ج 2 / ص 1664 ، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، القره داغي مرجع سابق ، ج 2 / ص 1324 . أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 959 – 960 .

[5] أسعار الفائدة : هي صكوك تمثل دينا لصاحبها على مصدرها .

[6] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 960 .

[7] أصول السرخسي ، السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، ت 490 هـ ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، ط: دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1414 هـ – 1993 م ، ج 2 / ص 175 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

من المعلوم أن محل التعاقد في المستقبليات على أسعار الفائدة ، ليس الدين ، بل هو الالتزام المحض ، والفرق بين الالتزام المحض والدين ، أن الدين ثابت في الذمة بسبب أو موجب ، يقتضي وجود دائن ومدين ودين ، و المستقبليات على أسعار الفائدة ليست تجديدا أو نقلا لهذا الدين من ذمة إلى ذمة ، بل إنشاء لالتزام جديد بعوض ، ولذلك يختلف مناط التعاقد بينهما ، في أن التعاقد على الدين هو : نقل لما استقر في الذمة بسبب معتبر من ذمة أحد العاقدين إلى ذمة الآخر ، بينما التعاقد في المستقبليات على أسعار الفائدة هو إنشاء لالتزام جديد لم يكن من قبل ، وهذا هو محل العقد الذي قابل العوض الذي هو ثمن عقد المستقبليات . ولا شك أن هذا الالتزام فيه تعلق بأصل ، ولكن التعلق بالأصل في عقود المشتقات سمة هذه المشتقات ، وليس هو عقد على هذه الأصول . والله أعلم .

1. المستقبليات على مؤشرات الأسهم : مؤشر الأسهم هو : رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة ، وتجري عليه مبايعات في بعض الأسواق المالية [1] . أو هو : رقم يشير إلى حركة أسعار الأسهم في السوق ، يتم استخلاصه من أسعار مجموعة من الأسهم ، التي يعتقد أنها عينة تمثل الأسهم المتداولة في السوق [2] . وفي معرض تحديد محل العقد في هذا النوع من المستقبليات ، ذهب الباحثون إلى القول أن محل العقد في هذه المسألة معدوم ، قال القري : لا شك أن المؤشر أمر مجرد ، مثل درجة الحرارة ، لا يمكن لأحد أن يقبضه أو يدفعه ، ولذلك فالمقصود بهذا هو التسوية النقدية بين الحالين عند أول العقد وعند نهايته [3] . وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي مؤكدا هذا المعنى ، حيث جاء في القرار : مؤشر الأسهم هو : رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة ، وتجري عليه مبايعات في بعض الأسواق المالية [4] .

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية ، www.fiqhacademy.org.sa .

[2] الأسهم ، الاختيارات ، المستقبليات ، أنواعها والمعاملات التي تجري فيها ، د. محمد علي القري بن عيد ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد السابع ، ج 1 / ص 107 .

[3] الأسهم ، الاختيارات ، المستقبليات ، أنواعها والمعاملات التي تجري فيها ، د. محمد علي القري بن عيد ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد السابع ، ج 1 / ص 107 .

[4] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية ، www.fiqhacademy.org.sa .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وهذا النوع من المستقبليات هو الكاشف عن حقيقة محل التعاقد في المشتقات المالية ، إذ إن طبيعة عملية التعاقد هنا هي استنساخ لعميلة التعاقد في كافة المشتقات المالية ، وإن كانت بعض المشتقات تعود إلى أصول معينة سلعية كانت أم مالية، إلا أن هذا النوع يكشف بجلاء حقيقة ما يتم التعاقد عليه في المشتقات كلها ، أي أن وجود الأصل موضوع التعاقد لا قيمة له في التعاقد ، فالقيمة فقط بالالتزام ، وليس بمحل الالتزام . والله أعلم .

المطلب الثالث : حكم التعامل بعقود المستقبليات :

الفرع الأول : المستقبليات على الأسهم والأوراق المالية المختلفة :

الاتجاه الأول : تحريم التعامل بهذا النوع من العقود ، وذهب إليه أكثر الباحثين . وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية [1] . وجاء في المعيار رقم (20) من المعايير الشرعية : لا يجوز شرعا التعامل بعقود المستقبليات ، سواء بإنشائها أم بتداولها [2] .

أدلة التحريم : استدل القائلون بالتحريم بأن المستقبليات فيها موجبات التحريم التالية :

1. المستقبليات على السلع والأوراق المالية تأجيل للبدلين ، الثمن والمثمن [3] ، ويعبر عنه عند المالكية بابتداء الدين بالدين ، وهو بيع الكالئ بالكالئ ، ودليل منعه النص والإجماع ، أما النص فحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : (نهى رسول عن بيع الكالئ بالكالئ)، قال نافع : وذلك بيع الدين بالدين [4] . أما الإجماع فقد أجمع العلماء على تحريم بيع الدين بالدين [1]، وهذه إحدى صوره [2] .

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية ، www.fiqhacademy.org.sa ، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، د. علي محيي الدين القرة داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدور السابعة ، العدد السابع ، ج1 / ص 190 ، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 959 .

[2] المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المعيار رقم 20 ، مرجع سابق ، ص 344 .

[3] الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، د. علي محيي الدين القرة داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدور السابعة ، العدد السابع ، ج1 / ص 190 .

[4] هذا الحديث فيه اختلاف كثير كبير ، غير أن العمل عليه ، قال ابن حجر في التلخيص الحبير : رواه الحاكم والدارقطني من طريق عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عقبة ، عن نافع ، عن ابن عمر ، ومن طريق ذؤيب بن عمامة ، عن حمزة بن عبد الواحد ، عن موسى بن

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

2. المستقبليات على الأسهم من بيع المعيّن المؤجل ، والمعيّن لا يجوز تأجيله بإجماع أهل العلم. وفي هذه العقود يتم تأجيل تسليم الأسهم ، وهذا مُحرّم لا يجوز [3] .
3. المستقبليات على الأسهم والأوراق المالية المختلفة من القمار المحرم ، وذلك لأنها تنتهي غالبا بالتسوية النقدية بين الطرفين ، وليس بالتسليم [4] .
4. المستقبليات على الأوراق المالية قد تكون على الذهب والفضة ، وهذا بيع النقود بالنقود ، وهو الصرف ، والذي يشترط فيه الحلول والتماثل والتقابض ، وهذه الشروط منتفية في هذه الصورة ، وهذا مما يعلم تحريمه بالضرورة [5] .

الاتجاه الثاني : جوزا التعامل بهذا النوع من العقود :

ذهب بعض الباحثين إلى القول بجواز التعامل بالمستقبليات. حيث جوّز أحمد محيي الدين التعامل في المستقبليات إلا الأوراق المالية لعدم الحاجة لها ؛ ولأن العملية تنتهي بخسارة أحد الطرفين.

عقبة ، عن عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر ، وصححه الحاكم على شرط مسلم فوهم ، فإن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة ، قال البيهقي : والعجب من شيخنا الحاكم كيف قال في روايته : عن موسى بن عقبة ، وهو خطأ ، والعجب من شيخ عصره أبي الحسن الدارقطني حيث قال في روايته : عن موسى بن عقبة ، وقد حدثنا به أبو الحسين بن بشران ، عن علي بن محمد المصري شيخ الدارقطني فيه فقال : عن موسى غير منسوب ، ثم رواه المصري أيضا بسنده فقال : عن أبي عبد العزيز الربذي وهو موسى بن عبيدة ، وقد رواه ابن عدي من طريق الدراوردي ، عن موسى بن عبيدة ، وقال : تفرد به موسى بن عبيدة . وقال أحمد بن حنبل : لا تحل عندي الرواية عنه ، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره ، وقال أيضا : ليس في هذا حديث يصح ، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين ، وقال الشافعي : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث . التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد ، تحقيق : حسن بن عباس بن قطب ، ط: مؤسسة قرطبة ، 1416 هـ – 1995 م ، ج 3 / ص 62 .

[1] نقل الاجماع عن الإمام أحمد ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 62 ، الإجماع ، ابن منذر ، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابروي ، ت 318 هـ ، تحقيق : د. أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف ، ط: مكتبة الفرقان ، عجمان ، ومكتبة مكة الثقافية ، رأس الخيمة ، الطبعة الثانية ، 1420 هـ – 1999 م ، ص 132 . بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 125 .

[2] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 959 .

[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد القرطبي ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ، ت 595 هـ ، ط: دار المعرفة بيروت ، الطبعة السادسة 1402 هـ – 1982 م ، ج 2 / ص 156 . و أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 803 – 806 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 293 .

[4] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 959 – 960 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 293 .

[5] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 961 . الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامي ، عيد ، مرجع سابق ، ص 735 – 736 . عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 292 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

والعياشي فداد ؛ بشرط انتهائها بالتسليم ، ومحمد عبد الغفار الشريف ؛ بشرط ألا تكون سلعا وهمية، وكذلك عبد الرحيم الساعاتي [1] .

أدلة الجواز : استدل القائلون بالجواز بالأدلة التالية [2] :

1. عدم الدليل على تحريم هذه المعاملة ، ورد أدلة القائلين بالتحريم من وجوه هي :

أ. الفقهاء مختلفون فيما يصدق عليه بيع الدين بالدين .

ونوقش : بأن المستقبليات ليست من الصور المختلف فيها .

ب. أن الصور التي ذكرها الفقهاء لبيع الدين بالدين ، لا تشمل سوق العقود ، وقد رسم بعض الفقهاء حدودا تشمل سوق العقود ، ولكنه تبقى رأيا للفقهاء وليس إجماعا .

ونوقش : بأن عدم تعيينها راجع إلى أنها مستحدثة لم تكن معروفة عندهم ، والأحكام منوطة بالحقائق لا بالمسميات ، كما أن القول بخروج المستقبليات من صورة بيع الدين بالدين ، لا يسلم له . لما هو ظاهر من واقع المعاملة .

ج. أن بعض الفقهاء أجازوا صورا من بيع الدين بالدين . وذلك يسقط القول بالإجماع على تحريمه .

ونوقش : أن الإجماع منعقد على منع بيع الدين بالدين ، مع الاختلاف في بعض صوره ، وهذا لا يقضي على الإجماع . فالخلاف في دخول بعض الصور تحت الإجماع أم لا ؟

د. واستدلوا بما ورد عن المالكية والحنابلة من جواز اشتراط تأجيل تسليم العين مدة يحددها العاقدان .

ونوقش : بأن المسألة ليست من باب اشتراط تأجيل تسليم العين ، بل هي من باب التعاقد على مؤجلين اثنين ، الثمن والمثمن ، وليس هذا الباب مثل ذلك الباب .

---

[1] قال بجواز التعامل بالمستقبليات : د. أحمد محيي الدين ، ود. العياشي فداد ، ود. محمد عبد الغفار الشريف ، ود. عبد الرحيم الساعاتي ، عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 209 ، 210 ، 211 ، 218 .

[2] عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 209 – 218 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

هـ. واستدلوا بقول المالكية بجواز تأخير ثمن السلم .

ونوقش : بأن اشتراط قبض رأس مال السلم في المجلس ، وعدم تأخيره عن مجلس العقد هو مذهب جماهير العلماء ، من حنفية [1] ، وشافعية [2] ، وحنابلة [3] . أما المالكية فتحرير مذهبهم ، فساد السّلَم إذا تأخر تسليم رأس ماله عن مجلس فوق ثلاثة أيام عن شرط ، أما إذا تأخر عن غير شرط ؟ ففيه قولان لمالك : جواز تأخيره ثلاثة أيام بدون شرط ، عند عامة المالكية ، واختيار ابن عبد البر المنع مطلقا ، أما التأخير بدون شرط فوق ثلاث ، فعند مالك الكراهية بلا فسخ . وإذا اتفقا فسخ العقد [4] . كما أن اشتراط تأجيل رأس مال السلم ، إنما كان بالشرط وليس بالعقد كما يحصل في المستقبليات . وخلاصة القول : أن أحدا من المالكية لم يقل بجواز تأجيل رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام ، وعقود المستقبليات ليست كذلك ، فالتأجيل فيها فوق ذلك بكثير .

و. واستدل القائلون بالجواز ، بأن التحوط متوافق مع مقاصد الشريعة في حفظ المال ، وهذا مسوغ شرعي كاف لجواز المستقبليات لأنها عقود تحوط [5] .

ونوقش : بأن المستقبليات ليس المقصود منها التحوط ، بل المقصود منها المخاطرة في الأرباح ، والمخاطرون يقصدون الحصول على فرق سعري البيع والشراء فحسب، ولا يقصدون شراء السلع وبيعها ، والفئة الثانية من المتعاملين بهذه العقود هم الذين يريدون تأمين ربحهم على ما اشتروه في السوق الحقيقية ، وهذا التأمين يحتاجون إليه لغايات الاحتكار لا التحوط [6] .

---

[1] **بدائع الصنائع** ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 203 ، **تبيين الحقائق** ، الزيلعي ، ج 4 / ص 117 .

[2] **مغني المحتاج** ، الشربيني ، ج 3 / ص 4 .

[3] **المغني** ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 408 – 409 .

[4] **المدونة الكبرى** ، الإمام مالك بن أنس الأصبحي ، ت 179 هـ ، رواية سحنون ، ط: دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1415 هـ – 1994 م ، ج 3 / ص 88 .

[5] **مستقبليات مقترحة متوافقة مع الشريعة** ، عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد الإسلامي ، 1423هـ – 2003 م ، م 15 ، ص 36 .

[6] **بحوث في قضايا فقهية معاصرة** ، العثماني ، مرجع سابق ، ص 142 – 143 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ز. كما استدلوا بجواز تأجيل الثمن في الإجارة مع عدم إمكان تسليم المنفعة على الفور، وفي الاستصناع ، وفي السلم إذا عقد بيعا ، وفي التوريد يتأجل البدلان ، ويجوز تأجيل البدلين في عقد البيع إذا كان الغرض التسليم وليست المضاربة [1] .

ويناقش : بإن ثمن المنفعة في عقد الإجارة لا تستحق بالعقد ، بل تستحق باستيفاء المعقود عليه أو بالشرط ، قال الكاساني : فالحاصل أن الأجرة لا تملك عندنا إلا بأحد معان ثلاثة : أحدها : شرط التعجيل في نفس العقد ، والثاني : التعجيل من غير شرط : والثالث : استيفاء المعقود عليه [2] ، كما أن القاعدة عند المالكية تأخير الأجرة خلاف للتعجيل في البيع [3] ، فالعقد على المنافع عقد على معدوم أصلا ، فلا يقاس عليه العقد على الأعيان ، فأحكام الأعيان المعدومة مختلف عن أحكام المنافع المعدومة .

ح. واستدلوا كذلك بجواز مجموعة من العقود فيها تأجيل للبدلين ، هي عقد الاستصناع، وعقد التوريد [4] .

منه الحصول على المعقود عليه ولكن لا يمنع ذلك من أن يصار إلى التعويض عن الضرر إذا وقع إخلال بهذا الأثر العقدي المستهدف من عقود التوريد وعقود المناقصات [1] .

الترجيح :

والقول بتحريم هذه العقود ، نظرا لما تحتويه من موجبات الحظر ، وموانع القول بجوزاها، مما سبق بيانه، هو الأرجح . وذلك لقوة أدلة المانعين ، وضعف أدلة المجوزين ، وقد نوقشت وجهة نظر المجوزين وتبين ضعف أدلة الجواز .

الفرع الثاني : المستقبليات على المؤشرات :

ذهب كل من تسنى للباحث الاطلاع على أبحاثهم القول بتحريم التعامل بهذا النوع من العقود . وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية [2] .

أدلة التحريم :

1. المعقود عليه في عقود المستقبليات على المؤشرات ليس بمال ، ولا يؤول إلى مال ، وذلك لا يجوز ، لأن من شروط المعقود عليه أن يكون مالاً ، أو حقا متعلقا بمال ، ومؤشرات الأسهم أرقام مجردة ، يقع عليها العقد ، وليس على الأسهم الممثلة في تلك المؤشرات [3] .
2. المستقبليات على المؤشرات من عقود الرهان المحرم بإجماع المسلمين ، جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي : لا يجوز بيع وشراء المؤشر لأنه مقامرة بحتة ، وهو بيع شيء خيالي لا يمكن وجوده [1] .

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي العالمي ، الدورة الثانية عشرة ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 536 .

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية ، www.fiqhacademy.org.sa ، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، د. علي محيي الدين القرة داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدور السابعة ، العدد السابع ، ج1 / ص 190 ، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 959 .

[3] الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ، د. علي محيي الدين القرة داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدور السابعة ، العدد السابع ، ج1 / ص 190 ، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 961 – 962 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ولم يطلع الباحث على قول آخر في المسألة ، ما يقضي بالقول بحظر هذه المعاملة ، لقوة أدلة الحظر ، وانتفاء أدلة الجواز . والله أعلم .

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م ، بشأن الأسواق المالية ، www.fiqhacademy.org.sa .

المبحث الثالث : المعاوضة على الالتزامات في عقود المبادلات (الالتزام بالصرف) :

المطلب الأول : مفهوم عقود المبادلات وخصائصها .

المطلب الثاني : تحرير محل التعاقد في عقود المبادلات .

المطلب الثالث : حكم التعامل بعقود المبادلات .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول : مفهوم عقود المبادلات وخصائصها :

يتناول هذا المبحث الحديث عن مفهوم عقود المبادلات وخصائصها ، وسيتم تغطية هذا المبحث بالفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف عقود المبادلات .

الفرع الثاني : أنواع عقود المبادلات واستخداماتها.

الفرع الثالث : خصائص عقود المبادلات بالعملة .

الفرع الأول : تعريف عقود المبادلات :

المبادلات هي الترجمة العربية لكلمة (Swaps) ، وتعرف عقود المبادلات على أنها : (اتفاق بين طرفين أو أكثر لتبادل سلسلة من التدفقات النقدية خلال فترة مستقبلية) [1]. وقد كثرت تعريفات عقود المبادلات ، ولكنها لا تخرج عن هذا الإطار [2] .

ويبين التعريف أن المبادلات عقود تتعلق بالنقد – الدفعات والمقبوضات – لا بالسلع ، ولا بالأصول التي يملكها أحد الطرفين أو كلاهما ، ولا الحقوق الأخرى ، ويتم تداول هذه العقود في أسواق خاصة، هي الأسواق غير المنظمة [3] ، وتوصف هذه العقود بأنها غير متجانسة تماما ، وذلك لأنها اتفاقات ثنائية ، وليست نمطية مثل المستقبليات ، وهذا ما يميز بينها وبين المشتقات المالية الأخرى[4]. وذهب بعض الباحثين [5] إلى القول بصعوبة تحديد تعريف يجمع كافة أنواع المبادلات ، وذلك لتشعبها وكثرتها ، وسوف يتضح مفهوم المبادلات أكثر عند تناول الحديث عنها بشكل مفصل.

---

[1] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 213 .

[2] للتوسع في تعريفات المبادلات ؛ ينظر : أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1090 . وإدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 172 – 173 .

[3] الأسواق غير المنظمة : سوق تختص بتداول الأوراق المالية المسجلة في البورصة أو الغير مسجلة في البوصلة ، ويتم التعامل مع هذه السوق في أوقات غير أوقات العمل الرسمية للبورصة . الأسواق الحاضرة والمستقبلية ، هندي ، مرجع سابق ، ص 28 وما بعدها .

[4] عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 229 .

[5] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1092 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفرع الثاني : أنواع عقود المبادلات واستخداماتها :

تنقسم عقود المبادلات إلى الأنواع التالية :

1. عقود مبادلة أسعار الفائدة ؛ وهي العمليات التي يتم بموجبها الاتفاق بين طرفين على مقايضة معدلات عائد متغير بمعدلات عائد ثابت ، على مبلغ محدد بعملة معينة ، دون أن يقترن ذلك – بالضرورة – بتبادل هذا المبلغ [1] ، ولها نوعان: مبادلة الدفعات ، ومبادلة المقبوضات . وتهدف هذه العقود إلى تخفيض كلفة التمويل ، والاحتياط لسعر الفائدة ، والمضاربة .
2. عقود مبادلة العملات : وهي مبادلة عملة معينة بعملة أخرى إلى أجل محدد ، يتم فيه إعادة كل عملة إلى صاحبها [2] ، وتهدف إلى : التغطية ، والتحوط ، وتخفيض كلفة التمويل ، وتخطيط السيولة ، واستغلال العملة المتوفرة ، وخلق مراكز آجلة ... وغيرها من أغراض مبادلات العملات .
3. عقود مبادلة السلع : وهي تبادل التدفقات النقدية التي تتحدد قيمتها على أساس سعر السلعة، وغالبا ما تكون حول البترول [3] .
4. عقود مبادلة الأسهم : وهي المقايضة في تاريخ لاحق لمعدل العائد على سهم معين أو مجموعة من الأسهم بمعدل العائد على سهم أو أصل مالي آخر [4] .

وسوف يعالج هذا البحث نوعا واحدا من أنواع المبادلات وهو مبادلات العملات ، وذلك التزاما بخطة البحث .

---

[1] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 215 ، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1096 ، 1098 .

[2] إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 174 .

[3] عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 239 .

[4] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ، آل سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1126 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الثالث : خصائص عقود المبادلات بالعملة :

تشكل السمات التالية لعقد مبادلات العملات الخصائص التي ينبني عليها هذا العقد ، وهذه السمات هي [1] :

1. عقد مبادلة العملات خاص في تبادل العملات فقط ، وليس عقدا لتداول الحقوق والأصول والسلع .
2. عقد مبادلة العملات يتكون من عقدين الأول فوري ، والثاني زمني ممتد ، يترتبطان بعضهما ارتباطا عضويا .
3. عقد مبادلة العملات مركب من عقدين ؛ أحدهما لبيع عملة ، بيعا حالا ، والثاني لشراء العملة المباعة في العقد الأول ، بالعملة الأخرى نفسها ، على أن يتم التسليم والتسلم في وقت لاحق .
4. عقد مبادلة العملات يقوم على أساس سعري متعدد ، حيث هناك سعران ، سعر العقد الأول الحال ، وسعر العقد الثاني المؤجل . هذا ليس شرطا ، فقد يكون سعر العقدين واحدا . وإذا كان سعر العقدين واحدا ، يدفع كل من الطرفين للآخر فائدة على العملة التي قبضها [2] .
5. بناء على النقطة السابقة ؛ يمكن القول : إن عقود مبادلات العملة على نوعين ؛ نوع يختلف فيه سعر العقدين ، ونوع آخر يكون فيه سعر العقدين واحدا ، وهذا يشبه القرض [3] .
6. يتضمن الاتفاق العناصر التالية محددة عند التعاقد وهي [4] : مدة الاتفاق ، وتكون عادة متوسطة إلى طويلة الأجل ، أي من 2- - 10 سنوات ، والأكثر انتشارا يكون لمدة 5 سنوات . ويكون الدولار غالبا أحد العملتين في العقد ، ويتضمن العقد مقدار العملة وسعر صرفها ، كما يتضمن أساس سعر الفائدة ؛ هل ثابت أم متغير ؟ واخيرا موعد الاستحقاق .

---

[1] أدوات التعامل الحديثة في الأسواق المالية والمشتقات ، البنك المركزي المصري ، المجلة الاقتصادية ، المجلد 35 ، العدد 4 ، 1995/1994 ، ص 102 ، 103 . وعقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 380 .

[2] الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ، تطبيقات عملية ، محمد محمود حبش ، عمان ، 1998 ، 284 .

[3] عقود المشتقات المالية ، بدوي ، مرجع سابق ، ص 380 .

[4] عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 232 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

7. تهدف عقود مبادلة العملات إلى توفير السيولة النقدية ، وضبط تكلفة العملة المستقبلي ، وتغطية المراكز المفتوحة ، وأخيرا الاستفادة من تفاوت أسعار الفائدة مقارنة باالتغيرات على أسعار الصرف [1] .

8. تجري المبادلات على العملات بطريقتين [2] هما :

أ. الطريقة الأولى : يصدر الطرفان سندات بسعر الفائدة السائد – مستفيدان من الميزة النسبية [3] – ثم يدفع الطرفان حصيلة السندات إلى الوسيط ، ثم يدفع الوسيط لكل طرف العملة التي يريد شراءها ، بسعر فائدة أقل من أسعار الفائدة المتاحة ، وفي موعد الاستحقاق يتم تصفية العملية . ولتوضيح العملية لا بد من ضرب المثال التالي :

شركة(أ) سويسرية ، تحتاج 2 مليون دولار ، ولا تملك هذا المال ، فإذا أرادات اقتراضه من سوق الدولار الأمريكي فسوف يكلفها 9.78% ، وفي المقابل تستطيع توفير 2.8 فرنك سويسري (ما يعادل 2 مليون دولار) ، بإصدار سندات بسعر فائدة 7.5% . وبتكلفة إصدار منخفضة .

في المقابل شركة (ب) أمريكية ، تحتاج إلى 2.8 فرنك سويسري ، ولا تملكه ، فإذا أرادت اقتراضه من سوق الفرنك السويسري ، فسوف يكلفها 8.5% ، وفي المقابل تستطيع توفير 2 مليون دولار (ما يعادل 2.8 مليون فرنك سويسري) بإصدار سندات بسعر فائدة 10% .

تتوجه الشركتان للوسيط ، وبعد المواءمة بين حاجتي الشركتين عن طريق الوسيط ، يحصل التالي :

---

[1] عمليات الخزينة ، نضال البرغوثي ، الهندسة المالية وأهميتها بالنسبة للصناعة المصرفية العربية ، اتحاد المصارف العربية ، بيروت، 1996 م ، ص 77 – 78 .

[2] إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية ، حبيلي ، مرجع سابق ، ص 175 – 179 .

[3] الميزة النسبية : هي أن تتمتع الشركة كطرف في عقود المبادلات بميزة نسبية في سوق عملة ما أو بميزة نسبية في الفرق بين أسعار الفائدة الثابتة والمعومة على السندات ، وقد انتقدت بأنها خادعة لأنها تفسر التفاوت بين أسعار الفائدة المعروضة على شركتين على اساس تغيرات متوقعة على الجدارة الائتمانية ، بينما يمكن أن يكون هذا التغير راجعا جزئيا إلى طبيعة العقود المتاحة للشركات في أسواق الأسعار الثابتة والمعومة . المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 240 – 247 بتصرف .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

تصدر الشركتان سندات بالمبلغ المطلوب وبسعر الفائدة السائد (7.5% على الفرنك، و 10% على الدولار) لأجل محدد ، ثم تجمع الشركتان حصيلة الإصدار، ثم يتسلم الوسيط الحصيلة ، ويقوم بدفع الدولار للشركة السويسرية بسعر فائدة 9.75%، والفرنك للأمريكية بسعر فائدة 8% (أي سعر الفائدة أقل قليلا من الأسعار السائدة)، وفي موعد الاستحقاق تدفع الشركة السويسرية للوسيط 195 ألف دولار (2 مليون دولار * 9.75% سعر الفائدة = 195 ألف دولار) . ويدفع الوسيط للشركة الأمريكية 200 ألف دولار (2 مليون دولار * 10 % سعر الفائدة) فيخسر الوسيط الفرق وهو 5 آلاف دولار . وفي نفس الوقت تدفع الشركة الأمريكية للوسيط 224 ألف فرنك (2.8 فرنك سويسري * 7.5% سعر الفائدة) ، ويدفع الوسيط للشركة السويسرية 210 ألف فرنك (2.8 فرنك * 8% سعر الفائدة) فيكون قد حقق ربحا قدره 14 ألف فرنك سويسري . فيكون الوسيط قد خسر 5 آلاف دولار ، وربح 14 ألف فرنك ، في هذه العملية .

ب. الطريقة الثانية : وتتم بعمليتين ؛ الأولى في السوق الفوري ؛ حيث تباع العملتان بالأسعار السائدة في السوق الفوري . والثانية في السوق الآجل ؛ حيث يتبادل البائعان للعملتين في السوق الفوري مراكزهما ، بحيث يصبح البائع مشتريا والمشتري بائعا ، فيشتري كل واحد منهما العملة التي باعها في السوق الآجل ، بسعر الصرف الآجل – لا بمجرد رغبة الطرفين – حيث يتحدد سعر الصرف الآجل بإضافة سعر التبديل إليه أو خصمه منه . ويتحدد سعر التبديل [1] حسب المعايير التالية (حسب معطيات المثال السابق) : سعر الشراء / البيع الفوري للعملتين ، وسعر الفائدة على الإيداع والاقتراض على الدولار ، وسعر الفائدة على الإيداع والاقتراض على الفرنك السويسري ، ومدة العقد وتحسب باليوم ، والسنة .

وسعر الصرف الآجل يتحدد حسب الضوابط التالية :

1. السعر الفوري لبيع وشراء العملة : فإذا كان سعر الشراء الفوري أعلى من سعر البيع الفوري ؛ فإن سعر الصرف الآجل سيتحدد بخصم سعر التبديل من سعر

[1] دراسة تطبيقية وعملية في التعامل بالعملات الأجنبية وعمليات الاستثمار ، مروان عوض ، مطبعة الصفدي ، عمان ، الطبعة الأولى ، 1985 ، ص 104 – 105 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الصرف الفوري (Discount). وبالعكس إذا كان سعر الشراء الفوري أقل من سعر البيع الفوري ؛ فإن سعر الصرف الآجل سيتحدد بإضافة سعر التبديل من سعر الصرف الفوري (Premium) [1].

2. أسعار الفائدة على العملات : فالعملة التي سعر فائدتها أعلى تباع بخصم في السوق الآجل مقابل العملة التي سعر فائدتها أقل . والعكس صحيح [2].

هذه أبرز خصائص عقود مبادلة العملات والتي يتضح منها معالم هذه العقود . ويتبين من العرض السابق أن هذه العقود عقود صرف بحتة . بغض النظر عن آليات وأهداف وأغراض التعامل بهذه العقود ، فهي عقود مستحدثة فنيا ، ولكنها مسماة موضوعيا . ولذلك لا بد من أن تنضبط بالمبنى الشرعي لعقد الصرف . وقبل الحديث عن الموقف الشرعي إزاء هذه العقود ؛ لا بد من الوقوف على محل التعاقد فيها ، وهذا ما سيعالجه المطلب التالي .

المطلب الثاني : تحرير محل التعاقد في عقود المبادلات :

تقرر في المطلب السابق خصائص عقود مبادلة العملات ، وتبين أن هذه العقود تدور حول محل تعاقد واحد وهو العملات ، ولكن السؤال المطروح ، هل محل التعاقد هو نفس العملات ، أم الالتزام بصرفها . يرى الباحثون أن هذه المسألة متفرعة من المعاوضة على الالتزام [3] ، وأن العملية عبارة عن اتفاق لتبادل العملات مستقبلا . وبالنظر إلى تصفية العملية بالتسليم ؛ اي بتسليم العملة ، والمبادلات عقد على الصرف الفعلي الحقيقي ، وليس عقدا على الالتزام المجرد ، حيث تنتهي العملية بالتسليم الفعلي ، وهذا يدل على مناط العوض ، هو التبادل الحقيقي للعملة ، وليس الالتزام المجرد . ولذلك يحكم على العملية بأحكام ومعايير عقد الصرف في الشريعة الإسلامية ، والتي تقوم على أساسي التقابض والمماثلة ، والله أعلم .

المطلب الثالث : حكم التعامل بعقود مبادلات العملة :

اتجه الباحثون إلى أن المبادلات على العملة تتم على أصلين تعاقديين اثنين هما : القرض والبيع . ومن ثم جرى تقييم مبادلات العملة على هذين الأصلين . وكان تقييمها كالتالي :

---

[1] المرجع السابق ، ص 107 .

[2] المرجع السابق ، ص 107 .

[3] المعاوضة على الالتزام بصرف العملات في المستقبل ، حماد ، مرجع سابق ، ص 10 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

1. مبادلات العملة على أساس القرض : حيث جاء في تعريف مبادلات العلمة أنها : مبادلة أصل قرض ، ومدفوعات فائدة ثابتة على قرض بعملة ما ، بأصل قرض ومدفوعات ثابتة ، على أصل مكافئ تقريبا بعملة أخرى [1] . وقد سماها بعض الباحثين القروض المتوازنة [2] .

وذهب الباحثون إلى تحريم هذا النوع من العقود[3] ، واحتجوا على التحريم بأن صورة العقد قرض فيه زيادة مشروطة في عقد القرض، والزيادة المشروطة في القرض من الربا المجمع على تحريمه ، قال ابن عبد البر : وقد أجمع المسلمون نقلا عن نبيهم صلى الله عليه وسلم أن اشتراط الزيادة في السلف ربا [4] . وقد نص على تحريم اشتراط الزيادة في القرض قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم : 10(2/10) في دورة جدة 1406 هـ –1985 م ، ونصه : أن كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله ، وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد . هاتان الصورتان ربا محرم شرعاً [5] . وكذلك جاء في المعيار رقم 19 من المعايير الشرعية ، ونصه : يحرم اشتراط الزيادة في القرض للمقترض ، وهي من الربا [6] .

2. مبادلات العملة على أساس البيع :

ذهب عامة الباحثين كذلك إلى تحريم هذه المعاملة لما تحتويه من صرف آجل ، وتأخير إحدى العملتين في الصرف لا يجوز إجماعا ، فكيف تأخيرهما معا . واحتجوا على التحريم بأن بيع العملات نسيئة هو ربا النسيئة ، لأن العملات نقود اعتبارية . والإجماع منعقد على أن بيع النقود لا يجوز إلا يدا بيد ، وقبضا بقبض ، لقوله عليه الصلاة والسلام : (لا تبيعوا الذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تبيعوا الورق إلا مثلاً بمثل) [7] ، والأحاديث في ذلك مشهورة

---

[1] المشتقات المالية ، حماد ، مرجع سابق ، ص 246 .

[2] الفكر الحديث في مجال مصادر التمويل ، د. منير الهندي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 486 .

[3] عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 244 وما بعدها . والمنفعة في القرض ، العمراني ، مرجع سابق ، ص 105 وما بعدها .

[4] الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، مؤسسة مناهل العرفان ، بيروت ، ومكتبة الغزالي ، دمشق ، بدون رقم ولا تاريخ للطبعة ، ج 3 / 241 .

[5] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق ، ص 735 ، 813 .

[6] المعايير الشرعية ، المعيار رقم : 19 ، مرجع سابق ، ص 324 .

[7] متفق عليه ؛ رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الذهب والفضة ، حديث رقم : 2176 ، 2177 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

معلومة . وبالتحريم صدرت قرارات المجامع الفقهية ، حيث صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، قرار رقم : 63 حيث نصه :

1. يتم التعامل بالسلع في الأسواق المنظمة بإحدى أربع طرق هي التالية :

الطريقة الأولى : أن يتضمن العقد حق تسلم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع وجود السلع أو إيصالات ممثلة لها في ملك البائع وقبضه . وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة .

الطريقة الثانية : أن يتضمن العقد حق تسلم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع إمكانهما بضمان هيئة السوق . وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة .

الطريقة الثالثة : أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم وأن يتضمن شرطاً يقتضي أن ينتهي فعلاً بالتسليم والتسلم . وهذا العقد غير جائز لتأجيل البدلين، ويمكن أن يعدل ليستوفي شروط السلم المعروفة، فإذا استوفى شروط السلم جاز . وكذلك لا يجوز بيع السلعة المشتراة سلماً قبل قبضها .

الطريقة الرابعة : أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم دون أن يتضمن العقد شرطاً يقتضي أن ينتهي بالتسليم والتسلم الفعليين، بل يمكن تصفيته بعقد معاكس . وهذا هو النوع الأكثر شيوعاً في أسواق السلع، وهذا العقد غير جائز أصلاً .

2- التعامل بالعملات :

يتم التعامل بالعملات في الأسواق المنظمة بإحدى الطرق الأربع المذكورة في التعامل بالسلع. ولا يجوز شراء العملات وبيعها بالطريقتين الثالثة والرابعة . أما الطريقتان الأولى والثانية فيجوز فيهما شراء العملات وبيعها بشرط استيفاء شروط الصرف المعروفة [1] .

وكذلك جاء قرار المجمع حول بيع العملات مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ، كالتالي : إذا تم الصرف مع الاتفاق على تأجيل قبض البدلين أو أحدهما ،

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 73 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

إلى تاريخ معلوم في المستقبل ، بحيث يتم تبادل العملتين معا في وقت واحد في التاريخ المعلوم ، فالعقد غير جائز ؛ لأن التقابض شرط لصحة تمام العقد ، ولم يحصل [1] . وكذلك جاء المعيار رقم : 1 ، من المعايير الشرعية ،؛ حيث اشترط لجواز المتاجرة بالعملات خلو العقد من الأجل لتسليم أحد البدلين أو كليهما [2] .

ومسألة مبادلة العملات محسومة التحريم على أساسي القرض والبيع ، فالأدلة في منعها ظاهرة . ولكن هناك من يرى أن مبادلة العملات ليست عقدا أصلا ، بل هي وعد على الصرف ، ولكنه وعد ملزم . وهنا ينحرف سياق السجال الفقهي إلى اتجاه آخر . فالمواعدة على الصرف ، إما أن تكون ملزمة أو غير ملزمة . وإذا لم تكن ملزمة فليست معاوضة ، ولا تدخل في حيز التعاقدات التي تنتج حقوقا والتزامات . فبقي القول ما حكم الالتزام بالصرف إذا كان ملزما .

ولكن ثمة مفترق طرق بين الحديث عن حكم المواعدة من جهة ، وحكم المعاوضة على الالتزام المجرد من جهة أخرى ، ويبدو للباحث أن مسألة المواعدة ، ومدى مشروعيتها ، وهل الصرف مستثنى منها أم غير مستثنى ؛ يطلب في غير هذا البحث ، لأن تحقيق القول في مدى جواز الإلزام بالوعد ، مسألة مختلفة عن المعاوضة على الالتزام الذي هو صلب البحث .

الموقف الشرعي من المعاوضة على الالتزام بالصرف :

ذهب بعض الباحثين على رأسهم سامي حمود [3] ، ونزيه حماد [4] إلى القول أن المواعدة على الصرف جائزة ، حيث جعل حمود المواعدة على الصرف بالسعر الحاضر جائزة ، واستدل بما نقل عن ابن حزم أن التواعد ليس بيعا ، لأنه لم يأت نهي عن شيء من ذلك [5] ، وبما قال عن الشافعي بأن الرجلين إذا تواعدا الصرف ، فلا بأس أن يشتري الرجلان الفضة ثم

---

[1] قرارت المجمع الفقهي ، القرار الأول ، الدورة الثالثة عشرة ، ص 281 – 282 .

[2] المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، المعيار رقم : 1 ، ص 4 .

[3] تطوير الأعمال المصرفية ، حمود ، مرجع سابق ، ص 318 – 320 .

[4] المعاوضة عن الالتزام بالصرف ، حماد ، مرجع سابق ، وقد أفرد البحث بكامله عن هذه المسألة .

[5] المحلى ، ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، تحقيق : د. عبد الغفار البندري ، دار الفكر ، بيروت ، بون رقم ولا تاريخ للطبعة ، ج 7 / ص 465 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

يقرانها عند أحدهما حتى يتبايعا ويصنعا بها ما شاءا [1] ، واعترض عليه بأن مقصد الشافعي وابن حزم هو المواعدة غير الملزمة لأنها مذهبهما [2] . واعتبر سامي حمود أن اطمئنان الطرفين أمر له اعتباره [3] . ولكنه اعتبر المواعدة بالصرف على أساس السعر الآجل من الربا [4] . واستدل نزيه حماد على ذلك بالفصل بين المعاوضة على الالتزام من جهة والصرف من جهة أخرى . حيث جعل المواعدة على الصرف مكونة من معاوضة مؤجلة بوعد ملزم ، وصرف في الأجل المضروب . واستدل على جواز المعاوضة على الالتزام بالصرف بأدلة كثيرة ، ناقشها البحث في الفصل التمهيدي تحت عنوان : الفرع الثاني : هل الالتزام محل صحيح للتعاقد في الفقه الإسلامي ؟ . ورجح الباحث أن الالتزام المجرد لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد . والله أعلم .

والذي يترجح للباحث أن المعاوضة على الالتزام بالصرف لا تجوز من وجهين :

1. الأول أن الصرف في الشريعة الإسلامية من أدق العقود ، وأكثرها حساسية ، ومن ثم اشتقاق عقود منه ، نوع من أنواع تجزئة غير المجزأ ، والتي ستؤدي إلى ذوبان ماهية الصرف في عقود مشتقة منه . ولذلك يذهب الباحث إلى أن تبادل النقد يجب أن يظل في أضيق نطاق ، وعليه فلا يصح تأجيل تبادل النقد أو العملة ، لأنها تخالف مبنى عقد الصرف ومقصده في آن معا .
2. كما أن المواعدة على الصرف ليست – بالفعل – إلا بيعا على الحقيقة ، ولذلك فلا يصح التفريق وتسمية الأشياء بغير أسمائها ، وإلا مُحيت معالم الشريعة واندرست آثارها. فالمواعدة على الصرف بيع عملة بعملة حقيقة ، وهذا ما أكدته المعايير الشرعية، حيث جاء فيها ما نصه : تحريم المواعدة الملزمة في مبادلات العملات هو ما عليه جمهور الفقهاء ، لأن المواعدة الملزمة من طرفي المبادلة تشبه العقد ، وبما أنها لا يعقبها القبض لعدم رغبة الطرفين فيها فإنها لا تجوز [5] .

---

[1] الأم ، الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي ، دار الفكر ، بيروت ، 1410 هـ – 1990 م ، ج 3 / ص 32 .

[2] عقود التحوط ، الدوسري ، مرجع سابق ، ص 225 .

[3] تطوير الأعمال المصرفية ، حمود ، مرجع سابق ، ص 320 .

[4] المرجع السابق ، ص 322 .

[5] المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 11 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفصل الثاني : المعاوضة على الالتزامات في عقود الاستصناع والمقاولة والتوريد وإعادة التأمين :

المبحث الأول : المعاوضة على الالتزام في عقود الاستصناع :

المطلب الأول : مفهوم عقود الاستصناع وخصائصها .

المطلب الثاني : محل العقد في عقود الاستصناع، ومتى يكون الالتزام محل عقود الاستصناع

المطلب الثالث : الاستصناع الموازي .

المبحث الثاني : المعاوضة على الالتزام في عقود المقاولة :

المطلب الأول : مفهوم عقود المقاولة وخصائصها .

المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقود المقاولة .

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزامات في عقود المقاولة .

المبحث الثالث : المعاوضة على الالتزام في عقود التوريد :

المطلب الأول : مفهوم عقود التوريد وخصائصها .

المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقود الترويد .

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزام في عقود التوريد .

المبحث الرابع : المعاوضة على الالتزام بالتأمين (إعادة التأمين) :

المطلب الأول : مفهوم إعادة التأمين وصوره .

المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقد إعادة التأمين .

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزام في عقد إعادة التأمين .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المبحث الأول : المعاوضة على الالتزام في عقود الاستصناع :

يشتمل هذا المبحث على المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم عقود الاستصناع وخصائصها .

المطلب الثاني : محل العقد في عقود الاستصناع، ومتى يكون الالتزام محل عقود الاستصناع:

المطلب الثالث : الاستصناع الموازي .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول : مفهوم عقود الاستصناع وخصائصها :

توطئة : أهمية الاستصناع :

تبرز أهمية عقد الاستصناع من ناحيتين [1] :

الأولى : تطور عقد الاستصناع من نطاق الحاجات الفردية الشخصية ، إلى آفاق المصنوعات في نطاقها الواسع ، وبالكميات الضخمة الهائلة من المصنوعات المثلية التي تنقلها التجارة إلى مختلف بلاد العالم .

الناحية الثانية : أن عقد الاستصناع قد جمع بين خاصيتين : خاصية بيع السلم ؛ في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد ، يصنع فيما بعد ، وخاصية البيع المطلق العادي ؛ في جواز كون الثمن فيه ائتمانيّا لا يجب تعجيله كما في السلم .

الفرع الأول : تعريف الاستصناع :

يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن الاستصناع جزءا من السلم ، ولا يذكرون له تعريفا مستقلا ، فيعتبرونه سلما في المصنوعات . لذا يشترطون لصحته شرائط السلم جميعا، وفي طليعتها تعجيل الثمن . ومعنى ذلك أنه عندهم عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول صحيحين لانعقاده ، وليس وعدا . ولكنه ليس عقدا مستقلا ، بل صورة من بيع السلم ، وأجازوه بشروط السلم [2] . والشافعية والحنابلة أجازوا السلم البسيط الذي لا يجمع أجناسا مقصودة لا تتميز [3] .

أما الحنفية ففريقان : منهم الذين اعتبروه عقدا خاصا متميزا بأحكامه . وهو مثل السلم مستثنى من بيع المعدوم المحظور . بل هم يدعون الإجماع على جوازه . وهذا هو الرأي الراجح عندهم ، ومنهم من يرى أنه مجرد وعد من شخص لآخر .

---

[1] **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة** ، مصطفي أحمد الزرقاء . مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 2 / ص 248 .

[2] **عقد الاستصناع** ، د. ناصر أحمد إبراهيم النشوى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 124 . **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة** ، الزرقاء ، مرجع سابق ، ص 234 . **عقد الاستصناع** ، د. علي السالوس ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، ج 2 / ص 262 – 271 .

[3] **المجموع** ، النووي ، مرجع سابق ، ج 12 / ص 211 . **والمغني** ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 387 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ومن يرونه وعدا يعرفونه بالوعد فيقولون : هو أن يعلن شخص لآخر ما سيفعله لأجله أو لمصلحته في المستقبل . عملا أو عقدا من العقود ، وسيأتي مفصلا قريبا .

أما من رأوه عقدا ، فقد عرفوه بتعريفات عديدة متقاربة لا تخلو من نقد [1] . وأوعب هذه التعريفات هو: عقد يشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعا ، يلتزم البائع بتقديمه مصنوعا بمواد من عنده ، بأوصاف معينة ، وبثمن محدد [2] . أو هو : عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها [3] .

الفرع الثاني : خصائص الاستصناع :

يتضح من العرض السابق لتحديد مفهوم الاستصناع وطبيعته ، أن الاستصناع يقوم على الخصائص التالية [4] :

1. أنه عقد : لأن الاستصناع هو عقد مستقل في طبيعته وحقيقته يشبه البيع .
2. أن المبيع فيه هو العين الموصوفة في الذمة ، وليس عمل الصانع ذاته .
3. أن المبيع في الاستصناع معدوم عند العقد ، وأن المقصود صنعه وإيجاده .
4. أن الاستصناع إنما يجري في السلع المصنّعة (أي التي تقبل التصنيع) ، لا في الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة كالثمار ونحوها. لأن طريق المنتوجات الطبيعية السلم . جاء في المعايير: مستند عدم جواز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة هو أن الأشياء التي لا تدخلها صنعة الإنسان (الأشياء الطبيعية) كالمنتجات الزراعية من الحيوان والثمار والخضار ونحوها لا تدخل في حقيقة الاستصناع الذي هو بيع مواد اشترط فيها الصنعة [5] .
5. أنه لا بد في الاستصناع من تحديد أوصاف المبيع وصفا لا جهالة فيه .
6. أن الثمن لا يجب تعجيله ، وإنما تجب معلوميته بتحديده نوعا وقدرا .

---

[1] نقل د. السالوس تعريفات الحنفية للاستصناع في بحثه ، انظر ، عقد الاستصناع ، السالوس ، مرجع سابق ، ص 259 – 261 .

[2] عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ، الزرقاء . مرجع سابق ، ص 235 .

[3] معيار الاستصناع والاستصناع الموازي ، المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ملحق ج ، ص 201 .

[4] عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ، الزرقاء ، مرجع سابق ، ص 235 – 237 .

[5] معيار الاستصناع والاستصناع الموازي ، المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ص 197 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

7. أن المادة أو المواد الأولية في الاستصناع من الصانع البائع ، و لا يقدم المستصنع المشتري شيئا منه ، وإلا صار إجارة على عمل [1] .

ونلحظ من هذه الخصائص شبه الاستصناع بالسلم من جهات ، منها تأجيل المحل أي المبيع ، وأنه معدوم وقت التعاقد ، وأنه موصوف وصفا مانعا للجهالة .

ويختلف عن السلم في كون الثمن مؤجلا [2] ، وهذا يفسد السلم ويبطله ، كما أن محل الاستصناع السلع والخدمات التي تصنع ، بينما في السلم المحل هو المستنبت من الأرض.

المطلب الثاني : محل العقد في عقود الاستصناع، ومتى يكون الالتزام محل عقود الاستصناع:

الفرع الأول : محل عقد الاستصناع :

المراد بمحل عقد الاستصناع المعقود عليه . ينصب الاستصناع على شراء شيء في الحال ، مما يصنع صنعا. فهل المبيع في هذا العقد هو العين المصنوعة أم عمل الصانع البائع (الذمة) ؟

تقدم القول أن فقهاء المذاهب المالكية والشافعية والحنابلة ؛ جعلوا الاستصناع صورة من صور السلم، ولم يجعلوه عقدا مستقلا . وينبني على هذا التخريج أن محل عقد الاستصناع هو محل عقد السلم ، ومحل عقد السلم عندهم هو العين ، أو المسلم فيه ، والثمن وهو ، رأس مال السلم ، فهو عندهم إذن متعلق بالوجود الخارجي أي الأعيان ، وليس متعلقا بالذمة ؟ وهنا يظهر الفرق بين موضوع الالتزام ومحله ، فموضوع الالتزام العين أي المسلم فيه ، ومحل الالتزام الذمة .

أما فقهاء الحنفية الذين جعلوا الاستصناع عقدا مستقلا ، فقد اختلفوا في تحديد المعقود عليه فيه ، فقال بعضهم بأن المعقود عليه في الاستصناع هو عمل الصانع البائع في العين المطلوبة ، أي صنعه لها بنفسه . مع التسليم بأن العقد ليس إجارة بل هو بيع . فمقصودهم أنه بيع لعين موصوفة سيصنعها البائع نفسه .

وقال آخرون إن المعقود عليه في الاستصناع هو العين الموصوفة المطلوبة وليس عمل الصانع البائع .

---

[1] **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، حيدر ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 423 .

[2] **عقد الاستصناع** ، د. وهبة الزحيلي ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 308 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفرع الثاني : تحرير الخلاف في محل عقد الاستصناع :

الاتجاه الأول : محل العقد العمل : قال ابن نجيم : وقال البردعي: المعقود عليه العمل دون العين؛ لأن الاستصناع ينبئ عنه، والأديم[1] والصرم[2] بمنزلة الصبغ، والدليل على المذهب؛ ما ذكرناه من قول محمد، لأنه اشترى ما لم يره، ولذا لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وإنما يبطله بموت الصانع لشبهه بالإجارة [3] .

واعترض عليه بعدم الصحة ، قال الكاساني : ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز ، لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي [4] .

الاتجاه الثاني : محل العقد : العين المصنعة : الصحيح الراجح عند الحنفية أن الاستصناع بيع للعين الموصوفة لا لعمل الصانع [5] ، قال الكاساني : قال بعضهم : هو عقد على مبيع في الذمة [6]، وقال : وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة ، وثبوت الملك للصانع في الثمن [7] . وقال ابن نجيم : المعقود عليه اختلف فيه ، فالمذهب المرضي في الهداية أنه العين دون العمل [8] .

الاتجاه الثالث : محل عقد الاستصناع المبيع الذي يشترط فيه العمل :

وذهب فريق ثالث إلى القول أن محل عقد الاستصناع هو المبيع الذي اشترط فيه عمل الصانع ، قال الكاساني : وقال بعضهم : هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل [9] . واستدل على ذلك قائلا : لأن الاستصناع طلب الصنع ، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا ؛ فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما ، وهذا العقد يسمى استصناعا ،

---

[1] الأديم: الجلد المدبوغ. المنجد في الأعلام واللغة، ط: دار المشرق، بيروت،الطبعة الثامنة والعشرون،1986، ص: 6.

[2] الصرم: الجلد. المرجع السابق، ص: 423 .

[3] البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج 6 / 284 .

[4] بدائع الصنائع ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 84 .

[5] عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ، الزرقاء . مرجع سابق ، ص 236 ، عقد الاسصناع ، الزحيلي مرجع سابق ،ص 308 . عقد الاستصناع ، السالوس ، مرجع سابق ، ص 283 .

[6] بدائع الصنائع ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 84 .

[7] بدائع الصنائع ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 87 .

[8] البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج 6 / 284 .

[9] بدائع الصنائع ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 84 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل ، وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ، ورضي به المستصنع ؛ فإنما جاز لا بالعقد الأول ، بل بعقد آخر ، وهو التعاطي بتراضيهما [1] .

الترجيح :

والذي يترجح هو القول الأخير ، وهو أن الاستصناع عقد على عين وعمل . وهذا ما ذهب إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 67 / 3 / 7 [2] . قال القرة داغي : فالاستصناع عقد مستقل خاص، موضوعه العمل والعين معا ، وبذلك يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي موضوعه العين الموصوفة في الذمة [3] .

فائدة الخلاف [4] :

أن الصانع البائع لو أحضر للمستصنع المشتري عينا مطابقة للأوصاف المتفق عليها ، ليست من صنعه ، لا يجبر المشتري على الرأي الأول على قبولها ، ولا تبرأ ذمته إن أعطاه صنع غيره فأخذه ظانّا أنه صنعه . ويجبر المشتري على قبولها على الرأي الثاني، وتبرأ ذمة الصانع إن لم يذكر له ذلك . وكذلك لو أحضر عينا مطابقة للأوصاف ، كان قد صنعها قبل التعاقد .

يدعم الرأي الأول ؛ أن الاستصناع فيه عنصر الثقة الشخصية ، فالمستصنع اختار هذا الصانع بالذات لثقته بمهارته ، فربما لا يريد صناعة غيره .

ويدعم الرأي الثاني ؛ أن العبرة للمواصفات المطلوبة للمستصنع ، فإذا كانت متوافرة مادة وصنعا كما شرط ، لم يبق لاختلاف الصانع أي فرق بالنسبة للمشتري المستصنع ، لأن السلعة ومواصفاتها هي المقصود .

والمرجح عند الحنفية ، هو الرأي الثاني أن المبيع هو العين الموصوفة، فيوفي الصانع ذمته إذا جاءه بعين مستكملة الأوصاف المطلوبة ، من صنع غيره أو من صنعه هو نفسه قبل العقد .

---

[1] المرجع سابق ، ج 6 / ص 84 .

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 777 .

[3] عقد الاستصناع ، القرة داغي ، مرجع سابق ، ص 350 .

[4] عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ، الزرقاء . مرجع سابق ، ص 250 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وتبرز أهمية هذا الرأي ، بتوسيع إمكانية الوفاء . فيتمكن الصانع من تصريف الإنتاج المتراكم سابقا، كما يستطيع أن يوفي التزامه من صنع غيره في حالات انشغاله أو تعطل الطاقة الإنتاجية لسبب ما.

الفرع الثالث : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقود الاستصناع :

ذكر الباحثون صورتين للاستصناع :

الصورة الأولى : عندما يتم تمويل مستصنع وجهة أخرى ، لا سيما عند عجزه عن سداد مستحقات تلك الجهة . ذكر معيار الاستصناع الذي صدر عن هيئة المعايير هذه الصورة ، وبين أنها محظورة، وهذه المسألة تتبين فيها حالة كون الالتزام المجرد هو مناط المعاوضة ، وهو ما يقابل العوض حقيقة ، حيث إن العمل والعين التي هي محل عقد الاستصناع الجائز ، هي محل العقد الأول ، أما محل العقد الثاني الناشئ عن هذا العقد ، فهو مجرد التزام من الممول إلى المستصنع دون التزامه لا بعمل ولا بعين . وهذه الصورة محظورة كما نص على ذلك المعيار . حيث جاء نص المعيار كالتالي : "لا يجوز أن يكون دور المؤسسة تمويل عقد استصناع أبرم بين مستصنع وجهة أخرى ، ولاسيما عند عجزه عن سداد مستحقات تلك الجهة ، سواء كان ذلك قبل الشروع أم بعده" [1].

ومستند هذه الصورة الممنوعة ؛ هو ما بينه المعيار في آخره بقوله : "مستند عدم جواز أن يكون دور المؤسسة مجرد تمويل أبرم بين مستصنع وجهة أخرى هو أن ذلك سيؤدي إلى الوقوع في الربا ، ويكون عقد الاستصناع صورة لا حقيقة فيها" [2] .

إن ذريعة الربا في هذا التمويل ، ظاهرة . ولكن المشكلة ليست في ذريعة الربا التي يمكن التخلص منها بالاستصناع الموازي ، بل المشكلة تكمن في أن العوض في هذه الصورة هو عوض عن الالتزام ، والقصد بالعوض هو ربح المؤسسة التمويلية في الصورة السابقة ، حيث تكون المؤسسة التمويلية قد اشترت من المستصنع التزامه بثمن عقد الاستصناع بسعر ، وباعته مرة أخرى له بسعر أعلى مقسطا . هذا بيع التزامات جلي واضح ، وهو ممنوع. والله أعلم .

الصورة الثانية : يلاحظ وجود صورة ثانية لكون الالتزام المجرد يمكن أن يكون محلا للتعاقد ، وذلك إذا تم التصرف بيعا بما تم التعاقد عليه استصناعا ، وصورة المسألة وضحها المعيار ، حيث جاء

---

[1] معيار الاستصناع والاستصناع الموازي ، المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ص 185 .

[2] المرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ص 196 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

فيه : "لا يجوز بيع المصنوع قبل تسلمه من الصانع حقيقة أو حكما ، ولكن يجوز عقد استصناع آخر ، على شيء موصوف في الذمة ، مماثل لما تم شراؤه من الصناع ، ويسمى هذا الاستصناع الموازي" [1] . ويلاحظ في هذه الصورة انتفاء التعلق العضوي بين العوض من جهة والعين والعمل من جهة أخرى . وهذا فصل بين أركان الاستصناع ، حيث يجعل المعاوضة بهذه الصورة معاوضة على مجرد الالتزام المحض غير المتعلق بعين ولا عمل ، لأن العين والعمل التزام على الصانع ، وليس على البائع . وقد اقام المعيار المنع على أساس بيع المعدوم . حيث جاء في المعيار : ومستند عدم الجواز ، هو أن ذلك من قبيل بيع المعدوم وبيع ما لا يملك لأنه غير موجود عند البائع[2] .

والمنع بسبب كونه بيع معدوم غير كاف للمنع ، لأن الاستصناع أصلا بيع للمعدوم ، جاز استثناء للحاجة . ولكن المنع يسوغ لكون المعاوضة تمت على أساس غير معتبر شرعا ، وهو المعاوضة على مجرد الالتزام . والله أعلم .

النتيجة النهائية :

الاستصناع ليس معاوضة على الالتزام في الأصل ، بل معاوضة على التزام بعمل وعين ، ولذلك قال أحمدي جواب : "ألا ترى أنه لا يقابله عوض في الحال"[3]. والالتزام متعلق بالذمة ، والذمة والالتزام المتعلق بها قائم في الحال ، ولما لم يكن له عوض يقابله في الحال ، دل ذلك على كون العوض عن شيء لا وجود له في الحال . وهو مناط المعاوضة ، وهو العمل والعين المعدومان حالا ، المؤجلان في التسليم المقابل للعوض يوم التسليم ، والله أعلم .

---

[1] معيار الاستصناع والاستصناع الموازي ، المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ص 191 .

[2] المرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ص 200 .

[3] عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية بأندونيسيا ، أحمدي رجالي جواب ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى جامعة أم درمان الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، الدراسات العليا ، قسم الفقه المقارن ، ص 160 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثالث : الاستصناع الموازي :

يعد الاستصناع الموازي أكثر صور الاستصناع شيوعا ، ولذلك لا بد من توضيح حقيقة هذه الصورة من صور الاستصناع المعاصرة .

الفرع الأول : تعريف الاستصناع الموازي :

الاستصناع الموازي هو: أن يتم إبرام عقدين منفصلين : أحدهما مع العميل تكون فيه المؤسسة المالية الإسلامية صانعاً، والآخر مع الصُنّاع أو المقاولين تكون فيه المؤسسة مستصنعاً، ويتحقق الربح عن طريق اختلاف الثمن في العقدين ، والغالب أن يكون أحدهما حالّا ، وهو الذي مع الصُنّاع أو المقاولين ، والثاني مؤجلا ، وهو الذي مع العميل [1] .

ويرى بعض الباحثين أن الاستصناع الموازي يشتمل على أكثر من عقد ، وهي : الاستصناع والوكالة وبيع مرابحة بالتقسيط [2] . حيث هناك مستصنع وهو العميل ، و صانع أول وهو المصرف ، وصانع حقيقي ، ويصنع وكالة ، لأن الاستصناع عقد على عمل وعين ، كما ترجح سابقا ، ولأن البنك ليس مصنعا ، فإنه يحيل الصناعة إلى صانع وكالة عنه [3] . ثم يبيع البنك السلعة المصنعة مقسطة بعد تصنيعها بزيادة ربح ، وهذا بيع مرابحة بالتقسيط [4] .

وهذا الوصف ، فيه تكلف بالغ ، وتجزئة لا داعي لها . والراجح الطبيعة الأولى ، حيث هي عقدان منفصلان والله اعلم .

الفرع الثاني : حكم الاستصناع الموازي :

ذهب المعاصرون إلى القول بجواز هذا العقد ، حيث جاء في المعايير : "يجوز أن تبرم المؤسسة بصفتها مستصنعاً عقد استصناع مع الصانع للحصول على مصنوعات منضبطة بالوصف المزيل للجهالة ، وتدفع ثمنها نقداً عند توقيع العقد ، لتوفير السيولة للصانع ، وتبيع لطرف آخر بعقد

---

[1] معيار الاستصناع والاستصناع الموازي ، **المعايير الشرعية** ، مرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ملحق ج ، ص 201 .

[2] **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منه في المؤسسات الاقتصادية** ، وائل محمد عبد الله عربيات ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، 2003 ، ص 117 .

[3] المرجع سابق ، ص 118 .

[4] المرجع السابق ، ص 121 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

استصناع مواز ، مصنوعات تلتزم بصنعها بنفس مواصفات ما اشترته ، وإلى أجل بعد أجل الاستصناع الأول وهذا بشرط عدم الربط بين العقدين" [1] .

الفرع الثالث : دليل مشروعية الاستصناع الموازي :

جاء في المعايير : "مستند جواز إبرام المؤسسة بصفتها مستصنعا ، عقد استصناع موازٍ مع طرف آخر ، بنفس مواصفات ما اشترته ، هو أنه عبارة عن صفقتي استصناع لا يوجد ربط بينهما ، فلا يفضي إلى بيعتين في بيعة المنهي عنه ، والذي يمنع كذلك من تحول الاستصناع الموازي إلى إقراض ربوي" [2] .

الفرع الرابع : شروط الاستصناع الموازي :

يشترط للاستصناع الموازي – زيادة على شروط الاستصناع – الشروط التالية [3] :

1. انفصال العقدين . أي أن يكون عقد المصرف أو المؤسسة المالية الإسلامية مع المستصنع منفصلا عن عقده مع الصانع .
2. أن يمتلك المصرف أو المؤسسة المالية الإسلامية السلعة امتلاكا حقيقيا ، ويقبضها قبل بيعها للمستصنع .
3. أن يتحمل المصرف أو المؤسسة المالية الإسلامية تبعات الملك بصفته صانعا . ولا يحق له تحويلها إلى المستصنع .

---

[1] معيار الاستصناع والاستصناع الموازي ، المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ملحق ج ، ص 201 .

[2] معيار الاستصناع والاستصناع الموازي ، المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، معيار رقم 1 ، ملحق ج ، ص 200 .

[3] تطبيقات عقود الاستصناع في مشروعات البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ودور المؤسسات المالية الإسلامية في تمويلها الكويت حالة تطبيقية ، عبد الله مرشد الصليلي ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية في جامعة اليرموك ، 2006 ، ص 64 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المبحث الثاني : المعاوضة على الالتزام في عقود المقاولة :

ويتألف هذا المبحث من المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم عقود المقاولة وخصائصها .

المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقود المقاولة .

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزامات في عقود المقاولة .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول : مفهوم عقود المقاولة وخصائصها :

الفرع الأول : مفهوم عقود المقاولة :

عقد المقاولة من العقود المعاصرة الشاملة ، التي حلت محل الاستصناع الفقهي والأجير المشترك [1]، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية لكل من القانونين الأردني والإماراتي ؛ أنه جرى العرف على اصطلاح عقد المقاولة عوضا عن عقد الاستصناع واستئجار الأجير [2] .

وتعرف المقاولة بأنها :

"عقد على القيام بعمل موصوف وصفا نافيا للجهالة في مقابل أجر معلوم "[3] .

"عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه ، أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا ، لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[4]. وهذا تعريف القانون المدني الأردني ، الذي نصت عليه المذكرة الإيضاحية .

مناقشة التعريفات :

يؤخذ على التعريف الأول أنه جعل المقاولة إجارة ، وهي وإن كان بينها وبين الإجارة شبه ، إلا أنها عقد يتميز عن الإجارة .

ويؤخذ على التعريف الثاني أنه غير مانع من اشتراك عقود أخرى بهذا التعريف ، حيث دخل في جملة هذا التعريف عقود كثيرة مثل الإجارة والاستصناع والجعالة ونحوها .

ويتبين من التعريف أن عقود المقاولة لها خصائص خاصة ، وفيها اشتباه مع عقود أخرى ، وهذا ما سنبينه في الفرعين التاليين .

---

[1] الأجير المشترك : هو الذي يعمل لعامة الناس ، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بالوقت . العقود المسماة ، الزحيلي ، مرجع سابق، ص 375 .

[2] المرجع السابق ، ص 375 .

[3] عقد الاستصناع ، د. ناصر أحمد إبراهيم النشوى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 374 .

[4] العقود المسماة ، الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 375 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفرع الثاني : خصائص عقود المقاولة :

يتبين من العرض السابق أن عقود المقاولة تتميز بجملة من الخصائص [1] ، إضافة إلى المبادئ العامة للتعاقد ؛ من رضائية ، وإلزام ، وتقابل بين الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد ، ويهمنا من هذه الخصائص أنها :

1. عقود محددة : أي ليست احتمالية غير محققة الوقوع ، فالطرفان يعرفان بالتحديد قيمة ما يعطى وما يؤخذ .
2. عقد ممتد ، لأن الالتزام فيها مستمر أو دوري ، أي إن الالتزامات متقابلة تقابلا تاما ، في التنفيذ والبدل . وبذلك يشتمل عقد المقاولة على قسمي العقد الممتد .؛ ويحتوي خصائصهما، وهما عقود التنفيذ المستمر ، كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، والعقود ذات التنفيذ الدوري ، كعقد التوريد . ويقابل العقود الممتدة ، العقود الفورية مثل البيع ، ويترتب على هذه الميزة أثران مهمان هما : الفسخ في العقد الممتد يقع على المستقبل لا الماضي ، لأن الماضي لا يمكن إعادته . والأثر الثاني : أن العقود الممتدة هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة ، أما العقود الفورية فليست مجالا للظروف الطارئة ، إلا إذا كان تنفيذها مؤجلا .
3. الإدارة : وهو عنصر جوهري في عقد المقاولة ، لأن العمل يحتاج إلى إدارة وإشراف ، وهذا ما يميز العامل عن المقاول . واختلال هذا العنصر يقلب المقاول إلى عقد عمل .

المطلب الثاني : محل العقد في عقود المقاولة، ومتى يكون الالتزام محلا في عقود المقاولة :

لمعرفة منزلة الالتزام من محل التعاقد في عقد المقاولة يلزم تحديد محل المقاولة أولا ، ثم تتبع المحل، لمعرفة علاقة الالتزام بمحل المقاولة .

---

[1] **عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني** ، علي عبد الأحمد أبو البصل ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية 1995 م ، ص 19 – 20 . **عقد الإستصناع** ، النشوى ، مرجع سابق ، ص 375 – 379 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الأول : محل العقد في عقود المقاولة :

المعقود عليه في عقد المقاولة العمل ، ولم ترد نصوص خاصة متعلقة بالعمل كركن في المقاولة ، ولذلك نحا الباحثون في عقد المقاولة إلى الحديث عن القواعد العامة للعمل . ولكن التوجه الصحيح لتشخيص محل التعاقد في عقد المقاولة هو تحديد الالتزامات التي نشأت عن هذا العقد ! والتي تعبر عن محل التعاقد الذي اتجهت إلى تبادله إرادتا المتعاقدين ، لأن العقد وسيلة النقل القانونية ، التي شرعت لتبادل المنافع ، منفعة المثمن أو المبدل منه ، ومنفعة البدل ، فمقصد المعاوضة ؛ هو ما يقصده باذل المثمن رغبة مقابل الحصول على الثمن ، وكذلك محل التعاقد هو ما يقصده باذل الثمن رغبة منه في الحصول على ما يقابله وهو المثمن . وهذا يستدعي الحديث عن التزامات طرفي العقد باعتبار أنها تشكل في مجموعها محل العقد .

الفرع الثاني : التزامات المتعاقدَين في عقود المقاولة :

1. التزامات المقاول :

يلتزم المقاول حسب مقتضى العقد بالالتزامات التالية [1] :

أ. إنجاز العمل المطلوب حسب شروط العقد : حيث يجب على المقاول تنفيذ العمل الذي تعهد به في عقد المقاولة بالطريقة التي اتفق عليها في العقد وطبقا لشروطه .

ب. تسليم العمل بعد إنجازه : ويجب حسب مقتضى العقد تسليم العمل وفق التنفيذ الصحيح الموافق لشروط العقد ، ويكون التسليم : بالتخلية أو النقل والتسليم الفعلي

ج. ضمان العمل بعد تسليمه : الضمان هو الالتزام بتعويض الغير ، عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع ، أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية [2] ، وضمان عقد المقاولة يشمل كذلك ؛ الالتزام بصلاحية الشيء للانتفاع المعتاد وخلوه من العيوب مدة معينة بعد التسليم . لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس ، وهو قول جمهور

---

[1] عقد المقاولة في الفقه الإسلامي ، إبراهيم شاشو ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 26 ، العدد الثاني 2010 ، ص 758 – 760 . العقود المسماة ، الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 277 – 280 .

[2] نظرية الضمان الشخصي ، د. محمد بن إبراهيم الموسى، منشورات وزارة التعليم العالي في المملكية العربية السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، 1411 هـ – 1991 م ، ج 1 / ص 26 . و نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الثامنة ، 1429 هـ – 2008 م ، ص 15 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أهل العلم من حنفية ومالكية والشافعي وأحمد في أحد قوليه [1] ، يستثنى من ذلك الضرر القاهر الطارئ ، الذي لا يد للمقاول في حدوثه ولا سبيل له لدفعه ولا يمكن التحرز عنه ، عملا بالقاعدة : كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه [2] .

2. التزامات صاحب العمل :

حددت القوانين التزامات صاحب العمل بالتالي :

أ. تسلُّم العمل : يلتزم صاحب العمل بمقتضى عقد المقاولة ، بتسلم ما تم من العمل بعد إنجازه من قبل المقاول ، إذا وضعه المقاول تحت تصرفه . فإذا امتنع صاحب العمل عن تسلمه رغم دعوته إلى ذلك وإنذاره ، وتلف في يد المقاول ، أو تعيب دون تقصير منه ، يكون العمل في حكم المستلَم ، ويكون ضمانه عليه لا على المقاول ، إلا إذا امتنع عن تسلمه لعذر مشروع. جاء في المادة (792) من القانون المدني الأردني ما نصه : يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه ، فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه [3] .

ب. دفع البدل : يلتزم صاحب العمل بدفع البدل المتفق عليه عند تسلم المعقود عليه ، إلا إذا نص العقد أو جرى العرف على غير ذلك . لأن الأجرة تلزم باستيفاء المنفعة مالم يتفق أو يتعارف على غير ذلك . وإذا طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل وفقاً للتصميم الذي أعده المقاول استحق أجر ما قام به من عمل . جاء في المادة (793) من القانون المدني الأردني ما نصه : يلتزم صاحب العمل بدفع الأجرة عند تسلم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك [4] .

ونلاحظ من العرض السابق لمحل عقود المقاولة أن مقصد المتعاقدين هو العمل والعين ، وليس الالتزام المجرد الذي رأيناه عند الحديث عن عقود المشتقات المالية . وهذا هو أصل التعاقد في عقود المقاولة ، فعقود المقاولة من العقود الحقيقية المرتبطة بالوجود الحقيقي لمحل التعاقد ، أي أنها متعلق بالانتاج الحقيقي ، وليست متعلقة بالذمم تعلقا مجردا ليس له قوام وجودي مادي حقيقي .

---

[1] **المقنع** ، ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، طبعة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني ، الطبعة الثالثة ، 1393 هـ ، ج 2 / ص 216 .

[2] **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي** ، شاشو ، مرجع سابق ، ص 759 .

[3] **القانون المدني الأردني** ، المادة 792 ، ص 128 .

[4] المرجع السابق ، المادة 793 ، ص 128 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

كما نلاحظ أن عقود المقاولات تتعلق بالجانب الحسي الوجودي أي المغانم ، سواء من جهة المقاول الذي يملك العمل ويبذله ، أو من جهة صاحب المقاولة الذي يملك البدل ويبذله البدل . وذلك يتوافق مع قاعدة المعاوضات الشرعية التي تقوم على المبادلات ذات الوجود الحسي – أعيان أو منافع أو حقوق تقبل المعاوضة – وليست مبادلات على تعلقات معنوية مجردة في الذمم . ولكن التبادل والمعاوضة في عقود المقاولات محلها الذمة ، وموضوعها العمل والعين معا ، فالمعقود عليه الذي يتركب من جزئين موضوعيين متلازمين لا ينفكان ، وهما الثمن والمثمن ، فالثمن عين وهو البدل ، والمثمن عين مقترنة بعمل .

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزامات في عقود المقاولة :

اتفق الفقهاء على مشروعية عقد المقاولة. والمعاوضة في عقود المقاولة موضوعها العمل والعين ، وهي متعلقة بالذمة تعلقا محليا، بينما المعاوضة على الالتزامات موضوعها الالتزام المجرد، وهذا لا يظهر في عقود المقاولة. لإن المعاوضة في عقود المقاولة ترد على العمل ، وليست على الالتزام المجرد ، وهذا يحفظها في دائرة المشروعية . والله أعلم .

وربما يرد الحديث عن المعاوضة على الالتزامات في عقود المقاولة في حالة واحدة، وهي : حالة تصكيك عقود المقاولة وتداولها بعد التصكيك، فهذه صورة تكون فيها المعاوضة على الالتزام المجرد، وهو محظور، والله أعلم .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المبحث الثالث : المعاوضة على الالتزام في عقود التوريد :

وفيه مطالب ثلاثة هي :

المطلب الأول : مفهوم عقود التوريد وخصائصها :

المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقود التروريد :

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزام بعقود التوريد :

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول : مفهوم عقود التوريد وخصائصها :

الفرع الأول : مفهوم عقود التوريد :

لم يرد في كتب الفقه الإسلامي تعريف اصطلاحي لعقود التوريد! باعتبار أن هذه التسمية اصطلاح قانوني [1] ، ولكن الفقه الإسلامي قد عرف جملة من العقود المثيلة ، مثل بيعة أهل المدينة ، والبيع على الصفة ... وغيرها من العقود .

التوريد في الاصطلاح :

عرف التوريد بعدة تعريفات ، نسوقها ثم نناقشها بعد ذلك :

1. "اتفاقية بين الجهة المشترية والجهة البائعة ، على أن الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشترية سلعًا أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ مستقبلة معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الفريقين" [2] .
2. "اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين أن يورد إلى الآخر سلعًا موصوفة ، على دفعة واحدة ، أو عدة دفعات ، في مقابل ثمن محدد ، غالبًا ما يكون مقسطًا على أقساط ، بحيث يدفع قسطٌ من الثمن كلما تم قبض قسطٌ من المبيع" [3] .
3. "عقد على عين موصوفة في الذمة بثمن مؤجل معلوم ، إلى أجل معلوم في مكان معين" [4] .
4. "هو عقد بين طرفين على توريد سلعة أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن معين يدفع على أقساط "[5] .

---

[1] **التكييف الفقهي لعقود التوريد** ، د. يوسف صلاح الدين يوسف نصر ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2009 م ، 37 .

[2] **عقود التوريد والمناقصات** ، د. محمد تقي العثماني ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الثانية عشرة ، لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، 1421هـ – 2000 م ، ج 2 / ص 313 .

[3] **عقود التوريد والمناقصات** ، د. رفيق المصري ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الثانية عشرة ، لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، 1421هـ – 2000 م ، ج 2 / ص 477 .

[4] **عقد التوريد** ، د. عبد الوهاب محمد أبو سليمان ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الثانية عشرة ، لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، 1421هـ – 2000 م ، ج 2 / ص 352 .

[5] **عقود التوريد والمناقصات** ، الشيخ حسن الجواهري ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الثانية عشرة ، لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، 1421هـ – 2000 م ، ج 2 / ص 432 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

5. "عقد يتعهد بموجبه شخص بتسليم شخص آخر ، قدرا معلوما من شيء معلوم ، أو بتمكينه من خدمة معلومة ، بشكل دوري أو مستمر ، مقابل ثمن معلوم "[1] .

مناقشة التعريفات :

يلاحظ على التعريفات الأول والثاني والرابع ما يسمى بالدور ، أما الثالث ، فيلاحظ عليه أنه جعل الثمن مؤجلا فقط ، ولكنه قد يكون معجلا . أما الخامس فيلاحظ عليه الطابع الشخصي، فالمتعاقدان قد يكونان طرفين ، وليسا شخصين فقط ، ويلحظ فيه كذلك أنه: تعريف عام لا يميز الماهية عن غيرها من ماهيات عقود البيع ، أي أنه ليس جامعا مانعا .

كما يلاحظ في التعريفات الأربعة الأولى أنها اشتملت على ذكر السلع والمواد والأعيان ، ولم تورد الخدمات التي يتصور توريدها مثل ، الكهرباء والغاز والمياه .

ولذلك يترجح أن التعريف المختار هو : عقد على عين أو خدمة موصوفة في الذمة ، بثمن معلوم يكون مؤجلاً غالباً ، إلى أجل معلوم في مكان معين .

الفرع الثاني : طبيعة عقود التوريد :

اختلف العلماء في وصف طبيعة عقود التوريد على اتجاهات متعددة، :

1. الاتجاه الأول : عقود التوريد بيوع : ذهب كثير من الباحثين [2] المعاصرين إلى أن عقود التوريد من جنس البيوع ، وقالوا : "إن كلا الطرفين التزم بشيء يعمله ، في مقابل التزام الطرف الآخر بشيء آخر ، وهذا معنى العقد" . قال الثبيتي عن عقد التوريد : "والواقع أن عقد التوريد عقد ملزم للطرفين يترتب عليه الإلزام لكل واحد منهما بما عقده ، وإلا لو كان وعدا لما أمكن الإلزام به ، ولما أمكن ترتيب الشرط عليه" [3] . وقال عبد السلام العبادي : "والحقيقة أن هذا (يقصد التوريد) عقد ، وجعل مضمونه المواعدة ، لا يخرجه من دائرة العقود ، لكنه عقد قائم على مواعدة بمضمونها ، وإلا كيف نجوز بعد ذلك الإلزام على

---

[1] التكييف الفقهي لعقود التوريد ، نصر ، مرجع سابق ، ص 39 .

[2] القائلون بأن التوريد عقد : د. عبد الوهاب أبو سليمان ، د. ورفيق المصري ، د. الصديق محمد أمين الضرير ، د. عبد السلام العبادي ، وحسن الجوهري ، وسعود الثبيتي ، وعبد الله بن منيع ، انظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج2 / ص 515 – 519 .

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، تعليق الشيخ سعود الثبيتي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 550 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

التنفيذ ؟ فهو عقد ارتبط من خلاله الإيجاب بالقبول ، لكن الإيجاب والقبول ليس للالتزامات اللاحقة ، وإنما للإلزام بهذه الالتزامات اللاحقة ، والعقود واسعة في هذا المجال فقد تكون عملية الإلزام بتحقيق التزامات لاحقة هي مضمون هذا العقد" [1]. وقال الجواهري : "فكل من الطرفين في عقد التوريد قد التزم بشيء يعمله ، وهو عقد وعهد لأنه عبارة عن التزام في مقابل التزام ، وهو معنى العقد والعهد . أما التسليم والتسلم فهو يتم في مراحل متأخرة ونجوم معينة بعد تمام العقد" [2] .

ويعترض على هذا التوصيف : بأن المعقود عليه معدوم وغير مملوك للعاقد ، كما يعترض عليه بأن البدلين قد يكونان مؤخرين [3] .

2. الاتجاه الثاني : عقود التوريد مواعدة وليست عقدا ، قال العثماني : "والواقع في نظري أن اتفاقية التوريد لا تعدو من الناحية الشرعية أن تكون تفاهمًا ومواعدة من الطرفين ، أما البيع الفعلي فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات" [4] . وقال : "وإن كان محل التوريد شيئا لا يقتضي صناعة ، فإنه لا يكون عقدا باتًا ، وإنما يكون مواعدة لإنجاز العقد في تاريخ لاحق ، ثم يتم العقد في حينه بإيجاب وقبول [5] . وخرج القول باللزوم عند الحاجة على بيع الوفاء" [6] .

واعترض عليه : "بوصول الموافقة والمواعدة إلى حد العهد والعقد فلا داعي للتهرب من عقديتها وعهديتها فإنها عقد وعهد ناجز . فكل من الطرفين في عقد التوريد قد التزم بشيء يعمله ، وهو عقد وعهد لأنه عبارة عن التزام في مقابل التزام وهو معنى العقد والعهد" [7] .

كما اعترض عليه : "بأن المواعدة الملزمة من الطرفين لا تبقي فرقا بينها وبين بيع المضاف إلى المستقبل ، وهو ما اتفق الأئمة الأربعة على تحريمه" [8] .

---

[1] المرجع السابق ، تعليق د. عبد السلام العبادي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 532 .

[2] المرجع السابق ، تعليق الشيخ حسن الجواهري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 543 .

[3] عقود التوريد والمناقصة ، العثماني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 314 .

[4] المرجع السابق ، ص 314.

[5] المرجع السابق ، ص 320.

[6] المرجع السابق ، ص 315 وما بعدها .

[7] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، تعليق الجواهري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 543 .

[8] المرجع السابق ، ص 519 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وأجيب : "بأن اعتباره عقدا ، يدخل فيما اتفقت عليه جماهير الأمة أنه محظور . كما أن المواعدة تختلف عن العقد فيما يتعلق بآثار العقد ، وأن المواعدة لا تنقل المعقود عليه من ذمة إلى ذمة . ولا تنشئ دينا على أحد من الطرفين . وأثر اللزوم في المواعدة لا يعدو صلاحية الحاكم أن يجبر المتواعدين على التنفيذ ، وأن يتحمل من أخل التعويض عن الضرر" [1] .

3. الاتجاه الثالث : عقود التوريد اتفاق وليست عقدا [2] ، يقول وهبة الزحيلي : "فما يتعلق بعقد التوريد ، هو في الواقع مجرد اتفاق أولي بين الجهة المستفيدة والجهة المقدمة لهذه الخدمات. فهو اتفاق ينقلب في نهاية الأمر إلى عقود فردية متكررة . وهو الذي تسميه القوانين (عقود التوريد) والأدق أن يقال له : (اتفاق التوريد) . فإذن ينقلب الأمر من اتفاق إلى عقد عند التنفيذ وحينئذ تظهر مزية هذه العقود من الناحية الشرعية . وقال : والاتفاق أعم من العقد فهو يشمل العقد ويشمل التصرف ، ويشمل غير ذلك فالواقع عقد التوريد ينطبق عليه تمامًا ما أسماه فقهاء الحنفية بأنه (بيع الاستجرار) وهو مطبق" [3] .

ويعترض على هذا التخريج أن الاتفاق ليس له قوام شرعي ، أي إن الاتفاقات إما أن يكون لها آثار شرعية أو لا ، فإن كان لها آثار فهي عقود ، وإلا فهي لغو .

الترجيح :

يترجح أن عقود التوريد من جنس البيوع والعقود وذلك لما تنتجه من آثار عقدية واضحة جلية . وإن كانت تحمل صفة التأجيل ، غير أنها – مع كونها مؤجلة – لا تؤثر في كونها التزامات وحقوق يترتب عليها ما يترتب على الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود من انشغال الذمم بها وتعلق حقوق الآخرين بها ... وغير ذلك من الآثار العقدية . وأما الاعتراضات على عقدية هذه العقود ، فهو راجع إلى الموانع ، ليس إلى المقتضيات كما هو بيّن في قاعدة المقتضى والمانع [4] .

---

[1] المرجع سابق ، ج 2 / ص 518 – 520 .

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، تعليق الزحيلي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 535 .

[3] المرجع سابق ، ج 2 / ص 536 .

[4] توسع الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان في الحديث عن هذه القاعدة وأثرها في الاستدلال على جواز عقود التوريد ، حيث جعل جهة المقتضى الحاجة ، وجهة عدم المانع ، خلوها من الربا والغرر ، عقد التوريد ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ص 393 – 400 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

تنبيه :

يقتضي ترجيح صفة عقود التوريد أنها بيوع ، يقتضي ذلك الحديث عن منزلة الالتزام في هذا العقد . وسوف يناقش هذا الأمر مفصلا في المبحث التالي .

الفرع الثالث : خصائص عقود التوريد :

ذكر المعاصرون [1] الخصائص التالية لعقود التوريد :

1. أن العقد يقوم على أساس الوصف ، أو مشاهدة عينة لها .
2. عقود مضافة إلى المستقبل .
3. عقود يتأجل فيها البدلان . فالمشتري لا يدفع الثمن حالًا ، ولكن يدفعه لدى تسلمه السلعة إما دفعة واحدة ، أو على أقساط .
4. محل التوريد في كثير من الأحوال لا يملكه البائع عند العقد .
5. محل التوريد قد يكون معدوماً . السلعة غير موجودة في مجلس العقد ، وقد تكون معدومة في البلد المصدر لها لأنها مما يصنع حسب الطلب.

وينبغي الإشارة إلى أن لعقود التوريد أنواعا وصورا كثيرة [2]، عرض إليها المتخصصون في عقود التوريد ، ولكنها خارج نطاق هذا البحث .

المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقود التروريد :

هل عقود التوريد بيوع التزامات ؟ يمكن القول أن فصل موضوع الالتزام عن محله – كما مر معنا في الحديث عن المشتقات المالية – هو الخط الفاصل بين البيوع الحقيقية والبيوع الوهمية . وهنا يفرض علينا البحث متابعة الحديث عن منزلة الالتزام في عقود التوريد . وهل عقود التوريد بيوع التزامات .

---

[1] عقود التوريد والمناقصة ، العثماني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 314. عقد التوريد ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 352 .

[2] التكييف الفقهي لعقود التوريد ، نصر ، مرجع سابق ، ص 45 – 51.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

محل العقد في عقود التوريد :

ترجح أن عقود التوريد بيوع ، وأنها تنتج التزامات وحقوقا ، كغيرها من العقود ، فمالذي تم التعاقد عليه لينتج حقوقا والتزامات ؟

حددت البحوث التي تناولت الحديث عن عقود التوريد موضوع عقود التوريد أنها سلع وخدمات ، ووصفت محل العقد بالأوصاف التالية كما مر قريباً :

- أنه موصوف وصفاً ينفي الجهالة والغرر .
- أنه موصوف في الذمة ، أي ليس عيناً غائبة عن مجلس العقد .
- أنه معدوم ، إما حقيقة أو حكماً . والمعدوم حقيقة هو الذي لم يوجد بعد . وأما المعدوم حكماً ، فهو غير مقدور التسليم كالعبد الآبق ، أو غير المملوك .
- أنه مؤجل ، أي يفترض وجوده خلال أو يوم تنفيذ العقد .

ويلاحظ في أوصاف محل العقد في عقود التوريد أن المقصود الحقيقي من هذا العقد هو ذات السلع والخدمات محل التعاقد ، فهي وإن اتصفت بصفات العدم في الحال ، إلا أن مقصد التعاقد هو الحصول على تلك السلع في المآل . وبعبارة أخرى نلحظ في هذا العقد أن الالتزام بفعل هو المقوّم المثمّن في العقد ، وليس الالتزام المجرد عن الفعل ! كما هو الحال في المشتقات المالية .

وقد ذهب بعض الباحثين رد محل التعاقد إلى أنماط معروفة فقال فيما يتعلق بمحل عقد التوريد : "فهو إما أن يقع على عين معينة مشخصة موجودة مرئية ، فهو بيع الرؤية ، وهذا لا بأس فيه بتأجيل الثمن . أو على عين معينة موجودة مشخصة ، لكنها غائبة تباع بالصفة أو بالأنموذج ، فهذا بيع الموصوف المعين ، وهذا أيضًا لا مانع من بيعه آجلاً أو مقسطًا أو غير ذلك . أو يكون محل العقد مما تدخله الصنعة ، فهي داخلة في باب الاستصناع ، وأما ما لا تدخله الصنعة ، وليس من الأعيان الموجودة المرئية ولا الموصوفة ، كالمكيلات والموزونات التي لا تدخلها الصنعة ، فهذا يجب أن يطبق عليه عقد السلم بشرطه ، وهو : ألا يباع إلا بتقديم الثمن وإلا أغلقنا باب السلم ، وألغيناه من الفقه الإسلامي" [1] .

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، تعليق الثبيتي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 551 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ويناقش هذا التوجه بأن عقد التوريد يخالف في صفته العقود المعروفة فقهيا ، لا من جهة تسمية المعقود عليه ، بل من جهة طبيعته المؤجلة .

وهل يمكن أن يكون محل العقد التزاما مجردا ؟ إن التعاقد على مجرد الالتزام بعيد عن منطق هذا العقد ، إلا في حالة واحدة ، وهي أن يعاد بيع عقد التوريد ، أي أن يصكك عقد التوريد ويتداول ، وصورة ذلك ؛ أن يتعاقد طرفان على عقد توريد ، أي يلتزم الطرف الأول بتوريد السلعة إلى الطرف الثاني ، وفق مقتضى العقد ، وبعد إبرام العقد ، يقوم الطرف الملتزم ببيع التزامه إلى طرف آخر ، ينفذ الالتزام ، بثمن أقل من ثمن الالتزام الأول ، ويحصل الطرف الملتزم على فرق الثمنين . هذه الصورة يكسب الملتزم الأول ثمن التزامه ، بينما ينفذ الالتزام طرف آخر ، بثمن أقل .

أما فيما يبدو للباحث في عقد التوريد البسيط ، فإن المعقود عليه التزام بفعل ؛ وهو إحضار السلعة . وهذا ما أقرته الشريعة الغراء . فالمعقود عليه ليس الالتزام المجرد ، بل هو الالتزام المتعلق بسلعة ، وهو مشروع في الأصل . كما سنبينه مفصلاً في المطلب التالي . وهو حكم عقد التوريد .

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزام بعقود التوريد :

حكم عقد االتوريد :

أقر أغلب المعاصرين بمشروعية عقد التوريد ، وإن كانوا قد اختلفوا في تخريجه كثيرا . غير انهم اتفقوا على مشروعيته . وسوف نعرض في هذا المطلب القضايا التالية التي تتعلق بالحديث عن مشروعية عقد التوريد .

الفرع الأول : العناصر المؤثرة في الحكم على عقود التوريد :

يخالف عقد التوريد البنية العقدية الفقهية التقليدية في الأمرين التاليين [1] :

1. السلعة غير موجودة في مجلس العقد ، وقد تكون معدومة في البلد المصدر لها لأنها مما يصنع حسب الطلب ، وهذا هو الغالب .
2. أن المشتري لا يدفع الثمن حالًا ، ولكن يدفعه لدى تسلمه السلعة إما دفعة واحدة ، أو على أقساط .

[1] عقد التوريد ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 338 . عقود التوريد والمناقصات ، العثماني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 314 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وتعتبر هذه الطبيعة العقدية – لعقود التوريد – مخالفة لمنظومة التعاقد وفق أحكام الشريعة . حيث تقطع الموانع العقدية التالية الطريق على مشروعيته ، وهي : تأجيل البدلين ، بيع ما لا يملك ، بيع المعدوم ، الغرر [1] . وبالرغم من هذه الموانع فقد افتى بعض العلماء بجواز هذا العقد ، وذهب آخرون إلى منعه . حسب ما سنبسطه تالياً إن شاء الله تعالى .

الفرع الثاني : القائلون بجواز عقود التوريد :

ذهب فريق من العلماء [2] إلى القول بجواز عقود التوريد ، وجعلوا للقول بالجواز أصلين هما :

الأصل الأول : تخريج عقود التوريد على أنها بيوع . واستدلوا للجواز بالأدلة التالية :

1. خلوها من المانع الشرعي [3] : قال عبد السميع الإمام : "نرى أن قواعد الشرع لا تأبى جواز أمثال هذه البيوع" [4] ، والموانع التي تمنع مشروعية عقود التوريد هي :

أ. تأجيل البدلين : البدلان : الثمن والمثمن . والأصل تعجيلهما ، ويجوز تأجيل المثمن في السلم ، وتأجيل الثمن في البيوع الآجلة . أما تأجيل البدلين . فله حكم آخر .

أجمع الفقهاء على حرمة تأجيل البدلين ، لأنه من بيع الدين بالدين ، وهو بيع الكالئ بالكالئ ، ودليل منعه النص والإجماع . كما اعتبروا تأخير البدلين من الربا[5]. واعتبروه من شغل الذمة من غير فائدة .

واعترض عليه باعتراضات كثيرة :

حيث الحديث لا يصح وإن تلقته الأمة بالقبول .

---

[1] عقد التوريد ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 401 – 402 . التكييف الفقهي لعقود التوريد ، نصر ، مرجع سابق ، ص 164 ، 172 ، 177 ، 180 .

[2] القائلون بجواز عقد التوريد من العلماء هم : عبد السميع إمام ، مصطفى الزرقا ، الصديق الضرير ، عبد الوهاب أبو سليمان ، عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 490 – 491 .

[3] عقد التوريد ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 338 .

[4] عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 490 .

[5] أحكام القرآن ، الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، تحقيق : محمد صادق قمحاوي ، ط: دار إحيار التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، 1412 هـ – 1992 م ، ج 2 / ص 186 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

والصور التي تدخل فيه ليست موضع اتفاق العلماء والصورة التي نحن بصددها لا يدخلها الربا؛ لأنها مبادلة سلعة بنقد ، أو خدمة بنقد ، فالبدلان فيها مختلفان ، لا يدخلهما الربا المحرم . وأن العقد خالٍ من الربا بأنواعه ، لأنه ليس من الديون متحدة الجنس ليدخله ربا النسيئة ، وليس من المبادلات المتماثلة الفورية ليدخله ربا الفضل[1].

وليس مسلماً أنها شغل لذمتين من غير فائدة ، فلو لم تكن هناك فائدة لما عقد عليها أحد .

أما شغل الذمة من غير فائدة ؛ فأن دعوى عدم الفائدة لا تسلم . إذ التعاقد بين الصانع والتاجر قد حصل فيه الاتفاق منهما على تأجيل المبيع والثمن ، مع استفادتهما جميعاً منه ، إذ ضمن الصانع تصريف بضاعته ، وضمن التاجر الحصول عليه بثمن مهاود ، لم يرهق بأدائه حين التعاقد . والوقائع أعظم شاهد على شيوع هذا التعامل واتساع نطاقه ، ووفور الحاجة إليه ، وتحقق الفائدة به .

كما أن شغل الذمتين من الطرفين لا بأس به ، وقد عهد في الشريعة جوازه ، في الإجارة والكراء والجعالة والمزارعة وغيرها ، إذ يجوز أن يستأجر الإنسان غيره ، على عمل خاص ، أو يكتري دابة ، ثم يحاسب على الأجرة ، في نهاية العمل . فقد اشتغلت ذمة المتعاقدين : أحدهما بالعمل الذي التزم القيام بأدائه ، والآخر بالمبلغ الذي يدفعه في نظيره . وهكذا في الجعالة والمزارعة ، وإذا فتأجيل البدلين معا ، في عقد البيع ، لا يتنافى مع أصول الشريعة الإسلامية [2] .

ودعوى الإجماع فيها نظر ، ثم إن الإجماع هنا غير وارد على معنى واحد [3] . فقيل : هو فسخ الدين بالدين ، وقيل : هو ربا النسيئة الذي كانت تمارسه العرب ، وقيل : هو التصارف في الذمة ، وقيل : بيع الدين بمعين أو بمنافع معينة ، وقيل :

---

[1] عقود التوريد والمناقصات ، الجواهري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 434 . عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 482 .

[2] عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 484 – 485 .

[3] المرجع سابق ، ج 2 / ص 481 – 484 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

جعل الدين رأس مال السلم [1] . قال ابن القيم : إن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع ، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ ، والكالئ : هو المؤخر الذي لم يقبض ، كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة ، وكلاهما مؤخر ، فهذا لا يجوز بالاتفاق ، وهو بيع كالئ بكالئ [2] .

ب. الغرر . هل في عقود التوريد غرر ؟

تقدم في البحث تعريف الغرر وأنه ما انطوت عنا عاقبته . وللغرر صور وأشكال متعددة ، ذهب أبو سليمان أن الغرر منتفٍ عن عقود التوريد ، وذلك لأن الغرر يرجع إلى أوصاف ثلاثة هي : تعذر التسليم ، والجهل ، والخطر والقمار [3] . حيث من ضروريات عقود التوريد اطمئنان المشتري على قدرة البائع على التسليم ، والجهل – كذلك – منتفٍ بالوصف الدقيق ، ولا خطر في عقود التوريد ، وذلك نظراً لإجراءات السلامة والضمان المتبعة ، من أمن التجارة الدولية والمحلية وسلامة انتقالها ، والتأمين عليها وغيرها من أسباب التأكد من سلامة المبيع . وبانتفاء عناصره [4] ، ينتفي وجود الغرر كمانع من موانع التعاقد .

ج. بيع ما لا يملك : والأصل في منعه حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه ، قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ، فأبتاع له من السوق ثم أبيعه ، قال : (لا تبع ما ليس عندك) [5] . وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك) [6] .

---

[1] التكييف الفقهي لعقود التوريد ، نصر ، مرجع سابق ، ص 169 .

[2] إعلام الموقعين ، ابن القيم ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 172 .

[3] عقد التوريد ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 398 .

[4] المرجع سابق ، ج 2 / ص 400 . عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 486 .

[5] رواه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع ما ليس عنده ، حديث رقم 3503 . سنن أبي داود ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 1518 .. والترمذي ، كتاب البيوع ، باب كراهة الرجل بيع ما ليس عندك ، حديث رقم 1232 ، سنن الترمذي ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 346 . وغيرهما .

[6] تقدم تخريجه .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وأجيب عنه : أن عقود التوريد لا تدخل في معنى هذين الحديثين ، لأن معناهما : أنه يحظر على البائع أن يبيع اشياء معينة لا يملكها ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها للمشتري [1] . أو حظر بيع ما لا يقدر على تسليمه [2] .

د. بيع المعدوم : والمعدوم أنواع ، قال ابن القيم : المعدوم ثلاثة أنواع : الأول : معدوم موصوف في الذمة ، فهذا يجوز بيعه اتفاقا وهو السلم ، ومعدوم تابع للموجود ؛ وهو نوعان : متفق عليه ، ومختلف فيه . فالمتفق عليه : بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة . والمختلف فيه : بيع المحاصيل إذا طابت ، كالمقاثي والمطابخ ، ففيها قولان ، الحظر والإباحة . والنوع الثالث : معدوم لا يدري أيحصل أم لا يحصل ؟ فهذا ممنوع لا لكونه معدوما بل لكونه فيه غرر [3] . وبهذا الوصف والمعنى للمعدوم ، لا يدخل فيه عقود التوريد لأن السلع والخدمات التي ينعقد عليها التوريد ، إما موصوفة في الذمة ، وإما تابعة للموجود .

2. مشابهة عقود التوريد لبعض العقود الفقهية التقليدية ، ونُزّل عقد التوريد على أكثر من عقد فقهي تقليدي هي :

أ. الإباحة الأصلية : ويدل عليها عموم الأدلة الآمرة بالوفاء بالعقود : قال حسن الجواهري: "إذا بطلت كل الأدلة على عدم جواز هذه المعاملة (يقصد عقود التوريد) ، يبقى عندنا عموم القرآن الكريم مثل قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[4]. و قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [5] . وقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ ﴾ [6] . فما دام يصدق على هذه المعاملة أنها عقد وتجارة وبيع ، فتشملها

---

[1] بدائع الصنائع ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 147 . المغني ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 145 .

[2] نيل الأوطار ، الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، دار الحديث ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1421 هـ – 2000 م ، ج 5 / ص 163 .

[3] زاد المعاد في هدي خير العباد ، ابن قيم الجوزية ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ، ت 751 هـ ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط ، دار الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1419 هـ – 1998 م ، ج 5 / ص 718 وما بعدها .

[4] المائدة : ١ .

[5] النساء : ٢٩ .

[6] البقرة : ٢٧٥ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

العمومات المتقدمة وهي دليل الصحة"[1] . واعترض عليه بأن الإباحة الأصلية مشروطة بخلو العقد من الموانع التي ورد فيها نص أو إجماع . وقد ورد نص وإجماع وقياس صحيح على منع ابتداء الدين بالدين [2] .

ب. تنزيله على عقد البيع على الصفة أو ما يسمى بيع الصفات [3] . والجامع بينهما :

- كلاهما قائم على أساس التوصيف الكامل للسلعة أو رؤية سابقة ، أو مشاهدة عينة لها ، وأنموذج منها .
- غياب السلعة عن مجلس العقد في كلا العقدين ، وينفرد عقد التوريد بعدم وجودها في الخارج حال العقد ، ولكنها تصنع ، وقد تكون موجودة ، ولكنها بعيدة على أن يضمن البائع إحضارها سليمة في المكان والزمان والمواصفات المتفق عليها .
- موضوع العقدين هو عموم السلع الضرورية ، والحاجية والتكميلية والتحسينية .
- القصد الأساسي من العقدين هو التبادل الفعلي للسلع .
- كلا العقدين يحققان مفهوم عقد البيع شرعًا ، فهما من بيوع الصفات لا الأعيان .

حكم البيع على الصفة :

حكم المبيع الغائب عند الفقهاء ، الجواز عند الحنفية [4] والمالكية [5] والحنابلة [6] والشافعية في القديم ، ومنعه الشافعية في الجديد و هو قول عند الحنابلة ، ومنعه كذلك الحكم وحماد ، قال النووي : بيع العين الغائبة ، قد ذكرنا أن أصح القولين في مذهبنا بطلانه ، وبه قال الحكم وحماد ، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد وابن المنذر وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم يصح ، نقله البغوي وغيره عن أكثر العلماء ، قال ابن المنذر : فيه ثلاثة مذاهب ؛ مذهب الشافعي : أنه لا يصح . والثاني : يصح البيع إذا وصفه ، وللمشترى الخيار إذا رآه ، سواء كان على تلك الصفة أم لا . وهو قول الشعبي والحسن والنخعي والثوري وأبى حنيفة وغيره من أهل الرأي . والثالث :

---

[1] عقود التوريد والماقصات ، الجواهري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 435 .

[2] المرجع السابق ، تعليق الشيخ محمد الصديق الضرير ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 562 .

[3] عقد التوريد ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 338 – 339 .

[4] الاختيار لتعليل المختار ، الموصلي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 9 .

[5] مواهب الجليل ، الحطاب الرعيني ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 296 .

[6] كشاف القناع ، البهوتي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 473 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

يصح البيع وللمشترى الخيار إن كان على غير ما وصف ، وإلا فلا خيار ، قاله ابن سيرين وأيوب السختياني ومالك وعبيدالله بن الحسن وأحمد وأبو ثور وابن نصر [1] .

أما العين الغائبة الموصوفة ، فلا خلاف عند الفقهاء على جواز بيعها . والخلاف عندهم إنما هو في خيار الرؤية وشروط صحة بيع العين الغائبة [2] .

واعترض على قياس التوريد على العين الموصوفة بأن آجال البيع على الصفة في حكم المعدوم ، لأن التاجيل ليومين أو ثلاثة أيام فقط ، فهي في حكم المعدوم . بينما التوريد فلآجال بعيدة [3] .

كما اعترض عليه بأن البيع على الصفة بيع حال تأخر فيه التسليم ، والتوريد بيع ليس حالا بل هو مضاف إلى المستقبل [4] . كما يفهم من كلام الجواهري . وهذا ما نص عليه الدكتور الضرير حيث قال : لأن بيع الاستيراد أو بيع التوريد مدخول فيه على التسليم في المآل (فيما بعد) ، أي مؤجل التسليم [5] .

ج. تنزيله على أنه بيع استجرار : قال مصطفى الزرقا [6] : "عقد التوريد صحيح شرعاً ، كما كما هو صحيح قانوناً ، ويشبه إلى حد كبير بيع الاستجرار ، الذي نص عليه الحنفية . وبيع الاستجرار: هو ما يستجره الإنسان من البياع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانا" [7] . وجوزه الحنفية ، قال ابن نجيم : "ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة (أي بيع المعدوم) ، الأشياء التي تؤخذ من البياع على وجه الخرج – كما هو العادة – من غير بيع ، كالعدس والملح والزيت ونحوها ، ثم اشتراها

---

[1] المجموع شرح المهذب ، النووي ، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، تحقيق : محمد نجيب المطيعي ، ط: دار الإرشاد ، جدة ، بدون رقم ولا تاريخ للطبعة ، ج 9 / ص 364 .

[2] نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية ، درادكة ، د. ياسين أحمد إبراهيم ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، بدون رقم ولا تاريخ للطبعة ، ج 1 / ص347 .

[3] عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 480 .

[4] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، تعليق الشيخ حسن الجواهري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 539 .

[5] المرجع السابق ، تعليق الشيخ الضرير ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 561 .

[6] عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 490 .

[7] حاشية ابن عابدين ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 30 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

بعدما انعدمت صح" [1] . وتخريج جواز الاستجرار عند الحنفية قام على : اعتباره بيع معدوم ، ولكنه مستثنى من قاعدة الحظر استحسانا ، أو من باب ضمان المتلفات ، أو من بيوع التعاطي ، والثمن معلوم ولا يحتاج إلى بيان ، أو هو قرض مضمون بمثله أو قيمته [2]. ولهذا البيع عند الحنفية صور عدة ، ليس من غرض البحث استقصاؤها . ومذهب المالكية جواز بيعة أهل المدينة ، وهي كما قال الحطاب في مواهب الجليل : "وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم ، أخذ كل يوم شيئا معلوما ، ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء ، وكذلك كل ما يباع في الأسواق ، ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمى ما يأخذ كل يوم ، وكان العطاء يومئذ مأمونا ولم يروه دينا بدين . ونقل أثر ابن عمر رضي الله عنهما ، وفيه عن سالم بن عبد الله قال : كنا نبتاع اللحم من الجزارين ، بسعر معلوم ، نأخذ منه كل يوم رطلا أو رطلين أو ثلاثة ، ويشترط عليهم أن يدفعوا الثمن من العطاء ، قال : وأنا أرى ذلك حسنا ، قال مالك : ولا أرى به بأسا إذا كان العطاء مأمونا ، وكان الثمن إلى أجل فلا أرى به بأسا . قال ابن رشد : وهذا أجازه مالك وأصحابه ، اتباعا لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين : أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه ، وأن يكون أصله عند المسلم إليه" [3] . وهذه إحدى صور الاستجرار .

وسامح فيه الغزالي من الشافعية ، وجعله من المعاطاة [4] ، أما الحنابلة فقد جاز عندهم الاستجرار في رواية ، وأجازه شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم ، قال ابن القيم : "اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد ، وصورتها : البيع ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم ، يأخذ منه كل يوم شيئا معلوما ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ، ويعطيه ثمنه ؛ فمنعه الأكثرون ، وجعلوا القبض به غير ناقل للملك ، وهو قبض فاسد يجري مجرى المقبوض بالغصب ؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد . هذا وكلهم – إلا من شدد على نفسه – يفعل ذلك، ولا يجد منه بدا ، وهو يفتي ببطلانه ، وأنه باق على ملك البائع ، ولا يمكنه التخلص من ذلك إلا بمساومته له عند كل حاجة يأخذها قل ثمنها أو كثر ، وإن كان

---

[1] البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 434 .

[2] حاشية ابن عابدين ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 30 ، التكييف الفقهي لعقود التوريد ، نصر ، مرجع سابق ، ص 69 .

[3] مواهب الجليل ، الحطاب الرعيني ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 516 .

[4] حاشية الجمل على شرح المنهج ، الشيخ سليمان ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون رقم ولا تاريخ للطبعة ، ج 3 / ص 9 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ممن شرط الإيجاب والقبول لفظا ؛ فلا بد مع المساومة أن يقرن بها الإيجاب والقبول لفظا . والقول الثاني: وهو الصواب المقطوع به ، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر – جواز البيع بما ينقطع به السعر ، وهو منصوص الإمام أحمد ، واختاره شيخنا ، وسمعته يقول : هو أطيب لقلب المشتري من المساومة ، يقول : لي أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري ، قال : والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه ، بل هم واقعون فيه ، وليس في كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، ولا إجماع الأمة ، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يحرمه ، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل ، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل كالنكاح والغسال ، والخباز والملاح ، وقيم الحمام والمكاري والبيع بثمن المثل كبيع ماء الحمام" [1] .

يتضح بذلك أن القول بجواز الاستجرار معلوم معروف لدى المذاهب كلها . ويبقى القول ما العلاقة بين الاستجرار والتوريد .

والعلاقة بين الاستجرار والتوريد واضحة ، حيث الاستجرار دفع اثمان السلع بعد أن يستهلكها المشتري ، وهذه حقيقة أكثر عقود التوريد لا سيما الحكومية منها ، حيث لا يقبض المورد ثمن السلع إلا بعد توريدها فورا ، بل بعد استهلاكها غالبا . وهذه هي حقيقة الاستجرار .

د. الحاجة : حيث قال الزرقا: "الحاجة العامة اليوم تدعو إلى ممارسة عقد التوريد"[2]. وقال السلامي : "وأما ابتداء الدين بالدين في عقود التوريد ، فهو جائز لحاجة المسلمين سواء أكان ذلك في دولهم أوكان ذلك في معاملهم" [3] . وقال ابن بية : "إن التوريدات الآن ، لا توجد فيها جهالة كبيرة ، ولا غرر كبير ، فيمكن أن نجيز هذا العقد بناء على الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة" [4] .

---

[1] إعلام الموقعين ، ابن القيم ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 399 – 400 .

[2] عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 490 . عقود التوريد والمناقصات ، العثماني ، ج 2 / ص 314 .

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، تعليق محمد مختار السلامي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 547 .

[4] المرجع السابق ، تعليق الشيخ عبد الله بن بية ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 554 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

واعترض عليه بأن الحاجة استثنائية ثانوية ، وهي أخص من المشروعية [1] . كما اعترض عليه بأن الحاجة تفتح المجال لإباحة كثير من العقود الفاسدة التي ابتدعها السوق الرأسمالية ، مثل المستقبليات وغيرها [2] .

ويجاب على هذا الاعتراض بأن اشتهار عقود التوريد ، بمنزلة العام ، لا بمنزلة الخاص. ويجاب عنه كذلك بأن العبرة بالحكم الشرعي لا بالحجم .

هـ. الشيوع والانتشار : قال الزرقا : "كما أنه – أي عقود التوريد – أصبح متعارفا. ولا يخفي أن عقد التوريد قد أصبح فيه عرف شامل ، ولاسيما بعد أن قررته القوانين"[3] .

الأصل الثاني : تخريج عقود التوريد على أنها مواعدة [4] ، واستدلوا على جواز عقود التوريد باعتبارها مواعدات وليس عقودا . لأن اعتبارها عقودا يعترض طرق الجواز بكونها بيع معدوم ، وبيع كالئ بكالئ ، وهو مما اتفق الفقهاء على منعه [5].

واعترض على تخريج جواز عقود التوريد على أنها مواعدة بالاعتراضات التالية :

بأن الإلزام بالتنفيذ من صفات العقود وليس من صفات المواعدة [6] ، ثم لا داعي للتهرب من عقدية هذه العقود وعهديتها فعقود التوريد التزام في مقابل التزام وهو معنى العقد والعهد [7] ، وهي بيوع يجري يجري التصرف بها من بيع ونحوه قبل التسلم [8] ، كما يعترض عليه : بأن المواعدة الملزمة من الطرفين لا تبقي فرقا بينها وبين بيع المضاف إلى المستقبل ، وهو ما اتفق الأئمة الأربعة على تحريمه [9] .

---

[1] المرجع السابق ، تعليق الجواهري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 541 .

[2] عقود التوريد والمناقصات ، المصري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 490

[3] عقود التوريد والمناقصة ، العثماني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 314 .

[4] وهو القاضي محمد تقي العثماني في بحثه عقود التوريد والمناقصة ، وقد تقدم الحديث عنه .

[5] المرجع السابق ، تعليق العثماني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 519 .

[6] المرجع السابق ، تعليق العبادي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 532 . و تعليق الثبيتي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 550 .

[7] المرجع السابق ، تعليق الجواهري ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 543 .

[8] المرجع السابق ، تعليق ابن منيع ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 559 – 560 .

[9] المرجع السابق ، تعليق الشيخ محمد تقي العثماني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 519 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الثالث : القائلون بمنع عقود التوريد :

وذهب فريق من الباحثين ، ومعهم قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة ؛ إلى منع عقود التوريد قرار رقم : 107 (1 / 12) ، حيث كان نص القرار كالتالي :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية ، من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ إلى غرة رجب 1421 هـ (23 – 28 سبتمبر 2000 م)

قرر ما يلي :

ثانيا : إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة ، فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه ، وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع رقم : 65 (3 / 7) .

ثالثا : إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة ، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل ، فهذا يتم بإحدى طريقتين :

أ- أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد ، فهذا عقد يأخذ حكم السلم فيجوز بشروطه المعتبرة شرعًا المبينة في قرار المجمع رقم 85 (2 / 9) .

ب- إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد ، فإن هذا لا يجوز لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين ، قد صدر قرار المجمع رقم (40 – 41) المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه ، فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ . أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم [1] .

واستدل المانعون بأن عقود التوريد إما مواعدة ملزمة ، وهي محظورة بناء على قرار سابق من المجمع كما تقدم في نص القرار . أو أنها عقود تطوي على تأجيل البدلين ، وبيع ما لا يملك ، وبيع

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 571 – 572 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المعدوم ، والغرر . ولم يذكر قرار المجمع من هذه الموانع سوى الكالئ بالكالئ . وقد تقدمت مناقشة هذه الموانع قريبا .

الفرع الرابع : المتوقفون في حكم عقود التوريد :

وذهب إلى التوقف الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير ، حيث رأى أن ضوابط الحاجة بحاجة إلى تأكد فقال : فقد نص جميع الفقهاء على أن العقد الذي فيه غرر أنه إذا دعت الحاجة إليه بضوابطها الشرعية يجوز . هذه الضوابط هي أن تكون الحاجة عامة أو خاصة ، وأن تكون متعينة ، بمعنى أن تنسد جميع الطرق التي توصل إلى المطلوب إلا هذا الطريق . فهل هذه الضوابط موجودة في هذه المعاملة ؟ هذا هو ما يحتاج إلى تحقيق وتدبر قبل أن نحكم بالجواز أو المنع ، ويجب أن ننظر فيما يترتب عليه هذا الجواز لو بنيناه على الحاجة . إلى أن قال : ولهذا فإني متوقف في هذا الحكم حتى يتبين لنا فائدة هذا العقد وأن مبدأ الحاجة ينطبق عليه انطباقًا كاملًا . وشكرًا لكم ولهذا فإني متوقف في هذا الحكم حتى يتبين لنا فائدة هذا العقد وأن مبدأ الحاجة ينطبق عليه انطباقا كاملا [1] .

الترجيح :

يترجح القول إن عقود التوريد جائزة شرعا وذلك للأسباب التالية :

أولا : توفر مقتضيات المشروعية من حيث ، الإباحة الأصلية ، والحاجة ، والتيسير ، والعرف وسعة الانتشار .

ثانيا : خلو عقود التوريد من موانع المشروعية ، حيث أجيب عن كل الاعتراضات التي أوردها المانعون .

ثالثا : المصالح الشرعية المنضبطة التي توفرها هذه العقود ، من تبادل حقيقي للسلع والخدمات ، وتوفير درجات عالية من الأمن التعاقدي ، الذي يمنع الخصومات .

رابعا : ضعف أدلة المانعين لعقود التوريد .

[1] المرجع السابق ، تعليق الشيخ الضرير ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 562 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المبحث الرابع : المعاوضة على الالتزام بالتأمين (إعادة التأمين) :

ويتضمن هذا المبحث المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم إعادة التأمين وصوره .

المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقد إعادة التأمين .

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزام في عقد إعادة التأمين .

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول : مفهوم إعادة التأمين وصوره :

تمهيد :

تطورت فكرة إعادة التأمين منذ منتصف القرن التاسع عشر ، حيث أنشئت أول شركة إعادة تأمين متخصصة عام 1880 . تقوم فلسفة التأمين ، على علاقة فنية بين التعاون ، والمقاصة بين المخاطر ، وعوامل الإحصاء ، وينتج قانون الكثرة الذي يقوم على عنصري انتشار المخاطر وانتقاء المخاطر ، ينتج اختلافا بين نتائج الإحصاء النظرية والفعلية ، بحيث لا تنطبق مبادئ الاحتمالات الحسابية على الواقع انطباقا كاملا ، يؤدي ذلك حتما إلى ظهور فجوة يعبر عنها بالفروق ، والفروق تتأثر بعاملين هما : عدد الأخطار وقيمة الأخطار . وهذه الفروق قد تكون كبيرة فتهدد نشاط الشركة المؤمنة ، وللتغلب على خطر الفروق ، هناك وسيلتان مهمتان هما [1] التأمين الاقتراني : وهو الاحتفاظ بقدر من الأخطار يتناسب مع الأخطار الأخرى ، ويؤمن الزائد عند شركات تأمين أخرى . وإعادة التأمين . والفرق بينهما ، أن الأول ينشئ علاقة بين المستأمن والمعيد ، والثاني لا ينشؤها . بل المستأمن مستقلا عن المعيد ، مرتبطا بالمؤمن المباشر [2] .

الفرع الأول : تعريف إعادة التأمين :

تواجه شركات التأمين مخاطر متعددة أثناء قيامها بنشاطها التأميني ، ومن أبرز هذه المخاطر ؛ مخاطر زيادة عدد المطالبين بالتغطية عن العدد المتوقع . أو دخول هذه الشركات في عقود أكبر من إمكانياتها ، حيث المنتفع يفضل التعامل مع شركة واحدة على أن يتعامل مع عدة شركات ، ورفض التأمين لا يتماشى مع منافسة السوق .

لذلك تلجأ شركات التأمين إلى إعادة التأمين ، بناء على ذلك لا يختلف إعادة التأمين عن التأمين المباشر ، فالتأمين المباشر يقوم على توزيع المخاطر بين أكبر عدد من المستأمنين ، بينما يقوم

---

[1] إعادة التأمين ، د.عبد الودود يحيى ، مكتبة القاهرة الحديثة ، الطبعة الأولى 1963 ، ص 7 – 12 .

[2] المرجع السابق ، ص 15 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

إعادة التأمين على توزيع المخاطر بين شركات التأمين المباشرة ، وذلك بأن تشارك شركة إعادة التأمين ، الشركة المباشرة في تحمل جزء من المخاطر بشروط معينة ، و ذلك في نظير التنازل عن جزء من أقساط التأمين التي حصلتها الشركة المباشرة [1] .

و مما سبق تعددت عبارات الباحثين والعلماء في تعريف إعادة التأمين ، وهي تدور حول محاور واحدة ، فإعادة التأمين هي : "عقد بمقتضاه تلتزم إحدى شركات التأمين بالمساهمة في تحمل أعباء المخاطر المؤمن منها لدى شركة أخرى" [2] . أو هو : "عقد بين المؤمن و معيد التأمين ، يلتزم الأخير بمقتضاه بتعويض الأول وعلى النحو المتفق عليه ، عما يدفعه إلى المؤمن له عند تحقق الخطر محل عقد التأمين مقابل عوض مالي يتفق عليه" [3] . أو هو: "عقد بموجبه يحمي المؤمن المباشر نفسه ضد آثار التأمين الذي عقده مع المستأمن" [4] . والحقيقة واحدة . وقد ناهزت العشر تعريفات أو أكثر . والاختلاف بينها في العبارة لا في الحقيقة [5] . وتدور التعريفات المتعددة على العناصر التالية [6] :

1. إعادة التأمين عقد مستقل ، بين شركة التأمين المباشر وشركة إعادة التأمين .
2. قسط إعادة التأمين ، حيث تدفع شركة التأمين المباشر قسط إعادة التأمين لشركة إعادة التأمين .
3. تتحمل شركة إعادة التأمين حصة من المخاطر نظير قسط إعادة التامين .
4. المؤمّن لهم مستقلون أجانب عن شركة إعادة التأمين ، ولا علاقة مباشرة بين الطرفين .

ويهدف إعادة التأمين إلى تحقيق التناسق بين الأخطار ، أي تتقبل شركة التأمين جميع الأخطار مهما بلغت قيمتها ، كما تعد إعادة التأمين فرصة للحصول على أرباح ، وذلك عند إعادة التأمين بسعر أقل . بالإضافة إلى مساعدة شركات إعادة التأمين – والتي تكون عادة ضخمة – للشركات

---

[1] التأمين الإسلامي وتطبيقه في شركات التأمين الإسلامية ، محمد عبد اللطيف آل محمود ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، 2000 ، ص 119 .

[2] المعاملات المالية المعاصرة ، د. محمد عثمان شبير ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، الطبعة الأولى ، 2002 ، ص 287 .

[3] المرجع السابق ، ص 119 .

[4] إعادة التأمين ، يحيى ، مرجع سابق ، ص 15 .

[5] إعادة التأمين ، د. أحمد سالم ملحم ، دار النفائس ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 109 – 110 . إعادة التأمين والبديل الإسلامي ، د. عبد العزيز بن علي الغامدي ، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، السنة 22 ، المجلد 22 ، العدد 44 ، رجب 1428 هـ ، ص 43 – 44 .

[6] إعادة التأمين والبديل الإسلامي ، الغامدي ، مرجع سابق ، ص 44 – 45 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الناشئة في تقدير الأخطار ، كما ينتفع المؤمن من قوة المركز المالي للشركة التي أمن لديها ، إذا قامت بإعادة التأمين .

ولإعادة التأمين نوعان هما ؛ التأمين الإجباري ، وهو ما يفرضه القانون ، أو الإجبار عن طريق الاتفاق [1] .

الفرع الثاني : صور إعادة التأمين :

تتم إعادة التأمين بصور متعددة – ويعبر عنها باتفاقيات إعادة التأمين [2] – أهمها الصور التالية[3]:

الصورة الأولى : التأمين بالمحاصة أو النسبة :

وفي هذه الصورة يتم الإتفاق بين المؤمن المباشر والمؤمن المعيد ، على الإشتراك في جميع الوثائق التي يبرمها المؤمن المباشر أو الإشتراك في بعض أنواع التأمين . ويتم تحديد نسبة الإشتراك ، فإذا وقع الخطر يوزع مبلغ التأمين الواجب السداد ، بين المؤمن المباشر والمؤمن المعيد بحسب النسبة المتفق عليها ، فيدفع المؤمن المعيد عند وقوع الخطر النسبة نفسها التي احتفظ بها حسب الاتفاق . فإذا احتفظ بالربع فإنه يدفع من مبلغ التأمين ربعه ، و الباقي يحتمله المؤمن المعيد، ولا فرق بين أن يكون مبلغ التأمين كبيرا أو صغيرا ، أو كان في وسع المؤمن المباشر أن يغطيه أو لا ، وهذا يعد عيبا من عيوب هذا النوع من إعادة التأمين .

الصورة الثانية : إعادة التأمين فيما جاوز حد الطاقة :

---

[1] التأمين الإسلامي ، د. علي محيي الدين القرة داغي ، إصدار : إدارة الشؤون الإسلامي في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة قطر ، شركة دار البشائر الإسلامية ، الطبعة الأولى ، 1431 هـ – 2010 م ، ج 10 / ص 377 . و إعادة التأمين ، ملحم ، مرجع سابق ، ص 117 – 118 . وغيرهم .

[2] عقد إعادة التأمين ، د. عدنان أحمد ولي ، مطبعة المعارف ، بغداد ، الطبعة الأولى ، 1982 م ، ص 28 .

[3] إعادة التأمين ، يحيى ، مرجع سابق ، ص 47 وما بعدها . التأمين الإسلامي وتطبيقه في شركات التأمين الإسلامية ، آل محمود ، مرجع سابق ، 119 – 120 . التأمين الإسلامي ، القرة داغي ، مرجع سابق ، ج 10 / ص 377 – 378 . و إعادة التأمين ، ملحم ، مرجع سابق ، ص 119 – 120 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وفيها يحتفظ المؤمن المباشر بالعمليات التي في حدود طاقته ، و يقتصر في إعادة التأمين على العمليات التي تجاوز حد طاقته ، فإذا وقع الخطر يدفع من مبلغ التأمين المبلغ المتفق عليه ، و ما زاد عن ذلك فإنه يقع على المؤمن المعيد .

الصورة الثالثة : إعادة التأمين فيما جاوز حدا معينا من الكوارث :

و فيها تتحدد مسؤوولية المؤمن المعيد بما تجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه ، كأن يتفق أن المؤمن المباشر تتحدد مسؤوليته في حدود خمسة آلاف دينار من مبلغ التأمين ، و ما زاد فإنه يقع على المؤمن المعيد . و بالتالي فإن المؤمن المعيد يؤمن على كل وثيقة على حدة .

الصورة الرابعة : إعادة التأمين فيما جاوز حدا معينا من الخسارة :

و فيها يتحمل المؤمن نسبة معينة من مجموع الأقساط ، و يعين حدا أقصى لمجموع التعويضات التي يلتزم بها خلال السنة ، فإذا زادت التعويضات عن هذه النسبة رجع على المؤمن المعيد ، فهذا النوع يتعلق بمجموع الكوارث في فرع معين من فروع التأمين ، وفي حدود نسبة مئوية من الأقساط التي يتحصل عليها من المؤمنين ، فالخلاف بينه وبين إعادة التأمين بما جاوز حدا معينا من الكوارث ، في أن الثاني يخص كل وثيقة على حدة ، و في حد معين من مبلغ التأمين .

ويتضح مما سبق أن صور وأشكال أعادة التأمين تؤول إلى محورين هما ، الاتفاقيات النسبية ، وهي التي تعتمد على النسب والحصص والطاقة ، والاتفاقيات غير النسبية وهي ما بني على أسس غير نسبية ، مثل الخسارة ، والكوارث [1] .

الفرع الثالث : خصائص إعادة التأمين :

يتميز عقد إعادة التأمين بالميزات التالية [2] :

1. اتفاق إعادة التأمين عقد ملزم للجانبين ، يلتزم المؤمن المباشر فيه بدفع أقساط إعادة التأمين ، ويلتزم المؤمن المعيد بدفع نصيبه في تعويض الكارثة .

---

[1] عقد إعادة التأمين ، ولي ، مرجع سابق ، ص 28 – 58 .

[2] إعادة التأمين ، يحيى ، مرجع سابق ، ص 89 – 90 . وعقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي ، د. محمد عبد اللطيف الفرفور ، مرجع سابق . ص 603 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

2. اتفاق إعادة التأمين عقد احتمالي ، لأن مدى التزام كل من طرفيه يتحدد تبعا لأمر مستقبل غير محقق الوقوع . وصفى الاحتمال لا تنفي صفة الإلزام ، لأن الإلزام نشأ مع العقد ، والاحتمال متعلق بالخطر محتمل الحدوث وليس بالالتزام في مواجهة هذا الخطر .
3. اتفاق إعادة التأمين من عقود حسن النية ، وهذا المبدأ من المبادئ الأساسية في الفكر التأميني ، ويقصد به الثقة بين طرفيه ، فالمؤمن المعيد يعتمد أساسا على تقديرات المؤمن المباشر لأنه يتحمل جزءا منها ، ومن مقتضيات هذا المبدأ أن المؤمن المباشر يزود المؤمن المعيد بكل البيانات المتعلق بالأخطار المؤمن عليها .
4. اتفاق إعادة التأمين – على عكس عقد التأمين – ليس عقد إذعان ، فالطرفان في مركز اقتصادي واحد .

ويتفق عقد إعادة التأمين مع عقد التأمين كافة الخصائص سوى الأخيرة ، حيث تتميز عقود التأمين بأنها عقود معاوضة ، وعقود لازمة ، وعقود إذعان ، وعقود احتمالية ، وعقود مستمرة أو ممتدة [1] .

المطلب الثاني : متى يكون الالتزام محلا للتعاقد في عقد إعادة التأمين :

سنعرض في هذا المطلب للحديث عن محل التعاقد في عقد إعادة التأمين ، ثم نعرض للحديث عن موقع الالتزام في هذه العقود .

الفرع الأول : محل التعاقد في عقد التأمين :

محل التعاقد في عقد التأمين هو مقصد العاقدين من التعاقد عليه ، ويتجلى ذلك بجملة الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه المعاوضة ، التي يرغب المتعاقدان فيها بتبادل ما لهما من حقوق ، متحملين مقابل الحصول على تلك الحقوق جملة من الالتزامات . ويمكن تتبع ذلك من خلال تشخيص التزامات كلا طرفي العقد .

أولا : التزامات المؤمن المباشر [2] :

---

[1] التأمين وأحكامه ، د. سليمان بن إبراهيم بن ثنيان ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 1424 هـ – 2003 م ، ص 89 وما بعدها .

[2] إعادة التأمين ، يحيى ، مرجع سابق ، ص 106 – 111 ، التأمين الإسلامي وتطبيقه في شركات التأمين الإسلامية ، آل محمود ، مرجع سابق ، ص 121 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

1- تسليم قسط الإعادة : حيث يلتزم المؤمن المباشر بالتنازل عن بعض الأقساط المحصلة من المستأمن للمؤمن المعيد .

2- دفع فائدة عن احتياطي الأخطار السارية ، نظرا لبقاء بعض وثائق التأمين سارية المفعول ؛ يحتفظ المؤمن المباشر بجزء من أقساط إعادة التأمين ، وذلك لضمان وفاء المؤمن المعيد بالتزاماته عن الوثائق غير المنتهية ، ولتوفير سيولة لضمان القدرة على تسديد التعويضات المطالب بها ، ولأن هذا الاحتفاظ يفوت على المؤمن المعيد استثمار هذه الأموال ، فإن المؤمن المباشر مطالب بدفع فائدة عن هذا الاحتياطي للمؤمن المعيد تعويضا له .

ثانيا : التزامات المؤمن المعيد [1] :

1- دفع مبلغ التأمين : حيث يلتزم المؤمن المعيد – في حال تحقق الخطر المؤمن منه ، و وفقا لشروط التعاقد بينهما – أن يؤدي للمؤمن المباشر نصيبه من التعويضات المتفق على تحملها ، و ذلك في نظير الأقساط التي تقاضاها عن التزامه .

2- دفع عمولة للمؤمن المباشر : وهي نسبة مئوية من قيمة الأقساط التي تنازل عنها المؤمن المباشر ، وذلك لتغطية المصاريف الإدارية ، والحصول على وثائق التأمين التي يتحملها المؤمن المباشر من البداية .

3- دفع عمولة أرباح : وذلك عند تحقق فائض في الأقساط التي حصلها المؤمن المعيد ، فإن المؤمن المباشر يحصل على نسبة مئوية من قيمة الفائض المحصل .

يتضح من عرض التزامات العاقدين في عقد إعادة التأمين أن القصد من عقد إعادة التأمين المتاجرة بالمخاطرة المتوقعة . حيث يهدف المؤمن المعيد ، من خلال إحصائيات معينة إلى الاستفادة من الفرق بين ما يحصل عليه من أقساط إعادة التأمين ، وما يترتب عليه من مطالبات في مقابل هذه الالتزامات . ويهدف المؤمن المباشر إلى الاستفادة من نفس الفارق بين الأقساط والالتزامات . وإن كان للمؤمن المباشر أهداف تحوطية أخرى ، ولكن ما يحصل عليه من التزامات العمولة المباشرة على إعادة التأمين ، وعمولة الأرباح ، يبين أن الوزن النسبي لمقصد الاسترباح أعلى من الوزن النسبي للتحوط ، وهذا ما يؤكده مبدأ الكثرة سابق الذكر .

[1] المرجعان السابقان ، على التوالي ، ص 112 – 118 ، ص 121 – 122 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

تحرير محل التعاقد في عقد إعادة التأمين :

لا قيام للتأمين دون احتمال للخطر ، لذلك يصح بامتياز أن يقال أن محل التعاقد في عقود التأمين هو الخطر وهو المثمن الذي يقابله قسط التأمين ومبلغ التأمين وهذا هو الثمن ، والخطر أصل وسبب قسط التأمين ومبلغه ، وكما قيل : لا يتصور تأمين من غير خطر على الإطلاق [1] ، والخطر هو : احتمال وقوع الخسارة في الوسائل أو الأهداف ، ثم تطور مفهوم الخطر ليصبح : أي حادث احتمالي يعقد من أجله تأمين ، فتوسع بهذا التطور مفهوم التأمين ليشمل بلوغ عمر معين ! أو إنجاب في فترة معينة ! أو الزواج قبل مدة معينة ! [2] .إذن وصل مبدأ التأمين إلى آفاق احتمالية، لا تمت إلى الخسارة بصلة ، ليصبح التأمين بحد ذاته ، أحد أبرز معالم الرأسمالية ، وأكبر مصافق القمار الرسمية على مدار التاريخ .

الفرع الثاني : تحقق المعاوضة على الالتزامات في عقود إعادة التأمين :

إعادة التأمين من عقود المعاوضة على الالتزامات الصريحة ، وذلك للأدلة التالية :

1. إعادة التأمين من العقود الاحتمالية : كما صرح بذلك كل من تولى الكتابة عن التأمين جملة، وعن إعادة التأمين خاصة ، والعقود الاحتمالية صفة لازمة لعقود إعادة التأمين ، ويعني ذلك أن المعقود عليه غير موجود وقت التعاقد ولا يقطع بوجود في المستقبل . وهذه مناقضة صريحة لمبنى ومقاصد التعاقد في الشريعة الإسلامية . حيث إن صفة الاحتمال هذه تنطبق مع قواعد منع التعاقد في الشريعة الغراء كالقمار والغرر وغيرها قال السويلم : وحقيقة الغرر معاوضة احتمالية ، وهو ما يسميه الاقتصاديون : معاوضة صفرية [3] .
2. إعادة التأمين من عقود الضمان : حيث يضمن المؤمن المعيد التعويض للمؤمن المباشر إذا وقع الخطر ، والمعاوضة على مجرد الضمان لا يصح . قال القرافي عن الضمان : وإن كان مقصودا للعقلاء ، لكنه غير متقوم عادة ، فلا يجوز أن يقابل بالأعواض [4] .

---

[1] التأمين وأحكامه ، ثنيان ، مرجع سابق ، ص 63 .

[2] المرجع سابق ، ص 64 .

[3] وقفات في قضية التأمين ، د. سامي السويلم ، بحث مقدم إلى ملتقى التأمين التعاوني ، الذي نظمته رابطة العالم الإسلامي ، ومعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، في الرياض 1430 هـ – 2009 م ، ص 5 .

[4] الذخيرة ، القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 478 ، الفروق ، القرافي ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 295 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثالث : الموقف من المعاوضة على الالتزام في عقد إعادة التأمين :

استقر نظر الفقهاء في مسألة التأمين جملة ، وما يتبعه من أنواع وفروع ، ومنها إعادة التأمين ، استقرت أنظارهم على اتجاهين هما :

جمهور المعاصرين والباحثين والمجمعات الفقهية والمؤتمرات والندوات على القول بمنع عقد التأمين التجاري بكافة أنواع وفروعه ، ومنها إعادة التأمين . وذهب بعض العلماء إلى القول بجواز عقود التأمين ، مثل مصطفى الزرقا ، وغيره . ونظراً لكثرة ما كتب في التأمين وحكمه ، فسوف ينضبط البحث بنطاق إعادة التأمين ، هروبا من التكرار من جهة ، والتزاما بنطاق البحث من جهة أخرى .

ولكن بعدا جديدا ظهر في مسألة إعادة التأمين ، فمع أن كل من قال بحرمة التأمين التجاري حرم إعادة التأمين [1] ، إلا أن إعادة التأمين يمكن إجراؤها في شركات إعادة تأمين إسلامية ، وشركات إعادة تأمين غير إسلامية أي تقليدية ! ولأهمية المسألة يجدر التنبيه إلى أن إعادة التأمين في شركات إسلامية لا خلاف عليه [2] . ولكن الخلاف وقع في إعادة التأمين في شركات إعادة تأمين تجارية . وسبب الحديث عن إعادة التأمين لدى شركات تجارية ، هو أن عدد شركات التأمين الإسلامية في العالم ، وصل حوالي ستة وتسعين شركة تقريبا ، فاستدعى هذا العدد وجود شركات إعادة تأمين إسلامية ، إلا أنها لم تكن ذات ملاءة وقدرة على تقبل إعادة تأمين الأخطار الكبيرة ، الأمر الذي دعا العلماء للبحث في حكم إعادة التأمين لدى الشركات التجارية [3] . وتجدر الإشارة إلى أن هناك عددا من شركات إعادة التأمين الإسلامية ، وهي : الشركة الإسلامية للتأمين وإعادة التأمين في البحرين ، وبيت إعادة التأمين التونسي السعودي في تونس ، وشركة التكامل بإعادة التكافل الإسلامية في البهاما [4] .

وقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين هما ، المانعون ، والمجيزون ، وسوف نعرض إلى رأي كلا الفريقين ثم نرجح إن شاء الله تعالى .

---

[1] التأمين الإسلامي وتطبيقه في شركات التأمين الإسلامية ، آل محمود ، مرجع سابق ، ص 123 .

[2] المرجع السابق ، 123 .

[3] إعادة التأمين ، د. محمود السرطاوي ، بحث مقدم إلى مؤتمر التأمين التعاوني ، أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، المنعقد في الجامعة الأردنية ، 1431 هـ - 2010 م ، ص 7 .

[4] إعادة التأمين والبديل الإسلامي ، الغامدي ، مرجع سابق ، ص 56 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفرع الأول : المانعون وأدلتهم :

أولا : ذهب إلى المنع أكثر العلماء ، قال النشمي : "لا ريب أن عقد إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجاري ، عقد معاوضة يحكمه بطلان عقد التأمين من حيث الأصل ، وهو ما تكاد الندوات والمجامع الفقهية تجمع على حرمته" [1] . وممن قالوا بالتحريم : اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في السعودية وقالوا : "التأمين التجاري بجميع أنواعه حرام ، وإعادة التأمين صورة من صوره"[2]. ، ومحمد عبد اللطيف فرفور وقال :" أمَّا ما يبدو لنا ، فهو ما ذكرناه من القول بالكراهة لكل عقد تأمين مباشر بقسط ثابت ، وما يتفرع عنه من عقد إعادة التأمين في جميع صوره وأشكاله تبعًا للأصل . والكراهة هنا تحريمية"[3] .

وبالتحريم – كذلك – خرج قرار المجمع الفقهى بمكة المكرمة ، القرار الخامس : التأمين بشتى صوره وأشكاله . حيث جاء فيه : "الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله واصحابه ومن اهتدى بهداه . أما بعد : فإن مجمع الفقه الإسلامى قد نظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة ، بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في ذلك ، وبعد ما اطلع أيضا على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ، في دورته العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ 1397/4/4هـ. من التحريم للتأمين بأنواعه . وبعد الدراسة الوافية ، وتداول الرأى في ذلك ، قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه ، سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال" [4] . وغيرهم كثير [5] .

---

[1] إعادة التأمين الإسلامي العقبات والحلول ، د. عجيل جاسم النشمي ، بحث مقدم إلى مؤتمر وثاق الأول للتأمين التكافلي ، المنعقد في الكويت 2006 ، ص 17 .

[2] فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، توزيع مركز الدعوة والإرشاد في الرياض ، الطبعة الخامسة 1424 هـ – 2003 م ، ج 15 / ص 266 .

[3] وعقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي ، الفرفور ، مرجع سابق ، ص 604 .

[4] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني . القرار الخامس ، ص 643 .

[5] وممن قال بالتحريم : د. عبد العزيز الخياط ، ويوسف قاسم ، ود. محمد عثمان شبير ، د. محمد سليمان الأشقر ، عيسى عبده ، د. سليمان إبراهيم ، د. حمد حماد عبد العزيز ، د. أحمد الحجي الكردي ، انظر : إعادة التأمين والبديل الإسلامي ، الغامدي ، مرجع سابق ، ص 54 – 56 ، إعادة التأمين ، السرطاوي ، مرجع سابق ، ص 7 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أدلة المانعين :

جمع أدلة المانعين لإعادة التأمين لدى الشركات التجارية – تبعا لتحريم كافة أشكال التأمين التجاري – قرار المجمع الفقهى بمكة المكرمة السابق ، حيث سرد موجبات التحريم بالتالي [1] :

1. أنه من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش ، لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطى أو يأخذ فقد يدفع قسطًا أو قسطين ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن ، وقد لا تقع الكارثة أصلًا فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئًا وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطى ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده، وقد ورد في الحديث الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم النهى عن بيع الغرر .
2. أنه ضرب من ضروب المقامرة ، لما فيه من المخاطرة في معاوضات مالية ، ومن الغرم بلا جناية أو تسبب فيها، ومن الغنم بلا مقابل أو مقابل غير مكافئ فإن المستأمن قد يدفع قسطًا من التأمين ثم يقع الحادث فيغرم المؤمن كل مبلغ التأمين وقد لا يقع الخطر ومع ذلك يغنم المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل وإذا استحكمت فيه الجهالة كان قمارا ودخل في عموم النهى عن الميسر في قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ٩٠ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيۡطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيۡنَكُمُ ٱلۡعَدَٰوَةَ وَٱلۡبَغۡضَآءَ فِي ٱلۡخَمۡرِ وَٱلۡمَيۡسِرِ وَيَصُدَّكُمۡ عَن ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِۖ فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ ٩١ ﴾ [2] .
3. أنه يشتمل على ربا الفضل والنسأ ، فإن الشركة إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها ، فهو ربا فضل ، والمؤمن يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة ، فيكون ربا نسأ وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما. دفعه لها يكون ربا نسأ فقط وكلاهما محرم بالنص والإجماع .
4. أنه من الرهان المحرم ، لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة ، ولم يبح الشرع من الرهان الا ما فيه نصرة للإسلام ، وظهور لإعلامه بالحجة والسنان ، وقد حصر النبى صلى الله

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، ص 643 – 645 .

[2] المائدة: ٩٠ – ٩١ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

عليه وسلم رخصة الرهان بعوض في ثلاثة ، بقوله صلى الله عليه وسلم : لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل [1] . وليس التأمين من ذلك ولا شبيهًا به فكان محرمًا.

5. فيه أخذ مال الغير بلا مقابل ، وأخذ بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم ، لدخوله في عموم النهى في قوله تعالى : قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾ [2] .

6. فيه إلزام بما لا يلزم شرعًا ، فإن المؤمن لم يحدث الخطر منه ، ولم يتسبب في حدوثه ، وإنما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه ، مقابل مبلغ يدفعه المستأمن له والمؤمن لم يبذل عملًا للمستأمن فكان حرامًا .

الفرع الثاني : المجيزون وأدلتهم :

أول من قال بجواز إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجاري ، هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني ، حيث قالت : يستثنى من الحكم بحرمة إعادة التأمين الحالة أو الحالات التي تكون فيها الحاجة متعينة لإعادة التأمين [3] ، وقد وضعت للجواز الضوابط التالية :

1- إقلال ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن ، بالقدر الذي يزيل الحاجة ، كما يقدره الخبراء .

2- ألا تتقاضى شركة التأمين التعاوني عمولة أرباح و لا أي عمولة أخرى من شركة إعادة التأمين .

3- ألا تحتفظ شركة التأمين التعاوني بأي احتياطات عن الأخطار السارية ، إذا كان يترتب على الإحتفاظ بها دفع فائدة ربوية لشركة إعادة التأمين .

4- أن يكون الإتفاق لأقصر مدة ممكنة .

5- أن تقوم بإعادة التأمين في شركات إعادة تأمين تعاوني إن وجدت .

---

[1] رواه الترمذي ، سنن الترمذي ، مرجع سابق ، حديث رقم : 1700 ، ج 3 / ص 600 . ورواه أبو داود ، سنن أبي داود ، مرجع سابق ، حديث رقم : 2574 . ج 3 / ص 1115 .

[2] النساء: ٢٩ .

[3] إعادة التأمين ، ملحم ، مرجع سابق ، ص 129 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

وأيد هذه الفتوى وهبة الزحيلي ، حيث يقول : أما إعادة التأمين التجاري فتطبق عليه أحكام التأمين التجاري ذاته ، ثم قال بجوازه لوجود الحاجة المتعينة [1] ، وكذلك أجازته هيئة الرقابة الشرعية للشركة العربية الإسلامية للتأمين (إياك) ، ولنفس العلة . وهيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية في الأردن ، ومجلس الإفتاء الأردني [2] . والهيئة الشرعية للشركة الإسلامية القطرية للتأمين [3] ، وكذا قال بالجواز عبد الستار ابو غدة [4] ، و حسين حامد حسان ، والشيخ الصديق الضرير ، و محمد سليمان الأشقر ، و عبد الحميد البعلي وغيرهم كثير [5] .

أدلة الجواز :

واستدل القائلون بالجواز بالأدلة التالية [6] :

1. الحاجة : حيث لا تستطيع أن ترفض العمليات التي تفوق طاقتها ، وذلك استجابة لقانون الكثرة ، ورفض هذه العمليات تضعف موقف الشركات الإسلامية التنافسي .
2. رفع الحرج : حيث أن التنبؤ بحجم الضرر كما تقدم يخضع لخطر الفروق ، وهو زيادة مبلغ التأمين عن طاقة الشركات الإسلامية ، مما يعرض تلك الشركات إلى مخاطر الإفلاس والإغلاق ، ما يمنع من وجود شركات تأمين إسلامية .
3. عدم أو ضعف وجود شركات إعادة التأمين الإسلامية . ما يعني صعوبة أن تتعامل شركات التأمين الإسلامية مع هذه الشركات ، نظرا لعدم وجودها أحيانا ، أو لضعفها أحيانا أخرى ، فتبقى مخاطر عدم قدرة شركات التأمين الإسلامية على الوفاء قائمة .
4. أن بعض الدول ترفض منح ترخيص شركات تأمين إسلامية إلا أثبتت أن لديها شركات عالمية قوية ومقبولة ، توافق على إعادة التأمين لديها ، حفاظا على مصلحة مواطنيها .

---

[1] التأمين وإعادة التأمين ، الزحيلي ، مرجع سابق ، 553 .

[2] إعادة التأمين ، ملحم ، مرجع سابق ، ص 133 ، 134 ، 137 .

[3] التأمين الإسلامي ، القرة داغي ، مرجع سابق ، ج 10 / ص 382 – 384 .

[4] التأمين الإسلامي وتطبيقه في شركات التأمين الإسلامية ، آل محمود ، مرجع سابق ، ص 123.

[5] إعادة التأمين ، السرطاوي ، مرجع سابق ، ص 8 .

[6] المرجع السابق ، ص 9 – 10 ، التأمين الإسلامي وتطبيقه في شركات التأمين الإسلامية ، آل محمود ، مرجع سابق ، ص 124 ، إعادة التأمين ، ملحم ، مرجع سابق ، ص 129 – 138 . إعادة التأمين والبديل الإسلامي ، الغامدي ، مرجع سابق ، ص 54 – 56 ، إعادة التأمين ، السرطاوي ، مرجع سابق ، ص 51 – 54 . وغيرهم .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

واعترض على القول بالجواز عبد العزيز الخياط بالاعتراضات التالية :

واعترض المانعون بأنه لا محل للقول بالضرورة هنا ؛ لأن إعادة التأمين لا يتوقف عليه معاش الناس ، و أما الحاجة فغير متعينة ، لوجود شركات إعادة تأمين إسلامية ، و لأن الشركة يمكن أن ترفض المعاملات التي تفوق طاقتها إلى أن تقوم شركات إعادة التأمين الإسلامية أو تصبح ذات القدرة على ذلك [1] .

الفرع الثالث : ضوابط إعادة التأمين لدى شركات تجارية [2] :

1. لا يجوز إعادة التأمين لدى شركات تجارية إذا وجدت شركات إسلامية .
2. إذا وجدت شركات إعادة تأمين إسلامية غير قادرة على إعادة التأمين بشكل كلي ، فيجب على شركات التأمين الإسلامية أن تعيد التأمين لدى تلك الشركات بشكل جزئي أولا ، ثم تعيد تأمين الجزء المتبقي لدى شركات الإعادة التجارية .
3. تقليل إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن ، وهو القدر الذي يزيل الحاجة عملا بقاعدة الضرورة تقدر بقدرها .
4. يحرم على شركات التأمين الإسلامية أن تحتفظ بأية احتياطيات نقدية عن الأخطار السارية، التي تعود ملكيتها لشركات إعادة التأمين التجارية ، إذا كان سيترتب على ذلك دفع فوائد ربوية .
5. يجب أن تنظم العلاقة بين الشركات افسلامية والشركات التجاري على أسس شرعية .
6. يجب على شركات التأمين الإسلامية أن تعمل جاهدة على تأسيس شركات إعادة تأمين إسلامية . وألا تركن إلى الرخصة في جوزا إعادة التأمين لدى شركات تجارية .
7. يجب على هئيات الرقابة الشرعية التدقيق والنظر في اتفاقيات إعادة التأمين ، وأن تتأكد أنها بقدر الضرورة والحاجة الماسة .
8. أن التعويضات التي تدفعها شركات إعادة التأمين التجارية للمتضررين من حملة الوثائق المؤمنين لدى الشركات الإسلامية جائزة شرعا .
9. تعتبر عمولة إعادة التأمين إيرادا مشروعا يضاف إلى حساب حملة الوثائق ، وهي جزء من الأقساط المستحقة للمعيد ، يتم خصمها قبل تحويلها للمعيد ، تأذن بها شركات الإعادة

---

[1] المعاملات المالية المعاصرة ، شبير ، مرجع سابق ، ص 142 – 144 ، وبحوث فقهية معاصرة ، د. محمد سليمان الأشقر ، دار النفائس ، عمان ، ج 1 / ص 40 . إعادة التأمين ، ملحم ، مرجع سابق ، ص 139 – 140 .

[2] إعادة التأمين ، السرطاوي ، مرجع سابق ، ص 11 – 12 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

باعتبارها هبة من تلك الشركات لإعانة الشركات المعيدة للتأمين في تحمل جزء من النفقات الإدارية الخاصة بالأخطار المعاد تأمينها .

10. تدفع شركات الإعادة جزءا من الأرباح المتحققة للشركات المعيدة للتأمين لديها ، على أساس أنها مكافأة لتلك الشركات على مهارتها في إدارة العمليات التأمينية عموما ، والأخطار المعادة خصوصا ، وهذا القدر يعتبر إيرادا مشروعا يضاف إلى حساب حملة الوثائق .

الترجيح :

يبدو للباحث أن القول بجواز إعادة التأمين صحيح بالشروط المبينة سابقا ، وذلك لترجيح الضرورة والحاجة الملحة . والله أعلم .

الفرع الرابع : البديل الإسلامي لإعادة التأمين :

طرح بعض الباحثين بدائل إسلامية لمشكلة إعادة التأمين نوجزها بالتالي :

الأول : التأمين التبادلي بديل عن إعادة التأمين التجاري ، قال غريب الجمال : وهناك أسلوب أقرب لأن يكون إعادة تأمين تبادلي ، يكون فيه كل عضو مؤمنا ومؤمنا معيدا في الوقت ذاته ، ويتم فيه تجميع المؤمنين في رصيد مشترك ، فيتفق عدد من المؤمنين على تجميع المخاطر التي يؤمنونها ليعاد توزيعها عليهم من جديد ، وفقا لنسب معينة تراعى فيها طاقة كل منهم ، ويتم التوزيع بوساطة هيئة مركزية ، ويصلح تطبيق هذا الأسلوب على مستوى العالم الإسلامي ، باشتراك الهيئات الإسلامية للتأمين القائمة في الدول الإسلامية في الرصيد المشترك ، الذي يقوم بتجميع المخاطر المؤمن عليها ليعاد توزيعها على الهيئات كل بنسبة معينة تراعى فيها طاقة كل منها [1] .

الثاني : التأمين الذاتي : وذلك بتخصيص جزء من مواردها لمواجهة الأخطار [2] .

الثالث : إنشاء شركة إعادة تأمين إسلامية [3] ، أو مصرف إسلامي [1] ، وذلك حسب نظام العاقلة في الفقه الإسلامي ، تشرف عليها هيئات مركزية في العالم الإسلامي ، ويتكون رأسمالها من

---

[1] إعادة التأمين والبديل الإسلامي ، الغامدي ، مرجع سابق ، ص 59 .

[2] ذهب إلى هذا القول د. عبد السميع المصري ، المرجع السابق ، ص 59 .

[3] وذهب إليه كذلك د. المصري ، المرجع السابق ، ص 59 – 60 . ود. أحمد ملحم ، إعادة التأمين ، ملحم ، مرجع سابق ، ص 155 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

حصائل زكاة المصارف الإسلامية ، بالإضافة إلى جزء من الفائض السنوي لدى هيئات التأمين التبادلي [2] . تأسيس اتحاد عام لشركات التأمين الإسلامية ، على أساس التأمين التعاوني بين الشركات [3] .

يعتقد الباحث أن الحل الإسلامي لمشكلة إعادة التأمين لا يتم بمبادرات القطاع الخاص ابتداء ، لأن القطاع الخاص يعتمد الربحية الاقتصادية بشكل أساسي ، ولذلك يمكن القول أن حل مثل هذه المعضلة يكون بمبادرات حكومية من القطاع العام ، وذلك حماية للموارد المالية من الاستنزاف في مسلسل التأمين وإعادة التأمين ، ولا يمنع ذلك من حل مؤقت بإنشاء هيئات غير ربحية ، لتلبية حاجات شركات التأمين الإسلامي . وأما تمويل رأسمال هذه الشركات فيكون متعددا من فوائض أرباح شركات التأمين الإسلامي المباشر . ومساهمات من البنوك الإسلامية . مع التأكيد على الضوابط الشرعية لإعادة التأمين الإسلامي .

---

[1] وهو اقتراح د. محمد عبد اللطيف الفرفور ، **وعقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه إسلامي** ، الفرفور ، مرجع سابق ، ص 607 – 608 .

[2] وذهب إليه كذلك د. المصري ، المرجع السابق ، ص 59 – 60 .

[3] **إعادة التأمين** ، ملحم ، مرجع سابق ، ص 155 – 160 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفصل الثالث : نماذج المعاوضة على الالتزامات في المصارف الإسلامية :

ويتضمن هذا الفصل المباحث التالية :

المبحث الأول : المعاوضة على الالتزام بالإقراض .

المبحث الثاني : المعاوضة على الالتزام بالإصدار (الاعتمادات المستندية ، خطابات الضمان ، بطاقات الائتمان) .

المبحث الثالث : المعاوضة على الالتزام بتغطية الاكتتاب .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المبحث الأول : المعاوضة على الالتزام بالإقراض :

ويشمل هذا المبحث المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم القرض المصرفي :

المطلب الثاني : حكم المعاوضة على الالتزام بالإقراض :

المطلب الأول : مفهوم القرض المصرفي :

يتناول هذا المطلب الحديث عن تعريف القرض المصرفي وبيان صوره ، وذلك تمهيدا للحديث عن حكم الالتزام بالإقراض . وعليه فسوف يكون الحديث عن الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف القرض :

الإقراض من القرض ، والقرض تعريفاته متعددة ، فقد عرفه الحنفية بأنه : "ما يعطيه أحد الطرفين من مثلي ليتقاضاه" [1] ، وفي المجلة هو : "عقد مخصوص يرد على دفع وإعطاء المال من المثلي لآخر على أن يرد على مثله" [2] . وعرفه المالكية والشافعية بأنه : "تمليك شيء على أن يرد بدله"[3]. وعرفه الحنابلة بأنه : "دفع مال إرفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله" [4] . وأما المعاصرون فلم يخرجوا عن أصول هذا التعريف [5] . وتعريفات الفقهاء متحدة المخرج متفقة المعنى مختلفة المبنى . هذا ولم تخل بعض دواوين الفقه من تعريف الإقراض ! حيث عرفوه بأنه : "دفع المال رأفة وإرفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله"[6] .

---

1 رد المحتار ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 388 .

2 درر الحكام ، حيدر ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 82 .

3 الفروق ، القرافي ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 3 . مغني المحتاج ، الشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 117 .

4 كشاف القناع ، البهوتي ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 36 – 37 .

5 القرض المصرفي ، د. محمد علي محمد أحمد البنا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1427 هـ – 2006 م ، ص 120 . وعقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د. علاء الدين فروخة ، مؤسسة نوفل ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1982 م ، ص 93 .

6 كشاف القناع ، البهوتي ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 123 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الفرع الثاني : طبيعة عقد القرض :

اختلف الفقهاء في طبيعة عقد القرض ، هل هو من باب التبرعات أم المعاوضات ؟ على ثلاثة أقوال هي :

القول الأول : القرض تبرع في الابتداء ، ومعاوضة في الانتهاء . وهو الحنفية [1] . قال المرغيناني:"القرض إعارة وصلة في الابتداء ، ومعاوضة في الانتهاء"[2] .

القول الثاني : "القرض عقد معاوضة غير محضة" . وهذا قول جمهور المالكية [3] ، والأصح عند الشافعية [4] . قال الرملي : "القرض فيه شائبة تبرع ، وقال : موضوع القرض الإرفاق ، فإذا شرط فيه فيه لنفسه حقا خرج عن موضوعه فمنع صحته" [5] .

القول الثالث : "القرض من عقود التبرعات" . وهذا قول بعض المالكية [6] ، وبعض الشافعية [7] ، ومذهب الحنابلة [8] .

قال ابن رشد : "العقود تنقسم أولا إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات ، والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها : يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهي البيوع ، والقسم الثاني : لا يختص بقصد المغابنة ، وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض ، والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا : أعني على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق ، كالشركة والإقالة والتولية ، وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام" [9] . وقال ابن

---

1 فتح القدير ، ابن همام ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 484 ، وحاشية ابن عابدين ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 388 .

2 الهداية ، مرجع سابق ، 3/ 60 .

3 حاشية الدسوقي ، ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 223 .

4 نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، ت 1004 هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1414 هـ – 1993 م ، ج 4 / ص 230 .

5 المرجع السابق ، ج 4 / 230 .

6 قال الباجي في معرض حديثه عن القرض أنه ليس من عقود المعاوضة ، وإنما هو من عقود البر والمكارمة ، المنتقى شرح الموطا ، الباجي ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 374 .

7 المهذب ، الشيرازي ، أبو إسحاق الشيرازي ، تحقيق : د. محمد الزحيلي ، دار القلم والدار الشامية ، الطبعة الأولى ، 1417 هـ – 1996 م ، ج 3 / ص 188.

8 المغني ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 384 .

9 بداية المجتهد ، ابن رشد ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 145 – 146 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

القيم: "القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية ، وهذا من باب الإرفاق لا من باب المعاوضات "[1].

"[1].

وبذلك يظهر أن عقد القرض نوع من جنس عقود التبرعات التي لا تقبل المعاوضة في الأصل . قال القرافي : الأصل في عقود التبرعات أنها تقوم على أساس التبرع والمنحة من أحد العاقدين للآخر من غير مقابل ، فالمتبرع لا يطلب عوضا عما تبرع به [2] .

ونطاق بحثنا يتعلق بالقرض المصرفي ، وليس بالقرض مطلقا ، فلا بد من تعريف القرض المصرفي.

الفرع الثالث : تعريف القرض المصرفي :

القرض المصرفي هو : "عقد يتعهد بمقتضاه المقرض – البنك – أن يسلم عميله المقترض ، مبلغا من النقود ، أو يقيده في حسابه . مقابل التزام العميل برد هذا المبلغ عند حلول الأجل المتفق عليه ، بالإضافة إلى عوائد القرض. والعائد بديل الفائدة"[3] . وعرفه آخرون بالتالي : "أن يدفع المصرف مبلغا نقديا للعميل ، أو لشخص يعينه العميل ، سواء كان الدفع بصورة مباشرة أو غير مباشرة "[4] . والتعريف الأول يربط القرض بالفائدة ، فهو لا يعبر تعبيرا دقيقا عن القرض المصرفي ، حيث لا يشمل صورة الإقراض بدون فائدة على ذات القرض . و التعريف الثاني أدق وأشمل .

الفرع الرابع : تعريف المعاوضة على الالتزام بالإقراض المصرفي :

يقصد بالالتزام بالإقراض المصرفي : الاستعداد لبذل القرض للمقترض ، وهو نوعان استعداد عام دائم ، وهذا لا يوصف بحكم شرعي ، لأن الحكم الشرعي مناطه التصرف وليس الاستعداد المجرد . والمعنى الثاني : هو الاستعداد الذي يظهر على شكل إيجاب أو قبول ، حيث ينتج عنه التزام تعاقدي أو اتفاقي ، وهذا غرض البحث . فيكون المقصود من الالتزام بالإقراض هو : الإرادة المقترنة بإرادة تقابلها تنتج أثرا تعاقديا يسمى التزاما .

---

1 إعلام الموقعين ، ابن القيم ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 175 .

2 الفروق ، للقرافي ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 150 .

3 القرض المصرفي ، البنا ، مرجع سابق ، ص 452 .

4 عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية ، د. علي جمال الدين عوض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 2000 م ، ص 533 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أما المعاوضة على الالتزام بالإقراض المصرفي ؛ فهي العوائد المتولدة عن استعداد المصرف ببذل القرض لمن يطلبه .

ويتولد عن استعداد المصرف للإقراض مجموعة من الصور التي تولد عوائد للمصرف ، وهذا عرض موجز لأبرز هذه الصور .

وينبغي في هذا الصدد أن نميز بين عوائد الإقراض ، وعوائد الالتزام بالإقراض ، حيث عوائد الإقراض متعلق بذات القرض ، وتحسب معه ، و لا تظهر إلا بحصول المقترض على القرض ، أما عوائد الالتزام بالإقراض فمتعلقة بذات الالتزام التعاقدي وما يتعلق فيه من بنود ، وليس شرطا في ظهورها تنفيذ موضوع التعاقد ، أي حصول المقترض على القرض . ولذلك تأخذ عمولات الالتزام بالإقراض اسماء متعددة ؛ المصاريف ، العمولة ، الأجرة ، التكلفة الفعلية ، رسم الخدمة ، الرسوم الإدارية ، وهي مختلفة عن فوائد القرض نفسه ، وهذا فرق مهم لتوضيح نطاق البحث .

الفرع الخامس : صور الإقراض المصرفي :

القروض المصرفية نوعان : قروض مباشرة ، وقروض غير مباشرة . وسوف نفرد في هذا المطلب الحديث عن القروض المباشرة ، وسوف يغطي المبحث التالي القروض غير المباشرة إن شاء الله تعالى .

القروض المباشرة : هي المبالغ التي تدفع نقدا للمقترض بالدفع الفعلي ، أو بالتمكين عند اللزوم بناء على الاتفاق المسبق [1] . والإقراض المباشر له حالتان هما :

1. العلاقة ثنائية الأطراف : وتكون بين العميل المقترض ، والمصرف ، ولها صورتان هما :
   - القرض العادي ، وهو أبسط أشكال الائتمان المصرفي ، حيث يتم فيها تسليم النقود للعميل مباشرة ، أو بالقيد في الجانب الدائن في حسابه ، متضمنا بيان الفوائد

1 مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام ، د. محمد صلاح الصاوي ، دار المجتمع ، جدة ، ودار الوفاء ، المنصورة ، الطبعة الأولى ، 1410 هـ ، ص 448 . بنوك تجارية بدون ربا دراسة نظرية وعملية ، د. محمد عبد الله إبراهيم الشباني ، دار عالم الكتب ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1407 هـ ، 165 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

والعمولة وتاريخ الاستحقاق . وهذه الطريقة غير مرنة [1] . وهذه الصورة شائعة في المصارف المتخصصة . كالمصارف الزراعية والصناعية والعقارية ، لأنها تسلم العميل النقود مباشرة [2].

- الصورة الثانية : الاعتماد البسيط : وفيها يتعهد المصرف بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل المقترض ، فيأخذه دفعة واحدة أو على دفعات خلال مدة [3] . وهذه الصورة أكثر مرونة .

2. العلاقة ثلاثية الأطراف : حيث يدخل مع المصرف والعميل طرف ثالث ، كما في خصم الأرواق التجارية .

الفرع السادس : أنواع العوائد على الإقراض المباشر :

تتقاضى المصارف – عادة – ثلاثة أنواع من العوائد على عمليات الإقراض المباشر ؛ وهي الفوائد ، ونفقات الإقراض ، وغرامات التأخير . وبما أن نطاق بحثنا في العوائد التي تتعلق بالالتزام بالإقراض المباشر ، فسوف نستبعد الحديث عن الفوائد نظرا لتعلقها بذات القرض ، لأنه خارج نطاق البحث . ونستبعد كذلك الحديث عن غرامات التأخير ، وهي عقوبات أو تعويضات مالية تقابل الأضرار الناجمة عن حالات التأخر في سداد [4] . فمحلها الشروط وليس العقود هذا من جهة ، ولأنها عقوبات وليست معاوضات من جهة ثانية ، هي عوائد احتمالية وليست عوائد عقدية تثبت بمجرد التعاقد من جهة ثالثة .

1. نفقات الإقراض : وهي رسوم وعمولات تؤخذ من العملاء المقترضين ، مقابل نفقات وتكاليف القرض [5] . ففي المادة (20) من قانون البنك الإسلامي للتنمية – مثلا – أن من شروط

---

1 تطوير الأعمال المصرفية ، د. سامي حسن حمود ، دار الفكر ، عمان ، الطبعة الثانية ، 1402 هـ – 1982 م ، ص 272 . العقود وعمليات البنوك التجارية ، د. علي البارودي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2001 ، ص 384 . و العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ، د. محمد حسن الجبر، جامعة الملك سعود ، الرياض ، الطبعة الثانية ، 1418 هـ ، ص 297 .

2 العمولات المصرفية ، د. عبد الكريم بن محمد بن أحمد السماعيل ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1430 هـ – 2009 م ، ص 491 .

3 موقف الشريعة من المصارف الإسلامية ، د. عبد الله عبد الرحيم العبادي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ص 31 .

4 العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 497 .

5 المرجع سابق ، ص 496 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

القروض التي يقدمها هذا المصرف أن يتقاضى البنك رسم خدمة مقابل مصروفاته الإدارية، ويحدد البنك مقداره وطريقة تحصيله [1] .

المطلب الثاني : حكم المعاوضة على الالتزام بالإقراض :

يتقرر مما سبق أن مناط الحكم هو العوائد التي تجنيها المصارف الإسلامية لقاء الالتزام المجرد بالإقراض ، . وللعلماء والباحثين في هذه المسألة اتجاهان هما :

نفقات الإقراض لها حالتان : فإما أن تكون مساوية للتكلفة الفعلية الحقيقية ، وإما أن تكون زائدة عنها، فالزائدة عن التكلفة الفعلية من الربا المحرم [2] .

والمساوية للتكلفة الفعلية الحقيقية ، فللعلماء فيها رأيان ، الأول : الجواز ، والثاني : المنع .

القول الأول : جواز أخذ المصرف لنفقات الإقراض :

وذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .

حيث جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي : "أولا : يجوز أخذ أجور عن خدمات القروض ، على أن يكون ذلك في حدود النفقات الفعلية . ثانيا : كل زيادة على الخدمات الفعلية محرمة، لأنها من الربا المحرم" [3] . وفي فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء : "إذا قدر أهل النظر والخبرة ما يقوم به الخبراء الفنيون من متاعب الدراسات الفنية والمالية لمصلحة المشروع ، فلصندوق التنمية السعودي أن يتقاضى الأجر المنفق مقابل هذه الدراسة أو جزء منه ، وإن تركه الصندوق مساعدة لصاحب المشروع فهو أولى" [4] . وفي المعايير الشرعية : "يجوز للمؤسسة المقرضة أن تأخذ على خدمات القروض ما يعادل مصروفاتها الفعلية المباشرة ، ولا يجوز لها أخذ زيادة عليها ، وكل زيادة على المصروفات الفعلية محرمة "[5] .

---

1 البنك الإسلامي للتنمية ، اتفاقية التأسيس ، 14 .

2 المرجع السابق ، ص 497 .

3 قرارت وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة ص 29 ، قرار رقم 13 (1/ 3) .

4 فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، مرجع سابق ، ج 13 / ص 415 .

5 المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 350 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

أدلة المجيزين :

استدل المجيزون أخذ العمولات المصرفية على الإقراض بالأدلة التالية :

1. القاعدة الكلية في عقود الإحسان دل عليه قول الله تعالى : ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾[1] ، فقد دلت الآية على أن المحسن لا ينبغي أن يلحقه ضرر في إحسانه ، والنفقات ضرر وغرم ، وفاعل المعروف لا يغرم [2] . ونوقش هذا الدليل بأن الآية ليست في عقود الإحسان ، بل هي في المتخلفين عن تبوك . وعلى فرض كونها في عقود الإحسان ، فالمصارف تستهدف الربح لا الإحسان . وأجيب بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما أن استهداف المصارف للربح ، لا يخرج القرض عن أصله ، كما أن الاسترباح متفق على حرمته عند المجيزين [3] .
2. جواز انتفاع الراهن بالمرهون مقابل الإنفاق عليه ، وقد يكون الرهن في دين أصله قرض ، وبذلك وردت السنة ، حيث أخرج البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة " [4] . ويناقش بأن جمهور الفقهاء منعوا انتفاع المرتهن بالرهن إن كان أصله قرضا لا بيع ، خشية الربا [5] .
3. الغنم بالغرم والخراج بالضمان : حيث دلت هاتان القاعدتان على ان من كان العمل والإنفاق لأجله ، فإنه يجب أن يتحمل نفقة العمل . فهذا مقتضى قاعدة العدل في الالتزامات [6] . ونوقش : بأن هاتين القاعدتين مجالهما المعاوضات لا المداينات وإلا آل ذلك إلى إباحة الربا [7] .

---

1 التوبة: ٩١

2 العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 106 .

3 المرجع السابق ، ص 107 .

4 رواه البخاري ، كتاب الرهن ، باب الرهن مركوب ومحلوب ، حديث رقم 2511 ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 179 .

5 اختلف العلماء في انتفاع المرتهن بالرهن إن كان الرهن من قرض : فذهب الجمهور من المالكية والسافعية والحنابلة وبعض الحنفية ، إلى المنع . لئلا يكون قرضا جر منفعة . وأجاز ذلك الحنفية بشرط إذن الراهن . مواهب الجليل ، الحطاب الرعيني ، مرجع سابق ، ج 6 / ص 561 ، المغني ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 467 . حاشية ابن عابدين ، ابن عابدين ، ج 6 / ص 482 .

6 القرض كأداة للتمويل في الشريعة الإسلامية ، د. محمد الشحات الجندي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 م . ص 137 .

7 العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 109 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

القول الثاني : حرمة أخذ المصرف لنفقات الإقراض :

وذهب أصحاب هذا القول أن أخذ العمولات على الإقراض حرام مطلقا ، ولو كان مساويا للتكلفة الفعلية . وبه قال عبد الله بن حميد ، والطيار ، والسعيدي [1] .

أدلة المانعين :

1. اعتبار العمولات على الإقراض من الربا المحرم ، حيث لا يستقيم في القياس القول بجواز العمولة وهي أمر حقير ، مع مشابهتها بالربا وهو أمر خطير [2] . ونوقش بعدم التسليم ، لأن المجيزين لم يجيزوها مطلقا ، بل قيدوها بما يساوي التكاليف الفعلية .
2. اعتبارها من الجمع بين السلف والبيع ، وهو منهي عنه بنص الحديث ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك) [3] . فالجمع بين السلف والبيع سلّم إلى الربا [4] . ويناقش بأن الحديث محمول على إذا ما أدى الجمع بينهما إلى الربا ، والجمع هنا بين القرض وكلفته لا يشمله هذا الحديث .
3. أن مسوغ جواز العمولة – وهو التكلفة الفعلية – ليست للقرض خاصة ، بل هي لمجموع أعمال البنك التي منها القرض ، فتحميلها للمقترض يوقع البنك في الربا أو شبهته [5] . ونوقش بان الذي يحمله المقترض هو كلفة القرض لا تكلفة عمل البنك [6] .
4. العمولة فائدة مستترة ؛ قال محيي الدين إسماعيل علم الدين : والواقع أنَّ عمولة البنك قد تعتبر فائدة مستترة خاصة إذا كانت كبيرة [7] . يقول سامي حمود : المدخل المقبول للعمولة

---

1 البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، د. عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار ، دار الوطن ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1407 هـ ، ص 305 . الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة ، د. عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي ، دار طيبة ، الرياض ، الطبعة الثانية ، 1417 هـ ، ج 2 / ص 1234 .

2 الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة ، السعيدي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1232 .

3 رواه أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما ، كتاب البيوع باب الرجل يبيع ما ليس عنده ، حديث رقم (3504) . سنن أبي داود ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 1518 – 1519 . والترمذي ، كتاب البيوع ، باب كراهية بيع ما ليس عندك ، حديث رقم (1234) ، سنن الترمذي ، مرجع سابق ، ج 3 / 535 .

4 الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة ، السعيدي ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 1233 .

5 المرجع السابق ، ج 2 / ص 1231 .

6 العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 112 .

7 موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، د محيي الدين إسماعيل علم الدين ، ج 3 / ص 1451 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

كأجر معتبر ، هو ارتباطها بوجود خدمة فعلية ، أو منفعة مقصودة و متقومة في النظر الشرعي ... واعتبار العمولة أجرا لا يجب أن تؤخذ على إطلاقها ، ما دام الأمر متصلا بالإقراض المقصود ، لئلا تكون العمولة مجرد ستارا للربا تحت هذا الاسم أو ذاك [1] .

5. العمولات ليست تكلفة فعلية : حيث قالوا : لو كان ما يأخذه المصرف نفقات قرطاسية أو أجورا لكان مقداره واحدا لا يختلف باختلاف قيمة القرض أو مدته أو الغرض منه ، ولكن الملاحظ أن المصرف يأخذ مبلغا يزيد بزيادة القرض وينقص بنقصانه ويختلف تبعا للمدة والغرض [2] .

الترجيح :

يترجح لدى الباحث القول بجواز أخذ ما يساوي التكلفة الفعلية ولكن بالشروط التالية [3] :

1. أن تكون هذه التكاليف حقيقية ، وهي التي تقابل عملا بالفعل ، لا محتملة ولا موهومة كتكلفة احتمال عدم السداد ، وتكلفة الديون المتعثرة .
2. أن تكون التكاليف مباشرة ، وهي التي تحمله المصرف في سبيل القرض . فلا يجوزن احتساب التكاليف غير المباشرة ، كتلك التي ينفقها المصرف لقاء ممارسته أعماله .
3. أن لا ترتبط هذه التكاليف بمبلغ القرض ، وعليه فلا يجوز أن تكون نسبة مئوية من مبلغ القرض .
4. أن لا يتكرر أخذ التكاليف إلا إذا تكرر تقديم الخدمة ، فلا يجوز فرض رسوم دورية .
5. أن يتم تحديد هذه التكاليف عن طريق خبراء ، ثم عرضها على هيئات شرعية مختصة .

بدائل مقترحة للمعاوضة على الالتزام بالإقراض :

توحيد التكلفة الفعلية ؛ وذلك نظرا لكثرة التلاعب والتوسع ، فأرى توحيد التكلفة الفعلية والتي من شأنها أن لا يحصل المصرف على أرباح لقاء قيامه بعملية الإقراض ، وقالوا : وعلى ذلك فلا أرى أن يكون تحديد التكلفة الفعلية من قبل المصرف المصدر للبطاقة ، وإنما على المؤسسات المالية

---

1 تطوير الأعمال المصرفية ، حمود ، مرجع سابق ، ص 290 .

2 المعاوضة على الالتزام بالإقراض ، عادل بن عبد الله بن محمد باريان ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية . ص 9 .

3 تطوير الأعمال المصرفية ، حمود ، مرجع سابق ، ص 291 ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، د. عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي ، دار أسامة ، عمان ، الطبعة الأولى ، 1998 ، ص 275 – 276 . المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 350 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الإسلامية أن تتبنى معيارا لتحديد التكلفة الفعلية يحدد بشكل جماعي ، أو من قبل جهة محايدة موثوقة ، حتى لا يطرأ عليه شبهة الزيادة الربوية المستترة في التكلفة الفعلية [1] .

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

1 العقود المالية المركبة ، د. العمراني ، مرجع سابق ، ص 364 وما بعدها .

المبحث الثاني : المعاوضة على الالتزام بالإصدار (الاعتمادات المستندية ، خطابات الضمان ، بطاقات الائتمان) :

ويشمل هذا المبحث الحديث عن المطالب التالية :

المطلب الأول : المعاوضة على الالتزام بإصدار الاعتمادات المستندية .

المطلب الثاني : المعاوضة على الالتزام بإصدار خطابات الضمان .

المطلب الثالث : المعاوضة على الالتزام بإصدار بطاقات الائتمان .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الأول : المعاوضة على الالتزام بإصدار الاعتمادات المستندية :

ويشتمل هذا المطلب على الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف الاعتماد المستندي .

الفرع الثاني : العلاقات التعاقدية بين اطراف الاعتمادات المستندية .

الفرع الثالث : التزامات الأطراف في الاعتماد المستندي .

الفرع الرابع : أنواع المعاوضة في الاعتمادات المستندية وحكمها .

الفرع الأول : تعريف الاعتماد المستندي :

الاعتماد المستندى : هو تعهد مكتوب صادر من بنك (يسمى المصدِر) بناء على طلب المشتري (مقدم الطلب أو الآمر) لصالح البائع (المستفيد). ويلتزم البنك بموجبه بالوفاء في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة متى قدم البائع مستدات السلعة مطابقة لتعليمات شروط الاعتماد. وقد يكون التزام البنك بالوفاء نقدا أو بقبول كمبيالة [1] .

للاعتمادات المستندية أنواع كثيرة جدا ، بحسب تنوع تصنيفاتها ، حيث تنقسم إلى حزم متعددة من حيث قوة تعهد البنك المصدر، وأخرى من حيث قوة البنك المراسل ، ومن حيث مدى قطعية الاعتماد وقابليته للإلغاء ، ومن حيث طريقة الدفع وطريقة السداد ، من حيث الشكل ، ومن حيث الطبيعة ، وغيرها من التقسيمات [2] ، وليس من غرض البحث استقصاء هذه الأنواع .

---

1 المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، الهيتي ، مرجع سابق ، ص 405 – 406 ، العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق، ص 530 – 531 ، المصارف الإسلامية ، د. محمود الوادي و د. حسين محمد سمحان ، دار المسيرة ، عمان ، الطبعة الثالثة ، 1430 هـ 2009 م ، ص 287 . البنوك الإسلامية ، د. محمد العجلوني ، دار المسيرة ، الطبعة الأولى ، 1429 هـ – 2008 م ، ص 295 . المعاملات المالية المعاصرة ، شبير ، مرجع سابق ، ص 281 .

2 لتوسع في معرفة أنواع الاعتمادات المستندية انظر : الاعتمادات المستندية ، محيي الدين اسماعيل علم الدين ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى ، 1417 هـ – 1996 م ، ص 21 – 35 ، العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 533 – 536 . وغيرها ، المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 258 – 259 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وعلى الرغم من كثرة أنواع الاعتمادات المستندية ، إلا أنه يمكن القول أنها تعود إلى قسمين هما : عقود الاعتمادات المستندية ، وشروط الاعتمادات المستندية ، حيث يتولد عن عقود الاعتمادات المستندية آثار تعاقدية ذات طبيعة ثلاثية العناصر ، هي : الآمر ، والمستفيد ، والمتعهد . وهذا ما شملته كافة التعريفات التي اتفقت جوهريا في هذه العناصر الثلاثة [1] ، أما الشروط فهي المسؤولة عن تحديد نوع الاعتمادات المستندية ، حيث ينشأ عن الشروط أنواع ربما لا يمكن حصرها ، لأن باب الشروط لا ولم ولن يغلق ، وذلك استجابة للتطورات الحتمية لحاجات التعاقد ، ولكنها جميعها ذات طبيعة واحدة ، وقد اتجه بعض الباحثين إلى تقسيم الاعتمادات المستندية في الجملة ، إلى الأقسام التالية [2] :

1. اعتماد مستندي ممول ذاتيا من قبل العميل طالب فتح الاعتماد .
2. اعتماد مستندي ممول كاملا من البنك الإسلامي : فيكون مضاربة ؛ ويكون الربح بينهما على حسب الاتفاق والخسارة على رب المال وهو البنك . ويكون مرابحة ؛ فيكون الربح حصة شائعة بين البنك والعميل وكذا الخسارة .
3. اعتماد مستندي ممول جزئيا من البنك الإسلامي : ويكون على أساس المرابحة غالبا .

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الباحثين رأى أن الاعتمادات المستندية لها أصل في التراث الفقهي، وذلك لتوفر دواعيه منذ القدم ، حيث رأى في ضمان السوق [3] أصلا تاريخيا للاعتماد المستندي [4] .

الفرع الثاني : العلاقات التعاقدية بين أطراف الاعتمادات المستندية :

يهتم البحث بالحديث عن المعاوضة على الالتزامات ، ومن ثم سيتطرق إلى الحديث عن الالتزامات التي ينشؤها الاعتماد المستندي ، ونرى بعد ذلك موقع الالتزام كمحل للتعاقد . ينشئ الاعتماد المستندي مجوعة من العلاقات التعاقدية بين أطرافه ، وهذه العلاقات هي :

---

1 الاعتمادات المستندية ، علم الدين ، مرجع سابق ، ص 15 .

2 المعاملات المالية المعاصرة . شبير ، مرجع سابق ، ص 285 – 287. والمصارف الإسلامية ، الهيتي ، مرجع سابق ، ص 410 – 413. والشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلامية ، ارشيدات ، مرجع سابق ، ص 172 .

3 ضمان السوق : أن يضمن ما يجب على التاجر من الديون ، وما يقبضه من الأعيان المضمونة ضمانا صحيحا ، وهو جائز عند الجمهور ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج 29 / ص 549 .

4 الاعتمادات المستندية ، علم الدين ، مرجع سابق ، ص 86 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أ. علاقة المستفيد بالعميل : هي أصل العلاقة وغالبا ما تكون بيعا [1] .

ب. علاقة العميل بالمصرف مصدر الاعتماد المستندي : اختلف المعاصرون فيها على الأقوال التالية :

1) العلاقة بينهما وكالة بأجر متعلق بحق الغير غير قابلة للنقض . وهذا في حالة الاعتماد المغطى كليا من العميل . وهو قول سامي حمود ومحمد عثمان شبير وغيرهم [2] .
2) العلاقة بينهما توكيل ورهن : حيث وكل العميل البنك في أداء دين ، وتسلم مستندات البضاعة قبل الأداء ، وهذا التوكيل يتضمن رهنا للبضاعة لاستيفاء الثمن من العميل [3] .
3) العلاقة بينهما ضمان : حيث إن المصرف فاتح الاعتماد صرف ذمته المالية لكل من الطرفين العميل والمستفيد [4] .
4) العلاقة بينهما حوالة : حيث يكون العميل محيلا بدين المستفيد على المصرف الوسيط مصدر الاعتماد . فالعميل محيل آمر ، والمحال له المستفيد ، والمحال عليه البنك المصدر [5] .
5) العلاقة بينهما مركبة من الوكالة والحوالة : حيث هي وكالة في الجزء المغطى من العميل ، وحوالة في الجزء غير المغطى [6] .
6) العلاقة بينهما مركبة من الوكالة والضمان : حيث هي وكالة بتقديم الخدمات الاجرائية ، وكفالة بضمان المؤسسات للمستورد [7] .

ج. علاقة المستفيد بالمصرف مصدر الاعتماد : المصرف ضامن لحق المستفيد والمستفيد مضمون له على كل حال [8] .

د. علاقة المصرف المصدر للاعتماد بالمصرف المراسل : علاقة دائن بمدين . فيجب أن تكون خالية من الربا ومعتمدة على بدائل أخرى مثل الودائع المتبادلة مع الإذن باستعمالها [1] .

---

1 العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 537 ، 540 – 541 .

2 المعاملات المالية المعاصرة ، شبير ، مرجع سابق ، 284 –285 . المصارف الإسلامية ، الوادي و سمحان ، مرجع سابق ، ص 288 – 289 .

3 المصارف الاسلامية . الهيتي ، ص 415– 417 .

4 العمولات المصرفية ، السماعيل ، ص 537 – 538 . الربا والمعاملات المصرفية . د. عمر بن عبد العزيز المترك ، دار العاصمة ، الرياض ، الطبعة الثالثة ، 1418 هـ ، ص 401 .

5 العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 538 .

6 المصارف الاسلامية ، الهيتي ، مرجع سابق ، ص 415 – 417 .

7 العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 538 – 539 .

8 المرجع سابق ، ص 543 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فائدة ذكر العلاقات العقدية بين أطراف الاعتماد المستندي :

هكذا يظهر للباحث أن هذا (التردد) في وصف الطبيعة العقدية أو القانونية للعلاقة بين أطراف الاعتمادات المستندية راجع في الأصل إلى أن الاعتماد المستندي عقد على التزام ، وهو التزام بعمل أحيان ، والتزام مجرد أحيانا أخرى ، كما سيتبين في المطلب التالي . ولو كان التعاقد على عين أو منفعة أو حق يقبل التعاقد لما كان هذا التردد قائما ، ولعل هذا من أبرز خصائص نظرية العقد في الشريعة الإسلامية التي تشترط معلومية محل العقد بشقيه المثمن والثمن .

كما أن هذا التداخل في العقود يصعب معايير المشروعية ، التي تنظم الصيغ المتعددة في التعاقد بغض النظر مسماة كانت أم غير مسماة . إلا إذا اعتبرنا الاعتماد عقد مستحدث على غير مثال سابق ، وهذا يفرض خلوه من الموانع العقدية ، والموانع العقدية تفرض أطرا متمايزة من أحكام العقود، ما يعيد الحديث إلى المربع الأول .

ولكن الاعتمادات المستندية من صيغ التعاقد الصريح على الالتزامات ، وليست من صيغ التعاقد على الأعمال المعلومة أو الأعيان الموصوفة ، أو الحقوق المنضبطة ، وذلك لا يعني بالضرورة عدم مشروعيتها ، لأن الالتزام محل التعاقد مرتبط عمليا بعمل ، ولكن الالتزام أظهر في هذه العقود من الأعمال . والله أعلم . وسوف يستعرض البحث في الفرع التالي الموقف الشرعي من أعواض مجموعة الالتزامات التي لعبت دور المثمن في هذا العقد .

الفرع الثالث : التزامات الأطراف في الاعتماد المستندي :

قبل البدء بسرد جملة الالتزامات الناشئة عن عقد الاعتماد المستندي ، ينبغي الإشارة إلى نقطتين هما المستفيد : ولا تترتب عليه أية التزامات في مواجهة أطراف العقد . والتزاماته تجاه العميل ، وهي التزامات ناشئة عن عقد سابق لعقد الاعتماد ومستقل عنه في نفس الوقت ، وهو عقد البيع الذي بني عليه الاعتماد المستندي ، ولكن بدون ارتباط موضوعي . والنقطة الثانية هي أننا سنعرض للالتزامات مع وجود طرف رابع وهو البنك المراسل .

1. التزامات العميل : يلتزم العميل ، وهو طالب الاعتماد بالالتزامات التالية [2] :

---

1 المعاملات المالية المعاصرة ، شبير ، مرجع سابق ، ص 284 – 285 .

2 الاعتمادات المستندية ، علم الدين ، مرجع سابق ، ص 37 – 49 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أ. تلقي المستندات المطابقة للاعتماد ؛ ودفع قيمتها للبنك . حيث يعتبر تلقي المستندات المتعلقة بموضوع الاعتماد إذا كانت مطابقة للشروط التزاما على العميل ، ولا يملك التأخر عنه أو رده ، وإلا تحمل كل النتائج المترتبة على ذلك . كما يترتب على العميل دفع قيمة المستندات ، لأن البنك يكون قد سددها للمستفيد بمجرد استلامه للمستندات ، دون اشتراط إذن العميل .

ب. دفع عمولة البنك ومصاريفه ؛ حيث يدفع العميل بموجب العقد عمولة للبنك ، وهي حق مكتسب للبنك مجرد عن التغطية ، فهي لمجرد الاعتماد . وهي أنواع سنعرض لها عند الحديث عن حكمها في الفرع التالي .

2. التزامات البنك المصدر : يلتزم البنك مصدر الاعتماد بموجب العقد بالتالي :

أ. دفع قيمة المستندات فور وصولها ؛ ولا يدفع البنك قيمة المستندات إلا بعد فحصها. وقد يكون الدفع تحت التحفظ ، أو مقابل الضمان .

ب. تسليم المستندات للعميل ؛ إذ يلتزم البنك المصدر بموجب العقد أن يسلم المستندات فور وصولها وبعد فحصها ، ويكون ذلك بالإخطار أولا ، ووضع يد العميل على المستندات وتمكينه من التصرف ثانيا . وذلك بالتزامن مع دفع العميل لقيمتها .

3. التزامات البنك المراسل أو المؤيد : ويلتزم البنك المراسل بالتزامين أساسيين هما :

أ. دفع قيمة المستندات للمستفيد بعد استلامها وفحصها ؛ البنك المؤيد مدين متضامن مع البنك فاتح الاعتماد ، وللمستفيد مطالبة أيهما شاء .

ب. التزامه بإرسال المستندات ؛ حيث يلتزم البنك المؤيد بفحص المستندات بعد استلامها بمدة معقولة ، فإذا كانت مطابقة يدفع قيمتها وسرلها فورا إلى البنك المصدر .

الفرع الرابع : أنواع المعاوضة في الاعتمادات المستندية وحكمها :

تختلف العمولات التي يتقاضها المصرف باختلاف نوع الالتزام ، وتبعا لذلك تختلف الأحكام باختلاف طبيعة الالتزام ، وسوف نعرض في هذا الفرع للعمولات التي يتقاضاها المصرف مع احكامه الفقهية في هذه المعاملة ، يتقاضى البنك العمولات التالية :

1. المعاوضة على الإلتزام بدفع المبلغ للمستفيد ، وعلى تعزيز الاعتماد المستندي : لا يجوز للمصرف أخذ عمولات عن هذا الالتزام سواء أكان الاعتماد مغطى أم لم يكن ، إلا إذا صاحبه

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

تكاليف أو تقديم خدمات ، لأن الالتزام ضمان ، وأخذ الأجر على الضمان لا يجوز [1] ، وهذا قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي والمعايير الشرعية [2] .

2. المعاوضة على إقراض العميل لمبلغ الاعتماد المستندي : وهذا لا يجوز لأنه من الربا المحرم [3]. وقد أجازه بعض الباحثين للضرورة التجارية [4] .

3. المعاوضة على الخدمات والتكاليف التي يتطلبها الاعتماد :

أ. يجوز أخذ العمولة من غير تقييد بأجر المثل ، وهو قول من خرّج الاعتماد على الوكالة فقط ، وقول من قال بجواز أخذ الأجر على الضمان [5] .

ب. عدم جواز أخذ العمولة [6].

ج. يجوز أخذ التكاليف الفعلية ، كما يجوز أخذ أجرة المثل على الخدمات المطلوبة سواء كانت مبلغا مقطوعا أم نسبيا ، باستثناء خدمة تعديل الاعتماد بزيادة المدة فلا يجوز أخذ مقابل عليها إلا بقدر التكلفة الفعلية ، وهو قول الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي وهيئة المعايير [7] .

4. المعاوضة على الاعتماد المستندي الممول ذاتيا من قبل العميل : ويجوز أخذ الأجرة عليه . لأنه وكالة بأجر [8] .

5. المعاوضة على الاعتماد المستندي الممول جزئيا أو كليا من المصرف :

أ. الحالة الأولى : التمويل الجزئي :

- يكون البنك الإسلامي فيها وكيلا في الجزء الذي موله العميل . ويجوز أخذ العمولة عليه لأنها وكالة بأجر كما تبين سابقا .

---

1 المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 270 .

2 قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1431 هـ – 2010 م ، القرار رقم 546 ، 29/ 10/ 1423 هـ ، ج 2 / ص 842 . والمعايير الشرعية ، مرجع سابق 261 .

3 العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 550 . والمصارف الإسلامية . الوادي و سمحان . مرجع سابق ، ص 289 .

4المعاملات المالية المعاصرة . شبير ، مرجع سابق ، ص 287 .

5العمولات المصرفية ، السماعيل ، ص 550 – 551 ، والمصارف الإسلامية ، الوادي و سمحان ، مرجع سابق ، ص 289 . والمصارف الإسلامية ، الهيتي ، مرجع سابق ، ص 417 – 418 .

6العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 550 – 551 .

7المرجع السابق ، ص 550 – 551 .

8المصارف الإسلامية ، الوادي و سمحان ، مرجع سابق ، ص 289 . المعاملات المالية المعاصرة ، شبير ، مرجع سابق ، ص 287 . البنوك الإسلامية ، د. محمد محمود العجلوني ، دار المسيرة ، الطبعة الأولى ، 1429 هـ – 2008 م ، ص 298 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

- وكفيلا ضامنا في الجزء غير المغطى من العميل . وهنا لا يجوز له أخذ الأجر لاتفاق العلماء على أنه لا أجر على الضمان .
- ويكون في الوقت نفسه مقرضا للعميل بمقدار المبلغ المدفوع للمستفيد وغير المغطى . وهنا لا يجوز للمصرف أن يأخذ عمولة لأن العمولة على القرض هو الربا بعينه .

ب. الحالة الثانية : استخدام إحدى صيغ التمويل الشرعية وهنا يتحدد العائد وفق الصيغة المختارة .

6. المعاوضة على تحويل العملة : إن أخذ المصرف فرق العملة عند صرفها بعملة أجنبية جائز متى تحققت شروط المصارفة .

- ولكن في حال المصارفة في الذمة يكون المصرف دائنا للعميل فلا يجوز أن يربح المصرف فرق العملة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ، كما أن على المصرف تحديد سعر صرف يوم الأداء لا يوم الاقتراض ولا يوم البيع حتى لايقع في ربا النسيئة .
- كما لا يجوز للمصرف أخذ تعويضات عن عدم تحصيل فرق العملة في حال كون عملة مبلغ الاعتماد موجودة في حساب العميل . لأن ذلك من أكل المال بالباطل .

7. المعاوضة على تكاليف فتح الاعتماد الممول بطريقة المرابحة :

أ. أن يقوم المصرف بفتح الاعتماد لديه باسمه وصالحه : وفي هذه الحالة خلاف :

1) القول الأول : عدم جواز أخذ المصرف للعمولة ، ذهب إليه الهيئة الشرعية في بنك البركة في البحرين ، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي . ودليلهم أن أخذ العمولة في هذه الحالة يتناقض مع كون الاعتماد مفتوحا لصالحة .
2) القول الثاني : الجواز وذهب إليه الهيئة الشرعية في مصرف قطر ، واشترط بعضهم أن لا تكون العمولة مرتبطة بمدة الاعتماد ، ودليلهم أن هذه العمولة في مقابل الخدمات المصرفية التي يذهب ريعها لصالح المساهمين على حساب قسم الاستثمار الذي يذهب ريعه لأصحاب الودائع الاستثمارية بما فيها أموال المساهمين المستثمرة ، فيكون ذلك من تكلفة البضاعة .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library- Yarmouk University

ويرد عليه : أن تكلفة البضاعة وما أنفق المصرف من مصاريف فعلية متعلقة بفتح الاعتماد يمكن اضافتها إلى ثمن السلعة . ويرجح القول الأول لقوة دليله ، ولأن أخذ العمولة يعني أن العميل هو المشتري لبضاعة حقيقية .

ب. أن يقوم المصرف بفتح الاعتماد لدى مصرف آخر باسمه وحسابه : فهنا يجوز إضافة العمولة واعتبارها جزءاً من عملية الشراء .

ج. أن يقوم المصرف بفتح الاعتماد المستندي لديه أو لدى مصرف آخر باسم العميل ، وهذه الحالة لا تجوز فيها المرابحة لأن المصرف لم يتملك البضاعة فيكون التمويل بفائدة .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثاني : المعاوضة على الالتزام في خطابات الضمان :

ويشتمل هذا المطلب على الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف خطابات الضمان :

الفرع الثاني : التخريج الفقهي لخطابات الضمان :

الفرع الثالث : أنواع المعاوضات في خطابات الضمان ، وحكمها :

الفرع الأول : التعريف بخطاب الضمان :

أولا : تعريف خطاب الضمان :

خطاب الضمان هو : تعهد كتابي ، يتعهد البنك بمقتضاه بكفالة أحد عملائه (طالب الضمان) في حدود مبلغ معين ، لدى طرف ثالث ، عن التزام ملقى على عاتق العميل المكفول ، وذلك ضمانا بوفاء العميل بالتزامه تجاه الطرف الثالث ، خلال مدة من الزمن معينة . وينص عادة في الخطاب على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول طلب من الطرف الثالث ، يرد خلال مدة سريان خطاب الضمان رغم معارضة العميل إن اعترض [1] . وفي هذا المعنى تدور كل تعريفات خطابات الضمان على اختلاف ألفاظها [2] .

ثانيا : مكونات خطاب الضمان : يتألف خطاب الضمان من أركان وخصائص ، تميزه عن سائر العقود ، وهذه الأركان والخصائص هي [3] :

---

1 خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية ، د. الصديق محمد الأمين الضرير ، إصدار المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، الطبعة الأولى ، 1432 هـ – 2011 م ، ص 5. وموسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي ، د. علي السالوس ، دار الثقافة قطر ، إشراف مكتبة دار القرآن ، الشرقية ، مصر ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، ص 641 . والمصارف الإسلامية بين التطبيق والنظرية ، الهيتي ، مرجع سابق ، 387 – 388 .

2 خطاب الضمان ، د. بكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق ، خطاب الضمان ، د. علي أحمد السالوس ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق ، البنك اللاربوي في الإسلام ، محمد باقر الصدر ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، الطبعة الثامنة ، 1403 هـ – 1983 م ، ص 128 .

3 خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية ، الضرير ، مرجع سابق ، ص 6 ، خطاب الضمان ، د. بكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

1- أركان خطاب الضمان : الضامن وهو البنك ، والمضمون وهو عميل البنك ، والمضمون له وهو المستفيد من خطاب الضمان ، ومبلغ الضمان ، وموضوع الضمان .

2- خصائص خطاب الضمان :

أ- العقد : فخطاب الضمان ليس مجرد اتفاقية ، ممكن أن تكون وعدا أو استعدادا ، بل هو عقد مكتوب .

ب- خطاب الضمان من العقود الزمنية ، أي محدّد بمدة معلومة .

ت- مبلغ الضمان : ليس دينا ثابتا في ذمة المضمون عند إصدار خطاب الضمان ، ولكنه قد يثبت إذا لم يفِ المضمون بالتزامه نحو المضمون له . وهذا ما يسمى عنصر المسؤولية، وليس المديونية ، فذمة الضامن مشغولة بالتزام ابتداءا ، وليست مشغولة بدين ، أو يمكن القول أنها مشغولة بدين احتمالي ، قد يؤول إلى حقيقي . ويدل على ذلك : أن المستفيد لا يطالب البنك إلا إذا عجز المضمون عن الوفاء بالتزامه .

ويهدف خطاب الضمان إلى : حماية المستفيد (المضمون له) لضمان تنفيذ المشاريع ، أو تأمين المشتريات وفق شروطها ومواصفاتها وفى أوقاتها المحددة . أي حماية المشروعات من مخاطر عدم التنفيذ [1] .

ثالثا : أنواع خطابات الضمان :

خطابات الضمان لها صور وأنواع متعددة ، تبعا لتعدد الأغراض الصادرة من أجلها ، والأنواع الرئيسة لخطابات الضمان هي [2] :

1. خطابات الضمان الابتدائية : وهي تعهُّدات موجهة من البنك إلى المستفيد – هيئة حكومية وما في حكمها – لضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي يتنافس طالب خطاب الضمان للحصول عليها ، ويستحق الدفع عند عدم قيام الطالب باتخاذ الترتيبات اللازمة عند تخصيص العملية له .

---

1 **خطاب الضمان** ، د. بكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق .

2 **خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية** ، الضرير ، مرجع سابق ، ص 7 – 11 ، **خطاب الضمان** ، د. علي أحمد السالوس ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق ، **وموسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي** ، السالوس ، مرجع سابق ، ص 641 – 642. وغيرها .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

2. خطابات الضمان النهائية : هي تعهدات للجهة الحكومية ونحوها لضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي استقرّت على عهدة العميل ، ويصبح الدفع واجبا عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته ، المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية ، بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها . وهذه الخطابات خاصة بضمان حسن تنفيذ العقود المبرمة مع الهيئات الحكومية .
3. خطابات ضمان لأغراض أخرى : وبجانب هذين النوعين تصدر البنوك خطابات ضمان لأغراض أخرى مثل : خطابات ضمان للتمويل ، (عن دفعة مقدمة) . خطابات الضمان لتغطية التزامات متعهدي توزيع المنتجات . خطابات ضمان لصالح مصلحة الجمارك . خطابات ضمان لسحب بضائع من شركات الملاحة قبل تسلم مستندات الشحن ، وغيرها .
4. وتنقسم خطابات الضمان أيضا من حيث التغطية وعدمها إلى ثلاثة أنواع : خطابات الضمان غير المغطاة ، وهي التي يصدرها البنك دون أن يشترط أن يدفع العميل شيئا. خطابات الضمان المغطاة تغطية كاملة وهي التي يدفع العميل فيها مبلغ الضمان كاملا. خطابات الضمان المغطاة تغطية جزئية ، وهي التي يدفع العميل فيها نسبة معينة من مبلغ الضمان ، وليس كامل المبلغ .

الفرع الثاني : التخريج الفقهي لخطاب الضمان :

1. ذهب بعض المعاصرين إلى أن خطاب الضمان كفالة [1] ، يقول الصديق الضرير : خطاب الضمان ليس عقدا جديدا وإنّما هو عقد الضمان المعروف في الفقه الإسلامي اسما ومعنى [2] ، ويقول ابو غدة : إن خطاب الضمان هو كفالة محضة [3] . واستدلوا لذلك باتفاق التعريفين . وهو التزام الشخص مالا واجبا على غيره لشخص ثالث . يقول الصديق الضرير [4] : يتضح من

1المصارف الإسلامية ، الهيتي ، مرجع سابق ، ص 394 . والعملات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 519 . خطاب الضمان ، د. بكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق .

2 خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية ، الضرير ، مرجع سابق ، ص 11 .

3 خطاب الضمان ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق .

4خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية ، الصديق الضرير ، مرجع سابق ، ص 14 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الموازنة بين تعريف خطاب الضمان وتعريف الضمان – أو الكفالة – في المذاهب الأربعة وهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الدين [1] ؛ أن التعريفين متفقان في المعنى .

واعترض عليه بأن بينهما فروقا ؛ مثل : التأقيت ؛ فخطاب الضمان مؤقت . ومبلغ الضمان غير ثابت عند العقد ، وغير معلوم ، والتزام الضامن في خطاب الضمان مشروط ، والضمان يعود على العميل بمبلغ الضمان . كما اعترض عليه ؛ بأن خطاب الضمان عقد مستقل ، والكفالة تابع ، والكفالة تبرع ابتداء معاوضة انتهاء ، وخطاب الضمان لا تبرع فيه حالا ولا مآلا. والكفالة يمكن للكفيل فيها أن يعمل العمل عن المكفول ، وخطاب الضمان لا يعمل البنك فيه عمل العميل . وغيرها من الفروق التي لم تخل من ردود واعتراضات ، ليست من نطاق بحثنا[2].

2. وذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان وكالة ، وممن ذهب إلى ذلك سامي حمود [3] والعبادي [4] . واستدلوا بأن المصارف في خطاب الضمان ، تنفذ ما أمرت به من أداء المبلغ فهي تؤدي عملا ، والكفالة بالأمر في حقيقتها وكالة [5] . واعترض عليه بأن هذا التخريج خلط بين العقود ، لأن هناك تمايز بين العقود يدل عليه اختلاف أسمائها وأحكامها ، كما أن هذا التخريج تفريغ للكفالة من حقيقتها التي إنما تكون بأمر ، كما أن الوكالة التزام من الوكيل لا يشغل ذمته، كما أن الغطاء قد يكون عينا لا نقدا ، فيكون المصرف ضامن مرتهن ، والغطاء توثيق لالتزام العميل مقابل البنك ، كما أن تصرف البنك بالغطاء النقدي يجعله قرضا لا مال وكالة وغيرها من الاعتراضات [6] .

---

1 الضمان في الفقه الإسلامي ، الشيخ علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2000 ، ص 194 . ونظرية الضمان ، الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 15 .

2 للتوسع في معرفة أوجه الشبه وأوجه الخلاف بين خطابات الضمان والكفالة ، ينظر : خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية ، الضرير ، مرجع سابق ، ص 15 وما بعدها ، العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 519 – 523 .

3 تطوير الأعمال المصرفية ، حمود ، مرجع سابق ، ص 296 .

4 موقف الشريعة من المصارف الإسلامية ، العبادي ، مرجع سابق ، ص 317 .

5 تطوير الأعمال المصرفية ، حمود ، مرجع سابق ، ص 296 .

6 خطاب الضمان ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق ، العمولات المصرفية ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 519 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

3. وذهب آخرون إلى الطبيعة المزودجة لخطاب الضمان ؛ حيث هو وكالة إذا كان مغطى . وكفالة إذا لم يكن مغطى . وإذا كان مغطى تغطية جزئية فهو وكالة للجزء المغطى وكفالة للجزء غير المغطى [1] . واستدلو بأدلة الفريقين السابقين . واعترض عليه بنفس الاعتراضات .

الترجيح :

يترجح لدى الباحث القول الثالث ، وهو اعتبار خطاب الضمان كفالة ووكالة ، حسب التغطية وعدمها . وقد ذهب إلى هذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي . حيث جاء قراره الخامس في الدورة الثانية المنعقدة بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 22 -28 ديسمبر 1985م ، ما يلي : "أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والنهائي ، لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه ، فإن كان بدون غطاء ؛ فهو ضم ذمته إلى غيره فيما يلزم حالا أو مالا ، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة ، وإن كان خطاب الضمان بغطاء ؛ فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة ، والوكالة تصح بأجر مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له)" .

الفرع الثالث : أنواع المعاوضات (العمولات) في خطابات الضمان ، وحكمها :

ينشأ عن خطابات الضمان مجموعة من الآثار التعاقدية ، والتي يترتب عليها أعواض أو أثمان ، تسمى في العرف المصرفي عمولات ، ومعلوم أن الثمن في العقد يقابل المثمن ، والعوض يقابل المعوض ، والثمن والمثمن هما محل العقد ، ولذلك فائدة في استجلاء الحقيقة التعاقدية ، وهل هي عقد على التزام مجرد ، أم عقد على التزام متعلق بعمل أو امتناع عن عمل ؟ ولمعرفة ذلك يحسن الحديث عن أنواع العمولات التي اختار الباحث تسميتها المعاوضات ، سعيا لربط العقد بمحله تصورا وحكما ؛ وهذا سرد لأنواعها وحكم كل نوع :

1- المعاوضة مقابل الالتزام بالدفع : الالتزام بالدفع ضمان محض ولا يجوز أخذ الأجر عليه اتفاقا[2].

2- المعاوضة مقابل إقراض العميل : وهذا من الربا المحرم . ودليلهم : اتفاق الفقهاء على أن الفائدة على القرض من الربا المحرم .

1موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي ، السالوس ، مرجع سابق ، ص 643 .

2 المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، ص 270 . خطاب الضمان ، د. بكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

3- المعاوضة على التكاليف والمصروفات الإدارية : فلا حرج فيها بشرط أن لا تزيد عن أجر المثل.

4- المعاوضة على الالتزام بالإصدار : اختلفت كلمة الباحثين في عمولة الإصدار على الآتي :

أ. المنع مطلقا [1] ، كما تبين سابقا من كلام الصديق الضرير ، وهذا عند الذين كيفوا خطاب الضمان على أنه كفالة محضة .

ب. التفصيل [2] : فالعمولة جائزة في حالة الغطاء الكلي لأنها عمولة على وكالة وهذا جائز . وفي حالة الغطاء الجزئي جائزة في الجزء المغطى ، وغير جائزة في الجزء غير المغطى . وإذا لم يكن مغطى فغير جائز .

ويرى بعض الباحثين جواز أخذ العمولة على خطابات الضمان، لأنهم لا يرون مانعا شرعيا من أخذ الجعل على الضمان ، محتجين أولا : بأن الضمان عمل محترم فيجوز أخذ الأجر عليه ، وأجيبوا ، بأن الكفالة والإقراض عمل محترم ولا يجوز أخذ الأجر عليها . وثانيا : بقياسه على الجاه ، وأجيبوا بأنه قياس مع الفارق ، لأنه لا تنشغل الذمة فيه ، وأنه لا غرم فيه، وهو من أعمال البر . كما أن أخذ الأجر على مجرد الجاه لا يجوز. ولوجاز أخذ الأجر على الجاه ؛ لما جاز قياس الضمان عليه . لأن العلة التي منعت أخذ الأجر على الضمان ، وهي السلف بزيادة والغرر غير موجودة في الجاه ، بل غير متصورة ، لأن ذا الجاه لا يدفع مالا . وثالثا : بقياس الضمان على أعمال البر التي يجوز أخذ الأجر عليها . مثل تحفيظ القرآن . ورُد بأن في تحفيظ القرآن مشغلة ليست في الضمان [3] .

5- وقد ذهب إلى جواز أخذ الأجرة على الضمان – جملة بغير تفصيل – عدد من المعاصرين ، مثل علي الخفيف : محتجا بأن الخير الذي لا يجب أخذ العوض عنه ، هو الخير الواجب ، والضمان ليس من المعروف الواجب ، فيجوز أخذ العوض عنه . كما جاز لمن أخذت دورهم في توسعة المسجد الحرام في عهد عمر وعثمان ، جاز لهم أن يأخذوا قيمتها حين أداها إليهم عمر وعثمان . وعبد الرحمن عيسى : محتجا بأن الضمان مخاطرة ، والضمان مباح ، وأخذ

---

1 خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية ، الضرير ، مرجع سابق ، ص 26 .

2 أخذ المال على القرب ، شاهين ، مرجع سابق ، ج 2/ ص 629 – 630 .

3 خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية ، الضرير ، مرجع سابق ، ص 29 ،

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

العمولة عليه من باب الجعالة على المباح ، قائلا : هذا ما يفهم من مذهب الشافعي ، عبد الحليم محمود حيث جعله وكالة بأجر ، لأن الكفالة بأمر وكالة ، والأجر على الوكالة جائز [1] .

ولم يطلع الباحث على رد على دليلي الخفيف وعيسى ، ولكن يبدو أن الإقراض والكفالة من المعروف غير الواجب ، ولا يجوز أخذ الأجرة عليه إجماعا ، وخطاب الضمان أشبه ، وقياس الشيخ رحمه الله ، قياس مع الفارق ، لأن أخذ العوض عن أخذ الدور أيام عمر وعثمان رضي الله عنهما ، كان مناطه الضرر وليس المعروف . والله أعلم . أما الاستدلال بالمخاطرة ، فهي لا تختلف عن مخاطر القرض الذي لا يجوز أخذ العوض عليه إجماعا . والله أعلم .

الترجيح :

يترجح أن خطاب الضمان صورة أخرى صريحة من صور التعاقد على الالتزام المجرد ، غير المرتبط بعمل . ومن ثم لا يجوز أخذ العمولة على ذلك ، لأن الالتزام المجرد لا يصلح محلا للتعاقد. لأنه غرم تعلق بالذمة ، لا يتصور فيه المعاوضة .

ولكن يصح أخذ العوض على الالتزام المتعلق بعمل في الذمة ، وصورته أخذ أجرة التكاليف الفعلية على الإصدار ، وهذا الترجيح بشقيه ما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الخامس حيث جاء فيه :

1. أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان ، والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته سواء كانت بغطاء أو بدون بغطاء .
2. وأضاف أن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعا مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعي في التقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء [2] .

---

1 الربا في المصارف الإسلامية ، د. عمر بن عبد العزيز المترك ، عناية : بكر بن عبد الله أبوزيد ، دار العاصمة ، الرياض ، الطبعة الثالثة ، 1418 هـ ، ص 389 – 390 .

2 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، مرجع سابق .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الثالث : المعاوضة على الالتزام بإصدار بطاقات الائتمان :

ويتضمن الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف بطاقات الائتمان .

الفرع الثاني : التكييف الفقهي لبطاقات الائتمان .

الفرع الثالث : التكييف الفقهي لعمولات بطاقات الائتمان .

الفرع الرابع : حكم عمولات بطاقات الائتمان :

الفرع الأول : تعريف بطاقات الائتمان :

يرى بعض الباحثين أن إطلاق كلمة بطاقات الائتمان على البطاقات المصرفية خاطئ ، وأن الترجمة الصحيحة لحقيقة هذه البطاقات هي بطاقات الإقراض [1] . ولكن الباحثين استمروا في إطلاق هذا الاسم ، ربما لأنه أصبح علما عليها ، وعلى أية حال فلا مشاحة في الاصطلاح .

يراد بالبطاقات الائتمانية – والتي هي أحد أنواع البطاقات المصرفية – أنها: مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري – بناء على عقد بينهما – يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد دون دفع الثمن حالا ، لتضمنه التزام المصدر بالدفع ، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف على حساب المصدر [2] .

يظهر من التعريف أن البطاقة مركبة من عقدين هما : عقد بين المصدر وبين حاملها يتضمن سقفا (حدا أقصى) للائتمان وشروط العلاقة ، عقد بين المصدر وبين من يعتمدها من مؤسسات وشركات ومصارف ، ويتضمن هذا العقد في جميع أنواع البطاقة أن المصدر يحصل على نسبة من الثمن الذي يطالب به التاجر معتمد البطاقة ، يتراوح في العادة بين 1 % – 5 % [3] .

---

1 البطاقات البنكية ، د. عبد الوهاب أبو سليمان ، دار القلم ، الطبعة الثانية ، 1424 هـ – 2003 م ، ص 19 – 22 .

2 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، ج 1 / ص 559 .

3 المرجع السابق ، ص 560 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

البطاقات المصرفية نوعان رئيسيان هما ؛ بطاقات مدفوعة مسبقا ، وبطاقات ائتمان ، وانضباطا بخطة البحث ، لن يتناول البحث الحديث عن البطاقات المدفوعة مسبقا ، بل سيتحدد نطاق المسألة بالبطاقات الائتمانية التي فيها عنصر الإقراض . وهي نوعان : بطاقات الائتمان العادية Credit Card ، وبطاقة الائتمان القرضية Credit Card With Revolving Credit ، والفرق بينهما ؛ أن الأولى يلتزم حامل البطاقة بتسديد قيمة مشترياته خلال مدة محددة . وبينما الثانية يلتزم حامل البطاقة بدفع نسب ضئيلة منه فقط بل يمكنه أن يدعه معلقًا بذمته ويقوم شهريًا بدفع فوائد تأخير [1] . وذهب باحثون آخرون إلى تقسيم بطاقات الائتمان باعتبارات أخرى ، مثل اشتراط فتح الحساب ، وأخذ الرسوم وغيرها من الاعتبارات [2] .

وتمتاز هذه البطاقات بأنها : غير إلزامية للبائع ، وغير قابلة للتحويل فهي شخصية ، وأنها محددة ، وهي تقبل التجديد وقابلة للإلغاء ، ويمكن للمصدر إيقافها خلال مدة صلاحيتها ، وأنها ذات سقف محدد للدفع [3] . كما تمتاز بأنها أداة إقراض حقيقية [4] ، وتحقق فائدتي الشراء والسحب .

الفرع الثاني : التخريج الفقهي لبطاقات الائتمان :

قبل الحديث عن التخريج الفقهي لبطاقات الائتمان ، يجدر الحديث عن العلاقات التعاقدية بين أطراف بطاقات الائتمان .

تقدم القول أن أطراف بطاقات الائتمان الرئيسية ثلاثة هم [5] :

1. مصدر البطاقة (Issuing Bank) : وهو المخول قانونا بإصدار البطاقة باسمه ، ويقوم وكالة عنه بتسديد قيمة المشتريات للتاجر . والعلاقة القانونية بينهما علاقة إقراض ، حيث يلتزم بإقراض حامل البطاقة في الحدود المتفق عليها . ويقتضي ذلك ألا يكون مصدر البطاقة مسؤولا

---

1 **بطاقات الائتمان** ، د. محمد علي القري بن عيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، مرجع سابق ، ص 379 – 380 ، و الوثيقة رقم (1) **بحث عن بطاقات الائتمان المصرفية والتكييف الشرعي المعمول به في بيت التمويل الكويتي** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 448 . و الائتمان المولد على شكل بطاقة ، د. محمد القري بن عيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، **والعملات المصرفية** ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 566 – 569 . وغيرها .

2 **بطاقات الائتمان** ، الشيخ حسن الجواهري ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 609 .

3 **البطاقات اللدائنية** ، د. محمد بن سعود العصيمي ، نقلا عن **العملات المصرفية** ، السماعيل ، مرجع سابق ، ص 563 .

4 **البطاقات البنكية** ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ص 70 .

5 **البطاقات البنكية** ، أبو سليمان ، مرجع سابق ، ص 41 . **بطاقات الائتمان** ، د. الصديق محمد المين الضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 593 – 595 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ولا ضامنا للبضاعة أو الخدمة إذا كانت معيبة أو نحوه . وقد حملت بعض القوانين مصدر البطاقة المسؤولية عن أي نقص أو مخالفة ، لأن مصدر البطاقة لا يضع في قائمته إلا التاجر ذا السمعة الطيبة . ويلتزم مصدر البطاقة تجاه حاملها بأن يظل الإقراض مستمرا خلال مدة صلاحية البطاقة [1].

2. حامل البطاقة (Card Holder) : وهو الشخص الذي صدرت البطاقة باسمه ، أو خول باستخدامها ، والالتزام الرئيسي عليه الوفاء بالواجبات الناشئة عن استعمال البطاقة .
3. التاجر (Merchant or Supplier) : وهو الذي يبرم عقدا مع مصدر البطاقة بتقديم السلع والخدمات المتوفرة لديه ، المطلوبة من قبل حاملي البطاقات . لم تحدد القوانين علاقة التاجر بمصدر البطاقة سوى حرية التعاقد بينهما ، ولكن رفض التاجر للبطاقة يعتبر مخالفة للاتفاق المبرم بينه وبين مصدر البطاقة . كما تنشئ اتفاقية البطاقة حقا لمصدرها بخصم نسبة معينة من ثمن المبيع لصالحه ، وحقا آخر بتحديد القيمة الأعلى من حجم المبيع . وهذه الحقوق لمصدر البطاقة التزامات على التاجر [2] .

بناء على ما تقدم من تشخيص للعلاقات بين أطراف بطاقات الائتمان ، نأتي الآن للحديث عن التخريج الفقهي لهذه العلاقات :

1. العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها : ذهب أكثر الباحثين إلى أن العلاقة بينهما علاقة ضمان (كفالة) [3] ، وهي من نوع ضمان ما لم يجب [4] . قال القري بن عيد : لأن المصدر ضامن للديون المتعلقة بذمة حامل البطاقة تجاه التجار . والضمان (الكفالة) التزام ما في ذمة الغير؟ و رسم الاشتراك – إن وجد – هو أجر على ذلك الضمان [5] . وذهب آخرون إلى أن هذه الأجرة الأجرة مقابل الخدمات التي يؤديها حامل البطاقة [6] ، حيث قالوا : رسم العضوية (الاشتراك)

---

1 المرجع السابق ، ص 101 – 102 . بطاقات الائتمان غير المغطاة ، د. نزيه حماد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 502 .

2 المرجع السابق ، ص 120 ، 125 – 126 .

3 قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ، مرجع سابق ، قرار رقم (463) ، ج 1 / ص 682 .

4 بطاقات الائتمان غير المغطاة ، د. نزيه حماد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 502 ، بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 473 .

5 بطاقات الائتمان ، د. محمد علي القري بن عيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، مرجع سابق ، ص 389 – 390 .

6 تعليق الشيخ تقي الدين العثماني ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 661 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

أجر على عمل أو منفعة ، فهي خدمة مصرفية بأجر معلوم [1]. واعتبر آخرون العلاقة حوالة [2] ، حيث قالوا : الجهة المصدرة لا تعتبر كفيلا للعميل حامل البطاقة حيال المنشأة التجارية ، فلو اعتبرت كذلك لكانت كفالة بأجر ، لأنها مقابلة بالاشتراك السنوي ، فهي إذن غير جائزة ، لأن الكفالة في الإسلام هي كالقرض من أعمال الإرفاق ، إنما تعتبر هذه العملية حوالة ، والحوالة في الإسلام جائزة [3] . واعترض على كونها حوالة ، بأن الحوالة يشترط فيها أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل [4] . وأجيب عنه بأن الحوالة على غير مدين حمالة ، وهي بأجر جائزة عند المالكية [5] . كما أجازها بعض الفقهاء ، قال الشربيني : ولا تصح – أي الحوالة – على من لا دين عليه ، وقيل تصح برضاه ، بناء على أنها استيفاء ، فقبوله ضمان [6] .

وفي حالة السحب النقدي ؛ ذهب فريق من المعاصرين إلى أن العلاقة قرض ، ومن ثم لا يجوز للمصدر أخذ أجر إلا أن يكون التكلفة الفعلية ، لأنه فائدة على القرض [7] ، ورأي آخر ؛ أنها توصيل لأموال العميل من حسابه إلى المناطق التي يستخدم فيها البطاقة ، فهي حوالة والأجر عليها أجر حوالة [8] . ولكن هذا التخريج لم يفسر العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها عندما تكون بطاقة إقراض ؟ لأن هذه الحالة لا يكون لحامل البطاقة رصيد أصلا .

وذهب فريق ثالث إلى تفصيل نوع العلاقة بين مصدر العلاقة وحاملها بحسب نوع العمولة التي يتقاضاها البنك .

القول بأن العلاقة بين مصدر بطاقة الائتمان وحاملها علاقة ضمان ، وليس حوالة ، لأن الحوالة يكون فيها المحيل دائنا أصلا للمحال عليه ، وليس هذا متصورا في بطاقات الائتمان ، فالعميل فيها لا رصيد له على المصدر حتى تصح إحالته . وقد تقدم أن الحوالة من جنس إيفاء الحقوق،

---

1 **بطاقات الائتمان** ، الشيخ حسن الجواهري ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 615 .

2 **بطاقات الائتمان دراسة شرعية عملية موجزة** ، د. رفيق يونس المصري ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 411 .

3 المرجع السابق ، ص 411 .

4 تعليق إبراهيم فاضل الدبو ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 653 .

5 تعليق الشيخ عبد الله بن منيع ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 656 – 657 .

6 **مغني المحتاج** ، الشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 194 .

7 **بطاقات الائتمان وتكييفها الشرعي** ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، مرجع سابق ، ص 367 . القرار رقم (50) تاريخ 1411/2/20 هـ ، **قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي** ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 101 – 102 .

8 **بطاقات الائتمان وتكييفها الشرعي** ، أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 368 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة [1] ، قال ابن تيمية : الحوالة من جنس إيفاء الحق ، لا من جنس البيع ، لأن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي في ذمّة المحيل ، ولهذا ذكرها النبي صلى الله عليه وسلم في معرض الوفاء ، فأمر المدين بالوفاء ، ونهاه عن المطل ، وبين أنه ظالم إذا مطل ، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على مليء . ووفاء المدين ليس هو البيع الخاص ، وإن كان فيه شوب معاوضة [2].

وبناء عليه جوز الحنفية والحنابلة أخذ العوض على الحوالة بشرط ألا يكون العوضان ربويين ، وإلا وجب التقابض في المجلس [3] . وعند المالكية لا يصح أخذ العوض عنها ، قال ابن رشد الحفيد : "الحوالة بيع من البيوع إلا أنها خصصت من الأصول الممنوعة ، على سبيل المعروف، فإن دخلها وجه من وجوه المكايسة رجعت إلى الأصل فلم تجز" [4] . واعتبرت هيئة المحاسبة والمراجعة العوض على الحوالة من صور الربا عند حديثها عن تظهير الأوراق التجارية [5].

2. العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر : رجح بعض المعاصرين أن تكون العلاقة بينهما حوالة ، وقالوا : حامل البطاقة عندما يشتري سلعة أو خدمة ، يتعلق بذمته قيمتها ، ويكون التاجر دائنا له بذلك المبلغ ، فيحيل الدائن على ملئ ، وهو المصدر للبطاقة ، وإذا أخذنا برأي من يشترط في الحوالة أن يكون للمحيل على المحال عليه دين ، فهو حمالة لأن المحال عليه احتمل سداد الدين عن المحيل . ويمكن أن نتصور أن العلاقة وكالة ، فحامل البطاقة يجعل التاجر وكيلا

---

1 المنتقى على الموطأ : الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي ، 494 هـ ، تحقيق : محمد عبد القادر أحمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1420 هـ – 1999 م ، ج 7 / ص 490 ، مغني المحتاج ، الشربيني ، مصدر سابق ، ج 2 / ص 193 ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، بدون دار نشر وبدون تاريخ وبدون طبعة ، ج 20 / ص 512 .

2 إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ، تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1423 هـ ، ج 1 / ص 389 – 390 .

3 المبسوط ، السرخسي ، مصدر سابق ، ج 20 / ص 47 . مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، الرحيباني ، مصطفى السيوطي ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، ج 3 / ص 325 .

4 المقدمات الممهدات ، ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، 520 هـ ، تحقيق : د. محمد حجي ، وعناية : الشيخ عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، إدارة إحياء التراث الإسلامي ، دولة قطر ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، 1408 هـ – 1988 م ، ج 2 / ص 403 – 404 ، والذخيرة ، القرافي ، مصدر سابق ، ج 9 / ص 241 –242 .

5 هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية . المعيار السابع ، معيار الحوالة .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

عنه يقترض باسمه من مصدرها ويسدد دينه لنفسه ، ولكن الخصم الذي يحصل عليه التاجر في هذه الحالة يكون زيادة على القرض [1] . ولكن تخريجها حوالة أصح . والله أعلم .

3. العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر: تعتبر علاقة المصدر مع التاجر من العلاقات المعقدة في بطاقات الائتمان ، حيث اختلفت أنظار المعاصرين فيها كثيرا ، وسوف يعرض البحث لأقوال المعاصرين في تخريج العلاقة بينهما في الفرع التالي ، وذلك لارتباط تخريج العلاقة بينهما ، بتصور المسوغ الشرعي لعمولة المصدر التي هي نسبة من الثمن . ومع ذلك فقد ذهب بعض المعاصرين إلى اعتبار العلاقة بينهما أنها كفالة مقترنة بالحوالة ، حيث قالوا : العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر علاقة كفالة مقترنة بالحوالة التي تمت بين حامل البطاقة ومصدرها وكان التاجر فيها محالا . وفائدة الكفالة هنا – مع أن الحوالة وحدها توصل التاجر إلى حقه – هي استمرار التزام مصدر البطاقة بالأداء للتاجر، دون ربط بالرجوع على المحيل في حالة الإفلاس [2] .

ويشار هنا إلى أن بعض الباحثين ذهبوا إلى أن بطاقات الائتمان عقود ثلاثية جديدة ، ليس فيها غرر ، فهي مشروعة [3] . ويناقش بأن هناك الكثير من الموانع عليها ، وهو ما أورده الباحثون من إشكالات بصدد مشروعية هذه البطاقات .

الفرع الثالث : التخريج الفقهي لعمولات بطاقات الائتمان :

تنقسم عمولات بطاقات الائتمان إلى قسمين ، قسم يأخذه المصدر من حامل البطاق ، وقسم يأخذه من التاجر . وهذا بيان النوعين :

أولا : العمولات بين المصدر وحامل البطاقة : يحصل مصدر البطاقة من حاملها على العمولات التالية [4] :

---

1 **بطاقات الائتمان دراسة شرعية عملية موجزة** ، المصري ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 390 –391 .

2 **بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها** ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 482 .

3 تعليق د. الصديق الضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 595 .

4 **بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها** ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 481 ، **بطاقات الائتمان غير المغطاة** ، د. نزيه حماد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 509 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

1. رسوم العضوية : يحصل هذا الرسم مرة واحدة عند الموافقة على طلب العميل للحصول على البطاقة أول مرة .
2. رسوم التجديد : يحصل هذا الرسم عند تجديد صلاحية البطاقة وإصدار أخرى للعميل بدلا عنها بعد انتهاء مدتها المقررة السابقة (سنة واحدة أو سنتين).
3. رسوم الاستبدال: يحصل هذا الرسم عند ضياع البطاقة من حاملها أو تلفها أو سرقتها، فيصدر البنك بدلا عنها عند إبلاغه بذلك .

وهذه العمولات المدفوعة من حامل البطاقة عبارة عن أجر عن خدمات متعددة مثل التعريف بالعميل وتجهيز البطاقة وإرسال الإشعار.. إلخ [1] .

ثانيا : العمولات بين المصدر والتاجر :

اختلفت أنظار المعاصرين في تصوير نوع العلاقة بين المصدر والتاجر ، اختلافا كثيرا ، حيث رصدت الأقوال التالية في وصف العلاقة العقدي التي تسوغ أن يأخذ المصدر عمولة من التاجر ، وهذه الأقوال هي :

القول الأول : ذهب بعض المعاصرين إلى أنها تشبه خصم الأوراق التجارية ، إذ الفاتورة التي وقع عليها المشتري كمبيالة مستحقة الدفع ، يقوم التاجر بحسمها لدى البنك (المصدر) مقابل نسبة معينة. ويرجح هذا الاحتمال اشتراط بعض الشركات على التجار الرجوع إليهم في حالة رفض العميل (أي حامل البطاقة) دفع المبلغ الذي دفع إلى التاجر ، وهذه العمولة حرام لأنها من الربا [2] .

القول الثاني : وذهب آخرون إلى أن هذه العمولة في مقابل إقراض المصدر للعميل وهي محرمة ؛ لأن الزيادة على القرض ربا ، سواء كانت الزيادة من المقترض أو غيره ، وسواء كانت للمالك أو غيره ، لأن الشرع أمر برد القرض من غير زيادة [3] .

القول الثالث : وهو أن العمولة هي عمولة على تحصيل الثمن لدفعه إلى أصحاب المحلات ، والتقديم والتأخير ليس مقصودا ، بل هو من مقتضيات التحصيل ، وجائز أخذ أجر معلوم متفق

---

1 **بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها** ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 482 .

2 المرجع السابق ، ص 391 . وتعليق د. وهبة الزحيلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 649 – 650 .

3 **بطاقات الائتمان** ، الشيخ حسن الجواهري ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 617 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

عليه جراء تحصيل الدين أو توصيله ، وما يجوز أخذه من الطرفين ، يجوز أخذه من أحدهما ، كما هو الحال في عمولة السمسرة ، إذ يجوز اشتراطها على البائع والمشتري أو على أحدهما فقط [1] . واعترض على هذا الرأي بأنه خارج عن علاقة الضمان بين المصدر والعميل .

القول الرابع : أن مصدر البطاقة يستحق العمولة من التاجر لأنه قبل ضمان العميل ، وإن لم يكن جائزا أن يأخذ المصدر من العميل أجرا على ضمانه ، فليس هناك مانع من أن يأخذ من التاجر أجرا على هذا الضمان [2] .

القول الخامس : العمولة أجر على الحوالة ، أي أجر للمصدر لأنه قبل حوالة العميل للتاجر عليه ، فالمصدر قبل الحوالة بشرط العمولة. وهذا جائز لأن العمولة أخذت من المحال له وهو التاجر ، وليست من المحيل وهو العميل . ويعترض على هذا التخريج أن المصدر أخذ عمولة الإصدار ، فهو بموجب العقد ملتزم بقبول الحوالة عليه ، فكيف يأخذ عليها عمولة أخرى من التاجر؟ وأجيب عنه أن عمولة الإصدار هي عمولة مقدمات الحوالة وليست عمولة الحوالة نفسها. واعترض عليه كذلك بإن حقيقة العمولة هي في مقابل القرض ، لا في مقابل عملية الإقراض . وجعل العمولة عوضا عن قبول الضمان أو قبول الحوالة أو عوض عملية الإقراض لا يستقيم ، لأن قبول الضمان لا مالية مستقلة له ، ومن ثم ماليته تبع لمالية ذات القرض . فرجع الأمر إلى الحظر . لأنه أكل للمال بالباطل ، أي بدون ما يقابله ، وإما فائدة على القرض وكلاهما محرم [3] .

القول السادس : أن العمولة أجرة سمسرة ، والضمان لا أثر له ، لأنه لا يزيد في العمولة ، فعدم وجود رصيد مسبق للعميل لا يضر ، ولا يؤثر في الحكم ، لأن العمولة في كلا الحالتين واحدة ، فالعمولة أجرة على وقوع الانتفاع بالبطاقة في الخارج فعلا [4] .

القول السابع : أن العمولة عقد بيع بين المصدر والتاجر على أن يبيعه بأقل من الثمن ، وبين المصدر والعميل على أن يبيعه بأكثر من الثمن . ودليله : أولا : أن التاجر لا يعرف العميل ، وثانيا: التاجر إنما يتقاضى حقه من مصدر البطاقة ، فالمصدر هو الذي يدفع الثمن حقيقة . وثالثا:

---

1 **بطاقات الائتمان وتكييفها الشرعي** ، أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 368 .

2 **بطاقات الائتمان** ، الشيخ حسن الجواهري ، مرجع سابق ، ص 620 – 621 .

3 المرجع السابق ، ص 621 .

4 المرجع السابق ، ص 621 ، **بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها** ، د. عبد الستار أبو غدة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، مرجع سابق ، ص 468 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

لا يحق للتاجر أن يرجع على العميل بشيء إذا لم يوف المصدر له بحقه ، وهذه كلها تدل على أن المشتري الحقيقي هو مصدر البطاقة .

القول الثامن : أنها عمولة جلب زبائن ؛ قال الشيخ تقي الدين العثماني : ما يأخذه المصدر هو عمولة من التاجر لجلب الزبائن إليه ؛ لأن هذه البطاقة توفر للتاجر زبائن ومن يكون حاملا للبطاقة فإنه لا يذهب إلى تاجر إلا إذا قبل هذه البطاقة فييسر له الزبائن ويجلب له الزبائن ، فيمكن تخريجه على هذا الأساس، أنه عمولة لجلب الزبائن [1] .

القول التاسع : أن العمولة صلح على الكفالة ؛ قال نزيه حماد : وهذه المسألة معقولة من الناحية الشرعية بناء على ما ذهب إليه الحنفية على الصحيح المفتى به في المذهب من أن الكفيل بأمر المدين إذا صالح المكفول له على أن وهب له بعض الدين أو أكثره ، فإنه يعود على المكفول بما ضمن لا بما أدى [2] .

الترجيح :

يبدو للباحث أن العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر ، هي علاقة كفالة مقترنة بالحوالة ، وذلك لأن اجتماع هذين العقدين ، يغطي كافة التخريجات في تبرير العمولة ، حيث يتضح من العرض السابق أن هناك طبيعتان تتنازعان العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر ، فالطبيعة الأولى هي الضمان ، والثانية الحوالة ، فالبنك ضامن لمشتريات المدين حامل البطاقة ، ومحال عليه في أداء الثمن ، وتخرج هذه الحوالة عن المكايسة المحظورة ، لأن نسبة المصدر ثابتة لو كان لحامل البطاقة رصيد. والله أعلم .

---

1 تعليق الشيخ تقي الدين العثماني ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، مرجع سابق ، ص 663 .

2 **بدائع الصنائع** ، الكاساني ، مرجع سابق ، ج 7 / ص 413 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المبحث الثالث : المعاوضة على الالتزام بتغطية الاكتتاب :

ويشتمل هذا المبحث على المطالب التالية :

المطلب الأول : ماهية الالتزام تغطية الاكتتاب .

المطلب الثاني : التخريج الفقهي للالتزام بتغطية الاكتتاب .

المطلب الثالث : الموقف الشرعي من اخذ العوض على الالتزام بتغطية الاكتتاب .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المطلب الأول : ماهية الالتزام تغطية الاكتتاب :

الفرع الأول : ماهية تغطية الاكتتاب :

تغطية الاكتتاب هو : إصدار الأوراق التجارية بضمان من المصرف أو إحدى شركات الوساطة ، حيث يكون ملزما بأن يشتري لحسابه الخاص الأوراق التي لم يتم الاكتتاب فيها . وتعرف هذه الطريقة بـ (ضمان الإصدار) أو (ضمان الاكتتاب) ، أو (التعهد بتغطية الاكتتاب) [1] .

الفرع الثاني : صور تغطية الاكتتاب :

للالتزام بتغطية الاكتتاب صورتان [2] هما :

الصورة الأولى: أن يكون الملتزم بتغطية الاكتتاب هو مدير الاكتتاب والمسوق له ، وهذه الحالة هي عقد مركب من عقدين هما عقد الإجارة (التسويق) وعقد الشراء المعلق ، أي الشراء في حالة بقاء جزء من الأسهم لم يكتتب بها [3] .

الصورة الثانية: أن يكون الملتزم بتغطية الاكتتاب طرفا آخر ليس له علاقة بتسويق الاكتتاب .

المطلب الثاني : التخريج الفقهي للالتزام بتغطية الاكتتاب :

نظر المعاصرون إلى هذه المسألة من زوايا متعددة ، أنتجت تخريجات متعددة هي :

الفرع الأول : الالتزام بتغطية الاكتتاب معاوضة على ضمان :

ذهب جمع من الباحثين إلى اعتبار المعاوضة على الالتزام بتغطية الاكتتاب أنه من جنس الضمان، وقد قرر هذا التخريج مجمع الفقه الإسلامي الدولي في الدورة السابعة في القرار7/1/65 ونصه :

---

1 البنك اللاربوي في الإسلام ، الصدر ، مرجع سابق ، ص 128 ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، الهيتي ، مرجع سابق ، ص 334 ، الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة ، د. عبدالرحمن بن عبدالله السند ، بحث غير منشور ، مقدم للندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية ، التي ينظمها: موقع الفقه الإسلامي، والمجموعة الشرعية لبنك البلاد ، 1429 هـ – 2010 م . ص 42 .

2 حكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عليه ، د. عبد الله بن محمد العمراني ، بحث غير منشور ، مقدم للندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية ، التي ينظمها: موقع الفقه الإسلامي، والمجموعة الشرعية لبنك البلاد ، 1429 هـ – 2010 م . ص 3 .

3 العقود المالية المركبة ، العمراني ، مرجع سابق ، ص 116 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

ضمان الإصدار : "هو الاتفاق عند تأسيس شركة مع من يلتزم بضمان جميع الإصدار من الأسهم أو جزء من ذلك الإصدار ، وهو تعهد من الملتزم بالاكتتاب في كل ماتبقى مما لم يكتتب فيه غيره ، وهذا لامانع منه شرعا إذا كان تعهد الملتزم بالاكتتاب بالقيمة الاسمية بدون مقابل لقاء التعهد، ويجوز أن يحصل الملتزم على مقابل عن عمل يؤديه – غير الضمان – مثل إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم"[1] . وكذلك ذهب إلى هذا الرأي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية[2] . واستدلوا على كونه ضمانا ، بأن المسألة فيها معنى الضمان ، وهي في تسمية أهل الصنعة لها ضمان ، ويترتب على هذا التخريج تحريم أخذ المتعهد أجرا مقابل التعهد بتغطية الاكتتاب ؛ لأنه يحرم أخذ الأجر على الضمان .

ويناقش بأن صورة المسألة فيها معنى البيع وليس الضمان المجرد . كما أن الضمان يختلف في بنيته عن الالتزام بتغطية الاكتتاب ، فهو ضم ذمة إلى ذمة كما تقدم مرارا ، والالتزام بتغطية الاكتتاب التزام بشراء ، وليس فيه إشغال لذمتين بالتزام واحد . ولذلك لا معنى للضمان هنا .

الفرع الثاني : الالتزام بتغطية الاكتتاب معاوضة على بيع :

ويفسر هذا القول العلاقة بين المصرف والشركة صاحبة الاكتتاب أنها بيع حقيقة ، حيث يشتري البنك الأسهم بسعر السوق مخصوما منه نسبة محددة ، أو يشتري السهم بسعر أقل من سعر السوق[3] . ونسبه عبد الله السند إلى يوسف الشبيلي في كتابه الخدمات الاستثمارية في المصارف [4] . وذهبوا إلى أنه بيع وضيعة إذا كان سعر البيع أقل من سعر السوق ، وفيه يكون الربح نتيجة شراء وبيع فهو مباح ، وبيع مساومة إذا لم يعرف سعر التكلفة ، واعترض عليه بأن البنك لم يرد الشراء ابتداء ، إنما اشترى الفائض فقط . كما اعترض عليه باشتراط قابلية المحل للتداول ، فقد تكون ديونا أو نقودا ، فلا يصح هذا التخريج في كل حال [5] .

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 712 .

[2] المعايير الشرعية ، مرجع سابق ، المعيار رقم (5) ، ص 62 .

[3] صناديق الاستثمار الإسلامية ، خوجة ، ص 122 .

[4] الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة ، السند ، مرجع سابق . ص 43 . وحكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عليه ، العمراني ، مرجع سابق . ص 5 ، 13 .

[5] المرجع السابق ، ص 6 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الفرع الثالث : الالتزام بتغطية الاكتتاب معاوضة على التزام معلق بشرط :

حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن المعاوضة على الالتزام بتغطية الاكتتاب ، التزام بشراء معلق على شرط [1] . وإلى هذا القول ذهبت الهيئة الشرعية لبنك البلاد ، حيث جاء نص قرارها : "عقد التعهد بتغطية الأوراق المالية المطروحة للاكتتاب العام من العقود المباحة ، ويجوز أخذ العوض عنها" [2] .

الفرع الرابع : الالتزام بتغطية الاكتتاب عقد تأمين :

وذلك لأنه مبني على خطر احتمالي يتم ترميمه والتعويض عنه مقابل قسط التأمين ، واعترض عليه بأن التأمين يتم تعويض الخطر الاحتمالي كاملا بأقساط ، بينما في الالتزام بتغطية الاكتتاب يتم شراء الأسهم بعوض غير العوض المدفوع مقابل الالتزام [3] .

المناقشة والترجيح :

ويعتقد الباحث أن تخريج الالتزام بتغطية الاكتتاب على أنه التزام معلق بشرط ، هو أوجه الأقوال ، وذلك للأدلة التالية :

1. إن طبيعة العقد آيلة إلى شراء . فهو في الحقيقة عقد بيع بين الشركة صاحبة الأسهم ، والمصرف أو مدير الاكتتاب .
2. أن البيع قد لا يتم ، وذلك لعدم وقوع شرطه .
3. أن معنى الضمان لا يدخل في مراحل تغطية الاكتتاب ، لأن مرحلة الإصدار والتسويق يكون المصرف أو مدير الاكتتاب فيها أجيرا ، فلا مدخل للضمان فيها ، ومرحلة التغطية يكون المصرف أو مدير التسويق فيها مشتريا ، فالمراحل تحتم بأنه التزام بالشراء معلق بشرط . والله أعلم .

---

[1] حكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عليه ، العمراني ، مرجع سابق . ص 5 ، 13 .

[2] قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد ، القرار رقم (85) بتاريخ : 1427/7/28 هـ

[3] حكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عليه ، العمراني ، مرجع سابق . ص 7 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المطلب الثالث : الموقف الشرعي من أخذ العوض على الالتزام بتغطية الاكتتاب :

عندما يكون الالتزام بعوض ، فإن هناك صورتان للعوض هما :

1. أن يكون عوضا عن الالتزام والتعهد بالشراء :

اختلف المعاصرون إزاء أن يكون العوض عمولة أو مبلغا نقديا أو نحوه ، مقابل تعهده والتزامه بشراء المتبقي من الأسهم ، اختلفوا إلى القولين التاليين [1] :

القول الأول : جواز أخذ العوض مقابل الالتزام والتعهد بتغطية الاكتتاب : وبه صدر قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد – كما تقدم قريبا – واحتجوا على الجواز بأن الشارع الحكيم أجاز أخذ العوض عن المنافع ، والالتزام بتغطية الاكتتاب منفعة مقصودة ومصلحة ، فيجوز أخذ العوض عليها .

القول الثاني : عدم جواز أخذ العوض مقابل الالتزام والتعهد بتغطية الاكتتاب : وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة كما تقدم ، واحتجوا بأن الالتزام ضمان وأخذ الأجر على الضمان محرم . واحتجوا كذلك بأن الالتزام بتغطية الاكتتاب ليس عملا ولا مالا حتى يؤخذ الأجر عليه ، فأخذ الأجر عليه من أكل المال بالباطل . واعترض عليه بعدم التسليم لمالية الالتزام . لأن فيه منفعة متقومة .

ويترجح جواز أخذ العوض ، لأنه التزام متعلق بعين ، وهي الأسهم . وقد تقدم أنه التزام متعلق بشرط . بشرط ألا يكون محل العقد دينا أو نقدا ، والله أعلم .

2. أن يكون خصما من القيمة الاسمية :

والمقصد هنا أن يكون العوض المتفق عليه بدل تغطية الاكتتاب أن تشترى الأسهم بسعر أقل من القيمة الاسمية ، ثم يبعها بالقيمة الاسمية [2]. واختلفت أنظار المعاصرين إلى هذه المسألة إلى رأيين هما :

---

[1] أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم ، د. فهد بن صالح بن محمد العريض ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1431 هـ – 2010 م ، ص 296

[2] أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم ، العريض ، مرجع سابق ، ص 296 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

القول الأول : عدم جواز أن يكون العوض خصما من القيمة الاسمية ، سواء كان التعهد بشراء جميع الإصدار ، أو المتبقي منه .

وهذا رأي مجمع الفقه الإسلامي ، والهيئة الشرعية لبنك البلاد ، واحتجوا أولا : بأن الخصم أجر على الضمان وهو محرم ، وثانيا : أن أسهم الشركات في مرحلة التأسيس تكون غالبا أموالا نقدية ، فيجب فيها ما يجب في الصرف من التماثل [1] . وثالثا : أن العقد فيه غرر يظهر في النسبة ، حيث إن المتبقي من الأسهم غير معلوم ، فنسبة الخصم لغير المعلوم غير معلومة . ويعترض عليه بأنه لاضمان في هذه المسألة ، بل هو بيع ، ويجاب عن الثانية : بأن الاستدلال صحيح حال كون موجوات الشركة نقود أو ديون ، أما إذا كانت أعيانا أو منافع فلا حرج [2] . ويجاب عن الثالثة بأن العلم بالورقة نافية للجهالة ، وجهالة المقدار جهالة جملة وهي غير مؤثرة [3] .

القول الثاني : جواز أن يكون العوض خصما من القيمة الاسمية ، سواء كان التعهد بشراء جميع الإصدار ، أو المتبقي منه .

وإليه ذهب عدد من الباحثين [4] ، واحتجوا بأن البيع كان على سبيل الإبراء والإسقاط ، باختيار واتفاق المصرف ، والإبراء بعوض جائز . ويناقش بأن الخصم ليس إبراء ، لأن أسهم الشركة في مرحلة التأسيس تكون –غالبا– نقودا وديونا . والخصم في مبادلة النقود لا يجوز لأنه من الربا [5] .

---

[1] الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي ، د. أحمد بن محمد الخليل ، دار ابن الجوزي ، الدمام ، الطبعة الأولى ، 1424 هـ ، ص 234 .

[2] العمولات المصرفية ، العمراني ، مرجع سابق ، ص 371 .

[3] المرجع السابق ، ص 372 .

[4] الأعمال المصرفية والإسلام ، الهمشري ، مرجع سابق ، ص 290 ، والمصارف الإسلامية ، الهيتي ، مرجع سابق ، ص 335 – 336.

[5] العمولات المصرفية ، العمراني ، مرجع سابق ، ص 371 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

الخاتمة وأهم نتائج الدراسة :

خلصت هذه الدراسة بعد البحث والمقارنة إلى النتائج التالية :

1. ظهور الفرق البيّن بين الحقوق والالتزامات، وعدم صحة قياس الالتزامات على الحقوق. وأن طبيعة الالتزامات مختلفة عن طبيعة الحقوق، ما يجعل أحكامها مختلفة عن أحكام الحقوق، وهذا لا يمنع وجود قدر مشترك بينهما، يتمثل في اتحاد المحل وهو الذمة.
2. والتزام متعلق ومرتبط بعمل، وهذا تصح المعاوضة عليه.
3. كما خلصت الدراسة إلى تشخيص أنواع الالتزام ، وذلك نتيجة لتحليل محل التعاقد في جملة العقود محل البحث . حيث ظهر بوضوح التفريق بين نوعي الالتزام ، وهما الالتزام المجرد عن الفعل ، والالتزام المتعلق بالفعل ؛ واختلاف الأحكام المتعلقة بهما .
4. وظهر بعد الدراسة كذلك تحرير حقيقة الالتزام المجرد . وشبهه – من وجوه بالحقوق المجردة – وأن الالتزام المجرد هو الالتزام الذي ينتهي التعاقد فيه ، أو يمكن أن ينتهي التعاقد فيه بأخذ العوض على مجرد الالتزام ، دون تبادل للعمل أو العين أو الحق .
5. وتبين بعد النظر في النصوص الشرعية حرمة المعاوضة على الالتزام المجرد . وهو الالتزام الذي لا يقوم على إنتاج حقيقي .
6. وظهر بعد البحث عناية الإسلام بالإنتاج الحقيقي ، وأن قواعد التداول تقوم على أسس إنتاجية حقيقية ، ولذلك توصل البحث إلى جواز المعاوضة على الالتزام المتعلق بعمل أو عين أو نحوه . بشرط أن يؤول إلى عمل أو عين .
7. وتوصل البحث إلى رصد أهمية هذا البعد الجديد نسبيا ، من أبعاد التعاقد ، والذي يشكل انفلاتا خطيرا من الطبيعة الموضوعية للتعاقد ، وبيان أن الالتزام أحد مناطات التعاقد المؤثرة في الحكم استقلالا . وبدا أن الشروط العامة لمحل العقد بحاجة إلى إعادة ضبط تفصيلي ، وذلك لأن الإبقاء على الحدود الواسعة لنظرية العقد – وإن كان مهما في حفز التعاقد – إلا أنه بحاجة مستمرة لتقويم يضمن بقاء عربة التعاقد على سكة المصلحة المعتبرة الحقيقية ، التي يهدد الخروج عنها استقرار النشاط الاقتصادي برمته ، كما حصل في الأزمات المالية المتعاقبة .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

8. وبدت للباحث في نهاية البحث معالم أولية لنظرية المعاوضة على الالتزامات ، والتي يمكن تكثيف رصدها توصلا لمعالم أكثر دقة ، ترسم فلسفة التشريع الإسلامي في الفكر التعاقدي، والذي أصبح أكثر بكثير من مجرد عقود منفردة تدرس دراسة مستقلة .
9. وظهر حجم الترابط بين حزم العقود ، والذي يمكن وصفه أنه تطبيقات لمعادلات تعاقدية مطردة ، تكثر تطبيقاتها وتتعدد ، ولكنها تظل في الأصل مرتبطة برباط موضوعي متناسق البناء ، متشابه المكونات ، متوافق العلاقات .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

التوصيات :

أسفرت هذه الدراسة عن حاجة الساحة التعاقدية إلى القضايا التالية :

1. تركيز الجهود للفصل بين الحقوق والالتزامات ، وذلك من خلال تشخيص وجوه الشبه ووجوه الاختلاف بينها ، بشكل أكبر وأكثر دقة ، وعدم الاكتفاء بالجهود الطيبة التي بذلت سابقا ، ورسمت طريق قياس الالتزامات على الحقوق .
2. إعادة دراسة العقود على أساسين متكاملين ، هما : الأوصاف الخاصة للعقود ، والعلاقة بين هذه العقود . حيث من الممكن بعد تحليل العلاقات بين العقود التوصل إلى أصول تعاقدية جديدة ، استكمالا للأصول التعاقدية التي أرساها جهابذة الفقهاء في العصور المتقدمة ، والتي ازدهرت فيها صناعة علم أصول الفقه .
3. وتوصي الدراسة بتتبع تطبيقات المعاوضة على الالتزامات في العقود المستجدة ، حيث ما زالت الهندسة المالية تنشط في ابتكار المنتجات المالية . ومن أهم هذه التطبيقات المعاوضة على الالتزامات العامة ، والتي انتشرت كثيرا فيما يعرف بالخصخصة .
4. وتوصي الدراسة باستكمال بناء نظرية مستقلة حول مبادلة الالتزامات .
5. وتوصي الدراسة بأهمية تضييق اتجاهات الفصل بين مكونات العقود ، والتي يعتقد الباحث أنها كانت السبب في تقييم المعاوضة على الالتزامات تقييما جزئيا ، وذلك كما حدث عند فصل الالتزام عن الصرف كما تقدم في مبادلة العملات .

والله ولي التوفيق

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فهرس الآيات

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ ﴾ سورة البقرة : ٢٨٠ .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴿٢٧٥﴾ ﴾ البقرة: ٢٧٥ .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ سورة البقرة : 229 .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَكُلَّ إِنسَٰنٍ أَلْزَمْنَٰهُ طَٰٓئِرَهُۥ فِى عُنُقِهِۦ ۖ وَنُخْرِجُ لَهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ كِتَٰبًا يَلْقَىٰهُ مَنشُورًا ﴿١٣﴾ ﴾ سورة الإسراء : ١٣ .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ۚ وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾ ﴾ الإسراء: ٣٤ .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ ۖ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴿٩١﴾ ﴾ المائدة: ٩٠ – ٩١ .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴿١﴾ ﴾ المائدة: ١ .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾ النساء: ٢٩ .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾ ﴾ البقرة: ١٨٨ .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

فهرس الأحاديث والآثار

1. آخى النبي صلى الله عليه وسلم بين سلمان الفارسي و أبي الدرداء رضي الله عنهما ، فزار سلمان أبا الدرداء ، فرأى أم الدرداء متبذلة فقال لها : ما شأنك ؟ قالت: أخوك أبو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا . فجاء أبو الدرداء ، فصنع له طعاما ، فقال : كل . قال : إني صائم ، قال : ما أنا بآكل حتى تأكل ، فأكل . فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم ، قال : نم فنام ، ثم ذهب يقوم ، فقال : نم . فلما كان من آخر الليل قال سلمان : قم الآن . فصليا ، فقال له سلمان : إن لربك عليك حقا ، ولنفسك عليك حقا ، ولأهلك عليك حقا ، فأعط كل ذي حق حقه . فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " صدق سلمان " . رواه البخاري عن أبي جحيفة رضي الله عنه .
أخرجه البخاري ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 4 / ص 262 – 263 ، حديث رقم 1968 .
2. أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ، فأبتاع له من السوق ثم أبيعه ، قال : (لا تبع ما ليس عندك) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما عن حكيم بن حزام رضي الله عنه .
رواه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع ما ليس عنده ، حديث رقم 3503 . سنن أبي داود ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 1518 . . والترمذي ، كتاب البيوع ، باب كراهة الرجل بيع ما ليس عندك ، حديث رقم 1232 ، سنن الترمذي ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 346 . وغيرهما .
3. أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلى فلانة ، امرأة من الأنصار، قد سماها سهل . (مري غلامك النجار أن يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس) . فأمرته فعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعت ها هنا . رواه الشيخان عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه .
رواه البخاري : كتاب الجمعة ، باب الخطبة على المنبر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر ، مرجع سابق ، ج 2 / ص 504 ، حديث رقم : 917 .
4. اشترى نافع بن عبد الحارث دارا للسجن بمكة من صفوان بن أمية ، على إن رضي عمر فالبيع بيعه وإن لم يرض عمر فلصفوان أربعمائة دينار .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

فتح الباري شرح صحيح البخاري ، العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 95 .

5. أصيب رجل في عهد رسول الله في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تصدقوا عليه " فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه : " خذوا ما وجدتم ، ليس لكم إلا ذلك " . رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

صحيح مسلم ، الإمام مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، 206-261 هـ . تحقيق وترقيم : محمد فؤاد عبد الباقي ، طباعة دار الفكر ، بيروت ، بدون رقم للطبعة ، 1403 هـ ، 1983 م ، كتاب المساقاة ، باب استحباب الوضع من الدين ح (3469) .

6. (أيعاوض زوجها منها؟!) .

رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق مقدمة باب 20 . فتح الباري شرح صحيح البخاري ، العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر 773-852 هـ ، تحقيق : عبد العزيز بن باز وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1410 هـ - 1989 م. ج 9 / ص 526 .

7. سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العربان في البيع فأحله . خرجه عبد الرزاق في مصنفه عن حديث زيد بن أسلم .

عون المعبود شرح سنن أبي داود ، العظيم آبادي ، أبو الطيب شمس الحق ، ط: دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1399 هـ - 1979 م ، ج 7 / ص 400 - 401 .

8. (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة) رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه .

رواه البخاري ، كتاب الرهن ، باب الرهن مركوب ومحلوب ، حديث رقم 2511 ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ج 5 / ص 179 .

9. قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم : الرجل منا يلقى أخاه أو صديقه أينحني له ؟ قال : (لا) . قال : فليتزمه ويقبله ؟ قال : (لا). قال : فيأخذ بيده ويصافحه ؟ قال : (نعم) .

رواه الترمذي عن حديث أنس بن مالك رضي الله عنه .

سنن الترمذي ، الترمذي ، أبو عيس محمد بن عيسى الترمذي ، تحقيق : د. مصطفى محمد حسين الذهبي ، طباعة دار الحديث القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1419 هـ ، 1999 م

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

، كتاب الاستئذان (39) ، باب ما جاء في المصافحة (31) ، حديث رقم (2727) . ج 4 / ص 494 .

10. كتب النبي صلى الله عليه وسلم كتابا أو أراد أن يكتب فقيل له إنهم لا يقرءون كتابا إلا مختوما فاتخذ خاتما من فضة نقشه محمد رسول الله كأني أنظر إلى بياضه في يده فقلت لقتادة من قال نقشه محمد رسول الله . رواه الشيخان عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

رواه البخاري : باب اللباس ، صحيح البخاري ، حديث رقم : 5873 ، ورواه مسلم : شرح صحيح مسلم ، النووي ، مرجع سابق ، ج 14 / ص 194 . حديث رقم : 5445 .

11. كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم بذي الحليفة من تهامة فأصبنا غنما وإبلا فعجل القوم فأغلوا بها القدور فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فأكفئت ثم عدل عشرا من الغنم بجزور ثم إن بعيرا ند وليس في القوم إلا خيل يسيرة فرماه رجل فحبسه بسهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا قال قال جدي يا رسول الله إنا نرجو أو نخاف أن نلقى العدو غدا وليس معنا مدى فنذبح بالقصب فقال اعجل أو أرني ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة . رواه البخاري ومسلم عن عبد الله بن علقمة .

صحيح البخاري حديث رقم 4220 ، وصحيح مسلم 1938 .

12. لما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يبعث معاذا إلى اليمن . قال : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله . قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره ؛ وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله . رواه أحمد أبو داود والترمذي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه .

سنن أبي داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، كتاب الأقضية ، باب اجتهاد الرأي في القضاء ، حديث رقم (3592) ، ج 3 / ص 1454 . والترمذي في سننه ، كتاب الأحكام ، باب في القاضي كيف يقضي ، حديث رقم (1328) ، ج 3 / ص 616 .

13. (لا تبيعوا الذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تبيعوا الورق إلا مثلاً بمثل)

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

متفق عليه ؛ رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الذهب والفضة ، حديث رقم : 2176 ، 2177 .

14. (لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل) رواه أبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه .

رواه الترمذي ، سنن الترمذي ، مرجع سابق ، حديث رقم : 1700 ، ج 3 / ص 600 . ورواه أبو داود ، سنن أبي داود ، مرجع سابق ، حديث رقم : 2574 . ج 3 / ص 1115 .

15. (لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك) رواه أبو داود والترمذي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما .

سنن أبي داود ، كتاب البيوع باب الرجل يبيع ما ليس عنده ، حديث رقم (3504) . سنن أبي داود ، مرجع سابق ، ج 3 / ص 1518 – 1519 . والترمذي ، كتاب البيوع ، باب كراهية بيع ما ليس عندك ، حديث رقم (1234) ، سنن الترمذي ، مرجع سابق ، ج 3 / 535 .

16. (ليلزم كل إنسان مصلاه) رواه مسلم عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها .

صحيح مسلم ، الإمام مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، 206-261 هـ . تحقيق وترقيم : محمد فؤاد عبد الباقي ، طباعة دار الفكر ، بيروت ، بدون رقم للطبعة ، 1403 هـ ، 1983 م ، 52 كتاب الفتن وأشراط الساعة ، 24 باب قصة الجساسة ، حديث رقم 119 (2942) ، ج 4 / ص 2262 .

17. (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً) . رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه .

سنن أبي داود ، أبو داود ، سليمان بن الأشعث الأزدي ، ت 275 هـ ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، ط: المكتبة العصرية ، بيروت ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، كتاب الأقضية ، باب في الصلح ، ج 3/ ص 304 ، حديث رقم 3594 . وصححه الألباني ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، الألباني ، محمد ناصر الدين ، إشراف : زهير الشاويش ، ط: المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى 1399 هـ – 1977 م ، ج 5 / ص 142 ، حديث رقم 1303 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

18. (نهى رسول عن بيع الكالئ بالكالئ) رواه الحاكم والدراقطني ابن عمر رضي الله عنهما .

قال ابن حجر في التلخيص الحبير : رواه الحاكم والدارقطني من طريق عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عقبة ، عن نافع ، عن ابن عمر ، ومن طريق ذؤيب بن عمامة ، عن حمزة بن عبد الواحد ، عن موسى بن عقبة ، عن عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر ، وصححه الحاكم على شرط مسلم فوهم ، فإن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة ، قال البيهقي : والعجب من شيخنا الحاكم كيف قال في روايته : عن موسى بن عقبة ، وهو خطأ ، والعجب من شيخ عصره أبي الحسن الدارقطني حيث قال في روايته : عن موسى بن عقبة ، وقد حدثنا به أبو الحسين بن بشران ، عن علي بن محمد المصري شيخ الدارقطني فيه فقال : عن موسى غير منسوب ، ثم رواه المصري أيضا بسنده فقال : عن أبي عبد العزيز الربذي وهو موسى بن عبيدة ، وقد رواه ابن عدي من طريق الدراوردي ، عن موسى بن عبيدة ، وقال : تفرد به موسى بن عبيدة . وقال أحمد بن حنبل : لا تحل عندي الرواية عنه ، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره ، وقال أيضا : ليس في هذا حديث يصح ، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين ، وقال الشافعي : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث . التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد ، تحقيق : حسن بن عباس بن قطب ، ط: مؤسسة قرطبة ، 1416 هـ – 1995 م ، ج 3 / ص 62 .

19. نهى النبي صلى اللّه عليه وآله وسلم عن بيع العربان . رواه مالك وأبو داود وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

الموطأ ، الإمام مالك بن أنس ، ت 179 هـ ، رواية أبي مصعب الزهري ، تحقيق : د. بشار عواد معروف و محمود محمد خليل ، ط : مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى 1412 هـ – 1991 م ، ج 2 / ص 305 ، ح (2470) ، و سنن أبي داود ، أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، ت 275 هـ ، تحقيق : د. عبد القادر أبو الخير وسيد إبراهيم ، ط : دار الحديث ، القاهرة ، بدون رقم للطبعة ، 1420 هـ – 1999 م ، كتاب البيوع ، باب العربان ، ج 3 / ص 1517 ، ح (3502) . سنن ابن ماجة ، ابن ماجه ، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الريان

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

للتراث ، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة ، كتاب التجارات ، باب بيع العربان ، ج2 / ص 738 – 739 . ح (2192 ، 2193) .

20. (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته) رواه الشيخان عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، مصدر سابق حديث رقم (2535) ، كتاب العتق ، باب بيع الولاء وهبته ، ج 5 / ص 209 ، وصحيح مسلم ، مصدر سابق ، حديث رقم (1506) ، كتاب العتق ، باب النهي عن بيع الولاء وهبته ، ج 2 / ص 1145 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

المراجع

1. إبراهيم بك ، أحمد ، **الالتزامات في الشرع الإسلامي** ، د.ط، دار الأنصار ، القاهرة ، د.ت.
2. أحمد ، د. طه محمد ، **مشروعية محل الالتزام** ، د.ط ، دار النهضة العربية ، د.م، 1997 .
3. أحمد بن فارس بن زكريا ، **معجم مقاييس اللغة** ، د.ط ، دار الفكر ، د.م ، 1979.
4. ارشيد ، د. محمود عبد الكريم أحمد ، **الشامل في معاملات وعمليات المصرف الإسلامية** ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، عمان ، 2001 .
5. الأشقر ، د. محمد سليمان ، **بحوث فقهية معاصرة** ، د.ط ، دار النفائس ، عمان، د.ت .
6. الآغا ، بسام محمد ، **أثر الرافعة المالية وتكلفة التمويل على معدل العائد على الاستثمار** ، رسالة الماجستير في إدارة الأعمال ، قسم إدارة الأعمال ، كلية التجارة بالجامعة الإسلامية ، غزة ، أغسطس2005 .
7. الألباني ، محمد ناصر الدين ، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** ، إشراف : زهير الشاويش ، الطبعة الأولى ، ط: المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1399 هـ – 1977 م.
8. اندرواس ، د. عاطف وليام ، **أسواق الأوراق المالية** ، الطبعة الأولى ، ط: دار الفكر الجامعي ، د.م ، 2008 .
9. الأنصاري ، شيخ الإسلام زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري 926 هـ ، **أسنى المطالب شرح روضة الطالب** ، تحقيق د. محمد أحمد تامر ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1422 هـ – 2000 م .
10. الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي ، 494 هـ ، **المنتقى على الموطأ** ، تحقيق : محمد عبد القادر أحمد عطا ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1420 هـ – 1999 م .
11. البارودي ، د. علي ، **العقود وعمليات البنوك التجارية** ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2001 .
12. باريان ، عادل بن عبد الله بن محمد ، **المعاوضة على الالتزام بالإقراض** ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية .
13. بدران ، كاسب عبد الكريم ، **عقد الاستصناع** ، د.ط ، إصدار جامعة الملك فيصل ـ كلية التربية ، د.ن ، د.م ، 1404 هـ – 1984م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

14. بدران ، كاسب عبد الكريم ، **عقد الاستصناع** ، د.ط ، إصدار جامعة الملك فيصل ـ كلية التربية ، د.ن ، د.م ، 1404 هـ – 1984م .

15. بدوي ، د. هشام السعدني خليفة ، **عقود المشتقات المالية** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2011 .

16. أبو البصل ، علي عبد الأحمد ، **عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني** ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية 1995 م .

17. البعلي ، د. عبد الحميد ، **المشتقات المالية في الممارسة العملية والرؤية الشرعية**، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد 232 ، رجب 1421 هـ – اكتوبر 2000 م .

18. البعلي ، محمد بن أبي الفتح ، **المطلع في أبواب المقنع** ، الطبعة الثالثة ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 2000م .

19. البنا ، د. محمد علي محمد أحمد ، **القرض المصرفي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1427 هـ – 2006 م .

20. البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس 1046 هـ ، **كشاف القناع** ، تحقيق : محمد أمين الضناوي ، الطبعة الأولى ، عالم الكتب ، بيروت ، 1417 هـ – 1997 م .

21. الترمذي ، أبو عيس محمد بن عيسى الترمذي ، **سنن الترمذي** ، تحقيق : د. مصطفى محمد حسين الذهبي ، الطبعة الأولى ، طباعة دار الحديث ، القاهرة ، 1419 هـ – 1999 م .

22. ابن تيمية ، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، **نظرية العقد** ، د.ط ، مركز الكتاب للنشر ، القاهرة ، د.ت .

23. بن ثنيان ، د. سليمان بن إبراهيم ، **التأمين وأحكامه** ، الطبعة الأولى ، دار ابن حزم ، د.م ، 1424 هـ – 2003 م .

24. الجبر ، د. محمد حسن ، **العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية** ، جامعة الملك سعود ، الطبعة الثانية ، د.ن ، الرياض ، 1418 هـ .

25. الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، **أحكام القرآن** ، تحقيق : محمد صادق قمحاوي ، د.ط ، دار إحيار التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، د.م ، 1412 هـ – 1992 م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

26. الجلعود ، د. عبد الرحمن بن عثمان ، **أحكام لزوم العقد** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، المملكة العربية السعودية ، 2007 .

27. الجندي ، د. محمد الشحات ، **القرض كأداة للتمويل في الشريعة الإسلامية** ، د.ط، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 م .

28. جواب ، أحمدي رجالي ، **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية بأندونيسيا** رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى جامعة أم درمان الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، الدراسات العليا ، قسم الفقه المقارن .

29. الجواهري ، الشيخ حسن ، **بطاقات الائتمان** ، مجلة الفقه الإسلامي ، العدد الثامن.

30. الجوفان ، د. ناصر بن محمد ، **التعويض عن السجن دراسة مقارنة** بحث منشور على موقع الفقه الإسلامي . http://www.islamfeqh.com/ .

31. الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، **الصحاح** ، دار العم للملايين ، بيروت ، الطبعة الرابعة 1990 .

32. الحاج يونس ، صايل أحمد حسن ، **نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، قسم الفقه والتشريع ، إشراف : د. صالح الشريف ، سنة 1421 هـ – 2000 .

33. حبش ، محمد محمود ، **الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ، تطبيقات عملية** ، عمان ، 1998 .

34. حبيلي ، سامي ، **الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير – غير منشورة – مقدمة إلى كلية الدراسات العليا – الجامعة الأردنية ، 2005 .

35. حبيلي ، سامي، **إدارة مخاطر السوق باستخدام عقود المشتقات المالية** ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، مقدمة إلى قسم الفقه وأصوله في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية ، 2008 .

36. الحجاوي ، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا 960 هـ ، **الإقناع** ، تحقيق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، د.ط ، دار المعرفة ، بيروت ، د.ت.

37. ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، **المحلى** ، تحقيق : د. عبد الغفار البندري ، د.ط ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

38. ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد ، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، تحقيق : حسن بن عباس بن قطب ، د.ط ، ط: مؤسسة قرطبة ، د.م ، 1416 هـ – 1995 م .

39. ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، **المحلى** ، تحقيق : د. عبد الغفار البندري ، د.ط ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت .

40. الحسيني ، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي ، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار** ، الطبعة الأولى ، دار الخير ، دمشق ، 1412 هـ – 1991 .

41. حطاب ، د. كمال نوفيق، بحث منشور على الموقع الرسمي للدكتور ، www.kamalhattab.info **نحو سوق مالية إسلامية** .

42. الحطاب الرعيني ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي 954 هـ ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، تحقيق : زكريا عميرات ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416 هـ – 1995 م .

43. الحطاب الرعيني ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين ، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام** ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، 1984 .

44. حماد ، د . نزيه ، **المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل** ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد 70 ، السنة 18 ربيع الأول 1427 ، 2006/3 .

45. حماد ، د. طارق عبد العال ، **المشتقات المالية المفاهيم إدارة المخاطر ، المحاسبة** ، د.ط ، الدار الجامعية ، د.م ، 2001م .

46. حماد ، د. نزيه ، **بطاقات الائتمان غير المغطاة** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر .

47. حمود ، د. سامي حسن ، **تطوير الأعمال المصرفية** ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، عمان ، 1402 هـ – 1982 م .

48. بن حميد ، صالح بن عبد الله ، **رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته** ، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة الدراسات الإسلامية في جامعة أم القرى في مكة المكرمة عام 1402 هـ – 1982 م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

49. الحنبلي ، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ، **تقرير القواعد وتحرير الفوائد** ، الشهير بقواعد ابن رجب تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، د.ط ، منشورات دار ابن عفان ،د.م ، د.ت.

50. حيدر ، علي ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تعريب : فهمي الحسيني ، طبعة خاصة ، دار عالم الكتاب ، الرياض ، 1423 هـ – 2003 م ، المجلد الأول .

51. الخفيف علي ، **الضمان في الفقه الإسلامي** ، د.ط ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2000م .

52. الخليل ، د. أحمد بن محمد ، **الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي** ، الطبعة الأولى ، دار ابن الجوزي ، الدمام ، 1424 هـ ، ص 234 .

53. داغي ، د. علي محيي الدين القرة ، **التأمين الإسلامي** ، إصدار : إدارة الشؤون الإسلامي في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة قطر ، الطبعة الأولى ، شركة دار البشائر الإسلامية ، د.م ، 1431 هـ – 2010 م .

54. أبو داود ، سليمان بن الأشعث الأزدي ، ت 275 هـ ، **سنن أبي داود** ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، د.ط ، المكتبة العصرية ، بيروت ، د.ت .

55. أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، ت 275 هـ ، **سنن أبي داود**، تحقيق : د. عبد القادر أبو الخير وسيد إبراهيم ، د.ط ، دار الحديث ، القاهرة ،1420 هـ – 1999 م .

56. درادكة ، د. ياسين أحمد إبراهيم ، **نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية** ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، د.ط ، د.ن ، د.م ، د.ت .

57. الدريني ، د. فتحي ، **النظريات الفقهية** ، الطبعة الرابعة ، منشورات جامعة دمشق، د.م ، 1416-1417 ، 1996-1997 .

58. الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، تحقيق: محمد عليش ، د.ط ، منشورات دار إحياء التراث الكتاب العربي ودار الفكر ، بيروت – لبنان ، د.ت.

59. دنيا ، د. شوقي ، **الجعالة والاستصناع تحليل فقهي واقتصادي** ، إصدارات البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، الطبعة الثالثة ، د.ن ، د.م ، 1424 هـ – 2003 م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

60. دوابة ، د. أشرف محمد ، **المشتقات المالية في الرؤية الإسلامية** ، بحث مقدم لمؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات . منشورات كلية الشريعة والقانون ، جامعة الشارقة.

61. الدوسري ، طلال بن سليمان ، **عقود التحوط** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، 1431 – 2010 .

62. الربيع ، د. وليد خالد ، **الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي** ، الطبعة الاولى ، دار النفائس ، عمان – الأردن ، 2007م .

63. الرحيباني ، مصطفى السيوطي ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** ، د.ط ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، د.ت .

64. ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، 520 هـ ، **المقدمات الممهدات** ، تحقيق : د. محمد حجي ، وعناية : الشيخ عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي ، إدارة إحياء التراث الإسلامي ، دولة قطر ، 1408 هـ – 1988 م .

65. ابن رشد ، محمد بن احمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي ، ت595 هـ ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، الطبعة السادسة ، دار المعرفة ، بيروت ، 1402 هـ – 1982 م .

66. الرصاع ، أبو عبد الله محمد الأنصاري 894 هـ ، **شرح حدود ابن عرفة** ، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 1993 .

67. رضوان ، د. سمير عبد الحميد ، **المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعة أدواتها دراسة مقارنة بين النظم الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية** ، د.ط ، دار النشر للجامعات ، القاهرة ، 1426 هـ – 2006 .

68. الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، ت 1004 هـ ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1414 هـ – 1993 م .

69. الزبيدي ، محمد المرتضى ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، د.ط ، وزارة الإعلام ، الكويت ، 1979 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

70. الزحيلي ، د. وهبة ، **التأمين وإعادة التأمين** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني .

71. الزحيلي ، د. وهبة ، **العقود المسماة** ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر ، دمشق ، 2005 م .

72. الزحيلي ، د. وهبة ، **نظرية الضمان** ، الطبعة الثامنة ، دار الفكر ، دمشق ، 1429 هـ – 2008 م ، ص 15 .

73. الزرقا ، مصطفى أحمد ، **المدخل الفقهي العام** ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، دمشق، 1425 هـ – 2004 م .

74. الزرقا ، مصطفى أحمد ، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي** ، الطبعة الأولى ، دار القلم ، دمشق ، 1420 هـ – 1999 .

75. الزرقاء ، مصطفي أحمد. **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع .

76. الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي ، **المنثور في القواعد** ، تحقيق : د. تيسير فائق أحمد محمود ، ومراجعة : د. عبد الستار أبو غدة ، مصور عن الطبعة الأولى ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة الكويت ، 1982 .

77. الزركلي ، خير الدين ، **الأعلام** ، الطبعة 15 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 2002 .

78. الزلمي ، د. مصطفى ، **الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية** ، د.ط ، مطبعة السعدون ، د.م ، 2000م .

79. أبو زيد ، د. بكر ، **خطاب الضمان** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني .

80. الزيلعي ، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الأولى ، مطبعة بولاق ، مصر ، 1314 هـ .

81. الساعاتي ، عبد الرحيم عبد الحميد ، **مستقبليات مقترحة متوافقة مع الشريعة** ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد الإسلامي ، 1423هـ – 2003 م .

82. السالوس ، د. علي ، **عقد الاستصناع** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library Yarmouk University

83. السالوس ، د. علي ، **موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي** ، د.ط ، دار الثقافة قطر ، إشراف مكتبة دار القرآن ، الشرقية ، مصر ، د.ت.

84. السالوس ، د. علي أحمد ، **خطاب الضمان** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني .

85. السامرائي ، د. محمد عباس ، **انتقال الالتزام بين الأحياء في الفقه الإسلامي المقارنة والقانون** ، د.ط ، مطبعة جامعة بغداد ، د.م ، 1979م .

86. السبحي ، د. محمد عبد ربه ، **تعيب المعقود عليه** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007 .

87. أبو سرحان ، أحمد شحادة ، **أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي** ، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، عمان – الأردن في 2006 .

88. السرخسي ، شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، **أصول السرخسي** ، ت 490 هـ ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1414 هـ – 1993 م .

89. السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، **المبسوط** ، د.ط ، دار المعرفة ، بيروت ، د.ت.

90. السرطاوي ، د. محمود ، **إعادة التأمين** ، بحث مقدم إلى مؤتمر التأمين التعاوني ، أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، المنعقد في الجامعة الأردنية ، 1431 هـ – 2010 م .

91. سعد ، د. نبيل ، **التنازل عن العقد** ، د.ط ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، د.م، د.ت .

92. السعيدي ، د. عبد الله بن محمد بن حسن ، **الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة** ، الطبعة الثانية ، دار طيبة ، الرياض ، 1417 هـ .

93. السلامي ، محمد المختار، **الاختيارات** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع .

94. سلطان ، د. أنور و د. جلال العدوي ، **رابطة الالتزام** ، د.ط ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، د.م ، 1968م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

95. سليمان ، الشيخ ، **حاشية الجمل على شرح المنهج** ، د.ط ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ت .

96. أبو سليمان ، د. عبد الوهاب ، **البطاقات البنكية** ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، د.م، 1424 هـ – 2003 م .

97. أبو سليمان ، د. عبد الوهاب، **الاختيارات** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع .

98. آل سليمان ، د. مبارك بن سليمان بن محمد ، **أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، 2005 .

99. السماعيل ، د. عبد الكريم بن محمد بن أحمد ، **العمولات المصرفية** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، 1430 هـ – 2009 م .

100. السند ، د. عبدالرحمن بن عبدالله ، **الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات وتطبيقاتها المعاصرة** ، بحث غير منشور ، مقدم للندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية ، التي ينظمها: موقع الفقه الإسلامي، والمجموعة الشرعية لبنك البلاد ، 1429 هـ – 2010 م .

101. السنهوري ، د. عبد الرزاق ، **مصادر الحق** ، الطبعة الأولى ، مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ت .

102. السويلم ، د. سامي ، **التحوط في التمويل الإسلامي** ، الطبعة الأولى ، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، د.م ، 1428 هـ – 2007.

103. السويلم ، د. سامي ، **صناعة الهندسة المالية ، نظرات في المنهج الإسلامي** ، د.ط ، مركز البحوث في شركة الراجحي المصرفية للاستثمار ، بيت المشورة ، الكويت ، 2004 .

104. السويلم ، د. سامي ، **وقفات في قضية التأمين** ، بحث مقدم إلى ملتقى التأمين التعاوني ، الذي نظمه رابطة العالم الإسلامي ، ومعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، في الرياض 1430 هـ – 2009 م .

105. شاشو ، إبراهيم ، **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي** ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 26 ، العدد الثاني 2010 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

106. الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي 790 هـ ، **الموافقات** ، تحقيق : أبو عبيدة مشهور حسن سلمان ، د.ط ، دار ابن عفان ، د.م ، د.ت .

107. الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي ، **الأم** ، د.ط ، دار الفكر ، بيروت ، 1410 هـ – 1990 م .

108. الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي ، ت 204 هـ ، **الأم** ، تحقيق : د. رفعت فوزي عبد المطلب ، الطبعة الأولى ، دار الوفاء ، المنصورة ، 1422 هـ – 2001م.

109. الشباني ، د. محمد عبد الله إبراهيم ، **بنوك تجارية بدون ربا دراسة نظرية وعملية**، الطبعة الأولى ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 1407 هـ .

110. شبير ، د. محمد عثمان ، **المعاملات المالية المعاصرة** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، 2002 .

111. الشبيلي ، يوسف بن عبد الله ، **الاستثمار في الأسهم والمستندات** ، بحث منشور على الموقع الرسمي للدكتور ، www.shubily.com .

112. شحادة ، حسن محمد حسن ، **أحكام الثمن في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية – كلية الدراسات العليا عام 2006 .

113. شدراوي ، جورج ن ، **تقسيمات الأموال** ، د.ط ، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ـ لبنان ، 2005 .

114. الشرباصي ، د. أحمد الشرباصي ، **المعجم الاقتصادي الإسلامي** ، د.ط ، دار الجيل ، بيروت ، 1981 .

115. الشربيني ، شمس الدين محمد بن الخطيب ، **مغني المحتاج** ، تحقيق محمد خليل عيتاني ، د.ط ، دار المعرفة ، بيروت ، 1418 هـ – 1997 م .

116. الشوكاني ، محمد بن علي ، ت 1255هـ ، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**، تحقيق : عصام الدين الصبابطي ، الطبعة الأولى ، دار الحديث ، القاهرة ، 1421 هـ – 2000 م .

117. الشوكاني ، محمد بن علي 1250 هـ ، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، تحقيق : محمود إبراهيم زايد ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.ت .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

118. ابن أبي شيبة ، الإمام عبد الله بن محمد بن إبراهيم ت 235 هـ ، **المصنف** ، تقديم : د. سعد بن عبد الله آل حميد ، تحقيق : حمد بن عبد الله الجمعة و محمد بن إبراهيم اللحيدان، الطبعة الأولى، ط : مكتبة الرشد ، الرياض ، 1425 هـ – 2004 م .

119. الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي 393 هـ – 476 هـ ، **المهذب** ، تحقيق : د. محمد الزحيلي ، الطبعة الأولى ، دار القلم ، دمشق والدار الشامية ، بيروت ، 1417 هـ – 1996 م .

120. الصاوي ، أحمد ، **بلغة السالك لأقرب المسالك** ، تحقيق : محمد عبد السلام شاهين، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1415هـ – 1995م .

121. الصاوي ، محمد صلاح ، **مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام** ، الطبعة الأولى ، دار المجتمع ، جدة ، ودار الوفاء ، المنصورة ، 1410 هـ .

122. الصدر ، محمد باقر ، **البنك اللاربوي في الإسلام** ، الطبعة الثامنة ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1403 هـ – 1983 م .

123. الصليلي ، عبد الله مرشد ، **تطبيقات عقود الاستصناع في مشروعات البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ودور المؤسسات المالية الإسلامية في تمويلها الكويت حالة تطبيقية** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية في جامعة اليرموك ، 2006

124. الصيرفي ، د. محمد ، **البورصات** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2008 .

125. الضرير ،د. الصديق محد الأمين **الاختيارات** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع .

126. الضرير ، د. الصديق محمد الأمين ، **الغرر في العقود وأثره في التطبيقات المعاصرة** ، الطبعة الأولى ، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، د.م ، 1414 هـ – 1993 .

127. الضرير ، د. الصديق محمد الأمين ، **خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى ، إصدار المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، د.م ،1432 هـ – 2011 م .

128. الضرير ، د. الصديق محمد المين ، **بطاقات الائتمان** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

129. الطيار ، د. عبد الله بن محمد بن أحمد ، **البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق**، الطبعة الأولى ، دار الوطن ، الرياض ، 1407 هـ .

130. الطيار ، د. عبد الله بن محمد بن أحمد ، **الضوابط الشرعية في المعاوضة على الحقوق والالتزامات** ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية .

131. ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر عابدين ، 1252 هـ ، **رد المحتار على الدر المختار أو حاشية ابن عابدين** ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، د.ط ، دار عالم الكتب ، الرياض ، طبعة خاصة 1423 هـ – 2003 م .

132. العبادي ، د. عبد الله عبد الرحيم ، **موقف الشريعة من المصارف الإسلامية** ، د.ط ، المكتبة العصرية ، بيروت ، د.ت .

133. العبادي ، د. عبد السلام، **الاستصناع ودوره في العمليات التمويلية المعاصرة** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي .

134. العبادي ، عبد السلام ، **الملكية في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 2000 م .

135. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي ، ت 463هـ ، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار** ،تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض ، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2000م .

136. عبد الله ، د. عبد الله محمد ، **عقد الاستصناع** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي .

137. العبدري ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، 897 هـ ، **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، د.ط ، دار الفكر ، بيروت ، 1398 هـ .

138. العثماني ، د. محمد تقي ، **عقود التوريد والمناقصات** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثانية عشرة ، لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر ، 1421هـ – 2000 م .

139. العثماني د. محمد تقي ، **بحوث في قضايا فقهية معاصرة** ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، دمشق ، 1424 هـ – 2003 م .

140. العثيمين ، محمد بن صالح ، **شرح نظم الورقات في أصول الفقه** ، الطبعة الأولى، دار ابن حزم ، القاهرة ، 1430 هـ / 2009 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

141. العجلوني ، د. محمد محمود ، **البنوك الإسلامية** ، الطبعة الأولى ، دار المسيرة ، د.م ، 1429 هـ – 2008 م .

142. ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن أحمد المعافري 468 هـ ، **القبس شرح الموطأ** ، تحقيق : د. محمد عبد الله ولد كريم ، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، 1992 .

143. عربيات ، وائل محمد عبد الله ، **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منه في المؤسسات الاقتصادية** ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، 2003 .

144. العريض ، د. فهد بن صالح بن محمد، **أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، 1431 هـ – 2010 م .

145. العز بن عبد السلام ، ت 660 هـ ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، تحقيق : د. نزيه حماد و د. عثمان ضميرية ، د.ط ، دار القلم ، دمشق ، د.ت .

146. العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر 773–852 هـ ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، تحقيق : عبد العزيز بن باز وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1410 هـ – 1989 م .

147. العطار ،عبد الناصر ، **نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية** ، د.ط ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، 1975 .

148. العظيم آبادي ، أبو الطيب شمس الحق ، **عون المعبود شرح سنن أبي داود** ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر ، بيروت ، 1399 هـ – 1979 م .

149. علم الدين ، محيي الدين اسماعيل ، **الاعتمادات المستندية** ، الطبعة الأولى ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، د.م ، 1417 هـ – 1996 م .

150. علم الدين ، د. محيي الدين إسماعيل. **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** .

151. العلي ، د. أسعد حميد عبيد، **استراتيجيات الاستثمار في الخيارات المالية** ، د.ط ، دار وائل ، عمان ، 2005 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

152. العمراني ، د. عبد الله بن محمد ، **حكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عليه**، بحث غير منشور ، مقدم للندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية ، التي ينظمها: موقع الفقه الإسلامي، والمجموعة الشرعية لبنك البلاد .

153. العمراني ، د. عبد الله بن محمد بن عبد الله ، **العقود المالية المركبة** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، 2006 .

154. العمروسي ، أنور ، **حوالة الحق وحوالة الدين في القانون المدني** ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، د.م ، 2003 .

155. عوض ، د. علي جمال الدين ، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية** ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 م .

156. عوض ، مروان ، **دراسة تطبيقية وعملية في التعامل بالعملات الأجنبية وعمليات الاستثمار**، الطبعة الأولى ، مطبعة الصفدي ، عمان ، 1985 .

157. عيد ، د. عادل عبد الفضيل ، **الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2011 .

158. بن عيد ، د. محمد علي القري ، **الأسهم ، الاختيارات ، المستقبليات ، أنواعها والمعاملات التي تجري فيها** ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد السابع .

159. بن عيد ، د. محمد علي القري ، **بطاقات الائتمان** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع .

160. الغامدي ، د. عبد العزيز بن علي ، **إعادة التأمين والبديل الإسلامي** ، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، السنة 22 ، المجلد 22 ، العدد 44 ، رجب 1428 هـ .

161. أبو غدة ، د. عبد الستار ، **بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر .

162. أبو غدة ، د. عبد الستار ، **خطاب الضمان** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني .

163. أبو غدة ، د. عبد الستار ، **ضوابط وتطوير المشتقات المالية في العمل المالي** ، ورقة مقدمة للمؤتمر الثامن للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ، مايو 2009 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

164. أبو غدة ، د. عبد الستار، **الاختيارات في الأسواق المالية في ضوء مقررات الشريعة الإسلامية** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع .

165. فرج ، ود. توفيق ، ود . جلال العدوي ، **النظرية العامة للالتزامات** ، د.ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، د.م ، 2002 .

166. فرفور ، د. حسام الدين ، **التمويل واستثمار الأموال في الشريعة نظرة موجزة في ضوابط القواعد وسعة المقاصد** ، بحث علمي مقدم للمؤتمر الثاني للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية ، المقام في دمشق ، في الفترة : (23 – 24 صفر 1428هـ الموافق 12 – 13 آذار 2007م) .

167. الفرفور ، د. محمد عبد اللطيف ، **عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني .

168. فروخة ، د. علاء الدين ، **عقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي** ، الطبعة الأولى ، مؤسسة نوفل ، بيروت ، 1982 م .

169. الفيومي ، أحمد بن محمد ين علي الفيومي المقرئ ، **المصباح المنير** ، د.ط ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1987 م .

170. ابن القاسم، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، **مجموع فتاوى ابن تيمية** ، د.ط ، د.ن ، د.م ، د.ت .

171. ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، **المقنع** ، الطبعة الثالثة ، طبعة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني ، د.ن ، د.م ، 1393 هـ .

172. ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي 541–620 هـ ، **المغني والشرح الكبير** ، تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و د.عبد الفتاح محمد الحلو ، الطبعة الثالثة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 1417 هـ – 1997 م .

173. قرارية ، زياد شفيق حسن ، **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، 2004 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

174. القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي 684 هـ ، **الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)**، ضبط وتعليق : خليل المنصور ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1418 هـ – 1998 م .

175. القرافي ، أحمد بن إدريس 684 هـ ، **الذخيرة** ، تحقيق محمد بو خبزة ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي ، د.م ، 1994 م .

176. القرة داغي ، د. علي محيي الدين ، **الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السادسة ، العدد السادس .

177. القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن**، د.ط ، مؤسسة مناهل العرفان ، بيروت ، ومكتبة الغزالي ، دمشق ، د.ت .

178. القصير ، سلمان ، **أحكام الدين** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، د.م،2005.

179. قلعة جي ، **معجم لغة الفقهاء** ، د. محمد رواس ، د.ط ، دار النفائس ، عمان ، 1988.

180. ابن قيم الجوزية ، ابو عبد الله محمد بن أبي بكر بن ايوب ، **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، الطبعة الأولى ، منشورات دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية ، 1432 هـ .

181. ابن قيم الجوزية ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ، ت 751 هـ ، **زاد المعاد في هدي خير العباد** ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط ، الطبعة الثالثة ، دار الرسالة ، بيروت ، 1419 هـ – 1998 م .

182. الكاساني ؛ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي 587 هـ ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، تحقيق : علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1424 هـ – 2003 م .

183. الكليبولي ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، 1078 هـ ، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر** ، د.ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1419 هـ – 1998 م .

184. ابن ماجه ، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، **سنن ابن ماجة** ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، د.ط ، دار الريان للتراث ، د.م ، د.ت.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

185. مالك ، مالك بن أنس الأصبحي ت 179 هـ ، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم ، **المدونة الكبرى** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1415 هـ - 1994 م .

186. مالك بن أنس ، ت 179 هـ ، رواية أبي مصعب الزهري ، **الموطأ** ، تحقيق: د. بشار عواد معروف و محمود محمد خليل ، الطبعة الأولى ، ط : مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1412 هـ - 1991 م .

187. المترك ، د. عمر بن عبد العزيز ، **الربا في المصارف الإسلامية** ، عناية : بكر بن عبد الله أبو زيد ، الطبعة الثالثة ، دار العاصمة ، الرياض ، 1418 هـ .

188. محمد ، د. أحمد محيي الدين، **أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي** ، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي ، الكتاب الثاني ،د.ط ، د.ن ، د.م ، د.ت .

189. آل محمود ، محمد عبد اللطيف ، **التأمين الإسلامي وتطبيقه في شركات التأمين الإسلامية** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، 2000 .

190. مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، 206-261 هـ . **صحيح مسلم** ، تحقيق وترقيم : محمد فؤاد عبد الباقي ، د.ط ، طباعة دار الفكر ، بيروت، 1403 هـ ، 1983 م .

191. المصري ، د. رفيق ، **عقود التوريد والمناقصات** ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

192. المصري ، د. رفيق يونس ، **بطاقات الائتمان دراسة شرعية عملية موجزة**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي .

193. مطر ، د. محمد، **إدارة الاستثمارات** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الوراق ، عمان ، الأردن ، 1999 .

194. المطرزي ، أبو الفتح ناصر الدين ، ت **المغرب في ترتيب المعرب** ، تحقيق : محمود فاخوري وعبد الحميد مختار ، الطبعة الأولى ، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب - سورية، 1979 .

195. المطيري ، فهد العقيلي ، **المعاوضة على الحقوق ونقلها** ، رسالة دكتوراة غير منشورة ، جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض ، 1424 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

196. ابن مفلح ، شمس الديم محمد بن مفلح المقدسي ، ت 763 هـ ، **الفروع** ، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، د.ط ، دار الرسالة و دار المؤيد ، د.م ، د.ت .

197. المقري ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد ، ت 758 هـ ، **القواعد** ، تحقيق : أحمد بن عبد الله بن حميد ، د.ط ، إصدار معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي – مركز إحياء التراث الإسلامي التابع لجامعة أم القرى في مكة المكرمة ، د.ت .

198. ملحم ، د. أحمد سالم، **إعادة التأمين** ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، عمان ، 2005 .

199. ابن المنذر ، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابروي ، ت 318 هـ ، **الإجماع** ، تحقيق : د. أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف ، الطبعة الثانية ، ط: مكتبة الفرقان ، عجمان ، ومكتبة مكة الثقافية ، رأس الخيمة ، 1420 هـ – 1999 م .

200. ابن منظور ، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حبقة بن منظور ، **لسان العرب** ، د.ط ، طبعة دار المعارف ، القاهرة ، د.ت .

201. مهيدات ، د. محمود فهد ، **عقود الخيارات المالية المعاصرة بين المجيزين والمانعين** ، بحث منشور على الموقع الرسمي لدائرة الافتاء الأردنية . www.aliftaa.jo .

202. الموسى ، د. عبد الله ، **المعاوضة على الحقوق وماليتها وتطبيقاتها** ، مجلة العدل ، العدد 45 محرم 1431 .

203. الموسى ، د. محمد بن إبراهيم ، **نظرية الضمان الشخصي** ، منشورات وزارة التعليم العالي في المملكية العربية السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، 1411 هـ – 1991 م .

204. الموصلي ، عبد الله بن محمود ، 599 – 683 هـ ، **الاختيار لتعليل المختار** ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، و أحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله ، الطبعة الأولى ، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، 1430 هـ – 2009 م .

205. ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم 970 هـ ، **الأشباه والنظائر** ، تحقيق : د. محمد مطيع الحافظ ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ودار الفكر، دمشق ، 1426 هـ – 2005 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

206. ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري الحنفي 970 هـ ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، تحقيق : زكريا عميرات ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1418 هـ – 1997 م .

207. النشمي ، د. عجيل جاسم ، **إعادة التأمين الإسلامي العقبات والحلول** ، بحث مقدم إلى مؤتمر وثاق الأول للتأمين التكافلي ، المنعقد في الكويت 2006 .

208. النشوى ، د. ناصر أحمد إبراهيم ، **بيع الدين** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2007 .

209. النشوى ، د. ناصر أحمد إبراهيم ، **عقد الاستصناع** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 .

210. نصر ، د. يوسف صلاح الدين يوسف ، **التكييف الفقهي لعقود التوريد** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2009 م .

211. النووي ، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، **المجموع شرح المهذب** ، تحقيق: محمد نجيب المطيعي ، د.ط ، دار الإرشاد ، جدة ، د.ت .

212. ابن الهمام ، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري ، 861 هـ ، **شرح فتح القدير** على الهداية شرح بداية المبتدي ، تحقيق : عبد الرازق غالب المهدي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان ، 1424هـ2003 - م .

213. ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي 861 هـ ، **فتح القدير شرح الهداية** ، تخريج : عبد الرازق غالب المهدي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1424 هـ – 2003 م .

214. الهندي ، د. منير ، **الفكر الحديث في مجال مصادر التمويل** ، د.ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1999 .

215. الهندي ، د. منير إبراهيم، **الأسواق الحاضرة والمستقبلة** ، د.ط ، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية ، د.م ، د.ت .

216. الهيتي ، د. عبد الرزاق رحيم جدي ، **المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق** ، الطبعة الأولى ، دار أسامة ، عمان ، 1998 .

217. الوادي ، د. محمود و د. حسين محمد سمحان ، **المصارف الإسلامية** ، الطبعة الثالثة ، دار المسيرة ، عمان ، 1430 هـ 2009 م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

218. بن أبي الوفاء ، محيي الدين أبو محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي ، ت 775 هـ ، **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، تحقيق : د. عبد الفتاح محمد الحلو ، الطبعة الثانية ، هجر للطباعة والتوزيع والإعلان ، د.م ، 1413 هـ – 1993 م .

219. ولي ، د. عدنان أحمد ، **عقد إعادة التأمين** ، الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1982 م .

220. يحيى ، د.عبد الودود ، **إعادة التأمين** ، الطبعة الأولى ، مكتبة القاهرة الحديثة ، د.م ، 1963 .

221. اليمني ، د. محمد بن عبد العزيز ، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، 1427 هـ – 2006 م .

222. يوسف ، بوشاشي ، **حوالة الحق في القانون المدني الجزائري** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، مقدمة إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية في جامعة الجزائر عام 1984 .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

مراجع أخرى:

1. البنك المركزي المصري ، **أدوات التعامل الحديثة في السواق المالية والمشتقات** ، المجلة الاقتصادية ، المجلد 35 ، العدد 4 ، 1995/1994 .
2. **البيان الختامي والتوصيات لندوة الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية** ، 1410هـ – 1989م ، الرباط ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السادس .
3. **جريدة الشرق الأوسط** ، الجمعة 26 جمادى الأولى 1432 هـ ، الموافق 29 إبريل 2011 ، العدد رقم 11840 .
4. **فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء** ، الطبعة الخامسة ، توزيع مركز الدعوة والإرشاد في الرياض ، 1424 هـ – 2003 م .
5. **القانون المدني الأردني** .
6. **قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي** ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، 1431 هـ – 2010 م .
7. **مجلة الشريعة والقانون** ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون، العدد الثاني ، رمضان 1408هـ – مايو 1988م .
8. **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الثانية عشرة ، مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني عشر .
9. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، الموقع الرسمي لوزارة الأوقاف – جمهورية مصر العربية ، حرف الهمزة (إسقاط) . http://www.elazhar.com/feqhux/2/138.asp .
10. **المعايير الشرعية** ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .
11. **موقع توعية المستثمر المصري www.iinvest.org.eg** : التابع لإدارة توعية المستثمر في الهيئة العامة للرقابة المالية فى سوق الأوراق المالية المصرى .
12. **الهندسة المالية وأهميتها بالنسبة للصناعة المصرفية العربية** ، د.ط ، اتحاد المصارف العربية ، بيروت ، 1996 م .
13. وزارة الشؤون والأوقاف الإسلامية – الكويت ، **موسوعة الفقه** ، الطبعة الثانية ، طباعة ذات السلاسل – الكويت ، 1404 هـ – 1983 م .

© Arabic Digital Library - Yarmouk University
© Arabic Digital Library-Yarmouk University

ABSTRACT

NEGOTIABILITY OF COMMITMENTS AND IT'S ECONOMIC AND BANKING APPLICATIONS IN THE ISLAMIC ECONOMY

This is a special study intended to provide an analysis of the reality of sell-buy commitments and whether these commitments could be bought or sold.

The study will indicate whether these transactions or deals are acceptable in Islamic Jurisprudence or not, and will also seek to contribute to developing a theory for Islamic Jurisprudence especially in commitments trade.

In order to attain accurate results, I followed an academic approach to detail the commitment trade and to explain these issues in specific terms and analysis and understand the relevant terminology.

This study has delved deep into research to discover the finance nature and value of commitments.

Thus, it is quite clear now that commitments trade is widely spread in light of the heavy volume and quantity of trade in the derivatives markets.

As of result, our study has distinguished between rights and commitments and also between two types of commitments. The first type is called (Abstract Commitment) and the second one is called (Execution Commitments).

As regards Abstract Commitments, the study found that this type of trade is prohibited in Islamic Jurisprudence, on the one hand, and the Execution Commitment is permissible in Islamic Jurisprudence, on the other hand.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University