أثر الاجتهاد بالرأي في المعاملات المالية المعاصرة

دكتور/ عبدالكريم حمد الماضي

ملخص البحث :

يهدف هذا البحث إلى تقديم رؤية أصولية فقهية متعلقة بالواقع حول أثر الاجتهاد بالرأي في المعاملات المالية المعاصرة .

وللوصول إلى هذا الهدف فقد ركز البحث على نقطتين أساسيتين وهما : مفوم الاجتهاد بالرأي ، والأسس التي يقوم عليها ، ومن ثم الجوانب التطبيقية العملية في واقعنا المعاصر للمعاملات المالية وأثر الاجتهاد بالرأي فيها بما يحقق المصلحة العامة للناس من خلال دراسة التالي : الشخصية الاعتبارية للشركة ، و ضمان مال المضاربة على المضارب بالشرط، و استثمار أموال الزكاة ، و الاقتراض من البنوك الربوية في حال عدم وجود البديل الإسلامي، والإجارة المنتهية بالتمليك ، اشتراط مبلغ مقطوع بجانب النسبة للمضارب إذا بلغت الأرباح نسبة معينة .

وقد خلصت الدراسة إلى أن الإجتهاد بالرأي في المعاملات المالية المعاصرة يحقق الهدف المنشود منها وهو تحقيق مصالح العباد ورفع الحرج عنهم من خلال تطبيق النص أو القياس عليه أو النظر للمقاصد الشرعية ومآلات الأفعال .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فهذا البحث عبارة عن دراسة أثر الاجتهاد بالرأي في المعاملات المالية المعاصرة وذلك من خلال دراسة بعض الجوانب العملية للمعاملات المالية المعاصرة وأثر الاجتهاد بالرأي فيها وهي الشخصية الاعتبارية للشركة ، و ضمان مال المضاربة على المضارب بالشرط، و استثمار أموال الزكاة ، و الاقتراض من البنوك الربوية في حال عدم وجود البديل الإسلامي، والإجارة المنتهية بالتمليك ، اشتراط مبلغ مقطوع مع النسبة للمضارب تحفيزاً .

وقبل الخوض في هذه المباحث كان لابد من بيان مفهوم الاجتهاد بالرأي والأسس التي يقوم عليها.

مفهوم الاجتهاد بالرأي :

يتكون هذا المصطلح التركيبي من كلمتين : الاجتهاد [1]، والرأي [2]، وقد أسهب العلماء في كتب الأصول بتعريفهما فلا حاجة لتكرار ماذكروه ، لأن الأهم هو تتفسير هذا المصطلح التركيبي .

فالاجتهاد بالرأي لم يذكر تعريفه العلماء السابقون لحداثة المصطلح وإن كان مضمونه قد تطرق له العلماء في السابق خاصة المهتمين بالنظر المقاصدي والكلي للشريعة مثل : ابن تيمية والعز بن عبدالسلام والشاطبي وابن القيم وغيرهم .

أما المعاصرون فقد اتفقوا على حقيقته وإن اختلفوا في التراكيب اللفظية وبعض القيود فيه .

- فقد عرفه محمد أبوزهرة بأنه : " تأمل وتفكير في تعرف ماهو الأقرب إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم سواء أكان يتعرف ذلك الأقرب من نص معين وذلك هو القياس ، أم الأقرب إلى المقاصد العامة للشريعة وذلك هو المصلحة " . [3]

ويؤخذ على هذا التعريف : أنه مع شمول معناه إلا أنه أغفل نقطة مهمة وهي النظر بمآلات الأفعال فهو داخل في الاجتهاد بالرأي لم يذكرها في التعريف .[4]

- وعرف الدريني الاجتهاد بالرأي بأنه : " بذل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة ، لاستنباط الحكم الشرعي العملي من الشريعة روحاً

---

[1] الإجتهاد هو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه .
ابن الصلاح ، عثمان بن عبدالرحمن . أدب المفتي والمستفتي ، المدينة المنورة : مكتبة العلوم والحكم ، ط٢، ٢٠٠٤م ، ص٢٥ .

[2] هو مايراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات .
بن القيم ، محمد بن أبي بكر . إعلام الموقعين عن رب العالمين ، بيروت : دار الكتب العلمية ،ط١، ١٤١١هـ ج١، ص ٢١٦.

[3] أبوزهرة ، محمد . تاريخ المذاهب الإسلامية ، دار الفكر العربي ، ج٢، ص١٧ .

[4]

ونصاً ، والتبصر بما عسى أن يسفر تطبيقه من نتائج على ضوء مناهج أصولية مشتقة من خصائص اللغة وقواعد الشرع ، أو روحه العامة في التشريع"[1].

ويؤخذ على هذا التعريف : بالرغم من الإحاطة بجيع جوانب التعريف إلا أن فيه إسهاباً وتكرارا ولابد أن يكون التعريف مصان عن الإسهاب ما أمكن[2] .

التعريف المختار :

بعد ذكر تعريف الاجتهاد بالرأي لبعض العلماء المعاصرين والتنبيه على بعض المآخذ عليها أرى بأن يعرف الإجتهاد بالرأي بأنه : بذل الفقيه وسعه لاستنباط الأحكام الشرعية من النص أو قياساً عليه أو بالنظر للمقاصد العامة للشريعة وهي المصلحة والنظر بما سيؤول إليه هذا التطبيق.

<u>الأسس التي يقوم عليها الإجتهاد بالرأي :</u>

من خلال التعاريف السابقة يمكن أن نحدد الأسس التي يقوم عليها مفهوم الاجتهاد بالرأي وهي :

أولاً : عقل متفهم ذو ملكة مقتدرة متخصصة .

ثانياً : نص تشريعي مقدس يتضمن حكماً ومعنى يستوجبه ، او مقصداً يستشرف إليه ، وتطبيق على موضوع النص أو متعلق الحكم ، فهو اجتهاد في النص نفسه ، واجتهاد فيما لا نص فيه من الأمور المحدثة .

ثالثا: النظر إلى مآلات الأفعال المتوقعة أو الواقعة ، أصل معتبر شرعاً ، بتكيف الفعل بالمشروعية وعدمها في ضوئه ، بقطع النظر عن الحكم الأصلي للفعل [3].

هذه الأسس العامة التي يقوم عليها الإجتهاد بالرأي ، ولكن موضوع البحث هو أثر هذا الاجتهاد على المعاملات المالية المعاصرة فكان لابد من التنبيه على نقطة مهمة تساعد على تحقيق الهدف المنشود من الاجتهاد بالرأي وهو تحقيق مصالح العباد ، وهي أن

---

[1]) الدريني ، فتحي . المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط٣، ٢٠١٣م، ص ٣٩.

[2] السنوسي ، عبدالرحمن بن معمر . الإجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة ، الكويت : مجلة الوعي الإسلامي ، ط١ ، ٢٠١١م ،ص٣٠.

[3]) المرجع السابق ، ص ٣٠-٣١ .

الأصل في العقود الحل ، وليس الحظر، ما لم يقم دليل الحظر ،يقول الإمام الشاطبي: "والأصل فيها– أي المعاملات – الإذن حتى يدل الدليل على خلافه"[١].

فالعقود الشرعية في المعاملات لا تحتاج إلى إذن خاص من الشارع ، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية:" فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقوداً ولم يكونوا يعلمون تحريمها ولا تحليلها فإن الفقهاء جميعهم فيما أعلمه يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها وإن كان العقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد أحد لا يصح العقد إلا الذي يعتقد أن الشارع أحله فلو كان إذن الشارع الخاص شرعاً في صحة العقود لم يصح إلا بعد ثبوت إذنه "[٢].

ويقول ابن القيم:" فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها– الشرع– فإنه لا يجوز القول بتحريمها"[٣].

ويقول ابن تيمية أيضاً:" إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع فنحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا ولم يثبته ابتداءاً كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة، فإذا كنا نحن المثبتين لذلك السبب لم يحرم الشرع ذلك"[٤].

إن هذا الأصل عظيم الأثر في ميدان المعاملات المالية، لأنه يفتح المجال للاجتهاد بالرأي بأنواعه المختلفة، ويتيح الفرصة لاختراع واستحداث عقوداً جديدة في المعاملات المالية لتستوعب ما يستحدث ويستجد في حياة الناس بما يحقق المصلحة للناس ويرفع عنهم الحرج .

أهمية البحث :

تعتبر المعاملات المالية في هذا العصر من أكبر المشكلات التي تواجه الفقهاء، وبدأت تأخذ جل اهتمام الفقهاء المعاصرين لاسيما وهي تشهد تطوراً ملحوظاً وسريعاً فكان لابد من إمعان النظر فيها وإخضاعها للاجتهاد بالرأي لبيان مايجوز فيها ومالا يجوز

---

[١] الشاطبي ، ابراهيم بن موسى . الموافقات في أصول الشريعة ، بيروت : دار المعرفة ، ١٩٩٧م ،ج١ ، ص١١٥.

[٢] مجموع فتاوى ابن تميمة، جمع عبدالرحمن بن قاسم وابنه ج٢٩، ص١٥٠.

[٣] ابن القيم. إعلام الموقعين عن رب العالمين ،مرجع سابق ، ج١، ص ٣٢٤.

[٤]ابن تيمية ، أحمد بن عبدالحليم . القواعد النورانية، دار ابن الجوزي ، ط١ ، ١٤٢٢هـ ، ص ٢٢٤.

لتحقيق الهدف والغاية من هذه المعاملات وهي مصلحة الخلق في تعاقداتهم وسلامتها شرعياً خاصة وهم في حاجة ماسة لهذه المعاملات في حياتهم اليومية .

أهداف الدراسة :

- تحديد مفهوم الاجتهاد بالرأي.
- بيان الأسس التي يقوم عليها الإجتهاد بالرأي
- توضيح أثر الاجتهاد بالرأي في المعاملات المالية المعاصرة في بعض التطبيقات .

الدراسات السابقة :

لم أقف على كتاب أو بحث مستقل عن موضوع أثر الاجتهاد بالرأي في المعاملات المالية المعاصرة بالتحديد، ولكن هناك دراسة قريبة – نوعا ما – من موضوع البحث ، وهي :

- بن قوته، عادل . العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة ، المكتبة المكية، ط١، ١٤١٨هـ .

فهذه الدراسة تناولت العرف وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة ، وهذا مغاير لموضوع البحث فهو يتكلم عن الاجتهاد بالرأي بما يشمل العرف وغيره من الأدلة كالاستحسان والنظر لمقاصد الشريعة ومآلات الأفعال ، و–أيضا– ليست محصورة بتطبيقات على مذهب معين كالحنابلة –مثلا– بل على جميع المذاهب الفقهية .

منهج البحث :

سيتبع الباحث:

أولاً: المنهج المقارن في دراسة الأقوال الفقهية وبيان الشبه والاختلاف فيما بينها.

ثانياً: المنهج التحليلي في معالجة وتحليل هذه الأقوال وبيان المناقشات الواردة عليها.

ثالثاً: المنهج الاستنباطي في ربط المقدمات بالنتائج.

رابعاً: المنهج التطبيقي في بيان النتائج العلمية.

خطة البحث :

اقتضت طبيعة البحث أن أجعله في مقدمة ، وستة مباحث ، وخاتمة :

المقدمة : ذكرت فيها أهمية البحث والهدف منه ومنهجي فيه وخطة البحث .

المبحث الأول: الشخصية الاعتبارية للشركة .

المبحث الثاني: ضمان مال المضاربة على المضارب بالشرط.

المبحث الثالث : استثمار أموال الزكاة .

المبحث الرابع : الاقتراض من البنوك الربوية في حال عدم وجود البديل الإسلامي.

المبحث الخامس : الإجارة المنتهية بالتمليك .

المبحث السادس : اشتراط مبلغ مقطوع بجانب النسبة للمضارب إذا بلغت الأرباح نسبة معينة.

الخاتمة : وفيها خلاصة ما توصلت إليه .

المبحث الأول

الشخصية الاعتبارية للشركة

إن الفقهاء– في السابق – لا يجعلون للشركة وجوداً مستقلاً عن أعضائها ، ولا يجعلون لها ذمة مالية خاصة غير ذمم الشركاء ، ولم تعتبر لها شخصية معنوية ذات أهلية لأن تلتزم وتلزم [1]، والسبب في ذلك هو أنه : هل يمكن من كائن غير الإنسان يصلح للإلزام والإلتزام ؟

وهذا مبحث أصولي يتناوله الأصوليون في موضوع المحكوم عليه ، ويعرفه الأصوليون : "هو المكلف: وشرطه أن يكون عاقلاً يفهم الخطاب، فلا يصح خطاب الجماد والبهيمة، بل خطاب المجنون والصبي الذي لا يميز، لأن التكليف مقتضاه الطاعة والامتثال، ولا يمكن ذلك إلا بقصد الامتثال، وشرط القصد العلم بالمقصود والفهم للتكليف، فكل خطاب متضمن للأمر بالفهم، فمن لا يفهم كيف يقال له: إفهم، ومن لا يسمع الصوت، كالجماد كيف يكلم، وإن سمع الصوت كالبهيمة، ولكنه لا يفهم، فهو كمن لا يسمع، ومن يسمع وقد يفهم فهماً ما لكنه لا يعقل، ولا يثبت، كالمجنون وغير المميز، فمخاطبته ممكنة لكن اقتضاء الامتثال منه، مع أنه لا يصح منه قصد صحيح غير ممكن"[2] .

---

[1] الخفيف ، علي . الشركات في الفقه الإسلامي بحوث مقارنة ، مطبعة البردي ، ص ٢٩ .

[2] الغزالي ، محمد بن محمد . المستصفى ،بيروت : دار الكتب العلمية ، ط١ ، ١٤١٣هـ، ج ١، ص ٦٦.

يتضح مما سبق أن تعلق الخطاب الشرعي يشترط فيه أن يكون المخاطب أهلاً لخطاب الله ، وأهمها أهلية الوجوب " التي هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، ومناطها الذمة " [1].

والسبب في ذلك ؛ أن الفقه الإسلامي إنما كان يتجه إلى تنظيم الصلات بينه وبينه ربه ، في جميع المجالات: العبادات ، أو المعاملات التي تكون بين بني الإنسان بعضهم ببعض، لأنه أهلٌ بأن يكون قابلاً للإلتزام والإلزام .

واستتبع وجود هذه الواجبات والحقوق افتراض وجود الذمة وإلصاقها به ، فالذمة في الاصطلاح هي:"وصف شرعي يكون به الإنسان أهلاً لما يجب له ، وما يجب عليه أياً كان هذا الواجب عبادة، وكانت بهذا المعنى صالحة لأن تشغل بالواجب الديني كالصلاة ، وأن تشغل بالواجب المالي المدني كالدين وغيره من أنواع الإلتزامات "[2] .

وبهذا اقتصرت الذمة في الفقه الإسلامي على الإنسان الحي العاقل ، ولم تشمل غيره من الجمادات كالشركات والمؤسسات وغيرها .

ومما انبى على ذلك في الفقه الإسلامي أن ما يترتب على تصرف أي شريك في الشركة لا يقتصر الوفاء على رأس مال الشركة بل يتجاوزه إلى أموال الشركاء الخاصة الخارجة عن عقد الاشتراك إذ أن الدين عند ثبوته يثبت في ذمة المتصرف باعتباره مباشراً للعقد بصفة الأصالة عن نفسه وباعتباره كذلك وكيلاً عن أصحابه فكان له بناء على هذه الوكالة حق الرجوع على أصحابه بما يخصهم من الدين ، وهذا عند الفقهاء جميعاً[3].

ولكن هل يمكن أن نجعل للشركات في وقتنا المعاصر ذمة ، بحيث تكون أهلاً للإلزام والإلتزامات ؟

الناظر في الفقه الإسلامي يجد أنهم اعتبروا الذمة المالية للشركاء ، دون أن يكون هناك ذمة للشركة نفسها ، سببه الرئيسي هو **العرف** ، إذ أن الشركات في السابق لم تكن بالحجم الكبير الموجود حالياً من ناحية رأس المال ، وعدد الشركاء و المساهمين ، وبالتالي إثبات ذمة للشركة مرجعه إلى العرف ، لأنه ليس هناك ما يمنع في القرآن ،

---

[1] علي ، أحمد .الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ،الخرطوم : الدار السودانية للكتب ، ص ١١٨ .

[2] الخفيف .الشركات في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

[3] المرجع السابق ، ص ٣٥ .

ولا في السنة ما يدل على عدم جواز إثبات الذمة لغير الإنسان ، وإنما بنوا أحكام الذمة على الإنسان لما كان متعارف لديهم ، أنه هو الوحيد الذي يصلح أن يكون أهلاً للإلزام والإلتزامات ، ولم يتصور بأن تكون الشركات بهذا القدر الهائل من التطور ، والحجم ، والاستثمارات .

فالشركة في وقتنا المعاصر لها شخصية اعتبارية ، ولها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء في الحقوق والإلتزامات ، وفي المخاصمات القضائية ، وتنفيذ الأحكام عليها ، وهذا أساسه المصلحة للناس المتثملة باعتبار العرف وتقييد الأحكام الشرعية به ، فالعرف جرى في وقتنا الحاضر على أن تكون للشركة ذمة مالية مستقلة ، ولو نظرنا إلى البعد المصلحي لهذا الحكم لرأينا التالي :

١) أن الشركات في السابق كانت تقوم على أعداد قليلة ، أما في وقتنا المعاصر أصبحت بالآلاف بل بالملايين ، ومن الصعوبة بمكان أن تعود تصرفات أحد الأعضاء على جميع هؤلاء المساهمين في الشركة ، إذ أن فيه مشقة كبيرة .

٢) أن الشركة في السابق تقوم على أساس أواصر القرابة والثقة ، أما الآن فهي تقوم على أساس دفع الأسهم ، فكل من دفع وتملك أسهماً أصبح شريكاً [١].

٣) في حالة الربح يستفيد جميع المساهمون بهذا الربح المحقق ، أما في الخسارة فلا يدفعون من الخسارة إلا بقدر ما أسهموا في رأس مال الشركة .

٤) ساعدت على تطور العلاقات المالية ونمائها وقيام الشركات بالتزامات وأعمال عظيمة ضخمة ينوء بحملها الفرد ، ولاتقوم بها ماليته ولا ثراؤه ويعيا عن تحمل تبعاتها[٢].

فالعرف هو الأساس في اعتبار الذمة للشركة لما فيه من مصلحة للعباد .

المبحث الثاني

ضمان مال المضاربة على المضارب بالشرط

المضاربة في الفقه الإسلامي هي: " عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب" [١].

---

[١] علي.الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص٤٩ .

[٢] الخفيف .عقود الشركات ، مرجع سابق ، ص ٣١ .

والمضارب بإجماع الفقهاء تعتبر يده يد أمانة ، فلا يضمن إلا بالتعدي والتقصير [٢].
ومعنى يد الأمانة عند الفقهاء :" اليد التي خلفت يد المالك في حيازة ملكه ، وتصرفت فيه عن ولاية شرعية في تلك الحيازة ، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها "[٣] .
قال الكساني من الحنفية :" رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة، لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة" [٤].
وقال ابن عبدالبرمن المالكية :" والمقارض أمين مقبول قوله فيما يدعيه من ضياع المال وذهابه والخسارة فيه"[٥].
وقال الشربيني من الشافعية :" ولا ضمان على العامل بتلف المال أو بعضه لأنه أمين فلا يضمن (إلا بعدوان) منه كتفريط أو سفر في برّ أو بحر بغير إذن" [٦].
وقال ابن قدامة من الحنابلة : " والعامل أمين في مال المضاربة؛ لأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه، فكان أميناً " [٧].
وهي بخلاف يد الضمان : " وهي كل يد لا تستند إلى إذن شرعي من الشارع ، أو من المالك ، وكذلك كل يد لا تستند ولاية شرعية ودل دليل على ضمان صاحبها ، وكل يد ترتبت على يد معتدية من غير استناد إلى ولاية شرعية ، أو استندت إلى ذلك ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة"[٨] .

---

[١] ابن عابدين ، محمد أمين . رد المحتار على الدر المختار ،بيروت : دارالفكر ، ط٢، ١٤١٢هـ ،ج ٦ ،ص ٢٠٨ .

[٢] السرخسي ،محمد بن أحمد . المبسوط ، بيروت : دار المعرفة ، ج ٢٢ ص ١٠٥ .

[٣] العيسى، حارث وآخرون . يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ، ،مجلة الجامعة الإسلامية المجلد ١٨ ، العدد الثاني ، ٢٠١٠م ، ص ٧.

[٤] الكاساني ، أبوبكر بن مسعود . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،بيروت : دار الكتب العلمية ، ط٢، ١٤٠٦هـ، ج٦ ص ١٣١.

[٥] ابن عبالبر ، يوسف بن عبدالله . الاستذكار، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط١، ١٤٢١هـ ، ج ٥ ص ٢١١ .

[٦] الشربيني ، محمد بن أحمد . الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، بيروت : دار الفكر ، ج ٢ ،ص ١٣٤ .

[٧] ابن قدامة ، عبدالله بن أحمد . المغني على مختصر الخرقي، مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨م، ج ٧ ،ص ١٩٧ ..

[٨] أحمد، سليمان .ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي ، القاهرة : دار السعادة ، ط١، ١٩٧٣م ، ص ٦٦ .

فالمضارب أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، كأن يخالف شروط رب المال بالاتجار بكذا وبكذا ، فإذا هلك ضمنه في هذه الحال ، والقول في التلف قول المضارب .

ولكن هل لرب المال أن يشرط على المضارب الضمان ؟

الأصل أن هذا الشرط باطل ، لأنه ينافي مقتضى العقد ، وإن كان الأصل في العقود الحل ، إلا أنه تضمن شرطاً ينافي مقتضى العقد وبالتالي يبطل .

قال ابن قدامة : " إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال: أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرقت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق و ابن المنذر وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه "[1] .

ولكن هل يجوز هذا الشرط للمصلحة المرسلة قياساً على تضمين الصناع[2] عند المالكية مع أنهم في الأصل أجراء مؤتمنون ، لا يضمنون بدون تعد ولا تقصير ، قال الشاطبي: " ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع ، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال ، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين : إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق ، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع ، فتضيع الأموال ، ويقل الاحتراز ، وتتطرق الخيانة ، فكانت المصلحة التضمين " [3].

فاشتراط الضمان على المضارب يعد من قبيل المصالح المرسلة وهذه المصالح هي :

١) الناس في هذا الوقت ومع اتساع الإستثمار محتاجة إلى أن تستثمر أموالها بالطريقة الإسلامية ، وأشهر صيغة هي المضاربة ، فعدم تضمين المضارب يؤدي إلى حرج للناس ، لأنها تريد أن تطمئن على أموالها ولا تذهب سدىً .

---

[1] ابن قدامة .المغني، مرجع سابق ،ج ٩ ،ص ٢٨١ .

[2] نزيه ، حماد .مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط ،البنك الإسلامي للتنيمة، ص ٦٤

[3] الشاطبي ، ابراهيم بن موسى . الاعتصام ، السعودية : دار ابن عفان ، ط١، ١٤١٢هـ ،ص ٤٠١

٢) المضارب يأخذ هذه الأموال ويغيبها عن أربابها ، فربما قصر أو فرط في الاستثمار فأدى ذلك إلى الخسارة ، أو ربما لأمر في نفسه دون أن يظهر التقصير خسر أموال المضاربة ، ففي تضمينه على الإطلاق مصلحة لأرباب الأموال ، ولا يقال أنه بريء فكيف يضمن وهو لم يتعدَ ؟ لأن هذه مصلحة شخصية تعارضت مع مصلحة المجتمع ، فكان من البدهي تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

٣) في تضمين المضارب تزداد الرغبة لدى الناس ، ويجعلهم يقبلون على البنوك الإسلامية إقبالاً شديداً، تاركين ومجتنبين البنوك التقليدية ، وكفى بهذه مصلحة .

فاستناداً إلى المصلحة المرسلة يجوز شرط الضمان على المضارب ، كما شرط الضمان على الصناع ، بناءً على الموازنة بين مفسدة الأصل الذي هو عدم التضمين ، مع مصلحة التطبيق في ضمانه .

ولكن في حقيقة الأمر – وإن كان – في شرط الضمان على المضارب مصلحةً ، لكن لا بد للمجتهد أن يوازن بين مفسدة النص ومصلحة التطبيق ، فإن كان هناك مصلحة لهذا الشرط إلا أن هناك مفاسد أعظم وأولى منها بالتقديم وهي :

١) لو قلنا بجواز هذا الشرط ، لأدى ذلك إلى هدم أس الاقتصاد الإسلامي ، ولما أصبح هناك فرق بين الإقتصاد الإسلامي والإقتصاد التقليدي ، إذ أن الفرق الجوهري بينهما أن الاقتصاد الإسلامي قائم على مبدأ المخاطرة والمشاركة في الربح والخسارة ، بخلاف الإقتصاد التقليدي القائم على ضمان رؤوس الأموال مع ربحها ، وبالتالي يصبح كلٌ من الإقتصاد الإسلامي والإقتصاد التقليدي على قدم المساواة .

٢) أن هذا الشرط يشبه القرض الذي جر نفعاً .

وبهذا يتضح أن مسألة شرط الضمان على المضارب دائرة بين أمرين من الاجتهاد بالرأي هما : المصلحة المرسلة ، وسد الذرائع .

فشرط الضمان وإن كان فيه مصلحة تتمثل بحفظ أموال المستثمرين ، وزيادة الإقبال على البنوك والمصارف والصيغ الشرعية في الإستثمار ، إلا أن فيها مفسدة أعظم من

هذا كله ، وهو فقدان الهوية للإقتصاد الإسلامي ، ولا شك بأن هذه المفسدة تقدم على المصلحة المذكورة ، وبالتالي :

لا يجوز شرط الضمان على المضارب ، لما سيفضي إليه من مفسدة هي أولى بالاعتبار من المصلحة التي يتضمنها الشرط ، فهو حرامٌ من باب سد الذرائع لإفضائه إلى مآل غير صالح ومشروع.

المبحث الثالث

استثمار أموال الزكاة

إن قضية استثمار أموال الزكاة من القضايا المهمة في فقه الزكاة المعاصر، إذ إنها تثير اهتمام كثيرمن المجامع الفقهية في العالم الإسلامي، وهي من المسائل الملحة التي تحتاج إلى إجابة شافية ، فبعد تنوع أساليب العمل والإنتاج، وظهور المشاريع الاستثمارية الضخمة التي تدر أرباحاً وفيرة على مالكيها ، طرأ التساؤل التالي : هل يمكن الإستفادة من هذه الثورة الاستثمارية والانتاجية في ميدان الزكاة ؟

فالاستثمار في المصطلح الاقتصادي المعاصر هو : " ارتباط مالي بهدف تحقيق مكاسب يتوقع الحصول عليها على مدى مدة طويلة في المستقبل [١].

والزكاة في الشريعة هي: " إِخْرَاجُ جُزْءٍ مَخْصُوصٍ مِنْ مَالٍ مَخْصُوصٍ بَلَغَ نِصَابًا لِمُسْتَحِقِّهِ إِنْ تَمَّ الْمِلْكُ وَحَوْلٌ غَيْرِ مَعْدِنٍ وَحَرْثٍ "[٢].

وقد بين الله عزوجل مصارفها ومستحقينها فقال : " إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم".[٣]

فالزكاة حق شرعي من الله أوجبه على الأغنياء ليخرجوا جزءاً محدداً من أموالهم لمن يستحقها ، ولا بد من تقرير حكمين مهمين من أحكام الزكاة التي قررها الفقهاء قبل الحديث عن مسألتنا لأن لهما صلة وثيقة بمسألتنا :

---

[١] هواري .الاستثمار والتمويل ، مرجع سابق ، ص ٤٣.

[٢] عليش ، محمد بن أحمد .منح الجليل شرح مختصر خليل ، بيروت : دار الفكر ، ١٤٠٩هـ ، ج ١ ص٣٢٢ ..

[٣] سورة التوبة (الآية : ٦٠) .

أولاً : الزكاة تجب على الفور لا التراخي ، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.[1]

والسبب في ذلك :

١) الأمر بالصرف إلى الفقير تكون معه قرينة الفور وهي دفع حاجة الفقير ولاشك بأن الحاجات معدلة وإلا لم يحصل المقصود منها[2].

٢) ولأنها عبادة تتكرر، فلم يجز تأخيرها إلى وقت وجوب مثلها كالصلاة والصوم [3].

وهذا الشرط كما هو واضح يخالف مقتضى استثمار أموال الزكاة ، إذ أن الواجب فيها إخراجها دون تأخير، واستثمارها في حقيقته تأخير لها عن وقت وجوبها .

ثانياً : أنه يجوز لمستحقيها بعد قبضها أن يتصرفوا فيها كيفما شاؤوا ، باستهلاكها أو استعمالها أو استثمارها ، لأنها أصبحت مالاً مملوكاً لهم ، فيتصرفون فيها تصرف الملاك من بيع وشراء وهبة وغيرها ، فالله عزوجل أضاف لهم (لام) التمليك بقوله (للفقراء) ، فتعتبر الزكاة بعد قبضها كسائر أمواله .[4]

وبالتالي أموال الزكاة تكون مملوكة لمستحقينها وتخرج من ملك من وجبت عليه الزكاة .

وعلى ضوء ما سبق يكون السؤال كالتالي :

هل يجوز للمالك الأول وهو من وجبت عليه الزكاة أن يستثمر هذه الأموال للفقراء ؟

وقبل الخوض في المسألة وتبيين البعد المصحلي لها لا بد من تبيين الحكمة والمصلحة من مشروعية الزكاة :

الزكاة في حقيقتها مظهر من مظاهر التكافل الاجتماعي ، فهي حق أوجبه الله على الأغنياء للفقراء وأمرهم بها لكي يتكون مجمتع متعاون ، لا مدخل للحقد والحسد

---

[1] ابن عابدين . حاشية ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج ٢ ،ص ٢٧٨ .
الزرقاني. شرح الزرقاني على موطأ مالك ، مرجع سابق ، ج ٣،ص ٢٨١ .
ابن قدامة . المغني ، مرجع سابق ، ج٤ ،ص ٣٨ . .

[2] ابن عابدين . حاشية ابن عابدين ، مرجع سابق ،ج ٢ ص ٢٧٨ .

[3] ابن قدامة . المغني، مرجع سابق ، ج ٤، ص ٣٩.

[4] ابن مفلح ، محمد . الفروع ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط١، ٢٠٠٣م ، ج ٢،ص ٦١٦ .

والنقمة من الفقراء على الأغنياء ، ولا استكبار واحتقار من قبل الأغنياء للفقراء ، فهذا المال كله مال الله ، وهو هبة من الله للشخص ، لا يملكه برجاحة عقله ، ولا بقوة بنيانه ، بل الله منَ عليه فأعطاه هذا المال ، ومنع غيره ، وقد قال الله عزوجل : " كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم " : كي لا تقسمه الرؤساء والأغنياء والأقوياء بينهم دون الفقراء والضعفاء[1].

ومن أعظم الحكم في الزكاة هي كما قاله صلى الله عليه وسلم في زكاة الفطر: " أَغْنُوْهُمْ عن طوافِ هذَا اليومِ "[2] ، وزكاة المال أولى بالاعتبار في الإغناء ، إذ أن حقيقة الإغناء تكون بالنقود بالأصل، وقد تنوب بالمطعومات كما في زكاة الفطر .

ولا يقال بأن الزكاة أمر تعبدي غير معقول المعنى ، ولا يلتفت فيه إلى البواعث والمعاني ، فهذا الأصل صحيح ولكن قد نجد بعض الحكم والبواعث في العبادات ولكنها نادرة جداً ، والزكاة من قبيل الأمور التعبدية معقولة المعنى ، يقول الشاطبي : " ولذلك التزم مالك في العبادات عدم الإلتفات إلى المعاني ،إلى أن قال : ودوارنه في ذلك كله على الوقوف مع ما حده الشارع دون ما يقتضيه معنى مناسب – إن تصور – لقلة ذلك في العبادات وندوره " [3]، فهو قليل في العبادات ، ومن هذا القليل الزكوات .

فالله عزوجل أمرنا بإغنائهم وسد حاجاتهم ، وبالتالي استثمار أموال الزكاة بما يعود عليهم بالنفع يحقق هذا المصلحة المقاصدية ، وذلك :

١) أن المحتاجين في العصر الحاضر يختلفون من الناحية العددية عما كانوا عليه في السابق ، فأعداد المحتاجين في عصرنا تتزايد بكثرة بسبب :

- انتشار الفكر الرأسمالي لدى أوساط المسلمين ، وأن الشخص يعيش لنفسه فقط ، دون إلتفات إلى تلبية حاجات غيره من بني جنسه – بدون مقابل – ، ونسبة ليست بالقليلة من تجار المسلمين يطبقون هذه

---

[1] القرطبي ، محمد بن أحمد . الجامع لأحكام القرآن ، القاهرة : دار الكتب المصرية ، ط٢ ، ١٩٦٤م ، ج ١٨ ،ص ١٠ .

[2] البيهقي ، أحمد بن الحسين . السنن الكبرى ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط٣، ١٤٢٤هـ ،كتاب :جماع أبواب زكاة الفطر ، باب :وقت إخراج زكاة الفطر ، حديث رقم ٧٧٦١ ، ج ٦ ،ص ١١٧.

[3] الشاطبي .الموافقات ، مرجع سابق ، ص ٤١١ .

الفكرة في حياتهم العملية ، مما جعلت مصادر أموال الزكاة تقل ولا تحقق الغرض المنشود منها في وقتنا وهو إغناء الفقير وسد حاجاته .

- الحروب التي تشهدها البلدان الإسلامية ، فأصبحت بعض الدول الإسلامية يعيش شعبها تحت خط الفقر ، كبورما وأفغانستان والعراق وفلسطين ، ولا شك بأن نسبة الزكاة بالأصل لا تلبي حتى حاجة القلة منهم، ناهيك عن امتناع البعض عن دفعها .
- إلزامهم بالصدقات غير الواجبة من الصعوبة بمكان حيث إن الناس في هذا الوقت قل فيها الخير فإلزامهم بها قد لا يتقبله الناس لعدم وجوبه بالأصل.

٢) الحكمة من الزكاة كما قلنا هي إغناء الفقير، فتوجيه بعض أموال الزكاة إلى إنشاء المشاريع الاستثمارية لتأمين مورد مالي ثابت، ودائم للمستحقين الذين تتزايد حاجاتهم ، هو المقصود ، إذ أن المقصود من الزكاة ليس تنفيذ آلي لاقتطاع جزء من المال للفقير ، بل لها بعد عميق ونظرة مقاصدية وهي سد الحاجة ، ولا تسد الحاجة في وقتنا الراهن إلا بهذه الطريقة .

ومن خلال المعطيات السابقة يمكننا القول بأن استثمار أموال الزكاة بما يعود على الفقراء بالمنفعة هو تحقيق للمصلحة وذلك :

أولاً : وجود مورد مالي ثابت ودائم يغنيهم عن ذل المسألة ، ويجعلهم يتعففون عما في أيدي الناس، وهذا مقصد شرعي معتبر ، فحفظ كرامة الإنسان وعدم امتهانها مطلوب من الشرع .

ثانياً : أن الزكاة الحالية لا تلبي حاجات الفقير ، بل لا تلبي إلا نسبة قليلة منهم ، وباستثمارها تكون شاملة، ومحققة المقصد الرئيس منها .

والقول بهذه المسألة هو في حقيقته عدول عن حكم الأصل– الذي ينص بعدم جواز تأخيرها – إلى المصلحة الخاصة ، ولا شك بأن مصلحة التطبيق تربو بكثير على مصلحة النص ، ونستطيع إلحاقه بالاستحسان الذي يكون سنده ومقتضاه المصلحة .

على أننا إذ بينا المصلحة من هذه المسألة ، لا بد من بعض الضوابط والقيود حتى تؤدي إلى الغرض المنشود منها بدون أي نقص أو وكس أو خلل :

الضابط الأول : تلبية الحاجات الماسة الفورية للمستحقين أولاً ، فالبعض يحتاج إلى المال على وجه الضرورة القصوى كعلاج لا يمكن تأخيره ، أو جوع يؤدي إلى الهلاك ، وغيره من الحاجات الفورية ، وبعد تلبيتها يتم الاستثمار بالمتبقي من الأموال .

الضابط الثاني : أن لا توضع أموال الزكاة في مشاريع استثمارية إلا بعد دراسة الجدوى الإقتصادية من تلك المشاريع ، وأنه يغلب على الظن أن تكون رابحة بإذن الله ، وإلا لم نستفد منها بتاتاً لا في الزكاة ولا في استثمارها في حالة الخسارة .

الضابط الثالث : إن الانتفاع بالأرباح هو للمستحقين فقط ، ولا يستحق المالك الذي وجبت عليه شيئاً ، إذ أنها خرجت من ملكه إلى ملك غيره من المستحقين ، فهم يستحقون نمائه لأنه نماء مال مملوك لهم ، فالمالك الأول لا مال له ، وعليه فلا ربح له إلا إذا أعطوه بدون شرط منه .

المبحث الرابع

الاقتراض من البنوك الربوية في حال عدم وجود البديل الإسلامي

القرض في اصطلاح الفقهاء هو: " دفع المال إلى الغير لينتفع به، ويرد بدله " [1].

وحكمه أنه مندوب إليه في حق المقرض مباح للمقترض ، لما روى أبو هريرة أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال: " من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة. والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه" [2] ، ولأن فيه تفريجاً عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته وعوناً له، فكان مندوباً إليه كالصدقة عليه وليس بواجب [3].

---

[1] ابن عابدين .حاشية ابن عابدين، كرجع سابق ، ج ٥ ،ص ٢٥٦ .
ابن مفلح .المبدع ، مرجع سابق ، ج ٤، ص ٢٠٤ .

[2] مسلم ، مسلم بن الحجاج . المسند الصحيح ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ،كتاب : الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار ، باب : فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر ، حديث رقم ٦٨٠٣ ، ج ١٧،ص ١٩ .

[3] ابن قدامة . المغني ، مرجع سابق ، ج ٦ ،ص ٤٤٤ .

والقرض عند أكثر الفقهاء جاء على خلاف القياس ، فإنه ربا في الأصل؛ لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيح لما فيه من المرفقه والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين.[1]

جاء في المبدع: " وهو نوع من المعاملات مستثنى عن قياس المعاوضات لمصلحة لاحظها الشارع رفقا بالمحاويج "[2] .

وجاء في أسنى المطالب :" الْإِقْرَاضَ جُوِّزَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لِلْإِرْفَاقِ" [3].

هذا فيما يتعلق بتعريف القرض ، وحكمه ، وتكييفه ، أما يتعلق بمسألتنا وهي هل يجوز للإنسان الاقتراض من البنك الربوي ؟

تحرير صورة المسألة :

لا يجوز الإقتراض من البنك الربوي في حالة توفر البديل الإسلامي عنه ،أما في حالة عدم وجود البديل الإسلامي ، فهل يجوز للإنسان أن يقترض من البنك الربوي ؟

قبل الإجابة على التساؤل التالي لا بد أن نبين أن مصالح الإنسان في الحياة تتنوع باختلاف مراتبها: فهناك الضروريات ، وهناك الحاجيات ، وهناك التحسينات .

يقول الشاطبي: " فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوعُ بالخسران المبين.

والحفظ لها يكون بأمرين:

أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبّت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

والثاني: ما يدرأ عنها الاختلاف الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم.

وأما الحاجيات فمعناها: أنها مفتقرَ إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تُراعَ دخل على المكلفين ـــ

---

[1] الشاطبي .الموافقات ، مرجع سابق ،ج ٤ ، ص ١١٠.

[2] ابن مفلح. المبدع ، مرجع سابق ، ج ٤ ،ص ٢٠٤ .

[3] الأنصاري ، زكريا . أسنى المطالب ، في شرح روض الطالب ، دار الكتاب الإسلامي ،ج٤ ، ص ٣٤٧ ..

على الجملة ــ الحرجُ والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة.

وأما التحسينات فمعناها: الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنُّبُ الأحوال المدنِّسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق، وهي جارية فيما جرت فيه الأُولَيَان "[1] .

وبناءً على ذلك التقسيم نستطيع القول بأنه :

إذا كانت مصلحة الإنسان تحسينية فإنه لا يجوز الإقتراض من البنك الربوي .

وأما إذا كانت حاجية فسأتكلم عنها في نهاية هذا المبحث .

وأما إذا كانت ضرورية فإنه يجوز الاقتراض من البنك الربوي ، لأن القاعدة تقول :" الضرورات تبيح المحظورات"[2] ، كالاقتراض للسكن لمن لا يملك سكناً ، أو للملبس ، وغيرها من الضروريات .

ولكن ينبغي أن يراعى في جواز الاقتراض من البنك الربوي للضرورة الضابط التالي :

إن الاقتراض من البنك الربوي في هذه الحالة – حالة عدم وجود البديل – جاز للضرورة التي يؤدي ضياعها إلى فساد الحياة ، وبما أنه أبيح للضرورة فلابد من التقيد بالقاعدة التي تنص بأن الحكم الثابت بالضرورة تقدر بقدره [3] ، وبناء على ذلك تترتب الأحكام التالية :

١) لا

يجوز للإنسان الذي يملك سكناً – مثلاً – أن يقترض من البنك الربوي ، لأنه في هذه الحالة ليس من باب الضرورة ، وإنما تنطبق الضرورة لمن لا يملك السكن ، ولكن لو قيل بأنه يملك سكناً ولكنه في منطقة نائية عن عمله أو مخيفة أو غيرها من المبررات ، فهل في هذه الحالة يجوز له أن يقترض من البنك الربوي ؟

---

[1] الشاطبي .الموافقات، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٣ .

[2] ابن النجار ، محمد بن أحمد . شرح الكوكب المنير ، مكتبة العبيكان ، ط٢، ١٩٩٧م ، ج ٤ ،ص٤٣٩ .

[3] التفتازاني ، سعد الدين محمد بن عمر. شرح التلويح على التوضيح ، مكتبة صبيح ، ج ١ ،ص ٥١ ..

في مثل هذه الظروف المذكورة يكون له الاقتراض من البنك الربوي ولكن بشرط أن يبيع ما يملكه من السكن ويجعل قيمته مضافة إلى قيمة القرض الربوي ، لأنه في الأصل حرام ولكن أبيح للضرورة فلا يتوسع في المال الحرام ، وكذلك بيعه لسكنه الأول هو أضبط معيار لصدق دعواه في ضروريته .

٢) أن ما يلزم الإنسان –لو فرضنا ضرورة سكنية – من السكن هو أن يكون مما يصلح للسكنى ، فهذا المعيار المبيح لأخذه القرض الربوي ، فلا ينظر إلى بعض الأمور الجانبية التي تخرجه من دائرة الضرورة الضيقة إلى غيرها ، كأن يشترط موقعاً مميزاً من باب الترفه ، أو حديقة وسيعة ، او غيرها مما لا تمت للضرورة بصلة .

هذا فيما يختص بالضروريات وأما ، مسألة الحاجيات ، فهل تكون هذه المصلحة مبرراً للاقتراض من البنك الربوي ؟

نص العلماء على أن الحاجية تنزل منزلة الضروة عامة كانت أو خاصة :

فمن الحاجة العامة : مشروعيّة الإجارة والجعالة والحوالة ونحوها جوزت على خلاف القياس لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفي الثانية من الجهالة، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمّت كانت كالضرورة.

ومن الحاجة الخاصة : تضبيب لإناء بالفضّة ويجوز للحاجة ولا يعتبر العجز عن غير الفضّة لأنه يبيح أصل الإناء من النقدين قطعاً بل المراد الأغراض المتعلّقة بالتضبيب سوى التزيين؛ كإصلاح موضع الكسر والشدّ الوثيق [١].

فالحاجة تنزل منزلة الضرورة ، وقد – مر بنا – أن الحاجة هي أفعال وتصرفات أبيحت لحاجة الناس إلى التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة

[١] السيوطي ، عبدالرحمن بن أبي بكر . الأشباه والنظائر ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط١، ١٩٩٠م، ج ١،ص١٨٠.

مما يؤدي في الغالب إلى تفويت المطلوب ، فرفع الحرج عن الناس من مقاصد الشريعة ، قال تعالى : " ما جعل عليكم في الدين من حرج " [١].

وعليه يجوز للإنسان أن يقترض من البنك الربوي للحاجة بناءً على أن الحجاة تنزل منزلة الضرورة .

ويتصور أخذ القرض الربوي من من باب الحاجة : كمن يملك سكناً صغيراً ، وعدد أفراد أسرته كثيراً ، فهنا هو في حرج وضيق ، فأبيح له التوسع خشية أن يقع في المحظور وهو تفويت المطلوب منه شرعاً .

المبحث الخامس: الإجارة المنتهية بالتمليك

الإجارة في اصطلاح الفقهاء : " عقد على منفعة معلومة مباحة من عين معينة ، أو موصوفة في الذمة ، أو على عمل معلوم بعوض معلوم مدة معلومة"[٢].

فالإجارة – في السابق –يقوم المؤجر بتمليك المنفعة للمستأجر مدة من الزمن ، وبعد انتهاء المدة المتفق عليها ، تعود ملكيتها بالكامل مع منفعتها للمؤجر ، وكانت هذه الصورة المعمول بها ، ولم يحدث لها أي تغيير أو تطوير .

وفي هذا الزمن تطورت فكرة الإجارة تطوراً ملحوظاً ، وشهدت تجديداً في تطبيقاتها ، ومن هذا التطور هو الإجارة المنتهية بالتمليك .

والإجارة المنتهية بالتمليك هي : " عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة ، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد"[٣] .

وهي في حقيقتها عقد بيع ، ولكن يلجأ إليه التاجر لضمان حقه في العين المؤجرة أثناء سريان عقد الإجارة، وعند نهاية آخر قسط ، يقوم المؤجر بتمليكه العين المؤجرة بعقد جديد ، بناءً على وعده الذي قطعه على نفسه له ، وقد يكون العقد الجديد هبةً أو بيعاً ، ولكن في النهاية تؤول ملكية العين من المؤجر إلى المستأجر .

فهل هذه الصورة جائزة ، وخاصة أن الغاية من العقد هو البيع وليس الإجارة ؟

---

[١] سورة الحج (الآية : ٧٨) .

[٢] البهوتي ، منصور بن يونس .الروض المربع شرح زاد المستقنع ، مؤسسة الرسالة ، ص٣١٨ .

[٣] االحافي ، خالد عبدالله .**لإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي** ، بيروت : دار الفكر ، ط٢، ٢٠٠١م، صـ ٦٠.

لو نظرنا إلى العقد سنجد أنه يتكون من عقدين :

- عقد إجارة ابتداءً .
- عقد بيع انتهاءً .

وكلا العقدين من العقود المسماة اللازمة في الفقه الإسلامي ، وكل عقد منفصل عن الآخر ، بحيث أنه يتم بعقدين منفصلين : ابتداءً عقد إيجار ، وعند انتهاء آخر قسط ، يقوم المؤجر بإبرام عقد جديد منفصل عن عقد الإجارة وهو عقد البيع لتمليكه العين .

وقد اعترض بعض العلماء على هذه الصورة بناءً على أنه بيعتين في بيعة ، فقد ثبت عن أبي هريرة – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن بيعتين في بيعة [1].

والصحيح أن هذا الحديث المراد به – كما ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره – بيع العينة ، حيث تضمن بيع مؤجل وبيع حاضر ، وتضمن أيضاً الشرطين : شرط التأجيل ، وشرط الحلول [2].

وإذا تبين جواز مسألة الإجارة المنتهية بالتمليك ، فسأذكر ما هو السبب الذي أدى إلى وجود هذا العقد ؟

يلجأ التجار إلى هذا العقد حفاظاً على ممتلكاتهم ، وذلك لما كثر تعثر السداد عند البيع بالأقساط ، وكثرت المشاكل التي تترتب عليها ، قاموا بحفظ ممتلكاتهم تحت أيديهم ولم يخرجوها إلا إذا تم سداد القيمة بالكامل ، فلو تعثر عند السداد أثناء فترة الإجارة ، لم يلحق المؤجر ضرراً كبيراً ، فالعقد بينهما إجارة ، وملك العين لا تزال بيد المؤجر .

وهذا وقد يحدث هذا كثيراً في السابق ، فيشتري العين بالأقساط ثم يحدث أن يتعثر بالسداد ، أو غيره من الظروف الطارئة ، فالبائع لم يستفد من العين المبيعة .

---

[1] أبوداوود ، سليمان بن الأشعث . سنن أبي داوود ،بيروت : المكتبة العصرية ، كتاب : الإجارة ، باب :فيمن باع بيعتين في بيعة ، حديث رقم ٣٤٦١ ،ج ٢، ص ٢١٦ .

[2] ابن القاسم.**مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، مرجع سابق**، ج٢٩، ص ٤٣٢..

ونستطيع القول بأن الإجارة المنتهية بالتمليك جازت على أساس المصلحة المرسلة ، ووجهها :

١) أنه لم يدل في الشرع ما يدل على تحريم هذه الصورة ، وأما مستند ما يدل على التحريم ، ذكرنا بأنه لا يشمل صورة الإجارة المنتهية بالتمليك .

٢) فيه مصلحة للبائع ؛ وذلك لما كثر عدم الإكتراث ، والتعثر بالسداد ، أصبح البائع في ضرر ، فبعد أن كان يرجو من البيع المنفعة ، أصبحت مضاره ومفاسده أكثر من بيعه ، فجوزنا أن يعقد على العين عقد إجارة ، ثم يعقد عليها عقد بيع منفصل للشخص المستأجر ذاته ، وذلك لضمان حقه في عينه ، حتى إذا اكتمل المبلغ المراد والمتفق عليه ، يعقد مع المستأجر عقداً جديداً ، وبهذا انتفع المالك الأول ، ولن يضار المستأجر بشيء .

المبحث السادس

اشتراط مبلغ مقطوع بجانب النسبة للمضارب إذا بلغت الأرباح نسبة معينة

اشترط الفقهاء – جميعاً – لصحة المضاربة : أن يكون الربح معلوماً ، ويكون نسبة عشرية ، لأن المضاربة مشاركة في الربح ، فيجب لذلك أن تحقق المشاركة فيه وأن يبين نصيب كل منهما منه ، ولا يجوز أن يكون الربح مقطوعاً ، كألف أو ما شابه ، لأنه قد يقطع الاشتراك بينهما فيما إذا كان الربح ألفاً فيستأثر به أحدهما فقط دون الآخر ، وقد يكون الربح أقل فليزم الآخر بضمان المتبقي ، فكل ما يؤدي إلى عدم الاشتراك في الربح يكون شرطاً فاسداً ، يبطل العقد به لمخالفته لمقتضاه[١] .

ولكن لو تم اشتراط مبلغا مقطوعا للمضارب تحفيزاً له ، مع ما يستحقه من نسبة مئوية من أرباح المضاربة لاستحقاقه الربح بعمله ، فهل يجوز ؟

تحرير محل النزاع :

---

[١] الكاساني،.بدائع الصنائع ، مرجع سابق، ج ٦،ص ١٢٣ .
ابن عبدالبر . الإستذكار ، مرجع سابق، ج ٧ ،ص ٥ .
النووي. المجموع ،مرجع سابق ، ج ١٥ ص ٢٣٢ .
ابن قدامة .المغني ، مرجع سابق ، ج ٧،ص ١٩٧.

لا خلاف بين الفقهاء من أنه لا يجوز أن تكون نسبة أحدهما – المضارب أو رب المال – مقطوعة، بل لا بد من أن تكون نسبة مئوية معلومة فقط ، والعلة : أن المبلغ المقطوع قد يؤدي إلى عدم الإشتراك – كما مر بنا – .

–كما – لا يجوز عند الفقهاء أن يشترط لأحدهما نسبة مئوية مع زيادة مبلغ مقطوع ، لأنه قد يؤدي إلى عدم الإشتراك .

وإنما الخلاف هو : إذا اشترط للمضارب مبلغاً مقطوعاً إذا تجاوزت الأرباح مبلغاً معيناً ، وليس إطلاقاً ؟

أحياناً قد يربح المضارب ربحاً ضخماً ، لم يكن يتوقع من قبل أصحاب الأموال ، فهل من باب التشجيع والتحفيز أن يشترط له مبلغاً مقطوعاً بعد أن تتجاوز الأرباح نسبة معينة ، كأن يقول أصحاب الأموال للمضارب تحفيزاً : إذا حققت أرباحاً أكثر من كذا ، فلك الزائد مقطوعاً ، أما إذا لم تصل الأرباح إلى النسبة المشروطة فليس لك إلا النسبة المئوية المتفق عليها ؟

إن الناظر لتعليل الفقهاء السابقين في عدم اشتراط المبلغ المقطوع ، هو لكونه مظنة قطع الاشتراك بين المضارب ورب المال ، فيستأثر أحدهما بالمال وحده دون الآخر ، ويكون فيه حينئذ ظلماً وعدواناً على الطرف الآخر ، فلابد من الاشتراك في الربح ، لأن هذا هو مقصود المضاربة .

ولكن لو أردنا تحليل هذه العلة ، لوجدنا أنها لا تنطبق على الحالة المذكورة – محل السؤال – ، إذ الاشتراك بينهما موجودٌ ولا ينقطع بحال من الأحوال ، لأنهم يتفقون على الإشتراك في نسبة معينة ، وما زاد يكون للمضارب وحده ، أما إذا لم يصل الربح للنسبة المتفق عليها فلا يستحق المضارب إلا نسبة مئوية من الربح كحال أرباب الأموال .

وعلى كلا الحالتين لا يوجد ما يقطع الاشتراك ويكون الربح لأحدهما دون الآخر ، فالعلة إذا منتفية، وبناءً على ذلك نقول بأن هذا الشرط جائزٌ ، بناءً على استصحاب الحكم الأصلي وهو الجواز .

فتخرج هذه المسألة على استصحاب الحكم الأصلي وهو الجواز ، وذلك لعدم وجود ما يغير الحكم في هذه المسألة ، فالشرط الموجود لا يقطع الاشتراك الذي هو علة عدم الجواز عند الفقهاء .

وأيضاً في اشتراط مبلغ مقطوع للمضارب بُعداً مصلحياً ، وعدلاً واقعياً ، وذلك :

١) المضارب في الأصل يده يد أمانة ، وقد يفرط بأمور لا تدرك بالأمر الواقع فتبثت عليه ، بل قد يكون أمراً نفسياً ، لا يطلع عليه إلا رب العالمين ، فقد يدخل في مشروع في ظاهره الربح ولكن لعلمه بحال السوق وقوة بصيرته يعلم بالخسارة ، فاشتراط هذا الحافز له ، يزيل مافي النفس من خفايا ، ويزيده حرصاً على أموال المضاربة ، لانتفاعه أولاً قبل أربابها .

٢) أحياناً قد يؤدي المضارب أعمالاً تشق عليه ، وتتعبه ، للحصول على الربح الوفير ، فهو يستطيع الحصول على الربح بجهد أقل من المبذول ، لكن لحرصه على الربح الوفير وإنفاع أصحاب الأموال ، كان من العدل والإنصاف ، اختصاصه بشيء من الحافز نظير الجهد الكبير الذي بذله .

هذا وقد أخذ بهذا القول الزيدية حيث قالوا : " فإن قال أحدهما على أن لي عشرة إن ربحنا أكثر منها أو ما يزيد عليها ، صحت ولزم الشرط ، إذ لا مقتضى للفساد "[١] .

فاستصحبوا حكم الأصل وهو الجواز ، إذ لا مقتضى لفساد العقد أو عدم تجويزه – كما ذكرنا – .

[١] ابن المرتضى.البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار ، مرجع سابق ، ج ٨،ص ١١١ .

الخاتمة

بعد ذكر أثر الاجتهاد بالرأي في المعاملات المالية المعاصرة أسجل في هذه الخاتمة أبرز النتائج التي توصلت إليها في بحثي هذا وذلك فيما يلي :

أولاً: يمكن تعريف الاجتهاد بالرأي بأنه : بذل الفقيه وسعه لاستنباط الأحكام الشرعية من النص أو قياساً عليه أو بالنظر للمقاصد العامة للشريعة وهي المصلحة والنظر بما سيؤول إليه هذا التطبيق.

ثانياً : الأسس التي يقوم عليها الاجتهاد بالرأي هي :

- عقل متفهم ذو ملكة مقتدرة متخصصة .
- نص تشريعي مقدس يتضمن حكماً ومعنى يستوجبه ، او مقصداً يستشرف إليه ، وتطبيق على موضوع النص أو متعلق الحكم ، فهو اجتهاد في النص نفسه ، واجتهاد فيما لا نص فيه من الأمور المحدثة .
- النظر إلى مآلات الأفعال المتوقعة أو الواقعة ، أصل معتبر شرعاً ، بتكيف الفعل بالمشروعية وعدمها في ضوئه ، بقطع النظر عن الحكم الأصلي للفعل

ثالثاً: إثبات الشخصية الاعتبارية للشركة فيه تحقيق للمصلحة، فالشركة ليست مكلفة لأنها جماد ولكن لما أصبحت الشركات بهذا الحجم الكبير في وقتنا المعاصر وأن كل من ملك سهماً يعتبر شريكاً فيها وليست كالسابق تقوم على أعداد قليلة وعلى أواصر القربة كان لابد إثبات الشخصية الاعتبارية لها عن طريق العرف لمصلحة الناس ، وأن سبب عدم اعتبار هذه الأمور في السابق مرجعه إلى العرف ، فلما رأينا العرف تغير أثبتنا لها الشخصة الاعتبارية .

رابعاً : شرط ضمان رأس مال المضاربة على المضارب يدور بين تحقيق المصالح ودرء المفاسد من أدلة ،ولكن رجحت عدم جوازه لأن المفسدة المرجوة أكبر بكثير من المصلحة ، لأن بصحة هذا الشرط لا يبق هناك فرق بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد التقليدي وانهدم أس الاقتصاد الإسلامي فيمنع هذا الشرط سداً للذريعة .

خامساً: الأصل في الزكاة أنها تكون على الفور لسد حاجات الفقير وأنها تكون تدخل في ملك الفقير لإضافة لام الملك لهم ، ولكن لما اختلف حال الفقراء في هذا الوقت من ناحية العدد والنكبات التي تحدث في البلاد الإسلامية رأينا بأن الزكاة لا تحقق الهدف المنشود منها وهو إغناء الفقير فكان لا بد من الاجتهاد بالرأي لتحقيق هذه الغاية من

خلال استثمار هذه الأموال بما يحقق الهدف من الزكاة مع ضوابط لهذا الاستثمار وهي :

- تلبية الحاجات الماسة لهم .
- عمل دراسة الجدوى للاستثمار.
- الانتفاع بالأرباح للمستحقين فقط ، والمالك الأول لا يستحق شيئاً إلا إذا أعطوه بدون شرط منه.

سادساً: الاقتراض من البنوك الربوية في حالة عدم وجود البديل الإسلامي لا بد أن يقيد بالمصالح الضرورية ويلحق بالأمور الضرورية المصالح الحاجية لأن رفع الحرج من مقاصد الشريعة ، ولا يجوز لتلبية المصالح التحسينية .

سابعاً : الإجارة المنتهية بالتمليك تحقق مصلحة البائع في بقاء حقه بالعين المؤجرة وذلك من خلال عدم اكتراث الناس بسداد الأقساط والتأخر فيها مما يوقع البائع في الحرج ومن خلال هذه المصلحة جازت الإجارة المنتيهة بالتمليك وهي مخالفة لبيعتين في بيعة المنهي عنه لأن معنى البيعتين في بيعة –كما رجحنا– هو العينة. .

ثامناً : اشتراط مبلغ مقطوع للمضارب إذا بلغت الأرباح قدراً معيناً جائز لأن العلة في النهي عن المبلغ المقطوع أنه لا يحقق الاشتراك بين المضارب ورب المال فقد يستأثر بالربح أحدهما فيكون الاشتراك مقطوعاً ، أما في هذه الحالة فالعلة منتفية والاشتراك موجود في كل الأحوال وهذا كله يعود لمصلحة أرباب الأموال والمضارب فأما أرباب الأموال فهم يطمئنون على أموالهم لأن المضارب سيحرص عليها أكثر من ذي قبل ، وأما المضارب فيزيل مافي نفسه من أغراض نفسية قد تضر أرباب الأموال .

المصادر والمراجع

- أحمد، سليمان بن محمد . ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي ، القاهرة : دار السعادة ، ط١، ١٩٧٣م .
- الأنصاري ، زكريا بن محمد . أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، دار الكتاب الإسلامي .
- البهوتي ، منصور بن يونس . الروض المربع شرح زاد المستقنع ، مؤسسة الرسالة .
- البيهقي ، أحمد بن الحسين . السنن الكبرى ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط٣، ١٤٢٢هـ .
- التفتازاني ، محمد بن عمر . شرح التلويح على التوضيح ، مكتبة صبيح .
- ابن تيمية ، أحمد بن عبدالحليم . القواعد النورانية ، السعودية : دار ابن الجوزي ، ط١، ١٤٢٢هـ .
- الحافي ، خالد عبدالله . الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي ، بيروت : دار الفكر ، ط٢، ٢٠٠١م .
- الخفيف ، علي . الشركات في الفقه الإسلامي بحوث مقارنة ، مطبعة البردي .
- أبوداوود ، سليمان بن الأشعث . سنن أبي داوود ، بيروت : المكتبة العصرية .
- الدريني ، فتحي . المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط٣، ٢٠١٣م .
- الزرقاني ، محمد بن عبدالباقي . شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، القاهرة : مكتبة الثقافة الدينية ، ط١، ٢٠٠٣م.
- السرخسي ، محمد بن أحمد . المبسوط ، بيروت : دار المعرفة ، ١٤١٤هـ .
- السنوسي ، عبدالرحمن بن معمر . الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة ، الكويت : مجلة الوعي الإسلامي ، ط١ ، ٢٠١١م ،ص٣٠.
- السيوطي ، عبدالرحكم بن أبي بكر . الأشباه والنظائر ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط١، ١٩٩٠م .
- الشاطبي ، ابراهيم بن موسى . الموافقات في أصول الشريعة ، بيروت : دار المعرفة ، ١٩٩٧م.
- الشافعي ، محمد بن ادريس . الأم ، بيروت : دار المعرفة ، ١٩٩٠م .

- الشربيني ، محمد بن أحمد . الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، بيروت : دار الفكر .
- الشوكاني ، محمد بن علي . فتح القدير ، بيروت : دار ابن كثير ، ط١، ١٤١٤هـ .
- ابن الصلاح ، عثمان بن عبدالرحمن . أدب المفتي والمستفتي ، المدينة المنورة : مكتبة العلوم والحكم ، ط٢، ٢٠٠٤م ، ص٢٥.
- ابن عابدين ، محمد أمين . رد المحتار على الدر المحتار المعروف بـ حاشية ابن عابدين ، بيروت : دار الفكر ، ط٢، ١٤١٢هـ .
- ابن عبدالبر ، يوسف بن عبدالله . الاستذكار ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط١، ١٤٢١هـ .
- عبدالله ، أحمد علي . الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ، الخرطوم : الدار السودانية للكتب .
- عليش ، محمد بن أحمد . منح الجليل شرح مختصر خليل ، بيروت : دار الفكر ، ١٤٠٩هـ .
- الغزالي ، محمد بن محمد . المستصفى ، بيروت : دار الكتب العليمة ، ط١، ١٤١٣هـ .
- ابن قدامة ، عبدالله بن أحمد . المغني ، القاهرة : مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨م .
- القرطبي ، محمد بن أحمد . الجامع لأحكام القرآن ، القاهرة : دار الكتب العلمية ، ط٢، ١٩٦٤م .
- ابن القيم ، محمد بن أبي بكر . أعلام الموقعين عن رب العالمين ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط١، ١٤١١هـ .
- الكاساني ، أبوبكر بن مسعود . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط٢، ١٤٠٦هـ .
- مسلم ، مسلم بن الحجاج . المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ، بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- ابن مفلح ، ابراهيم بن محمد . المبدع شرح المقنع ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط١، ١٤٢٢هـ .
- ابن مفلح ، محمد . الفروع ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط١، ٢٠٠٣م .
- ابن النجار ، محمد بن أحمد . شرح الكوكب المنير ، مكتبة العبيكان ، ط٢، ١٩٩٧م .
- النووي ، يحيى بن شرف . المجموع شرح المهذب ، بيروت : دار الفكر .