حكم الالتزام بتغطية الاكتتاب وأخذ العوض عليه

دكتور/ عبدالله بن محمد العمراني (۞)

المقدمة

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

فقد انتشرت في السوق المحلية والدولية الاكتتابات في الشركات التي تطرح في السوق المالية حديثاً، بعد استكمال الإجراءات والمتطلبات المتنوعة لهذا النوع من المعاملات من قبل الجهات الإشرافية في السوق المالية.

ومما يلحظ وجوده في هذه الاكتتابات لأي شركة ما أن يكون هناك متعهد أو أكثر يكون دوره تغطية كامل الاكتتاب في الشركة محل الاكتتاب في حال لم تتم تغطية الاكتتاب من قبل جمهور المكتتبين.

ولن أتعرض - بحكم طبيعة البحث الفقهية - لدراسة المسائل الإجرائية والنظامية لهذا الموضوع، وإنما سيتناول هذا البحث - على وجه الخصوص - حكم الالتزام، ويسمى التعهد بتغطية الاكتتاب وتخريجاته الفقهية، وحكم أخذ العوض على هذا التعهد.

وسأتناول هذه المسألة من خلال تمهيد ومبحثين، وذلك فيما يأتي :

تمهيد : في صور الالتزام بتغطية الاكتتاب.

المبحث الأول : التخريجات الفقهية للالتزام بتغطية الاكتتاب.

المبحث الثاني : حكم أخذ العوض على الالتزام.

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : مالية الالتزام.

المسألة الثانية : النظائر الفقهية لأخذ العوض على الالتزام مدعمة بنصوص الفقهاء.

والله الموفق

۞) الأستاذ المساعد بقسم الفقه في كلية الشريعة بالرياض.

تمهيد:

قبل البدء في المبحث الأول يمكن عرض صور الالتزام بتغطية الاكتتاب، وذلك لأن تغطية الاكتتاب يمكن أن تكون على عدة صور أذكر منها صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون المتعهد 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.

وسواء كان التركيب من باب اجتماع العقود دون شرط. أو كان هذا التركيب من قبيل العقود المتقابلة أي أن العقد الثاني معلق على العقد الأول بحيث تكون الصيغة: استأجرني للتسويق بكذا وأشتري منك الأسهم في حال بقائها بكذا. أو أشتري منك الأسهم في حال بقائها بكذا على أن تستأجرني للتسويق بكذا (على تفصيل في سعر الشراء).

ولبيان حكم هذه المسألة يتطلب الأمر البحث في ثلاث مسائل هي:

- حكم التركيب هنا في حال العقود المجتمعة أو المتقابلة.
- حكم التعليق في الشراء المعلق.
- حكم أخذ العوض على الالتزام.

أما حكم التركيب في هذه المسألة فهو جائز على الراجح مالم يؤد إلى محرم،[1] والحكم فيه أيضاً متوقف على معرفة حكم أخذ العوض على الالتزام في حال وجود عوض.

وأما حكم تعليق الشراء ففيه خلاف معروف والراجح هو الجواز ما دام إلى مدة معلومة أو تؤول إلى العلم؛ والجهالة وإن كانت موجودة في هذه الصيغة إلا أنها تؤول إلى العلم[2].

---

١) ينظر: العقود المالية المركبة للعمراني ص١١٦.

٢) ينظر الخلاف في المسألة في: البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ١٧٩، والفروق للقرافي١/ ٢٢٩، =>

وأما حكم أخذ العوض على الالتزام فهو ماسيتم عرضه بإذن الله في هذه الدراسة في المبحث الثاني.

الصورة الثانية: أن يكون المتعهد بتغطية الاكتتاب طرفاً آخر ليس له علاقة بتسويق الاكتتاب.

وفي هذه الحالة لا يوجد تركيب ، وإنما يحتاج بيان الحكم الشرعي لهذه المسألة بيان حكم أخذ العوض على الالتزام في حال تم الاتفاق على التغطية مقابل عوض مالي.

وفيما يأتي أعرض التخريجات الفقهية للتعهد بتغطية الاكتتاب في المبحث التالي:

=والمهذب للشيرازي ١/ ٣٥٤، والمغني لابن قدامة ٦/ ٥٠٧، والإنصاف للمرداوي٤/ ٣٥٦، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٣٤٦،٣٥٠، وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية٣/ ٣٨٧.

المبحث الأول
التخريجات الفقهية للالتزام (أو التعهد) بتغطية الاكتتاب

اختلف المعاصرون في تخريج هذه المسألة على أقوال أبرزها خمسة تخريجات:

التخريج الأول: أنه عقد ضمان.

وقد قرر هذا التخريج مجمع الفقه الإسلامي الدولي في الدورة السابعة في القرار٦٥/١/٧ ونصه: (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 ما تبقى مما لم يكتتب فيه غيره، وهذا لا مانع منه شرعاً 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]

ويترتب على هذا التخريج تحريم أخذ المتعهد أجراً مقابل التعهد بتغطية الاكتتاب؛ لأنه يحرم أخذ الأجر على الضمان.

قال ابن المنذر: (أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز).[2]

وقال الحطاب: (والضمان بجعل لا يجوز، ذكره ابن القطان عن صاحب الأنباء إجماعاً).[3]

والمسألة مبسوطة في غير هذا الموضع.

المناقشة:

يناقش هذا التخريج بما يأتي:

---

١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص١٣٦.
٢) الإشراف ١/ ١٢٠.
٣) مواهب الجليل ٥/ ١١٣.

أن هذه المسألة لا تنطبق على مسألة تحريم أخذ الأجر على الضمان من كل وجه؛ وذلك لأن مستند الفقهاء في المنع من أخذ الأجر على الضمان أنه يؤول إلى قرض بمنفعة فيؤول إلى الربا، بينما هذه المسألة وهي التعهد بتغطية الاكتتاب ليست ضماناً يؤول إلى القرض، وإنما تؤول إلى الشراء أي أنها التزام بشراء الأسهم المتبقية.

ومما يدل على أن مستند الفقهاء في المنع من أخذ الأجر على الضمان ما يذكر من النصوص التالية:

قال ابن عابدين: (الجعل باطل؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل؛ لأنه ربا).[1]

وجاء في أقرب المسالك: (وعلة المنع أن الغريم إذا أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة).[2]

وجاء في الكافي لابن قدامة: (وإن قال: تكفل عني بمائة ولك عشرة، لم يجز؛ لأنه يلزمه أداء ماكفل به فيصير له على المكفول، فيصير بمنزلة من أقرضه مائة، فيصير قرضاً جر نفعاً).[3]

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٢(٢/١٢) في الدورة الثانية: (إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً).[4]

---

١) منحة الخالق على البحر الرائق ٦/ ٢٤٢.
٢) ٢/ ١٦٠.
٣) ٢/ ١٢٧.
٤) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص٢٥. ويلاحظ أن القرار قدم بمقدمة ثم استدل =

التخريج الثاني: أنه بيع وضيعة.

وذلك أن جهة الإصدار تبيع الأوراق المالية المتفق عليها على المتعهد بالتغطية بالقيمة الاسمية لتلك الأوراق ناقصاً نسبة محددة، ويمثل الفرق بين القيمة الاسمية والقيمة المباعة لهذه الأوراق الربح المتحقق للبنك.

ويترتب على ذلك أن الربح الذي يأخذه المتعهد بالتغطية مباح؛ لأنه ناتج عن عملية شراء وبيع حقيقي.[1]

المناقشة:

- أن هذا خلاف الواقع، إذ أن المتعهد لا يشتري ابتداء وإنما يشتري في حال بقاء أسهم لم يكتتب بها.
- أنه لابد أن يراعى حين تطبيق هذه الطريقة أو الصيغة أن يكون المحل قابلاً للتداول، وأن يراعى عندما تكون الموجودات ديوناً أو نقوداً الأحكام الفقهية المتعلقة بها، فلا يمكن تطبيق هذه الطريقة في كل حال.[2]

التخريج الثالث: أنه بيع مساومة.

وذلك لأن المتعهد يتملك الأوراق المالية حقيقة، فالربح المتحقق له ربح مشروع؛ لأنه ناتج عن عملية شراء وبيع حقيقي، لكن البيع هنا ليس من قبيل بيع الوضيعة؛ لأن من شروط بيع الوضيعة العلم بالثمن الأول، وهو سعر التكلفة على البائع، وهو ما لا يشترط في هذا العقد، وإنما يتم تحديد الثمن بالمساومة بين الطرفين.

=بجزء منها، وذلك أنه قاس الضمان على القرض بجامع أن كلا منهما عقد تبرع فالتحريم يأتي من جهتين: ١ـ أن الأجر لا يجوز عوضاً عن القرض فكذا الضمان ٢_ أنه في حال أداء الكفيل فإنه يؤول إلى قرض بزيادة.

١) صناديق الاستثمار الإسلامية ص١٢٢.

٢) وتنظر مناقشات أخرى في الخدمات الاستثمارية للمصارف لفضيلة الشيخ الدكتور يوسف الشبيلي ٢/ ٢٨٩.

وهذا التخريج رجحة فضيلة الشيخ الدكتور يوسف الشبيلي - وفقه الله -[1]

ويلاحظ أن هذا التخريج تطوير للتخريج الثاني ليسلم من المناقشات الواردة على بيع الوضيعة.

المناقشة:

يناقش هذا التخريج بالمناقشات الآنفة الواردة على التخريج الثاني.

التخريج الرابع: أنه عقد تأمين.

يمكن أن يقال إن هذا التعهد عقد تأمين، وذلك أن التأمين مبني على وجود خطر احتمالي يتم ترميمه والتعويض عنه مقابل قسط التأمين، وهذا موجود في هذه المسألة، وذلك أن المتعهد بتغطية الاكتتاب يلتزم بترميم الخطر الاحتمالي وهذا الخطر هو احتمال ألا تتم تغطية الاكتتاب.

المناقشة:

يناقش بأن هناك فرقاً بين هذه المسألة وعقد التأمين، وإن كان هناك خطر احتمالي فيهما، وذلك لأن ترميم الخطر في عقد التأمين يتم تعويضه بالكامل مقابل أقساط التأمين المدفوعة من قبل، بينما في التعهد بتغطية الاكتتاب يتم شراء الأسهم بعوض غير العوض المدفوع مقابل الالتزام.

التخرج الخامس: أنه التزام بشراء معلق على شرط.

يمكن أن يقال إن حقيقة هذه المسألة أنها التزام من المتعهد بتغطية الاكتتاب بشراء الأسهم المتبقية في حال بقاء أسهم دون اكتتاب مقابل عوض مالي.

فليس هذا الالتزام عقد ضمان من كل وجه؛ لأنه هنا التزام يؤول إلى شراء.

وليس بيع وضيعة أو مساومة؛ لأن الواقع ألا يتم الشراء إلا لاحقاً.

---

١) الخدمات الاستثمارية ٢/ ٢٩١.

ويترتب على ذلك: حكم أخذ العوض على الالتزام، وهل الالتزام مال يمكن المعاوضة عليه؟ وهل الالتزام محل للتعاقد؟ وهل الالتزام المعلق جائز؟

أما حكم الالتزام المعلق فقد تقدمت الإشارة إلى جوازه على الخلاف المعروف.

وأما حكم أخذ العوض على الالتزام فهو ما سيتم تناوله في المبحث التالي - بإذن الله -.

المبحث الثاني
حكم أخذ العوض على الالتزام

المسألة الأولى: مالية الالتزام.

- **تعريف المال:**

لا أحتاج في هذا المقام إلى الخوض في مصطلح الحنفية في تعريف المال، ولا إلى تقرير مصطلح الجمهور في تعريفه إلا أنه يمكنني أن أعرض بعض تعريفات الفقهاء التي يمكن من خلالها استنباط العناصر الأساسية للمال وذلك فيما يأتي:

- جاء في الفواكه الدواني: (وحقيقة المال: كل ما تمول شرعاً ولو قل).[1]

- وجاء في الذخيرة: (قاعدة: الأعيان والمنافع ثلاثة أقسام: منها ما يقبل العوض: كالبر وكراء الدار. ومنها ما لا يقبله: إما لمنع الشرع، كالخمر والغناء، أو لأنه غير متقوم عادة، كالبرة الواحدة، ومناولة النعل، أو لعدم اشتماله على مقصود البته، كالذرة من التراب، وتحريك الإصبع. ومنها ما اختلف فيه، هل يقبل المعاوضة أم لا؟ كالأزبال والفصاد والحجامة).[2]

- وجاء في المعلم: (إن ما لا منفعة فيه أصلاً لا يجوز العقد به ولا عليه؛ لأن ذلك يكون من أكل المال بالباطل، ولم يقصد باذل ما ينتفع به إلى الهبة، فيجوز له)[3]

- وجاء في المنثور: (المال: ما كان منتفعاً به).[4]

- وجاء في ترشيح المستفيدين: (المال: ما يكون فيه في حد ذاته منفعة مقصودة، يعتد بها شرعاً، بحيث تقابل بمتمول عرفاً في حالة الاختيار).[5]

---

١) للنفراوي ٢/ ٣٧٢.
٢) للقرافي ٥/ ٤٧٨.
٣) للمازري ٢/ ١٥٧.
٤) للزركشي ٣/ ٢٢٢.
٥) للسقاف ص٢١٨.

ـ وجاء في الأشباه والنظائر :(لا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه ، وإن قلت) .[1]

ـ وجاء في المقنع :(ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة) .[2]

ـ وجاء في كشاف القناع :(المال شرعاً ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة ، فخرج ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات ، وما فيه منفعة محرمة كالخمر ، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب ، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة في حال المخمصة ، وخمر لدفع لقمة غص بها .

تنبيه : ظاهر كلامه هنا كغيره : أن النفع لا يصح بيعه ، مع أنه ذكر في حد البيع صحته ، فكان ينبغي أن يقال هنا : كون المبيع مالاً أو نفعاً مباحاً مطلقاً ، أو أن يعرف المال بما يعم الأعيان والمنافع) .[3]

ـ وجاء في الملكية في الشريعة الإسلامية :(ما كان له قيمة مادية بين الناس ، وجاز شرعاً الانتفاع به ، في حال السعة والاختيار) .[4]

يتبين من التعريفات السابقة أن العناصر الأساسية للمال هي العناصر الآتية :

العنصر الأول : (أن يكون فيه منفعة مقصودة) .

أي أن يكون فيه منفعة حقيقية مقصودة للناس ، كما جاء ذلك في ترشيح المستفيدين :(المال : ما يكون فيه في حد ذاته منفعة مقصودة ..) . وعبر بعضهم بـ(ما كان منتفعاً به) .

العنصر الثاني : (أن تكون منفعته متقومة) .

أي أن تكون منفعته لها قيمة مالية ويمكن تقويمها في عرف الناس وعادتهم ، كما جاء في الأشباه والنظائر :(لا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع

١) للسيوطي ص٣٢٧.
٢) لابن قدامة ص٩٧.
٣) للبهوتي ٣/ ١٤١.
٤) للعبادي ١/ ٢١٠.

بها ...) . وعبر بعضهم بـ(التمول) ، وبما (يقبل العوض) ، وبـ(التقوم عادة) ، و(بحيث تقابل بتمول عرفاً في حالة الاختيار) ، و(ما كان له قيمة مادية بين الناس) .

العنصر الثالث : (أن تكون منفعته مباحة شرعاً) .

أي أن تكون منفعته مباحة شرعاً في حال السعة والاختيار ، كما جاء في كشاف القناع : (المال شرعاً ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة) ، وعبر بعضهم بـ(وجاز شرعاً الانتفاع به ، في حال السعة والاختيار) ، وبـ(يعتد بها شرعاً) ، وبـ(فخرج ما فيه منفعة محرمة) .

وبعد تعريف المال وبيان حقيقته والعناصر الأساسية له ، أعرض ـ فيما يأتي ـ بإيجاز معنى الالتزام ومدى انطباق عناصر المال عليه .

- **تعريف الالتزام:**

الالتزام لغة : الثبات والدوام ، من لزم الشئ يلزم لزوماً أي : ثبت ودام . ولزمه المال : وجب عليه . وألزمته المال والعمل فالتزمه .

ويعرف الالتزام بأنه : إلزام الشخص نفسه مالم يكن لازماً ، أو واجباً عليه من قبل .

والعهد من أنواع الالتزام .

والإلزام : الإثبات والإدامة ، فالإلزام سبب الالتزام ، سواء أكان ذلك بإلزام الشخص نفسه شيئاً أم بإلزام الشارع له .

واللزوم : الثبوت والدوام ، فاللزوم يصدق على ما يترتب على الالتزام .

والحق اصطلاحاً هو موضوع الالتزام وما يقابله أي ما يلتزم به الإنسان تجاه الله أو تجاه الناس .[1]

١) ينظر : الموسوعة الفقهية الكويتية (التزام).

والالتزام قد يكون محله أمراً مشروعاً أو محظوراً، فالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، والتزام المستعير والمستأجر بعدم التعدي في استعمال العين المعارة والمؤجرة، والتزام الزوج أن لا يتزوج على زوجته أو أن لا يخرجها من بلدها بموجب الشرط في عقد النكاح، كل ذلك من قبيل الالتزام بأمر مشروع.

أما التزام المقترض بزيادة ربوية، والتزام المحلل في نكاح التحليل للزوجة أو لزوجها الأول بطلاقها، فهذا يعد من قبيل الالتزام بأمر محظور.[1]

- مدى توافر العناصر الأساسية للمال في الالتزام:

تقدم قريباً أن للمال ثلاثة عناصر أساسية، وفيما يأتي بيان مدى توافر هذه العناصر في الالتزام، من خلال المسألة محل البحث وهي الالتزام بتغطية الاكتتاب.

العنصر الأول: (أن يكون فيه منفعة مقصودة).

والالتزام محل البحث وهو الالتزام بتغطية الاكتتاب فيه منفعة مقصودة للمشتري وهو الشركة المصدرة للاكتتاب والطارحة أسهمها للاكتتاب فيها، وذلك أن شراءها لهذا الالتزام يساعد على تسويق أسهم في المدة المحددة بما يعطيه من طمأنينة للمكتتبين من ضمان تغطية كامل الأسهم وإمكانية قيام الشركة، كما أن هذا الالتزام يعطي الطمأنينة لذات الشركة في تغطية الاكتتاب.

العنصر الثاني: (أن تكون منفعته متقومة).

تقدم أن في هذا الالتزام منفعة مقصودة، فهل هذه المنفعة متقومة ويمكن تقدير العوض عليها أو لا؟

جاء في الذخيرة للقرافي ما يفيد أن الضمان - وهو التزام مال في الذمة - لا يقبل العوض ؛ لأنه غير متقوم عادة، قال :(ومن القسم الثاني : الضمان، فإنه وإن كان مقصوداً للعقلاء لكنه غير متقوم عادة، فلا يجوز أن يقابل بالأعيان).

---

١) ينظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١/ ٤٣٦.

فقد قرر القرافي أن في الضمان منفعة مقصودة للعقلاء ، لكنه غير متقوم حسب العرف والعاده في زمانه ، وعلى ذلك فليس بمال يجوز أخذ العوض عليه .

ويلاحظ على قول القرافي أنه لم يأت بدليل على منع كون الضمان متقوما إلا دليل العادة ، وعلى ذلك فلو جرى العرف في هذا الزمان بتقوم الالتزام فإنه يكون جائزاً .

وقد قرر هذا المعنى الدكتور نزيه حماد حيث يقول : (أما في عصرنا الحاضر ، فقد أصبح الضمان متقوماً في العرف التجاري ، وعلى ذلك ينبغي القول بماليته ومشروعية المعاوضة عنه بمال ، وعدم الجمود على الأقوال المنقولة بالمنع ، لتغير الأساس الذي بني عليه الحظر في تلك الأقوال ، وذلك موافق لقول مشهور آخر في مذهب المالكية ، حكاه ابن رشد القفصي من أئمة المالكية - في معرض كلامه عن حظر «بيوع الآجال» التي تعني القصد إلى ظاهر جائز ليتوصل به إلى باطل ممنوع - فقال : «وقد منع من ذلك مالك حسماً للذريعة ، والأصل أن تنظر إلى ماخرج من اليد ، وما رجع إليها ،وتقابل أحدهما بالآخر :

- فإن كان مما لو ابتدأ المعاملة عليه جاز ، فأجز .
- وإلا ، فامنع ؛ إن كان الوجه مما يكثر القصد إليه ، كالبيع والسلف .
- وإن كان مما يقل ، كضمان بجعل ، فقولان مشهوران .
- وإن كان مما يبعد جداً ، كأسلفني وأسلفك ، فالمشهور الجواز ، خلافاً لابن الماجشون»[1]) .[2]

العنصر الثالث : (أن تكون منفعته مباحة شرعاً) .

تبين مما تقدم أن المنفعة في الالتزام مقصودة ومتقومة لكن يبقى النظر في مدى جواز هذه المنفعة شرعاً ، فهل هي منفعة مباحة أو محرمة؟

---

١) لباب الألباب ٥/ ٤٧٨ .

٢) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد السبعون ص١٨ .

أي أن تكون المنفعة مباحة في ذاتها، وليست محرمة أو وسيلة إلى محرم، كما يمكن القول بأن الحكم يختلف باختلاف القصد من شراء هذا الالتزام، فإذا كان غرضاً مباحاً كانت المنفعة مباحة، وإذا كان محرماً كانت محرمة.

فإن كان هناك غرض حقيقي ومصلحة من شراء الالتزام فهو مباح، وفي المقابل من تملك الأسهم في المستقبل فهو نفع مقصود مباح، وإن كان لمجرد المجازفة والمخاطرة، وأخذ العوض، فقد يدخل ذلك في أكل المال بالباطل.

يقول ابن القيم: (إن المقصود الذي شرع الله تعالى له البيع وأحله لأجله هو أن يحصل ملك البائع للثمن، ويحصل ملك المبيع للمشتري، فيكون كل واحد منهما قد حصل له مقصوده بالبيع، هذا ينتفع بالثمن، وهذا بالسلعة، وهذا إنما يكون إذا قصد المشتري نفس السلعة للانتفاع بها أو التجارة فيها، وقصد البائع نفس الثمن...فإذا كان مقصود كل منهما ذلك فقد قصد بالسبب ما شرعه الله له، وأتي بالسبب حقيقة وحكماً... والعقد إذا قصد به فسخه لم يكن مقصوداً وإذا لم يكن مقصوداً كان وجوده كعدمه، وكان توسطه عبثاً)[1].

ومن النصوص الفقهية التي تؤيد هذا المبدأ وهو إناطة الحكم بالقصد من التملك ما يأتي:

- نصوص فقهاء المالكية والحنفية على أن الكلب الذي يراد اقتناؤه لمجرد التلهي لا يجوز بيعه ولا شراؤه، لأنه ليس بمال، نظراً إلى القصد غير المشروع من اقتنائه، أما الذي يقصد اتخاذه للصيد أو الحراسة فإنه يجوز بيعه وشراؤه. يقول التسولي: (وكل ما يتخذ للانتفاع به انتفاعاً شرعياً تجوز المعاوضة عنه).[2]

ويقول السرخسي: (وإذا ثبت أنه مال متقوم وهو منتفع به شرعاً جاز بيعه كسائر الأموال).[3]

---

١) إعلام الموقعين ٣/ ٢٣٩.

٢) البهجه ٢/ ٨٤٠.

٣) المبسوط ١١/ ٢٣٥.

- أن الأصل عند جمهور العلماء عدم جواز بيع النجاسات كالعذرة والبول ونحوها، ولكن بعض الفقهاء أجاز بيع كل مافيه منفعة مباحة مقصودة منها، كالتسميد والإنارة ونحوها.

يقول السرخسي: (ليس من ضرورة حرمة التناول حرمة البيع، فإن الدهن النجس لا يحل تناوله، ويجوز بيعه، وكذلك بيع السرقين جائز وإن كان تناوله حراماً).[1]

وبعد عرض العناصر الأساسية للمال تبين وجود هذه العناصر في الالتزام محل البحث مما يدل على مالية هذا الالتزام وجواز أخذ العوض عليه أو عنه، ويعتضد ذلك بالأصل في المعاملات وهو الحل، مالم يرد دليل يدل على التحريم.

كما يعتضد بنصوص الفقهاء التي يظهر منها صراحة أو ضمناً جواز أخذ العوض على مجرد الالتزام، مما سيأتي ذكره - بإذن الله - في المسألة التالية.

المسألة الثانية: النظائر الفقهية لأخذ العوض على الالتزام مدعمة بنصوص الفقهاء

جاء في نصوص الفقهاء ما يدل على أن أخذ العوض مقابل الالتزام لايجوز، وهو من أكل المال بالباطل، كما جاء مايدل على الجواز، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: النصوص التي تدل على تحريم أخذ العوض على الالتزام:

- جاء في الشرح الكبير في تعريف العربون: (وهو أن يشتري أو يكتري السلعة ويعطيه أي يعطي المشتري البائع شيئاً من الثمن على أنه أي المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه، وإن أحبه حاسبه من الثمن أو تركه مجاناً؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل)[2].

---

١) المبسوط ٢٤/ ١٥. وينظر: عقد الجواهر ٢/ ٣٣٣، والإنصاف ١١/ ٤٨.
٢) للدردير ٤/ ١٠٢.

- قال الدسوقي : (قوله : أو تركه مجاناً كقول البائع للمشتري لا أبيعك السلعة إلا إذا أعطيتني ديناراً ، آخذه مطلقاً سواء أخذت السلعة أو كرهت أخذها) .

فالبائع التزم بالبيع مقابل عوض من المشتري في مقابل إعطائه الحق في أخذ السلعة . واعتبر أخذ العوض مقابل هذا الالتزام من أكل المال بالباطل .

- جاء في المغني في مسألة العربون أيضاً : (فأما إن دفع إليه قبل البيع درهماً وقال لاتبع هذه السلعة لغيري وإن لم أشترها منك فهذا الدرهم لك..... وإن لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم ؛ لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ، ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله ؛ لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت توجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة)[1] .

يتضح أن الفقهاء في النصوص السابقة لم يجيزوا أخذ العوض مقابل الالتزام ، أو مقابل الانتظار بالبيع (ومثله الشراء) ، إلا أن هذا الحكم لم يظهروا له دليلا يمكن أن يكون فاصلاً في المسألة .

ثانياً: النصوص التي تدل على جواز أخذ العوض على الالتزام:

جاء في نصوص أخرى ما يدل على جواز أخذ العوض على مجرد الالتزام في مسائل متعددة ، ومن ذلك مايأتي :

- ما جاء في تحرير الكلام في مسائل الالتزام : (وأما إعطاء الرجل زوجته أو أم ولده شيئاً على أن لا تتزوج ، فذلك جائز ، وكذا عكسه ، ولا يمنعان من الزواج ، ولكن يرجع عليهما بما أخذتا .

---

١) لابن قدامة ٤/ ١٦١

قال في كتاب الوصايا من المدونة: ومن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج، جاز ذلك، فإن تزوجت عزلت. وكذا لو أوصى لها بألف درهم على أن لا تتزوج، فأخذتها، فإن تزوجت أخذت منها.

قال أبو الحسن: وكذلك إذا أوصى لزوجته على أن لا تتزوج، جاز ذلك. ابن يونس: كما جاز أن تعطي المرأة زوجها مالاً على أن لا يتزوج عليها، وإن كان ذلك حلالاً لهما، إلا أنهما منعا أنفسهما من الانتفاع بالنكاح لانتفاعهما بالمال، فمتى رجعا عن ذلك، رجع عليهما بما أخذا)[1].

- وما جاء في الاختيارات الفقهية: (قال أصحابنا: ولا يجوز أن تأخذ المرأة عوضاً عن حقها في المبيت، وكذا الوطء. ووقع في كلام القاضي ما يقتضي جوازه. قال أبو العباس: وقياس المذهب عندي جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره؛ لأنه إذا جاز للزوج أن يأخذ العوض عن حقه منها، جاز لها أن تأخذ العوض عن حقها منه؛ لأن كلاً منهما منفعة بدنية، وقد نص الإمام أحمد في غير موضع على أنه يجوز أن تبذل المرأة العوض ليصير أمرها بيدها، ولأنها تستحق حبس الزوج، كما يستحق الزوج حبسها، وهو نوع من الرق، فيجوز أخذ العوض عنه، وقد تشبه هذه المسألة الصلح عن الشفعة وحد القذف)[2].
- وما جاء في قواعد المقري: (قاعدة: شرط ماهو من مصلحة العقد، كالرهن والحميل، هل له قسط من الثمن أو لا؟ اختلف المالكية فيه، وعليه فساد العقد بالخطار فيهما)[3].

وهذا يدل على أن التزام المشتري للبائع له عوض محسوب في الثمن على أحد القولين، وهو هنا التزام المشتري توثيق الدين المؤجل برهن أو كفيل، واعتبر ذلك

---

١) للحطاب ص١١١.
٢) للبعلي ص٢٤٩.
٣) شرح المنهج ١/ ٣٦١.

منفعة مباحة متقومة لها وقع في الثمن، بل يمكن أن يقال إن كل شرط من الشروط التعاقدية والتي يزيد فيها الثمن مقابل ذلك الشرط، فذلك الشرط من الشروط في البيع التي هي التزام من أحد العاقدين وقد قوبلت بعوض، والفقهاء ينصون على ذلك وهو أن الشرط له وقع في الثمن؛ ولذلك يثبت خيار فوات الشرط، أو فوات الصفة..

- وجاء في الشرح الصغير: (وإن كان الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين على أن يأتيه بضامن، فإنه جائز)[1].

وهذا الجعل عوض عن توفير التزام من الضامن.

- وما جاء في الذخيرة: (ولو كان عليه عشرة إلى شهر، فأخذ منه حميلاً على أن يضع عنه درهمين، منعه ابن القاسم؛ لأنه ضامن بجعل، والحميل وإن لم يأخذ الدرهمين، فكأنه قال للذي له الدين: هبها للذي عليه الدين، كما لو قال: لا أضمن حتى تهب لفلان دينارين. وقال أشهب: إذا حط عنه على أن يعطيه حميلاً أو رهناً إلى أجل، يجوز؛ لأنه معروف لغير الضامن. وقال أصبغ: لو أعطاه ديناراً على أن يأتيه بحميل إلى أجل جاز، كما لو حطه من دينه)[2].

وقول أصبغ يدل على جواز المعاوضة عن الالتزام وذلك بحط بعض الدين عن المدين مقابل التزام الضامن، وكذا في المسألة التي قبلها مقابل توفير ضامن، مما يدل على أن الالتزام منفعة متقومة تقابل بعوض.

- وما ذكره فقهاء الحنابلة من جواز أخذ الربح في مقابل الضمان في شركة الوجوه، وهي شركة في الذمم من غير صنعة ولا مال، يتعاقد فيها اثنان فأكثر على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد. ومقتضى هذا الرأي جواز أخذ العوض عن الالتزام بالدين في الذمة.

---

١) للدردير ٣/ ٤٤٣.

٢) للقرافي ٩/ ٢١٣.

- وما جاء في بدائع الصنائع: (لو أن صانعاً تقبل عملاً بأجر، ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك، طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان)[1].

- وما جاء في المغني: (وإذا قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل، والأجرة بيني وبينك صحت الشركة... ولنا: أن الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الأبدان، وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح)[2].

فهذان النصان للكاساني، وابن قدامة يفيدان أن سبب استحقاق الربح هو مجرد الضمان مما يفيد كون الضمان قابلا للتقويم والمعاوضة. ويمكن أن يستدل بعموم قاعدة (الخراج بالضمان) على أن الربح يستحق بسبب الضمان، وهذا يدل من حيث العموم على جواز أخذ العوض عن الضمان.

- ومن الأدلة العقلية التي يمكن الاستدلال بها: أن الالتزام يقابله حق هو موضوع الالتزام، وإذا بيعت الشركة بما فيها من أعيان ومنافع وحقوق، ومنها حق تغطية الإصدار فإن ذلك جائز، فإذا كان جائزاً في الكل جاز في البعض؛ إذ هذا الحق له قيمة ووقع في الثمن. وإذا قبلت المعاوضة في الحق فتقبل في الالتزام.

يمكن أن يناقش بأنه جاز تبعاً، ويجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً. إضافة إلى أن التسليم بجواز ذلك قد لا يرتضيه المخالف.

ويجاب عن ذلك بأنه عوض له قيمة في الصفقة، ولا مانع من جوازه إذ على المخالف إقامة الدليل على المنع.

ولو قيل بعدم جوازه فيصار إلى تفريق الصفقة، وحينئذ يبقى الخلاف قائماً.

- أشار الدكتور نزيه حماد إلى أن هناك صوراً عديدة جرى العمل بها في بلاد المسلمين من غير نكير تدل على تدل على بيع الالتزام، مثل بيع مؤسسات

---

١) للكاساني ٦/ ٦٢.
٢) لابن قدامة ٧/ ١١٣.

وشركات الاتصالات والتلكس والكهرباء والغاز التزامها بتوفير خدماتها للمشتركين مقابل ثمن محدد هو بدل الاشتراك سواء استخدم المشترك منافعها أو لم يستخدمها، ثم إن اختار مشتري الالتزام (المشترك) الاستفادة منها، فإن الشركات تبيعه وحدات منافعها بالبدل المعلوم المحدد مسبقاً[1].

ومن الأمثلة المعاصرة التي أشار إليها - أيضاً -: بدل الاشتراك السنوي في بطاقات الائتمان التي تصدرها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية الذي تستوفيه من العميل عند إصدارها أول مرة، وعند تجديد صلاحيتها مقابل التزامها بكفالة ديونه خلال عام الاشتراك بها، سواء استخدم العميل تلك البطاقة أم لم يستخدمها.

ويمكن أن يناقش هذا المثال بأنه يشترط أن تكون الرسوم بقدر التكلفة الفعلية.

وبعد التجوال في هذه المسألة فإن هذا ما تيسر الاطلاع عليه في هذه المسألة، وإلا فإن المسألة تحتاج إلى استقراء أوسع.

ويتبين مما تقدم أن الالتزام بتغطية الاكتتاب فيه منفعة متقومة مقصودة، يجوز أخذ العوض عليه مادام غرضاً مباحاً، مع الأخذ في الاعتبار ألا يتخذ الالتزام بتغطية الاكتتاب وسيلة لأخذ علاوة إصدار غير عادلة.

والله أعلم بالصواب وهو الهادي إلى الصراط المستقيم

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

١) المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل (Hedging). مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد السبعون ص٣٥.

فهرس المصادر والمراجع

١. الأشباه والنظائر للسيوطي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٨هـ.
٢. الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية اختارها الشيخ علاء الدين علي بن محمد بن عباس البعلي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
٣. الإشراف على مذاهب أهل العلم للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، دار الثقافة، الدوحة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ
٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية، مطبعة السعادة مصر، ١٣٨٤.
٥. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الرياض، ١٤١٩هـ.
٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار سعيد كمبني، كراتشي. باكستان.
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، مطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٧هـ.
٨. البهجة شرح التحفة للتسولي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٠هـ.
٩. تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، دار الغرب الإسلامي بيروت، ١٤٠٤هـ.
١٠. ترشيد المستفيدين على فتح المعين للسقاف، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٤هـ.
١١. الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي لفضيلة الشيخ الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي، دار ابن الجوزي الدمام، ١٤٢٥هـ.
١٢. الذخيرة للقرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت،١٩٩٤م.
١٣. الشرح الصغير، للشيخ أبي البركات أحمد الدردير، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ.

١٤. الشرح الكبير، للشيخ أبي البركات أحمد الدردير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

١٥. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس، دار الغرب الإسلامي بيروت، ١٤١٥هـ.

١٦. العقود المالية المركبة دراسة تأصيلية وتطبيقية، للدكتور عبد الله بن محمد العمراني، دار كنوز إشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

١٧. الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، دار المعرفة، بيروت.

١٨. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي الأزهري، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثالثة، ١٣٧٤هـ.

١٩. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ.

٢٠. الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل للشيخ موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الخامسة ١٤٠٨هـ.

٢١. كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٠٢هـ.

٢٢. المبسوط للسرخسي، مطبعة السعادة مصر، ١٣٢٤هـ.

٢٣. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٢هـ.

٢٤. المدخل الفقهي العام، للشيخ الدكتور مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى١٤١٨هـ.

٢٥. المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل (Hedging). مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد السبعون ص٣٥.

٢٦ . المعلم بفوائد مسلم للمازري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢م.
٢٧ . المغني للإمام أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. تحقيق د. عبدالله التركي، ود. عبدالفتاح الحلو. دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى١٤٠٩هـ.
٢٨ . المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني للإمام أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي. مكتبة السوادي للتوزيع،جدة.الطبعة الأولى١٤٢١هـ.
٢٩ . الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالسلام داود العبادي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى١٤٢١هـ.
٣٠ . المنثور في القواعد للزركشي ، وزارة الأوقاف بالكويت، ١٤٠٢هـ.
٣١ . المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثالثة١٣٩٦هـ.
٣٢ . مواهب الجليل على مختصر خليل للحطاب، دار السعادة، مصر، ١٣٢٩هـ.
٣٣ . الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ.